

Ustavne i međunarodnopravne garancije ljudskih prava

Zbornika radova

ISBN 978-86-7148-085-7

Izdavač: Pravni fakultet u Nišu, Centar za publikacije

Za izdavača: Prof. dr Nevena Petrušić, dekan

Urednik: Prof. dr Zoran Radivojević

Sekretar: Dr Nebojša Riačević

Tehnička obrada: Dejan Dikić

Prevod rezimea: Gordana Ignjatović

Štampa:

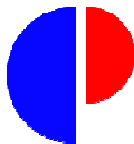
Tiraž:

Štampanje ovog zbornika finansijski je podržalo Ministarstvo nauke
Republike Srbije na osnovu rešenja br. 451-03-00825/2008-2.

Univerzitet u Nišu
PRAVNI FAKULTET

**USTAVNE I MEĐUNARODNOPRAVNE
GARANCIJE LJUDSKIH PRAVA**

Zbornik radova sa međunarodne naučne konferencije
održane 28. maja. 2008. godine na Pravnom fakultetu u Nišu



Niš, 2008.

Prof. dr Zoran Radivojević,
urednik Konferencije

UVODNA REČ

Dame i gospodo,

Uvažene kolegice i kolege,

Dragi gosti,

Imam izuzetnu čast i zadovoljstvo da kao urednik otvorim svečani deo međunarodne naučne konferencije "Ustavne i međunarodnopravne garancije ljudskih prava".

Tema našeg današnjeg skupa je zaista univerzalna, široka i inspirativna, budući da je reč o zajemčenim ljudskim pravima, njihovoj zaštiti i garancijama. U savremenom svetu ljudska prava su postala vrednost za sebe i po sebi i uživaju zaštitu nezavisno od toga da li je istovremeno ugrožena neka druga vrednost. Shvaćena u ovom smislu, ljudska prava nisu i ne mogu da budu samo stvar prava i pravnih institucija. Stoga ona ne postoje samo zato što ih je priznao zakonodavac, bio on nacionalni ili međunarodni. Svaki pokušaj svođenja ljudskih prava na ona koja je čoveku podarila država očigledno je u neskladu sa prirodom ljudske ličnosti, ljudskim slobodama i jednakošću.

Iako ljudska prava nisu i ne mogu da budu isključivo kategorija pozitivnog prava, jedna stvar se ne može osporiti: najveći broj ljudskih prava vezan je za državu i njen pravni poredak. Zaobilaženje uloge države i prava čini iluzornim bilo koju raspravu o zaštiti ljudskih prava i njihovim garancijama na unutrašnjem i međunarodnom planu. Otuda proizilazi kao jedan od značajnih zadataka pravne nauke da, pored objašnjenja razloga postojanja ljudskih prava, analizira i tumači domaće i međunarodne izvore ljudskih prava, jer se upravo u njima nalazi dokaz postignute saglasnosti o tome šta danas jeste katalog zajemčenih ljudskih prava.

Imajući ovo u vidu, nimalo ne iznenađuje da su naučni skupovi poslenika pravne nauke sa tematikom zaštite i garancija ljudskih prava veoma česta pojava. Tom izazovu nije odoleo ni Pravni fakultet u Nišu na kome je tokom bezmalo pet decenija koliko postoji i radi održano nekoliko takvih skupova. Poslednji, organizovan 2003. godine, bio je posvećen u celosti evropskom sistemu zaštite

Ljudskih prava i izazovima koji su se u to vreme postavljali pred državnu zajednicu Srbije i Crne Gore. U međuvremenu, mnoge stvari su se promenile kako na domaćem, tako i na međunarodnom planu kad su u pitanju ljudska prava i njihova garancija. To je zahtevalo da se novi izazovi i pojave ovaj put razmotre šire u okviru nekoliko tematskih celina koje obuhvataju zajemčena ljudska prava na univerzalnom planu, evropske garancije ljudskih prava, međunarodne standarde ljudskih prava u krivičnom pravu i ustavne garancije ljudskih prava u Republici Srbiji i uporednom pravu.

Povodi za organizovanje konferencije koju danas otvaramo su višestruki. U okviru Ujedinjenih nacija Komisija za ljudska prava, tradicionalni pomoćni organ Ekonomskog i socijalnog saveta, transformisana je u Savet za ljudska prava, što je dovelo do reforme samog sistema zaštite ljudskih prava u ovoj organizaciji. Pored toga, zanimljiva su i nova tumačenja i shvatanja prava manjina koje je dao Komitet za ljudska prava. I neke klasične teme, poput razmatranja kršenja ljudskih prava kao pretnje međunarodnom miru i bezbednosti, ili nove pojave, kao što je recimo međunarodnopravna zaštita domorodačkih naroda, nisu zaobiđene na današnjem skupu.

Na evropskom planu poslednjih godina možda je čak bilo više novina, bar kad je u pitanju država Srbija. Naši građani su ratifikacijom Evropske konvencije o ljudskim pravima konačno stekli mogućnost da se neposredno obraćaju Evropskom sudu za ljudska prava u Strazburu. Koristeći se tim pravom, oni su do sada podneli više stotina predstavki, od kojih je istina najveći broj oglašen neprihvatljivim i odbačen, ali je bilo nekoliko uspešnih povom kojih je Sud doneo nešto manje od dvadeset presuda protiv Srbije. Te presude nisu samo satisfakcija za one malobrojne građane koji su uspeli u svojim predmetima, nego istinski izazov i izvor važnih obaveza za sve grane naše državne vlasti: zakonodavnu, sudsku i izvršnu. Uz to, poslednjih godina je i sam Sud u Strazburu značajno obogatio svoju jurisprudenciju u nekim oblastima, kao što je na primer zabrana diskriminacije. Konačno, od značaja je aktivnost još dve evropske organizacije: Saveta Evrope pod čijim je okriljem usvojena Konvencija za borbu protiv trgovine ljudima i Evropske unije u kojoj postoji razvijeni sistem pravosudne zaštite prava pojedinaca na čelu sa Sudom pravde čija je nadležnost u ovoj oblasti obavezna, a presude konačne i obavezujuće za sve subjekte komunitarnog prava.

Na području domaćeg prava najvažniju novinu predstavlja usvajanje Ustava Srbije krajem 2006. godine koji, kao i svaki drugi akt takve prirode, sadrži katalog zajemčenih ljudskih prava i sloboda. To je nametnulo potrebu da se izvrši kritička analiza novih ustavnih odredaba, kao i da se ona uporede sa rešenjima iz ranije Povelje o ljudskim i manjinskim pravima i građanskim slobodama Zajednice SCG, ali i ustavima nekih susednih zemalja. Promene nisu mimoišle ni druge grane našeg prava, prvenstveno materijalno krivično zakonodavstvo o maloletnicima, krivično procesno zakonodavstvo ili propise upravnog karaktera. Ove izmene nužno su otvorile pitanje poštovanja i ugradnje postojećih opšte priznatih

međunarodnih standarda ljudskih prava u naše novo zakonodavstvo i praksu domaćih organa.

Iz ovog kratkog i sumarnog pregleda programa i tema današnje konferencije jasno se može uočiti da se ljudska prava ne mogu smestiti samo u jednu granu prava i biti njena privilegija, već su ona tekovina pravne nauke u celini. Otuda je ovaj naučni skup zamišljen kao mesto susreta pravnika različitog profila: internacionalista, konstitucionalista, krivičara i javnopravaca.

Uprkos razlikama koje prirodno postoje u pristupu i uglu posmatranja ove problematike, verujem da sve učesnike konferencije jedna zamisao može ujediniti. To je vizija prava čovečanstva koju su u svojim delima nastalim neposredno po završetku II svetskog rata gradili neki poznati međunarodni pravници, vizija u kojoj nestaju granice, države postaju čista fikcija i personifikacija, a ne transmisija između čoveka i međunarodnog poredka. Iako je od tada proteklo više od šezdeset godina, mi i dalje živimo u prilično etatizovanom poretku, svetu u kome je država *conditio sine qua non*, a poštovanje njenog suvereniteta temeljni princip o kome se stalno mora voditi računa, uprkos značajnom napredku i probojima koji su u posleratnom periodu ostvareni na području zaštite i garantovanja ljudskih prava. Upravo zbog toga, ovu međunarodnu konferenciju treba shvatiti samo kao jedan u nizu pokušaja da se iz bedema koji predstavlja i danas veoma poštovano načelo državnog suvereniteta odlomi bar jedan mali komad i time napravi vredan korak na putu trijumfa pravnog humanizma nad suverenošću države.

S nadom da ćemo to i ostvariti, svim učesnicima današnjeg skupa želim uspešan rad, a onima van Niša dobrodošlicu na naš Fakultet i u naš grad.

PRVI DEO

ZAJEMČENA LJUDSKA PRAVA NA UNIVERZALNOM PLANU

Dr Vojin Dimitrijević,

profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu
direktor Beogradskog centra za ljudska prava

PRAVA PRIPADNIKA MANJINA PREMA MEĐUNARODNOM PAKTU O GRAĐANSKIM I POLITIČKIM PRAVIMA

UDK: 341.234

Apstrakt

Društvo naroda bilo je stvorilo sistem koji je jemčio obimna prava nacionalnim manjinama. Njega je zloupotrebila nacistička Nemačka preko nemačkih manjina u inostranstvu. Zbog nepoverenja prema kolektivnim pravima, zaštita u UN je premeštena na individualna prava pripadnika manjina. Čl. 27 Pakta o građanskim i političkim pravima (PGP) to izražava na nedovoljno jasan način, ali je on još uvek jedina univerzalna odredba o pravima manjina. Komitet za ljudska prava tumačio je čl. 27 ispitujući izveštaje država i rešavajući o individualnim predstavkama. Zauzeo je zanimljive stavove o tome imaju li države pravo da rezervama ograničavaju primenu čl. 27, mogu li same da procenjuju postojanje manjina, svode postojanje manjinskih prava nepostojanjem diskriminacije, u kojoj se meri prava urođeničkih naroda mogu vezati za prava manjina, je li pravo na samoopredeljenje ostvarljivo kao ljudsko pravo i da li je pojam manjine u saveznoj državi vezan za njeno učešće u ukupnom stanovništvu ili relevantnoj federalnoj jedinici.

Ključne reči: *ljudska prava, manjine, Komitet za ljudska prava, Ujedinjene nacije, samoopredeljenje, diskriminacija, međunarodni ugovori.*

I

U vreme prihvatanja Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima organi Ujedinjenih nacija bili su pod jakim uticajem odnosa Društva naroda prema pitanju nacionalnih, etničkih, verskih i jezičkih manjina.

Ovo je pitanje postalo vrlo akutno u Evropi posle završetka Prvog svetskog rata. Stari problemi u vezi s onim delovima stanovništva evropskih država, koji su se razlikovali od većine i koji su se bar delimično počeli rešavati već u XVII veku i ticali se uglavnom verskih manjina, privukli su pažnju Društva naroda. Ono je bilo prva univerzalna organizacija posvećena održavanju međunarodnog mira putem kolektivne bezbednosti, a mirovna rešenja posle Prvog svetskog rata značila su i formalni kraj nekih velikih imperija, na čijoj teritoriji su nastale mnoge manje

države. Ove poslednje su uglavnom bile zasnovane na devetnaestovekovnom idealu države-nacije ili, kako se to nekada u Srbiji zvalo, „načelu narodnosti“. Ono je podrazumevalo da država po pravilu treba da bude tvorevina etničke nacije, da nosi njeno ime i da u njoj odlučujuću ulogu treba da igra većina koja pripada toj naciji. Vrlo brzo je postalo jasno da nije bilo moguće povući međunarodne granice koje bi se podudarile s etničkim i da će neminovno postojati ljudske grupe koje će morati da žive u državama kojima dominira druga etnička nacija.

U to doba su preduzete neke mere usmerene na to da olakšaju ovu situaciju. Među njima je bilo i takozvano pravo opcije, uključeno u neke mirovne ugovore, kakav je na primer bio ugovor s Austrijom u Sen Žermenu. Njime se dozvoljavalo pripadnicima etničkih grupa koje nisu bile u većini da slobodno odlučuju o svom budućem državljanstvu. Pripadnici manjina mogli su ili da prihvate državljanstvo nove države u kojoj su se našli ili da se opredele za državljanstvo „matične države“ tj. države kojom dominira njihova etnička grupa. Zavisno od okolnosti, korišćenje prava opcije moglo je da povuče za sobom obavezu korisnika da se iseli na teritoriju matične države ili da u njoj ostane kao stranac.

Najvažniji je bio pokušaj da se manjine priznaju kao međunarodno zaštićeni subjekti i da im se pruži prilika da se preko svojih predstavnika obraćaju organima države čiji su državljani ili, štaviše, da se obraćaju Društvu naroda sa žalbama na postupanje prema sebi. Obaveza zaštite manjina nije bila podjednako raspoređena. Skoro sve nove države morale su da je prihvate ugovorima o miru ili jednostranim izjavama, koje su bile uslov za njihovo učlanjenje u Društvo naroda. Nisu ni sve poražene države morale da prihvate ovakvu obavezu - najupadljiviji primer bila je Nemačka. Nažalost, ova je država pod vođstvom Adolfa Hitlera bila ta koja je zloupotrebila povlašćeni položaj nemačkih manjina u nekim novim državama time što je manjinske vođe koristila za subverziju i njihovo destabilizovanje. Na primer, delatnost političkih vođa nemačke manjine vodila je ka podsticanju nemira i secesionističkih pokreta u Čehoslovačkoj, što je Hitler iskoristio, isprva radi aneksije onih delova te države naseljenih pretežno etničkim Nemcima (Sudetske oblasti), a kasnije za potpuno uništenje Čehoslovačke time što je stvorena marionetska Slovačka, a Češka postala nemački protektorat "Bohemija i Moravska". Slične subverzivne delatnosti je nemačko vođstvo preko poslušnih manjinskih vođa preduzimalo i u drugim državama, kao npr. u Poljskoj i Jugoslaviji. Ovo je za posledicu imalo ne samo gubitak poverenja u sistem Društva naroda za zaštitu manjina, već i tragično masovno proterivanje miliona Nemaca iz država istočne i jugoistočne Evrope 1945. godine.¹

¹ Vidi I. Pržić, *Zaštita manjina*, Beograd 1934; Ch. Gütermann, *Das Minderheitenschutzverfahren des Völkerbundes*, Berlin, 1979; A. Mandelstam, *La protection internationale des minorités*, Paris 1931; B. Vukas, *Etničke manjine i međunarodni odnosi*, Zagreb 1978.

Ovo istorijsko podsećanje potrebno je da bi se predstavila i shvatila atmosfera krajem pete decenije XX veka, kada su se razmatrala prava manjina u novostvorenim Ujedinjenim nacijama. Pored zloupotrebe sistema Društva naroda, koja je bila u svežem sećanju delegata u Generalnoj skupštini UN, i neke druge okolnosti stajale su na putu univerzalnog, složnom sagledavanju manjinskog pitanja. Pre svega, ovo pitanje smatralo se prevashodno evropskim problemom. Na drugim kontinentima, a naročito u Africi, stvarale su se države u granicama utvrđenim sporazumima kolonijalnih sila koje nisu imale u vidu etnička pitanja. Kao posledica toga, stanovništva tek stvorenih afričkih država i onih koje su bile u nastajanju sastojala su se od velikog broja etničkih ili plemenskih grupa, od kojih se ni jedna nije mogla smatrati ni većinom ni manjinom. Uz to, stanovništvo imigracionih država, većinom na američkom kontinentu, činili su manjinski urođenički narodi (u to vreme potpuno zanemareni u međunarodnim odnosima) i većina naseljenika, poteklih s drugih kontinenta i bez naglašenog nacionalnog identiteta. Politika i zakonodavstvo imigracionih država bili su nadahnuti asimilacijom, usmerenom na brzu integraciju svih građana i stvaranjem neetničkih nacija u smislu izjednačavanja nacije i države. Imigracione države oklevale su da priznaju manjine i njihova posebna prava u uverenju da je jednakost svih njihovih državljana dovoljna demokratska garantija a da je asimilacija prirodan i dobrodošao proces.²

Ovo su bili najvažniji razlozi zbog kojih se prava manjina ne pominju u Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim pravima od 1948. godine. Međutim, kad je na red došlo završavanje projektovane Međunarodne povelje o ljudskim pravima u vidu potpuno razrađenih međunarodnih ugovora, tj. dva međunarodna pakta o ljudskim pravima, u Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (PGP)³, koji je Generalna skupština UN prihvatila 16. decembra 1966. i koji je stupio na snagu 23. marta 1976, uključen je čl. 27, koji glasi:

U državama gde postoje etničke, verske ili jezičke manjine, lica koja pripadaju tim manjinama ne mogu biti lišena prava da imaju u zajednici s drugim članovima svoje grupe, svoj sopstveni kulturni život, da ispovedaju svoju sopstvenu veroispovest i obavljaju verske dužnosti, ili da upotrebljavaju svoj sopstveni jezik.

Ovaj tekst je decenijama preživeo kao jedina univerzalna ugovorna odredba koja se odnosi na manjine i na prava pripadnika manjina. Posle 1966. nastali su neki

² Vidi M. Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights - CCPR Commentary, 2. izd., Kehl – Strasbourg, 2005, p. 638 i dalje; P. Thornberry, International Law and the Rights of Minorities, Oxford, 1991, str. 149 i dalje..

³ Sl. List SFRJ, 7/71.

regionalni, uglavnom evropski, sporazumi koji se tiču manjina.⁴ Na Univerzalnom planu jedini je relevantni dokument bila Deklaracija o pravima pripadnika nacionalnih ili etničkih, verskih i jezičkih manjina, koju je 18. decembra 1992. prihvatila Generalna skupština UN.⁵ Kao i sve ovakve rezolucije, i Deklaracija je samo preporuka i nema težinu ugovorne obaveze. Ona ipak predstavlja važno uputstvo za tumačenje člana 27 PGP. Najupadljivija novina u Deklaraciji je uključivanje pojma nacionalnih manjina, što u očima njenih tumača znači da pojam nacionalne manjine obuhvata sve elemente posebno pomenute u određivanju manjine u čl. 27.⁶

II

Komitet za ljudska prava od 18 nezavisnih članova uspostavljen je Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima da bi nadzirao primenu ovog međunarodnog ugovora. Pored materijalnih odredbi PGP, kojima se stvara obaveza ugovornica da poštuju i unapređuju ljudska prava pojedinaca navedena u PGP, ovaj ugovor takođe predviđa i obavezu ugovornica da redovno izveštavaju Komitet o merama koje su preduzele da ostvare prava priznata u PGP i o napretku koji su u tom pogledu postigle (čl. 40 st. 1 PGP). Ovo je jedina obaveza predviđena u samom PGP, ali su ugovornice takođe mogle da ratifikuju i Fakultativni protokol uz PGP, istovremeno prihvaćen u Generalnoj skupštini UN; Protokolom se predviđa da svaka država ugovornica Pakta koja postane strana ugovornica ovog Protokola priznaje da je Komitet nadležan da prima i razmatra predstavke koje potiču od pojedinaca koji spadaju pod njenu nadležnost a koji tvrde da su žrtve kršenja od strane te države ugovornice bilo kog prava navedenog u Paktu...⁷

Komitet za ljudska prava imao je, dakle, prilike da se bavi pitanjima manjina na dva osnovna načina. Jedan od njih bio je da ocenjuje izveštaje ugovornica koji su se bavili manjinskim pitanjima a drugi da postupa po žalbama pripadnika

⁴ Najznačajniji sporazum u Evropi je Okvirna konvencija za zaštitu nacionalnih manjina, usvojena 1994. godine u Savetu Evrope; veoma detaljno je i "meko pravo" Organizacije (nekadašnje Konferencije) za evropsku bezbednost i saradnju (OEBS), kao što su Helsinški završni akt od 1975. i Dokument iz Kopenhagena od 1990. Zbirka odluka OEBS i Saveta Evrope o pitanjima manjina izašla je pod naslovom *National Minority Standards*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2007.

⁵ Rezolucija Generalne skupštine 47/135.

⁶ A. Eide, *Commentary to the UN Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, E/CN.4/Sub. 2/AC.5/2001/2, st. 6. Većina evropskih dokumenata odnosi se samo na nacionalne manjine. Za neke je, pak, nacionalna manjina samo ona manjina koja u inostranstvu ima svoju "matičnu državu". Vidi Th. Benedikter, *Legal Instruments of Minority Protection in Europe*, Bolzano 2006.

⁷ Čl. 1 Fakultativnog protokola. Vidi i R. Hanski - M. Šajnin, *Najvažniji slučajevi pred Komitetom za ljudska prava*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 2007.

manjina, sadržanim u predstavkama podnetim Komitetu protiv država koje su ratifikovale Fakultativni protokol. Iskustva Komiteta stečena na osnovu ovih postupaka formulisana su u Opštem komentaru Komiteta br. 23(50) od 6. aprila 1994.⁸

Komitet je kao osnovu za razmatranje prava manjina i njihovih pripadnika imao prilično stidljiv tekst, prihvaćen u okolnostima nepovoljnim po manjine, kako se to vidi na početku ovog članka. Ograničenja s kojima se on suočavao mogu se opisati na sledeći način:

Čl. 27 predviđa pravo koje je određeno tako da od države i njene vlade samo očekuje uzdržavanje. Umesto da, kao u drugim članovima, propiše da nosioci *imaju* neko pravo, PGP ovde predviđa da „lica koja pripadaju tim manjinama *ne mogu biti lišena prava*“.⁹ Na prvi pogled, ovo znači da država ne treba da zajemči pravo već samo da spreči njegovo uskraćivanje. Međutim, Komitet je došao do zaključka da se ovim članom podrazumeva obaveza države da preduzima aktivne mere. Iako je ovo pravo formulisano samo kao pravo koje pripada pojedincima (pripadnicima manjina), potpuno pasivan odnos države je prema Komitetu nezamisliv. Naime, ona „treba da obezbedi opstanak i dalji razvoj kulturnog, verskog i društvenog identiteta manjina u pitanju“. Komitet je dalje konstatovao da ovaj vid prava zainteresovanih lica „mora da se štiti kao takav i ne sme da se brka s drugim pravima ... na osnovu Pakta“.¹⁰

Čl. 27 zajemčuje manjinska prava samo pojedincima - „licima koja pripadaju tim manjinama“. Za razliku od sistema Društva naroda, manjinska prava u PGP nisu kolektivna prava grupa. Ona ipak imaju kolektivnu dimenziju, izraženu u rečima „u zajednici s drugim članovima svoje grupe“ – izraza koji se takođe pojavljuje u nekim drugim odredbama Pakta da bi se pokazalo kako se odgovarajuće individualno pravo ne može u punoj meri uživati u usamljenosti. Tako npr. čl. 18, koji garantuje pravo na slobodu, misli, savesti i veroispovesti, govori o slobodi svakog lica da izražava svoju veru ili uverenje „pojedinačno ili u zajednici s drugima“. Imajući u vidu prethodno pomenutu dužnost države da štiti opstanak i identitet manjine ovo znači da Komitet smatra da ima puno pravo da ispituje izveštaje potpisnica da bi ustanovio da li u zakonodavstvu i praksi postoje prava na kolektivno uživanje prava etničkih, verskih i jezičkih manjina.

Međutim, kolektiviteti, tj. manjine kao celine ili njihovi predstavnici, ne mogu podnositi predstavke Komitetu za ljudska prava na osnovu Fakultativnog protokola, jer njegov čl. 1 nedvosmisleno isključuje predstavke koje nisu individualne. Komitet je imao povoda da naglasi takvo tumačenje u konstatacijama koje su se ticale predstavki manjinskih vođa koji su tvrdili da

⁸ A/49/40, Vol. I (1994), Annex V.

⁹ *Kurziv naš.*

¹⁰ Opšti komentar 23 (50), para. 9.

predstavljaju celu grupu. Komitet je pažljivo razdvajao posledice navodnog kršenja prava podnosioca predstavke od mogućeg nepovoljnog postupanja koje je trpela cela grupa i odbijao je da razmatra kolektivni vid prava manjina.

Treba napomenuti da su neki podnesci imali posebna obeležja zato što su bili povezani s pravima domorodačkih naroda. Pitanje domorodačkih ili urođeničkih naroda posmatralo se u UN odvojeno od opšte teme ljudskih i manjinskih prava tako da je razumljivo što se Komitet uzdržao od opštih napomena u tom pogledu i prvenstveno vodio računa o specifičnom položaju nekog pojedinca kao člana domorodačkog naroda. Ovo se npr. odnosilo na pravo tog lica da se smatra pripadnikom domorodačke grupe, da se bavi poslom ili zanimanjem rezervisanim za tu grupu i da koristi imovinska prava koja pripadaju grupi kao kolektivu itd. Komitet je imao u vidu da se identitet domorodačke grupe razlikuje od identiteta drugih grupa, da podrazumeva mnoge ekonomske elemente i da je izložen dodatnim opasnostima, koje ne dolaze samo od države već i od drugih društvenih i ekonomskih snaga.¹¹

Manjinska prava su se ponekad mešala s pravom naroda na samoopredeljenje o kome je reč u čl. 1 PGP. Ovo se najčešće opet dešavalo u predstavkama koje su podnosili pripadnici domorodačkih naroda. Reakcija Komiteta je u ovim stvarima bila dosledna. Pravo na samoopredeljenje je u PGP jasno definisano kao kolektivno pravo, pravo koje pripada „narodu“. Prema Fakultativnom protokolu pak, predstavke Komitetu mogu da podnose samo pojedinci a ne predstavnici naroda. Za razliku od manjina, a naročito od domorodačkih naroda posmatranih kao manjine, Komitet nije bio u stanju da poveže neko pravo pripadnika etničke, verske i jezičke manjine s odricanjem prava grupe ljudi na samoopredeljenje, bez obzira da li ono značilo povoljnije učešće u upravljanju državom ili stvaranje nezavisne države.¹² Pitanje samoopredeljenja naroda je pretežno političko i ne može da ga razmatra skup eksperata koji čine Komitet za ljudska prava. Pored toga, samoopredeljenje ima svoje unutrašnje i spoljašnje vidove, što znači da nezavisnost i otepljenje mogu da budu samo krajnji izlaz onda kada unutrašnji preduslov političke participacije naroda u upravljanju državom nije ispunjen.¹³

Sledeće pitanje povezano s čl. 27 tiče se uvodnog dela te odredbe, koji predviđa prava pripadnika manjina samo „u državama gde postoje etničke, verske i jezičke manjine“. Dakle, kada „postoji manjina“? Ova se formulacija može objasniti procesom sastavljanja čl. 27, kada se doseljeničke države pokušale da spreče da se

¹¹ Vidi Deklaraciju Generalne skupštine o pravima domorodačkih naroda od 7. septembra 2007, A/61/L.67.

¹² Vidi npr. slučajeve *Lubicon Lake Band protiv Kanade* (Br. 167/84, od 26.3.1990) i *Grand Chief Donald Marshall et al. (Mikmaq People) protiv Kanade* (Br. 205/1986, od 4.11.1991), Hanski – Scheinin, *op. cit.*, str. 406 i dalje.

¹³ Vidi V. Dimitrijević, O. Račić i dr., *Osnovi međunarodnog javnog prava*, 2. izd, Beograd 2007, str. 180 i dalje. Vidi i Deklaraciju pomenutu u sledećoj napomeni.

on primeni na nove useljenike i na privremene grupe bez istorijskih korena na njihovoj teritoriji.¹⁴ Proučavanje ovog sklopa reči pokreće pitanje „samotumačenja“ (autointerpretacije), tj. prava zainteresovane države da uslovljava položaj pripadnika manjina zvaničnim priznavanjem određene manjine od strane države. Prilikom ratifikacije PGP Francuska je priložila deklaraciju u kojoj se tvrdi da „u svetlu člana 2 Ustava Francuske Republike ... čl. 27 nije primenjiv na Republiku.“. To je u skladu sa shvatanjem koje prevladava u francuskoj tradiciji da je država „slepa“ kada su u pitanju veroispovest i nacionalnost.¹⁵ U Komitetu za ljudska prava se na francusku deklaraciju gledalo na različite načine, nekad kao na rezervu a drugi put kao na izjavu o tome kako će se ugovor tumačiti.¹⁶ Međutim, u svom Opštem komentaru Komitet je odbio da dozvoli državama da same odlučuju postoje li manjine u njihovom stanovništvu i opredelio se za pristup vezan za činjenice, a ne za pravo. Komitet je ukazao da izraz „postoje“ nema nikakve veze sa stepenom stalnosti prisustva date manjine. Komitet je takođe napustio prvobitan stav prema manjinama kao grupama državljana, koji je bio deo originalne verzije čuvene definicije manjina Frančeska Kapotortija (*Francesco Capotorti*).¹⁷ Komitet veruje da lica kojima pripadaju prava na osnovu čl. 27 ne moraju čak ni da trajno borave u zemlji. U svakom slučaju, postojanje manjine prema Komitetu zavisi samo od „objektivnih merila“.¹⁸

Ispitujući izveštaje Francuske Komitet ju je više puta pozvao da povuče svoju rezervu na čl. 27 PGP. Ovi pozivi su takođe bili povezani s opštim stavom prema rezervama uz PGP, izraženim u Opštem komentaru Komiteta 24 (52) od 1994. godine: „Određbe Pakta koje predstavljaju običajno međunarodno pravo (i *a fortiori* ako imaju prirodu peremptornih normi) ne mogu biti predmet rezervi. Prema tome, država ... ne može uskratiti manjinama pravo da uživaju u svojoj kulturi, ispovedaju svoju veru ili koriste svoj jezik“ (st. 8).¹⁹

Komitet je tako učestvovao u široj debati o prirodi međunarodnih ugovora o zaštiti ljudskih prava, koja mora da se ima u vidu kada se govori o rezervama uz te

¹⁴ Deklaracija o načelima međunarodnog prava o prijateljskim odnosima i saradnji među državama u skladu s Poveljom Ujedinjenih nacija od 24. oktobra 1970, Rezolucija Generalne skupštine 2625 (XXV), Annex. Vidi F. Mani, "The 1970 Declaration on Friendly Relations: a Case Study in Law Creation by the UN General Assembly", *International Studies*, 18 (1979), str. 287 i dalje.

¹⁵ Vidi Nowak, *op. cit.*, str. 640.

¹⁶ Vidi *ibid.*, str. 641 – 642.

¹⁷ A. Eide, *Study of the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities*, E/CN.4/Sub.2/384/Rev. 1 (1979).

¹⁸ Opšti komentar 23 (50) para. 5.2.

¹⁹ Prevod naš. Vidi M. Scheinin, *Reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights and Its Optional Protocols - Reflections on State Practice*, dostupno na http://www.karen.abo.fi/juscogens/texts/1Reservations_ICCPR_Sheinin.doc

ugovore. On je u tom pogledu očigledno sledio zaključke Fransoaz Hampson (Françoise Hampson) po pitanju rezervi uz ugovore o ljudskim pravima, u njenom izveštaju podnetom Potkomisiji UN za unapređenje i zaštitu ljudskih prava:

1. Države slobodno mogu da stave rezervu na ugovor o ljudskim pravima ako ona nije zabranjena samim ugovorom, pod uslovom da rezerva nije u neskladu s predmetom i ciljem ugovora.
2. Države ne mogu da stave rezervu koja je u neskladu s predmetom i ciljem ugovora o ljudskim pravima, a druge države ne mogu da je prihvate.
3. Ugovorno telo je nadležno da odlučuje o važenju rezerve.
4. Kada ugovorno telo zaključi da je rezerva u neskladu s predmetom i ciljem ugovora, država koja je stavila rezervu može (i) povući rezervu ili (ii) izmeniti rezervu tako da je dovede u sklad s ugovorom ili (iii) otkazati ugovor.
5. Tela koja se staraju o primeni ugovora treba ohrabriti da nastave s tekućom praksom stupanja u dijalog s državom koja je stavila rezervu da bi se u neskladne rezerve unele izmene koje bi ih dovele u sklad s ugovorom²⁰

Komitet se susreo s jednim drugim zanimljivim pitanjem, takođe povezanim s definicijom manjine. U slučaju *John Ballantine, Elizabeth Davidson i Gordon McIntyre protiv Kanade*,²¹ neki kanadski poslovni ljudi i preduzetnici koji žive u provinciji Kvebek, a govore engleskim jezikom, žalili su se zbog zabrane da koriste engleski pri oglašavanju, na reklamama pred svojim prostorijama i u imenima svojih firmi. Ovu zabranu propisala je kvebečka Povelja o francuskom jeziku: na osnovu nje su žalioци primili opomene od istražitelja Komisije za zaštitu francuskog jezika u Kvebeku. Podnosioci predstavke tvrdili su da posluju u kraju u kome se govori engleski, da su njihovi klijenti ili potencijalni klijenti uglavnom ljudi čiji je maternji jezik engleski te da su zbog toga trpeli štetu. Glavna rasprava u Komitetu vodila se o tome jesu li anglofoni građani Kanade jezička manjina u smislu čl. 27 Pakta. Većina članova Komiteta za merilo je uzela ukupno stanovništvo cele Kanade i zaključila da građani Kanade koji govore engleski predstavljaju numeričku većinu u celoj zemlji, da se zato ne mogu smatrati manjinom i ne mogu pozivati na prava koja pripadnici jezičke manjine imaju po čl. 27.

Manjina u Komitetu, kojoj je pripadao i potpisani, stala je na stanovište da, ako status i prava lica odlučujuće zavise od zakonodavstva provincije (federalne jedinice u kojoj žive), treba primeniti merila zasnovana na stanovništvu te

²⁰ E/CN.4/Sub.2/2003/WP.2. Prevod naš.

²¹ Predstavke br. 359/1989 i 385/1989. Mišljenja od 31.3.1993. A/48/40, Hanski - Scheinin, *op.cit.*, str. 300 ff

provincije. U svom izdvojenom mišljenju, ovi članovi Komiteta tvrdili su da takva lica nisu „lišena zaštite čl. 27 ako njihova grupa predstavlja etničku, jezičku ili kulturnu manjinu u autonomnoj provinciji ali nije numerička manjina u samoj državi, uzetoj u celini“.²² Konačno, ne mogavši iz pomenutih razloga da utvrdi povredu čl. 27 Pakta, Komitet je zaključio da je reč o povredi čl. 19 st. 2 Pakta (sloboda izražavanja).

Potpisani i dalje smatra da je odluka Komiteta bila pogrešna zato što je pravo lica da koristi sopstveni jezik bilo uskraćeno grupi ljudi na osnovu pokrajinskog, a ne saveznog zakonodavstva. Postoje mnoge jezičke grupe u Kanadi koje, za razliku od anglofone, jasno predstavljaju manjinu u celoj Kanadi. Znači li to da natpis na radnji čiji je vlasnik etnički Kinez ili Ukrajinac zaslužuje zaštitu čl. 27 dok se takav natpis na engleskom jeziku ne kvalifikuje za to? Međutim ovaj čudan pristup Komiteta u odluci donetoj 1993. godine može se razumeti u sklopu opšteg političkog konteksta koji su tada obeležavale slične situacije u drugim delovima sveta; reč je o „manjinama unutar manjina“ ili, kako su to neki nazvali, „babuškama“ ili „kineskim kutijama“, gde postoji dilema je li u očima države manjinska grupa samo ona koja predstavlja brojčanu manjinu u celoj državi ili ona koja je takva na nivou autonomne pokrajine. Dobar primer ove dileme je pitanje Kosova i Metohije, autonomne provincije u Srbiji u kojoj etnički Albanci predstavljaju većinu, dok su Srbi - inače većina u celoj zemlji - regionalna numerička manjina.

U izveštajima mnogih država i prema rečima predstavnika država koji su branili takve izveštaje može se uočiti tendencija da se pobrkaju prava pripadnika manjina sa zabranom diskriminacije. Upitani o pravima manjina u svojoj zemlji predstavnici država često misle da daju zadovoljavajući odgovor kada pružaju uveravanja da zakonodavstvo nije diskriminatorno, da ne stvara razlike u pogledu uživanja ljudskih prava na osnovu ličnih osobina nabrojanih u čl. 2 st. 1 PGP (rasa, boja kože, pol, jezik, veroispovest, politička i druga uverenja, nacionalno ili socijalno poreklo, imovina, rođenje ili drugi status) i da ne narušava jednakost pred zakonom, zajamčenu članom 26 PGP, koji zabranjuje razlikovanje na osnovu istih merila. Prava iz čl. 2 st. 1 i 26 PGP pripadaju svim pojedincima u nadležnosti države ugovornice, bez obzira jesu li ili nisu pripadnici neke manjine. Prema Komitetovom tumačenju čl. 26 u čuvenom slučaju *F. H. Zwaan-de Vries* protiv Holandije, nikakva diskriminacija nije dozvoljena u vezi s uživanjem *svih* prava koja zajemčuje zakon države ugovornice, čak i onih koja nisu zaštićena PGP: ova zabrana ne zavisi od postojanja neke manjine i od toga da li lice koje se žali zbog diskriminacije njoj pripada. Prema Komitetu, odsustvo diskriminacije ne dokazuje da nema manjina u odgovarajućoj državi i da ne postoje specifična prava pripadnika manjina. U svom Opštem komentaru od 1994. Komitet je sasvim odlučan: „države ugovornice koje ukazuju da u njima ne postoji diskriminacija na

²² Vidi zajedničko mišljenje koje su potpisali Elisabeth Evatt, Nisuke Ando, Antonio Bruni Celli i Vojin Dimitrijevic, Hanski – Scheinin, *op.cit.*, str. 313.

osnovu etničke pripadnosti, jezika ili veroispovesti pogrešno tvrde, samo na osnovu toga, da u njima ne postoje manjine" (st. 4).

Baveći se nizom slučajeva koji se tiču korišćenja manjinskih jezika Komitet je imao priliku da ispita obim prava jezičkih manjina da koriste svoj jezik, predviđenog u čl. 27 PGP. Neki podnosioci predstavki bili su suočeni s teškoćama izazvanim postojanjem zvaničnog jezika, različitog od jezika manjine kojoj pripadaju. Komitet je odbio da razmatra neke od tih predstavki i oglasio ih za neprihvatljive zbog toga što podnosilac nije iscrpeo sve domaće pravne lekove, bez obzira što bi to povlačilo obraćanje nadležnim organima države na zvaničnom jeziku.²³ Obavezu da se zvanični jezik koristi pred nacionalnim sudovima da bi se ispunio preduslov iscrpljivanja domaćih pravnih lekova, predviđen u Fakultativnom protokolu uz PGP, Komitet nije smatrao nesavladivom preprekom. U samom PGP postoje i druge odredbe koje se tiču prava pojedinca da koristi jezik po sopstvenom izboru. Ova prava pripadaju svakom, a ne samo pripadnicima jezičkih manjina. Tako se, na primer, sloboda izražavanja iz čl. 18 PGP odnosi na pravo svakog čoveka da koristi svaki jezik koji smatra pogodnim radi obraćanja javnosti. U posebnim uslovima pod kojima se odvija krivični postupak svako lice ima pravo na prevodioca, ako ne može da razume ili koristi jezik suda (čl. 14 st. 3 f). Ovo opet ne zavisi od pripadništva tog lica jezičkoj manjini i ne važi za oblasti van krivičnog postupka.

²³ Predstavka br. 182/1984 (od 9. 4. 1987), A/42/40, Annex VIII. Drugi primer je slučaj *Waldman v. Canada* (Predstavka br. 694/1996, od 3.11.1999), A/55/40. Hanski – Scheinin, *op. cit.*, str. 262 i dalje, 335 i dalje.

Vojin Dimitrijević, LL.D,

Professor, Law Faculty, Union University, Belgrade
Director of the Belgrade Centre for Human Rights

**RIGHTS OF PERSONS BELONGING TO NATIONAL MINORITIES
UNDER THE INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND
POLITICAL RIGHTS**

Summary

Questions related to the rights of national minorities became acute after World War I, which resulted in the dissolution of a number of multi-ethnic empires and in the creation - on the territory of the latter - of many nation-states, dominated by respective majority ethnic groups. It soon became clear that the borders of these new states could not be drawn along ethnic lines and that their population would include persons not belonging to dominant majority ethnic groups. The League of Nations established a generous (yet incomplete) system for the collective protection of national minorities. However, this arrangement was abused by Nazi Germany through the subversive activity of the leaders of German national minorities abroad. In the time of the reconstruction of the world order after 1945, the collective rights of minorities were viewed with suspicion so that the accent was shifted into the protection of individual right of persons belonging to minorities. This attitude was expressed rather timidly (and without defining the term *minorities*) in Art. 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights (CCPR), which still remains as the only universal treaty provision dealing with the rights of minorities.

The Human Rights Committee which oversees the implementation of the CCPR has had to interpret this treaty through the examination of state reports and individual communications received under the Optional Protocol to the CCPR. This treaty body has not had the opportunity to decide on many issues but it has expressed interesting and inspiring views on some important issues, such as the reservations on the attempt to limit the scope of Art. 27, the right of member states to "auto-interpret" their obligations vis-à-vis minorities, the difference between minority rights and non-discrimination, and self-determination and the determination of the minority status in federal states.

Dr Boris Krivokapić,

profesor Fakulteta za državnu upravu i administraciju
Megatrend univerziteta u Beogradu

DOMORODAČKI NARODI I OSNOVNI ELEMENTI NJIHOVE MEĐUNARODNOPRAVNE ZAŠTITE

UDK: 341.231.14-054.57(=83)

Apstrakt

Rad je motivisan činjenicom da je septembra 2007. Generalna skupština UN, nakon punih 25 godina napora koji su u tom pravcu preduzimani, konačno usvojila Deklaraciju o pravima domorodačkih naroda. Članak ima tri osnovna tematska dela. U prvom si obrađena osnovna, u izvesnom smislu prethodna pitanja, kao što su pojam domorodačkih naroda; naziv i definicija; brojnost i teritorijalna raspoređenost. Drugi deo bavi se međunarodnom zaštitom ovih kolektiviteta i njihovih pripadnika. Prvo je ukazano na neke od najvažnijih momenata koji izazivaju potrebu takve zaštite, zatim je dat kratak istorijski osvrt, a onda su izloženi najvažniji savremeni oblici međunarodne zaštite domorodačkih naroda. Posebno je obrađena zaštita u okviru UN. Treći deo bavi se osnovnim pravima domorodačkih naroda. Ova prava su sumarno obrađena, ponajviše sa osloncem na ono što predviđaju Deklaracija UN i Konvencija MOR br. 169.

Ključne reči: domorodački narodi, ljudska prava, međunarodno pravo, Deklaracija UN, autohtono stanovništvo.

I POJAM DOMORODAČKIH NARODA

1. Pojam i naziv

1.1. Pojam

Domorodački narodi su pojava koja je dobrim delom nastala kao rezultat svojevremenih prodora kolonijalnih sila u druge delove sveta.¹ Zauzimanje novih prostora vršeno je bez ikakvog obzira prema narodima (urođenicima) koji su tamo već živeli. Štaviše, jedan veliki deo tih naroda bukvalno je istrebljen.

¹ Još 1914. godine kolonije su zauzimale 58% površine Zemlje, a u njima je živelo 34,3% stanovnika naše planete. Pred početak Drugog svetskog rata kolonije su obuhvatale 1/3 površine i 1/4 stanovništva planete.

U tom smislu dovoljno ilustrativna je žalosna sudbina severnoameričkih Indijanaca, kojima ne samo da su beli doseljenici oteli svu zemlju, već se njihov broj sa oko 4,2 miliona 1.500. godine (početak kolonizacije) danas sveo na svega 700.000, od čega jedna trećina živi u rezervatima.² Slično ili čak gore prošli su i starosedeoci Južne Amerike, ali i mnogih drugih delova sveta.

O tome koliko se nije obraćalo pažnje na činjenicu da na odnosnim područjima već žive određeni narodi (sa svojom istorijom, tradicijom, kulturom i dr.) svedoči činjenica da su prostori koje su oni nastanjivali u odnosima između «civilizovanih» država tretirani kao *terra nullius*, tj. kao ničije teritorije. Dakle, podobne za sticanje putem tzv. mirne okupacije.

Onim pripadnicima domorodačkih naroda koji nisu istrebljeni, osvajači su nametali i u mnogo slučajeva uspeali da nametnu svoju kulturu – jezik, veru, običaje, društvenu organizaciju itd. To je činjeno sa opravdanjem da se zapravo vrši prosvetavanje zaostalih i zatucanih urođenika, dakle neka vrsta skoro plemenite i milosrdne aktivnosti.³

1.2. Naziv

Najčešće se, kao što se i ovde čini, pripadnici ovih grupa nazivaju domorodačkim narodima. Uostalom, taj termin je uglavnom u opticaju u Ujedinjenim nacijama i organima i organizacijama koji spadaju u njihov sistem. Ipak, u istom značenju se koriste i drugi izrazi - urođeničko stanovništvo, domorodačko stanovništvo, domoroci, autohtono (starosedelačko) stanovništvo, Četvrti svet, «prvi ljudi», i dr.

Zapravo, države neretko pribegavaju drugim nazivima da bi izbegle da grupe o kojima je reč označe kao *narode* (ne sporeći pritom njihov starosedelački karakter). Ovo zato što savremeno međunarodno pravo priznaje *narodima* pravo na samoopredeljenje (u krajnjoj liniji i na stvaranje sopstvene države), a to države na čijoj teritoriji žive ovi kolektiviteti ne žele da dopuste.

² Veliki broj starosedelaca Severne Amerike je pobijen (u sukobima sa kolonistima i vojskom), drugi su umrli od za njih novih bolesti na koje nisu bili imuni, a koje su sobom donele pridošlice (u nekim slučajevima su «bledoliki» čak namerno koristili biološka sredstva protiv Indijanaca, npr. isporučujući im zaraženu čebad), mnogo njih je planski pretvoreno u teške alkoholičare, ogroman broj je prinudno raseljen ili je sam pobjegao u nedostupne predele sa teškom klimom, i dr.

³ U osnovi, sve do kraja XVII veka, pa i kasnije, čak i u prvom delu XX veka, evropske države su smatrale da, kada je reč o domorodačkim narodima, zapravo se radi o necivilizovanim divljacima. Upravo je teza o misiji belog čoveka koji je pozvan da ove divljake «civilizuje», bila jedno od opravdanja za kolonizaciju i žestoku eksploataciju područja nastanjenih domorodačkim narodima.

Ipak, u praksi se, pa i u odgovarajućim međunarodnopravnim dokumentima (posebno u praksi UN), ove grupe najčešće (sa pravom) označavaju kao *narodi*,⁴ s tim da se neretko u posebnoj odredbi precizira da to ne znači da im pripada pravo na samoopredeljenje.

Zanimljivo je primetiti da se ponekad ukazuje i na razlikovanje između pojma »domorodački narod« (*»indigenous people«*) i »domorodački narodi« (*»indigenous peoples«*). S tim u vezi, primećuje se da to jedno »i« (u engleskoj verziji »s«), ističe da se radi o više domorodačkih naroda, od kojih je svaki sa posebnim karakteristikama, i istovremeno ističe kolektivni karakter prava koja se jamče domorodačkim narodima.

U jednom drugom shvatanju, ova terminološka razlika koristi se za izbegavanje da se ovi kolektiviteti nazovu »narodima« (*»indigenous peoples«*), tako što se umesto toga potencira da je reč o »domorodačkim ljudima« (*»indigenous people«*).⁵ Reč je o restriktivnom pristupu kojim ima za cilj da, kao što je već istaknuto, ospori kolektivna prava domorodačkih naroda, a pre svega njihovo pravo na samoopredeljenje. Srećom, on je danas dobrim delom napušten.

Mi ćemo ovde, kao što se, uostalom, vidi i iz naslova ovog rada, baratati terminom »domorodački narodi«, podrazumevajući pod njim i starosedelačke (autohtone) narode i plemenske narode, koji uz to (uz činjenicu da su od davnina nastanjeni na datom području) poseduju još neka dodatna posebna svojstva.

1.3. Elementi pojma i definicija

Nekoliko je elemenata po kojima se domorodački narodi razlikuju od drugih sličnih kolektiviteta. Najprostije rečeno, radi se o društvenim grupama (i njihovim potomcima) koje:

- (1) podvrgnute su tokom istorije stranoj dominaciji putem kolonizacije ili aneksije, tako da nemaju sopstvenu nacionalnu državu, već žive u istoj državi sa drugim etničkim odnosno kulturnim grupama čija kultura u toj državi je dominantna;
- (2) imaju (zadržale su) određene etničke, kulturne, jezičke, organizacione i druge osobenosti i u tom smislu ostaju u izvesnoj meri izdvojene od okružavajuće ih i dominantne kulture nacionalne države;
- (3) svesne su svog posebnog identiteta i voljne da ga očuvaju;

⁴ Potkomisija za sprečavanje diskriminacije i zaštitu manjina napustila je izraz "domorodačko stanovništvo" u korist pojma "domorodački narodi" 1988. godine. Od tada on u okviru sistema UN ima prednost nad drugim mogućim terminima.

⁵ U engleskom jeziku reč "people", zavisno od konteksta, može da znači i "narod" i "ljudi".

- (4) autohtone (starosedelačke) su na određenom području ili bar imaju sa njim dug istorijski kontinuitet i vezu. Pri tome one same sebe identifikuju kao starosedelačke, a takav status priznaju im i druge grupe.

Postoji više ponuđenih definicija domorodačkih (starosedelačkih) naroda, od kojih neke potiču od Ujedinjenih nacija, Međunarodne organizacije rada, Svetske banke i dr.⁶ Ipak, nijedna od njih nije usvojena kao jedinstvena, opšteprihvaćena. Ovo kako zbog toga što se radi o često vrlo različitim stvarnim i pravnim situacijama, tako i zbog činjenice da razni akteri imaju različite poglede na čitav problem.

U tom kontekstu, među najpotpunije spada ona definicija koja je uključena u čl. 1 Konvencije MOR br. 169 (1989).⁷ Ona pravi razliku između plemenskih naroda i domorodačkih naroda u nezavisnim zemljama:

- *Plemenski narodi* definisani su kao narodi u nezavisnim zemljama koji se po svojim socijalnim, kulturnim i ekonomskim uslovima razlikuju od drugih delova nacionalne zajednice (društva) i čiji je status u potpunosti ili delimično regulisan njihovim vlastitim običajima i tradicijama ili posebnim zakonima i propisima;

- *Domorodački narodi* definisani su kao narodi u nezavisnim zemljama koji potiču od stanovnika koji su dato područje naseljavali u doba osvajanja ili kolonizacije, ili formiranja sadašnjih državnih granica i koji su, bez obzira na zakonski status, zadržali neke ili sve svoje socijalne, ekonomske, kulturne i političke institucije.

U oba slučaja, samoidentifikacija odnosnih grupa kao starosedelačkih ili plemenskih naroda smatra se temeljnim kriterijumom za njihovo određivanje kao takvih. Dakle, uz navedene objektivne momente traži se i postojanje subjektivnog elementa odnosno posebnog psihičkog doživljaja (svesti o svojoj pripadnosti i makar implicitno iskazanoj volji da se ona očuva).

Ipak, još jednom valja naglasiti da nema opšteprihvaćene definicije domorodačkih naroda. Sva je prilika da oni, poput manjina, spadaju u pojave koje »izmiču definisanju«.⁸

⁶ Za jedan broj definicija ponuđenih od strane međunarodnih tela i organizacija, vidi: Indigenous peoples, http://en.wikipedia.org/wiki/indigenous_people&printable=yes.

⁷ O toj konvenciji će više reči biti kasnije.

⁸ Krivokapić Boris: Osvrt na pokušaje pravnog definisanja manjina, *Međunarodna politika* 1110/2003, str. 61-75, Krivokapić Boris: Problem definicije manjina, *Strani pravni život* 1/1994, str. 31-41.

1.4. Brojnost i teritorijalna raspoređenost

Smatra se da u svetu ima oko 5000 ovakvih naroda, koji žive u najmanje 72 države. Po nekim procenama, oni zauzimaju oko 20% kopna naše planete,⁹

Pripadnici domorodačkih naroda žive u grupama koje se kreću od svega nekoliko desetina, do nekoliko stotina hiljada, pa i više. Njihova ukupna brojnost procenjuje se na oko 300 do 370 miliona, što znači oko 6% od ukupne svetske populacije.¹⁰ Već sami ovi podaci ukazuju na značaj problematike pravnog i stvarnog položaja ovih lica.

Zavisno od slučaja, oni ponekad predstavljaju većinsko stanovništvo, ali su obično manjine koje žive u većoj ili manjoj izolaciji, bilo zato što su tako sami odabrali, bilo stoga što im je takva sudbina nametnuta.

Domorodački narodi žive na raznim lokacijama širom sveta, od krajnjeg Severa do Južnog Pacifika. Među najpoznatije spadaju američki Indijanci, australijski Aboridžini, novozelandski Maori, japanski Ainu, Bušmani iz Kalahari pustinje (Bocvana i Namibija), Masajci (žive u Keniji i Tanzaniji), Pigmeji (žive u Centralnoj i Zapadnoj Africi), i dr. U Evropi su verovatno najpoznatiji Sami (Laponci), koji žive u nekoliko skandinavskih država i delu Rusije, ali ima i drugih takvih naroda (Komi, Nenci i drugi narodi u Rusiji; Frizijci, koji žive u Holandiji i Nemačkoj; Baski, koji žive u Španiji i Francuskoj; i dr.¹¹

II MEĐUNARODNA ZAŠTITA

1. Potreba zaštite

Premda svaki od domorodačkih naroda ima niz samo njemu svojstvenih istorijskih, kulturnih i drugih osobenosti, oni se u praksi suočavaju sa u velikoj meri sličnim problemima.

⁹ Study Guide: The Rights of Indigenous Peoples (2003), University of Minnesota Human Rights Center,

<http://www1.umn.edu/humanrts/edumat/studyguides/indigenous.htm>, p. 1.

¹⁰ Po nekim izvorima, ukupna brojnost domorodačkih naroda kreće se i do 500 miliona. Vidi: Study Guide: The Rights of Indigenous Peoples (2003), *op. cit.*, p. 1.

¹¹ Za prilično opširnu listu domorodačkih naroda vidi, pored ostalog: List of indigenous peoples,

http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_indigenous_peoples.

Pre svega, u stvarnosti je zbog određenih objektivnih okolnosti često ugrožen i sam fizički opstanak ovih zajednica i njihovih pripadnika. Misli se na određene specifične bolesti, nedostatak zdrave vode i hrane i sl.

Tako, pored ostalog, zagrevanje planete, koje je globalni problem, iz raznih razloga ponajviše pogađa upravo pripadnike domorodačkih naroda, ugrožavajući njihov svakodnevni život, a u najtežim slučajevima i sam opstanak. Štetne posledice ove pojave različito se manifestuju na domorodačke narode u zavisnosti od toga na kom delu planete žive (na vrelom jugu, krajnjem severu, ostrvima Pacifika, šumama Amazonije i dr.), ali je već primećeno da promena klime pogađa domorodačke narode pored ostalog tako što:

- u tropskim i subtropskim područjima dovodi do porasta bolesti povezanih sa visokim temperaturama i nedostatkom zdrave vode (kolera, malarija, denga groznica), dok na drugim mestima nagli padovi temperature vazduha izazivaju među domorodačkim narodima (posebno među starima i mladima) do sada nezabeleženi rast bolesti kao što su bronhitis, upala pluća i sl.;

- u mnogim područjima vodi nagloj dezertifikaciji i sve brojnijim šumskim požarima, što ima za posledicu značajno i ubrzano propadanje životinjskog i biljnog sveta, a time neposredno pogađa tradicionalne načine privređivanja domorodačkih naroda kao što su poljoprivreda, lov, ribolov, sakupljanje i sl.;

- ima za posledicu smenjivanje prekomernih kiša i dugotrajnih suša, što uništava useve, koje domorodački narodi nisu u stanju da zaštite od takvih pojava;

- zabeležena je pojava novih vrsta insekata odnosno produžen je životni vek poznatih insekata koji uništavaju drveće i drugu vegetaciju;

- na raznim mestima javljaju se erozije tla, pojava sve većeg broja i sve snažnijih peščanih oluja, uragana i tajfuna, što u nekim slučajevima neposredno ugrožava i same živote pripadnika domorodačkih naroda; i dr.¹²

To, međutim, nisu i jedine nevolje. Iako starosedeooci na odnosnom području, domorodački narodi najčešće žive kao manjine, manje ili više izolovani u odnosu na glavne tokove društvenih zbivanja (države u kojoj žive), a neretko su žrtve predrasuda, pa i mržnje, raznih vidova progona i diskriminacije.

Statistike surovo pokazuju da su, nažalost, upravo pripadnici domorodačkih naroda u vrhu svih lista načinjenih prema stopi nezaposlenih, nepismenih, alkoholičara, lica koja se nalaze u zatvorima i sl.¹³ Drugim rečima, nasilno otrgnuti

¹² Nešto više o tome: Indigenous peoples hardest hit by climate change describe impacts, www.eurekaalert.org/pub_releases/2008-04/unu-iph040108.php.

¹³ Primera radi, najnoviji podaci ukazuju da oko 450.000 Aboridžina (starosedelaca Australije) čine danas 2,3% od ukupno 19 miliona stanovnika Australije. Pri tome u proseku žive čak 17 godina kraće od Australijanaca bele boje kože i imaju znatno veću

iz svog sveta i svog tradicionalnog sistema vrednosti oni su platili vrlo visoku cenu bez ikakve svoje krivice.

Tome treba dodati i razne oblike nasilne ili prirodne asimilacije, zbog čega je ugrožen i sam opstanak domorodačkih naroda. Njima je tokom dugog perioda silom ili posredno nametana drugačija kultura, kao navodno superiornija. Danas se, međutim, na kulturne razlike gleda na drugi način – kulture nisu bolje ili gore, one su različite. Sve one su nasleđe čitavog ljudskog roda i svaka od njih ima svoje mesto, pošto na svoj način doprinosi kulturnoj raznolikosti, socijalnoj i ekološkoj harmoniji čovečanstva i međunarodnoj saradnji i razumevanju. Štaviše, savremeni «civilizovani» čovek sve više poseže za nekim tradicijama i znanjima plemenskih društava.¹⁴

Dakle, s jedne strane javlja se nužnost zaštite domorodačkih naroda i njihovih kultura iz čovečnih, moralnih i sličnih razloga, a sa druge prisutna je potreba da se oni sa svojim specifičnostima očuvaju i u interesu čitavog ljudskog roda. Da bi se ovo razumelo dovoljno je samo podsetiti na to da npr. postojanje velikog broja raznih jezika nesumnjivo predstavlja jedno od kulturnih bogatstava čitavog čovečanstva. Po nekim izvorima, u savremenom svetu govori se čak 6.809 (glavnih) jezika, uz još 41.791 jezik drugačijih naziva i dijalekata.¹⁵ Najveći broj tih jezika i dijalekata otpada upravo na domorodačke narode.¹⁶

Zapravo, ima tvrdnji da domorodački narodi čine i do 80% svetske kulturne i biološke raznolikosti (diversiteta).¹⁷

U naše vreme, opšte mesto u vezi sa zaštitom ovih naroda je potreba da im se, pored ostalog, zajamči pravo na očuvanje sopstvenih kulturnih vrednosti i načina života. Zapravo, sami domorodački narodi insistiraju na svom pravu da zadrže odvojeni identitet i sopstveno kulturno nasleđe. To je, međutim, u doba zahuktale globalizacije, razume se, sve teže postići. Ipak, opšte je priznato da bi politika asimilacije i integracije koja bi imala za cilj da ove narode po svaku cenu uvede u glavne tokove života većinskog stanovništva, bila ne samo neprihvatljiva, već bi vrlo često izazvala suprotne efekte.

stopu nezaposlenosti i kriminaliteta. Nav. prema: Kavaja Jelena: Oduzeta aboridžinska deca kao zamorčići, "Politika" od 21.4.2008, str. 4.

¹⁴ Npr. u domenu alternativne medicine, duhovnog razvoja, specifičnih znanja i veština, odnosa prema prirodi i sl.

¹⁵ Listu ovih jezika i dijalekata, vidi kod Grimes B.F., Grimes J.E. (eds.): *Ethnologue: Languages of the World*, vols. 1-2, Dallas 2000, 855 & 729 pp., kao i u: *Ethnologue Language Name Index*, http://www.ethnologue.com/language_index.asp.

¹⁶ Prema nekim procenama Ujedinjenih nacija, 96% jezika u svetu govori samo 3% svetskog stanovništva.

¹⁷ *Study Guide: The Rights of Indigenous Peoples (2003)*, *op. cit.*, p. 1.

Najzad, zajedničko za skoro sve domorodačke narode je to što su tokom istorije pretrpeli razne oblike teške represije i nepravde – pokušaji istrebljenja, porobljavanje, nasilno oduzimanje zemlje, diskriminacija, konstantno omalovažavanje i dr. To je snažno uticalo na ponos i druge oblike kolektivne svesti ovih zajednica i njihovih pripadnika. Mnoge od ovih nepravdi ne mogu se ispraviti, ali neke sigurno mogu i moraju.

Imajući u vidu sve rečeno, jasno je da je reč o vrlo ozbiljnom i kompleksnom problemu. Stoga nije nikakvo čudo što Ujedinjene nacije i druge međunarodne organizacije (u prvom redu Međunarodna organizacija rada) priznaju da zaštita prava domorodačkih naroda predstavlja suštinski deo ljudskih prava i zakonitu brigu međunarodne zajednice.¹⁸

Na taj način, da bi im se obezbedili normalni uslovi života i stvarna ravnopravnost sa većinskim stanovništvom, domorodačkim narodima neophodno je, putem mera tzv. afirmativne akcije, zajamčiti i obezbediti niz posebnih prava, u koja spadaju pravo na opstanak, pravo na očuvanje svojih kulturnih i jezičkih osobnosti, pravo na zemlju i prirodne izvore, politička prava (uključujući učešće u donošenju odluka koje ih se neposredno tiču, kao i određeni oblik autonomije), zaštita od diskriminacije, zaštita sredine, zaštita zdravlja, podizanje životnog standarda (zaštita od siromaštva), određena posebna prava u domenu obrazovanja (nastava na maternjem jeziku odnosno učenje tog jezika, izučavanje sopstvenih tradicija i dr.), itd.

Stvarna ili potencijalna ugroženost nesmetanog života, pa i opstanka, domorodačkih naroda stvara potrebu da im se obezbedi odgovarajuća pravna zaštita.

Zapravo, često se primećuje da domorodački narodi spadaju među najobespravljenije i najranjivije grupe ljudi u savremenom svetu.¹⁹ Uostalom, nema razloga da ne verujemo tadašnjem generalnom sekretaru UN Kofiju Ananu, koji je u svom izveštaju (E/2004/82) konstatovao da su pripadnici domorodačkih naroda u mnogim državama i dalje među najsiromašnijim i marginalizovanim građanima.²⁰ Tome bi se moglo dodati da su oni još uvek neretko izloženi raznim

¹⁸ The Rights of Indigenous Peoples, *Fact Sheet No.9 (Rev.1)*, Office of the High Commissioner for Human Rights, p. 20, <http://www.unhchr.ch/html/menu6/2/fs9.htm>.

¹⁹ Indigenous Peoples and the United Nations System: An overview, p. 4. <http://www.unhchr.ch/html/racism/indileaflet1.doc>.

²⁰ Report of the Secretary General on the preliminary review by the Coordinator of the International Decade of the World's Indigenous People on the activities of the United Nations system in relation to the Decade. E/2004/100, 24. June 2004, <http://www.unhchr.ch/indigenous/e2004-82.doc>.

oblicima diskriminacije i pritisaka, uključujući i nasilno premeštanje sa teritorije na kojoj tradicionalno žive.²¹

2. Istorijski osvrt

U istoriji, dugo vremena svaka država odnosila se prema starosedelačkom stanovništvu prema svom nahođenju. Uostalom, treba se setiti da je i sama problematika zaštite ljudskih prava praktično do nedavno spadala u krug onih materija koje su označene kao pitanja u isključivoj nadležnosti država.

Prvi međunarodnopravni pomaci u tom pravcu, vezani su za ugovore o razgraničenju između kolonijalnih sila u koje su ponekad unošene odredbe o staranju o domorocima, kao i ugovore o zabrani trgovine robovima, koji su zaključivani počev od sredine XIX veka.²²

Posle I svetskog rata, Društvo naroda pokazalo je određenu brigu za dobrobit starosedelačkog stanovništva na teritorijama koje su (u okviru tzv. mandatnog sistema) oduzete od Nemačke i Turske i poverene na upravljanje određenim državama (države mandatar).²³

Pošto je ocenjeno da su odnosne teritorije (mandati) nastanjene narodima još nesposobnim da sami sobom upravljaju, Paktom Društva naroda (čl. 22-23) bilo je, pored ostalog, precizirano da blagostanje i razvoj tih naroda predstavljaju svetu misiju civilizacije; da će članovi Društva naroda da osiguraju i održavaju pravično postupanje sa urođeničkim stanovništvom u oblastima pod njihovom upravom; da su zabranjene zloupotrebe kao što su trgovina robljem, prodaja oružja i alkohola; da je država mandatar dužna da se stara o obezbeđenju slobode savesti i vere; i dr.²⁴

Sve u svemu, do II svetskog rata ono što je na širem planu preduzimano u vezi sa domorodačkim narodima mahom se svodilo na razlozima čovečnosti i morala

²¹ Primera radi, vlada Bocvane je 2002. godine proterala Kalahari Bušmane sa područja na kome žive hiljadama godina. Obrazloženje je bilo da se radi o "stvorenjima iz kamenog doba", koja su odgovorna za istrebljenje slonova. S tim u vezi, s pravom se skreće pažnja na činjenicu da svetski mediji jedva da su se osvrnuli na ovaj događaj, dok je u isto vreme isterivanje jednog broja belaca iz Zimbabvea bilo udarna vest. Nav. prema: *Indigenous peoples: op. cit.*, p. 9.

²² Trgovina robljem osuđena je još od strane učesnika Bečkog kongresa (1815), a ubrzo zatim sklopljeni su i prvi višestranu međunarodni sporazumi iz te materije (Londonski ugovor od 1841, Akt o Kongu od 1885, Briselski generalni akt od 1890. i dr.).

²³ Nešto više o mandatima i mandatnom sistemu Društva naroda vidi: Krivokapić Boris: *Leksikon međunarodnog prava*, Beograd 1988, str. 229-230.

²⁴ Ove odredbe Pakta vidi, pored ostalog, u Momir Stojković (prir.): *Balkanski ugovorni odnosi 1876-1996*, tom II, Beograd 1998, str. 10-11.

diktirane napore u pravcu zaštite tih naroda i njihovih pripadnika od porobljavanja (ropstva) i sličnih nehumanih postupaka. U skladu s tim, nije bilo ni posebnih međunarodnopravnih instrumenata koji bi ovim kolektivitetima i njihovim pripadnicima na opšti način jamčili makar neka najosnovnija prava.²⁵

3. Savremeni oblici međunarodne zaštite

3.1. Zaštita u okviru Ujedinjenih nacija²⁶

Po okončanju Drugog svetskog rata, briga o starosedelačkom stanovništvu je, donekle, iskazana kroz pravila koja su Poveljom UN uvedena u pogledu nesamoupravnih teritorija i teritorija pod starateljstvom.²⁷

Pitanja u vezi sa zaštitom domorodačkog stanovništva delimično su doticana i u dokumentima koji su se bavili zabranom ropstva, genocida, prinudnog rada, zaštitom manjina i dr. U tom smislu moglo bi se reći da su izvesni oblici zaštite domorodačkih naroda obezbeđeni čitavim nizom međunarodnopravnih dokumenata kao što su (hronološkim redom): Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima (1948), Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (1948), Međunarodna konvencija o uklanjanju svih oblika rasne diskriminacije (1965), Međunarodni paktovi o ljudskim pravima (1966), Konvencija UN o pravima deteta (1989) i dr.²⁸

Ipak, ozbiljno bavljenje ovom problematikom počelo je tek od 1970. godine. Važan korak predstavljalo je imenovanje specijalnog izvestioca, koji je izradio

²⁵ Navedene odredbe Pakta Društva naroda ne samo da su se odnosile samo na bivše kolonije Nemačke i Turske, već su i koncipirane reklo bi se više sa idejom da države koje su dobile upravu na odgovarajućim područjima ne izvuku iz toga za sebe neke skrivene prednosti, nego što su istinski namenjene zaštiti domorodačkog stanovništva.

²⁶ Više o radu UN u vezi sa unapređenjem položaja i zaštitom domorodačkih naroda i, posebno, o odgovarajućim institucijama i telima koji se time bave, vidi:

<http://www.unhchr.ch/html/racism/>,

<http://www.ohchr.org/english/issues/indigenous/documents.htm>.

²⁷ Osnovne informacije o tome vidi u: Krivokapić Boris: Leksikon međunarodnog prava, *op. cit.*, str. 287-288, 453-455, 457-458.

²⁸ Odgovarajući značaj imaju i neki drugi dokumenti koji, strogo uzev, nisu pravno obavezujući, ali imaju veliku moralnu i političku snagu, kao što su npr. Deklaracija o pravima pripadnika nacionalnih ili etničkih, verskih i jezičkih manjina (1992), Deklaracija iz Ria o sredini i razvoju (1992), Bečka deklaracija i program akcije (1993), Durbanska deklaracija i program akcije (2001) i dr.

posebnu studiju za eliminisanje diskriminacije domorodačkog stanovništva.²⁹ Od tada je u okviru UN preduzeto više mera radi zaštite domorodačkih naroda.³⁰

Godine 1982. osnovana je *Radna grupa za domorodačko stanovništvo* (engl. *Working Group on Indigenous Populations*) koja je danas pomoćni organ Potkomisije za unapređenje i zaštitu ljudskih prava. Ona predstavlja centar aktivnosti za zaštitu prava domorodačkih naroda u Ujedinjenim nacijama. Ima pet članova koji su članovi Potkomisije za unapređenje i zaštitu ljudskih prava i od kojih svaki predstavlja po jedan od geopolitičkih regiona sveta. Članovi Radne grupe su nezavisni eksperti, izabrani u ličnom svojstvu.³¹

Radna grupa je otvorena za predstavnike domorodačkih naroda i njihovih organizacija. Njenim sastancima prisustvuje (u svojstvu posmatrača) oko 1000 predstavnika država, domorodačkih naroda i relevantnih nevladinih organizacija, zbog čega ovo telo spada među najveće forume Ujedinjenih nacija za ljudska prava.

Osnovni zadaci Radne grupe su: da ohrabruje dijalog između vlada (država) i domorodačkih naroda; da razmatra stanje u konkretnim državama u vezi sa unapređenjem i zaštitom ljudskih prava i osnovnih sloboda domorodačkih naroda (tzv. «pregled razvoja», engl. «*review of developments*») i da razvija međunarodne standarde u vezi sa pravima domorodačkih naroda, uzimajući u obzir kako sličnosti, tako i različitosti njihovih konkretnih situacija (tzv. «određivanje standarda», «*standard settings*»).

Kod razmatranja stanja u konkretnim državama Radna grupa analizira pismene izveštaje i informacije koje joj podnose odnosne vlade (države), organi Ujedinjenih nacija, specijalizovane agencije UN i druge međunarodne organizacije, nevladine organizacije i sami domorodački narodi. Pored ostalog, njen predsedavajući posećuje odnosne države da bi prikupio informacije iz prve ruke i da bi identifikovao pitanja u vezi sa kojima je potrebno utvrđivanje međunarodnih standarda.

Radna grupa nije ovlašćena da ispituje posebne predstavke (pritužbe) o navodnim konkretnim kršenjima ljudskih prava, sa ciljem da se donesu preporuke

²⁹ Study of the problem of discrimination against indigenous populations, UN Sub.Commission on the Prevention of Discrimination and the Protection of Minorities, by Special Rapporteur, Mr. Martinez Cobo, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7.

³⁰ Za listu najvažnijih dokumenata i izveštaja vidi, pored ostalog: Research aids – Indigenous Peoples, <http://www.vuw.ac.nz/library/collections/un/researchaids/indigenous.aspx>.

³¹ Više o ovom telu i njegovom radu: UN Charter-based Bodies and Indigenous Peoples, pp. 2-6; <http://www.unhchr.ch/html/racism/indileaflet3.doc>, The Rights of Indigenous Peoples, *op. cit.*, p. 3.

ili odluke. U tu svrhu u okviru UN postoje drugi međunarodni mehanizmi, uključujući, pod određenim uslovima, i sistem predstavki (pritužbi).³²

Važan deo rada Radne grupe sastoji se u razvoju međunarodnih standarda u vezi sa pravima domorodačkih naroda. Dugo godina taj rad je naročito bio fokusiran na donošenje posebne deklaracije o domorodačkim narodima, koja je i usvojena septembra 2007. godine.

Stalni forum UN za pitanja domorodaca (engl. *Permanent Forum on Indigenous Issues*) osnovan je 2000. godine Rezolucijom 2000/22 Ekonomskog i socijalnog saveta UN (ECOSOC). To je savetodavno telo ECOSOC-a, sa mandatom da raspravlja pitanja koja se tiču domorodaca, a u vezi sa ekonomskim i socijalnim razvojem, kulturom, zaštitom čovekove sredine, obrazovanjem, zaštitom zdravlja i ljudskim pravima. Forum daje ekspertske savete i preporuke, radi na povezivanju i koordinaciji aktivnosti u okviru sistema UN u vezi sa domorodačkim pitanjima, priprema i širi odgovarajuće informacije, i dr. Sastavljen je od 16 eksperata, od kojih 8 predlažu domorodački narodi.³³

Od 2001. godine postoji i *Specijalni izvestilac za stanje ljudskih prava i osnovnih sloboda domorodačkih naroda* (engl. *Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people*). Njegov osnovni zadatak je da se stara o unapređenju i zaštiti prava domorodačkih naroda i da, po potrebi, skreće pažnju na te probleme glavnim organima UN.³⁴

Pravima domorodačkih naroda se, u sklopu svojih zadataka, koji su, međutim, znatno šire postavljeni, bave i druga tela Ujedinjenih nacija. Posebno mesto pripada *Potkomisiji za unapređenje i zaštitu ljudskih prava*.³⁵ Ona, pored ostalog, nadzire rad Radne grupe za domorodačko stanovništvo, bavi se potrebnim analizama, predlaže nove standarde, daje preporuke i dr.

³² U tom pogledu situacija je donekle slična onoj koja važi za pripadnike etničkih odn. nacionalnih i drugih manjina. Više o tome: Krivokapić Boris: Osnovni mehanizmi zaštite prava pripadnika nacionalnih manjina, *Strani pravni život* 1-2/2005, str. 139-180.

³³ Više o tom telu: The Permanent Forum on Indigenous Issues, <http://www.unhchr.ch/html/racism/indileaflet6.doc>, pp. 1-3.

³⁴ Više o ovom organu na sajtu Visokog komesara za ljudska prava: www.unhchr.ch.

³⁵ Do 1999. godine njen naziv je bio Potkomisija za sprečavanje diskriminacije i zaštitu manjina, ali je tada zamenjen sadašnjim, što je objašnjeno potrebom da se preciznije definiše širok spektar nadležnosti ovog tela. Sastav i način izbora članova Potkomisije (radi se o 26 nezavisnih eksperata, izabраниh u ličnom svojstvu) trebalo bi da garantuje kako njenu visoku stručnost, tako i nezavisnost. Baveći se raznim aspektima ljudskih prava, Potkomisija, pored ostalog, vodi generalne debate (uglavnom tematske) i priprema određene preporuke.

Više o ulozi Potkomisije u vezi sa zaštitom domorodačkih naroda: UN Charter-baes Bodies and Indigenous Peoples, *op. cit.*, pp. 7-8.

Problemom zaštite domorodačkih naroda bavila se i *Komisija za ljudska prava*,³⁶ a nakon njenog ukidanja 2006. godine, staranje o ovoj problematici preuzeo je novoosnovani Savet za ljudska prava.³⁷ Za ovo kratko vreme koliko postoji, Savet je, pored ostalog, već odlučio svojom Rezolucijom 6/36 od 14.12.2007. da osnuje «supsidijarni ekspertski mehanizam koji će da priprema Savetu tematske ekspertize u vezi sa pravima domorodačkih naroda, na način i u obliku koji bude zahtevao Savet» (tač. 1 Rezolucije). Reč je o telu sastavljenom od 5 nezavisnih eksperata, čiji je izbor u toku i trebalo bi da bude završen tokom proleća 2008. Pomenute ekspertize bi trebalo da se uglavnom fokusiraju na studije i na istraživanjima zasnovane savete odnosno predloge.³⁸

Svoje mesto u zaštiti domorodačkih naroda imaju i neki drugi organi i tela UN, kao npr. Visoki komesar za ljudska prava,³⁹ eksperti i dr. Održavaju se razni seminari i radionice. U vezi sa zaštitom određenih konkretnih prava, priznatih odgovarajućim međunarodnim ugovorima svima, pa i pripadnicima domorodačkih naroda, određenu ulogu imaju i tzv. tela za ugovore o ljudskim pravima (ugovorna tela).⁴⁰

³⁶ Pomoćno telo Ekonomskog i socijalnog saveta (ECOSOC). Bila je najveći i najvažniji forum UN za ljudska prava, uključujući i ona koja su od značaja za domorodačke narode. Više o ulozi Komisije u vezi sa zaštitom domorodačkih naroda vidi: UN Charter-based Bodies and Indigenous Peoples, *op. cit.*, pp. 6-7.

³⁷ Osnovan Rezolucijom Generalne skupštine UN 60/251 od 3.4.2006, kao pomoćni organ Generalne skupštine. Pored ostalog, njegova uloga je da bude forum za dijalog o tematskim pitanjima u vezi sa svim ljudskim pravima, te da upućuje Generalnoj skupštini preporuke radi daljeg razvoja međunarodnog prava u oblasti ljudskih prava.

³⁸ Više: Human Rights Council Resolution 6/36: Expert mechanism on the rights of indigenous peoples,

http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/ExpertMechanism/RES6_en.pdf

³⁹ Organ osnovan 1993. godine odlukom Generalne skupštine UN. Više o njemu, na njegovom veb sajtu: www.unhcr.ch.

⁴⁰ Kao što je poznato, reč je o posebnim telima predviđenim nekim od šest glavnih višestranih međunarodnih ugovora o ljudskim pravima, zaključenih u okviru sistema UN. Članovi komiteta se biraju i obavljaju dužnost u ličnom svojstvu, a ne kao predstavnici država, što bi trebalo da bude garancija njihove nezavisnosti i objektivnosti.

Nekoliko je osnovnih načina na koje deluju komiteti. Pre svega, oni razmatraju izveštaje država potpisnica. Pored toga, čak četiri komiteta su ovlašćena da kao nadzorna tela primaju i razmatraju pritužbe ("saopštenja", "predstavke" i dr.) koje dolaze od pojedinaca odnosno grupa, a kojima se tvrdi da je određena država prekršila ili ne sprovodi svoje obaveze preuzete odgovarajućim ugovorom. Uz to, neki od komiteta su ovlašćeni da primaju i razmatraju i pritužbe ugovornica jednih protiv drugih. U oba slučaja, međutim, nadležnost relevantnog komiteta postoji samo ako je država u pitanju izričito dala svoju saglasnost u tom pravcu postajući stranka odnosnog fakultativnog protokola ili dajući izjavu kojom prihvata odgovarajuću fakultativnu odredbu ugovora. Najzad, određena

Generalna skupština je 1985. godine osnovala *Dobrovoljni fond UN za domorodačko stanovništvo*, koji pruža finansijsku pomoć predstavnicima starosedelačkih zajednica i organizacijama. Ova pomoć im, pored ostalog, omogućava da prisustvuju sednicama Radne grupe za domorodačko stanovništvo i drugih relevantnih tela.⁴¹

Čak 16 organizacija domorodačkih naroda ima konsultativan status kod Ekonomskog i socijalnog saveta UN.⁴² Uz to, na stotine predstavnika ovih naroda učestvuje u radu raznih foruma UN, pre svega u radu Radne grupe za domorodačko stanovništvo.

Da bi skrenula pažnju svetske javnosti na probleme domorodačkih naroda, Generalna skupština UN je rezolucijom 49/214, proglasila 9. avgust za *Međunarodni dan domorodačkih naroda sveta*. Taj dan se kao takav obeležava od 1995. godine.

Generalna skupština je rezolucijom 48/163 od 21.12.1993. g. proglasila *Međunarodnu deceniju domorodačkih naroda sveta* (engl. *International Decade of the World's Indigenous People*), sa početkom od 10. decembra 1994. To je učinjeno sa ciljem da se ojača međunarodna saradnja u rešavanju problema sa kojima se suočavaju starosedelački narodi, posebno u takvim oblastima kao što su ljudska prava, zaštita čovekove sredine, razvoj, obrazovanje i zdravstvena zaštita.⁴³ Razna tela i specijalizovane agencije UN sa većim ili manjim uspehom radili su na

ugovorna tela u sklopu svojih aktivnosti pribegavaju jednoj vrsti interpretativnih, pa u neku ruku i normativnih aktivnosti utoliko što usvajaju opšte komentare i preporuke kojima tumače ili razvijaju odredbe ugovora.

Suštinski, ovi organi stoje na raspolaganju pripadnicima domorodačkih naroda na isti način i pod istim uslovima kao i drugim odgovarajućim subjektima. Više o ulozi ovih organa u vezi sa zaštitom domorodačkih naroda: Human Rights Treaty Bodies and Indigenous Peoples, 13 pp. <http://www.unhchr.ch/html/racism/indileaflet4.doc>.

⁴¹ Nešto više o tome: The International Decade of the World's Indigenous People, <http://www.unhchr.ch/html/racism/indileaflet7.doc>, pp. 2-3.

⁴² To su: Aboriginal and Torres Strait Islander Commission, Asociacion Kunas Unidos por Nabguana, Four Directions Council, Grand Council of the Creec (Quebec), Indian Council of South America, Indian Law Resource Centre, Indigenous World Association, International Indian Treaty Council, International Organizations of Indigenous Resource Development, Inuit Circumpolar Conference, National Aboriginal and Islander Legal Services Secretariat, National Indian Youth Council, Saami Council, Sejekto Cultural Association of Costa Rica, Yachay Wasi, World Council of Indigenous Peoples. Izvor: Indigenous Peoples and the United Nations System: *op. cit.*, p. 6.

⁴³ Za sumiranje rezultata Prve decenije vidi izveštaj generalnog sekretara UN: Report of the Secretary General on the preliminary review by the Coordinator of the International Decade of the World's Indigenous People on the activities of the United Nations system in relation to the Decade. *cit.*, 22 pp.

ostvarivanju ovih ciljeva. Mada je jedan od glavnih ciljeva Decenije bilo usvajanje posebne deklaracije UN o domorodačkim narodima, do toga nije došlo.⁴⁴

Uvažavajući postignuti napredak, ali svesna potrebe daljeg unapređenja stanja, Generalna skupština je Rezolucijom 59/174 od 20.12.2004. godine proglasila *Drugu međunarodnu deceniju domorodačkih naroda sveta (Second International Decade of the World's Indigenous People)*. Kao najvažniji ciljevi (tačka 2 Rezolucije) označeni su: dalje jačanje međunarodne saradnje radi rešavanja problema sa kojima se suočavaju domorodački narodi u takvim oblastima, kao što su kultura, obrazovanje, zaštita zdravlja, ljudska prava, čovekova sredina i socijalni i ekonomski razvoj, a sve to putem akciono orijentisanih programa i specifičnih projekata, povećane tehničke pomoći i aktivnosti u pravcu utvrđivanja odgovarajućih standarda. S tim u vezi, zanimljivo je primetiti da su, u poređenju sa prvom Decenijom, utvrđeni nešto drugačija lista, a posebno redosled postavljenih ciljeva. Pored ostalog, kao jedan od glavnih zadataka istaknuta je (tačka 12) potreba da se što pre usvoji konačan tekst deklaracije UN o pravima domorodačkih naroda.⁴⁵

U okviru sistema Ujedinjenih nacija, pitanjima unapređenja položaja domorodačkih naroda bave se, u okviru svog delokruga, i odgovarajuće specijalizovane agencije UN, kao što su: Međunarodna organizacija rada (ILO), Organizacija UN za obrazovanje, nauku i kulturu (UNESCO), Svetska zdravstvena organizacija (WHO), Fond UN za decu (UNICEF), Svetska banka (*World Bank*) i dr.

3.2. Deklaracija UN o domorodačkim narodima

Ideja o izradi deklaracije o pravima domorodačkih naroda javila se još 1982. godine, kada je Ekonomski i socijalni savet UN, povodom već pomenute studije specijalnog izvestioca Martinez Koboja (*José R. Martinez Cobo*) ustanovio Radnu grupu za domorodačko stanovništvo.

Radna grupa je na Deklaraciji radila od 1985. do jula 1993. godine, kada je postigla saglasnost oko konačnog teksta nacrtu ovog dokumenta i podnela ga tadašnjoj Potkomisiji za sprečavanje diskriminacije i zaštitu manjina. Ova je 1994. usvojila Nacrt Deklaracije i prosledila ga Komisiji za ljudska prava.

Komisija za ljudska prava je 1995. godine osnovala posebnu Radnu grupu za Nacrt deklaracije o domorodačkom stanovništvu (engl. *Working Group on the*

⁴⁴ Više o Deceniji: *The International Decade of the World's Indigenous People*, *op. cit.*, pp. 2-3.

⁴⁵ Tekst Rezolucije vidi na:

http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/a_res_59_174_en.pdf.

Draft indigenous declaration), sa zadatkom da prouči podneti tekst i pripremi tekst koji bi razmotrila i usvojila Generalna skupština UN.

Zatim se dugi niz godina činilo da nema nikakvih pomaka. Najzad, Nacrt je 29.6.2006. prihvaćen na sednici tek osnovanog Saveta za ljudska prava,⁴⁶ da bi, konačno, 13.9.2007. Deklaracija bila usvojena od strane Generalne skupštine UN. Deklaracija je usvojena velikom većinom glasova, ali ne i jednoglasno, kao što je to slučaj sa nekim drugim sličnim dokumentima Generalne skupštine – 143 je glasalo «za», 4 je bilo «protiv», a 11 uzdržanih.⁴⁷

Deklaracija se sastoji od preambule i 46 članova kojima je obuhvaćen niz konkretnih važnih prava, za koja je utvrđeno da predstavljaju minimum standarda za opstanak i dobrobit domorodačkih naroda sveta.

Pre svega, odmah pada u oči da je Deklaracija izbegla da pruži bilo kakvu definiciju domorodačkih naroda. Razlog tome je, nema sumnje, kako objektivno postojeća teškoća da se pod jednu formulu podvedu po mnogo čemu različite pravne i stvarne situacije, tako i poznata sklonost država da u sličnim prilikama izbegavaju čvrste definicije kako bi sebi ostavile što veći manevarski prostor.

Tekst Deklaracije je lako dostupan i stoga nema razloga u tančine prepričavati njena rešenja. Ipak, valja ukazati makar samo na neke najinteresantnije momente. Pre svega, odredbom iz čl. 1. utvrđeno je da domorodački narodi imaju pravo na potpuno uživanje, kao kolektiviteti i kao pojedinci, svih ljudskih prava i osnovnih sloboda koji su priznati Poveljom UN, Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima i međunarodnim pravom ljudskih prava.

Odredbom iz čl. 2. utvrđena je sloboda i zaštita domorodačkih naroda i njihovih pripadnika od bilo kog oblika diskriminacije, dok je u čl. 3. proklamovano da domorodački narodi imaju pravo na samoopredeljenje, podrazumevajući da imaju pravo da slobodno određuju svoj politički status i slobodno teže svom ekonomskom, socijalnom i kulturnom razvoju. U čl. 4. je precizirano da ostvarujući svoje pravo na samoopredeljenje, domorodački narodi imaju pravo na autonomiju ili samoupravu u pitanjima koja se tiču njihovih unutrašnjih i lokalnih stvari, dok je članom 5. utvrđeno da ovi narodi imaju pravo da održavaju i jačaju svoje posebne političke, pravne, ekonomske, socijalne i kulturne institucije, uz očuvanje svog prava da potpuno, ako tako odluče, učestvuju u političkom, ekonomskom i kulturnom životu odnosne države.

⁴⁶ Zanimljivo je primetiti da je od 47 članica Saveta za ljudska prava, za Nacrt glasalo njih 30 (63,8%), da su 2 protiv, 12 uzdržano, dok predstavnici 3 države nisu bili prisutni.

⁴⁷ Protiv su glasali: Australija, Kanada, Novi Zeland i SAD. Uzdržani su bili: Azerbajdžan, Bangladeš, Burundi, Butan, Gruzija, Kenija, Kolumbija, Nigerija, Ruska Federacija, Samoa i Ukrajina. Predstavnici 34 države nisu bili prisutni prilikom glasanja.

Ostale odredbe Deklaracije bave se posebnim pravima domorodačkih naroda i njihovih pripadnika. Pored ostalog, kao posebna prava utvrđeni su: zaštita i očuvanje etničkih i kulturnih osobenosti i posebnog identiteta; zaštita od nasilne asimilacije ili uništenja njihove kulture; prava u vezi sa verom, jezikom i obrazovanjem; vlasništvo i korišćenje zemlje i prirodnih izvora; zaštita kulturne i intelektualne svojine; očuvanje tradicionalnih ekonomskih struktura i načina života, uključujući lov, ribolov, ubiranje bilja i dr.; zaštita sredine; učešće u političkom, ekonomskom i društvenom životu odnosno države, posebno u vezi sa pitanjima koja neposredno pogađaju domorodačke narode; tradicionalni prekogranični kontakti i saradnja; poštovanje ugovora i sporazuma zaključenih sa domorodačkim narodima; i dr.⁴⁸

Deklaracija predstavlja važan dokumenat kojim se na univerzalnom planu na opšti način jamče najvažnija prava domorodačkog stanovništva. Kao i svi takvi akti, ona, strogo uzev, nije pravno obavezna za države, ali kao deo tzv. «mekog prava» i odraz javnog mnjenja međunarodne zajednice podrazumeva jednu vrstu snažne moralne i političke obaveze.⁴⁹ Ujedno, treba verovati da će, sledeći već postojeću praksu, Deklaracija značiti otvaranje puta za pripremu i usvajanje pod okriljem UN odgovarajućeg višestranog međunarodnog ugovora, kojim bi na univerzalnom planu bila kodifikovana ova materija.

Prema izloženom, usvajanje Deklaracije moglo bi se oceniti kao važan iskorak u pravcu daleg razvoja normi u vezi sa zaštitom domorodačkih naroda, kao neka vrsta dokaza da su Ujedinjene nacije i države sveta konačno spremne da se istinski posvete unapređenju položaja tih zajednica i njihovih pripadnika.

Međutim, treba se setiti i toga da iako su samo 4 države glasale protiv Deklaracije, u pitanju su vrlo važne zemlje. Reč je o razvijenim državama Zapada (Australija, Kanada, Novi Zeland, SAD) koje slove za demokratska društva, s tim da je jedna (SAD) ne samo stalna članica Saveta bezbednosti UN već i najjača sila današnjice. Takođe, to su upravo zemlje sa velikim brojem raznih domorodačkih naroda, što znači i da se više nego mnoge druge države suočavaju sa tim povezanim pitanjima. Najzad, radi se o društvima koja imaju daleko bolje materijalne i socijalne uslove (a time i objektivne pretpostavke za rešavanje pomenutih

⁴⁸ United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, A/Res/61/295, <http://www.daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/NO6/512/07/PDF/NO651207.pdf?OpenElement>.

⁴⁹ S tim u vezi, posebno treba ukazati na čl. 38. koji nalaže državama da u konsultaciji i saradnji sa domorodačkim narodima preduzmu sve potrebne mere, uključujući i zakonodavne, radi postizanja ciljeva Deklaracije, kao i na čl. 41-42. koji utvrđuju obavezu organa i specijalizovanih agencija UN da doprinesu punoj realizaciji odredaba Deklaracije i da promovišu njihovo poštovanje i doslednu primenu.

pitanja) nego većina ostalih zemalja sveta. A ipak navedene četiri države nisu voljne da prihvate Deklaracijom utvrđena rešenja.⁵⁰

3.3. Konvencije Međunarodne organizacije rada

Posebnu ulogu u međunarodnopravnoj zaštiti domorodačkog stanovništva preuzela je na sebe, još pre pola veka, Međunarodna organizacija rada.⁵¹

Zapravo MOR je prva međunarodna organizacija koja je preduzela konkretne korake u pravcu poboljšanja sudbine domorodačkih naroda. Ona je još 1953. godine objavila posebnu studiju o tim narodima, ali je još značajnije to što su u okviru te organizacije, pored ostalog, doneta dva međunarodna ugovora koji se neposredno bave ovom problematikom. To su i danas najvažniji višestrani sporazumi u ovoj materiji.

Prvo je 1957. godine usvojena *Konvencija br. 107 o domorodačkom i plemenskom stanovništvu*. To je bio prvi sveobuhvatni međunarodni instrument kojim su utvrđena prava domorodačkog i plemenskog stanovništva i obaveze odgovarajućih država prema njima. Ovaj sporazum ratifikovalo je 27 država.

Međutim, kako je kasnije (1989. g.) ista materija uređena novim ugovorom, kojim je izvršena revizija Konvencije br. 107, ona odavno više nije otvorena za nove članice. Ipak ostala je na snazi za one svoje izvorne članice koje je u međuvremenu nisu otkazale (zbog ratifikovanja novog ugovora - Konvencije br. 169). Nakon što ju je 9 izvornih članica iz navedenih razloga otkazalo, Konvencija 18. aprila 2008. godine i dalje važi u odnosima između ukupno 18 država.⁵²

⁵⁰ Primedbe ovih država (ujedno, razlozi zbog kojih su one glasale protiv Deklaracije) svode se mahom na tvrdnje da odredbe Deklaracije nisu dovoljno jasne i da omogućavaju razna tumačenja, na to da nema jasne definicije "domorodačkih naroda" (dakle, onih kojima se priznaju odnosna prava), na osporavanje određenih članova (posebno čl. 26. i 28) za koje se tvrdi da bi mogli da ponovo otvore već rešena probleme (u vezi sa pitanjem vraćanja domorodačkim narodima njihove tradicionalne zemlje, koja je u međuvremenu odavno postala zakonito vlasništvo drugih – kako onih građana koji su pripadnici domorodačkih naroda, tako i onih koji to nisu) i dr.

⁵¹ Više o tome: The ILO and Indigenous and Tribal Peoples, The International Decade of the World's Indigenous People pp. 1-8, <http://www.unhchr.ch/html/racism/indileaflet7.doc>.

⁵² Države koje su otkazale ovu konvenciju (u vezi sa vezivanjem Konvencijom br. 169) su: Argentina, Bolivija, Brazil, Ekvador, Kolumbija, Kostarika, Meksiko, Paragvaj i Peru. Nakon toga, u članstvu Konvencije br. 107 ostali su: Angola, Bangladeš, Belgija, Kuba, Dominikanska Republika, Egipat, Gana, Gvineja Bisao, Haiti, Indija, Irak, Malavi, Pakistan, Panama, Portugal, Salvador, Sirija i Tunis. Navedeno prema podacima Međunarodne organizacije rada – ILOLEX (18.4.2008), <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifce.pl?C107>.

Pošto su ovom ugovoru iz više razloga stavljane ozbiljne primedbe (posebno zbog paternijalističkog i asimilatorskog pristupa), 1989. godine, nakon četiri godine priprema, usvojena je *Konvencija br. 169. o domorodačkim i plemenskim narodima u nezavisnim zemljama*.⁵³ Njom je izvršena revizija konvencije iz 1957. godine, tako što su otklonjeni određeni propusti i utvrđena savremenija i prihvatljivija rešenja.⁵⁴ Od svog stupanja na snagu Konvencija predstavlja osnovu aktivnosti i tehničke pomoći MOR domorodačkim narodima.

U svoja ukupno 44 člana ovaj novi ugovor uređuje najvažnija pitanja od značaja za zaštitu domorodačkih naroda, kao što su: opšti status, pitanja u vezi sa zemljom, zaposlenjem, socijalnom sigurnošću i zdravljem, obrazovanjem i dr.

Konvencija je stupila na snagu 1991. g. i nju je do 18. aprila 2008. godine ratifikovalo svega 19 država (od preko 70 država u kojima žive ovi narodi).⁵⁵ Iako obuhvata relativno mali broj ugovornica, to je i danas najvažniji međunarodnopravni dokument koji se bavi ovom problematikom.

Može se zapaziti da su među ugovornicama obeju konvencija mahom male ili srednje države i to prevashodno iz Južne Amerike, a delom iz Azije i Afrike. Među 37 država koje su članice jedne ili druge konvencije, samo je 6 evropskih država (Belgija, Danska, Holandija, Norveška, Portugal i Španija), a nema nijedne stalne članice Saveta bezbednosti UN, niti neke druge države koja bi se mogla označiti kao neka od vodećih sila sveta (uz svo uvažavanje vojnog i drugog potencijala Indije i Pakistana).

Posebno zabrinjava činjenica da u članstvu ni jedne ni druge konvencije MOR nema takvih država sa brojnim domorodačkim narodima, kakve su: SAD, Kanada, Rusija, Kina, Australija i dr. Dakle, da bi predviđena rešenja ostvarila svoju svrhu, potrebno je što pre obezbediti da se krug članica ovih sporazuma proširi upravo onim državama u kojima zapravo živi najviše domorodačkih naroda i njihovih pripadnika.

⁵³ Ovaj ugovor sačinjen je u saradnji sa Ujedinjenim nacijama, Organizacijom za ishranu i poljoprivredu (FAO), Organizacijom Ujedinjenih nacija za obrazovanje, nauku i kulturu (UNESCO) i Svetskom zdravstvenom organizacijom (WHO), kao i Interameričkim indijanskim institutom.

⁵⁴ Tekst Konvencije (na engleskom) vidi na:

<http://www.ilo.org/public/english/standards/norm/egalite/itpp/conventions/32pdf>.

⁵⁵ Ugovornice su: Argentina, Bolivija, Brazil, Danska, Dominika, Ekvador, Fidi, Gvatemala, Holandija, Honduras, Kolumbija, Kostarika, Meksiko, Nepal, Norveška, Paragvaj, Peru, Španija i Venecuela. Izvor: ILOLEX (18.4.2008),

<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifce.pl?C169>.

3.4. Zaštita domorodačkih naroda na regionalnom planu

Određeni napori u smislu poboljšanja sudbine i položaja domorodačkih naroda i njihovih pripadnika preduzimaju se i na regionalnom planu.

Tako npr. u okviru Organizacije za bezbednost i saradnju u Evropi (OEBS) određeni značaj u tom smislu ima (mada mu to nije osnovna uloga) Visoki predstavnik za nacionalne manjine (iako se, strogo uzev, domorodački narodi ne identifikuju sa etničkim odnosno nacionalnim manjinama).⁵⁶ Određeni koraci su zabeleženi i u Evropskoj uniji, gde je, pored ostalog, Savet 1998. doneo posebnu Rezoluciju o domorodačkim narodima u vezi sa okvirima razvojne saradnje Zajednice i država članica. Na američkom kontinentu je u okviru Organizacije američkih država (OAD) još 1997. predloženo usvajanje Američke deklaracije o pravima domorodačkih naroda. Na žalost, Radna grupa OAD još raspravlja o tome.

Sve u svemu, svest o značaju ovog problema je prisutna i u okvirima raznih oblika regionalnog povezivanja država. Ipak, za sada je malo opipljivih rezultata. Stoga, suprotno onome što je postignuto u nekim drugim sličnim oblastima (npr. u vezi sa zaštitom manjina),⁵⁷ još uvek su najveći dometi postignuti na univerzalnom planu.

III PRAVA DOMORODAČKIH NARODA

Domorodački narodi i njihovi pripadnici, imaju, pre svega, pravo da uživaju osnovna ljudska prava, u istoj meri i na isti način kao i ostalo stanovništvo u državama u kojima žive. Drugim rečima, oni imaju pravo da bez ikakve diskriminacije uživaju sva osnovna ljudska prava i slobode.

Imajući u vidu njihov poseban položaj, a naročito ugroženost opstanka, njima se priznaju i neka posebna prava, koja treba da obezbede da se očuvaju njihove ustanove, zakoni, vrednosti, običaji, jezik, vera i dr. kao i da im se obezbede povoljne perspektive. Ova prava su definisana istovremeno i kao individualna i kao kolektivna.

O nekim od tih prava već je bilo reči na mestu na kome je dat osvrt na Deklaraciju UN o pravima domorodačkih naroda. Uz svo uvažavanje možda i istorijskog značaja Deklaracije, imajući u vidu da ona, strogo uzev, nije pravno obavezujući

⁵⁶ Nešto više o tome: Krivokapić Boris: Organizacija za bezbednost i saradnju u Evropi i zaštita manjina, , *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* XLIII/2003, str. 149-178.

⁵⁷ Misli se u prvom redu na pozitivan primer Okvirne konvencije za zaštitu nacionalnih manjina, usvojenom u okviru Saveta Evrope (1995).

dokument, ovde će za osnovu biti uzeta pre svega Konvencija MOR br. 169.⁵⁸ Ovo s jedne strane zato što je Konvencija nesumnjivo pravno obavezna za države članice (čiji je broj mali, ali se ipak stalno širi), a sa druge, zato što, iz razumljivih razloga, njena rešenja u sadržinskom smislu stoje za stepenik ispod rešenja Deklaracije UN, koja su, uzgred budi rečeno, samom Deklaracijom (čl. 43) definisana kao minimalni standardi za opstanak, dostojanstvo i dobrobit domorodačkih naroda sveta. Dakle, moglo bi se sa dosta osnova primetiti da Konvencijom utvrđena rešenja predstavljaju *minimum minima* (donji prag) prava domorodačkih naroda i njihovih pripadnika. Međutim, i taj minimum je i te kako važan.

Konvencija sadrži niz odredbi od kojih su neke utvrđene kao prava domorodačkih naroda i njihovih pripadnika, a druge kao obaveze odnosnih vlada (država). Pored ostalog, domorodačkim i plemenskim narodima priznata su sledeća prava:

- pravo na priznanje, poštovanje i zaštitu njihovog socijalnog i kulturnog identiteta, njihovih običaja, tradicije i ustanova, odnosno društvenih, kulturnih, religijskih i duhovnih vrednosti i prakse;
- pravo na pomoć radi uklanjanja mogućeg društvenog i ekonomskog jaza između njih i drugih pripadnika društva;
- pravo na odgovarajuće posebne mere za zaštitu ličnosti, ustanova, svojine, rada, kultura i životne sredine ovih naroda, s tim da te mere ne smeju biti protivne slobodno izraženim željama ovih naroda;
- pravo na konsultovanje odnosnih vlada sa ovim narodima u odgovarajućim postupcima kada se razmatraju zakonske ili administrativne mere koje ih direktno pogađaju;
- pravo na učešće, bar u meri u kojoj i drugi delovi stanovništva, na svim nivoima odlučivanja u izbornim institucijama i administrativnim i drugim telima odgovornim za politiku i programe koji se na njih odnose;
- pravo na poboljšavanje uslova života i rada i nivoa zdravlja i obrazovanja, uz njihovo učešće i saradnju;
- pravo da zadrže svoje običaje i ustanove, ukoliko nisu inkompatibilni sa osnovnim pravima utvrđenim nacionalnim pravnim sistemom i međunarodno priznatim ljudskim pravima;
- pravo da se u krivičnim stvarima i kod izricanja kazni uzimaju u obzir običaji ovih naroda;

⁵⁸ Mada se, zapravo, mnoga rešenja Deklaracije i Konvencije poklapaju odnosno međusobno dopunjuju.

- pravo da se njihovi tradicionalni zanati i delatnosti (lov, ribolov, sakupljanje, čuvanje irvasa i dr.) priznaju kao važni činioci održanja njihovih kultura i njihovog ekonomskog samopouzdanja i razvoja;

- pravo da sudeluju u formulisanju, realizaciji i evaluaciji planova i programa nacionalnog i regionalnog razvoja koji bi mogli da na njih neposredno utiču; i dr.

Pored ostalog, obrazovni programi i usluge namenjeni ovim narodima treba da se razvijaju i sprovode u saradnji sa njima da bi se zadovoljile njihove posebne potrebe. Oni treba da obuhvate istoriju, znanje i tehnologiju ovih naroda, njihove vrednosne sisteme i buduće socijalne, ekonomske i kulturne težnje, a posebno učenje maternjeg jezika, ali i nekog od službenih jezika zemlje. Ovi narodi imaju pravo da osnivaju vlastite obrazovne ustanove i kapacitete i države su dužne da za tu svrhu obezbede odgovarajuća sredstva.

Imajući u vidu da su ovi narodi najčešće veoma vezani za zemlju (određeno područje), države su dužne da uvažavaju naročit značaj koji za kulture i duhovne vrednosti ovih naroda ima odnos sa zemljom ili teritorijama koje naseljavaju ili na drugi način koriste, te posebno kolektivne strane tog odnosa.⁵⁹ S tim u vezi, vlade su dužne pored ostalog, da ovim narodima priznaju pravo vlasništva i poseda nad zemljom koju tradicionalno nastanjuju; kao i nesmetano uživanje službenosti na prostorima koje ne naseljavaju, ali tradicionalno koriste; da preduzmu korake za identifikaciju zemlje koju ovi narodi tradicionalno nastanjuju i za garantovanje efikasne zaštite njihovog prava vlasništva i poseda; da zaštite prava ovih naroda na prirodne izvore koji se nalaze na njihovoj zemlji; da poštuju postupke koje su ovi narodi ustanovili za prenos prava na zemlju među svojim pripadnicima; i dr.

Naročito treba istaći da se domorodački narodi, u principu ne smeju preseljavati sa zemlje koju koriste. Ako je preseljenje ipak neophodno, ono se odvija isključivo na osnovu slobodnog pristanka ovih naroda, a tek sasvim izuzetno, do preseljenja može doći i bez pristanka, ali isključivo posle odgovarajućih postupaka na osnovu nacionalnih zakona i propisa. U svakom slučaju, tako preseljena lica moraju biti u potpunosti obeštećena za svaki proistekli gubitak ili povredu.

S druge strane, države u kojima žive domorodački narodi dužne su da preduzimaju i neke konkretne mere afirmativne akcije (tzv. pozitivne diskriminacije). Pored ostalog, dužne su: da u saradnji s ovim narodima, preduzimaju mere za zaštitu i očuvanje životne sredine na teritorijama na kojima oni žive; da preduzmu mere za sprečavanje neovlašćenog upada ili korišćenja zemlje ovih naroda i da ustanove adekvatne zakonske kazne za prekršioce; da po potrebi obezbede specijalne obrazovne programe za pripadnike ovih naroda; da

⁵⁹ Problemi u vezi sa vlasništvom i korišćenje zemlje su od prvenstvenog značaja. Razvoj država vrši sve veći pritisak na teritorije koje su tradicionalno u rukama domorodačkih naroda. Nekada ne previše zanimljiva za širu zajednicu, ova područja sve više dobijaju na značaju iz ekonomskih (npr. zbog pronalaza i eksploatacije sirovina, izvora pitke vode i sl.), vojnih (npr. zbog strategijskog značaja) i drugih razloga.

preduzimaju odgovarajuće mere, uključujući i međunarodne sporazume, radi olakšavanja prekograničnih kontakata i saradnje između starosedelačkih i plemenskih naroda, uključujući i aktivnosti u ekonomskoj, socijalnoj, kulturnoj, duhovnoj i ekološkoj oblasti; i dr.

Iako se domorodačkim narodima u principu priznaje pravo na određene oblike autonomije i samouprave, najspornije je pitanje da li oni imaju pravo na samoopredeljenje, što bi u krajnjoj liniji moglo da znači i pravo na stvaranje sopstvene države. Predstavnici domorodačkih naroda traže da im se prizna to pravo, ali se većina država tome protivi. Štaviše, pošto se u međunarodnom pravu to pravo vezuje za *narode*, države često domorodačke narode nazivaju drugim imenima, o čemu je već bilo reči. Čak i kada se, kao u okviru UN, koristi izraz *domorodački narodi*, države obavezno insistiraju na odredbi kojom se precizira da nazivanje ovih grupa narodima ne znači da im pripada pravo na samoopredeljenje. Tako je i odredbom iz člana 1/3 Konvencije br. 169 utvrđeno da to što se u njoj koristi termin "narodi" ne može da se tumači kao da ima bilo kakve implikacije u pogledu prava koja se mogu vezati uz taj termin u međunarodnom pravu.⁶⁰

Dakle, čak i kada su svesne potrebe zaštite domorodačkih naroda i iskreno voljne da preduzmu potrebne mere za unapređenje njihovog položaja, države po pravilu postavljaju jasnu granicu. One, za sada, nisu spremne da idu tako daleko da vođene brigom za svoje državljane iz redova domorodačkih naroda rizikuju bilo kakvo umanjeње sopstvene državne teritorije.

* * *

Lako je zapaziti da ima mnogo sličnosti između opšteg položaja domorodačkih naroda i etničkih (nacionalnih) manjina. Posebno su slični problemi koji se javljaju u praksi, a koji se svode na potrebu posebne pravne zaštite ovih dveju stvarno ili potencijalno ugroženih kategorija ljudi, radi obezbeđenja njihove pune ravnopravnosti i opstanka i razvoja, sa svim njihovim osobenostima. U oba slučaja radi se o nedominantnim grupama, sa određenim etničkim i drugim osobenostima, koje se suočavaju sa nizom izazova, među kojima posebno sa opasnošću nasilne ili bar prirodne asimilacije.⁶¹

I pored ove, naoko dosta izražene sličnosti, domorodački narodi ističu da su oni bili starosedeoci pre dolaska osvajača odnosno doseljenika i ne žele da budu

⁶⁰ Nešto drugačije formulisanu, ali u suštinskom smislu istu ("zaštitnu") odredbu sadrži u čl. 46/1 i Deklaracija UN iz 2007. koja precizira da ništa u Deklaraciji ne može biti tumačeno na način da implicira bilo kakvo pravo bilo koje države, naroda, grupe ili osobe da preduzima bilo kakve aktivnosti ili vrši bilo kakav akt suprotno Povelji UN ili da se shvati na način koji ovlašćuje ili ohrabruje bilo kakvu akciju koja vodi povredi, u celini ili delimično, teritorijalnog integriteta ili političkog jedinstva suverene i nezavisne države.

⁶¹ Za zaštitu manjina vidi: Krivokapić Boris: Zaštita manjina u međunarodnom i uporednom pravu, I-III, Beograd 2004.

tretirani kao manjine. Stoga su se izborili za to da se njihov položaj razmatra odvojeno od manjinske zaštite i uređuje posebnim međunarodnim i unutrašnjim dokumentima.

Ostaje, međutim, da se vidi koliko će u vreme sveopšte i svekolike globalizacije koja pogađa ne samo ekonomske odnose, već i politiku, pravo, kulturu, saobraćaj, informisanje itd., domorodački narodi uspeti da istraju na svojoj samobitnosti i pravu na očuvanje svog tradicionalnog pogleda na svet.

Čak i ako ovi narodi pokažu zavidnu upornost i istrajnost u borbi za svoja osnovna prava, pitanje je da li će države biti spremne da u skorije vreme na široj osnovi prihvate sveobuhvatne dokumente o njihovoj zaštiti. Činjenica da je za pripremu i usvajanje Deklaracije UN o domorodačkim narodima bilo potrebno da prođe čitavih 25 godina (1982-2007), iako je reč o dokumentu koji nije pravno obavezujući, te da su i onda neke od najvažnijih država glasale protiv, dovoljno je ilustrativna sama po sebi.

Boris Krivokapić, LL.D,

Professor, Faculty of State Administration, Megatrend University, Belgrade

INDIGENOUS PEOPLES AND THE BASIC ELEMENTS OF THEIR INTERNATIONAL PROTECTION

Summary

In September 2007, the UN General Assembly adopted the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, following 25 years of exertion to regulate this issue within the UN framework. In that context, this paper deals with the rights of indigenous peoples and the basic elements of their protection under the international law.

The article comprises three basic thematic parts. The first part is an introduction into the subject matter, where the author explains the basic concepts: the notion, designation and related terminology, definitions, and demographic characteristics including the total number and the territorial distribution of indigenous peoples.

The second part of the paper deals with the international protection of these collectivities and their members. The author first refers to some of the most significant circumstances which generated the need for such protection (objective circumstances, various forms of violent or natural assimilation, exposure to prejudices, hatred and different kinds of discrimination and persecution, etc). Further on, the author gives a brief historical retrospect of the first international activities in the protection of indigenous peoples and, subsequently, provides an overview of the most significant contemporary instruments for the international protection of indigenous peoples. The focal point is the protection within the UN framework, with special reference to the principal characteristics of relevant protection mechanisms. *Inter alia*, the author explores the most important issues related to the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (2007) and the relevant conventions of the International Labour Organization (conventions no. 107 and 169), and provides a brief overview on the protection of indigenous peoples on the regional scale.

The third part of the paper deals with the fundamental rights of indigenous peoples. The provided summary is principally based on the rights envisaged in the UN Declaration and the Convention no. 169 of the International Labour Organisation.

In conclusion, the author points out to the many similarities between the overall status of indigenous peoples and ethnic (national) minorities. The two groups encounter similar problems which essentially amount to the need for special legal protection which would guarantee the full equality, subsistence and development of each group with all its distinctive characteristics. Both of these groups are non-dominant groups, characterized by specific ethnic or other traits, and they both face series of challenges, among which is the danger of either violent or natural assimilation.

In spite of these rather prominent similarities, indigenous peoples do not wish to be treated as minorities, asserting that their forefathers had been the native inhabitants of their lands long before they were exposed to subsequent conquests or settlements. They have won in their struggle to have their status treated apart from the minority protection and regulated by special international and internal (national) documents.

It remains, however, to be seen how long the indigenous peoples will be able to survive and persevere in preserving their original identities and their native traditions at the time when the overall globalization processes affect not only economic relations but also politics, law, culture, communications, traffic, etc. Even if these indigenous peoples demonstrate substantial persistence and perseverance in the struggle for their fundamental rights, there remains the question whether the relevant states will be willing in a relatively recent future to accept the comprehensive international documents for the protection of indigenous peoples' rights. The following example is more than sufficient to illustrate this point. Namely, it is a well-known fact that it took the international community a lengthy span of 25 years (from 1982 to 2007) to prepare and adopt the UN Declaration on the Rights of Indigenous peoples. Even though this document is not legally binding, some of the most important states voted against it.

Dr Nebojša Raičević,

asistent Pravnog fakulteta u Nišu

KRŠENJE LJUDSKIH PRAVA KAO PRETNJA MEĐUNARODNOM MIRU I BEZBEDNOSTI

UDK: 341.231.14-054.57(=83)

Apstrakt

S obzirom da Povelja UN, a ni drugi međunarodni dokumenti, nisu precizirali šta se sve može smatrati pretnjom miru, narušavanjem mira ili agresijom, postavlja se pitanje da li Savet bezbednosti može ozbiljno i masovno kršenje ljudskih prava podvesti pod neki od pomenutih razloga za preduzimanje prinudnih mera. Tumačenjem čl. 39 Povelje UN i njenog konteksta može se naći pravno utemeljenje za takvo postupanje Saveta bezbednosti. Analiza prakse pokazuje da je ovaj organ u više navrata proglašavao kršenje ljudskih prava pretnjom međunarodnom miru i bezbednosti, naročito nakon okončanja hladnog rata. Uočljivo je da prekogranične posledice povrede ljudskih prava nisu bile uslov za takvo postupanje Saveta bezbednosti.

Ključne reči: pretnja međunarodnom miru i bezbednosti, ozbiljno i masovno kršenje ljudskih prava, Savet bezbednosti, član 39 Povelje UN

I UVOD

Poveljom Ujedinjenih nacija stvoren je sistem kolektivne bezbednosti u kojem je Savetu bezbednosti poverena glavna odgovornost za očuvanje međunarodnog mira i bezbednosti (čl. 24). Glava VII Povelje bliže reguliše prinudni mehanizam za delovanje u slučaju povrede međunarodnog mira i bezbednosti. Prvim članom u njoj Savetu bezbednosti je dato pravo da "utvrđuje da li postoji bilo kakva pretnja miru, narušavanje mira ili agresija" i "odlučuje kakve će mere preduzeti ... da bi se očuvali ili ponovo uspostavili međunarodni mir i bezbednost" (čl. 39). Dakle, Savetu bezbednosti je prepušteno da samostalno procenjuje da li postoji neki od razloga za pokretanje mehanizma predviđenog glavom VII Povelje. Tako se pred njim našao zadatak da apstraktne pojmove upotrebljene u čl. 39 konkretizuje u praksi jer je to preduslov za njegovo dalje delovanje. Međutim, taj zadatak nije nimalo lak, pogotovo ako se ima u vidu da ishod tumačenja tih pojmova u velikoj meri može pogoditi interese država članica. Pored mnogobrojnih dilema koje se tom prilikom javljaju prisutna je i dilema da li Savet bezbednosti može ozbiljna i

masovna kršenja ljudskih prava u nekoj državi okvalifikovati kao pretnju miru, naršavanje mira ili agresiju.

II OZBILJNA I MASOVNA KRŠENJA LJUDSKIH PRAVA

Ljudska prava su danas važan element međunarodnog poretka. Katalog ljudskih prava je vrlo širok, uz stalnu tendenciju njegovog širenja. Značajna pažnja se poklanja unapređenju mehanizama za kontrolu poštovanja ljudskih prava, kako na unutrašnjem tako i na međunarodnom planu. Međutim, i pored svega toga, kršenja ljudskih prava u državama su česta pojava. Ipak, sve te povrede ljudskih prava nisu podjednako štetne i opasne. Kršenja manjeg značaja ne izazivaju pažnju svetske javnosti, i kao takva zasigurno ne predstavljaju opasnost po međunarodni mir i bezbednost. Jedino se kod povrede ljudskih prava koje imaju određene kvalitativne i kvantitativne karakteristike može postaviti pitanje njihovog uticaja na međunarodni mir i bezbednost. Bez obzira što se upotrebljavaju različiti atributi kojima se opisuju takva kršenja ljudskih prava,¹ jednodušno se prihvata da ona moraju pogađati neka posebno značajna ljudska prava i njima mora biti zahvaćen veliki broj žrtava. Čini se da je za opis tih karakteristika, u duhu srpskog jezika, najbolje upotrebiti termine "ozbiljna" i "masovna" kršenja ljudskih prava, od kojih se prvi odnosi na njihovu kvalitativnu, a drugi na kvantitativnu osobinu.

Termin "ozbiljna kršenja ljudskih prava" označava da se radi o povredi onih prava koja imaju poseban značaj, odnosno kojima se štite najosnovnije ljudske vrednosti. Takva prava se često nazivaju osnovnim ljudskim pravima, uz postojanje različitih pokušaja da se odredi njihov krug.

U okviru prve koncepcije nastoji se da se na opšti način odredi koja to prava imaju poseban značaj te se mogu smatrati osnovnim pravima. Tako se po jednom shvatanju najosnovnijim ili bazičnim ljudskim pravima smatraju ona prava čijim se gubitkom ili derogacijom, onemogućava uživanje nekih drugih prava.² Po drugom shvatanju u okviru ove koncepcije, kršenje ljudskih prava za koje je ustanovljena univerzalna jurisdikcija obezbeđuje pravni standard koji ukazuje da su ta kršenja moralno nepodnošljivija od drugih kršenja ljudskih prava.³ Po drugoj

¹ Tako se, između ostalih, upotrebljavaju sledeći izrazi: "gruba" (eng. "gross"), "ozbiljna" (eng. "serious"), "masovna" (eng. "mass"), "uporna" (eng. "persistent"), "rasprostranjena" (eng. "widespread"), "preterana" (eng. "egregious"), "prekomerna" (eng. "excessive"), "sistematska" (eng. "systematic").

² H. Shue: *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and US Foreign Policy*, 1996, p. 19.

³ Heinze E.A: *Humanitarian Intervention: Morality and International Law on Intolerable Violations of Human Rights*, *International Journal of Human Rights*, vol. 8, 2004, no. 4, p. 472.

konceptiji navode se povrede konkretnih prava čije se ugrožavanje može smatrati ozbiljnim kršenjem ljudskih prava (pravo na život, rasprostranjena tortura, zločini protiv čovečnosti, etničko čišćenje i sl.).⁴

Masovnost kršenja ljudskih prava odnosi se na broj žrtava koji je pogođen nepoštovanjem ljudskih prava. Čak i kada se radi o kršenju najvažnijih ljudskih prava, ako ono ima sporadičan i izolovan karakter onda neće izazvati veću pažnju svetskog mnjenja. Dakle, kršenje mora biti rasprostranjeno, tj. obuhvatati veliki broj ljudi. Imajući u vidu različite okolnosti u kojima se kršenja ljudskih prava dešavaju, teško je unapred egzaktno odrediti broj osoba koji treba biti pogođen da bi se govorilo o masovnom kršenju ljudskih prava. Svakako da se ne može raditi o pojedinačnim kršenjima, već o kršenjima koja pogađaju značajani deo ukupne populacije ili značajan deo rase, nacionalne, verske odnosno etničke grupe u nekoj državi.

S obzirom na efekte koje ozbiljno i masovno kršenje ljudskih prava u nekoj državi ima po susedne države, može se napraviti razlika na dve situacije. Prva je kada to kršenje izaziva štetne prekogranične posledice i time ugrožava susedne države. To ugrožavanje se najčešće dešava usled priliva velikog broja izbeglica u susedne države koje može štetno uticati na njihov ekonomski i socijalni poredak.⁵ Države domaćini svoja znatna sredstva moraju preusmeriti za obezbeđenje smeštaja, ishrane, odeće i zdravstvene zaštite izbeglica. Pored toga, ukoliko postoje nacionalne, etničke, ili verske veze domaćeg stanovništva i izbeglica može doći i

⁴ Perez-Vera: La Protection d'Humanité en Droit International, Revue belge de droit international 1969, p. 418; navedeno prema: Fonteyne J.P.L: The Customary International Law Doctrine of Humanitarian Intervention: Its Current Validity under the UN Charter, California Western International Law Journal, vol. 4, 1975, no. 2, p. 258-259; Abiew F.K: The Evolution of the Doctrine and Practice of Humanitarian Intervention, The Hague-London-Boston, 1999, p. 271; Bazylar M.J: Reexamining the Doctrine of Humanitarian Intervention in Light of the Atrocities in Kampuchea and Ethiopia, Stanford Journal of International Law, vol. 23, Spring 1987, pp. 598-599; Advisory Council on International Affairs-Advisory Committee on Issues of Public International Law: Humanitarian Intervention (Dutch Report No. 13), The Hague, 2000, p. 29; Tesón F: The Liberal Case for Humanitarian Intervention, in Holzgrefe J.L.-Keohane R.O: Humanitarian Intervention: Ethical, Legal and Political Dilemmas, Cambridge, 2003, p. 95; Johansen R.C: Limits and Opportunities in Humanitarian Intervention, in Hoffmann S. (ed.): The Ethics and Politics of Humanitarian Intervention, Notre Dame, 1996, p. 71; Merriam J.J: Kosovo and the Law of Humanitarian Intervention, Case Western Reserve Journal of International Law, vol. 33, 2001, no. 1, pp. 129-130.

⁵ Na primer, situacija u kojoj je zbog represije pakistanskih vlasti u Indiju izbeglo više miliona ugroženih Pakistanaca (1971), prelazak velikog broja iračkih Kurda u Tursku usled progona režima Sadama Huseina (1991) ili traženje utočišta velikog broja kosovskih Albanaca u Albaniji i Makedoniji usled sukoba na Kosovu (1999).

do građanskih nemira ili pokušaja vojnog samoorganizovanja radi njihove zaštite u državi gde su im prava ugrožena.

Druga situacija postoji kada kršenje ljudskih prava u jednoj državi ne dovodi do ozbiljnijih posledica u susednim državama. U nekim okolnostima države ne trpe štetne posledice kršenja ljudskih prava u svom susedstvu. Moguće je da represivni režim, prirodne okolnosti ili strah od tretmana u susednim državama sprečavaju ugrožene građane da napuste državnu teritoriju, čime se štetne posledice ograničavaju na državu koja krši ljudska prava.

III ČLAN 39 POVELJE UN I KRŠENJE LJUDSKIH PRAVA

Čl. 39 Povelje ovlašćuje Savet bezbednosti da preduzme prinudne mere ukoliko utvrdi da postoji "pretnja miru, narušavanje mira ili agresija" (*eng. threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression*).⁶ Međutim, u ovom članu, niti bilo gde u Povelji, ne precizira se značenje ovih termina, što stvara određene nedoumice prilikom njegove primene.

Tvrđi se da Poveljom namerno nisu definisani pojmovi "pretnja miru", "narušavanje mira" i "agresija" kako se ne bi ograničila diskreciona moć Saveta bezbednosti, čime bi mu se uskratila samostalnost kod utvrđivanja postojanja takvih situacija.⁷ Pored toga što sam tekst Povelje ne daje razjašnjenje ovih termina, ni istorijat pregovora o Povelji UN ne baca puno više svetla na njihovo značenje.⁸ Takođe, ni kasnija praksa Saveta bezbednosti, niti drugih organa UN, nije iskristalisala značenje pojmova "pretnja miru" i "narušavanje mira", dok je Generalna skupština jedino donela rezoluciju koja sadrži pojašnjenje pojma "agresija".⁹

⁶ U domaćoj literaturi ne postoji potpuna ujednačenost kod prevoda tih termina. Tako Avramov i Kreća koriste izraz ugrožavanje mira, narušavanje mira i agresija (napad), Janković i Radivojević sintagmu ugrožavanje mira, narušavanje mira i agresija, dok Etinski koristi termin pretnja miru, povreda mira (kršenje mira) i akt agresije. Međutim, i pored ovih terminoloških neujednačenosti, nema nikakve razlike u pogledu shvatanja suštinskog značenja ovih termina; Avramov S.-Kreća M: op. cit., str. 198, 221; Janković B.-Radivojević Z: Međunarodno javno pravo, Niš, 2005, str. 191, 411; Etinski R: Međunarodno javno pravo, Novi Sad, 2002, str. 161-162.

⁷ Lepard B.D: Rethinking Humanitarian Intervention, Pennsylvania, 2002, p. 167; Avramov S.-Kreća M: Međunarodno javno pravo, Beograd, 2001, str. 221.

⁸ Murphy S.D: Humanitarian Intervention: the United Nations in an Evolving World Order, Philadelphia, 1996, p. 283.

⁹ Rezolucija Generalne skupštine UN 3314 (XXIX), (Definicija agresije), 14. decembar 1974. Međutim, i pored postojanja pomenute rezolucije, prilikom usvajanja Statuta Međunarodnog krivičnog suda države nisu uspele da se saglase o pojmu agresije, tako

Imajući u vidu takvo stanje pravnih normi i rastuću ulogu ljudskih prava, postavlja se pitanje da li je Savet bezbednosti ovlašćen da kršenje ljudskih prava podvede pod neku od tri situacije koje su u čl. 39 Povelje UN navodene kao razlozi za preduzimanje prinudnih mera (pretnja miru, narušavanje mira ili agresija).

1. Tumačenje čl. 39 Povelje

Nigde u Povelji, ni u delu koji govori o ljudskim pravima niti u onom koji reguliše nadležnost Saveta bezbednosti, nije predviđeno eksplicitno ovlašćenje ovog organa da kršenje ljudskih prava proglašava pretnjom miru, narušavanjem mira ili agresijom. Tvorcima Povelje primarno su se fokusirali na vojnu pretnju između država, a ne na ponašanje države prema svojim građanima. Teško da je u momentu izrade Povelje postojala intencija da se i kršenje ljudskih prava može smatrati pretnjom međunarodnom miru. Ne postoje dokazi da su njihovi tvorcima razmatrali mogućnost da Savet bezbednosti ima nadležnost da preduzme akciju na osnovu glave VII Povelje kako bi se izborio sa sistematskim kršenjem ljudskih prava.¹⁰

Jezičkim tumačenjem čl. 39, ipak, se može zaključiti da Savet bezbednosti može ozbiljna i masovna kršenja ljudskih prava okvalifikovati kao pretnju međunarodnom miru i bezbednosti. Naime, u tom članu se kaže da "Savet bezbednosti utvrđuje da li postoji bilo kakva pretnja (*podvukao N.R.*) miru ..." (*eng. "The Security Council shall determine the existence of any threat to the peace ..."*) iz čega proizilazi da se njegova nadležnost ne može ograničiti samo na ona ugrožavanja koja proizilaze iz ponašanja jedne države prema drugoj, već u njegovu nadležnost spada svako ponašanje koje ugrožava međunarodni mir i bezbednost, uključujući i kršenje ljudskih prava.

Tumačenjem šireg konteksta čl. 39, tj. uzimajući u obzir ostale odredbe Povelje koje se mogu dovesti u vezu sa ovim članom, potvrđuju se izneti rezultati jezičkog tumačenja.

Najpre treba pomenuti preambulu Povelje koja ističe da će se "oružana sila upotrebljavati jedino u opštem interesu", a zaštita ljudskih prava sigurno ne odstupa od opšteg interesa. Stoga, Savet bezbednosti, kao organ koji je Poveljom

da još uvek ne postoji njena ugovorna definicija. O različitim predlozima koji su izneti u Rimu više videti: Kittichaisaree K: *International Criminal Law*, Oxford, 2001, pp. 208-209. U doktrini međunarodnog prava ima pokušaja da se bliže odrede ovi termini, pa se kaže da narušavanje mira postoji "kada najmanje dve države preduzmu akte oružane borbe", dok agresija "takođe predstavlja narušavanje mira, ali ustanovljenje akta agresije dodatno zahteva da agresor bude imenovan"; Gareis S.B.-Varwick J: *The United Nations - An Introduction* (translation), New York, 2005, p. 70

¹⁰ Danish Institute of International Affairs: *Humanitarian Intervention: Legal and Political Aspects*, Copenhagen, 1999 p. 62.

izričito ovlašćen da odobrava upotrebu sile, može takvo odobrenje dati i u slučaju povrede ljudskih prava čime on doprinosi ostvarenju opšteg interesa, pri čemu istovremeno ne krši odredbe o zabrani upotrebe sile. U toj situaciji radi se samo o širem tumačenju ovlašćenja nekog subjekta koji takvo ovlašćenje nesporno ima.¹¹ Takvo tumačenje u potpunosti uvažava postojeće pravne norme uz istovremeno uvažavanje ostvarenog progressa na planu zaštite ljudskih prava.

I čl. 2(7) Povelje UN¹² dokazuje da ovlašćenja iz glave VII moraju biti proširena i izvan ovlasti Saveta bezbednosti da sprečava akte agresije, vojne pretnje ili narušavanja međunarodnog mira i bezbednosti. U suprotnom, izuzetak od opšteg načela zabrane intervencije sadržanog u čl. 2(7) u pogledu mera preduzetih shodno glavi VII bi bile lišene svakog stvarnog značenja: akti agresije i vojne pretnje miru po samoj svojoj prirodi ne spadaju u unutrašnja pitanja država članica. Mere preduzete protiv takvih akata nikada po međunarodnom pravu ne mogu predstavljati nezakonitu intervenciju, i zbog toga nije ni imalo potrebe izričito ih izuzeti od principa neintervencije sadržanog u čl. 2(7) Povelje.¹³

Dodatno opravdanje za akciju UN u slučaju ozbiljnog i masovnog kršenja ljudskih prava može se naći u "ciljevima Organizacije i u ovlašćenjima dodeljenim njenim organima". Primarna odgovornost za očuvanje međunarodnog mira i bezbednosti, kao jednog od glavnih ciljeva UN, poverena je Savetu bezbednosti koji je u ostvarivanju tog cilja ovlašćen da koristi brojne mere predviđene u glavi VII. U realizaciji tog cilja Savet bezbednosti može okvalifikovati ubistva, silovanja, druga rasprostranjena nasilja, pa čak i masovna izgladnjivanja kao pretnju međunarodnom miru, posebno ukoliko ona izazivaju pažnju svetske javnosti i prete da izazovu neprijateljsku reakciju drugih država.¹⁴

¹¹ Nasuprot tome, države ili regionalne međunarodne organizacije u takvoj situaciji ne bi mogle upotrebiti oružanu silu jer one, za razliku od Saveta bezbednosti, nisu ovlašćene da upotrebljavaju oružanu silu (osim u slučaju samoodbrane). U situaciji kada neko nije nosilac prava ne može se tumačenjem najpre to pravo stvoriti, a potom dodatno proširiti njegove granice.

¹² Čl. 2(7) Povelje glasi: "Ova Povelja ničim ne ovlašćuje Ujedinjene nacije da se upliću u pitanja koja se nalaze strogo u okviru unutrašnje nadležnosti svake države, niti nalaže članicama da takva pitanja iznose na rešavanje prema propisima ove Povelje; ali ovo načelo ne ide na štetu primene prinudnih mera predviđenih u glavi VII."

¹³ Delbrück J: A Fresh Look at Humanitarian Intervention Under the Authority of the United Nations, *Indiana Law Journal*, vol. 67, 1992, no. 4, p. 897.

¹⁴ Henkin L: Humanitarian Intervention, in Henkin L: *Human Rights: An Agenda for the Next Century*, 1993, pp. 388-389.

2. Stav pojedinih organa UN

Neki organi i tela OUN-a priznali su pravo Saveta bezbednosti da u slučaju masovnog i ozbiljnog kršenja ljudskih prava deluje shodno glavi VII Povelje.

Još početkom 90-tih godina prošlog veka tadašnji generalni sekretar UN, De Kueljar, uočava da je "zaštita ljudskih prava danas postala ključni kamen u stubu mira."¹⁵ Nešto kasnije, K. Anan, na istoj funkciji, pojašnjava da i u slučaju latentne pretnje Povelja daje puno ovlašćenje Savetu bezbednosti da radi očuvanja međunarodnog mira i bezbednosti upotrebi vojnu silu, uključujući i njenu preventivnu upotrebu. Što se tiče genocida, etničkog čišćenja i drugih sličnih zločina protiv čovečnosti, "zar ona takođe ne predstavljaju pretnju međunarodnom miru i bezbednosti, i za koja bi ljudski rod trebalo da bude u mogućnosti da traži zaštitu Saveta bezbednosti?" - pita se Anan.¹⁶ Svoj stav o upotrebi prinudnih mera Saveta bezbednosti radi zaštite ljudskih prava ovaj zvaničnik UN izneo je i u izveštaju o zaštiti civila u oružanom sukobu. U tom dokumentu je istaknuto da "u situacijama gde strane u sukobu čine sistematska i rasprostranjena kršenja međunarodnog humanitarnog prava i ljudskih prava, uzrokujući pretnje genocidom, zločinima protiv čovečnosti i ratnim zločinima, Savet bezbednosti treba da bude spreman da interveniše na osnovu glave VII Povelje. Upotreba prinudnih akcija treba da predstavlja krajnje sredstvo za zaštitu civilnog stanovništva od neposredne pretnje njihovim životima i da omogućiti bezbedan prolazak humanitarnih konvoja".¹⁷

I Panel UN za pretnje, izazove i promene potvrdio je postojanje norme kojom je ustanovljena "kolektivna međunarodna obaveza da se zaštiti (*eng. responsibility to protect*), koju ostvaruje Savet bezbednosti odobravanjem vojne intervencije kao

¹⁵ Report of the Secretary-General on the Work of the Organization, UN GAOR, 46th Session, Supp. No. 1, U.N. Doc. A/46/1 (1991), Part VI, p. 5.

¹⁶ In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All, (Report of the Secretary-General), UN Doc. A/59/2005, 21 March 2005, para. 125.

¹⁷ Report of the Secretary-General to the Security Council on the Protection of Civilians in Armed Conflict, U.N. Doc. S/1999/957, 8 September 1999, p. 21. Pomenuti izveštaj je prvi u nizu od pet izveštaja koje je generalni sekretar UN Kofi Anan sačinio (1999, 2001, 2002, 2004 i 2005. godine). U ovom izveštaju Anan daje preporuke Savetu bezbednosti na koje činioce mora obratiti pažnju pre nego što počne da deluje u slučaju masovnog kršenja ljudskih prava. Ti činoci su: a) razmere kršenja ljudskih prava i međunarodnog humanitarnog prava, uključujući broj ugroženih ljudi i prirodu kršenja; b) nemogućnost lokalnih vlasti da održe pravni poredak, ili utvrđivanje forme umešanosti lokalnih vlasti; c) iscrpljenje mirnih ili na saglasnosti zasnovanih napora da se odgovori na situaciju; d) sposobnost Saveta bezbednosti da nadgleda akcije koje su preduzete; i, e) ograničena i proporcionalna upotreba sile, sa predostrožnošću na posledice po civilno stanovništvo i životnu okolinu; *ibid.*, p. 22.

poslednjeg sredstva, u slučaju genocida i drugih masovnih ubistava, etničkog čišćenja ili ozbiljnog kršenja međunarodnog prava koje suverene vlade nisu bile u stanju ili nisu želele da spreče".¹⁸

3. Stav doktrine

Pretežni deo internacionalista smatra da kršenje ljudskih prava predstavlja dovoljan razlog Savetu bezbednosti za preduzimanje prinudnih mera na osnovu glave VII Povelje. Na taj način oni priznaju da ozbiljna ili masovna kršenja ljudskih prava potpadaju pod domašaj čl. 39 Povelje UN.¹⁹ Svi oni se slažu da za delovanje

¹⁸ UN High-level Panel on Threats, Challenges and Change: A More Secure World - Our Shared Responsibility, 1 December 2004, <www.un.org/secureworld/report3.pdf>, para. 203.

¹⁹ Koroma ističe da u Savet bezbednosti može teška kršenja ljudskih prava označiti kao pretnju međunarodnom miru i odobriti intervenciju. Ni načelo suverenosti, ni načelo neintervencije u unutrašnju nadležnost država ne može biti smatrano pravnom barijerom za takve akcije; Koroma A.G: Humanitarian Intervention and Contemporary International Law, *Revue suisse de droit international et de droit européen*, vol. 5, 1995, p. 415. Braunli smatra da Ujedinjene nacije mogu intervenisati ukoliko kršenje ljudskih prava predstavlja stvarnu pretnju međunarodnom miru; Brownlie I: Humanitarian Intervention, in Moore J.N. (ed): *Law and Civil War in the Modern World*, Baltimore-London, 1974, p. 223. Prema Simi, ukoliko Savet bezbednosti utvrdi da masovno kršenje ljudskih prava koje se dešava unutar države predstavlja pretnju miru, on može odobriti prinudnu akciju radi zaustavljanja tih kršenja; Simma B: NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects, *European Journal of International Law*, vol. 10, 1999, no. 1, p. 5. Teson, koji inače podržava i unilateralnu humanitarnu intervenciju, smatra da je ozbiljna kršenja ljudskih prava uvek moguće označiti kao narušavanje mira i tako aktivirati prinudne akcije iz čl. 39 Povelje. Kao potporu tome on navodi da Povelja ljudska prava stavlja u centar međunarodnog poretka, i zato ozbiljna kršenja ljudskih prava mogu opravdati kolektivnu prinudnu akciju; Tesón F: Humanitarian Intervention: An Inquiry into Law and Morality, New York, 1997, p. 232. Frank ističe da više nije sporno da Ujedinjene nacije na različite načine mogu izvršiti pritisak protiv vlade koja ugnjetava sopstveni narod; Franck T: The Emerging Right to Democratic Governanace, *American Journal of International Law*, vol. 86, 1992, no. 1, p. 85. Lilić smatra da Savet bezbednosti može intervenisati u državama članicama UN radi zaštite ljudskih prava i predlaže određene kriterijume čije će poštovanje doprineti širem legitimitetu takvih akcija. To su sledeći kriterijumi: 1) humanitarna intervencija UN mora biti zasnovana na stvarnom postojanju (ili izglednoj pretnji) ozbiljnog i konstantnog kršenja ljudskih prava; 2) intervencija mora biti strogo ograničena na one akcije koje su nužne za zaustavljanje kršenja ljudskih prava; 3) snage koje su intervenisale moraju biti povučene čim je to moguće, a u svakom slučaju u kratkom vremenskom periodu nakon okončanja kršenja ljudskih prava; 4) intervencija treba očuvati teritorijalni integritet države u kojoj se intervenisalo, što podrazumeva, da osim u retkim slučajevima, državne granice ne smeju biti menjane; 5) intervencijom se ne sme menjati struktura vlasti, osim ako to nije neophodno za okončanje kršenja ljudskih prava; Lilich R.B: Humanitarian Intervention

through the United Nations: Towards the Development of Criteria, *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 53, 1993, no. 3, pp. 571-572. Ermakora je mišljenja da intervencija u slučaju masovnog kršenja ljudskih prava može biti jedna od mera na osnovu glave VII Povelje, ističući da "praksa Ujedinjenih nacija pokazuje da su intervencije na planu ljudskih prava dopuštene u svim slučajevima kada postoji pretnja međunarodnom miru i bezbednosti"; Ermacora F: *Human Rights and Domestic Jurisdiction (Article 2, § 7 of the Charter)*, *Recueil Des Cours*, vol. 124, 1968-II p. 434. S obzirom na vrlo široku diskreciju prilikom utvrđivanja šta sve predstavlja pretnju međunarodnom miru, Dinštajn smatra da ne postoji nikakva sumnja da Savet bezbednosti ima ovlašćenje da odobri humanitarnu intervenciju čiji je cilj zaustavljanje masovnog kršenja ljudskih prava unutar granice bilo koje države članice UN; Dinstein Y: *Humanitarian Intervention in the Face of Genocide*, *Justice*, vol. 27, Spring 2001, p. 5. Piz i Forsajt smatraju da Savet bezbednosti može odobriti akciju radi zaštite ljudskih prava i da je takva akcija očigledno u saglasnosti sa odredbama Povelje UN. Takvu akciju treba razlikovati od tradicionalnih prinudnih mera ili akcije kolektivne samoodbrane. Ona se ne može poistovetiti ni sa mirovnim operacijama jer se ne zahteva pristanak države u kojoj se interveniše; Pease K.K.- Forsythe D.P: *Humanitarian Intervention and International Law*, *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. 45, springer-verlag 1993, p. 13; Johansen prihvata da i kršenje ljudskih prava može biti razlog za kolektivnu akciju UN na osnovu glave VII Povelje, ali dodaje da, "za razliku od agresije gde Poveljom ustanovljene zabrane o povredi unutrašnje nadležnosti države agresora bivaju suspendovane, u slučaju ozbiljnog kršenja ljudskih prava u nekoj državi, načelo neintervencije iz čl. 2(7) Povelje postavlja određene granice kolektivnoj intervenciji od strane Saveta bezbednosti". Johansen R.C: op. cit., p. 64. Bills smatra, da pošto Savet bezbednosti ima ovlašćenje da konačno odluči šta predstavlja pretnju miru ili narušavanje mira, on može naći da "kršenja ljudskih prava dostižu razmere pretnje miru ili narušavanja mira", uz opasku da je Savet bezbednosti bio uzdržan u takvom postupanju; Bills D: op. cit., pp. 108, 112. Polazeći od zahteva za poštovanjem međunarodnog prava, koje zabranjuje svaku intervenciju sem one koju preduzimaju UN, Milenković je mišljenja da ova organizacija ima isključivo pravo da silom interveniše u cilju spašavanja života; Milenković S: *Unutrašnja nadležnost država i međunarodna zaštita ljudskih prava*, Beograd, 1974, str. 36-37. Etinski smatra da "ekstremni slučajevi masovnog kršenja ljudskih prava mogu biti tretirani kao pretnja miru ili kao kršenje mira, što spada u nadležnost Saveta bezbednosti"; Etinski R: *Application of Law in the Case of NATO Military Intervention Against the FR of Yugoslavia*, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*, vol. 46, 1999, br. 1-3, p. 46. Stromset nema nikakvih dilema da Savet bezbednosti može sistematski i rasprostanjeno kršenje ljudskih prava okvalifikovati kao pretnju međunarodnom miru i bezbednosti i da barijera za preduzimanje kolektivne akcije u takvim situacijama može biti samo političke, a ne pravne prirode; Stromseth J.E: *Iraq's Repression of Its Civilian Population: Collective Responses and Continuing Challenges*, in Damrosch L. F.(ed.): *Enforcing Restraint: Collective Intervention in Internal Conflict*, New York, 1993, p. 103. Sinha smatra da Savet bezbednosti može ići do tih granica da utvrdi da kršenja ljudskih prava od strane države predstavljaju pretnju međunarodnom miru i bezbednosti. Takav postupak je u skladu sa shvatnjem međunarodne zajednice o međuzavisnosti poštovanja ljudskih prava i očuvanja međunarodnog mira i bezbednosti; Sinha M.K: *Is Humanitarian Intervention*

Saveta bezbednosti u slučaju kršenja ljudskih prava postojanje "pretnje miru" predstavlja minimum zahteva koji otvara vrata za takvo postupanje. Malih razlika ima jedino oko pitanja da li kršenje ljudskih prava može predstavljati jedino "pretnju miru" ili može predstavljati i "narušavanje mira" ili "agresiju". Većina internacionalista tvrdi da kršenja ljudskih prava mogu dovesti samo do pretnje miru.²⁰ Drugi, pak, smatraju da pored toga ona mogu predstavljati i narušavanje međunarodnog mira,²¹ dok neki idu i dalje ističući da kršenja ljudskih prava mogu biti okvalifikovana i kao agresija.²² Međutim, u krajnjoj liniji, ova razmimoilaženja i nemaju neki praktični značaj. Spektar prinudnih mera koje Savet bezbednosti može preduzeti je isti bez obzira da li je ovaj organ neku situaciju okvalifikovao kao pretnju miru, narušavanje mira ili agresiju.

Iako u doktrini međunarodnog prava preovladava stav da Savet bezbednosti može odobriti humanitarnu intervenciju, ima i onih, doduše malobrojnih, koji negiraju takvu mogućnost.

Ajub (*Ayoob*) se izričito protivi tome da Savet bezbednosti može preduzeti oružanu intervenciju protiv države koja krši ljudska prava jer okolnosti koje dovode do takve intervencije često ne potpadaju pod domašaj pretnje međunarodnom miru i bezbednosti onako kako je ona određena u glavi VII Povelje. On dalje tvrdi da tvorci Povelje sigurno nisu imali intenciju da upotrebe glavu VII radi intervencije u unutrašnju nadležnost država, već je svrha ove glave da zaštiti države od spoljne agresije i time ojača suverenost država.²³

Permissible Under International Law?, *Indian Journal of International Law*, vol. 40, 2000, no. 1, p. 63.

²⁰ Između ostalih, takav stav zastupaju: Koroma A.G: op. cit., p. 415; Brownlie I: op. cit., p. 223; Sarooshi D: *Humanitarian Intervention and International Humanitarian Assistance: Law and Practice (Conference Report)*, London, 1993, p. 7; Portela C: op. cit., p. 11; Shen J: *The Non-Intervention Principle and Humanitarian Interventions Under International Law*, *International Legal Theory*, vol. 7, 2001, no. 1, p. 19; Stromseth J.E: op. cit., p. 103; Gordon R: *Humanitarian Intervention by the United Nations: Iraq, Somalia and Haiti*, *Texas International Law Journal*, vol. 31, 1996, no. 1, Winter p. 48; Sinha M.K: op. cit., p. 63; Danish Institute of International Affairs: op. cit., p. 61; International Commission on Intervention and State Sovereignty: *The Responsibility to Protect (Report)*, Ottawa, 2001, pp. 33-34.

²¹ Tesón F: *Humanitarian Intervention: An Inquiry into Law and Morality*, New York, 1997, p. 232; Lepard B.D: op. cit., pp. 178, 241-242; Etinski R: op. cit., p. 46.

²² Reisman M.-McDougal M.S: *Humanitarian Intervention to Protect Ibos*, in Lillich R. (ed.): *Humanitarian Intervention and the United Nations*, Charlottesville, 1973, pp. 175, 189-190; Ajaj A: *Humanitarian Intervention: Second Reading of the Charter of the United Nations*, *Arab Law Quarterly*, vol. 7, 1993, no. 4, p. 230.

²³ Ayoob M: *Humanitarian Intervention and State Sovereignty*, *International Journal of Human Rights*, vol. 6, 2002, no. 1, 2002, p. 95.

Postoji i nešto blaže osporavanje prava Saveta bezbednosti da preduzima prinudnu akciju u slučaju masovnog kršenja ljudskih prava. Po toj koncepciji ovom organu se osporava generalno pravo na preduzimanje intervencije, a umesto toga se predlaže objektivni analitički test kao kriterijum za utvrđivanje uslova za delovanje Saveta bezbednosti u konkretnim situacijama. U slučaju kršenja ljudskih prava u nekoj državi, ukoliko ta država ima kapacitet da ostvaruje unutrašnju i spoljnu politiku, Savet bezbednosti ne može intervenisati jer mora poštovati državnu suverenost. Na drugoj strani, kada u takvim situacijama međunarodna zajednica objektivno proceni da država nije u stanju da izvršava unutrašnju i spoljnu politiku i da su dokazi njene suverenosti dosta slabi, intervencija Saveta bezbednosti je dopuštena.²⁴

Neki, pak, ne poriču pravo Saveta bezbednosti da u slučaju kršenja ljudskih prava odobri oružanu intervenciju, ali izražavaju veliku bojazan da će tako široko poimanje međunarodnog mira dovesti do slabljenja sistema kolektivne bezbednosti. Kako oni kažu, čak i ako Savet bezbednosti prihvati humanitarne krize *per se* kao pretnju međunarodnom miru i bezbednosti, to samo po sebi neće unaprediti očuvanje međunarodnog mira i bezbednosti. Širenje domašaja čl. 39 i na masovne povrede ljudskih prava može dovesti do toga da Savet bezbednosti u pojedinim situacijama ne preduzme odlučnu akciju protiv države koja te povrede čini. Na taj način bi došlo do "devalviranja vrednosti" glave VII što bi moglo umanjiti autoritet Saveta da deluje i u onim situacijama koje se tradicionalno smatraju pretnjom međunarodnom miru i bezbednosti.²⁵

IV PRAKSA SAVETA BEZBEDNOSTI

Savet bezbednosti je imao dosta prilika da pokaže svoj stav o uticaju povrede ljudskih prava na međunarodni mir i bezbednost. Može se primetiti da ovaj organ u takvim situacijama nije postupao uvek na isti način. Različito ponašanje ovog organa je naročito uočljivo u doba hladnog rata i u periodu nakon njegovog okončanja.

Tokom hladnog rata, iako su postojala teška kršenja ljudskih prava, države nisu bile raspoložene da od Saveta bezbednosti zatraže da se izjasni o tim kršenjima i eventualno preduzme potrebnu akciju.²⁶ U tom periodu Savet bezbednosti je samo dva puta načinio vezu između kršenja ljudskih prava i pretnje međunarodnom miru i bezbednosti - u slučaju Južne Rodezije i Južne Afrike.

²⁴ Boutin M.M: Somalia: The Legality of U.N. Forcible Humanitarian Intervention, *Sufflok Transnational Law Review*, vol. 17, 1994, no. 1, p. 161.

²⁵ Sarooshi D: op. cit., p. 9.

²⁶ O tome više videti: Henkin L: op. cit., p. 386.

Južna Rodezija je privukla pažnju međunarodne zajednice 1965. godine, kada je grupa na čelu sa ljanom Smitom (*Ian Smith*) nastojala da preuzme vlast od britanskih kolonizatora i formira rasističku vladu. Savet bezbednosti je reagovao na tu situaciju osudom Smitove jednostrane deklaracije nezavisnosti, i pozvao države na politički i ekonomski bojkot rasističkog režima.²⁷ U naredne dve rezolucije koje su donete povodom situacije u Južnoj Rodeziji Savet bezbednosti je načinio vezu između kršenja ljudskih prava i međunarodnog mira i bezbednosti. Savet je najpre 1966. godine, postupajući na osnovu čl. 39 i 41, usvojio rezoluciju u kojoj je utvrdio da situacija u Južnoj Rodeziji predstavlja "pretnju međunarodnom miru i bezbednosti" i nametnuo još šire ekonomske sankcije ovoj državi.²⁸ U preambuli Rezolucije 253, Savet bezbednosti je osudio "nečovečna pogubljenja izvršena od strane nelegalnog režima u Južnoj Rodeziji koja očigledno vređaju savest čovečanstva i koja su doživela opštu osudu " i ponovo potvrdio da situacija u Južnoj Rodeziji predstavlja pretnju međunarodnom miru i bezbednosti,²⁹ da bi u operativnom delu, naglašavajući da postupa na osnovu glave VII Povelje, osudio "sve mere političke represije, uključujući hapšenja, zadržavanja, suđenja i pogubljenja kojima se krše osnovne slobode i prava ljudi ...".³⁰

Iz navedenih rezolucija može se videti da je po prvi put u istoriji Savet bezbednosti kršenje ljudskih prava u nekoj državi okvalifikovao kao pretnju međunarodnom miru i bezbednosti. Međutim, situacija u Južnoj Rodeziji je bila kompleksan problem u čijem se središtu nalazilo jednostrano proglašenje nezavisnosti učinjeno od strane bele manjine, tako da nije jasno da li bi jedino kršenje ljudskih prava u to vreme bilo dovoljan razlog Savetu bezbednosti da situaciju u ovoj državi okvalifikuje kao pretnju međunarodnom miru i bezbednosti.

²⁷ Rezolucija Saveta bezbednosti UN 216, 12. novembar 1965, Rezolucija Saveta bezbednosti UN 217, 20. novembar 1965, Rezolucija Saveta bezbednosti UN 221, 9. april 1966.

²⁸ Rezolucija Saveta bezbednosti UN 232, 16. decembar 1966, paras 1-2.

²⁹ Rezolucija Saveta bezbednosti UN 253, 29. maj 1968, preambula, para. 9.

³⁰ Ibid., para. 1.

Nepunu deceniju kasnije, razmatrajući stanje u Južnoj Africi,³¹ Savet bezbednosti je oštro osudio vladu ove države zbog "masovnog nasilja i ubistava južnoafričkog stanovništva, uključujući učenike i studente kao i ostale osobe koje se suprotstavljaju rasnoj diskriminaciji".³² U istoj rezoluciji je istaknuto da politika aparthejda koja postoji u ovoj državi predstavlja "zločin protiv savesti i dostojanstva čovečanstva i ozbiljno remeti (*eng. disturb*) međunarodni mir i bezbednost".³³ I prilikom usvajanja ove rezolucije ostalo je nejasno da li sâmo kršenje ljudskih prava predstavlja pretnju međunarodnom miru i bezbednosti, jer u je njoj upotrebljen termin remeti (*eng. disturb*), a ne termin preti (*eng. threat*) međunarodnom miru i bezbednosti. U rezoluciji koja je usledila Savet bezbednosti je ponovo oštro osudio vladu Južne Afrike zbog "akata represije, prkosnog održavanja sistema aparthejda i njenih napada na susedne nezavisne države"³⁴ i zaključio da su "politika i akti ove države ispunjeni opasnošću po međunarodni mir i bezbednost".³⁵ Takva formulacija, po nekim autorima, sugeriše da je stanje ljudskih prava u ovoj državi predstavljalo pretnju međunarodnom miru i bezbednosti.³⁶

Mere koje su preduzete protiv politike aparthejda u Južnoj Rodeziji i Južnoj Africi upućuju na zaključak da organi UN nisu sumnjali u svoju nadležnost za zaštitu ljudskih prava. Široko tumačenje odredbi Povelje o ljudskim pravima dovelo je ove organe do shvatanja da je zaštita ljudskih prava, iako takva formulacija nije usvojena u San Francisku, spojiva sa načelom unutrašnje nadležnosti država

³¹ U UN su vođene žučne polemike oko toga da li organi ove Organizacije mogu raspravljati o situaciji u Južnoj Africi. Komunističke države su bile vrlo uporne u zahtevima da se problem aparthejda u Južnoj Africi raspravlja u Ujedinjenim nacijama, a kao pravnu podlogu za to su navodile čl. 55, 56 i 1 Povelje. Možda je stav ovih država najbolje odslikao predstavnik Poljske koji je naglasio "da se ne radi o pitanju da li Ujedinjene nacije imaju pravo da raspravljaju o problemu već da li one o njemu mogu ostati neme". Države trećeg sveta oštro su se protivile zahtevu Južne Afrike da se problem aparthejda ne može raspravljati u UN jer se radi o pitanju iz unutrašnje nadležnosti. Indijski predstavnik je izneo stav da se ne radi o mešanju UN u unutrašnju nadležnost Južne Afrike pošto "pitanje ljudskih prava i osnovnih sloboda, koje je prešlo u međunarodni domen, predstavlja problem od međunarodnog interesa". Slične stavove sa komunističkim i zemljama trećeg sveta imale su i latinoametičke države. Zapadne države su podržavale ekstremeno tumačenje čl. 2(7) koje je koristila Južna Afrika i na taj način se protivile težnji da UN raspravljaju problem aparthejda u ovoj afričkoj državi; Vincent R.J.: *Nonintervention and International Order*, New Jersey, 1974, pp. 265-274.

³² Rezolucija Saveta bezbednosti UN 392, 19. jun 1976, para. 1.

³³ *Ibid.*, para. 3.

³⁴ Rezolucija Saveta bezbednosti UN 418, 4. novembar 1977, preambula, para. 6.

³⁵ *Ibid.*, preambula, para. 7. Ovom rezolucijom uveden je embargo na isporuku oružja Južnoj Africi.

³⁶ Lepard B.D: *op. cit.*, p. 153.

članica.³⁷ Kad je Savet bezbednosti na primeru Južne Rodezije jednom odlučio da primeni odredbe iz glave VII, načelo nemešanja UN u poslove svojih članica povodom kršenja ljudskih prava izgubilo je značaj.³⁸

Međutim, u periodu hladnog rata bilo je i mnogih kršenja ljudskih prava na koje Savet bezbednosti nije reagovao. Takvo nedosledno ponašanje pokazuje da ovaj organ nije imao dovoljno snage da odgovori na tadašnja kršenja ljudskih prava.

Po okončanju hladnog rata Savet bezbednosti je mnogo lakše i češće povezivao kršenja ljudskih prava sa ugrožavanjem međunarodnog mira i bezbednosti. Otopljanje odnosa između velikih sila omogućilo je da se kršenje ljudskih prava u većem broju država tretira kao pretnja međunarodnom miru i bezbednosti, a ti slučajevi će u nastavku ukratko biti izloženi.

Zbog stradanje Kurda u Severnom Iraku koje je prouzrokovano od strane režima Sadama Huseina, Savet bezbednosti je aprila 1991. godine usvojio Rezoluciju 688 u kojoj "osuđuje represiju protiv iračkog civilnog stanovništva u mnogim delovima Iraka, uključujući onu najskoriju u oblastima naseljenim Kurdima", ističući da njene posledice "dovode do masovnog pokreta izbeglica prema i preko međunarodnih granica i do prekogranične navale što preti međunarodnom miru i bezbednosti u regionu". Rezolucijom se osuđuje "represija protiv iračkog civilnog stanovništva u mnogim delovima Iraka" i zahteva da "Irak ... smesta obustavi tu represiju" kako bi doprineo "uklanjanju pretnje međunarodnom miru i bezbednosti u regionu".³⁹ Međutim, Savet bezbednosti pomenutom rezolucijom nije odobrio nikakve prinudne mere protiv Iraka, iako su neke zapadne države pokušale da u njoj nađu opravdanje za vojnu akciju u ovoj državi.

U većem broju rezolucija donetih povodom krize u Somaliji početkom 90-tih godina XX veka Savet bezbednosti je istakao povezanost kršenja ljudskih prava i međunarodnog mira i bezbednosti. Najpre, u Rezoluciji 733 je rečeno da "ubrzano pogoršanje situacije u Somaliji i veliki gubitak ljudskih života ... predstavlja ... pretnju međunarodnom miru i bezbednosti".⁴⁰ U dve naredne rezolucije koje sadrže identičnu formulaciju, ističe se da je Savet bezbednosti duboko uznemiren "razmerama ljudskih stradanja prouzrokovanih sukobom, i zabrinut da situacija u Somaliji predstavlja pretnju međunarodnom miru i bezbednosti".⁴¹ U Rezoluciji 794 Savet bezbednosti je tu konstataciju malo proširio, utvrdivši da "ljudska stradanja prouzrokovana sukobom u Somaliji, dalje pogoršana stvaranjem

³⁷ Milenković S: op. cit., str. 76.

³⁸ Ibid., str. 76-77.

³⁹ Rezolucija Saveta bezbednosti UN 688, 5. april 1991.

⁴⁰ Rezolucija Saveta bezbednosti UN 733, 23. januar 1992.

⁴¹ Rezolucija Saveta bezbednosti UN 767, 27. jul 1992; Rezolucija Saveta bezbednosti UN 775, 28. avgust 1992.

prepreka za distribuciju humanitarne pomoći, predstavljaju pretnju međunarodnom miru i bezbednosti".⁴² Kako bi zaustavio ljudske patnje Savet bezbednosti je odobrio humanitarnu intervenciju u Somaliji.

Povodom čestih kršenja ljudskih prava, a naročito međunarodnog humanitarnog prava, u oružanom sukobu koji se odvijao u Bosni i Hercegovini, Savet bezbednosti je usvojio više rezolucija u kojima je ta kršenja, zajedno sa drugim dešavanjima, okarakterisao kao pretnju međunarodnom miru i bezbednosti.⁴³ U mnogim od tih rezolucija odobrene su različite vrste prinudnih mera kako bi kršenja ljudskih prava i međunarodnog humanitarnog prava bila zaustavljena (stvaranje zona zabranjenih letova, ustanovljenje zaštićenih zona, deblokada opsednutih gradova i dr.).

Povodom stravičnih zločina koji su se desili u Ruandi tokom proleća 1994. godine Savet bezbednosti je u Rezoluciji 918 izrazio uznemirenost zbog "razmere ljudskih stradanja prouzrokovanih sukobom i zabrinutost da produženje takve situacije u Ruandi predstavlja pretnju miru i bezbednosti u regionu".⁴⁴ Taj stav Savet bezbednosti je ponovio i u Rezoluciji 929 istakavši da "obim humanitarne krize u Ruandi predstavlja pretnju miru i bezbednosti u regionu".⁴⁵ Ovom poslednjom rezolucijom odobrena je oružana akcija francuskih snaga u Ruandi, mada je ona preduzeta suviše kasno jer su glavna stradanja već bila okončana.

Povodom krize na Kosovu Savet bezbednosti je u preambuli Rezolucije 1199 izrazio duboku zabrinutost "zbog ubrzanog pogoršanja humanitarne situacije širom Kosova, i uznemirenje "zbog preteće humanitarne katastrofe" potvrdivši da "pogoršanje situacije na Kosovu ... predstavlja pretnju miru i bezbednosti u regionu".⁴⁶ Slična formulacija je upotrebljena i u Rezoluciji 1203 koja je usvojena mesec dana kasnije.⁴⁷ Međutim i pored takvih konstatacija, Savet bezbednosti ni u jednoj od ove dve rezolucije nije odobrio preduzimanje vojne akcije radi okončanja takvog stanja na Kosovu. I pored odsustva odobrenja Saveta bezbednosti, NATO savez je u proleće 1999. godine izvršio bombardovanje SR Jugoslavije što dovodi u pitanje legalnost takvog postupka.

⁴² Rezolucija Saveta bezbednosti UN 794, 3. decembar 1992.

⁴³ Rezolucija Saveta bezbednosti UN 770, 13. avgust 1992; Rezolucija Saveta bezbednosti UN 787, 16. novembar 1992; Rezolucija Saveta bezbednosti UN 816, 31. mart 1993; Rezolucija Saveta bezbednosti UN 836, 4. jun 1993; Rezolucija Saveta bezbednosti UN 859, 24. avgust 1993; Rezolucija Saveta bezbednosti UN 900, 4. mart 1994; Rezolucija Saveta bezbednosti UN 913, 22. april 1994; Rezolucija Saveta bezbednosti UN 941, 23. septembar 1994.

⁴⁴ Rezolucija Saveta bezbednosti UN 918, 17. maj 1994.

⁴⁵ Rezolucija Saveta bezbednosti UN 929, 22. jun 1994.

⁴⁶ Rezolucija Saveta bezbednosti UN 1199, 23. septembar 1998.

⁴⁷ Rezolucija Saveta bezbednosti UN 1203, 24. oktobar 1998.

I u dve rezolucije koje su donete povodom krize u Darfuru, oblasti u Sudanu, Savet bezbednosti je sa dubokim žaljenjem potvrdio postojanje "napada na civilno stanovništvo i humanitarne radnike i stalno i rasprostranjeno seksualno nasilje," izražavajući svoju zabrinutost da "nasilje u Darfuru može negativno uticati na stabilnost čitavog Sudana, kao i regiona", i nalazeći da situacija u Darfuru "predstavlja pretnju međunarodnom miru i bezbednosti".⁴⁸ Radi sprečavanja dalje eskalacije te humanitarne krize odbreno je raspoređivanje snaga UN u Sudanu.

Pored toga, i u rezolucijama o osnivanju međunarodnih *ad hoc* krivičnih sudova za bivšu SFRJ⁴⁹ i Ruandu⁵⁰ izričito je rečeno da kršenje ljudskih prava i međunarodnog humanitarnog prava predstavlja pretnju međunarodnom miru i bezbednosti.

Dosadašnja praksa, naročito u poslednjoj deceniji XX veka, pokazuje spremnost Saveta bezbednosti da i kršenje ljudskih prava proglasi pretnjom međunarodnom miru i bezbednosti, pa da čak u nekim situacijama odobri i vojnu intervenciju kako bi se ta kršenja zaustavila.

V ZAKLJUČAK

Danas je nesporno da postoji čvrsta veza između poštovanja ljudskih prava u nekoj državi i mira i bezbednosti unutar te države. Međutim, poštovanje ljudskih prava unutar granica jedne države nije bez uticaja i na međunarodni mir i bezbednost. Širenjem korpusa ljudskih prava, jačanjem svesti o njihovom postojanju i potrebi poštovanja taj uticaj je sve jači, čime se neizbežno mora priznati zavisnost međunarodnog mira i bezbednosti od poštovanja ljudskih prava unutar država.

Iako su se tvorci Povelje UN primarno fokusirali na agresiju ili vojnu pretnju između država, to nikako ne predstavlja smetnju Savetu bezbednosti da u današnjim okolnostima proširi krug situacija u kojima može delovati shodno glavi VII Povelje. Jezičkim tumačenjem čl. 39 i tumačenjem konteksta Povelje može se naći pravno uporište za delovanje Saveta bezbednosti u slučaju masovnog i ozbiljnog kršenja ljudskih prava. Svojim delovanjem Savet bezbednosti je u više navrata, naročito po okončanju hladnog rata, postupio na taj način. On je kršenje ljudskih prava u nekoliko država okvalifikovao kao pretnju međunarodnom miru i u nekim situacijama odobrio prinudne mere, uključujući i upotrebu oružane sile.

⁴⁸ Rezolucija Saveta bezbednosti UN 1769, 31. jul 2007; Rezolucija Saveta bezbednosti UN 1828, 31. jul 2008.

⁴⁹ Rezolucija Saveta bezbednosti UN 808, 22. februar 1993.

⁵⁰ Rezolucija Saveta bezbednosti UN 827, 25. maj 1993.

Pri tome Savet bezbednosti je zauzeo stav da i kršenje ljudskih prava koje nema prekogranične posledice može predstavljati pretnju međunarodnom miru i bezbednosti.

Na kraju, može se reći da je Savet bezbednosti umesto tradicionalnog negativnog koncepta mira - odsustva međunarodnih vojnih sukoba, prihvatio širi pozitivni koncept mira - odsustvo faktora međunarodne destabilizacije i nereda, uključujući i flagrantno ignorisanje međunarodnih normi o zaštiti ljudskih prava.

Nebojša Raičević, LL.D,

Assistant, Faculty of Law, University of Niš

THE VIOLATION OF HUMAN RIGHTS AS A THREAT TO INTERNATIONAL PEACE AND SECURITY

Summary

Neither the UN Charter nor any other international document specifies the meaning of the terms "any threat to peace, breach of the peace, or act of aggression" which are used in Article 39 of the UN Charter. One of the numerous dilemmas regarding the meaning of these terms is whether and under what circumstances violations of human rights within a state may be regarded as a sufficient reason for the Security Council to determine that a certain situation constitutes "any threat to peace, breach of the peace or act of aggression", and authorize the enforcement measures. The drafters of the UN Charter had been primarily focused on the aggression or military threats between states rather than on internal violations of human rights. However, the absence of such an explicit authorization does not prevent the Security Council to act otherwise. Upon the linguistic interpretation of Article 39 and its context in the Charter, as well as the investigation into the Security Council practice after World War II, it may be concluded that the Security Council has the power to determine that such gross and massive violations of human rights constitute a threat to international peace and take an appropriate action. Even though the Security Council has such an authority, it still does not have the absolute discretion to do so. Namely, the Security Council is obliged to observe the relevant norms of international law, particularly the customary rules regarding *ius ad bellum* including the principles of necessity and proportionality. The Security Council practice clearly demonstrates a constant extension of the traditional understanding of the term "a threat to international peace", which ever more frequently includes violations of human rights, particularly in the period after the Cold War.

Mr Vesna Petrović,

Beogradski centar za ljudska prava

REFORMA SISTEMA ZAŠTITE LJUDSKIH PRAVA U UJEDINJENIM NACIJAMA – SAVET ZA LJUDSKA PRAVA

UDK: 341.123.045.9:341.231.14

Apstrakt

Reforma sistema zaštite ljudskih prava u UN bila je neminovna jer se ugled Komisije za ljudska prava urušio krajem XX veka. Generalna skupština UN usvojila je rezoluciju 60/251, kojom je osnovan Savet za ljudska prava koji ima 47 članica. Počeo je da radi juna 2006. godine i u prvoj godini rada uglavnom se bavio institucionalnim ustrojstvom, da bi posle godinu dana usvojena rezolucija kojom su uređeni način rada Saveta, postupak po univerzalnom periodičnom pregledu i specijalnim procedurama. Osnovan je i Savetodavni komitet, savetodavni organ Saveta. Ocena većine stručnjaka, nevladinih organizacija i nekih država je da Savet nije u pravoj meri odgovorio na zadatak koji mu je postavljen i da je nasledio većinu loših karakteristika Komisije za ljudska prava.

Ključne reči: *ljudska prava, reforma sistema zaštite ljudskih prava, Ujedinjene nacije, Komisija za ljudska prava, Savet za ljudska prava, specijalne procedure.*

I ZAŠTO JE UKINUTA KOMISIJA ZA LJUDSKA PRAVA?

Komisija za ljudska prava je u prvim decenijama po osnivanju odigrala važnu ulogu u pripremi i usvajanju međunarodnih ugovora o ljudskim pravima a sedamdesetih godina prošlog veka, kada je uvela specijalne procedure, stekla još veći ugled kao organ koji nadzire stanje ljudskih prava. Međutim, u nekoliko poslednjih decenija ona je trpela jake kritike. Preovladala je ocena da aktivnosti Komisije suviše zavise od političkog uticaja nekih zemalja i regionalnih grupa, što je imalo za posledicu selektivnost, pa čak i izbegavanje da se pojedina veoma ozbiljna kršenja ljudskih prava podvrgnu nadzoru.

Za članice su birane države u kojima stanje ljudskih prava nije bilo nimalo zadovoljavajuće a države su članstvo koristile da ostanu van domašaja procedura pred Komisijom i izbegnu moguće kritike na svoj račun tako što bi se povezivale u

regionalne grupe i pomagale državama svog regiona da ne budu pod nekom od procedura.¹

Devedesetih godina XX veka došlo je do naglog i nekontrolisanog povećanja broja specijalnih procedura što nije bilo praćeno povećanjem osoblja koje pomaže mandatarima po specijalnim procedurama.² S druge strane, ni mnoge vlade nisu bile spremne da iskreno sarađuju i na vreme odgovaraju na sve zahteve specijalnih procedura. Ovakvo stanje pratila je zategnutost u odnosima država na međunarodnom planu i grupisanje po regionima, posebno u vreme glasanja o rezolucijama koje su se ticale uspostavljanja novih ili ukidanja već postojećih specijalnih procedura.

Učestali zahtevi za reformom Komisije bili su motivisani i time što su države koristile svaku priliku da uspore ili zaustave imenovanje mandataru po specijalnim procedurama, a i kada bi došlo do imenovanja izbor je bio pod velikim uticajem regionalnih grupa. Odnos snaga i uticaj pojedinih vlada u Ujedinjenim nacijama postao presudan za odlučivanje da li treba da se pokrene specijalna procedura i istraži stanje ljudskih prava u nekoj državi što je dovelo u pitanje njihov kredibilitet iako su specijalne procedure dugo smatrane za najveće unapređenje sistema zaštite ljudskih prava.

To je dovelo do potpune erozije njenog ugleda i gubitka kredibiliteta pa su zahtevi za njenom reformom bivali sve snažniji. Početkom 2006. godine, kampanja protiv Komisije bila je toliko jaka da nije bilo alternative zahtevu da se ona odmah zameni novim telom. Generalna skupština je udovoljila zahtevima većine - 15. marta 2006. godine usvojena je rezolucija o osnivanju Saveta za ljudska prava.³ Iako je bilo mnogo teškoća i usaglašavanje teksta rezolucije dugo trajalo, kada se nacrt teksta rezolucije konačno našao na dnevnom redu Generalne skupštine, 170 zemalja prihvatilo je tekst.⁴ Poslednja, 62. sednica Komisije, trajala je samo nekoliko sati; na njoj je usvojena samo jedna rezolucija,

¹ Države su postajale članice Komisije da bi izbegle istraživanje stanja ljudskih prava a ne da bi doprinele njihovom unapređenju. Tako je 2003. godine Libija dobila predsedavajuće mesto u Komisiji i pored jako lošeg stanja ljudskih prava u toj zemlji; Sudan je bio član Komisije u vreme kada su se događala najgora kršenja ljudskih prava u Darfuru.

² Samo u periodu od 1990 do 1994. godine Komisija je ustanovila sedam novih tematskih procedura i jedanaest procedura koje su se odnosile na države.

³ GA Res. 60/251.

⁴ Rezolucija je usvojena s četiri glasa protiv (SAD, Izrael, Palau i Maršalska Ostrva) i tri uzdržana (Iran, Belorusija i Venecuela). Tadašnji ambasador SAD u UN, Džon Bolton opravdavao je poziciju svoje vlade time da nije prihvaćen njen predlog da u tekstu ostane kriterij koji isključuje mogućnost da se kao članice Saveta pojave države koje ozbiljno krše ljudska prava. Stav SAD je bio da članice Saveta ne mogu da budu države koje su pod procedurama zasnovanim na glavi VII Povelje koje su povezane sa kršenjem ljudskih prava ili sa aktima terorizma.

kojom se razmatranje svih prispelih izveštaja po specijalnim procedurama prepušta novoosnovanom Savetu.

II SAVET ZA LJUDSKA PRAVA

Ideja da se stvori jedan manji, operativniji organ, koji će se češće sastajati i hitno reagovati na povrede ljudskih prava, nije u potpunosti ostvarena stvaranjem Saveta. Novi organ je zanemarljivo manji od Komisije, tako da umesto ranijih 53 sada ima 47 članica. Savet je osnovan kao pomoćno telo Generalne skupštine UN i obaveza mu je da direktno izveštava Generalnu skupštinu o svojim nalazima, a ne preko Ekonomskog i socijalnog saveta, kako je to činila Komisija. Tako je Savet za ljudska prava praktično izjednačen u hijerarhiji organa UN sa Svetom bezbednosti i Ekonomskim i socijalnim svetom. U periodu usaglašavanja teksta rezolucije najveća razmimoilaženja postojala su u vezi s kriterijumima za izbor u članstvo. Predlozi su se suštinski razlikovali. Jedni su se zasnivali na tome da se treba opredeliti za univerzalno članstvo, čime bi se izbeglo da države koje budu izabrane tvrde da je to potvrda njihove privrženosti i poštovanja ljudskih prava, što je mnogo puta bio slučaj u Komisiji za ljudska prava, i drugi, koji je insistirao na striktnijim uslovima izbora i kao bitan uslov za izbor predviđao stanje ljudskih prava u državi i univerzalnu ratifikaciju međunarodnih ugovora o ljudskim pravima. Bilo je i predloga da se države obavežu ili daju izjavu prilikom izbora u članstvo Saveta da će održavati najviše standarde u oblasti ljudskih prava. Od svih predloženih ostao je samo jedan - doprinos države unapređenju i zaštiti ljudskih prava. Za izbor u članstvo dovoljna je apsolutna većina a ono može biti suspendovano odlukom dve trećine članica Generalne skupštine.⁵ Znači, mnogo je teže kazniti članicu kada krši ljudska prava nego izabrati državu za člana ovako važnog organa UN.⁶

Rezolucija kojom je osnovan Savet postavila mu je veoma ambiciozne zadatke. U prvoj godini rada Savet je trebalo da preuzme poslove ukinute Komisije, operacionalizuje rezoluciju Generalne skupštine 60/251 i definiše postupke koji će se ubuduće primenjivati. Zbog obaveze da se proces tranzicije završi za jednu godinu, već na prvoj sednici, održanoj juna 2006. godine odlučeno je da se formiraju dve radne grupe, jedna koja je trebalo da predloži način univerzalnog periodičnog pregleda, za šta je predviđeno deset dana rada, i druga, sa zadatkom da pregleda sve mandate nasleđene od Komisije, sistem ekspertskih saveta i proceduru po žalbama, za šta je bilo predviđeno dvadeset dana rada.⁷ Tek na trećoj redovnoj sednici Saveta, decembra 2006. godine, imenovana je treća radna

⁵ Stav 8 rezolucije 60/251.

⁶ Kuba, Egipat, Pakistan i još neke države smatrale su da je za izbor u članstvo Saveta dovoljna prosta većina dok su se članice EU i SAD zalagale za dvotrećinsku.

⁷ Odluke Saveta za ljudska prava br. 1/103 i 1/104.

grupa da izradi preporuke za budući dnevni red Saveta, program rada i pravila postupka.

Savet je nastavio dobru praksu Komisije u izgradnji novih standarda ljudskih prava i normativnog uređivanja ove oblasti. Usvojio je Međunarodnu konvenciju o zaštiti svih lica od prinudnog nestajanja (Konvencija o prinudnim nestancima)⁸ i Deklaraciju o pravima urođeničkih naroda.⁹ Doneo je i odluku o produženju mandata radne grupe za izradu fakultativnog protokola uz Pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (PESK) na još dve godine.¹⁰ Aprila 2008. godine usaglašen je konačni tekst nacrtu fakultativnog protokola uz PESK i on će ići u dalju proceduru.

1. Primena rezolucije 60/251 Generalne skupštine

Rezolucijom kojom je osnovan Savet za ljudska prava utvrđene su njegove osnovne funkcije i načela kojim se Savet rukovodi ali nisu detaljnije uređeni pravila procedure i metoda rada, već je to prepušteno samom Savetu. Posle godinu dana, na petoj redovnoj sednici Saveta, juna 2007. godine, usvojen je izveštaj i podnet Generalnoj skupštini UN. Njime su se preciznije utvrdile nadležnosti Saveta, postupak podnošenja i razmatranja univerzalnih periodičnih pregleda, izbor nosioca mandata po specijalnim procedurama i postupka po njima, savetodavna funkcija Saveta i poslovnik o radu. Usvojene su dve rezolucije, jedna, o institucionalnom ustrojstvu Saveta (*Institution-building of the United Nations Human Rights Council*) i druga, Kodeks ponašanja mandataru po specijalnim procedurama (*Code of Conduct for Special Procedures Mandate-holders of the Human Rights Council*).¹¹

1.1. Univerzalni periodični pregledi

Ideja da svaka država bude podvrgnuta nekoj vrsti kontrole trebalo je da bude ostvarena uvođenjem novog mehanizma nadzora – univerzalnih periodičnih

⁸ Generalna skupština je 1992. godine, rezolucijom br. 47/133 usvojila Deklaraciju o zaštiti svih lica od prinudnih nestajanja koja nije imala obavezujući karakter. Komisija je 2002. godine osnovala radnu grupu koja je trebalo da pripremi nacrt konvencije. Radna grupa je pripremila nacrt 2005. godine i predstavila ga na prvoj sednici Saveta gde je usvojen konsenzusom, da bi je zatim usvojila i Generalna skupština UN.

⁹ Tekst Deklaracije se veoma dugo pripremao i rezultat je dugogodišnjih napora velikog broja nevladinih organizacija, pojedinaca i grupa. Njeno usvajanje u Savetu omogućilo je da Generalna skupština UN septembra 2007. godine usvoji većinom od 143 glasa, 11 uzdržanih i samo 4 protiv.

¹⁰ Rezolucija Saveta za ljudska prava br. 1/3 od 29. juna 2006. godine.

¹¹ Nacrt teksta podneo je potpredsednik i izvestilac Saveta Musa Biraizat (*Musa Burayzat*), U.N. doc. A/HRC/5/L.11.

pregleda (u daljem tekstu: UPR). Postupak po UPR uređen je rezolucijom o institucionalnom ustrojstvu Saveta. Svake godine, 48 država biće podvrgnuto proceni Saveta o tome da li poštuju ljudska prava i ispunjavaju svoje međunarodne obaveze. Ova odluka je možda i najveći domet do koga je stigla reforma jer postoji nada da konačno nijedna zemlja, ni velika ni mala, ne može da izbegne ispitivanje i kontrolu stanja ljudskih prava u njoj. Uvođenjem novog kontrolnog mehanizma, kome se podvrgavaju sve države bez razlike, udovoljava se zahtevima onih država koje su prigovarale da se odluke o pokretanju procedure donose ne zbog lošeg stanja ljudskih prava u nekoj zemlji, već zbog snažnog političkog uticaja pojedinih država na Komisiju. Univerzalni periodični pregledi biće prilika da se svaka zemlja podvrgne postupku u kome će se ispitati njeno zakonodavstvo i praksa u pogledu ljudskih prava na načelima međuzavisnosti, nepodeljenosti i univerzalnosti svih ljudskih prava. Zamišljeni su kao mehanizam kroz koji se ostvaruje saradnja Saveta i države čiji se univerzalni periodični pregled razmatra, postupak se vodi kroz interaktivni dijalog, uz puno uključivanje države u pitanju. On može da dovede do odluke da se državi obezbedi tehnička i stručna pomoć u izgradnji institucionalnih kapaciteta.

Osnova za univerzalni periodični pregled su Povelja Ujedinjenih nacija, Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima i međunarodni ugovori kojima je država pristupila. Takođe se imaju u vidu obećanja koja je država dala kada se kandidovala za članstvo u Savetu i standardi međunarodnog humanitarnog prava, čime je prihvaćeno važno pravilo da su međunarodno humanitarno pravo i međunarodno pravo ljudskih prava uzajamno povezani.

Pregled se sastoji iz tri dela. Prvi sačinjava sama država, naime on predstavlja nacionalni izveštaj sastavljen po standardizovanom obrascu Saveta; u drugi su uključene sve informacije iz izveštaja ugovornih tela, specijalnih procedura i drugih zvaničnih dokumenata bilo kog organa UN o državi u pitanju s kojima raspolaže Kancelarija Visokog komesara za ljudska prava i treći s podacima dobijenim od svih drugih izvora koga takođe priprema Kancelarija Visokog komesara za ljudska prava.¹² Iako je bilo pokušaja da se odloži primena UPR do donošenja uputstva za njegovu izradu, ipak je na šestoj sednici Saveta, septembra 2007, odlučeno da će na tri redovne sednice Saveta u 2008. godini biti razmotreno 48 univerzalnih periodičnih pregleda i određen je redosled zemalja koje će mu biti podvrgnute.¹³ Aprila 2008. godine razmatrano je 16 univerzalnih periodičnih pregleda.

¹² U usvojenom predlogu za postupak po univerzalnim periodičnim pregledima državni deo izveštaja ne sme da prekorači obim od dvadeset strana, a druga dva dela, koje sačinjava Kancelarija Visokog komesara, ne mogu da budu duži od po 10 strana, što znači da ceo izveštaj ima najviše četrdeset strana.

¹³ Redosled država čiji će se univerzalni periodični pregledi razmatrati u 2008. godini može se naći u dokumentu A/HRC/6/L.10 od 25. oktobra 2007, u aneksu VII.

Insistiranje na aktivnom učešću država u pripremi izveštaja i prikupljanju informacija i njihovom presudnom uticaju na odluku o informacijama uključenim u izveštaj pokazuje da još uvek ne postoji opšta saglasnost o potrebi da države budu podvrgnute nepristrasnoj i objektivnoj kontroli. Uz to, nevladine organizacije ne mogu direktno Savetu da dostavljaju informacije s kojim raspolažu, ne učestvuju u dijalogu, a nezavisni eksperti nisu uključeni u ovaj postupak i nevladine organizacije i nacionalne institucije za ljudska prava ne učestvuju u dijalogu s državama.¹⁴

Ovakvo rešenje dovodi u pitanje ceo proces reforme pošto predviđa veoma površnu analizu stanja u državama i ne uključuje nezavisne eksperte, nevladine organizacije i nacionalna tela za ljudska prava u ceo proces. Zato je već sada izvesno da će rezultati univerzalnih periodičnih pregleda biti veoma ograničeni. Ostaje da se vidi s koliko ozbiljnosti će države pripremati izveštaje i kako će tom poslu pristupiti Kancelarija Visokog komesara, odnosno da li će imati dovoljno kapaciteta da u toku jedne godine pripremi izveštaje za svih 48 zemalja koji sadrže relevantne i ključne informacije ali i da li će moći da se odupre pritiscima vlada.

Najviše zabrinjavaju odredbe koje se tiču ishoda univerzalnog periodičnog pregleda. U toj meri se insistira da je mehanizam zasnovan na saradnji države i Saveta da se stiče utisak da je država ključna čak i u ovoj fazi postupka. Postupak predviđa da članice Saveta i države posmatrači mogu da daju primedbe pre plernarne sednice Saveta a ostali učesnici samo opšte komentare. Samo preporuke koje imaju podršku države koja je podvrgnuta univerzalnog periodičnom pregledu mogu da budu usvojene, a sve ostale samo napomenute. Takođe je predviđeno da je država prvenstveno odgovorna za primenu preporuka, mada Savet može da odluči da prati situaciju ili da konstatuje da država ne saraduje. Savet je tako doveden u neravnopravni položaj u odnosu na državu i nema skoro nikakva ovlašćenja da primeni neku ozbiljniju meru prema državi koja ne ispunjava preporuke usvojene po usvajanju pregleda.¹⁵

Iako ima opravdanja za uvođenje pravila za izradu UPR i ujednačavanje metodologije ipak je teško zamisliti da je moguće da baš svaki izveštaj bude jednake dužine, i uz to veoma kratak, pa se postavlja pitanje da li će ovako strogo određena forma izveštaja predstavljati prednost ili će se zbog nje gubiti bitne

¹⁴ Neke države su u diskusiji koja se ticala univerzalnog periodičnog pregleda jako insistirale da se u pregled uključe i informacije i podaci kojima raspolažu međunarodne organizacije, civilno društvo i Kancelarija Visokog komesara za ljudska prava, pa je verovatno zbog ovoga ipak u usvojenim pravilima postupka po univerzalnim periodičnim pregledima predviđeno da postoji i treći deo izveštaja.

¹⁵ Neke delegacije su predlagale da se omogući pokretanje specijalne procedure kada Savet prilikom razmatranja UPR oceni da stanje u zemlji nije zadovoljavajuće, ali to nije prihvaćeno.

informacije o državi koja je pod univerzalnim periodičnim pregledom. Treba biti veoma oprezan i voditi računa da zahtev za racionalizacijom ne ugrozi kvalitet i ograniči broj značajnih podataka koje on treba da sadrži. Sudeći po tome što je veoma malo vremena predviđeno za ispitivanje univerzalnih periodičnih pregleda, moglo bi se dogoditi da ono bude formalno i površno. Naime, predviđeno je da razmatranje izveštaja počinje u radnoj grupi sastavljenoj od tri unapred određena izvestioca. Sam pregled u radnoj grupi trebao bi da traje samo tri sata za svaku državu, a moguće je da se još jedan dodatni sat posveti raspravi na plenarnoj sednici Saveta koja usvaja konačni izveštaj. Sve u svemu, veoma stroga i kruta pravila, ograničeno vreme i potpuno ujednačeno postupanje prema svim državama bez obzira na stanje ljudskih prava u njima.

Aprila 2008. godine održana je prva sednica na kojoj su razmatrani univerzalni periodični pregledi.¹⁶ Na otvorenom informativnom sastanaku Egipat je, u ime Afričke grupe, predložio niz pravila koja ograničavaju efikasnost postupka. Prvo, da se javno ne objavljuju podaci do kojih je Kancelarija Visokog komesara za ljudska prava došla u toku pripreme svog dela univerzalnog periodičnog izveštaja, drugo, da distribucija izveštaja radne grupe bude ograničena i konačno da sednice radne grupe koja razmatra univerzalne periodične preglede ne bude snimana. Ovo su podržali Pakistan, u ime Organizacije Islamske konferencije i Palestina, u ime Arapske grupe. Zahvaljujući odlučnosti nekih država predlog nije prihvaćen ali velika je verovatnoća da će se slični predlozi ponovo naći na dnevnom redu. Ako bi oni dobili dovoljnu podršku i ako bi ih Savet usvojo, postupak po univerzalnom periodičnom pregledu postao bi netransparentan i izgubio bi svrhu zbog koje je ustanovljen.

S druge strane, možda je prerano davati tako strogu ocenu pošto mehanizam još nije dovoljno ispitan u praksi, ali je sigurno da će za njegov uspeh od najvećeg značaja biti kako će Savet za ljudska prava postupati ako postoje informacije da se u nekoj državi ne poštuju ljudska prava. Ako se nastavi praksa iz prve dve godine rada Saveta, naime ako on bude selektivno i neobjektivno ocenjivao stanje ljudskih prava u pojedinim zemljama, kako je to činio u raspravi o specijalnim procedurama ili na svojim specijalnim sednicama, onda će univerzalni periodični pregledi biti samo puka formalnost bez ikakvih posledica po državu. Ako se novi mehanizam nadzora sagleda s malo više optimizma i ako se počne od toga da univerzalni periodični pregledi nisu zamišljeni kao mehanizam kojim se ruguje na urgentne situacije, moglo bi se očekivati da on da bar neke pozitivne rezultate.

¹⁶ Razmatrani su izveštaji Bahaina, Ekvadora, Tunisa, Maroka, Indonezije, Finske, Ujedinjenog Kraljevstva, Indije, Brazila, Filipina, Alžira, Poljske, Holandije, Južne Afrike, Republike Češke i Argentine. Nevladina organizacija, Međunarodni servis za ljudska prava redovno objavljuje izveštaje sa sednica na kojima se razmatraju univerzalni periodični pregledi. Vidi: <http://www.ishr.ch/hrm/council/upr>.

1.2. Sudbina specijalnih procedura

U Komisiji za ljudska prava masovna i sistematska kršenja ljudskih prava su se najčešće ispitivala putem specijalnih procedura i poverljive procedure 1503. Izvestioci i radne grupe po specijalnim procedurama bili su predani i uporno nastojali da ispune zadatke, koristili pomoć i podršku Kancelarije Visokog komesara za ljudska prava i uvažavali sve informacije do kojih su dolazili iz najrazličitijih izvora. Zato je rezolucija 60/521 predvidela da se sistem specijalnih procedura obavezno održi a Savet je imao zadatak da u prvoj godini rada ispita već uspostavljene mandate, razmotri njihova moguća poboljšanja i unapredi proceduru po žalbama.

Tendencija većine bila je da se ograniči nezavisnost specijalnih izvestilaca i radnih grupa. Neke delegacije su smatrale da specijalne procedure treba obavezno održati i dodatno ojačati ali je većina u Savetu, predvođena Kinom i Kubom, zastupala potpuno suprotnu poziciju. Zalagala se za njihovo ukidanje tvrdeći da su specijalni izvestioci za zemlje izazvali najveću politizaciju Komisije. Suprotni stavovi bili su i po pitanju načina imenovanja mandatarata za specijalne procedure, odnosno da li ih imenuje Savet ili Visoki komesar za ljudska prava.¹⁷ Usvojeno je srednje rešenje, koje u izvesnoj meri osigurava da, pored vlada i regionalnih grupa, na izbor kandidata za specijalne procedure utiču nevladine organizacije i Kancelarija Visokog komesara, ali je ipak sastavljanje liste kandidata prepušteno samom Savetu i njegovom predsedniku. Kancelarija Visokog komesara za ljudska prava priprema listu kandidata ali sam izbor je prepušten konsultativnoj grupi, izabranoj specijalno radi predlaganja kandidata. Ona predlaže predsedniku Saveta kandidata za konkretnu specijalnu proceduru i to ne mora biti kandidat sa liste. Tako se praktično može desiti da Kancelarija Visokog komesara ima sve manji uticaj na izbor specijalnih izvestilaca.¹⁸

Mnogo komplikovaniji zadatak bio je da se pregledaju svi mandati i predlože rešenja za njihovu racionalizaciju tako što bi se neki mandati povezali u cilju racionalizacije ili ukinuli. Neke države su insistirale na tome da se uspostavi kriterijum za sve sledeće mandate i da se svaki redovno periodično pregleda čime

¹⁷ Visoki komesar za ljudska prava je, još u vreme postojanja Komisije predlagala da se sačini savetodani panel koji će sadržati imena potencijlnih kandidata iz svih delova sveta (da bi se obezbedila puna regionalna zastupljenost) i sve dosadašnje nosioce mandata. Smatrala je da proces nominacije kandidata za specijalne procedure treba da bude transparentniji i da se u njega uključe svi, posebno institucije i organizacije na nacionalnom nivou. Roster (lista kandidata), koji bi bio javno objavljen trebalo bi stalno da se obnavlja i dopunjava novim kandidatima kako bi se izbeglo da za neki mandat nema odgovarajućeg stručnjaka.

¹⁸ Stavovi 41-48.

bi se suštinski ograničila njihova efikasnost. Zalagale su se za uspostavljanje mnogo strožih kriterijuma za specijalne procedure.¹⁹

Afrička grupa država, podržana još nekim delegacijama, insistirala je da radna grupa izradi nacrt Kodeksa ponašanja pošto Priručnik za UN specijalne procedure nema obavezujući karakter. Uprkos oštrom protivljenju Nemačke, koja je nastupala u ime EU, i nekih drugih država, nacrt rezolucije je stavljen na glasanje i usvojen na drugoj sednici Saveta i postao je sastavni deo rezolucije o institucionalnom ustrojstvu Saveta.²⁰ Svrha mu je da definiše standarde ponašanja specijalnih izvestilaca ali takođe određuje i kakvi treba da budu izvori informacija na kojima se zasniva njihov izveštaj, kakav je karakter tog izveštaja, kako treba da izgledaju predstavke o kršenjima ljudskih prava po kojima izvestioci mogu da postupaju i ko može da ih podnosi. On takođe uređuje i postupak po kome izvestioci po specijalnim procedurama mogu da pokreću urgentne zahteve od država i pravila koja se odnose na posete državama.

Svakako da bi se sada, dve godine od uspostavljanja Saveta, moglo s velikom sigurnošću zaključiti da je diskusija koja se ticala pregleda svih mandata ustvari bila usmerena na ograničenje, ako ne i ukidanje, specijalnih procedura i posebno mandata koji se tiču država. Ovo nije novost, jer se to dešavalo i na Komisiji za ljudska prava. Nažalost, u prvoj godini rada Saveta dominirale su države koje su vodile otvorenu kampanju za ukidanje specijalnih procedura i mora se reći da su u tome bile delimično uspešne jer su dve ukinute (za Kubu i Belorusiju). One su kao argument za ukidanje specijalnih procedura često koristile uspostavljanje novog mehanizma nadzora - univerzalnog periodičnog pregleda. Opravdavale su to i tvrdnjama da je neracionalno imati istragu o stanju ljudskih prava u nekoj državi kad će praktično svaka država biti podvrgnuta kontroli.

Bez obzira na strah da Savet može da postane mnogo više politizovani organ od Komisije, ostaje ipak da se vidi kako će ubuduće funkcionisati ovaj mehanizam i kakve će stručne i profesionalne kvalitete imati specijalni izvestioci. Prerano je davati konačne ocene, posebno što se radi o organu u sistemu Ujedinjenih nacija u kojima inače proces izgradnje institucija nije brz i zahteva veoma široka i često vrlo komplikovana usaglašavanja.

¹⁹ Specijalni izvestioci i članovi radnih grupa koje je ranije imenovala Komisija za ljudska prava postupali su u skladu s Uputstvom za specijalne procedure koje je usvojila Komisija za ljudska prava.

²⁰ UN. doc. A/HRC/2/1, usvojena 27. novembra 2006. godine. Rezolucija je usvojena sa 30 glasova za i 15 protiv dok su Argentina i Brazil bili uzdržani. Tekst Kodeksa ponašanja može se naći u rezoluciji Saveta br. 5/2 ili u A/HRC/5/L.3/Rev.1. (Institution-building of the United Nations Human Rights Council), pod nazivom Code of Conduct for Special Procedures Mandate-holders of the Human Rights Council.

2.3. Savetodavni organ Saveta za ljudska prava

Potkomisija za unapređenje i zaštitu ljudskih prava, osnovana kao savetodavni pomoćni organ Komisije za ljudska prava, obavila je vrlo važan posao u nekoliko decenija svog postojanja. Njeni članovi bili su stručnjaci, nezavisni od vlada koje su ih predložile i takvu poziciju su uspešno koristili, ali su pojedine države mnogo puta pokretale inicijative da se njen mandat ograniči i da se uvedu pravila kojih bi ona u svom radu morala da se pridržava. Rezolucija 60/251 nije preciznije odredila na koji način će Savet održati sistem ekspertske saveta već je samo navela da će ovo i dalje biti jedan vid njegove aktivnosti. Godinu dana kasnije, juna 2007, Potkomisiju je zamenio Savetodavni komitet Saveta za ljudska prava (Savetodavni komitet) sastavljen od 18 stručnjaka koji se imenuju u ličnom svojstvu na period od tri godine.²¹ U martu 2008. godine izabrani su članovi Savetodavnog komiteta i održaće prvu sednicu u avgustu.²²

Zbog velikog uticaja geografskih grupa i njihovog stalnog insistiranja na proporcionalnosti, nažalost, čak i za ovaj savetodavni organ, uređena je distribucija mandata tako da će afričke države imati 5 članova, azijske takođe 5, istočnoevropske 2 dok će latinoamerička i zapadnoevropska grupa imati po tri mesta u Savetodavnom komitetu.²³ On održava dve sednice godišnje, koje mogu da traju najviše deset dana. Funkcija Savetodavnog komiteta je da obezbedi ekspertizu, istražuje pojave i pripremi studije na zahtev Saveta u skladu s uputstvom koje mu on daje. Ekspertize i istraživanja preduzima samo na zahtev i prema uputstvu Saveta, praktično sve što čini ovo telo radi na zahtev Saveta i prema njegovom uputstvu. Ono znači nije ovlašćeno da usvaja bilo kakve odluke ili rezolucije, niti da osniva pomoćna tela.

Potkomisiju je odlikovao otvoren i kooperativan stav prema nevladinim organizacijama, njihovim predlozima i aktivnostima ali je veliko pitanje da li će Savetodavni komitet u istoj meri uključivati u svoj rad predstavnike civilnog društva. Ostaje da se vidi kako će se ubuduće razvijati odnosi Savetodavnog komiteta i Saveta za ljudska prava, ali mogao bi se već sad izvesti zaključak da, čak i ako članovi ovog savetodavnog tela pokažu visok nivo nepristrasnosti, ono će najverovatnije biti veoma sputano u akcijama koje bude preduzimalo i u velikoj

²¹ A/HRC/5/L.11 od 18. juna 2007, stavovi 60-79.

²² Pet od osamnaest izabranih članova su ranije bili članovi Potkomisije. To daje nadu da će oni uticati da pozitivni metodi rada Potkomisije budu nastavljeni u Savetodavnom komitetu.

²³ Nemačka i Finska su u ime Evropske unije predlagale da se drastično odstupi od strukture Potkomisije, da ona ne postoji kao stalno telo već da se sačini spisak nezavisnih eksperata koji će se po potrebi baviti određenim pitanjima. Ovakav predlog bio je inspirisan željom da se ojača uloga stručnjaka i da se što manje politizuje njihov izbor, ali ova ideja nije prihvaćena.

meri će zavistiti od Saveta i njegovih odluka. To svakako, bar za sada, ne uliva velike nade da će Svetodavni komitet odigrati važnu ulogu u sistemu zaštite ljudskih prava.

2.4. Procedura po žalbama (predstavkama)

Procedura 1503 bila je mehanizam nadzora koji je imao ograničeno dejstvo. Ona je omogućavala da žrtve, nevladine organizacije i pojedinci direktno dostavljaju Komisiji informacije i ukazuju na pojave masovnog kršenja ljudskih prava. Završavala je često kao javna procedura i služila za pritisak na vlade koje ne poštuju ili grubo krše ljudska prava. Pošto je mogla da bude pokrenuta u odnosu na svaku državu, bez obzira na to da li je ona ratifikovala međunarodne ugovore o ljudskim pravima, nudila je pravni osnov za istraživanje stanja ljudskih prava u državama koje nisu bile obavezane da dostavljaju izveštaje ugovornim telima. Takođe se mogla odnositi i na one države koje nisu pristale na pokretanje postupaka po individualnim predstavkama pred komitetima UN.

S druge strane, ova procedura nije nudila nikakvu zaštitu žrtvi, niti je predviđala naknadu ili obeštećenje za nju. Pokretala se većinom za povrede građanskih i političkih prava, dok su povrede ekonomskih i socijalnih prava retko dolazile pod njen udar.²⁴ Zato su mnoge države smatrale da se ona pokreće selektivno i da postoje dvostruki standardi.²⁵

Rezolucija 60/521 obavezala je Svet da očuva proceduru po predstavkama i učini je efikasnijom. Nažalost, usvojeno rešenje slično je proceduri 1503, prema kome postoje dve radne grupe koje treba da rade na bazi konsenzusa. Prva, radna grupa za predstavke, sastoji se od pet članova (po jedan iz svake regionalne grupe), koje imenuje Svetodavni komitet. Članovi treba da budu priznati stručnjaci i da poseduju visok nivo znanja u oblasti ljudskih prava. Inicijalni pregled svih pristiglih predstavki obavlja predsedavajući Radne grupe za predstavke, dok odluku o prihvatljivosti i tome da li informacije koje one sadrže ukazuju na sistematsko i grubo kršenje ljudskih prava donosi cela radna grupa. Ako predstavka ispuni sve zahtevane uslove, dostavlja se drugoj radnoj grupi,

²⁴ Pošto je procedura 1503 bila poverljiva, dosta je teško sa sigurnošću utvrditi u odnosu na koje zemlje je ona vođena, ali pošto je i sama Komisija vremenom počela da objavljuje imena država koje se nalaze pod ovom procedurom Međunarodni servis za ljudska prava, međunarodna nevladina organizacija sa sedištem u Ženevi koja se bavi praćenjem rada političkih i ugovornih tela za zaštitu ljudskih prava u UN, je u aneksu 5 knjige *A handbook on issues of transition from the Commission on Human Rights to the Human Rights Council* navela države u odnosu na koje je procedura 1503 bila pokrenuta. Prema njima bilo je 27 zemalja iz Afrike, 27 iz Azije, 16 iz Latinske Amerike, 10 iz Istočne Evrope i 6 iz Zapadne Evrope.

²⁵ O ovome vidi više u P. Alston, »The Commission on Human Rights«, u P. Alston (ur.), *The United Nations and Human Rights*, Clarendon Press, 1995, str. 147-153

Radnoj grupi za situacije, s predlogom za akcije koje treba preduzeti. Radna grupa za situacije sastavljena je od pet članova predstavnika pet regionalnih grupa, članica Saveta za ljudska prava. Ona može da zadrži slučaj u postupku do sledeće sednice i da traži dodatne informacije, ako smatra da je to neophodno, ali takođe može i da zaključi slučaj. Ako smatra za potrebno, Radna grupa za situacije može Savetu da predloži nacrt rezolucije ili odluke kao rešenje za slučaj koji je rešavan kroz proceduru po žalbama. Ako postupak uporedimo s postupkom po proceduri 1503, vidi se da nema skoro nikakvog unapređenja.

Uslovi za prihvatljivost predstavke ostali su skoro isti a nova procedura zahteva da se podnosilac žalbe pre obraćanja Savetu obrati nacionalnoj instituciji za ljudska prava osnovanoj u skladu s Načelima o statusu nacionalnih institucija, ako one imaju kvazisudsku nadležnost i predstavljaju efikasno sredstvo zaštite.²⁶ Ovo rešenje može da bude dobro ako se nacionalne institucije za ljudska prava zaista ponašaju kao iskreni branioci ljudskih prava i ako mogu da utiču na državne organe, ali ako to nije slučaj, ova odredba još više otežava položaj podnosioca predstavke. S obzirom da je ovaj postupak poverljiv, često se dešavalo da podnosilac predstavke ne dobija više nikakva obaveštenja o tome šta se preduzima u okviru postupka. Ovaj nedostatak donekle je ispravljen time što je stepen učešća žalioca povećan time što je predviđeno da podnosilac bude obavešten kada žalba uđe u proceduru, kao i o svim odlukama u radnim grupama i konačnom ishodu.²⁷

Novo rešenje nije ponudilo poboljšanja u pogledu ishoda postupka. Nisu predviđeni pravni lekovi za žrtvu, privremene mere ili naknada za štetu koja je prouzrokovana kršenjem, ni ozbiljnije i sistematske mere nadzora kojima bi bile podvrgnute države. Konačno, zaključak bi mogao da bude sledeći: procedura po žalbama je veoma složena i zahtevna; ona je spora jer se odvija u fazama uz zanemarljivo učešće i uticaj podnosioca predstavke. Posledice pokretanja postupka po državu u pitanju su i dalje veoma ograničene. Sama procedura ne predstavlja mehanizam koji bi mogao snažnije da utiče da vlada konkretne države promeni svoj stav prema ljudskim pravima.

²⁶ Generalna skupština UN usvojila je rezolucijom br. 48/134 od 20. decembra 1993. godine dokument *Principles Relating to the Status of National Institutions (the Paris Principles)* koji određuje načela, nadležnost i način delovanja nacionalnih institucija za ljudska prava.

²⁷ Posmatrači i nevladine organizacije su podržali ovaj predlog i smatraju ga poboljšanjem u odnosu na proceduru 1503. On je usvojen zato što je imao zaista veliku podršku u Savetu i na radnoj grupi. Podržale su ga Finska i Nemačka u ime EU, Alžir u ime Afričke grupe, Belgija, Brazil, Egipat, Indija, Japan, Meksiko, Bangladeš, Tajland, Rusija, Ujedinjeno Kraljevstvo i neke druge države.

2.5. Dnevni red, metodi rada i poslovnik Saveta za ljudska prava

Predlog da dnevni red Saveta za ljudska prava bude precizan i tematski organizovan, slično onome po kome je zasedala Komisija za ljudska prava, podržavala je Azijska grupa, dok su zemlje članice Evropske unije, podržane još nekim državama, predlagale da se on uredi tako da omogući da Savet, kada god smatra da je to potrebno, raspravlja o svakom pitanju koje spada u njegovu nadležnost ili zahteva hitno reagovanje. Usvojeni dnevni red prozvod je napornih usaglašavanja, popuštanja i kompromisa.²⁸

U konačni tekst poslovnika ušla je odredba po kojoj na sednicama Saveta mogu da učestvuju posmatrači, države nečlanice Saveta, predstavnici specijalizovanih agencija, međuvladinih organizacija, nacionalnih tela za ljudska prava i nevladinih organizacija. Nevladine organizacije učestvuju u radu Saveta u skladu sa rezolucijom Ekonomskog i socijalnog saveta br. 1996/31 od 25. jula 1996. godine. Slično rešenje predviđeno je i za nacionalne institucije za ljudska prava, kako je predvidela rezolucija EKOSOK 2005/74 od aprila 2005. godine. Uvedena je i jedna novina – mogućnost da se vodi interaktivni dijalog s mandatarima specijalnih priocedura i organizuju diskusije u formi okruglih stolova i seminara ili da se vode plenarne debate. To bi moglo da unapredi rad Saveta jer dozvoljava da mnogo veći broj aktera, s bogatim iskustvom i znanjem u oblasti ljudskih prava, stručnjaci, naučni radnici, predstavnici nevladinih organizacija i nacionalnih institucija za ljudska prava uzmu učeće u radu Saveta.

Ipak, samo pod jednom tačkom dnevnog reda Savet može da se bavi situacijama u kojima stanje ljudskih prava zahteva posebnu pažnju, iako je jasno da efikasni politički organ koji se zaista stara o ljudskim pravima na univerzalnom planu mora da omogući istinsku debatu i konstruktivni pristup svim pitanjima ljudskih prava, izbegne formalizam i podele i osigura da se standardi ljudskih prava sprovode. To podrazumeva jednak odnos prema svim državama kada krše ljudska prava i saradnju sa specijalnim izvestiocima pošto Savet mora da pokaže da je u stanju adekvatno da reaguje na konkretna kršenja ljudskih prava u pojedinim zemljama. Za ispunjenje ovog zadatka Savetu stoji na raspolaganju još jedno sredstvo. On može hitno da reaguje održavanjem specijalnih sednica.

²⁸ On ima deset tačaka i to: organizaciona i proceduralna pitanja; godišnji izveštaj Visokog komesara UN za ljudska prava i izveštaji Kancelarije Visokog komesara i Generalnog sekretara; unapređenje i zaštita svih ljudskih prava, građanskih i političkih, ekonomskih, socijalnih i kulturnih (uključujući pravo na razvoj); situacije ljudskih prava koje zahtevaju posebnu pažnju Saveta; tela i mehanizmi za ljudska prava; univerzalni periodični izveštaji; situacija ljudskih prava u Palestini i okupiranim arapskim teritorijama; praćenje implementacije Bečke deklaracije i Programa akcije; rasizam, rasna diskriminacija, ksenofobija i ostali oblici netolerancije uz praćenje implementacije Durbanske deklaracije i Programa akcije i konačno, tehnička pomoć i izgradnja kapaciteta.

2.6. Specijalne sednice Saveta za ljudska prava

Ova vrsta sednica nije bila uobičajena u Komisiji za ljudska prava, već je predstavljala izuzetak u njenom radu.²⁹ Rezolucija kojom je osnovan Savet predvidela je da on može da održava specijalne sednice na zahtev neke države članice, ako ona ima podršku jedne trećine članica Saveta.³⁰ Za održavanje specijalnih sednica predviđeni su specifični metodi rada. Zahtev se upućuje predsedniku Saveta i Sekretarijatu, u njemu mora da se navede zbog čega se zahteva zakazivanje specijalne sednice i daju sve informacije koje upućuju na hitnost. Sednica se zakazuje u najkraćem mogućem roku, ali najranije dva dana i ne kasnije od pet dana od podnošenja zahteva. Predsednik Saveta održava neformalne sastanke pre sednice da bi ona bila dobro pripremljena, a na samoj sednici mogu da učestvuju svi prisutni.³¹ Nacrti rezolucija i amandmana na predložene nacрте treba na vreme da budu dostavljeni svim učesnicima radi brzog odlučivanja pošto specijalne sednice Saveta mogu da traju najduže tri dana, sem ako Savet ne odluči da produži vreme za održavanje sednice.³²

Specijalne sednice ne bi nikako trebale da budu inspirisane političkim motivima već je njihov osnovni cilj sprečavanje dalje eskalacije sukoba i grubih kršenja ljudskih prava. Ipak, dosadašnja praksa daje osnova za strahovanje da one mogu da budu iskorišćene u političke svrhe. Do aprila 2008. godine održano je šest specijalnih sednica, a činjenica da su četiri u vezi sa sukobima koji su se dešavali na Bliskom istoku i da su sve osuđivale postupke izraelskih vojnih snaga i veoma retko vojne akcije koje je preduzimala palestinska strana, kada su se takođe kršile odredbe humanitarnog prava pokazuje da je bilo dosta selektivnosti.³³

Dve specijalne sednice koje se nisu odnosile na Bliski istok, Izrael i Palestinu, već na situacije u Darfuru i Mijanmaru predstavljale su takođe razočarenje za mnoge

²⁹ Komisija je održala samo pet specijalnih sednica, i to dve povodom rata u bivšoj SFRJ, u avgustu i decembru 1992. godine; 1994. godine zbog građanskog rata u Ruandi i masovnih ubijanja; 1999. godine, kada se raspravljalo o stanju u Istočnom Timoru i konačno 2000. godine po pitanju kršenja ljudskih prava u Palestini od strane Izraela.

³⁰ Operativni stav 10 rezolucije 60/521.

³¹ U toku rasprave o metodama rada Rusija se najviše protivila da posmatrači i nevladine organizacije uzmu učešća na specijalnim sednicama, ali nije imala veću podršku za ovakav stav.

³² Deo VI Metodi rada, od stava 114 do stava 123.

³³ Generalni sekretar UN, u poruci upućenoj Savetu, koju je pročitala Visoki komesar za ljudska prava Luiz Arbur, na trećoj sednici Saveta, novembra 2006. godine, apelovao je na Savet da mora da povede računa o grubim kršenjima ljudskih prava i u drugim delovima sveta i gradi koalicije zasnovane na načelima koji služe za unapređenje stanja ljudskih prava u celom svetu. Izjava Generalnog sekretara UN može se naći na www.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/form.htm.

delegacije, posmatračice i nevladine organizacije jer su pokazale koliko su velike, ozbiljne i zabrinjavajuće razlike između država i do koje mere su one spremne da, čak i kada je očigledno da se radi o velikom stradanju i patnji ljudi u jednoj od najvećih humanitarnih kriza, kakva je ona u Darfuru, podržavaju predloge svojih regionanih grupa, ne mareći mnogo za stvarnu odbranu i zaštitu ljudskih prava.

Peta specijalna sednica koja se ticala situacije u Mijanmaru donekle se razlikovala jer je imala je jaku regionalnu komponentu, odnosno veliki broj azijskih država kritički je komentarisao stanje u Mijanmaru.³⁴ Kada znamo da je regionalno grupisanje u odbrani države koja se stavlja na dnevni red sednice Saveta postalo uobičajena pojava, onda ovakva reakcija mora da bude pohvaljena, mada ostaje zaključak da Savet za sada još uvek nije u stanju da reaguje na mnoge slične ili jednako zabrinjavajuće situacije iako i one takođe zahtevaju hitnu akciju.

III DA LI SAVET MOŽE DA PRUŽI EFIKASNU ZAŠTITU ILI JE NASLEDIO SLABOSTI KOMISIJE?

Proces uspostavljanja novog organa je završen ali to nije dovoljno da bi se zaključilo da je reforma na dobrom putu. Početna debata, otvorena na plenarnim sednicama Saveta i njegovih radnih grupa, ukazuje da i dalje preovlađuje mentalitet blokova i regionalnog grupisanja. Zahvaljujući podršci država iz iste regionalne grupe, Savet je politizovan i selektivan u izboru tema i država kojima se bavi koliko i nekada Komisija. Upadljivo je da su članice Saveta do sada skoro uvek glasale u skladu sa stavom svoje regionalne grupe i da vode živu diplomatsku aktivnost da obezbede većinu za predloge rezolucija.

Objašnjenje za takvo postupanje je verovatno u tome što se i vlade pojedinih članica Saveta ne mogu pohvaliti zadovoljavajućim stanjem ljudskih prava na šta su ukazivale nevladine organizacije još prilikom prvog izbora članica Saveta. Opominjale su da kriterijumi za izbor u članstvo nisu dovoljno visoki i da su neke države s lakoćom obezbedile većinu, ne zbog visokih standarda ljudskih prava u njima, već zbog podrške svoje geografske grupe.

U Savetu je promenjen odnos broja članica regionalnih grupa. Afričke i azijske države nisu imale većinu u Komisiji, ali je imaju u Savetu za ljudska prava. Pokazalo se da takav odnos geografskih grupa dovodi do toga da za bilo koju

³⁴ Posebno su zapažene bile reakcije susednih zemalja i Organizacije azijskih država (ASEAN). Njihova aktivna uloga u kritici postupaka vlade Mijanmara pozdravljena je od mnogih delegacija i istaknuto je da to može u velikoj meri da doprinese da vlada Mijanmara konačno shvati značaj poštovanja ljudskih prava, posebno slobode izražavanja i političkog delovanja. Pojedine države koje ne pripadaju azijskoj grupi pozvale su zemlje regiona, posebno Kinu i Indiju kao dve najveće i najuticajnije, da odigraju odgovarajuću ulogu u ovom procesu i tako doprinesu stabilnosti celog regiona.

inicijativu afričke i azijske grupe nije potrebna podrška drugih članica Saveta, dok Latinoamerička grupa država i evropske zemlje moraju da zatraže podršku bar tri države Afričke ili Azijske grupe.

Iako to nije jedini razlog, ovakav sastav je u velikoj meri doprineo da se od šest specijalnih sednica Saveta četiri odnose na situaciju na Bliskom istoku. Diskusija na ovim sednicama, kao i sadržaj rezolucija, upravo su primer selektivnosti, politizacije i primene dvostrukih standarda. To dokazuje i usvajanje rezolucije o Mijanmaru kada je upravo zahvaljujući ponašanju država iz regionalne grupe kojoj pripada Mijanmar konsenzusom usvojena rezolucija kojom se osuđuju gruba kršenja ljudskih prava pripadnika vojnih vlasti u toj zemlji.

Usvajanjem novih univerzalnih međunarodnih ugovora Savet je nastavio dobru praksu Komisije ali normativnu delatnost moraju da prate mehanizmi za njihovu primenu. Savet mora da deluje tako da pokaže da je, bez obzira na to što je politički organ, ipak u prvom redu posvećen ideji uvažavanja i zaštite ljudskih prava i da treba da vodi računa o načelima Povelje UN. Odnos članica Saveta prema specijalnim izveštajima pokazao je sasvim drugačije stanje, naime, oni su bili izloženi oštrim kritikama, optuživani da su pristrasni i nedosledni. Ovo je bilo najočiglednije u tretmanu izveštioaca o zemljama, koji je kulminirao odlukom da se ukinu mandati specijalnih izveštilaca za Kubu i Belorusiju. Ovo je stvorilo izuzetno lošu sliku o Savetu i već na samom početku njegovog delovanja umanjilo njegov ugled.

Uvođenjem novog mehanizma nadzora preko univerzalnih periodičnih pregleda Savet je stvorio uslove da se svaka država u određenom roku podvrgne kontroli, odnosno da međunarodni organ preispita stanje ljudskih prava u svim državama članicama UN. Pravila postupka po univerzalnim periodičnim pregledima potpuno su isključila učesće nezavisnih eksperata i ograničila uticaj nevladinih organizacija. To može veoma loše da se odrazi na verodostojnost univerzalnih periodičnih pregleda. Ishod univerzalnih periodičnih pregleda je takođe neizvestan jer pravila predviđaju da će Savet na kraju postupka usvojiti izveštaj u kome će biti sadržane preporuke i zaključci koji proističu iz rasprave. To ipak nije dovoljno, jer samo usvajanje izveštaja nema mnogo efekta ako se ne nastavi sa nadgledanjem ispunjavanja preporuka Saveta i ako se ne odrede precizni rokovi u kojima država u pitanju treba po njima da postupi. Zato stalno treba imati na umu da univerzalni periodični pregledi ne smeju da zamene razmatranje kršenja ljudskih prava koja zahtevaju hitnu akciju zbog stepena i masovnosti povreda ljudskih prava i stradanja pojedinaca ili čitavih grupa. Najvažniji akteri u ovom procesu su države, odnosno njihove vlade. Zato ugled i uloga Saveta u budućnosti najviše zavise od ponašanja samih država i njihove institucionlane kulture.

Postupak po žalbama, kojim je zamenjena procedura 1503, takođe ne predstavlja poboljšanje. Savet je morao da poveća efikasnost ove procedure i obezbedi da se pravovremeno i adekvatno odgovori na sistematska i masovna kršenja ljudskih prava. Cilj postupka po žalbama ne sme da bude samo da se državi omogući tehnička pomoć, kakav je najčešće bio ishod procedure 1503 devedesetih godina

prošlog veka već on mora pozitivno da utiče na unapređenje i zaštitu ljudskih prava i natera države da poštuju svoje međunarodne obaveze. Moguće je da se ova procedura u praksi pokaže efikasnijom, ako se učesnici u njoj budu ponašali tako da omogućće da procena konkretne situacije bude nepristrasna i da odluka o tome kako će se na nju reagovati bude u funkciji unapređenja stanja ljudskih prava i njihove zaštite. Da bi ona ispunila svrhu, neophodno je da se odvoje dve faze postupka. U prvoj fazi isključivo stručnjaci procenjuju situaciju u odnosu na koju je procedura pokrenuta. Vrlo je važno da ekspertska telo bude sastavljeno od nezavisnih stručnjaka i da se bar u ovoj fazi izbegne svaka politizacija, odnosno da ocena situacije na koju se žalba odnosi bude zasnovana na važećim standardima ljudskih prava i da u njoj ne intervenišu članice Saveta. U ovoj fazi samo država koja je predmet procedure može da bude uključena u proces tako što će davati dodatne informacije ili odgovore na pitanja eksperata. U drugoj fazi Savet igra ključnu ulogu i zato njegova odluka o daljim koracima mora da bude zasnovana na proceni ekspertske tela. Bilo bi takođe korisno da se diskusija odvija na otvorenim sednicama Saveta jer će se tako povećati efikasnost ovog nadzornog mehanizma.

Savet je sastavljen od mnogo država koje često imaju potpuno različita shvatanja i poglede na ljudska prava i zato je pred njim veliki zadatak da se u narednim godinama ojača solidarnost svih zemalja i prevaziđu podele po regionalnim grupama, kako bi se umanjile sadašnje slabosti i uočili problemi koji se tiču ljudskih prava a koji su zajednički za sve države. To još uvek nije slučaj, već naprotiv, države i dalje glasaju u Savetu u skladu s većinom u njihovoj geografskoj grupi. Kako je dobro primetio Kristijan Tomušat, mnogo je lakše prosuđivati stanje u državama koje nemaju jaku političku podršku jer je tada nijedna država mnogo ne rizikuje „...ali će iziskivati mnogo hrabrosti učešće u istrazi nad najmoćnijim državama – naročito velikom petoricom“.³⁵

Kao političko telo, Savet za ljudska prava ne može da bude apsolutno imun od politike i potpuno nepristrasan zaštitnik ljudskih prava. Ipak, vlade ne smeju da dozvole da se zbog političkih interesa potpuno zanemare ljudska prava i da se propusti šansa da se kroz mehanizme koji stoje na raspolaganju Savetu poboljša stanje u nekoj zemlji. Politički interesi se mogu ostvariti na mnogo načina koji nisu na uštrb ljudskih prava. Adekvatna zaštita ljudskih prava može se ostvariti samo ako su države čvrsto opredeljene za unapređenje i zaštitu ljudskih prava i ako taj ideal ugrade u svaku od akcija koje preduzimaju u sistemu UN i u svaku odluku za koju glasaju u bilo kom telu ove organizacije. To danas nije slučaj, pa se javljaju dileme da li je uopšte moguća zaštita ljudskih prava na univerzalnom planu, koliko je sistem zaštite efikasan i da li je svrsishodno i dalje ulagati napore da se

³⁵ K.Tomušat, *Ljudska prava između idealizma i realizma*, Beogradski centar za ljudska prava, 2006, str. 17.

on usavrši ili bi bilo korisnije da se osnaže i unaprede regionalni sistemi zaštite, koji su se do sada pokazali mnogo delotvornijim. Međutim, kada znamo da u nekim delovima sveta nije nastao nijedan regionalni instrument, kao na primer u Aziji, jasno je da ne treba odustati od zalaganja da se na univerzalnom planu ostvari što veća zaštita pojedinca.

Vesna Petrović, LL.M,
Belgrade Centre for Human Rights

THE REFORM OF THE HUMAN RIGHTS' PROTECTION WITHIN THE UNITED NATIONS: *THE HUMAN RIGHTS COUNCIL*

Summary

The United Nations is an institution involved in the promotion and protection of human rights in a number of areas, particularly through the Office of the High Commissioner on Human Rights and the newly established Human Rights Council.

The Council became operative in June 2006 but it will probably take several years before all the implications of this reform are visible. In the past two years, the Council has been conducting a review of all the mechanisms, mandates and procedures it inherited from the Commission for Human Rights. At the same time, it is building up a completely new institution of universal periodic review, through which the Council will assess the human rights record of all member states.

The current situation in the Council is not satisfactory in regard of the treatment of the special procedures. The Commission set up various mechanisms, jointly called special procedures, in order to examine, monitor, and publicly report on the human rights situation in specific countries or on major themes of human rights violations. It seems that the members are in favour of excluding country-specific special *rapporteurs* and replacing this protection mechanism with a thematic one. There is no evidence of any attempt by the Council members to adopt a coherent position based on the needs for straightening the system of human rights protection. The challenge will be to ensure that the Council's working methods can develop and make a real change in human rights protection for the benefit of the victims.

On the other hand, there is an ongoing discussion on the reform of the UN treaty bodies. The state reporting mechanisms have proven fundamental to the development of human rights norms. State reports have delivered the essential knowledge from which the treaty bodies can observe patterns of human rights violations. But in the last few decades, committees have been receiving an increasing number of overdue state reports. These overdue reports undermine the relevance of information given by the states and, thus, the committee's

conclusions. This imposes an obvious limitation to the credibility and efficiency of the system. The High Commissioner for Human Rights has declared the goal of a single unified treaty body, and certain academics have proposed an even more radical reform by establishing a world court of human rights. What is needed is a well-functioning treaty based system which will allow for an integral control of all rights guaranteed in the treaties that have been adopted within the framework of the UN system. Moreover, this system should be interacting with other components of the UN human rights system.

However, the new balance of political power in the Council and the existing dangers concerning a fundamental reform of the treaty body system pose far-reaching challenges to the role and the contribution of all stakeholders. The international community has a great interest in the outcome of the reforms underway in both these central systems of protection of human rights. The relationship between the Office of the High Commissioner on Human Rights, UN treaty bodies and Human Rights Council remains to be clarified.

DRUGI DEO

EVROPSKE GARANCIJE LJUDSKIH PRAVA I MEĐUNARODNI STANDARDI LJUDSKIH PRAVA U KRIVIČNOM PRAVU

Dr Slavoljub Carić,

zastupnik Republike Srbije pred Evropskim sudom za ljudska prava

UTICAJ EVROPSKE KONVENCIJE O LJUDSKIM PRAVIMA NA MEĐUNARODNO PRAVO I PRAVO SRBIJE

UDK: 341.645(4-672EU):341.231.14

Apstrakt

Evropski sud za ljudska prava primenjuje opšte principe međunarodnog prava, štiteći ljudska prava. Nema sumnje je da je ovaj sud, baveći se najrazličitijim pitanjima vezanim za poštovanje ljudskih prava u nacionalnim pravnim sistemima, dao snažan doprinos i razvoju međunarodnog prava, jer je u porastu broj slučajeva koji se nalaze pred Sudom, a u kojima se radi o veoma različitim pitanjima međunarodnog prava poput sukcesije, imuniteta države i njenih predstavnika, međunarodnoj odgovornosti itd. Neka od ovih pitanja posebno su obrađena i u ovom referatu, a poseban akcenat stavljen je na pitanje iscrpljivanja unutrašnjih pravnih lekova, jer se kroz ovo pitanje najbolje sagledava veza između međunarodnog prava i nacionalnih pravnih sistema (uključujući i pravni sistem Republike Srbije). U tom pogledu Konvencija ima tu dvostruku misiju, tj. da deluje u pravcu povezivanja međunarodnog prava i nacionalnih pravnih sistema, kao i ujedinjavanja normi međunarodnog prava.

Ključne reči: *Evropski sud za ljudska prava, Evropska konvencija o ljudskim pravima, međunarodno pravo, nacionalni pravni sistemi, pravo Srbije*

I UVODNA RAZMATRANJA

Evropski sud za ljudska prava (Sud) primenjuje kao osnovni izvor prava Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (Evropska konvencija o ljudskim pravima ili samo Konvencija) sa dodatnim protokolima. Ova Konvencija i sama predstavlja međunarodni ugovor, pa shodno članu 38 stav 1a Statuta Međunarodnog suda pravde predstavlja izvor međunarodnog prava. Stoga i ova konvencija podleže pravilima međunarodnog ugovornog prava, a posebno pravilima Bečke konvencije o međunarodnom ugovornom pravu iz 1969. godine. To se odnosi na pravila o njenom stupanju na snagu, pravila o tumačenju ugovora, rezervama, otkazivanju itd.

Posebno je važno istaći vezu između pravila međunarodnog prava *Pacta sunt servanda* i materijalno pravnih odredbi Konvencije, jer iako u Konvenciji nije sadržano izričito pravilo da se države ne mogu pozvati na pravila iz unutrašnjeg prava kao opravdanje za neispunjavanje obaveza iz Konvencije, širokim

ugrađivanjem Konvencije u unutrašnji pravni poredak država članica omogućeno je striktno poštovanje njenih ugovornih odredbi.

Iako Evropski sud za ljudska prava primenjuje opšte principe međunarodnog prava, štiteći ljudska prava, bez sumnje je da je ovaj sud, baveći se najrazličitijim pitanjima vezanim za poštovanje ljudskih prava u nacionalnim pravnim sistemima, dao snažan doprinos i razvoju međunarodnog prava, jer je u porastu broj slučajeva koji se nalaze pred Sudom, a u kojima se radi o veoma različitim pitanjima međunarodnog prava poput sukcesije, imuniteta države i njenih predstavnika, međunarodnoj odgovornosti itd.

Sa druge strane, u Izveštaju mudrih ljudi mehanizam zaštite ljudskih prava koji se ostvaruje pred Evropskim sudom za ljudska prava naziva se »ustavnom misijom« koja ima za cilj da ustanovi zajedničke principe i standarde u zaštiti ljudskih prava i da odredi minimalni nivo zaštite na nacionalnom nivou.¹ Na taj način očigledan je uticaj koji Konvencija i Sud ostvaruju na nacionalnom nivou.

Tokom daljeg izlaganja ukazaćemo na neke primere kroz koje se može bolje sagledati značaj Konvencije i prakse Suda za međunarodno pravo, a sagledaćemo i na koji način Konvencija ima uticaj na pravni sistem Srbije. Ipak, imajući u vidu činjenicu da je Republika Srbija relativno novi član Saveta Evrope, u okviru koga deluju Konvencija i Sud, pa njihov uticaj na pravni sistem još nije izražen u dovoljnoj meri, ovim pitanjem bavićemo se samo posredno, kroz razmatranje uticaja Konvencije na međunarodno pravo, zbog povezanosti specifičnog problema sa Srbijom.

II MEĐUDRŽAVNE PREDSTAVKE

Kada za neku državu Konvencija stupi na snagu, po članu 33 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, država "može ukazati Sudu na svaku povredu odredbi Konvencije ili protokola uz nju za koju smatra da se može pripisati nekoj drugoj Visokoj strani ugovornici". Ova vrlo široka formulacija prava države na podnošenje predstavke protiv drugih država ugovornica, predstavlja vrlo bitno odstupanje od načela međunarodnog prava koji se odnosi na međudržavne aktivnosti. To faktički znači da i države imaju aktivnu legitimaciju pred Evropskim sudom za ljudska prava. Pasivno legitimisani u tim situacijama su druge države, pa se zbog toga ove predstavke zovu **međudržavne predstavke**.

¹ Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers, CM Documents CM(2006)203, 979bis Meeting, 15 November 2006, par. 24. Inače, odluka da se ustanovi Grupa mudrih ljudi (Group of Wise Persons) doneta je na III Samitu šefova država i vlada članica Saveta Evrope održanom 16. i 17. maja 2006. godine u Varšavi. Ovoj grupi dat je zadatak da preispita dugoročnu efikasnost kontrolnog mehanizma zaštite ljudskih prava, ustanovljenog Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Naime, prema Konvenciji država može podneti predstavku Sudu ne samo protiv aktivnosti neke države kada je pravo te države u pitanju, nego se predstavka države protiv druge države ugovornice može podneti i kada je kršenje počinjeno protiv lica koja nisu njeni državljani, ili protiv lica koji nisu državljani neke od država ugovornica, ili su lica bez državljanstva, ili čak u odnosu na kršenja Konvencije kada su u pitanju državljani odgovorne države. Države, takođe, mogu podneti predstavke koje se odnose na neusklađenost domaćih zakona ili administrativnih postupaka jedne države sa Konvencijom, bez potrebe navođenja kršenja od strane neke konkretne osobe. To su takozvane **apstraktne predstavke** (*Irska protiv UK, Kipar protiv Turske*).

Nažalost, uzimajući u obzir činjenicu da se desio veliki broj slučajeva u kojima su kršena ljudska prava od strane država od kako je Konvencija na snazi, pravo države da podnese predstavku protiv druge države ugovornice, nije se pokazalo efikasnim. U celokupnoj praksi nadzornog mehanizma Konvencije i kada je delovala Komisija za ljudska prava podneto je svega dvadesetak ovakvih predstavi a Sud je raspravljao po njima svega u par slučajeva (*Irska protiv Ujedinjenog Kraljevstva, Kipar protiv Turske itd.*).

Razlozi za to su dvojaki. Najpre, podnošenje takve predstavke ili zahteva takav nivo altruizma vlade jedne države prema građanima druge države koji je neobičan za međunarodne odnose ili visoki stepen antagonizma između dve države. Drugo, dok ova vrsta predstavi može skrenuti pažnju na neke ozbiljne sistematske povrede Konvencije, pa dovesti do diplomatskog pritiska na predmetnu državu, teško je zamisliti da ona zaista može rešiti konkretni problem.²

Dosadašnji slučajevi koji su se pred Sudom pojavljivali, a povodom međudržavnih predstavi u načelu mogu se podeliti na:

- slučajevi u kojima je država podnosilac tesno povezana sa individualnim žrtvama u kontekstu hroničnog političkog sukoba između država (Kipar-Turska oko Severnog Kipra) / slučajevi nestalih lica; povrede imovinskih prava itd. To su i slučajevi Irska-Ujedinjeno Kraljevstvo u vezi sa isleđivanjem osumnjičenih pripadnika IRE.
- zaštita sopstvenih građana od nezakonitih postupaka druge države / Danska-Turska (tortura Danaca u Turskoj od strane policije) – slučaj rešen isplatom novčanog iznosa i organizovanjem obuke za turske policajce od strane Danske, CPT itd., ali i izmenama turskog zakonodavstva.

² Videti: Greer S., *The European Convention on Human Rights, Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge University Press, New York, 2006, pp. 24-25.

- generalna zaštita (kršenje ljudskih prava u Grčkoj 1967. godine, kada su postupak pokrenule skandinavske zemlje i Holandija protiv Grčke, a Grčka je tada na kratko otkazala članstvo u Konvenciji).³

III PITANJE SUKESIJE

Shodno pravilima međunarodnog običajnog prava, država sukcesor nije automatski odgovorna za dugove države prethodnice. Glavno pravilo u vezi sa regulisanjem dugovanja i potraživanja nakon sukcesije je da bi njih trebalo regulisati putem međunarodnog sporazuma.

U mišljenju broj 9 Arbitražne komisije za bivšu Jugoslaviju rečeno je da države sukcesori sva pitanja proistekla iz sukcesije moraju da regulišu putem sporazuma, dok je u mišljenju broj 14 navedene Komisije ovo potvrđeno, uz nakanu da bi države sukcesori trebalo međusobno da se dogovore u vezi sa uređenjem svih pitanja vezanih za sukcesiju.

Bivše članice SFRJ su 29. juna 2001. godine potpisale Sporazum o pitanjima sukcesije, a ovaj sporazum je 29. juna 2001. godine stupio na snagu, kada ga je ratifikovala i poslednja država bivše SFRJ koja to nije učinila (Hrvatska). U Aneksu C ovog sporazuma poznatog i pod nazivom Bečki sporazum regulisano je i pitanje odgovornosti za dugove proistekle po osnovu stare devizne štednje.

³ Pitanje međudržavnih predstavi postalo je aktuelno za Republiku Srbiju naročito danas, kada je došlo do jednostranog proglašenja «države Kosovo». Čuju se mišljenja da bi Republika Srbija mogla da se tim povodom obrati raznim međunarodnim sudskim institucijama.

Kada je reč o obraćanju Evropskom sudu za ljudska prava aktivna legitimacija svoj osnov mora imati u kršenju nekog prava iz Konvencije, koje bi imalo masovni karakter. Samim činom proglašenja države na teritoriji Republike Srbije nesumnjivo su prekršena pravila međunarodnog prava (pre svega Povelja UN), ali i Ustav Republike Srbije. Međutim, sam čin proglašenja ne bi mogao da se dovodi u vezu sa kršenjem Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. Naravno, dalji razvoj događaja, u slučaju kršenja ljudskih prava na teritoriji Kosova, može rezultirati kako međudržavnim tako i individualnim predstavkama. Osnovno pitanje koje se postavlja s tim u vezi je pitanje *pasivne legitimacije*. Na stranu što bi se tužbom protiv «države Kosovo» pred Evropskim sudom za ljudska prava priznalo postojanje te države. Pored toga, ta «država» nije članica Saveta Evrope, pitanje je kada će to postati (potrebno je obezbediti dvotrećinsku većinu glasova država članica SE za prijem), pa bi takve predstavke bile nespojive sa odredbama Konvencije *ratione personae* i *ratione temporis*. Naravno, može se postaviti i pitanje tužbe protiv neke od država angažovanih u misiji EU, ali u tom slučaju je takođe aktuelna dilema spojivosti takve predstavke sa odredbama Konvencije *ratione personae*, na način na koji je to Sud već imao prilike da odlučuje u predmetima *Saramati*, *Behrami* i *Gajić*.

Pred Evropskim sudom za ljudska prava našao se određeni broj predstavnici građana po osnovu stare devizne štednje. U nekim od ovih predmeta građani su tužili svoju državu, a bilo je slučajeva da su građani tužili neku drugu državu naslednicu nekadašnje SFRJ, jer su sredstva deponovali kod banaka sa teritorije tih država. Jedan od takvih slučajeva je i slučaj *Kovačić i drugi protiv Slovenije* u kome je troje hrvatskih štediša tužilo Sloveniju povodom štednih uloga koji su imali u Ljubljanskoj banci, Osnovna banka Zagreb. Hrvatska se umešala u ovaj spor po osnovu člana 36 Konvencije.

Ovo troje hrvatskih građana su svoje štedne uloge deponovali u vreme postojanja SFRJ, koja je bila garant njihovih uloga. Međutim, nakon raspada SFRJ, poslovna banka kod koje su oni deponovali štedne uloge nije bila u mogućnosti da ih isplati, a sa druge strane Slovenija nije htela da preuzme odgovornost za dugove nastale kod zagrebačke filijale Ljubljanske banke.

U presudi sedmočlanog veća Evropskog suda za ljudska prava od 6. novembra 2006. godine, na pomalo čudan način, primenom članova 37 stav 1 b) i c) Konvencije, odlučeno je da se slučaj skine sa liste slučajeva koje Sud razmatra, jer su dvoje podnosilaca u potpunosti naplatili svoja potraživanja, dok je pred trećim podnosiocem bila takođe ista mogućnost koja nije korišćena.

Neobičnost ove presude je u tome što je na meritoran način odlučeno o razlozima za brisanje predstavke, dakle o nečemu povodom čega ne bi trebalo da usledi meritorna odluka. Sem toga, pitanje proisteklo sukcesijom, vezano za odgovornost za dugove sukcesora nije razrešeno, zbog čega je pred Velikim većem suda iz Strazbura 14. novembra 2007. godine održana usmena rasprava. Presuda koja se očekuje biće veoma značajna sa stanovišta međunarodnog prava, ali će u velikoj meri predstavljati orijentir za rešavanje drugih slučajeva kod kojih se pojavljuje sličan problem, a nije mali broj takvih slučajeva protiv Srbije, što znači da može imati uticaj i na pravni sistem Srbije.

U odnosu na građane bivših jugoslovenskih republika, koji su deponovali deviznu štednju kod ovlašćenih banaka sa sedištem u Srbiji, do dana njihove „sukcesije“, zakon iz 1998. godine je propisao da oni mogu ostvarivati prava utvrđena tim zakonom „pod uslovom reciprociteta“⁴ dok je zakon iz 2002. godine propisao da oni mogu ostvarivati svoja prava u pogledu devizne štednje „na način koji se ugovori sa državama sukcesorima [bivše SFRJ]“.⁵

U pogledu „uslova reciprociteta“, koji je propisan zakonom iz 1998. godine, vredno je pomenuti da je princip reciprociteta generalno prihvaćeni princip

⁴ Zakon o izmirenju devizne štednje građana, Službeni list SRJ br. 59/98, 44/99 i 53/01, član 21.

⁵ Zakon o regulisanju javnog duga SRJ po osnovu devizne štednje, Službeni list SRJ br. 36/02, član 21 (1).

međunarodnog prava. Sa druge strane, Sporazum o pitanjima sukcesije, potpisan u Beču 29. juna 2001. godine, naknadno ratifikovan od strane svih država sukcesora, u Aneksu C, član 7, predvideo je da „Garancije SFRJ ili njene NBJ za deponovane štedne uloge u čvrstoj valuti kod komercijalnih banaka ili bilo kojih od njenih filijala u bilo kojoj Državi sukcesoru pre datuma kada je ova proglasila svoju nezavisnost biće bez odlaganja predmet pregovora, uzimajući posebno u obzir neophodnost zaštite štednje pojedinaca u čvrstoj valuti. Ovi pregovori će se održati pod pokroviteljstvom Banke za Međunarodna Poravnanja.“⁶

Valja ukazati da su se države sukcesori, potpisivanjem Sporazuma o pitanjima sukcesije, obavezale da vode pregovore «bez odlaganja uzimajući naročito u obzir potrebu zaštite štednje čvrste valute pojedinaca.»⁷

Ratio legis za odvojeno regulisanje pravnog statusa devizne štednje državljana bivših jugoslovenskih republika, kao i državljana Srbije koji su deponovali štednju u filijalama ovih banaka na teritoriji bivših jugoslovenskih republika, leži u činjenici da je garant za ove depozite nekadašnja SFRJ.⁸ Srbija nije pravni sledbenik nekadašnje SFRJ. Stoga, Srbija ne bi trebalo sama da bude odgovorna za dugove nekadašnje SFRJ. Naprotiv, ovo pitanje treba raspraviti zajedno sa drugim pitanjima sukcesije kroz buduće pregovore, kao što je to i predviđeno Sporazumom o pitanjima sukcesije.

Dalje, primenjene mere povodom deponovanih štednih uloga u vreme postojanja SFRJ se nisu svodile na eksproprijaciju već jedino na kontrolu upotrebe imovine, s obzirom da ostvarivanje prava podnosioca predstavke u pogledu njegove devizne štednje nije bilo isključeno navedenim zakonima i sporazumom o sukcesiji već jedino odloženo do završetka pregovora oko pitanja vezanih za sukcesiju.

Naravno, to su principi koji bi trebalo da važe u raspravi ovog pitanja, ali očigledno je da ni sam Evropski sud nema još jasan stav u vezi sa tim, pa se nadamo da će kriterijumi iz presude Velikog veća u slučaju Kovačić i dr. biti od presudnog značaja za rešavanje ovog pitanja i u nekim budućim situacijama.

Kada je reč o štednji deponovanoj kod pojedinih privatnih banaka valja istaći da je način izmirivanja obaveza po osnovu oročenih deviznih depozita koje su građani položili kod Dafiment banke a.d., Beograd, u likvidaciji, na osnovu ugovora o oročavanju deviznih depozita – uređen *Zakonom o regulisanju javnog duga SR Jugoslavije po ugovorima o deviznim depozitima građana oročenim kod*

⁶ Sporazum o pitanjima sukcesije, potpisan u Beču 29. juna 2001. godine, objavljen u Službenom listu SRJ – Međunarodni ugovori, br. 6/2002, stupio na snagu 2. juna 2004.

⁷ Sporazum o pitanjima sukcesije, objavljen u Službenom listu SRJ, br.6/2002.

⁸ Zakon o deviznom poslovanju, Službeni list SFRJ br. 66/85, sa poslednjim izmenama u Službenom listu br. 96/91, član 14, stav 3

Dafiment banke a.d., Beograd, u likvidaciji, i po deviznim sredstvima građana položenim kod Banke privatne privrede Crne Gore d.d., Podgorica (Službeni list SRJ, br. 36/2002), (u daljem tekstu: Zakon o Dafiment banci), koji je stupio na snagu 4. jula 2002. godine.

Obaveza SR Jugoslavije je, danom stupanja na snagu Zakona o Dafiment banci, postala obaveza, odnosno dug Republike Srbije i Republike Crne Gore – srazmerno visini deviznih sredstava građana čije je prebivalište na teritoriji tih država (član 3. Zakona o Dafiment banci). Radi izmirenja obaveza prema građanima koji su na dan 4. jula 2002. godine imali prebivalište na teritoriji Republike Srbije, Republika Srbija je, dana 19. avgusta 2002. godine, emitovala obveznice koje glase na ime i na evro, koje se izdaju kao nematerijalizovane hartije od vrednosti i registruju na vlasničkim računima hartija od vrednosti u Centralnom registru, depou i kliringu hartija od vrednosti a.d., Beograd.

Osim građana koji su 4. jula 2002. godine imali prebivalište na teritoriji Republike Srbije, pravo na konverziju u smislu odredaba *Pravilnika o načinu postupanja ovlašćene banke u vršenju konverzije deviznih depozita građana oročenih kod Dafiment banke a.d., Beograd, u likvidaciji, i deviznih sredstava građana položenih kod Banke privatne privrede Crne Gore d.d., Podgorica, u obveznice Republike Srbije, vođenju knjigovodstvene evidencije i registracije obveznica* (»Službeni glasnik RS«, br. 60/2002), kao i *Zakona o deviznom poslovanju* (»Službeni list SRJ«, br. 23/2002 i 34/2002), ostvaruju i strana fizička lica – rezidenti koji su 4. jula 2002. godine na teritoriji Republike Srbije imali boravište duže od jedne godine, i to na osnovu dozvole za boravak, odnosno radne vize (stalno ili privremeno nastanjeni stranci kojima je izdata lična karta za stranca). Naime, rezidentima se, u smislu Zakona o deviznom poslovanju, smatraju i fizička lica – strani državljani koji su na osnovu dozvole za boravak, odnosno radne vize boravili u našoj zemlji duže od jedne godine.

U nekim slučajevima pred Sudom podnosioci iz bivših jugoslovenskih republika ukazivali su na povredu člana 14 Konvencije (zabrana diskriminacije), jer po osnovu kriterijuma sadržanih u gore navedenim propisima oni su isključeni iz kruga lica koji imaju pravo na obveznice.

Logika kojom se rukovodio zakonodavac je ta da Republika Srbija, tj. njen građani, finansiraju obaveze po navedenim propisima.

Naime, na osnovu ovlašćenja Vlade Republike Srbije utvrđenog *Odlukom o uslovima naplate obveznica Republike Srbije za izmirenje obaveza po osnovu devizne štednje građana* (»Službeni glasnik RS«, br. 52/2002), Narodna banka Srbije obavlja poslove evidencije uplate sredstva koja **u budžetu obezbeđuje Republika Srbija**, te prenos tih sredstava bankama radi isplate obveznica, a obavlja i druge

administrativno-tehničke i stručne poslove u vezi sa obveznicama Republike Srbije emitovanim po osnovu devizne štednje.

Ovakav stav je u skladu sa osveštenim principom međunarodnog prava prema kome stranci ne mogu imati povoljniji položaj i veća prava od državljana⁹, jer stranci u predmetnom slučaju nisu poreski obveznici u Republici Srbiji i sa druge strane, izvor isplata po ugovorima o deviznim depozitima građana kod Dafiment banke je porez obezbeđen uplatama od strane građana Republici Srbiji.

Ipak, treba biti oprezan kod izvođenja ovakvih zaključaka, zbog čega je državni zastupnik, u tekućim slučajevima pred Sudom, osporivši navode iz pojedinih predstavlki u vezi sa ovim pitanjima, istovremeno ukazao nadležnim organima na potrebu izmene navedenih propisa, što bi mogla da bude obaveza za Srbiju, u vidu generalne mere, u postupku izvršenja presuda Evropskog suda, u slučaju da on ustanovi da ove odredbe zaista imaju diskriminatorski karakter tj. da se njima povređuje član 14 Konvencije.

IV IMUNITET DRŽAVE I NJENIH PREDSTAVNIKA

Princip međunarodnog prava *par in parem non habet iurisdictionem* svoju primenu pred Evropskim sudom za ljudska prava našao je u slučaju *Al-Adsani protiv Ujedinjenog Kraljevstva*.

Naime, u ovom slučaju podnosilac predstavke je istovremeno britanski i kuvajtski državljanin, koji je u vreme rata u Golfskom zalivu služio u Ratnom vazduhoplovstvu Kuvajta. Boraveći u Kuvajtu, došao je u posed video traka sa seksualnim sadržajem na kojima se pojavljivao, rođak kuvajtskog emira. Ove trake su postale dostupne javnosti, a šaik je za to okrivio podnosioca predstavke. Zbog toga je podnosilac prebijen, otet i protivpravno pritvoren, nakon čega je bio izložen torturi. Podnosilac je naknadno pušten, ali je morao da provede šest nedelja u bolnici u Engleskoj, gde je lečen od opekotina koje su prekrivale 25% njegovog tela. Pored toga, kod njega je ustanovljen i ozbiljan post-traumatski poremećaj.

Zbog svega toga podnosilac predstavke je avgusta 1992. godine pokrenuo građanski postupak u Engleskoj zahtevajući naknadu štete od kuvajtske vlade. Na zahtev engleskog Višeg suda postupak je prekinut, jer britanski zakon iz 1978. godine suverenim državama pruža imunitet za dela počinjena na teritoriji van nadležnosti Ujedinjenog Kraljevstva.

⁹ Ovaj stav podržan je kako od strane nacionalne jurisprudencije (videti na primer presudu *Kolovrat et al. v. Oregon*, 366 U.S. 187 – *Certiorari to the Supreme Court of Oregon*, No. 102. Argued March 30, 1961, Decided May 1, 1961) tako i u teoriji (videti na primer, *Brownlie, I., Principles of Public International Law*, Fifth Edition, Oxford University Press, 1998, str. 538

Naime, navedeni zakon zasnovan je na gore pomenutom principu iz međunarodnog prava, pa je ovaj princip primenjen i od strane Evropskog suda za ljudska prava kome se kasnije podnosilac obratio ističući *inter alia* i povredu člana 6 stav 1 Konvencije, koja se odnosi na pristup sudu.

Evropski sud za ljudska prava smatrao je da pružanje imuniteta državi u građanskom postupku teži opravdanom cilju poštovanja međunarodnog prava i održavanja dobrih diplomatskih odnosa između država, zbog čega primena odredbi zakona iz 1978. godine u konkretnom slučaju nije predstavljala neopravdano ograničenje pristupa sudu podnosioca predstavke.

Ovaj princip Sud je primenio i u slučaju *McElhinney protiv Irske* u kome je irski sud prihvatio zahtev britanske vlade da se prekine postupak po zahtevu za naknadu štete protiv britanske vlade i *Fogarty protiv Ujedinjenog Kraljevstva* u kome se radilo o radnom sporu protiv SAD pred britanskim sudom, a u vezi sa zaposlenjem podnositeljke predstavke u američkoj ambasadi u Londonu.

U oba ova slučaja Evropski sud za ljudska prava smatrao je da je načelo imuniteta države primenljivo, tako da je bilo opravdano isključivanje razmatranja podnetih tužbi od strane domaćih sudova.

Ipak, treba reći da je Sud bio prilično podeljen prilikom donošenja navedenih presuda, jer opravdano se može postaviti pitanje da li navedeno načelo treba da ima prednost nad opštom zabranom mučenja koja ima karakter *ius cogensa*, kao i da li bi ovo načelo trebalo da podjednako važi u građanskim i krivičnim slučajevima.

Pored toga, u slučaju *Fogarty protiv Ujedinjenog Kraljevstva* može se postaviti isto ono pitanje koje važi i za slučaj *Cudak protiv Litvanije* u kome je podnositeljka predstavke, telefonistkinja zaposlena u poljskoj ambasadi u Litvaniji zaposlena kao lokalno osoblje, tvrdila da je seksualno uznemiravana od strane jednog diplomate, što je dovelo do njenog otpuštanja. Naime, ugovori o zaposlenju državljana države prijema u stranim ambasadama izuzeti su od principa imuniteta države, pa je bilo neopravdano pozivanje litvanskih sudova na ovaj princip kada su odbili da postupaju povodom njene tužbe sa pozivom na načelo imuniteta.¹⁰

Pitanje državnog imuniteta postavilo se na izvestan način i u slučaju *Marković protiv Italije*. Ovaj slučaj tiče se i Srbije, jer je proistekao kao posledica bombardovanja zgrade RTS i odbijanja italijanskih sudova da pruže pravnu zaštitu članovima porodice žrtava sa pozivom na doktrinu političkih akata tj. takvih akata koji ne podležu sudskoj nadležnosti. Naime, većinsko mišljenje Suda (presuda je

¹⁰ Inače, ovaj slučaj okončan je sklapanjem prijateljskog poravnjanja (dec. No. 15869/02 od 2. marta 2006. godine). Da nije bilo tako, podnositeljka predstavke bi verovatno bila uspešna. Videti komentar: Cafilisch L., *International Law and European Court of Human Rights, Dialogue between judges*, Strasbourg 2007, p. 36.

doneta sa 10:7 glasova da nije bilo povrede člana 6 u vezi sa pravom na pristup sudu) priklonilo se stavu da je odluka vezana za bombardovanje predstavljala akt u vođenju spoljne politike, a takvi akti ne podležu nadležnosti sudova, tj. priznalo je imunitet državi zbog prirode predmetnog dela.

Nasuprot tome, sedam sudija, koji su ostali, u manjini iznelo je kritički stav prema italijanskim vlastima, koje po njihovom mišljenju nisu uspeli da objasne razlog zbog koga su smatrali da se radilo o delu političke prirode, s obzirom da je predmetni postupak za naknadu štete imao osnov u italijanskom Građanskom zakoniku.

Čitavoj priči o državnom imunitetu valja dodati činjenicu da je Sud imunitet od sudske nadležnosti priznavao ne samo državama, već se u nekim situacijama radilo i o međunarodnim organizacijama (na primer, slučaj *Waite and Kennedy protiv Nemačke*).

V PRAVILO O ISCRPLJIVANJU UNUTRAŠNJIH PRAVNIH LEKOVA

1. Opšti pogled na ovo pravilo

Da bi se ostvarilo pravo na zaštitu pred nekom međunarodnom sudskom institucijom neophodno je prethodno iscrpeti sva pravna sredstva predviđena unutar jednog pravnog poretka tj. potrebno je iscrpeti sva unutrašnja pravna sredstva. Ovaj međunarodno pravni princip našao je svoju široku primenu i pred Evropskim sudom za ljudska prava, pa se kroz njega na najbolji mogući način ogleda veza i međusobni uticaj međunarodnog i nacionalnih pravnih sistema i obrnuto.

Naime tužena država pred Sudom će kad god je moguće pokrenuti pitanje iscrpljivanja unutrašnjih pravnih lekova, što, prema članu 35 Konvencije, predstavlja jedan od osnovnih uslova za dopuštenost predstavke. Međutim, ima situacija u kojima se ispljivanje unutrašnjih pravnih lekova neće postavljati kao neophodan uslov za dopuštenost predstavke. To su slučajevi vezani za povredu člana 6, stav 1 Konvencije, tj. povredu prava na suđenje u razumnom roku (*slučaj Mikulić protiv Hrvatske*), kao i slučajevi tzv. međudržavnih predstavki (član 33 Konvencije).

Teret dokazivanja da nisu iscrpljeni svi unutrašnji pravni lekovi uvek je na tuženoj državi, tako što će zastupnici te države pred Sudom ukazati tačno na pravne lekove koji nisu korišćeni, a mogli su da budu korišćeni u unutrašnjem pravnom poretku. Pri tom, bitno je da je reč o *dostupnim, delotvornim i dovoljnim pravnim sredstvima (available, effective and sufficient)*, i to ne samo u teoriji nego i u praksi. To znači da su ti pravni lekovi takvog karaktera da mogu da obezbede obeštećenje u vezi sa žalbama podnosioca predstavke, tj. da nude razumne izgleda na uspeh u postupku pred nadležnim domaćim organom. Zbog toga će

Sud tražiti od tužene države da pruži primere iz domaće sudske prakse u kojima su se navedeni pravni lekovi pokazali efikasnim.

Kada je reč o *dostupnosti* pravnog sredstva, podnosilac predstavke trebalo bi da ima pravo direktnog obraćanja nadležnom organu u zemlji. Na primer, u Italiji pravo direktnog obraćanja ne odnosi se na Ustavni sud, zbog čega Sud ovo pravno sredstvo nije tretirao kao dostupno pravno sredstvo koje bi podnosilac predstavke trebalo da iscrpi (*Immobiliare Saffi protiv Italije*).

Ukoliko podnosiocu predstavke nije priznato pravo na besplatnu pravnu pomoć u složenijim slučajevima ili slučajevima u kojima nije obavezna odbrana, nemogućnost korišćenja pravnog sredstva, zavisno od materijalnih mogućnosti podnosioca predstavke, može uticati na proglašavanje takvog pravnog sredstva nedostupnim (*Airey protiv Irske*).

Dostupnost pravnog sredstva Sud ceni u zavisnosti od okolnosti slučaja. Tako, na primer, u slučaju *Conka protiv Belgije* Sud je uzeo u obzir da su podnosioci predstavke obavješteni o mogućnosti upotrebe pravnog sredstva tek u policijskoj stanici, na jeziku koji nisu razumeli, kao i da su vlasti propustile da podnosiocima predstavke blagovremeno upoznaju sa pravom na branioca, pa je na osnovu tih i još nekih okolnosti konstatovao da im pravno sredstvo nije bilo dostupno. Stoga nije bilo neophodno ispunjavanje uslova iscrpljivanja svih domaćih pravnih lekova.

Da bi pravno sredstvo bilo *delotvorno i dovoljno*, ono mora biti takvo da obezbedi naknadu podnosiocu predstavke u vezi sa navodnim kršenjem Konvencije. To važi podjednako kako za sudska, tako i za administrativna pravna sredstva. Zbog toga puka mogućnost da se ponovo razmotri slučaj pred nadležnim domaćim organom ne može se smatrati dovoljnim pravnim sredstvom. Ukoliko nadležni domaći organi imaju samo diskreciono pravo da pruže naknadu (slučaj *Buckley protiv Ujedinjenog Kraljevstva*), ili nemaju ovlašćenje da donose obavezujuće odluke (slučaj *Devlin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*), tužena država ne može sa uspehom isticati da podnosilac predstavke nije iscrpeo sva pravna sredstva predviđena domaćim pravom.

Sa druge strane, nije dovoljno samo verovanje podnosioca predstavke da obraćanje nadležnom organu u državi respondentu ne predstavlja delotvorno pravno sredstvo ako nije preduzeta konkretna akcija, o čemu se Sud izjasnio u slučaju *Mogos i Krifka protiv Nemačke* (proterivanje iz Nemačke lica bez državljanstva rumunskog porekla).

2. Primena pravila o iscrpljivanju unutrašnjih pravnih sredstava u vezi sa suđenjem u razumnom roku

Delotvornost pravnih sredstava posebno se procenjuje u **slučajevima predugog trajanja postupaka** pred domaćim organima. U suštini, reč je o obezbeđivanju

poštovanja prava na suđenje u razumnom roku garantovano članom 6, stav 1 Konvencije.

VI UPOREDNO PRAVNA ISKUSTVA

Mnoge države suočene sa tim problemima preduzimale su konkretne akcije u cilju njihovog prevazilaženja. Na primer, u Italiji u kojoj je to bio učestao problem donet je poseban zakon (tzv. *Pinto zakon*) u cilju ubrzanja postupaka pred nadležnim domaćim organima, dok je u Poljskoj nakon slučaja *Kudla*, takođe posebnim zakonom predviđeno da viši sudovi mogu narediti nižim sudovima da ubrzaju postupke, kao i dosuditi naknadu zbog dugog trajanja postupka čija visina može biti i 2.250 evra.

U cilju rešavanja problema u vezi sa suđenjem u razumnom roku, Slovenija je krenula na sklapanje vansudskih poravnanja sa oštećenima, ali i u zapošljavanje novih sudija radi smanjenja broja zaostalih predmeta. Projekat, koji sadrži i druge mere na zakonodavnom planu, koji bi trebalo da dovede do ukidanja zaostataka u sudovima do kraja 2010. godine dobio je naziv – projekat Lukenda, po pilot-presudi u slučaju *Lukenda* donetoj protiv Slovenije. U aprilu 2006. godine i Slovenija je donela poseban zakon koji ima cilj da obezbedi zaštitu prava na suđenje u razumnom roku u parničnom, vanparničnom i krivičnom postupku. Ovim zakonom predviđena su tri sredstva u cilju obezbeđivanja ovog prava: žalba nadzornom organu sa predlogom da se ubrza postupak, predlog za utvrđivanje krajnjeg roka i tužba za pravično zadovoljenje. Novčana naknada koja se dodeljuje za povredu prava na suđenje u razumnom roku kreće se između 300 i 5.000 evra.

Isto tako, u slučaju *Buchholz*, Sud je pozitivno ocenio zakonodavne, organizacione i budžetske mere koje je preduzela Vlada Nemačke u cilju eliminisanja zaostataka u predmetima iz radnih odnosa. S obzirom na to da su se ove mere pokazale kao veoma uspešne u vezi sa ubrazavanjem radnih sporova pred domaćim sudovima, Sud je našao da standard „razumnog roka“ nije bio prekršen u navedenom slučaju.

U Republici Hrvatskoj ovim problemom ozbiljnije su se pozabavili nakon gubitka parnice u predmetu *Horvat protiv Hrvatske* pred Sudom. Naime, u tom slučaju Sud nije prihvatio argumente hrvatske vlade da nisu iscrpljena sva pravna sredstva predviđena pravom Hrvatske, jer se podnosilac nije obratio Ustavnom sudu Hrvatske. Naprotiv, Sud je smatrao da mehanizam pred Ustavnim sudom Hrvatske podnosiocu nije bio dostupan kao pravo, već je zavisio od diskrecione ocene samog suda. Pored toga, taj mehanizam, po oceni Suda, nije bio ni delotvoran, jer hrvatska vlada nije iznela nijedan primer iz sudske prakse toga suda u kome bi se sagledala uspešnost obraćanja ovoj sudskoj instanci.

Tokom marta 2002. godine, članom 63 Zakona o izmenama i dopunama Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske, izvršene su izmene tako što je Ustavnom sudu Hrvatske dato pravo da razmotri ustavnu žalbu pre nego što su iscrpljeni unutrašnji pravni lekovi, kada nadležni sud nije odlučio u

razumnom roku u građanskoj i krivičnoj stvari. U slučaju da usvoji žalbu, Ustavni sud ima pravo da odredi vremenski limit u kome je niži sud u obavezi da donese odluku u meritumu, a takođe može odrediti odgovarajuću naknadu zbog dugog trajanja postupka, koja se u roku od tri meseca od kada je stranka podnela zahtev za plaćanje ove naknade isplaćuje iz budžetskih sredstava.

Već u narednom slučaju (*Slaviček protiv Hrvatske*) Sud je konstatovao da obraćanje Ustavnom sudu Republike Hrvatske predstavlja delotvorno pravno sredstvo, pa pošto podnosilac nije koristio ovo pravno sredstvo, Sud je ustanovio da njegova predstavka nije prihvatljiva, jer nisu iscrpljena sva pravna sredstva predviđena domaćim pravom.

Sa druge strane, mehanizam pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske odnosi se samo na slučajeve koji su u toku, tako da u onim predmetima koji su bili završeni pre stupanja na snagu navedenih izmena, prigovor hrvatske vlade o neiscrpljivanju pravnih sredstava domaćeg prava Sud nije prihvatio (*Šoć protiv Hrvatske*).

U Republici Hrvatskoj u decembru 2005. godine donesen je novi Zakon o sudovima, koji ima poseban odeljak koji reguliše pravo na suđenje u razumnom roku (treći odeljak Zakona pod naslovom „Zaštita prava na suđenje u razumnom roku“). Navedenim rešenjem, odlučivanje o suđenju u razumnom roku prepušteno je redovnim sudovima, ali posle odluke Vrhovnog suda Hrvatske moguće je podneti ustavnu tužbu Ustavnom sudu Hrvatske. Sistem ustanovljen pomenutim zakonom je preventivno-kompenzatornog karaktera, a praksa Evropskog suda za ljudska prava pokazaće koliko je ovaj sistem efikasan, te da li je možda prethodni sistem bio bolji.

U principu, u uporednom pravu može se govoriti o tri sistema za regulisanje pitanja prava na suđenje u razumnom roku. Prvi sistem mogao bi se nazvati **preventivni sistem**. Njegova suština svodi se na postojanje pravnog sredstva kojim se može ubrzati postupak. **Kompenzatorni sistem** akcenat stavlja na isplatu naknade zbog dugog trajanja postupka. Međutim, postoje sistemi u kojima se kombinuju oba pristupa (**kombinovani sistem**). To znači da je, pored predviđanja sredstva za ubrzanje postupka u državama koje imaju ovakav sistem, predviđena i mogućnost isplate naknade zbog dugog trajanja postupka. Austrija i Portugal su predstavnici prvog sistema, Francuska i Italija imaju kompenzatorni sistem, dok kombinaciju oba pristupa imaju Španija, Hrvatska, Češka, Slovačka i Poljska.

VII ISKUSTVA REPUBLIKE SRBIJE

Po Ustavnoj povelji i Zakonu o Sudu Srbije i Crne Gore, Sud Srbije i Crne Gore bio je nadležan da odlučuje o žalbama građana kada im institucija Srbije i Crne Gore, ili država članica, ugrozi prava i slobode garantovane Ustavnom poveljom, ako nije predviđen drugi postupak pravne zaštite (član 46 Ustavne povelje; član 62

Zakona o Sudu Srbije i Crne Gore). Iako je ovaj sud kao najviša instanca u SCG bio nadležan da rešava u svim slučajevima povrede ljudskih prava zagarantovanih Ustavnom poveljom i Poveljom o ljudskim i manjinskim pravima, kao i međunarodnim ugovorima koji obavezuju SCG, on za vreme svog kratkog postojanja nije doneo nijednu odluku po navedenim članovima.

U prvim predstavkama podnetim u to vreme protiv SCG može se naći i formulacija da su se podnosioci predstavke ovom Sudu obratili *ex abundanti cautela*, međutim, ovo pitanje Sud je razrešio već u prvoj presudi donetoj u odnosu na Republiku Srbiju (*Matijašević*). Iako se *ratio decidendi* ove presude odnosi na povredu pretpostavke nevinosti (član 6, stav 2 Konvencije), za priču o delotvornosti pravnih sredstava mnogo je značajniji *obiter dicta* ove presude. Naime, zaključci do kojih je Sud došao u vezi sa prihvatljivošću predstavke u paragrafima od 34 do 36 presude imaju dalekosežan značaj i na sve druge slučajeve protiv Republike Srbije pred Evropskim sudom. Evropski sud je jasno ukazao da je „žalba građana“ Sudu SCG nedelotvorno, pa čak i nedostupno pravno sredstvo, koje nije neophodno iscrpeti da bi se građani, koji žele da tuže Republiku Srbiju, mogli obratiti Evropskom sudu. Zbog toga u svim onim slučajevima u kojima je zastupnik istakao ovaj prigovor, jasno je da on neće biti prihvaćen, a u budućim slučajevima on se i ne može isticati, pogotovo što je nakon raspada Državne zajednice SCG ovaj Sud prestao da postoji, kako se i konstatuje u stavu 36 navedene presude.

Sem toga, veoma je važno da se u pravnom sistemu Republike Srbije predvidi pravno sredstvo koje će biti izvesno ne samo u teoriji nego i u praksi. Dok to ne bude slučaj, prigovor o neiscrpljivanju pravnih sredstava predviđenih pravom Republike Srbije zastupnik neće moći sa uspehom da ističe pred Sudom. Ovo važi utoliko pre što su postupci po „žalbama građana“ pred Sudom SCG obustavljeni i ti predmeti nisu preneti u nadležnost nijednog organa u Republici Srbiji, a sudbina pravnog sredstva iz člana 9, stav 2 Povelje o ljudskim i manjinskim pravima i građanskim slobodama Državne zajednice SCG krajnje je neizvesna. Inače, novi Ustav u članu 170 predviđa ustavnu žalbu, ali ovo sredstvo će moći da se upotrebi tek kada Ustavni sud postane operativan.

Praksa ustavnog sudstva u Republici Srbiji postoji još od 1963. godine. Međutim, Srbija je došla u situaciju da faktički nema Ustavni sud u dužem vremenskom periodu, što se svakako negativno odrazilo na pitanje zaštite ljudskih prava i sloboda, među kojima je i pravo na suđenje u razumnom roku garantovano i članom 32 Ustava. U novembru 2007. godine najzad je usvojen Zakon o Ustavnom sudu.

U članu 82 stav 2 Zakona o Ustavnom sudu predviđeno da se ustavna žalba regulisana članom 170 Ustava može izjaviti i «ako nisu iscrpljena pravna sredstva, u slučaju kada je podnosiocu žalbe povređeno pravo na suđenje u razumnom roku.» U članu 89 stav 3 navedenog zakona predviđeno je da u slučaju da se usvoji ustavna žalba to predstavlja «pravni osnov za podnošenje zahteva za

naknadu štete ili otklanjanje drugih štetnih posledica pred nadležnim organom, u skladu sa zakonom.»

Čini nam se da ni ovo rešenje neće biti delotvorno sa stanovišta rešavanja problema suđenja u razumnom roku, jer ne predviđa rok u kome bi nadležni organ preduzeo određenu akciju (preventivni aspekt), dok pitanje kompenzacije zbog dužine trajanja postupka prepušta novom postupku, za koji će biti veoma teško uveriti Sud da će biti efikasniji od postupka koji je i doveo do postupka pred Evropskim sudom za ljudska prava.

Izvesna korekcija gore navedene odredbe ustanovljena je odredbom iz člana 90 Zakona, prema kojoj na osnovu odluke Ustavnog suda iz člana 89 stav 3 podnosilac može da podnese zahtev za naknadu štete Komisiji za naknadu štete, radi postizanja sporazuma o visini naknade. U slučaju da zahtev za naknadu štete ne bude usvojen ili po njemu Komisija ne donese odluku u roku od 30 dana od dana podnošenja zahteva, podnosilac ustavne žalbe može kod nadležnog suda podneti tužbu za naknadu štete. Ako je postignut sporazum samo u pogledu dela zahteva, tužba se može podneti u pogledu ostatka zahteva. Dakle, opet se sve svodi na vođenje novog sudskog spora.

Nedostatak navedenih rešenja u vezi sa rešavanjem problema suđenja u razumnom roku mogao bi da bude i taj što nije predviđen nikakav rok u kome bi Ustavni sud odlučio o zahtevu. Ovo se delimično može pravdati time da se radi o specifičnom organu, koji u procesu zaštite ustavnosti i zakonitosti brine i o važnosti predmeta u političkom ili nekom drugom smislu. Zbog toga je na Ustavnom sudu da odredi prioritet u postupanju, a da u određenim situacijama grupiše predmete u kojima se postavlja isto pitanje, kako bi ostvario sveobuhvatno viđenje predmeta.¹¹

Zbog toga, prepustimo Ustavnom sudu, da kada ustanovi svoju praksu, da ovo pitanje rešava kroz svoje odluke.

Do sada, Sud je već u drugoj presudi donetoj protiv Srbije, u slučaju *V. A. M.* uočio ovaj problem, pa je nadležnim organima u Republici Srbiji dao savet u kom bi pravcu trebalo delovati, u cilju obezbeđivanja poštovanja prava na suđenje u razumnom roku (najveći broj predstavki protiv Srbije odnosi se na navodnu povredu ovog prava), na sledeći način:

„Ako je pravosudni sistem manjkav u pogledu zahteva za razumni rok iz člana 6, stav 1 Konvencije, najdelotvornije rešenje je pravni lek čiji je cilj ubrzanje postupka, kako bi se sprečilo da taj postupak postane prekomerno dug. Takav pravni lek ima nespornu prednost nad pravnim lekom koji pruža samo kompenzaciju, budući da on

¹¹ Ovo je Evropski sud za ljudska prava izričito priznao Ustavnom sudu Hrvatske u vezi sa predmetima kod kojih se radilo o ostvarivanju prava na penziju oficira JNA. Videti odluku Suda u slučaju *Janković v. Croatia*, no. 43440/98 od 12. oktobra 2000. godine.

istovremeno sprečava i zaključak o sukcesivnim povredama u vezi sa istim postupkom i ne popravlja samo štetu nanetu kršenjem prava a posteriori, kako to čini kompenzatorni pravni lek. Neke države su u potpunosti shvatile situaciju što se ogleda u tome da su izabrale da kombinuju dva tipa pravnih lekova, jedan koji je smišljen radi ubrzanja postupka, i drugi koji je smišljen radi obezbeđivanja nadoknade.¹²

VIII SPECIFIČNE SITUACIJE U VEZI SA PRAVILOM O ISCRPLJIVANJU UNUTRAŠNJIH PRAVNIH LEKOVA

Posebno složeno pitanje u vezi sa iscrpljivanjem domaćih pravnih lekova i njihove efikasnosti tiče se slučajeva u kojima država kontroliše određenu teritoriju samo de facto, ali ne i de iure. Ovo pitanje postalo je aktuelno povodom međudržavne predstavke Kipra protiv Turske, a u vezi sa nepriznatom „Turskom Republikom Severni Kipar“. Povodom ovog slučaja većina članova sudskog veća smatrala je da se pitanje priznavanja država treba odvojeno posmatrati od pitanja efikasnog pravnog sredstva. Prema tome, Sud nije prihvatio tvrdnju kiparske vlade da žrtve u konkretnom slučaju nisu bile u obavezi da iscrpe pravna sredstva predviđena u pravnom sistemu „Turske Republike Severni Kipar“. Naprotiv, pravilo o iscrpljivanju domaćih pravnih lekova važi i za teritoriju „Turske Republike Severni Kipar“ osim ako se ne dokaže nedostupnost ili neefikasnost pravnih sredstava u ovom entitetu. Dakle, Sud je u navedenom slučaju dao prevagu potrebi zaštite interesa lokalnog stanovništva odvojivši ga od pitanja priznanja tog entiteta.

Svakako, ova dilema može da postoji i u odnosu na teritoriju Kosova i Metohije o čemu je bilo reči u delu o međudržavnim predstavkama.

Sud će **ukazati** tuženoj državi **na nekonzistentnost njenih navoda** u postupku pred domaćim organima sa navodima o neiscrpljivanju unutrašnjih pravnih lekova u postupku pred Evropskim sudom. Primer za to je slučaj Kolompar protiv Belgije, kada je belgijska vlada istakla prigovor neiscrpljivanja unutrašnjih lekova, iako je u postupku u Belgiji negirana nadležnost belgijskih sudova uopšte.

Sa druge strane, Veliko veće u slučaju Azinas protiv Kipra ustanovilo je da nisu iscrpljeni unutrašnji pravni lekovi, jer je podnosilac predstavke propustio da se pozove na član 1 Protokola 1 koji je neposredno primenjiv u kiparskom pravnom sistemu, s obzirom na to da je Konvencija sastavni deo unutrašnjeg pravnog poretka Republike Kipar.

¹² V. A. M. v. Serbia, br. 39177/05, presuda od 13. marta 2007. godine, stav 153.

Isto tako, neće se smatrati da su iscrpljeni pravni lekovi iz unutrašnjeg prava ako podnosilac predstavke nije poštovao rokove i druga procesna pravila predviđena unutrašnjim pravom. Sud je, na primer, ustanovio da nisu iscrpljeni unutrašnji pravni lekovi u slučaju Barbera, Messegue i Jabardo protiv Španije, jer su podnosioci u postupku pred domaćim organima propustili da iznesu tvrdnju o neprijateljskom stavu sudije prema njima i nekim svedocima.

Pored slučajeva dugotrajnih postupaka pred domaćim organima i međudržavnih predstavki spomenutih na početku, postoje i još neke situacije u kojima podnosioci predstavki mogu biti oslobođeni od obaveze iscrpljivanja domaćih pravnih lekova. Naravno, to se ne odnosi na slučajeve nepoznavanja Konvencije, na advokate koji loše zastupaju podnosioca i sl.

Tako, na primer, u slučaju Ocalan protiv Turske podnosilac je u stvari bio onemogućen da iscrpi domaće pravne lekove, jer je neprestano držan u izolaciji i nije imao prilike da se konsultuje sa svojim advokatom. Po oceni Suda, te okolnosti su ga oslobodile obaveze da iscrpi domaće pravne lekove.

Prema članu 35, stav 2b Konvencije, Sud ne postupa po pojedinačnoj predstavci podnetoj na osnovu člana 34 Konvencije koja je u suštini istovetna sa predstavkom koju je Sud već razmatrao. Važno je istaći da se ovaj uslov neće primenjivati na situacije kada u istom slučaju prvobitno nisu bili iscrpljeni pravni lekovi, pa se predstavka ponovo podnosi na osnovu istih činjenica.

IX UMETO ZAKLJUČKA

Ovom prilikom nabrojano je samo nekoliko primera u kojima je očigledan uticaj Konvencije na međunarodno pravo, kao i na nacionalne pravne sisteme, pa i pravni sistem Republike Srbije. Naravno, broj takvih primera je mnogo veći. Dovoljno je navesti presudu Evropskog suda za ljudska prava u slučaju *Jorgić protiv Nemačke*, u kojoj se Sud bavio pitanjem univerzalne sudske nadležnosti za krivično delo genocida, presude u kojima se Sud bavio pitanjem nesprovođenja pravosnažnog naloga prema Haškoj konvenciji o građanskim aspektima međunarodne otmice dece iz 1980. godine (na primer slučaj *Karadžić protiv Hrvatske*), koja obavezuje i Republiku Srbiju, ili pitanjem obavezujuće prirode privremenih mera u slučaju *Mamutkalov i Askarov protiv Turske* itd.

Stoga, pravo koje Sud primenjuje, iako bazirano na Konvenciji ne predstavlja neki zaseban sistem normi, već sastavni deo međunarodnog prava, ali istovremeno Konvencija se veoma oslanja na nacionalne pravne sisteme vršeći snažan uticaj na njih. Taj uticaj je u skladu sa Preporukom Komiteta ministara broj 6 od 12. maja 2004. godine državama članicama u vezi sa unapređivanjem domaćih pravnih

lekova, kao i sa praksom država da Konvenciju smatraju sastavnim delom unutrašnjeg prava.¹³

Veliki međunarodni pravnik Kunz, upotrebljavao je izraz „međunarodno pravo putem analogije“ da označi prirodu pravila koja uređuju odnose između država članica unutar federacije. Kada su u pitanju međunarodna ljudska prava, danas je moguće govoriti o „ustavnom pravu putem analogije,“ kako bi se objasnio uticaj koji Konvencija i praksa Suda imaju na nacionalne pravne sisteme. U tom pogledu Republika Srbija ne bi trebalo da bude izuzetak.

Zbog toga, Konvencija ima tu dvostruku misiju, da deluje u pravcu povezivanja međunarodnog prava i nacionalnih pravnih sistema, kao i u pravcu ujedinjavanja normi međunarodnog prava, što je suprotno tendenciji „fragementacije“ međunarodnog prava, o čemu govori i Komisija UN za međunarodno pravo.¹⁴

¹³ Član 16 stav 2 Ustava Republike Srbije propisuje da su opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni deo domaćeg pravnog poretka i neposredno se primenjuju, dok član 18 Ustava predviđa neposrednu primenu normi o ljudskim pravima zajamčenih opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima. Nažalost, u praksi srpskih sudova retko se srećemo sa direktnom primenom Konvencije.

¹⁴ Videti: Report of the International Law Commission, 58th Session, 1 May-9 June, 3 July-11 August 2006, United Nations, General Assembly, Official Records, 61st Session, Supplement no. 10 (A/61/10), pp. 419-43.

Slavoljub Carić, LL.D,

Agent of the Republic of Serbia
before the European Court of Human Rights

**THE SIGNIFICANCE OF THE EUROPEAN CONVENTION
ON HUMAN RIGHTS IN RESPECT TO THE INTERNATIONAL LAW**

Summary

The European Court of Human Rights has been applying the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter referred to as *the European Convention on Human Rights* or *the Convention*) and the additional Protocols as the basic source of law. The Convention itself is an international treaty; as such, pursuant to Article 38 paragraph 1a of the Articles of the Statute of the International Court of Justice, it is a source of international law. Thus, the Convention is subject to the rules of the international law on contracts and torts and, in particular, to the rules of the Vienna Convention on the Law on Treaties from 1969. This pertains to the rules on its entering into force, the rules on interpretation of contracts, reservations, denunciation, etc.

It is of particular significance to emphasize the link between *Pacta sunt servanda* rules of the international law and the substantive provisions of the Convention, for although the Convention does not contain an express rule that the states may not invoke the provisions of their internal laws as a justification for the failure to perform their obligations specified in the Convention, a comprehensive inclusion of the Convention in the domestic legal systems of the member states provides a strict observance of their contractual provisions.

On the other hand, although the European Court of Human Rights applies the general principles of international law on human rights' protection, there is no doubt that the Court, dealing with the most diverse issues related to the observance of human rights in the national legal systems, has significantly contributed to the development of the international law, for there is an increasing number of cases before the Court referring to very different international law issues such as succession, immunity of states and their representatives, international responsibility, etc.

This paper deals with the abovementioned issues. In the first part of the paper, however, the author points out to the character of inter-state applications prescribed in Article 33 of the Convention. It may be concluded from the paper that the system of human rights' protection is not a separate system of legal rules

but rather a comprehensive system of legal rules that are related both to the national legal systems and to the international law as well; they are the integral part of both national and international law.

Dr Vesna Knežević-Predić,
profesorka Fakulteta političkih nauka u Beogradu
Dr Zoran Radivojević,
profesor Pravnog fakulteta u Nišu

PRAVOSUDNA ZAŠTITA PRAVA POJEDINACA U EVROPSKOJ UNIJI

UDK: 341.645(4-672EU):341.231.14

Apstrakt

Iako ne pominju ljudska prava niti sadrže njihov katalog, osnivački ugovori Evropske unije predviđaju poseban mehanizam pravosudne zaštite prava pojedinaca. Za slučaj da ta prava povrede institucije Unije pojedinci imaju mogućnost podnošenja sledećih vrsta tužbi Sudu pravde: tužbe za poništaj, tužbe zbog propuštanja i tužbe za naknadu štete. Kako postupci po ovim tužbama otpočinju i u celini se odvijaju i okončavaju pred Sudom pravde, ovaj oblik pravosudne zaštite naziva se neposrednim ili direktnim mehanizmom. U slučaju kršenja prava pojedinaca od strane država članica individualnim subjektima stoje na raspolaganu samo nacionalni pravosudni organi, a njima, posredstvom postupka pribavljanja odluke o prethodnom pitanju, Sud pravde Evropske unije. Ovaj oblik pravosudne zaštite prava pojedinaca naziva se posrednim ili indirektnim mehanizmom, budući da postupak započinje i završava se pred nacionalnim sudom, dok se obraćanje Sudu pravde radi pribavljanja odluke o prethodnom pitanju pojavljuje samo kao poseban stadijum ili međufaza u tom postupku.

Ključne reči: pravosudna zaštita, Sud pravde, prava pojedinaca, individualni subjekti, direktne tužbe, odluka o prethodnom pitanju, direktni i indirektni mehanizam.

I UVOD

Pre tačno šezdeset godina, prvih dana maja te po mnogo čemu značajne 1948. godine, okupili su se u prestonici Holandije predstavnici brojnih i šarenolikih evropskih pokreta okupljeni u Međunarodnom komitetu pokreta za Evropsku uniju da u svetlu dva centralna problema sa kojima je posleratna Evropa suočena – očuvanje mira i ekonomski oporavak – razmotre budućnost starog kontinenta.¹

¹ Kongres je održan od 7. do 10. maja. U njegovom radu su pored delegata 18 zapadnoevropskih evropskih država kao posmatrači učestvovali i delegati drugih država, uključujući i Jugoslaviju, Sjedinjene Američke Države, Kanadu Obilje činjenica o organizaciji i zaključcima Kongresa, kao i o daljoj institucionalizaciji odnosa saradnje i integracije u Evropi nudi sajt www.ena.lu. U našoj literaturi šire o tome: Z.Rajh, Problemi

USTAVNE I MEĐUNARODNE GARANCIJE LJUDSKIH PRAVA

Kongres Evrope ili Haški kongres, kako je ovo okupljanje nazvano, jasno je izrazio tada široko rasprostranjeno mišljenje, posebno u intelektualnim krugovima, da je ujedinjenje Evrope ne samo poželjno, već i moguće i nužno. Delegati su se složili da Evropa treba da ide u pravcu ekonomske integracije koja podrazumeva spajanje nacionalnih ekonomija, usvajanje jedinstvene valute i slobodno kretanje kapitala i rada. Zahtevala se i politička integracija, ali pre i iznad svega sazivanje Evropskog parlamenta koga bi činili predstavnici nacionalnih predstavničkih tela ili oni koje oni izaberu.

Haški je kongres pokazao i značajne razlike unutar zastupnika evropskog povezivanja. Jasno su se iskristalisala dva strateški različita koncepta. Prvi od njih, federalistički, zahtevao je stvaranje nezavisne evropske političke strukture, postavljene ne samo izvan već i iznad nacionalnih država. Stvaranje nezavisne političke vlasti prvi je korak u prevazilaženju nacionalnih ekonomskih i svih drugih barijera, smatrali su pobornici ovog koncepta. Federalnu strukturu uspostavila bi bilo Ustavotvorna skupština izabrana od strane evropskih naroda, bilo evropske države zaključivanjem Federalnog pakta.

Nasuprot federalističkoj, formirala se i takozvana unionistička koncepcija. Njeni su zastupnici predlagali ustanovljavanje i razvijanje saradnje putem multilateralnog sporazuma koji bi uredio zajedničko delovanje država potpisnica, ali bez zadiranja u njihovu suverenost. Za njih je ujedinjenje Evrope predstavljalo instrument osposobljavanja država članica da razreše unutrašnje ekonomske probleme, da se zaštite od spoljne vojne pretnje i da očuvaju tradicionalne zapadne političke slobode i institucije. Ukratko, ujedinjenje je način da se ojača pozicija evropskih država izgradnjom i jačanjem uzajamne solidarnosti.

U konačnom ishodu Haškog kongresa prevagnuli su, činilo se, unionisti. Naime, njegov glavni rezultat bilo je osnivanje Saveta Evrope 1949. godine, koji i po oblasti delovanja i po ovlašćenjima i strukturi predstavlja tipičnu, deliberativnu međunarodnu organizaciju. U njegovim okvirima biće, međutim, već naredne godine usvajanjem u Rimu Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda začel dosada najsavršeniji mehanizam kontrole državnog suvereniteta, bar kada je o odnosu države i lica pod njenom vlašću reč. Kažemo začel, budući da je ta grandiozna tvorevina otdada svoj geografski domen proširila hiljadama kilometara izvan skromnih granica u kojima je nastala, a interpolaciju u odnos suveren – individualni subjekt usavršila do stepena koji su njeni tvorci mogli samo poželeti.

ujedinjenja Evrope - utopije i ostvarenja, Beograd,1955; V.Knežević-Predić, Oglad o suverenosti: suverenost i Evropska unija, Beograd, 2001, str. 87-102; Z.Radivojević, V.Knežević-Predić, Institucije Evropske unije, Niš, 2008, str.10-11.

Te iste, 1950. godine, otpočeo je jedan drugi, podjednako, ako ne i grandiozniji, projekt koji je evropskim federalistima vratio nadu i ulio novu veru. Na osnovu, za ono doba revolucionarne, ideje francuskog ministra inostranih poslova Roberta Šumana započeli su pregovori o osnivanju Evropske zajednice za uglj i čelik, prve međunarodne organizacije koja će poneti epitet supranacionalne, nadržavne ili nadnacionalne institucije. Evropsku zajednicu za uglj i čelik (EZUČ) su krasile odlike koje se nisu često sretale ili se nisu uopšte sretale kod drugih međunarodnih organizacija. U njenoj institucionalnoj strukturi nalazio se organ koji su sačinjavala nepristrasna lica, nezavisna u odnosu na države, ali dužna da deluju u interesu organizacije. Taj organ bila je Visoka vlast EZUČ ovlašćena i dužna da donosi obavezujuće odluke. Kad je u pitanju Savet ministara kao organ u kome države jesu predstavljene, njegov način odlučivanja i priroda odluka bili su više nego neuobičajeni za ono vreme. Obavezujuće odluke Savet je donosio sledeći kako načelo suverene jednakosti (jedna država - jedan glas), tako i načelo ponderisanja glasova po kome države raspolažu unapred određenom i različitom glasačkom snagom. Tako usvojene odluke Saveta ministara, kao i odluke Visoke vlasti, nisu obavezivale samo države članice, već i individualne subjekte (fizička i pravna lica) tradicionalno podvrgnute isključivo nacionalnom pravu.

Konačno, i po našem mišljenju najznačajnije dostignuće, jeste obavezno pravosudno rešavanje sporova iz domena oblasti delovanja organizacije, što je bilo i do danas ostalo unikum Evropskih zajednica. Nadležnost Suda pravde EZUČ bila je obavezna, a presude ne samo obavezne, već i konačne² za sve subjekte, počevši od država članica, preko same organizacije, sve do fizičkih i pravnih lica koja su „čak“ uživala i aktivnu legitimaciju pred ovim Sudom. Iako će ovaj nadržavni model organizovanja preuzeti i potom stvorene Evropska ekonomska zajednica, danas Evropska zajednica (EZ) i Evropska zajednica za atomsku energiju (EVROATOM), ta dimenzija evropskih integracija – pojedinac i njegova pravosudna zaštita – neće probuditi posebnu pažnju. To je i razumljivo budući da su sve tri Evropske zajednice delovale isključivo u ekonomskoj oblasti i nisu zadirale u «zonu» političkih i građanskih prava. Njihovi osnivački ugovori, izuzimajući retke primere kao što je, recimo, zabrana diskriminacije proizvođača i potrošača, ne pominju ljudska prava niti nude koliko-toliko određen katalog ljudskih prava.

Međutim, za slučaj da institucije Zajednice „nasrnu“ na ta prava pojedinaca osnivački ugovori su propisali mehanizam pravosudne zaštite. Njega čine sledeći postupci: tužba za poništaj, tužba zbog propuštanja i tužba za naknadu štete³.

² Šire o pravnoj prirodi Evropskih zajednica videti: V.Knežević-Predić, Međunarodnopravni subjektivitet Evropske unije, Revija za evropsko pravo, 1999, br.1, str.73-91.

³ Više o tome: Z.Radivojević, Direktne tužbe pred Sudom pravde Evropskih zajednica, Zbornik "Pristup pravosuđu - instrumenti za implementaciju evropskih standarda u pravni sistem Republike Srbije", Pravni fakultet, Niš, 2007, str.3-16.

Kako je reč o postupcima koji otpočinju i u celini se odvijaju i okončavaju pred Sudom pravde EZ ovaj oblik pravosudne zaštite naziva se i neposrednim ili direktnim mehanizmom.

Kada je reč o kršenju prava pojedinaca od strane države, tu stvari, makar na prvi pogled, izgledaju nešto drugačije. Individualnim subjektima na raspolaganju stoje samo nacionalni pravosudni organi, a njima, posredstvom postupka pribavljanja odluke o prethodnom pitanju, Sud pravde Evropskih zajednica.⁴ Ovaj oblik pravosudne zaštite pojedinaca, u kome se inače mogu pokrenuti i pitanja odgovornosti institucija, naziva se posrednim ili indirektnim mehanizmom, budući da postupak otpočinje i završava se pred nacionalnim sudom. Uz to, valja imati na umu da je postupak pred nacionalnim sudovima regulisan pravom država članica, a ne komunitarnim pravom.

II TUŽBA ZA PONIŠTAJ

Tužba za poništaj predstavlja osnovni način i sredstvo u vršenju kontrole zakonitosti akata koje donose organi Zajednica. Predmet tužbe za poništaj mogu biti akti poimenično navedeni u osnivačkim ugovorima. Ovaj spisak Sud je u praksi proširio vršeći kontrolu zakonitosti nekih akata koji nisu izričito pomenuti, ali ipak nije dopustio da predmet osporavanja bude svaki akt koji donese institucija Zajednica. Prema slovu osnivačkih ugovora⁵, kontroli zakonitosti podležu akti koje zajednički usvajaju Evropski parlament i Savet, akti Saveta, Komisije i Evropske centralne banke. Reč je o pravno obavezujućim aktima koje pomenute institucije usvajaju u obliku uredbi, direktiva ili odluka. Iz kontrole su izričito izuzeti akti koji imaju karakter preporuke i mišljenja.

Akti Evropskog parlamenta mogu biti predmet ocene zakonitosti pod uslovom da proizvode pravna dejstva u odnosu na treća lica. Mogućnost kontrole akata Parlamenta u prvo vreme nije bila predviđena osnivačkim ugovorima, već je

⁴ Ugovori o osnivanju Evropskih zajednica i Evropske unije koriste jednostavno termin *Court – Sud*. Na zvaničnom sajtu ovog organa, kao i u njegovim odlukama i presudama koristi se termin Sud pravde Evropskih zajednica (*Court of Justice of European Communities*). Kolokvijalno se često koristi i termin Sud pravde Evropske unije (*Court of Justice of European Union*) Više o Sudu pravde: Z.Radivojević-V.Knežević-Predić, Institucije Evropske unije, Niš, 2008, str.139-216. Ugovor iz Lisabona opredeljuje se za naziv Sud pravde Evropske unije. Cf. Treaty of Lisabon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisabon, 13 December 2007, Official Journal C 306 of 17 December 2007.

⁵ Član 230 (raniji čl.173) Ugovora o EZ i čl.146 Ugovora o EVROATOM-u. Predmet ove tužbe mogu biti i odluke Saveta guverenera i Odbora direktora Evropske investicione banke u skladu sa odredbom čl.237 (raniji čl.180) Ugovora o EZ.

uvedena tek sa Ugovorom iz Mاستrihta.⁶ Time je samo ozakonjena postojeća praksa Suda pravde da se tužba za poništaj može podneti protiv akata Parlamenta koji teže da proizvedu pravna dejstva prema trećim licima.⁷

U krug akata koji podležu kontroli zakonitosti Sud je uključio i druge akte čija je namena da proizvedu pravne posledice po prava i obaveze drugih subjekata komunitarnog prava, uključujući i pojedince. U tom pogledu od odlučujućeg značaja su sadržina i predmet određenog pravnog akta, a ne njegov naziv i forma. Tako je Sud dopustio da se tužba za poništaj podnese protiv rezolucije i kodeksa ponašanja koje je usvojio Savet.⁸ Isto važi za instrukciju koju je izdala Komisija ili njeno saopštenje kojim se navodno tumači sadržaj direktive, a zapravo nameću nove obaveze.⁹ Čak i obično pismo, kao i izjava člana Komisije koji su usmereni na stvaranje pravnog dejstva mogu biti predmet tužbe za poništaj.¹⁰

S druge strane, Sud je nastojao da odredi krajnju granicu do koje se može ići u osporavanju pravno obavezujućih akata. Tužbom za poništaj mogu se pobijati samo akti institucija Zajednica, ali ne i akti koje zajednički donose države članice izvan domena komunitarne nadležnosti.¹¹ Isto tako predmet tužbe ne mogu biti

⁶ Prvobitni tekst čl.173 Ugovora o EZ predviđao je da se tužba za poništaj može podneti samo protiv akata Saveta i Komisije. U ovom članu nisu pomenuti akti Evropskog parlamenta, verovatno zato što on prema Rimskom ugovoru nije mogao da usvaja obavezujuće odluke. Ugovorom iz Mاستrihta izmenjen je ovaj član, tako da se u novom tekstu izričito pominju akti Evropskog parlamenta, ali i akti Evropske centralne banke.

⁷ U slučaju 294/83 (Partie écologiste "Les Verts" v. European Parliament, European Court Reports - dalje: ECR - 1986, p.1339) Sud je poništio odluku Evropskog parlamenta na osnovu čl.173 (sadašnji čl.230) koji je aktima podložnim oceni zakonitosti smatrao samo akte Saveta i Komisije, razvijajući pritom posebnu strategiju da bi pod ovu jasnu i nedvosmisleni formulu podveo i odluku Parlamenta. Njena ishodišna tačka bila je potvrda principa vladavine prava kao osnovnog načela Zajednice koji zahteva da se proceduri utvrđivanja zakonitosti akata podvrgnu kako akti država članica, tako i akti institucija EEZ. Bilo bi, zaključio je Sud, surotno duhu i sistemu ugovora ako bi akti Parlamenta ostali izvan domašaja postupka utvrđivanja zakonitosti. Zato je Sud presudio da čl.173 obuhvata i akte Parlamenta koji proizvode pravno dejstvo prema trećim licima.

⁸ Slučajevi 22/70 (ERTA, Commission v. Council, ECR, 1971, p.261) i C-303/90 (France v. Commission, ECR, I, 1991, p.5340).

⁹ Slučajevi C-366/88 (France v. Commission, ECR, I, 1990, p.3595) i C-325/91 (France v. Commission, ECR, I, 1993, p.3283).

¹⁰ U slučaju T-3/39 (Air France v. Commission, ECR, II, 1994, p.121) Prvostepeni sud je utvrdio da izjava portparola evropskog komesara za konkurenciju u kojoj je ocenio da jedan slučaj koncentracije preduzeća ne ulazi u polje primene uredbe o koncentraciji, proizvodi ista pravna dejstva kao i odluka doneta na osnovu čl.6, stav 1 uredbe br.4064/89, te stoga može biti predmet tužbe za poništaj.

¹¹ Slučaj 22/70,ERTA, Commission v. Council, ECR, 1971, p.263.U doktrini se smatra da ovaj stav Suda predstavlja efikasnu branu koja sprečava države da van normi komunitarnog

USTAVNE I MEĐUNARODNE GARANCIJE LJUDSKIH PRAVA

programski akti koji ne stvaraju konkretna prava i obaveze i interne mere koje ne proizvode dejstvo izvan institucija.¹² Sud nije prihvatio ni podnošenje tužbe protiv pripremljenih akata koji nisu konačni, već predstavljaju samo etapu u postupku koji vodi kasnijem usvajanju odluke koja ima konačni karakter.¹³

Pravo na tužbu za poništaj (*locus standi*) ima širok krug subjekata komunitarnog prava. U tom pogledu razlikuju nekoliko kategorija tužioca¹⁴. Fizička i pravna lica spadaju u kategoriju tzv. nepriviligovanih ili običnih tužioca. Mogućnost ovih lica da se pojave kao tužioc logična je posledica ili rezultat ovlašćenja organa Zajednica da donose odluke koje ih neposredno obavezuju. Međutim, njihovo pravo na podnošenje tužbe za poništaj trpi najveća ograničenja.

Ona se pre svega ogledaju u pogledu vrste akata čiji se poništaj može zahtevati. Kako je to u osnivačkim ugovorima rečeno, tužba se može podneti protiv odluke koja je njima upućena, odluke koja je doneta u formi uredbe ili odluke koja je upućena nekom trećem licu.¹⁵ Krug akata koji se podrazumevaju pod pojmom "odluka" Sud je veoma široko tumačio. Prema njegovom shvatanju, ovaj pojam obuhvata praktično svaki akt organa Zajednice koji, kao izraz njihove volje, utiče na prava i obaveze fizičkih i pravnih lica. To znači da ova lica mogu pokrenuti

prava donose odluke, najčešće u vidu neimenovanih akata, koje su inače u nadležnosti Zajednice. U ovom smislu: Ph.Manin, *L'Union européenne: institutions - ordre juridique – contentieux*, Paris, 2005, p.420; D.Simon, *Le système juridique communautaire*, Paris, 1997, p.328; S.Zečević, *Evropska unija: institucije i pravo*, Beograd, 2001, str.222.

¹² Slučaj 20/58 (Phoenix Rheinrohr, ECR, 1959, p.163) i slučaj 9/79 (Schlüter, ECR, 1973, p.1161).

¹³ Tako je u slučaju 60/81 (IBM v. Commission, ECR, I, 1993, p.3283) Sud istakao da jedino mere u kojima je konačno utvrđen stav Komisije ili Saveta mogu biti predmet pobijanja, što isključuje privremene mere čiji je cilj da pripreme konačnu odluku. U tom smislu je neprihvatljiva tužba za poništenje odluke Komisije o otpočinjanju istrage ili saopštavanje optužbe preduzeću u oblasti prava konkurencije, jer predstavlja samo fazu u postupku usvajanja konačne odluke protiv koje je predviđeno pravo na tužbu.

¹⁴ U prvu kategoriju spadaju države članice, Savet, Komisija i Evropski parlament (čl.230, stavovi 1 i 2 Ugovora o EZ, izmenjen Ugovorom iz Nice). Ovo su, kako se obično kaže, povlašćeni ili privilegovani tužioc koji mogu zatražiti poništaj svake obavezne odluke, bez obzira o kojoj je vrsti odluke reč i ko je njen adresat. Smatra se da navedeni tužioc imaju opšti interes u odnosu na primenu komunitarnog prava, pa oni uvek poseduju pravo na tužbu bez obaveze da dokazuju svoj poseban pravni interes. Evropska centralna banka i Računovodstveni sud (stav 3 čl.230 Ugovora o EZ) spadaju u kategoriju poluprivilegovanih tužilaca. Pravo na tužbu ovih organa nešto je uže i odnosi se na one odluke drugih institucija koje zadiru u njihovu nadležnost. Nima je, dakle, pravo da budu tužioc pred Sudom priznato samo u cilju zaštite sopstvene nadležnosti. Više o tome: Z.Radivojević-V.Knežević-Predić, *Institucije Evropske unije*, Niš, 2008, str.160-161.

¹⁵ Stav 4 čl.230 Ugovora o EZ, izmenjen Ugovorom iz Nice.

postupak za poništavanje svakog komunitarnog akta, uključujući čak i pismo koje Komisija uputi nekom subjektu ako ono za njega proizvodi pravno dejstvo.¹⁶

Posebno ograničenje predstavlja uslov da na strani fizičkog i pravnog lica postoji opravdan interes za podnošenje tužbe. U slučaju kada se traži poništaj akta koji je upućen tužiocu pretpostavlja se da je ovaj uslov ispunjen. Ukoliko se, pak, tužba podnosi protiv akta čiji adresat nije tužilac, biće potrebno da se dokaže da ga akt neposredno i pojedinačno pogađa. Zahtev za neposrednim dejstvom Sud je tumačio tako da akt u pitanju mora da ima trenutno dejstvo po prava i obaveze tužioca, bez posredovanja ili intervencije organa države.¹⁷ U skladu sa tim smatra se da pojedinac nije neposredno pogođen komunitarnim aktom koji se ne primenjuje automatski, već je za njegovo sprovođenje potrebno da država donese posebne mere ili akte.¹⁸ Kad je reč o pojedinačnom dejstvu, Sud je zauzeo stav da tužilac mora dokazati da ga akt zbog određenih osobina koje ima ili činjeničnog stanja i porekla izdvaja u odnosu na svaku drugu osobu i samim tim deluje na njega na isti način kao i na adresata.¹⁹ Od tog restriktivnog tumačenja on je odstupio u slučajevima akata donetih u oblasti konkurencije, državne pomoći i antidampinga, dopuštajući da tužbu za poništaj podnesu fizička i pravna lica koja su samo učestvovala u određenom postupku.²⁰

Rok za podnošenje tužbe je dva meseca, a računa se, u zavisnosti od okolnosti, od objavljivanja akta, njegovog saopštavanja tužiocu ili od dana kada se on upoznao

¹⁶ Slučaj 8-11/66, Noordnrijks Cement Accord, ECR, 1967, p.75.

¹⁷ U ovom smislu: D.Simon, op.cit., p.348.

¹⁸ Slučaj 69/69, Aclan Aluminium, ECR, 1970, p.285. Sud, međutim, nije bio dosledan, pa je u nekim slučajevima priznao direktno dejstvo i onim merama Zajednice u vezi sa čijim su izvršenjem države članice donosile posebne mere, ali su se akti Zajednice primenjivali automatski (slučaj 113/77, NTN Tayo Bearing Co,Ltd. v. Council, ECR, 1979, p.185).

¹⁹ Slučaj 25/62, Plaumann, ECR, 1963, pp.95 i 107.

²⁰ Tako je preduzeću koje skreće pažnju Komisiji na povredu normi o konkurenciji u vezi sa čl.81 i 82 Ugovora o EZ bilo kasnije dozvoljeno da pokrene postupak protiv odluke Komisije o odobravanju izuzeća konkurentskom preduzeću (slučaj 26/76, Metro, ECR, 1977, p.1875). Isto tako, u okviru postupka kontrole državne pomoći, prihvaćena je tužba preduzeća, bez obzira što se odluka Komisije odnosila na države članice (slučaj 169/84, COFAZ, ECR, 1986, p.391). Međutim, u slučaju 50/00 (Union de Peljunos Agricultores v. Council, ECR, 2002, p.1526) Sud je istakao da preduzeće koje je tokom administrativnog postupka iznosilo samo primedbe nije time kvalifikovano za podnošenje tužbe. U okviru antidamping kontrole Sud je u slučajevima 239 i 275/82 (Allied Cooperation v. Commission, ECR, 1985, p.1005) dozvolio tužbu za poništaj koju su podneli izvoznici, bez obzira na to da li su imnovani u uredbi, pod uslovom da su bili predmet istrage Komisije. U slučaju C-358/89 (Extramet industrie v. Council, ECR, I, 1991, p.2501) Sud je čak dopustio da tužbu za poništaj podnesu i oni uvoznici proizvoda sa damping cenama koji nisu bili u trgovinskoj vezi ni sa jednim izvoznikom.

USTAVNE I MEĐUNARODNE GARANCIJE LJUDSKIH PRAVA

sa njegovom sadržinom.²¹ Ovako kratak rok propisan je iz razloga zaštite i obezbeđenja pravne sigurnosti. Po isteku ovog roka može se protiv uredbe usvojene zajednički od strane Parlamenta i Saveta, Saveta, Komisije i Evropske centralne banke istaći prigovor nezakonitosti.²²

Tužba za poništaj nema suspenzivno dejstvo. Ipak, Sudu je data mogućnost da odloži primenu osporenog akta kada nađe da okolnosti to nalažu.²³ Razlog za obustavu izvršenja akta može da bude opasnost od nepopravljive štete koja bi proistekla iz njegove primene.

Osnovi za poništenje komunitarnih akata, propisani osnivačkim ugovorima, su: a) nedostatak nadležnosti; b) povreda bitnih pravila postupka; v) povreda ugovora ili svakog drugog pravnog propisa koji se odnosi na njegovu primenu; i g) zloupotreba ovlašćenja.²⁴ Ovi razlozi su preuzeti iz francuskog pravnog sistema²⁵, mada u komunitarnom pravu imaju osobeno značenje. Valja reći da je Sud u praksi prihvatio i neke druge osnove za pobijanje zakonitosti komunitarnih akata.²⁶

Povreda nadležnosti postoji kada komunitarni akt donese organ koji uopšte nije bio nadležan ili ako prilikom njegovog usvajanja ne postupi saglasno svojoj nadležnosti, iako je delovao kao ovlašćeni organ. Do toga obično dolazi u slučajevima prekoračenja ovlašćenja u oblasti konkurencije, prenošenja ovlašćenja sa jednog na drugi organ ili u vezi sa tumačenjem domašaja tzv.implicitnih ovlašćenja.²⁷

Povreda postupka odnosi se samo na bitna pravila procedure propisana osnivačkim ugovorima, aktima donetim na osnovu njih i opštim pravnim načelima. Najčešće se radi o propustu da se prilikom odlučivanja pribavi mišljenje drugog organa, odsustvu obrazloženja komunitarnog akta, nepozivanju na

²¹ Stav 5 čl.230 (raniji čl.173) Ugovora o EZ, izmenjen Ugovorom iz Nice.

²² Član 241 (raniji čl.184) Ugovora o EZ i čl.156 Ugovora o EVROATOM-u.

²³ Član 242 (raniji čl.185) Ugovora o EZ.

²⁴ Stav 2 čl.230 (raniji čl.173) Ugovora o EZ, izmenjen Ugovorom iz Nice.

²⁵ Reč je o institutima: "incompétence", "vice de forme", "violation de la loi" i "détournement de pouvoir".

²⁶ Tako je u slučaju 17/74 (Transocean Marine Paint Association v. Commission, ECR, 1964, p.1063) Sud poništio odluku Komisije zbog njene nesaglasnosti sa prirodnom pravičnošću (natural justice).

²⁷ Videti slučajeve: 9/56 (Meroni v. High Authority, ECR, 1957-58, p.133), 281/85 (Germany v. Commission, ECR, 1987, p.3203), C-327/91 (France v. Commission, ECR, I, 1994, p.3641), C-267/94 (France v. Commission, ECR, I, 1995, p.4845) i 8/55 (Fédéchar, ECR, 1954-55, p.291).

predlog ili pravni osnov za donošenje akta ili njegovom neobjavlivanju u Službenom listu.²⁸

Kod povrede ugovora imaju se u vidu kako odredbe osnivačkih ugovora i pravno obavezujućih akata organa Zajednica, tako i opšta pravna načela priznata od strane država članica.²⁹ Pozivanjem na ovaj, veoma široko formulisan osnov, tužilac bi praktično mogao tražiti poništaj gotovo svakog komuntarnog akta.

Zloupotreba ovlašćenja kao osnov ništavosti znači da organ Zajednice koji donosi akt koristi svoja ovlašćenja u neku drugu svrhu, a ne onu zbog koje su mu data. Pretpostavka za postojanje zloupotrebe je da organ u pitanju raspolaže određenim stepenom diskrecionih ovlašćenja.³⁰

Ako utvrdi da je tužba osnovana, Sud oglašava ništavim osporeni akt.³¹ Sud ne može svojom odlukom izmeniti ili dopuniti poništeni akt.³² Presuda obavezuje ne samo stranke u postupku, već deluje erga omnes. U isto vreme, presuda ima povratno dejstvo, odnosno deluje od momenta donošenja akta (ex tunc).³³ Time se uspostavlja stanje koje bi postojalo da takav akt nikada nije ni donet.

Sud može odlučiti da pojedina dejstva akta koji je poništen ostanu na snazi, ukoliko je to neophodno. U osnivačkim ugovorima ova mogućnost izričito je vezana samo za uredbe³⁴, ali je Sud u praksi delimično poništavao i druge

²⁸ Videti slučajeve: 24/62 (Germany v. Commission, ECR, 1963, p.63), 139/79 (Maizena, ECR, 1980, p.3425), 61/86 (United Kingdom v. Council, ECR, 1988, p.431), 131/86 (United Kingdom v. Commission, ECR, 1988, p.905), C-49/88 (Al-Jubail, ECR, I, 1991, p.3187) C-353/92 (Greece v. Council, ECR, I, 1994, p.3411) i C-263/95 (Germany v. Commission, ECR, I, 1998, p.441).

²⁹ Videti slučajeve: 34/86 (Budget Case, ECR, 1986, p.2155), 18/62 (Barge, ECR, 1963, p.259), 27/63 (Raponi, ECR, 1964, p.129), 325/85 (Ireland v. Commission, ECR, 1987, p.504), i T-42/96 (Eyckeler and Malt, ECR, II, 1998, p.401).

³⁰ Videti slučajeve: 331/88 (FEDESA, ECR, I, 1990, p.4023), C-84/94 (Njorking time Directive, ECR, I, 1996, p.5755), 18 and 35/65 (Gutmann, ECR, 1966, p.103), 105/75 (Giuffrida, ECR, 1976, p.1395), 266/82 (Turner, ECR, I, 1984, p.2162), 69/83 (Lux, ECR, 1984, p.951), C-156/93 (Parliament v. Commission, ECR, I, p.2019) i C-83/94 (United Kingdom v. Commission, ECR, I, 1996, p.5755).

³¹ Član 231 (raniji čl.174) Ugovora o EZ.

³² Videti stav Suda u slučaju C-428/988, Deutsche Post Ag and IECC, ECR, I, 200, p.3061.

³³ K.Lenaerts, D.Arts, R.Bray, Procedural Law of the European Union, London, 2006, p.133; Ph.Manin, op.cit., p.436; R.Vukadinović, Evropska ekonomska zajednica: institucije, Beograd, 1991, str.115; Z.Radivojević-V.Knežević-Predić, Institucije Evropske unije, Niš, 2008, str.163; N.Misita, Osnovi prava Evropske unije, Sarajevo, 2002, str.527; S.Zečević, op.cit.,str.229.

³⁴ Stav 2 čl.231 (raniji čl.174) Ugovora o EZ.

komunitarne akate. Ovo ograničenje retroaktivnog dejstva presude o poništaju potrebno je radi zaštite pravne sigurnosti subjekata komunitarnog prava.³⁵

Presuda Suda obavezuje organe koji su doneli poništeni akt da preduzmu potrebne mere radi njenog izvršenja.³⁶ Oni su prvenstveno dužni da više ne primenjuju akt u pitanju, kao i da povuku ili ukinu sve druge akte donete na osnovu njega. Pored toga, organi imaju obavezu da u razumnom roku donesu novi akt koji neće sadržati nedostatke koji su doveli do ništavosti. Neizvršenje presude može da ima za posledicu odgovornost organa Zajednice za naknadu štete.³⁷

III TUŽBA ZBOG PROPUŠTANJA

Tužba zbog propuštanja je pravno sredstvo koje pojedinci mogu koristiti u slučaju da organ Zajednice koji je osnivačkim ugovorom obavezan da donese neki akt propusti da izvrši tu svoju obavezu. Tužbom se od Suda traži da propuštanje organa da donesu određeni akt proglasi povredom osnivačkog ugovora.³⁸

Za podnošenje ove vrste direktne tužbe potrebno je ispunjenje nekoliko uslova. Pre svega traži se da je propuštanje nezakonito, odnosno da predstavlja kršenje osnivačkog ugovora. Uzdržavanje od delovanja organa Zajednice nije samo po sebi povreda ugovora.³⁹ Propust se smatra nezakonitim samo ako je organ u pitanju bio dužan da prema ugovoru deluje, pa to nije učinio.⁴⁰ Ugovor stoga nije prekršen kada organ propusti da deluje u pogledu nečega što nije njegova obaveza. To znači da se tužba zbog propuštanja ne može podići ako nadležni

³⁵ Slučaj 45/86, *Commission v. Council*, ECR, 1987, p.1493.

³⁶ Član 233 (raniji čl.176) Ugovora o EZ.

³⁷ Stav 2 čl.288 (raniji čl.215) Ugovora o EZ.

³⁸ Član 232 (raniji čl.175) Ugovora o EZ. Ova odredba razlikuje se o člana 35 Ugovora o EZUČ koji je predviđao pravo Suda da poništi pretpostavljenu negativnu odluku (odluku o odbijanju) koja se može izvesti iz čutanja Komisije. Više o toj razlici: T.Hartley, *Osnovi prava Evropskih zajednica* (prevod), Beograd 1998, str.364; K.Lenaerts, D.Arts, R.Bray, *op.cit.*, pp.264-265; S.Weatherill, P.Beamont, *European Union Law*, London, 1999, p.206; Z.Radivojević-V.Knežević-Predić, *Institucije Evropske unije*, Niš, 2008, str.164.

³⁹ Ph.Manin, *op.cit.*, p.443.

⁴⁰ U ugovoru o EZUČ (čl.35) pravila se razlika između slučaja kada je Komisija bila dužna da usvoji odluku ili preporuku i situacije kada je ona ovlašćena da to učini. U ovom drugom slučaju ne radi se o propustu, već o zloupotrebi ovlašćenja. Ugovor o EZ, međutim, ne poznaje tu razliku, pa propuštanje postoji ako je organ bio dužan da deluje, a to nije učinio. Više o tome: S.Zečević, *op.cit.*, str.233.

organi raspolažu pravom slobodne ocene ili im je ostavljeno diskreciono ovlašćenje u pogledu odlučivanja.⁴¹

Drugi uslov je da organ o čijem se propustu radi nije usvojio nikakav stav.⁴² Svako zauzimanje jasnog i određenog stanovišta po pitanju uzdržavanja od delovanja može da dovede do toga da se tužba zbog propuštanja smatra nedopuštenom.⁴³ Tom prilikom nije od značaja da li je nadležni organ potpuno ili samo delimično odbio da deluje.⁴⁴ U oba slučaja reč je o tzv. negativnoj odluci kojom organ definiše svoj stav da neće delovati na određeni način.⁴⁵ Takve odluke predstavljaju akte protiv kojih se može podneti samo tužba za poništaj.⁴⁶

Poslednji uslov odnosi se na vrste akata zbog čijeg se nedonošenja može podići tužba. Reč je samo o aktima obavezujuće prirode, jer bi podnošenje tužbe povodom neusvajanja akta koji nisu obavezujući predstavljalo samo nepotrebno korišćenje procesnih ovlašćenja.⁴⁷ Predmet tužbe zbog propuštanja zapravo su isti oni akti protiv kojih se može podneti tužba za poništaj.⁴⁸ U praksi se čak alternativno podnose tužbeni zahtevi za poništaj nekog akta ili utvrđenje da je došlo do propuštanja.⁴⁹ Iz toga je proisteklo shvatanje da su ove dve vrste tužbi

⁴¹ Videti stav Suda u slučaju 247/87, *Star Fruit Company*, ECR, 1989, p.291.

⁴² U slučaju 48/65 (*Lütticke v. Commission*, ECR, 1966, p.19) Sud je stao na stanovište da se tužba zbog propuštanja može podneti samo ako organ Zajednice nije zauzeo svoj stav po određenom pitanju. Kako je u konkretnom predmetu donošenjem odluke o nepokretanju postupka Komisija odredila svoj stav, ne može se govoriti o propustu u smislu čl.175 (sadašnji 232) Ugovora o EZ.

⁴³ Tako je u slučaju 125/78 (*Gema*, ECR, 1979, p.3173) Sud ocenio da pismo kojim se preduzeću stavlja na znanje da njegova žalba u oblasti prava konkurencije nije opravdana predstavlja zauzimanje stava takve prirode da tužbu zbog propuštanja čini neprihvatljivom.

⁴⁴ Videti slučaj 13/83, *European Parliament v. Council*, ECR, 1985, p.1513.

⁴⁵ Više o teoriji negativne odluke: T.Hartley op.cit., str.365-366; Z.Radivojević-V.Knežević-Predić, *Institucije Evropske unije*, Niš, 2008, str.164-165. Sud je kao opštu doktrinu prihvatio stanovište da negativni akti koji su dovoljno jasni i precizni predstavljaju akte koji se mogu podvrći ispitivanju zakonitosti pod uslovom da se akt organa EZ koji je on odbio da usvoji može podvrći ovom postupku (slučaj 30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijanen in Limburg v. High Authority*, ECR, 1961, p.1).

⁴⁶ Videti slučajeve 169/84 (*Cofaz*, ECR, 1986, p.391) i 191/82 (*Fediol*, ECR, 1983, p.2913).

⁴⁷ A.Čavoški, A.Knežević-Bojović, D.Popović, *Evropski sud pravde*, Beograd, 2006, str.91.

⁴⁸ Praksa Suda podržava to rešenje. Videti, na primer, slučaj 15/70, *Chevalley v. Commission*, ECR, 1970, p.979.

⁴⁹ U slučaju 48/65 (*Lütticke v. Commission*, ECR, 1966, p.19) nemačko preduzeće je kao tužilac istovremeno podnelo tužbu na osnovu čl.230 i 232, odnosno tužbu za poništaj pisma Komisije o odbijanju i tužbu zbog propuštanja Komisije da deluje po njegovom zahtevu. Tužba za poništenje je odbačena zato što je Sud smatrao da pismo nije odluka

različiti vidovi istog pravnog sredstva.⁵⁰ To stanovište prihvatio je i Sud pravde kao opšti princip.⁵¹

Sličnost postupka koji se pokreće zbog propuštanja i postupka za poništaj uočljiva je i kad su u pitanju procesne stranke. Ova tužba može se podneti protiv Parlamenta, Saveta, Komisije i Evropske centralne banke. Ugovor o ustavu tome je dodao mogućnost da se kao tuženi pojave Evropski savet i drugi organi i tela Unije.⁵²

Krug potencijalnih tužilaca u ovom postupku, takođe, je isti⁵³. Fizička i pravna lica spadaju u kategoriju nepriviligovanih tužilaca, jer se od njih zahteva da ispune posebne uslove za podnošenje tužbe. U prvom redu oni moraju da opravdaju svoj pravni interes, odnosno da dokažu da je organ Zajednice propustio da im uputi neki pravni akt. Drugi dopunski uslov je da se radi o aktu Zajednice koji nije preporuka i mišljenje.⁵⁴

Dosledno tumačenje ovih zahteva upućuje na zaključak da je pravo na tužbu privatnih subjekata ograničeno samo na slučajeve nedonošenja odluka kao pojedinačnih i obavezujućih akata koje su formalno upućene upravo njima. Oni nemaju pravo da se obrate Sudu ukoliko nije usvojena uredba kao akt opšte i normative prirode i direktiva čiji su adresati države.⁵⁵ S druge strane, fizičkim i

koja ima obaveznu snagu, a tužba zbog propuštanja zato što je Komisija istim pismom definisala svoj stav. Više o tome: M.Stanivuković, *Pojedinac pred Sudom evropskih zajednica*, Beograd, 2007, str.78-79.

⁵⁰ T.Hartley, *op.cit.*, str.364; N.Misita, *op.cit.*, str.530; R.Vukadinović, *op.cit.*, str.116-117.

⁵¹ Slučaj 15/70 (*Chevalley v. Commission*, ECR, 1970, p.975) u kome Sud nije smatrao neophodnim da svojom presudom utvrdi na osnovu koga člana (173 ili 175) je postupak vođen.

⁵² Stav 1 čl.230 (raniji čl.175) Ugovora o EZ i čl.III-367 Ugovora o ustavu.

⁵³ Pored država članica, pravo na tužbu zbog propuštanja imaju institucije Zajednice, a to mogu da budu Savet, Komisija i Evropski parlament (stavovi 1 i 2 čl.232 Ugovora o EZ). Oni su i ovde privilegovani tužioci i ne moraju da dokazuju poseban interes za podnošenje tužbe. Kao takvi imaju opšte pravo da pokrenu postupak povodom propusta organa Zajednice da izvrše neku od obaveza iz ugovora. Evropskoj centralnoj banci je priznato pravo na tužbu samo u oblastima koje spadaju u njenu nadležnost (stav 4 čl.232 Ugovora o EZ). Sud pravde se ne bi mogao pojaviti u ulozi tužioca shodno načelu *nemo iudex in re sua*. Više o tome. Z.Radivojević-V.Knežević-Predić, *Institucije Evropske unije*, Niš, 2008, str.165-166.

⁵⁴ Stav 3 čl.232 (raniji čl.175) Ugovora o EZ.

⁵⁵ U slučaju 90/78 (*Gramaria BV c. Council and Commission*, ECR, 1979, p.1093) Sud je našao da uredba ni po formi ni po svojoj prirodi ne može biti upućena na individualnog tužioca. Videti i stav opšteg pravobranioca Roemera u slučaju 42/71 (*Norgetreide v. Commission*, ECR, 1972, p.116).

pravnim licima uskraćena je mogućost podnošenja tužbe zbog propusta da se donese odluka upućena trećem licu. Taj stav potvrđen je u praksi Suda koji tužbu zbog propuštanja smatra dopuštenom samo kada se radi o meri koju tužilac ima pravo da traži, tj. kada je tužilac potencijalni adresat odluke.⁵⁶ U nekim kasnijim odlukama iz oblasti konkurencije Sud je ipak ostavio mogućnost podizanja tužbe zbog nedonošenja odluke koju je trebalo uputiti nekom trećem licu, a koja neposredno i pojedinačno pogađa tužioca.⁵⁷

Glavnu osobenost tužbe zbog propuštanja u odnosu na tužbu za poništaj predstavlja posebna procedura koja prethodi obraćanju Sudu. Pre nego što pokrene postupak pred Sudom tužilac je dužan da uputi formalni zahtev nadležnom organu Zajednice da određenu meru usvoji. Tako se ovom organu pruža prilika da sam ispravi svoj propust.⁵⁸ U ovom zahtevu se moraju jasno navesti mere čije se preduzimanje traži. To je značajno, budući da se tužba može odnositi samo na mere koje je tužilac zahtevao od organa.

Organ koji je u pitanju ima rok od dva meseca da usvoji mere po zahtevu. Tek ako u tom periodu ne preduzme mere, otvara se mogućnost podnošenja tužbe Sudu u narednih dva meseca.⁵⁹ Ovde se zapravo radi o dva dvomesečna roka: prvom unutar koga organ treba da deluje i drugom u okviru koga se zainteresovani subjekt može obratiti Sudu. Ukoliko se dogodi da organ usvoju traženu meru posle podnošenja tužbe, ali pre donošenja konačne odluke, postupak bi bio obustavljen, jer je tužbeni zahtev postao bespredmetan.⁶⁰ Prema shvatanju Suda njegova odluka u tom slučaju ne bi imala nikakvo dejstvo na organ čiji je propust doveden u pitanje.⁶¹

Sud nije ovlašćen da svojom presudom sam usvoji akt koji je tuženi propustio da donese. On je ovlašćen samo da proglasi da uzdržavanje od delovanja predstavlja povredu ugovora. U ovom slučaju reč je o deklarativnoj presudi kojom se konstatuje da je svojim propuštanjem neki organ Zajednice prekršio ugovor.⁶² Međutim, organ ili organi čije je uzdržavanje proglašeno suprotnim ugovoru, obavezni su da donesu mere o izvršenju odluke Suda. Ukoliko je, kao posledica propusta Zajednice, tužilac pretrpeo štetu, on ima pravo da pokrene postupak za

⁵⁶ Slučaj 246/81 Lord Bethell v. Commission, ECR, 1982, p.2277.

⁵⁷ Videti slučaj T-95/96, Gestelevision Telecinco v. Commission, ECR, II, 1998, p.3407.

⁵⁸ E.Drears, S.Hargreavs, European Union Law Textbook, Oxford, 2004, p.149.

⁵⁹ Stav 2 čl.232 (raniji čl.175) Ugovora o EZ.

⁶⁰ Slučaj T-28/90. Asia Motor France, ECR, II, 1992, p.1062.

⁶¹ Slučaj 377/87, Parliament v. Council, ECR, 1988, p.4017.

⁶² U ovom smislu: Z.Radivojević-V.Knežević-Predić, Institucije Evropske unije, Niš, 2008, str.167; R.Vukadinović, op.cit., str.117; S.Zečević, op.cit., str.234; D.Simon, op.cit., p.373.

naknadu štete pred Sudom.⁶³ Pored presude kojom se utvrđuje da je organ Zajednice svojim propuštanjem povredio ugovor, za to je potrebno podnošenje posebne tužbe za naknadu štete.

IV TUŽBA ZA NAKNADU ŠTETE

Tužba za naknadu štete može se podneti po osnovu ugovorne ili vanugovorne (deliktne) odgovornosti Zajednice. Ugovorna odgovornost Zajednice određuje se prema pravu koje se primenjuje na dati ugovor.⁶⁴ Za odlučivanje o sporovima za naknadu štete iz ugovora nadležni su nacionalni sudovi. Njihova nadležnost je u ovom slučaju primarna, budući da osnivački ugovori ne poveravaju takvu nadležnost Sudu pravde. To jasno proizilazi iz odredbe koja predviđa da sporovi u kojima se Zajednica pojavljuje kao stranka nisu izuzeti po tom osnovu iz nadležnosti sudova država članica.⁶⁵ Nacionalni sud utvrdiće sopstvenu nadležnost i merodavno pravo za dati ugovor primenom normi međunarodnog privatnog prava koje važe u njegovoj državi.⁶⁶

Izuzetak predstavlja slučaj kada ugovor koji je zaključila Zajednica ili je zaključen u njeno ime sadrži arbitražnu klauzulu u korist Suda pravde.⁶⁷ Jedino tada će za odlučivanje o sporovima za naknadu štete iz ugovora biti nadležan Sud. Zanimljivo je da u ovom slučaju Sud kao merodavno može primeniti i odgovarajuće nacionalno pravo.⁶⁸ Pored toga, u sporovima za naknadu štete povodom ugovorne odgovornosti kao tužena strana pred Sudom mogu se pojaviti pojedinci, odnosno fizička lica.⁶⁹

Nasuprot ugovornoj odgovornosti, za rešavanje sporova o naknadi štete po osnovu vanugovorne odgovornosti Zajednice isključivo je nadležan Sud pravde.⁷⁰

⁶³ Član 233 (raniji čl.176) Ugovora o EZ.

⁶⁴ Stav 1 čl.288 (raniji čl.215) Ugovora o EZ i čl.188 Ugovora o EVROATOM-u.

⁶⁵ Član 240 (raniji čl.183) Ugovora o EZ.

⁶⁶ T.Hartley, *op.cit.*, str.427; M.Stanivuković, *op.cit.*, str.106.

⁶⁷ Član 238 (raniji čl.181) Ugovora o EZ. Takve arbitražne klauzule sadrže brojni ugovori koje Komisija zaključuje povodom poveravanja naučno-istraživačkih poslova univerzitetima iz država članica.

⁶⁸ U slučaju 23/76 (Pellegrini, ECR, 1976, p.1807) Sud je spor rešio po italijanskom pravu koje je ugovoreno kao merodavno. Arbitražne klauzule u ugovorima o pružanju naučnih i tehničkih usluga obično kao merodavno određuju pravo sedišta Komisije, tj. belgijsko pravo.

⁶⁹ U slučaju 426/85 (Commission v. Zourek, ECR, 1986, p.4057) koji je pokrenula tužbom Komisija u ulozi tuženog se pojavio novinar koji nije napisao izveštaj za koji je primio avans na osnovu ugovora zaključenog sa ovim organom Zajednice.

⁷⁰ Član 235 (raniji čl.178) Ugovora o EZ.

Različiti pravni režim ovih sporova posledica je istorijskih razloga⁷¹, ali i potrebe da se očuva nezavisnost Zajednice od nacionalnih vlasti. U suprotnom nacionalni sudovi mogli bi da vrše pravosudnu kontrolu ponašanja organa Zajednice i njenih službenika.⁷²

Kod vanugovorne odgovornosti isključena je primena pravila međunarodnog privatnog prava, odnosno nacionalnih kolizionih normi.⁷³ Do merodavnog prava za utvrđivanje ove odgovornosti dolazi se u skladu sa opštim načelima koja su zajednička pravima država članica.⁷⁴ To znači da Sud primenjuje pravo Zajednice koje, korišćenjem uporednopravnog metoda, izvodi iz važećeg režima vanugovorne odgovornosti državnih organa i službenika u nacionalnim pravnim sistemima članica. Tom prilikom Sud ne utvrđuje najmanji zajednički imenitelj u pravu svake zemlje članice, već iznalazi opšte elemente sistema odgovornosti za štetu koji je primeren i prilagođen pravu Zajednice.⁷⁵

Za postojanje vanugovorne odgovornosti Zajednice neophodno je ispunjenje nekoliko opštih uslova. Njih je samostalno, oslanjajući se na nacionalna prava država članica, formulisao Sud u nizu slučajeva⁷⁶ i oni moraju da postoje kumulativno. Ovi uslovi obuhvataju: a) protivpravno ponašanje Zajednice i njenih organa i službenika; b) postojanje štete; i v) uzročno-posledičnu vezu između ponašanja Zajednice i nastanka štete

Vanugovorna odgovornost proizilazi iz ponašanja organa Zajednice koje je dovelo do nastupanja štete. Samo štetno ponašanje sastoji se kako u delovanju, tako i u propuštanju na strani Zajednice. Za prouzrokovanu štetu mogu biti

⁷¹ U njegovoj izgradnji prilikom zaključenja Ugovora o EZUČ (čl.40) ključnu ulogu imala je francuska pravna tradicija i praksa upravnih sudova ove države, pre svega Državnog saveta kao najviše instance upravnog pravosuđa. Prema francuskom pravu odgovornost javnih vlasti isključivo utvrđuju upravni sudovi prema javnopravnim načelima koja su potpuno nezavisna od načela privatnog prava iz Građanskog zakonika. Na ovaj način isti organ nadležan je za poništaj nezakonitih akata i za odlučivanje po tužbama za naknadu štete prouzrokovane radnjama državnih organa. Više o tome: N.Misita, op.cit., str.562; A.Čavoški, A.Knežević-Bojović, D.Popović, op.cit., str.103.

⁷² N.L.Brown, T.Kennedy, *The Court of Justice of the European Communities*, London, 2000, p.173.

⁷³ M.Stanivuković, op.cit., str.107.

⁷⁴ Stav 2 čl.288 (raniji čl.215) Ugovora o EZ.

⁷⁵ U ovom smislu: N.L.Brown, T.Kennedy, op.cit., p.175; P.J.Kapteyn, V.L. van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities. From Maastricht to Amsterdam*, London, The Hague, Boston, 1998, p.493. Videti i mišljenje opšteg pravobranioca u slučaju 25/62, Plaumann, ECR, 1963, p.197.

⁷⁶ Videti posebno slučaj 4/69 (Lütticke III, ECR, 1971, p.325) i slučaj C-200/89 (FUNOC v. Commission, ECR, 1990, p.3669).

USTAVNE I MEĐUNARODNE GARANCIJE LJUDSKIH PRAVA

odgovorni svi glavni organi. Osnivački ugovori izričito predviđaju i odgovornost Evropske centralne banke i njenih službenika.⁷⁷ Pored toga, odgovornost za nastalu štetu može se pripisati i drugim pomoćnim i samostalnim organima (npr. agencije) kojima su glavni organi preneli određena ovlašćenja.⁷⁸

Pošto organi rade preko službenika, Zajednica odgovara za radnje i propuste službenika u vršenju svojih dužnosti. Njihovi propusti ili radnje mogu se ogledati u neizvršavanju uputstava, nepažljivom, nezakonitom ili zlonamernom postupanju.⁷⁹ Uslov za odgovornost Zajednice je da takvo ponašanje službenika bude u neposrednoj vezi sa vršenjem službe, tj. da predstavlja neophodan produžetak zadataka poverenih organu u kome je službenik angažovan.⁸⁰ Za štete koje su prouzrokovali službenici izvan obavljanja funkcije isključivo su nadležni nacionalni sudovi.⁸¹

Vanugovorna odgovornost zasniva se na fizičkim, pravnim ili drugim radnjama, kao i propustima kojima se prouzrokuje šteta. Protivpravna radnja ili propuštanje može se sastojati u povredi pravila o radu i postupanju organa pri donošenju pojedinačnih akata administrativne prirode. Ona obično postoji u slučaju loše organizacije, nedostataka u upravljanju, davanja pogrešnih obaveštenja, nepostojanja nadzora, nepoštovanja mera bezbednosti ili narušavanja poverljivosti spisa⁸². Povreda se može odnositi i na opšta pravna načela koja važe u državama članicama, kao što su dužnost čuvanja tajnosti podataka ili zabrana zloupotrebe opravdanog poverenja.⁸³

Odgovornost Zajednice za normativnu delatnost organa predstavlja poseban problem. U ovom slučaju reč je o šteti nastaloj zbog usvajanja ili propusta u donošenju opšteg pravnog akta (uredbe, direktive ili drugog normativnog akta).

⁷⁷ Stav 2 čl.288 (raniji čl.115) Ugovora o EZ.

⁷⁸ U ovom smislu: T.Hartley, op.cit., str.437; N.Misita, op.cit., str.576; D.Simon, op.cit., p.391

⁷⁹ Videti slučaj 145/83, Adams v. Commission, ECR, 1985, p.3539.

⁸⁰ U slučaju 9/69 (Sayag II, ECR, 1969, p.336) Sud nije prihvatio odgovornost Zajednice za štetu koju je prouzrokovao njen službenik vozeći privatni automobil, koji je koristio za obavljanje službenog zadatka, zato što se ovaj zadatak mogao obaviti na drugi način. Ovaj stav znatno je uži od shvatanja koje vlada u francuskom upravnom pravu i koje dozvoljava da se državi pripíše šteta prouzrokovana prilikom vršenja službe ili korišćenja sredstava za njeno vršenje. Slično rešenje prihvaćeno je u nacionalnim pravima većine država članica, izuzimajući pravo Nemačke. Više o tome: Ph.Manin, op.cit., p.452; N.Misita, op.cit., str.578-579; S:Zečević, op.cit., str.240.

⁸¹ D.Simon, op.cit., p.392.

⁸² Videti stav Suda u slučajevima 23/59 (FERAM, ECR, 1959, p.245), 19,20,35 i 36/69 (Richez-Parise, ECR, 1970, p.325) i 2 i 3/61 (Fives Lille Cail, ECR, 1961, pp.281, 588).

⁸³ Slučaj 145/83, Adams v. Commission, ECR, 1985, p.3539.

Tom prilikom pravo na podnošenje tužbe za naknadu štete je odvojeno i nezavisno od pitanja (ne)zakonitosti određenog akta Zajednice. Sud pravde je posle početnog kolebanja⁸⁴ zauzeo stav da valjanost opšteg pravnog akta ne isključuje odgovornost Zajednice za štetu prouzrokovanu zbog njegovog donošenja.⁸⁵ S druge strane, nezakonitost akta sama po sebi ne stvara obavezu Zajednice da nadoknadi štetu nastalu u toku njegove primene. Iz toga proizilazi da je tužba za naknadu štete samostalno pravno sredstvo u odnosu na tužbu za poništaj⁸⁶, te da njeno podizanje nije uslovljeno prethodnom odlukom Suda kojim se pravni akt u pitanju oglašava ništavim.

Normativna odgovornost Zajednice podvrgnuta je strožijem režimu i podrazumeva ispunjenje još nekih dopunskih uslova. Ti uslovi su: a) da je došlo do povrede norme više pravne snage; b) da se norma odnosi na zaštitu pojedinaca; i v) da je povreda dovoljno ozbiljna i teška.⁸⁷ Prvi uslov ima za cilj da isključi odgovornost Zajednice za manje nezakonitosti i propuste organa u donošenju pravnih akata. Kao norme više pravne snage čije kršenje povlači obavezu naknade štete smataju se kako odredbe osnivačkih ugovora i opšta pravna načela⁸⁸, tako i norme sadržane u komunitarnim aktima koji zauzimaju značajnije mesto u pravnom poredku Zajednice.⁸⁹

Zahtev da se norma odnosi na zaštitu pojedinca ima za cilj ustanovljenje ili zaštitu subjektivnog prava. Zaštita se može pojaviti kao predmet ili kroz dejstvo povređenog pravnog pravila koje se pritom ne mora neposredno i pojedinačno odnositi na pojedinca koji podnosi tužbu za naknadu štete.⁹⁰

⁸⁴ U slučaju 25/62 (Plaumann, ECR, 1963, p.108) Sud nije prihvatio tužbu za naknadu štete bez prethodnog poništavanja akta koji je do štete doveo, čime je praktično osporio samostalnost tužbe za naknadu štete.

⁸⁵ Videti slučajeve 5/71 (Zuckerfabrik Schöppenstedt, ECR, 1971, p.975) i 74/74 (CNTA, ECR, 1975, p.533).

⁸⁶ Videti slučajeve C-352/98 (Bergardem v. Commission, ECR, 1998) i 43/72 (Merkur, ECR, 1973, p.1055).

⁸⁷ Ove uslove Sud je prvi put formulisao u slučaju 5/71 (Altien-Zuckerfabrik Schöppenstedt, ECR, 1971, p.975), pa se otuda govori o Schöppenstedt formuli (T.Hartley, op.cit., str.450). Sud je ovde zapravo preuzeo nemačku doktrinu „Schutznormtheorie“ prema kojoj se naknada štete prouzrokovana usvajanjem normativnog akta od strane organa koji raspolaže diskrecionim ovlašćenjem uslovljava postojanjem ozbiljne povrede norme višeg ranga o zaštiti pojedinca. Više o tome: D.Simon, op.cit., p.407.

⁸⁸ Videti slučajeve 74/74 (CNTA, ECR, 1995, p.533) i C-104/89 637/90 (Mulder, ECR, I, 1992, p.3061).

⁸⁹ Za dalju analizu: N.Misita, op.cit., str.574.

⁹⁰ Videti slučajeve 5,7,13-24/66 (Kampffmeyer, ECR, 1967, pp.262-63), 83,94/76 i 4,15,40/77 (Bayerische HNL. ECR, 1978, p.1209), 238/78 (Treks-Arkdy, ECR, 1979, p.2955) i 126/76 (DGV, ECR, 1997, p.2431).

Kod ocene ozbiljnosti kršenja više norme Sud je pribegao stepenovanju težine povrede na osnovu širine ovlašćenja kojima organ raspolaže pri donošenju pravnog akta. Ukoliko organ ima ograničena diskreciona ovlašćenja, svaka povreda, a ne samo teška i očigledna, može da dovede do odgovornosti Zajednice. Nasuprot tome, kada se radi o aktima prilikom čijeg je donošenja organ raspolagao širim diskrecionim ovlašćenjima, Zajednica je odgovorna samo ako postoji ozbiljna i očigledna povreda norme višeg pravnog ranga.⁹¹ Za razliku od ranijeg stava⁹², Sud stoji na stanovištu prema kome za odgovornost Zajednice nije neophodno da propusti organa budu toliko teški i grubi da se graniče sa arbitrarnim ponašanjem.⁹³

Vanugovorna odgovornost Zajednice za štetu može postojati i kada nema povrede, odnosno kršenja pravnih pravila. Iako je odgovornost bez postojanja protivpravnog ponašanja⁹⁴ organa još uvek sporna u praksi, smatra se da pravičnost nalaže obavezu naknadu štete nastale povodom donošenja potpuno pravno valjanih akata.⁹⁵ U ovom slučaju potrebno je dokazati da je zbog takvih pravnih akata i radnji tužilac pretrpeo posebnu i neuobičajenu štetu.⁹⁶

U pogledu postojanja štete kao drugog uslova odgovornosti pravo Zajednice se uglavnom oslanja na korišćenje analogije sa nacionalnim pravnim sistemima. Pretrpljena šteta mora da bude stvarna i izvesna. Postojanje i visinu štete treba da dokaže tužilac. Iznos štete ne mora se odrediti u momentu podizanja tužbe, ali mora biti odrediv.⁹⁷

⁹¹ Videti slučajeve 116 i 124/77 (*Amylum*, ECR, 1979, p.3497), T-390/94 (*Schröder v. Commission*, ECR, II, 1997, p.501) i C-352/98 (*Bergaderm*, ECR, I, 2000, p.5291).

⁹² Videti slučajeve 83,94/76 i 4,15,40/77 (*Bayerische HNL*, ECR, 1978, p.1209) i 116 i 124/77 (*Amylum*, ECR, 1979, p.3560).

⁹³ Slučaj C-220/91, *Stahlywerke Peine-Salzgitter*, ECR, I, 1993, p.2393.

⁹⁴ Odgovornost bez krivice mogla bi da postoji samo u okviru Ugovora o EZ i EVROATOM-a, za razliku od Ugovora o EZUČ koji je u čl.40 izričito pominjao krivicu na strani Zajednice u vršenju funkcije (*faut de service*) i ličnu krivicu službenika u vršenju dužnosti (*faut personnelle*) kao bitan element odgovornosti. Više o ovim razlikama: T.Hartey, *op.cit.*, str.433 i 443-444.

⁹⁵ U doktrini se shvatanje o odgovornosti bez postojanja protivpravnog ponašanja brani nemačkom koncepcijom *Sonderopfer* (naročita žrtva) i francuskim konceptom jednakosti svih građana u snošenju javnih tereta (*égalité devant les charges publiques*), odnosno jednakosti pred administracijom. Više o tome: T.Hartley, *op.cit.*, str.443-444; N.Misita, *op.cit.*, str.570; R.Vukadinović, *op.cit.*, str.124,

⁹⁶ Ph.Manin, *op.cit.*, p.457; D.Simon, *op.cit.*, p.401.

⁹⁷ Videti stav Suda u slučaju 5,7, i 13-24/66, *Kampffmeyer v. Commission*, ECR, 1967, p.245.

Naknada treba da bude odgovarajuća, a obuhvata kako stvarnu štetu, tako i izgubljenu dobit.⁹⁸ Ukoliko se nastupanje buduće štete može predvideti sa dosta sigurnosti i takva šteta se nadoknađuje.⁹⁹ Naknada se po pravilu odnosi na materijalnu štetu, ali se može nadoknatiti i nematerijalna šteta. To je čest slučaj u radnopravnim sporovima službenika i Zajednice kada se dosuđuje manji, simbolični iznos na ime nematerijalne štete ili se, pak, sama presuda smatra dovoljnom satisfakcijom za tužioca.¹⁰⁰ Oštećeni je sa svoje strane dužan da preduzme sve što je neophodno kako bi umanjio pretrpljenu štetu.¹⁰¹

Poslednji uslov za odgovornost Zajednice je postojanje uzročno-posledične veze između ponašanja njenih organa i službenika i nastale štete. Teret dokazivanja kauzalne veze pada na tužioca.¹⁰² Ova veza može biti prekinuta kada je šteta prouzrokovana aktom državnog organa koji raspolaže širokim diskrecionim ovlašćenjima u primeni komunitarnog prava.¹⁰³ Međutim, smatra se da uzročna veza nije prekinuta ukoliko je nacionalni organ usvojio sporni akt postupajući po vezanoj nadležnosti. Do prekida uzročnosti može doći i kada je sam oštećeni svojim ponašanjem doprineo nastanku štete ili nije preduzeo mere da spreči dalju štetu.¹⁰⁴ U tom slučaju postoji mogućnost da se visina naknade smanji ili da se Zajednica potpuno oslobodi od odgovornosti.

Tužbu za naknadu štete može podneti svako fizičko i pravno lice koje smatra da mu je ponašanjem organa ili službenika Zajednice pričinjena šteta. Pritom se ne zahteva da tužilac bude državljanin Evropske unije, odnosno neke od država članica.¹⁰⁵ Za razliku od drugih vrsta tužbi, ovde se ne traži ni ispunjenje dopunskih uslova na strani fizičkih i pravnih lica kao tužioca. U dosadašnjoj praksi najveći broj tužbi poticao je od privatnih lica.¹⁰⁶

Tužba se podnosi protiv Zajednice kao tuženog, s tim da njom može biti obuhvaćena i institucija, organ ili agencija čije je ponašanje prouzrokovalo štetu.

⁹⁸ Slučaj 74/74, CNTA, ECR, 1975, p.533.

⁹⁹ Slučaj 56-68/74, Kampffmeyer v. Council and Commission, ECR, 1976, p.711.

¹⁰⁰ Videti slučajeve T-18/93 (Marcato, ECR, II, 1994, p.681), 266/82 (Turner, ECR, I, p.1026) i T-52/90 (Volger, ECR, II, 1992, p.121).

¹⁰¹ Videti slučajeve 120/83 (Raznoimport, ECR, 1983, p.2573), C-104/89 i C-37/90 (Mulder, ECR, I, 1992, p.3051).

¹⁰² Slučaj 40/75, Produits Bertrannd, ECR, I, 1976.

¹⁰³ U ovom smislu: D.Simon, op.cit., p.606; M.C.Bergeres, Contentieux communautaire, Paris, 1998, pp.297-298.

¹⁰⁴ Slučaj 36/62, Acieries du Temple, ECR, I, 1963, pp.289, 296.

¹⁰⁵ Videti stav Suda u slučaju 119/77 (Nippon Seiko, ECR, 1979, p.1303) i 239 i 257/82 (Alied Corporation, ECR, 1984, p.1005).

¹⁰⁶ M.Stanivuković, op.cit., str.107.

USTAVNE I MEĐUNARODNE GARANCIJE LJUDSKIH PRAVA

Sud je prihvatao i tužbe podnete neposredno protiv odgovornog organa, bez imenovanja Zajednice kao tuženog. Kad je u pitanju šteta koju je prouzročio službenik Zajednice prilikom obavljanja svoje dužnosti, tužba se podnosi samo protiv Zajednice, a ne protiv njega lično.¹⁰⁷

Rok za podnošenje tužbe je pet godina i računa se od dana kada je nastupio događaj na kome se odgovornost zasniva.¹⁰⁸ Ovaj rok se prekida ako oštećeno lice podnese zahtev za naknadu štete organu Zajednice koji je prouzrokovao štetu. Ukoliko se organ ne izjasni o zahtevu ili odbije da nadoknadi štetu, podnositelj ima dodatni rok od dva meseca za pokretanje postupka pred Sudom.¹⁰⁹

Tužbom se od Suda može tražiti da dosudi određeni iznos naknade u novcu ili da samo utvrdi postojanje štete i odgovornost Zajednice. U ovom drugom slučaju Sud donosi međupresudu kojom utvrđuje odgovornost i obavezu Zajednice da tužiocu nadoknadi štetu.¹¹⁰ Međupresudom se ne određuje tačan iznos štete, već se prepušta strankama da to pitanje sporazumno reše. Ukoliko se u određenom roku ne postigne sporazum, svaka stranka dostavlja Sudu sopstvenu procenu iznosa pretrajene štete. Sud tada donosi konačnu presudu kojom određuje iznos štete koju treba nadoknaditi.¹¹¹ Na dosuđeni iznos naknade tužilac ima pravo na kamatu računajući od datuma presude kojom je utvrđena odgovornost Zajednice. Kamata se određuje po stopi koja je u skladu sa preovlađujućom kamatnom stopom na tržištu, osim ako sam tužilac nije zatražio nižu kamatnu stopu.¹¹²

V PRIBAVLJANJE ODLUKE O PRETHODNOM PITANJU

Pribavljanje odluke o prethodnom pitanju predstavlja samo poseban stadijum ili međufazu u postupku koji započinje i vodi se pred nacionalnim sudom. U ovom slučaju nacionalni sud zastaje sa postupkom i pitanje vezano za primenu i tumačenje komunitarnog prava koje je neophodno radi donošenja presude u

¹⁰⁷ H.G.Schermers, D.F.Wealbroeck, *Judicial Protection in the European Union*, The Hague, London, New York, 2001, pp.523-526.

¹⁰⁸ Član 46 Statuta Suda.

¹⁰⁹ Saglasno čl.230 (raniji čl.173) Ugovora o EZ i 146 Ugovora o EVROATOM-u.

¹¹⁰ Prema stavu Suda uslov za donošenje međupresude je da će šteta uskoro nastupiti i da se ona može predvideti sa dovoljno sigurnosti.. Videti slučaj 60/74, *Kampffmeyer v. Council and Commission*, ECR, 1976, p.711.

¹¹¹ H.G.Schermers, D.F.Wealbroeck, *op.cit.*, p.568.

¹¹² Više o tome: K.P.E.Lasok, T.Millet, *Judicial Control in the European Union: Procedures and Principles*, Richmond, 2004, p.95.

predmetu koji rešava upućuje Sudu pravde¹¹³. Tumačenje Suda, koje se daje u formi presude, zatim se vraća nacionalnom sudu koji primenjuje pravo na konkretne okolnosti slučaja i donosi presudu.

Sud pravde nije, dakle, ovlašćen da razmatra konkretni spor i da na njega primeni komunitarno pravo. Međutim, on je jedini i u krajnjoj liniji isključivo ovlašćen da utvrdi i presudi šta jeste komunitarno pravo. Odluka Suda o prethodnom pitanju je konačna i ona obavezuje nacionalni sud. Protiv nje ne postoji pravo žalbe niti bilo koje drugo pravno sredstvo. Na taj način Sudu je obezbeđena uloga vrhovnog tumača komunitarnog prava¹¹⁴.

Kroz postupak pribavljanja odluke o prethodnom pitanju uspostavlja se direktni i stalno otvoreni kanal komunikacije između pravosudnih organa država članica i Suda pravde. U toj komunikaciji komunitarnom pravu i njegovom vrhovnom tumaču obezbeđen je primat u odnosu na nacionalne pravosudne organe. Iako formalno ne postoji odnos nadređenosti i podređenosti nacionalnih pravosudnih organa i Suda pravde, donošenje odluke o prethodnom pitanju faktički stavlja Sud u položaj meritornog odlučioca kada je o komunitarnom pravu reč¹¹⁵.

Odlučivanje o prethodnom pitanju ima višestruki značaj za razvoj komunitarnog prava. Njime se pre svega obezbeđuje jedobraznost u primeni i tumačenju komunitarnog prava od strane nacionalnih sudova u svim država članicama Zajednice. Po rečima samog Suda, postupak prethodnog odlučivanja od suštinskog je značaja za očuvanje uniformnog karaktera prava Zajednice i ima za cilj da obezbedi da to pravo bude uvek isto u svim državama članicama. Pored toga, značaj odluka o prethodnom pitanju je da se olakša primena prava Zajednice¹¹⁶, s obzirom da se od nacionalnih sudova očekuje da primenjuju pravo koje dovoljno ne poznaju.

Poseban značaj ovog postupka jeste u tome što odluke o prethodnom pitanju mogu poslužiti kao sredstvo za zaštitu prava pojedinaca, fizičkih i pravnih lica,

¹¹³ Poreklo ovog postupka vezuje se za francusko i nemačko pravo. Prema francuskom pravu Državni savet je isključivo nadležan za tumačenje i ocenu valjanosti upravnih akta, tako da građanski sudovi pred kojima se takvo pitanje postavi imaju obavezu da mu se obrate. Pretpostavka za to je postojanje zahteva stranaka kojima na raspolaganju stoje dva pravna sredstva (*recour en interprétation* i *recour en validité*) radi upućivanja prethodnog pitanja. U nemačkom pravu sud koji posumnja u usklađenost opšteg pravnog akta sa saveznim ili zemaljskim ustavom dužan je da zastane sa postupkom i zatraži mišljenje od nadležnog ustavnog suda. Tom prilikom nemački sudovi nisu vezani za inicijativu stranaka u postupku, već prethodno pitanje upućuju *ex officio*. Više o tome, N.Misita, *op.cit.*, str.549.

¹¹⁴ O.Račić, *Nadležnost Evropskog suda, Evropsko zakonodavstvo*, 2002, br.1, str.84-85.

¹¹⁵ Z.Radivojević-V.Knežević-Predić, *Institucije Evropske unije*, Niš, 2008, str.174.

¹¹⁶ Slučaj *Rheinmühlen-Düsseldorf*, 166/73, ECR, 1974, p.33, para.2.

USTAVNE I MEĐUNARODNE GARANCIJE LJUDSKIH PRAVA

koja proizilaze iz komunitarnog prava¹¹⁷. Tačnije rečeno, individualnom subjektu omogućava se da na nivou kojim mu je i u procesnom i u svakom smislu najprisupačniji, a to je svakako nacionalni nivo, dobije zaštitu prava koje mu garantuje komunitarno pravo. Fizičko i pravno lice na taj način dobija zaštitu svojih prava prema komunitarnim standardima ne samo u odnosu na Zajednicu, već i u odnosu na državu članice, pa i na državu članicu čiji je državljanin, odnosno u kojoj je registrovano¹¹⁸.

Sud pravde nadležan je da odlučuje o pravnim, a ne o činjeničnim pitanjima¹¹⁹. Od njega se može tražiti da kaže šta jeste komunitarno pravo, ali ne i da ga primeni na činjenice u konkretnom slučaju¹²⁰. Prema slovu osnivačkih ugovora¹²¹, Sud je ovlašćen da donosi odluke o dve vrste prethodnih pitanja: pitanjima tumačenja i pitanjima valjanosti. Pitanja koja se tiču tumačenja imaju za cilj da obezbede poštovanje i ispravnu primenu komunitarnog prava unutar država članica. Tumačenjem Suda pravde nacionalni sudovi pred kojima se vodi spor dobijaju neophodna razjašnjenja u vezi sa smislom odredaba komunitarnog prava koja će im omogućiti da donesu presudu. Nasuprot tome, pitanja valjanosti tiču se usklađenosti normi komunitarnog prava i njihova je svrha da se uspostavi poštovanje načela zakonitosti u okviru samih Zajednica¹²². Kroz odgovore na ova pitanja Sud pravde zapravo daje nacionalnim sudovima merodavnu ocenu zakonitosti akata Zajednice.

Predmet tumačenja mogu biti osnovni ugovori, akti koje su doneli organi Zajednice i Evropska centralna banka i statuti tela koja su osnovana aktima Saveta¹²³. Sud pravde nije ovlašćen da tumači nacionalno pravo niti da ocenjuje njegovu usklađenost sa pravom Zajednice. Pa ipak, postoji zaobilazan način koji omogućava Sudu da odlučuje o pitanjima koja se odnose na tumačenje

¹¹⁷ Slučaj *Costa v. ENEL*, 6/64, ECR, 1964, p.614.

¹¹⁸ Z.Radivojević-V.Knežević-Predić, *Institucije Evropske unije*, Niš, 2008, str.175.

¹¹⁹ U slučaju *Tedeschi/Denkavit* (5/77, ECR, 1977, p.1555) Sud je izričito rekao da u skladu sa čl.234 Ugovora o EZ, između ostalog, "...nije nadležan da sam utvrđuje činjenice slučaja..."

¹²⁰ T.Hartley, *op.cit.*, str.245.

¹²¹ Član 234 (raniji čl.177), stav 1 Ugovora o EZ i član 150 Ugovora o EVROATOM-u. Član 41 Ugovora o EZUČ, međutim, predviđao je nadležnost Suda da odlučuje o prethodnom pitanju isključivo u pogledu valjanosti akata Komisije i Saveta. Iako ovom odredbom nije predviđeno pitanje tumačenja, Sud pravde stao je na stanovište da je nadležan za donošenje odluka i o tumačenju Ugovora o EZUČ i akata Komisije i Saveta koji su na osnovu njega doneti, jer je to neophodno da bi se obezbedila jednobrazna primena komunitarnog prava (videti slučaj *Busseni*, 221/88, ECR, 1990, I, p.495).

¹²² Ph.Manin, *op.cit.*, p.465-466.

¹²³ Član 234, stav 1, tačke a,b i v Ugovora o EZ.

nacionalnih propisa zasnovanih na komunitarnom pravu ili onih koji se na to pravo pozivaju¹²⁴. U ovom slučaju Sud je nadležan da daje tumačenje odredaba komunitarnog prava koje pomaže nacionalnom sudu da dođe do odgovarajućeg tumačenja nacionalnog prava¹²⁵.

Ovlašćenja Suda pravde uža su kada se radi o pitanjima valjanosti. Predmet odluke o valjanosti mogu da budu samo akti koje donose institucije Zajednice i Evropska centralna banka. Sudovi država članica nemaju pravo da oglašavaju ništavima akte donete od strane institucija Zajednice. Isto tako, oni nisu ovlašćeni da odbiju primenu komunitarnog akta koji smatraju nevažećim. Međutim, sudovi država članica mogu odlučivati o valjanosti akata Zajednice ako smatraju da su argumenti stranaka o ništavosti neosnovani. U tom slučaju oni imaju pravo da odbiju prigovore stranaka uz konstataciju da je osporeni akt punovažan. Prema stanovištu Suda pravde, nacionalni sudovi na ovaj način ne dovode u pitanje pravnu valjanost akata organa Zajednice¹²⁶. U teoriji se taj stav kritikuje zato što može da dovede do nesigurnosti i neujednačene primene komunitarnog prava od strane sudova država članica¹²⁷.

Osporavanje valjanosti komunitarnog akta pred nacionalnim sudovima i tužba za poništaj akta koja se podnosi Sudu pravde predstavljaju dva različita i u osnovi nezavisna pravna sredstva. Mogućnost podnošenja tužbe za poništaj odluke koju je donela institucija Zajednice pred Sudom pravde ne sprečava tužioca da pokrene postupak pred nacionalnim sudom protiv mere kojom se sprovodi ta odluka i da se pri tom pozove na nezakonitost odluke Zajednice¹²⁸. Međutim, istek roka za podnošenje tužbe za poništaj komunitarnog akta može da bude smetnja za osporavanje njegove valjanosti putem tužbe pred nacionalnim sudom¹²⁹.

¹²⁴ Ovde se tumačenje komunitarnog prava pojavljuje kao neophodna pretpostavka da bi se nacionalno pravo moglo primeniti. U vezi sa tim videti stav Suda u slučajevima C-297/88 i C-197/89 (Dzodzi, ECR, 1990, I, p.3783).

¹²⁵ Slučajevi Galli (31/74, ECR, 1975, p.47) i Mazzali (111/75, ECR, 1976, p.657).

¹²⁶ Slučaj Foto-Frost, 314/85, ECR, 1987, p.4225.

¹²⁷ D.Simon, op.cit., p.469.

¹²⁸ Slučaj Rau and Others, 133-136/85, ECR, 1987, p.2289.

¹²⁹ Slučaj C-188/92, TWD Textilwerke Deggendorf, ECR, 1994, I, p.833. Ovo ograničenje odnosi se samo na slučajeve u kojima procesna legitimacije tužioca nije sporna, budući da mu je odluka čiju valjanost osporava bila neposredno upućena, kao i da je od ličnog i direktnog interesa za njega. Ako se radi o aktima kod kojih procesna legitimacija tužioca može biti sporna, propuštanje rokova koji važe kod tužbe za poništaj neće biti smetnja za osporavanje valjanosti putem tužbe pred nacionalnim sudom (videti: M.Stanivuković, op.cit., str.90-91.).

USTAVNE I MEĐUNARODNE GARANCIJE LJUDSKIH PRAVA

Pokretanje postupka pribavljanja odluke o prethodnom pitanju u isključivoj je nadležnosti nacionalnog suda. Stranke u postupku koji se vodi pred nacionalnim sudom nemaju pravo da direktno upućuju Sudu predlog za odlučivanje o prethodnom pitanju. One mogu samo zahtevati od nacionalnog suda da se obrati Sudu, ali ga njihova inicijativa ne obavezuje da to učini. U tom pogledu Sud pravde zauzeo je jasan stav da ovde nije reč o pravnom sredstvu koje pojedinci imaju na raspolaganju¹³⁰, tako da prigovor stranke da predmet spora zahteva tumačenje komunitarnog prava ne znači obavezu nacionalnog suda da radi rešenja spora uputi prethodno pitanje.

S druge strane, nacionalni sud može po službenoj dužnosti uputiti pitanje Sudu ne čekajući na zahtev stranke. To znači da iza obraćanja Sudu pravde ne mora da stoji inicijativa stranaka. Stranke se čak mogu sporazumeti da ne zahtevaju upućivanje prethodnog pitanja, ali ni to ne sprečava nacionalni sud da se obrati Sudu pravde. Stanovište je Suda da nacionalni sud može uvek kada smatra opravdanim uputiti zahtev za odluku o prethodnom pitanju na sopstvenu inicijativu¹³¹. Posebno uputstvo o upućivanju predloga za odlučivanje o prethodnom pitanju, takođe, predviđa da ukoliko stranke ne smatraju da je potrebno postaviti pitanje Sudu, nacionalni sud to može učiniti na svoju inicijativu (tačka 10).

Sud pravde nije u obavezi da odgovori na svako pitanje koje mu nacionalni sud uputi i da povodom njega sprovede odgovarajući postupak i okonča ga svojom odlukom. Tako Sud pravde neće odgovoriti na pitanja koja se odnose na tzv. fingirani spor, odnosno ako između stranaka u postupku pred nacionalnim sudom ne postoji stvaran spor, već se na ovaj način želi ishoditi stanovište Suda o kompatibilnosti prava neke države članice sa komunitarnim pravom. U ovom slučaju radi se o zloupotrebi postupka, pošto između stranaka nema neslaganja oko ishoda koji treba postići. Zainteresovane strane zapravo nastoje da kroz veštački napravljen problem testiraju stav Suda o određenom pravnom pitanju. Da bi to sprečio Sud je postojanje istinskog spora smatrao pretpostavkom za odlučivanje o prethodnom pitanju,¹³² ali ga je primenjivao sa dosta opreza¹³³. Pored slučajeva insceniranih sporova, Sud može odbiti da odgovori na pitanje i

¹³⁰ Slučaj CILFIT, 283/81, ECR, 1982, p.3415.

¹³¹ Slučajevi Rheinmühlen (166/73, ECR, 1974, p.33) i Salonia (126/80, ECR, 1981, p.1563, para.7).

¹³² Videti stav Suda u slučajevima: Foglia I (104/79, ECR, 1980, p.745), Foglia II (244/80, ECR, 1981, p.3045) i Meilicke (C-83/91, ECR, 1992, I, p.4871).

¹³³ Slučajevi Dias (C-343/90, ECR, 1992, I, p.4673) i Monin II (C-428/93, ECR, 1994, p.1707).

onda kada su se stranke u sporu posle njegovog upućivanja međusobno poravnale pred nacionalnim sudom ili je tuženi ispunio zahtev tuženog¹³⁴.

Sud pravde odlučuje o prethodnom pitanju u formi presude, a samo u određenim slučajevima u vidu rešenja. Pošto donese presudu, Sud pravde je upućuje nacionalnom sudu koji nastavlja glavni postupak u onom stadijumu u kome je bio prekinut. Sud pravde, dakle, ne presuđuje glavni spor, već odluku o sporu donosi nacionalni sud koji komunitarno pravo primenjuje na konkretne okolnosti slučaja. Nacionalni sud može glavni spor presuditi i primenom drugog korpusa prava, ali ako ga presuđuje na osnovu komunitarnog prava odluka Suda pravde je za njega obavezna. Presuda nacionalnog suda je podvrgnuta pravnim lekovima koji su normalno raspoloživi po nacionalnom pravu.

Dejstva odluke o prethodnom pitanju nisu izričito regulisana osnivačkim ugovorima bilo da je reč o tumačenju komunitarnog prava ili o oceni valjanosti akata institucija Zajednice. U praksi je opšte prihvaćeno da odluke o tumačenju obavezuju nacionalni sud koji je uputio pitanje i da interpretativni stav Suda pravde deluje kao pravnosnažno rešenje prethodnog pitanja¹³⁵. Nacionalni sud dužan je da u konačnom presuđivanju uzme u obzir tumačenje Suda i u skladu sa njim reši spor, jer u suprotnom nije trebalo ni da zahteva tumačenje¹³⁶. Međutim, nacionalni sud ima pravo da ponovo uputi preliminarno pitanje i zatraži novo tumačenje ukoliko smatra da odlukom Suda to pitanje nije dovoljno razjašnjeno¹³⁷.

Iako odluke o tumačenju formalno ne vezuju nacionalne sudove u drugim sličnim slučajevima, smatra se da one imaju šire dejstvo¹³⁸. Nacionalni sudovi država članica po pravilu uzimaju u obzir tumačenje Suda pravde i u kasnijim

¹³⁴ Slučaj, C-314/96, Djabali, ECR, 1998, I, p.1149.

¹³⁵ V.Rakić-Vodinelić, G.Knežević, Građansko procesno pravo Evropske unije, Beograd, 1998, str.43.

¹³⁶ J.Boulouis, Droit institutionnel de l'Union européenne, Paris, 1995, p.313; R.Vukadinović, op.cit., str.135.

¹³⁷ U ovom smislu: D.Simon, op.cit., p.483; R.Vukadinović, op.cit., str.135; N.Misita, op.cit., str.559; S.Zečević, op.cit., str.254. Videti i stav Suda u slučaju, C-66/80 (International Chemical Corporation, ECR, 1981, p.1215). U slučaju 29/68 (Milchkontrol, ECR, 1969, p.165) Sud je odbio prigovor vlade Nemačke da je ranije doneta odluka o prethodnom pitanju obavezujuća za sud države članice, istakavši da je na postupajućem sudu da odluči da li je odlukom o preliminarnom pitanju dovoljno razjašnjeno sporno pitanje primene komunitarnog prava, odnosno da li je potrebno ponovo uputiti prethodno pitanje.

¹³⁸ P.Pescatore, References for preliminary ruling under Article 177 of the EEC Treaty and Co-operation between Court and National courts, Luxembourg, 1986, pp.27-28; Trabucchi, L'effet erga omnes des décisions préjudicielles rendus par la Cour de justice des Communautés européennes, Revue trimestrielle de droit européen, 1974, pp.56-76.

slučajevima koji imaju isti ili sličan pravni osnov. Tako se tumačenje Suda posrednim putem nameće svim nacionalnim sudovima i postaje sastavni deo principa komunitarnog prava.

Imajući u vidu navedeno dejstvo odluka, ne iznenađuje podatak da se najveći broj predmeta koje Sud pravde godišnje rešava upravo odnosi na predloge za odlučivanje o prethodnim pitanjima¹³⁹. Drugi važan pokazatelj značaja je činjenica da broj postupaka pribavljanja odluke o prethodnom pitanju koji se pokreću pred Sudom pravde predstavlja gotovo polovinu od ukupno do sada pokrenutih sporova pred ovim organom¹⁴⁰. Uporedo sa tim, skoro sve naznačajnije odluke Suda pravde donete su upravo na osnovu nadležnosti za odlučivanje o prethodnom pitanju. Ovaj postupak je poslužio kao instrument za definisanje osnovnih principa delovanja komunitarnog prava i njegovog odnosa sa međunarodnim i nacionalnim pravom. U okviru njega Sud je ustanovio doktrinu prema kojoj je pravo Zajednice poseban pravni sistem, različit i od nacionalnog prava država članica i od međunarodnog prava. Taj postupak iznedrio je još dva bazična koncepta: princip neposrednog dejstva i princip nadređenosti komunitarnog prava.

Da je odlučivanje o prethodnim pitanjima najpropulsivniji i ujedno najvažniji vid dosadašnje aktivnosti Suda pravde potvrđuju ocene iznete u teoriji. Smatra se da je član koji predviđa ovu vrstu nadležnosti dragulj u kruni Suda¹⁴¹ i da je to verovatno najznačajnija odredba osnivačkog ugovora¹⁴². Ona se posmatra kao najmoćnije oružje u rukama Suda kojim se koristi da bi postigao da pravo Zajednice prodre pravo u srce pravnog sistema država članica¹⁴³. Uz to, tvrdi se da kroz postupak pribavljanja odluke o prethodnom pitanju komunitarno pravo postaje deo pravne kulture država članica, istinski deo nacionalnog prava i glavni

¹³⁹ Za podatke o broju predloga za odlučivanje o prethodnom pitanju u periodu 2000-2004 videti: M.Stanivuković, op.cit., str.29.

¹⁴⁰ Treba reći da je i sam Sud pravde tome doprineo tako što je proširio krug odredaba komunitarnog prava povodom kojih se odluka o prethodnom pitanju može zatražiti. Potom je proširio krug subjekata koji imaju pravo da zatraže odluku, a postoji tendencija da se proširi krug subjekata koji su obavezni da je traže. Jednom rečju, Sud je upotrebio sva sredstva da bi ovaj kanal direktne komunikacije sa nacionalnim pravnim sistemima proširio i produbio.

¹⁴¹ P.Craig, G.de Burca, *European Union Law*, Oxford, 2003, p.432.

¹⁴² H.G.Schermers, D.F.Waelbroeck, op.cit., p.221.

¹⁴³ T.Hartley, op.cit., str. 58-59.

put kojim pojedinci mogu iskoristiti prava koja su im data komunitarnim pravom¹⁴⁴.

VI ZAKLJUČAK

Sistem pravosudne zaštite prava pojedinaca u Evropskoj uniji bio je i ostao jedna od omiljenih tema doktrine komunitarnog prava. Iako su, kao što je i za očekivati, stavovi teoretičara u mnogo čemu disonantni, nije teško razlučiti nekoliko širokoprihvaćenih stavova o efikasnosti mehanizma na kome počiva. Generalno govoreći, indirektni mehanizam pravosudne zaštite, tj. postupak pribavljanja odluke o prethodnom pitanju pokazao se daleko delotvornijim i u kvantitativnom i u kvalitativnom smislu. Najveći izazov, kada je o njemu reč, predstavlja, smatra se, složena i vremenski zahtevna procedura koja dovodi do preopterećenja Suda pravde EZ. Sve su prilike da isto stanovište dele i države članice, te su svoje zahteve za reformom pravosudnog sistema u tom pravcu i usmerile.¹⁴⁵

Direktni mehanizam pravosudne zaštite, tj. tužbe koje pojedinci mogu podneti Sudu pravde pobudio je daleko više kritičkih tonova, osobito kada je o njegovoj efikasnosti reč. Značajan deo teorije ukazuje da je aktivna legitimacija fizičkih i pravnih lica, osim u postupku po tužbi za naknadu štete, podvrgnuta strogim, pa i prekomernim ograničenjima.¹⁴⁶ Ona su takva da u određenim okolnostima čak sprečavaju ostvarenje prava pojedinaca na delotvoran pravni lek, a upravo je to pravo i sam Sud pravde smatrao jednim od kamena temeljaca zaštite ljudskih prava u EU.¹⁴⁷ Ovo široko zastupljeno stanovište naišlo je na podršku Opšteg

¹⁴⁴ J.P.Jacque, J.H.Weiler, On the Road to European Union – A New Judicial Architecture: An Agenda for Intergovernmental Conference, *Common Market Law Review*, 1990, Vol.27, p.287.

¹⁴⁵ Šire o tome: V.Knežević-Predić, Uticaj pridruživanja na razvoj i funkcionisanje pravosudnog sistema Evropske unije, rad izrađen o oviru projekta "Srbija u procesu pridruživanja EU", Fakultet političkih nauka, Beograd 2008.

¹⁴⁶ C.Harding, The Private Interest in Challenging Community Actions, 5 *European Law Review*, 1980, p.345; C.Harlow, Towards a Theory of Access for the European Court of Justice, 12, *Yearbook of European Law*, 1992, p.213; P.Craig, Legality, Standing and Substantial Review in Community Law, 14 *Oxford Journal of Legal Studies*, 1994, p.507; H.Rasmussen, Why Is Article 173 Interpreted Against Private Plaintiffs? 32, *Common Market Law Review*, 1995, p.7.

¹⁴⁷ Videti stav Suda u slučaju C-222/84 (*Marguerite Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, ECR, 1986, 1651). To će stanovište Sud ponoviti u potonjim slučajevima C-222/86 (*Heylens*, 1987, ECR, 1992, 4097) i C-97/91 (*Borelli*, ECR, 1992, I-6313). Tvorci Povelje o osnovnim pravima Evropske unije ugradili su ga u član 47 koji nosi naziv „Pravo na delotvoran lek i pravično suđenje“ (*Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Official Journal C 303 of 14 December 2007).

USTAVNE I MEĐUNARODNE GARANCIJE LJUDSKIH PRAVA

pravobranioca. Njemu se¹⁴⁸ u jednom momentu privoleo i Prvostepeni sud,¹⁴⁹ ali ne i Sud pravde.¹⁵⁰ Međutim, sve su prilike da mu još uvek uspješno odolevaju i države članice, o čemu svedoče izmene i dopune koje u ovom pogledu nudi Lisabonski ugovor.

Međutim, oba mehanizma pravosudne zaštite prava pojedinaca u Evropskoj uniji suočena su sa jednim zajedničkim izazovom koji sve više dobija na aktuelnosti. Reč je zapravo o njegovom odnosu prema drugim međunarodnim mehanizmima pravosudne zaštite ljudskih prava, a pre svega odnosu prema Evropskom sudu za ljudska prava. U tom pogledu, smatra deo doktrine¹⁵¹, dosadašnji odgovori iscrpli su svoje kapacitete.

¹⁴⁸ Slučaj C-50/2000P, UPA Union de Paljuenos Agricultores v. Council, 2002, ECR I-6681.

¹⁴⁹ Slučaj T-177/01, Jego-Ljuere et cie SA v. Commission, 2002, Common Market Law Review, p.44.

¹⁵⁰ Slučaj C-50/2000P, UPA Union de Paljuenos Agricultores v. Council, 2002, ECR I-6681.

¹⁵¹ Više o tome: V.Knežević-Predić, Some Messages of The Matthews Case: The European System of Judicial Protection of Human Rights – One, Two or ..., Zbornik "Evropski sistem zaštite ljudskih prava – iskustva i novi izazovi", Pravni fakultet, Niš, 2005, str.37-50.

Vesna Knežević-Predić, LL.D,

Professor, Faculty of Political Science, University of Belgrade

Zoran Radivojević, LL.D,

Professor, Faculty of Law, University of Nis

JUDICIAL PROTECTION OF THE RIGHTS OF INDIVIDUALS IN THE EUROPEAN UNION

Summary

Despite the fact that the EU founding treaties neither explicitly mention nor contain the catalogue of human rights, the treaties establish a specific mechanism for the judicial protection of rights of individuals. In case these rights have been violated by the EU institutions, an individual may bring a direct action before the ECJ, such as: an action for annulment, an action for failure to act, and an action for damages. As the abovementioned proceedings on these actions are initiated and terminated entirely before the ECJ, this kind of judicial protection is defined as a direct mechanism of judicial protection.

In case the rights of individuals have been infringed by the EU member states, an individual applicant may initiate a legal proceeding only before a national court as an appropriate forum; however, the national courts may thereupon refer to the ECJ requesting the Court to issue a preliminary ruling on the matter at issue. This kind of judicial protection of the rights of individuals is commonly recognized as an indirect mechanism of judicial protection, given the fact that the proceeding is both initiated and completed before a national court whereas the request for a ECJ preliminary ruling is only a separate stage or an intermediate phase in the procedure.

In practice, the ECJ preliminary ruling - as the indirect mechanism of judicial protection of the rights of individuals - has proven to be much more efficient than the direct action before the ECJ in spite of the fact that the complex and time-consuming procedure has generated an excessive caseload on the ECJ. On the other hand, the direct mechanism of judicial protection, implying actions which may be brought before the ECJ by individual applicants, has proved to be significantly less efficient. The major shortcomings of the direct mechanism of judicial protection are the strict and excessive limitations on the *locus standi* of natural and legal persons. In some circumstances, these limitations may prevent the individual applicants from exercising the right to an efficient legal remedy, which is one of the cornerstones in the human rights' protection in the European Union.

Dr Slobodanka Konstantinović-Vilić,

profesorka Pravnog fakulteta u Nišu

Dr Miomira Kostić,

profesorka Pravnog fakulteta u Nišu

ZAŠTITA ŽRTAVA TRGOVINE LJUDIMA PREMA KONVENCIJI SAVETA EVROPE ZA BORBU PROTIV TRGOVINE LJUDIMA

UDK: 343.431:341.176(4)

Apstrakt

U svom članku autorke su analizirale odredbe Konvencije Saveta Evrope za borbu protiv trgovine ljudima (CETS n° 197) koja je stupila na snagu 1. februara 2008. godine, za prvih deset država koje su ratifikovale Konvenciju, a to su: Albanija, Austrija, Bugarska, Hrvatska, Kipar, Danska, Gruzija, Moldavija, Rumunija i Slovačka, dok će u Bosni i Hercegovini, Francuskoj i Norveškoj početi da važi od 1. maja 2008. Potpisivanje Konvencije je započelo u Varšavi u maju 2005. godine, na Trećem samitu šefova država i vlada Saveta Evrope. Dokument su tada potpisale, ali ne i ratifikovale, još 24 države-članice, među kojima je i Srbija. Dokument se primenjuje na sve žrtve trgovine ljudima podjednako - žene, muškarce i decu, na sve oblike eksploatacije (seksualnu eksploataciju, prinudni rad, servitud, odstranjivanje organa itd.), kao i na sve oblike trgovine ljudima - nacionalnu i transnacionalnu, trgovinu ljudima koja jeste ili nije vezana za organizovani kriminal.

Ključne reči: trgovina ljudima, Savet Evrope, Konvencija CETS n° 197.

I UVODNA RAZMATRANJA

Na evropskom kontinentu ropstvo, kao i trgovina ljudima u cilju zasnivanja ropskog odnosa, ukinuti su pre 200 godina, ali kao pojava nisu iskorenjeni. Širom Evrope, trgovina ljudima je oblik unosnog profesionalnog/organizovanog kriminaliteta, a veliki broj vlada evropskih država ne čini dovoljno kako bi se ta pojava iskorenila.¹ Trgovina ljudskim bićima kao oblik kriminaliteta i viktimizacije,

¹ Teri Devis, Generalni sekretar Saveta Evrope je pisao: "Trgovina ljudima nije najdiskretniji oblik kriminala. Žrtve možete naći svako veče na obali kanala u blizini sedišta Saveta Evrope u Strazburu, ali i u gradovima Srbije i širom Evrope. Jaka šminka na njihovim licima ne pokriva njihovu muku i očaj. Ponekad ih policija privede i deportuje u njihove zemlje porekla. U većini slučajeva, žrtve su ponovo, i pre nego sto se osuši mastilo na

USTAVNE I MEĐUNARODNE GARANCIJE LJUDSKIH PRAVA

predstavlja organizovanu kriminalnu delatnost radi sticanja materijalne koristi, koja se sastoji od čitavog niza raznovrsnih i međusobno povezanih radnji usmerenih ka ostvarivanju istog cilja. Sagledana kao deo razgranate mreže organizovanog kriminaliteta i kao kontinuirani proces, trgovina ljudima obuhvata niz različitih kriminalnih radnji: vrbovanje i regrutacija žrtava, koje bežeći od rata, gladi i siromaštva poveruju u istinitost lažnih obećanja o bogatijem i ugodnom životu na nekom drugom mestu, u nekoj drugoj zemlji; odvođenje, prebacivanje i smeštaj žrtava, koje su dobrovoljno ili prinudno, započele svoje pakleno putovanje u obećani „raj“; posredovanje između prodavaca i kupaca – trgovaca ljudskom nesrećom; dovođenje žrtve u stanje ropstva, u zavistan i bezizlazan položaj; sistematsko podvrgavanje žrtve najsurovijim oblicima prinudnog rada i seksualne eksploatacije radi sticanja što veće zarade. Kriminalne radnje koje čine trgovinu ljudima mogu biti preduzete unutar granica jedne države, ali se, veoma često, preduzimaju na teritoriji dveju ili više država. Saglasno tome, trgovina ljudskim bićima može se kretati u nacionalnim okvirima ili imati transnacionalni, međunarodni karakter. To je kontinuirana delatnost, drastično kršenje ljudskih prava, proces koji započinje u trenutku uspostavljanja prvog kontakta sa žrtvom i traje sve dok je žrtva fizički i seksualno eksploatisana, sve dok se nalazi u podređenom položaju.

U međunarodnim okvirima trgovina ljudima je postala predmet razmatranja tokom devedesetih godina dvadesetog veka, kada je međunarodna zajednica intenzivirala rad na iznalaženju adekvatnih mehanizama za borbu protiv ove izuzetno društveno opasne pojave. Brojne aktivnosti međunarodnih organizacija, donošenje niza dokumenata u vidu preporuka, rezolucija, konvencija, protokola i deklaracija, uticali su da trgovina ljudima bude zabranjena kako na međunarodnom tako i na nacionalnom planu. Ipak, veoma mali broj zemalja ima posebne zakone protiv trgovine ljudima. Osim toga, u većini zemalja u svetu ne postoje zakonske odredbe kojima se reguliše upotreba specijalnih policijskih tehnika ili sredstava u istraživanju kompleksnih zločina, kao što je trgovina ljudima, i načina sticanja profita kriminalnih organizacija. Takođe ne postoje pravni okviri za saradnju policijskih i sudskih organa u represivnom delovanju prema trgovini ljudima. Čak i kada postoje dobri zakoni, trgovina ljudima se smatra prvenstveno kao imigracioni problem, a ne kao opasna kriminalna aktivnost, isto kao trgovina drogom ili oružjem. Pretpostavlja se da uvek postoji

dokumentima za njihovu deportaciju, prisiljene da se vrate u ropstvo, u nekom drugom delu Evrope. Nažalost, kriminalci su uvek korak ispred. Dok trgovci ljudima zarađuju velike svote, oni kojima se trguje plaćaju cenu. Iako je seksualna eksploatacija najčešći motiv trgovine ljudima, ljudska bića se prodaju i zbog prisilnog rada, izrabljivanja, kao i odstranjivanja organa". Videti:

http://www.coe.org.rs/def/news_sr_def/?conid=481, pristup 21.5.2008.

saglasnost osobe koja je prodana odnosno kupljena, pa se trgovci ljudima, ako se uopšte krivično gone, kažnjavaju blagim kaznama ili puštaju uz kauciju.²

U Republici Srbiji takođe ne postoji poseban zakon kojim bi se regulisalo kažnjavanje i sprečavanje trgovine ljudima.³ Ukazom predsednika SR Jugoslavije iz 2001. godine proglašen je Zakon o potvrđivanju Konvencije UN protiv transnacionalnog organizovanog kriminala i dopunskih protokola.⁴ Time je tadašnja država preuzela obavezu da uskladi odredbe domaćeg zakonodavstva sa međunarodnim standardima sadržanim u Konvenciji, kao i sa odredbama dodatnog Protokola o prevenciji, suzbijanju i kažnjavanju trgovine ljudima, posebno ženama i decom.⁵ Politička volja i namera države da se suprotstavi pojavi

² Videti: Kostić, M., "Normativni okvir za sprečavanje trgovine ljudima u Srbiji", *Socijalna misao*, Beograd, januar-mart 2007., br. 1, str. 88.

³ Danas je u Republici Srbiji, iako i dalje ne postoji poseban zakon za borbu protiv trgovine ljudima, zakonski priznato da je trgovina ljudima oblik organizovanog kriminaliteta i u više različitih zakonskih tekstova postoje odredbe o prevenciji, suzbijanju i kažnjavanju trgovine ljudima i zaštite oštećenih i svedoka pre, tokom i posle krivičnog postupka. Kao relevantni zakoni mogu se izdvojiti: Krivični zakonik RS („Sl. glasnik RS“, br. 85 od 6. oktobra 2005. godine), Zakonik o krivičnom postupku (kao i relevantne odredbe novog ZKP koji će se primenjivati od 1.7.2007.), Zakon o programu zaštite učesnika u krivičnom postupku („Sl. glasnik RS“, br. 85 od 6. oktobra 2005. godine), Zakon o organizaciji i nadležnosti državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala ("Sl. glasnik RS", br. 42/2002, 27/2003, 39/2003, 67/2003, 29/2004, 58/2004 - dr. zakon, 45/2005 i 61/2005), Zakon o kretanju i boravku stranaca ("Sl. list SFRJ", br. 56/80, 53/85, 30/89, 26/90 i 53/91, "Sl. list SRJ", br. 24/94, 28/96), Zakon o izmenama i dopunama Zakona o kretanju i boravku stranaca (68/2002 - dr. zakon), Zakon o prekršajima ("Sl. glasnik RS", br. 101/2005), Zakon o javnom redu i miru ("Sl. glasnik RS", br. 51/92, 53/93, 67/93, 48/94, 101/2005 - dr. zakon i 85/2005 - dr. zakon.), Zakon o zdravstvenoj zaštiti ("Sl. glasnik RS", br. 107/2005) i Zakon o administrativnim taksama ("Sl. glasnik RS", br. 43/2003, 51/2003 - ispr., 61/2005 i 101/2005 - dr. zakon).

⁴ "Sluzbeni list SRJ", Medjunarodni ugovori br. 6/2001

⁵ U Palermu u Italiji od 12. do 15. decembra 2000. godine održana je, pod okriljem Ujedinjenih nacija, medjunarodna Konferencija na visokom nivou, koja je rezultirala donošenjem Konvencije Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala (UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME), koju dopunjuju dva protokola: Protokol za prevenciju, suzbijanje i kažnjavanje trgovine ljudskim bićima, naročito ženama i decom (PROTOCOL TO PREVENT, SUPPRESS AND PUNISH TRAFFICKING IN PERSONS, ESPECIALLY WOMEN AND CHILDREN) i Protokol protiv krijumčarenja migranata kopnom, morem i vazduhom (PROTOCOL AGAINST THE SMUGGLING OF MIGRANTS BY LAND AIR AND SEA). Usaglašen je ali nije potpisan i treći akt – Protokol protiv nedozvoljene proizvodnje i trgovine vatrenim oružjem, njihovim delovima, komponentama i municijom (PROTOCOL AGAINST THE ILLICIT MANUFACTURING OF AND TRAFFICKING IN FIREARMS, THEIR PARTS AND COMPONENTS AND AMMUNITION). Ovaj Protokol je konačno usvojen 31. maja 2001. godine. Konvencija se primenjuje na sprečavanje, istragu i sudsko gonjenje teških krivičnih dela i

USTAVNE I MEĐUNARODNE GARANCIJE LJUDSKIH PRAVA

trgovine ljudima na strateški i organizovan način ispoljena je najpre 2002. godine, kada je imenovan Nacionalni koordinator za borbu protiv trgovine ljudima i formiran republički tim za borbu protiv trgovaca ljudima.

Neophodan politički milje za uključenje naše zemlje u međunarodne/evropske standarde za borbu protiv trgovine ljudima ostvaren je 3. aprila 2003. godine, kada je Državna zajednica Srbija i Crna Gora postala punopravna članica Saveta Evrope. Tokom 2004. godine Vlada RS formirala je Savet za borbu protiv trgovine ljudima. Ovo su bili bitni događaji na domaćoj političkoj sceni koji su prethodili 2005. godini, kada je Savet Evrope doneo i ponudio na potpisivanje novi, kvalitativno drugačiji međunarodni dokument, „revolucionarnu“⁶ Konvenciju Saveta Evrope za borbu protiv trgovine ljudima (CETS n° 197) (u daljem tekstu: Konvencija). Ovim dokumentom se propisuje jačanje međunarodne saradnje na sprečavanju trgovine ljudima, sudsko gonjenje trgovaca, pomoć žrtvama i stvaranje posmatračkog mehanizma kako bi se osiguralo da vlade država sprovode ono što su i potpisale.

zločina učinjenih od organizovane grupe kriminalaca, sastavljene od tri ili više lica, koja deluje kontinuirano i sporazumno radi pribavljanja finansijske ili druge materijalne koristi. Konvencija, pored organizovanih kriminalnih grupa, posebno predviđa kažnjavanje pranja novca stečenog putem kriminala, kažnjavanje kriminalne korupcije i opstrukcije pravosudja. Pored zatvorske kazne, učinocima je zaprečeno i konfiskacijom i zaplenom imovine sa obavezom država potpisnica da će usvojiti neophodne mere kako bi se omogućila identifikacija, ulaženje u trag, zamrzavanje ili zaplena te imovine. Kako se ovde radi o transnacionalnom kriminalu (krivično delo učinjeno u više država, ili je u vezi ili proizvodi bitne posledice u više država), Konvencija posebno apostrofira međunarodnu pravnu saradnju država članica u cilju otkrivanja, gonjenja, istraživanja i presudjenja tih krivičnih dela i zaplene i oduzimanja stvari i sredstava stečenih krivičnim delima (obaveštavanje i slanje podataka i dokaza, zajedničke istrage, korišćenje specijalnih istražnih tehnika, uspostavljanje kriminalnih dosijea, zaštita svedoka, viktimološka zaštita, itd.). Predviđena je mogućnost ustupanja krivičnog postupka. Sva krivična dela predviđena ovom Konvencijom podležu ekstradiciji sa obavezom država članica da ta krivična dela inkorporiraju u svoja zakonodavstva kao i u svoje buduće bilateralne ugovore o ekstradiciji. Konvencija Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala otvorena je za potpisivanje svim državama u sedištu Ujedinjenih nacija u Njujorku do 12. decembra 2002. godine. Stupa na snagu nakon što je ratifikuje, prihvati, usvoji ili joj pristupi četrdeset država. Videti opširnije: www.projuris.org, pristup: 21.5.2008.

⁶ Ovako je opisuje Teri Dejvis, Generalni sekretar Saveta Evrope. Videti: http://www.coe.org.rs/def/news_sr_def/?conid=481, pristup 21.5.2008.

II KONVENCIJA SAVETA EVROPE ZA BORBU PROTIV TRGOVINE LJUDIMA

Konvencija je data na potpisivanje na Varšavskom samitu Saveta Evrope koji je održan 16. maja 2005. godine. Samitu su prisustvovali predstavnici 46 zemalja članica Saveta Evrope i tom prilikom je usvojena Varšavska deklaracija i Akcioni plan, kao sveobuhvatni dokumenti koji su odredili način budućeg delovanja Saveta Evrope „u kontekstu dubokih promena širom evropskog kontinenta“.⁷

Donošenje Konvencije imalo je za cilj prevenciju trgovine ljudima, zaštitu žrtava i krivično gonjenje počilaca.⁸ Dokument se primenjuje na sve žrtve trgovine ljudima podjednako - žene, muškarce i decu, na sve oblike eksploatacije (seksualnu eksploataciju, prinudni rad, servitud, odstranjivanje organa itd.), kao i na sve oblike trgovine ljudima - nacionalnu i transnacionalnu, trgovinu ljudima koja jeste ili nije vezana za organizovani kriminal. Sporazum je stupio na snagu 1. februara 2008. godine za prvih deset država koje su ratifikovale Konvenciju, a to su: Albanija, Austrija, Bugarska, Hrvatska, Kipar, Danska, Gruzija, Moldavija, Rumunija i Slovačka, dok će u Bosni i Hercegovini, Francuskoj i Norveškoj početi da važi od 1. maja 2008. godine. Na Varšavskom samitu Konvenciju su potpisale, ali ne i ratifikovale, još 24 države-članice, među kojima je i Srbija.⁹

Konvencija sadrži deset poglavlja i ukupno 47 članova.

⁷ Varšavska deklaracija, usvojena na kraju sastanka, omogućuje snaženje sveevropske saradnje i solidarnosti, a istovremeno usvojeni Akcioni plan vrlo precizno tumači načine kako postići četiri glavna cilja: napredovanje zajedničkih temeljnih vrednosti - ljudskih prava, pravne države i demokratije; jačanje sigurnosti evropskih građana; izgradnju humanije i povezanije Evrope; jačanje saradnje i interakcije s drugim međunarodnim i evropskim organizacijama i institucijama. Videti:

http://www.vlada.hr/hr/naslovnica/novosti_i_najave/2005/svibanj/zavrpio_summit_vijeca_europe
pristup: 20. 5.2008.

⁸ Trgovina ljudima je globalni fenomen koji je obično povezan sa organizovanim kriminalom. Prema podacima Svetske organizacije rada, svake godine u svetu ima 2,45 miliona žrtava trgovine ljudima. Nelegalni profit koji se tom prilikom ostvaruje iznosi 33 milijarde dolara godišnje. Ovaj podatak ukazuje na to da je trgovina ljudima treća najprofitabilnija kriminalna aktivnost, posle trgovine drogom i oružjem. Videti:

<http://www.wunrn.com>
http://www.coe.int/t/dc/press/noteRedac2008/20080123_traite_en.asp
pristup: 13.5.2008.

⁹ Videti:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=197&CM=11&DF=5/22/2008&CL=ENG>, pristup 22.5.2008.

USTAVNE I MEĐUNARODNE GARANCIJE LJUDSKIH PRAVA

U Preambuli Konvencije posebno se ukazuje na značaj međunarodnih dokumenata, preporuka, okvirnih odluka i konvencija usvojenih od strane Ujedinjenih nacija, Evropske Unije i Saveta Evrope.¹⁰

U Prvom poglavlju, „Ciljevi, polje delovanja, nediskriminatorni principi i definicije“, u članovima od 1-4, kao ciljevi donošenja Konvencije propisani su: prevencija i borba protiv trgovine ljudima, pri čemu se garantuje rodna ravnopravnost; zaštita ljudskih prava žrtava trafikovanja, kreiranjem razumljivog okvira za zaštitu i pomoć žrtvama i svedocima, uz garantovanje rodne ravnopravnosti, kao i obezbeđenje efikasne istrage i progona; i, unapređenje međunarodne saradnje u borbi protiv trgovine ljudskim bićima. Pri tome, u cilju obezbeđenja uspešne implementacije ovih mera kod zemalja potpisnica Konvencije, samim dokumentom ustanovljava se poseban mehanizam nadgledanja/ monitoringa ovog procesa (čl. 1).

Konvencija se primenjuje na sve oblike trgovine ljudskim bićima, bez obzira da li se odvija na nacionalnom ili međunarodnom planu i nezavisno od toga da li jeste ili nije povezano sa organizovanim kriminalitetom (čl.2). Zaštita i zastupanje prava žrtava moraju biti obezbeđeni bez ikakve diskriminacije koja bi bila zasnovana na polu, rasi, boji kože, religiji, političkom ili drugom mišljenju, nacionalnom ili socijalnom poreklu, pripadnosti nacionalnim manjinama, imovini, rođenju ili nekom drugom statusu (čl.3). Kao posebno važna tačka ovog poglavlja ističe se određivanje (definisanje) pojava i statusa osoba koje su učesnici u procesu trafikovanja ljudskim bićima. Tako, „trgovina ljudskim bićima“ („trafficking in human beings“) znači: regrutovanje, transport, prenošenje, sklanjanje ili primanje osoba, uz primenu pretnje ili upotrebu sile ili drugih oblika prinude, otmice, prevare, obmane, zloupotrebe moći ili pozicije ranjivosti ili davanja ili primanja novca ili povlastica da bi se postigao pristanak osobe, imajući pri tome kontrolu nad drugom osobom, u cilju eksploatacije. Eksploatacija obuhvata: eksploataciju prostituisanjem drugih osoba ili druge oblike seksualne eksploatacije, prinudni rad ili uslugu, ropstvo ili praksu sličnu ropstvu, robiju ili odstranjivanje organa, pri čemu je irelevantan pristanak žrtve.

Prema tekstu Konvencije „detetom“ se smatra osoba ispod osamnaest godina starosti, dok je „žrtva“ bilo koje fizičko lice koje je predmet trgovine ljudima. Regrutovanje, transport, prenošenje, sklanjanje ili primanje deteta u cilju eksploatacije smatra se „trgovinom ljudskim bićima“, čak i kada to ne uključuje bilo koji od opisanih postupaka (čl. 4).

¹⁰ Videti detaljnije: Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, Warsaw, 16.V.2005., Preamble
<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/197.htm>

Drugo poglavlje nosi naziv „Prevencija, saradnja i druge mere za sprečavanje trgovine ljudskim bićima“ (čl. 5-9). U okviru ovog poglavlja istaknuto je da je svaka strana obavezna da primeni mere u cilju uspostavljanja ili jačanja nacionalne koordinacije između različitih tela koja su odgovorna za prevenciju i borbu protiv trgovine ljudima. Takođe, svaka strana je dužna da ustanovi i/ili jača efikasne policijske mere i programe u cilju prevencije trgovine ljudskim bićima. To bi bile sledeće mere: istraživanja, informacije, kampanje za podizanje svesti građana i edukacije, socijalne i ekonomske inicijative i programi treninga, pogotovu primenjene prema osobama pogodnim da postanu žrtve trgovine ljudima i prema profesionalcima koji se susreću sa ovom pojavom. Prilikom primene takvih mera, svaka strana mora da promoviše pristup zasnovan na poštovanju ljudskih prava, rodne ravnopravnosti i potreba dece prilikom razvijanja, implementacije i procene određenih policijskih i drugih programa. Takođe je neophodno da svaka strana obezbedi legalne migracije stanovništva, putem širenja preciznih informacija od strane relevantnih službi, pod uslovima koji omogućavaju legalan ulazak u zemlju i boravak na njihovoj teritoriji (čl.5).

Dalje, u ovom poglavlju Konvencija sadrži opis mera koje treba da odvrata od situacija koje osnažuju sve forme eksploatacije, posebno žena i dece i vode ka trafikovanju osoba. To uključuje: istraživanje dobre prakse, metoda i strategija; podizanje svesti o odgovornosti i važne uloge medija i civilnog društva u otkrivanju korena trafikovanja; uključivanje vlasti i kreatora politike u ciljanu informacione kampanje; primenjivanje preventivnih mera, kao što su edukativni programi za dečake i devojčice tokom njihovog školovanja, kojima se naglašava neprihvatljivost diskriminacije zasnovane na polu i njene uništavajuće posledice, važnost rodne ravnopravnosti i dostojanstva i integriteta svakog ljudskog bića (čl.6).

Konvencija predviđa i mere koje se primenjuju na graničnim prelazima, bez ugrožavanja slobodnog kretanja osoba, a koje su neophodne da bi se sprečila trgovina ljudima. Merama se obuhvataju i obaveze u odnosu na prevoz robe. Kompanije za transport robe ili vlasnika ili operatera bilo koje vrste transporta, treba da konstatuju ispravnost putničkih dokumenata, neophodnih za ulazak u zemlju destinacije, a da takođe u slučaju nepoštovanja ove obaveze budu primenjene odgovarajuće sankcije. U primeni bilo koje od ovih mera države su obavezne da obezbede saradnju pograničnih službi, ustanovljavanjem neposrednih komunikacionih veza (čl. 7). Bezbednost i kontrola dokumenata podrazumevaju da putne i lične isprave budu takvog kvaliteta da ne mogu lako da se zloupotrebe, falsifikuju, ilegalno preprave, zamene ili izdaju (čl. 8). Kao poslednju meru u ovom Poglavlju, Konvencija propisuje da države potpisnice, u skladu sa unutrašnjim propisima, provere u razumnom vremenu legitimnost i validnost putnih i ličnih isprava, izdatih ili za koje se tvrdi da su bile izdate na nečije ime i za koje se sumnja da se koriste u cilju trgovine ljudima (čl.9).

U Trećem poglavlju „Mere zaštite i promovisanja prava žrtava, garantovanjem rodne ravnopravnosti“ detaljno se propisuju postupci za ostvarenje tih ciljeva (čl.

USTAVNE I MEĐUNARODNE GARANCIJE LJUDSKIH PRAVA

10-17). Najpre, u čl. 10 Konvencija propisuje postupak identifikacije žrtava. Svaka država potpisnica mora da obezbedi kompetentnu vlast u kojoj će biti osobe koje su prošle obuku i kvalifikovane su da preveniraju i sprečavaju trgovinu ljudima, prepoznajući žrtve i pomažući žrtvama, posebno deci. Takođe će osigurati međusobnu saradnju različitih državnih organa kao i njihovu saradnju sa relevantnim organizacijama za pružanje podrške. Sve te postupke treba preduzeti u cilju identifikacije žrtava u valjano primenjenom postupku kako bi se odredila posebna situacija u kojoj se nalaze žene žrtve i deca žrtve.

Od ključne važnosti za žrtvu koja je bila predmet trgovine ljudima, je obaveza svake strane ugovornice, da, ukoliko ovlašćeni organi imaju osnova da veruju da je neka osoba žrtva trgovine ljudima, tu osobu ne udalje sa svoje teritorije sve dok traje identifikovanje procesa izvršenja krivičnog dela, i dok se taj proces ne završi do kraja u skladu sa čl. 18 Konvencije, i dok žrtva ne dobije svu potrebnu pomoć (čl. 2). Ukoliko ne postoji sigurnost oko utvrđivanja godina starosti žrtve, a postoje razlozi koji upućuju na to da se radi o detetu, ta će se osoba na dalje tretirati kao dete i prema njoj će biti primenjene sve mere zaštite koje su odredbama ove Konvencije propisane za decu žrtve trgovine ljudima. U slučaju da dete bez pratnje bude identifikovano kao žrtva, svaka strana će preduzeti sledeće postupke: obezbediti zakonskog zastupnika, organizaciju ili državni organ koji će raditi u najboljem interesu deteta; preduzeti neophodne korake radi utvrđivanja njenog/njegovog identiteta i nacionalnosti; učiniti svaki napor da lokalizuje njenu/njegovu porodicu ukoliko je to u najboljem interesu deteta.

Dalje, Konvencijom se propisuju neophodne mere radi zaštite privatnog života i identiteta žrtve (čl. 11). U tom smislu, svaka država potpisnica mora da obezbedi, u svakom pojedinačnom slučaju, da identitet ili detalji koji dozvoljavaju identifikaciju deteta koje je žrtva trgovine ljudima, ne budu dostupni javnosti, kroz medije ili na bilo koji drugi način, osim, u izuzetnim okolnostima kada je to neophodno da bi se ušlo u trag porodici deteta ili u drugim slučajevima obezbeđenja ili zaštite deteta.

Takođe, utvrđena je obaveza država potpisnica da usvoje zakonske ili druge mere koje bi bile neophodne da se žrtvi pomogne u njenom fizičkom, psihičkom ili društvenom oporavku. To podrazumeva: poboljšanje standarda života, poput nalaženja sigurnog smeštaja, pružanje psihološke i materijalne podrške; pristup hitnoj medicinskoj pomoći; usluge prevođenja; savete i informacije, posebno u odnosu na njihova zakonska prava i službe koje su im dostupne i to na jeziku koji razumeju; pomoć prilikom zastupanja u ostvarivanju njihovih prava i interesa u određenim fazama krivičnog postupka protiv okrivljenih; pristup odgovarajućem obrazovnom procesu za decu.

Konvencija predviđa da je neophodno da se u unutrašnje zakonodavstvo ugrade: pravila, prema kojima žrtva može da boravi punopravno na teritoriji te države uz pravo da ima pristup tržištu rada, obukama za profesionalno osposobljavanje i obrazovanje; mere, kojima se omogućava saradnja sa NGO kao i drugim

relevantnim organizacijama ili drugim činiocima civilnog društva koji su angažovani u pružanju pomoći žrtvama; zakonodavne i druge mere, koje bi bile neophodne da osiguraju pomoć žrtvi kada nisu ostvareni uslovi njene/njegove dobrobiti da postupa kao svedok. Naravno da je za ispunjenje svih ovih obaveza neophodno da države potpisnice obezbede usaglašene informacione baze podataka, u skladu sa posebnim potrebama osoba koje su u vulnerabilnoj poziciji, kao i prava deteta u cilju smeštaja, edukacije i odgovarajuće zdravstvene zaštite (čl. 12). Dalje, Konvencijom je propisano da unutrašnji propisi moraju da predvide period oporavka i posmatranja žrtve u trajanju od najmanje trideset dana, kada postoji razumna osnova da se veruje da je određena osoba žrtva. Taj će period biti dovoljan za određenu osobu da se oporavi i spasi se od uticaja trafikera i/ili da donese jednu obrazloženu odluku o saradnji sa kompetentnim državnim organima. Tokom toga perioda neće biti moguće da se žrtva prisiljava na postupanje po bilo kojoj naredbi koja bi bila uperena protiv nje. Ova će se odredba primeniti ukoliko nije u suprotnosti sa aktivnostima koje preduzimaju nadležni državni organi u svim fazama postupka propisanim nacionalnim zakonodavstvom, pogotovu kada je u pitanju istraga i progon učinilaca. Tokom toga perioda, država mora dozvoliti da dotična osoba ostane na njenoj teritoriji (čl. 13).

Sledeća odredba odnosi se na dozvolu boravka u zemlji destinacije (čl. 14). Naime, države potpisnice će produžiti dozvolu boravka žrtvama u jednoj ili drugoj od dve moguće situacije ili u obe situacije: ako nadležni organ smatra da je njihov ostanak neophodan uzimajući u obzir njihovu ličnu situaciju; i/ili, ako nadležni organ smatra njihov ostanak neophodnim u cilju njihove saradnje sa nadležnim organima prilikom sprovođenja istrage ili vođenja krivičnog postupka. Ako je žrtva dete, ukoliko je to zakonski neophodno, dozvola boravka biće izdata u cilju ostvarenja najboljeg interesa deteta i, ako je pogodno, obnovljena pod istim uslovima. Odbijanje davanja produžetka dozvole boravka ili njeno oduzimanje je predmet ispunjenja uslova koje propisuje nacionalno zakonodavstvo države potpisnice. Žrtve trgovine ljudima imaju pravo, prema čl. 15 Konvencije, na kompenzaciju i zakonsko obeštećenje. U tom smislu, države potpisnice imaju obaveze da: osiguraju da žrtve imaju pristup, od trenutka svog prvog kontakta sa nadležnim organima, na informacije o relevantnim zakonskim i administrativnim postupcima na jeziku koji mogu da razumeju; obezbede pravo na pravnu pomoć i besplatni pravni savet za žrtve, pod uslovima propisanim unutrašnjim pravom; obezbede, u skladu sa domaćim propisima, pravo žrtve na kompenzaciju od učinioca; usvoje zakonske i druge mere neophodne da garantuju kompenzaciju žrtvama u skladu sa uslovima koje propisuje domaće zakonodavstvo, na primer ustanovljavanjem fonda za kompenzaciju žrtvama ili mera ili programa čiji je cilj društvena pomoć ili društvena reintegracija žrtava.

U ovom Poglavlju, u čl. 16 propisani su uslovi repatrijacije i povratka žrtava. Naime, država potpisnica čije je nacionalnosti žrtva ili u kojoj je ta osoba stekla pravo na stalni boravak u vreme ulaska na teritoriju druge države potpisnice, kao zemlje destinacije, će uz dužno poštovanje njenih/njegovih prava, sigurnosti i

USTAVNE I MEĐUNARODNE GARANCIJE LJUDSKIH PRAVA

dostojanstva, olakšati i prihvatiti, njen/njegov povratak bez nepotrebnog ili nerazumnog odlaganja. Kada država potpisnica vrati žrtvu u neku drugu državu, taj povratak će se odigrati uz dužno poštovanje prava, sigurnosti i dostojanstva te osobe, kao i uz dužno poštovanje statusa zakonske procedure koja se odnosi na činjenicu da je ta osoba žrtva. Na zahtev zemlje destinacije, zemlja kojoj je zahtev upućen, biće dužna da verifikuje da li je osoba njene nacionalnosti ili ima dozvolu stalnog boravka na njenoj teritoriji u vreme ulaska na teritoriju zemlje destinacije.

U cilju olakšanja povratka žrtve, koja ne poseduje podesnu dokumentaciju, država čije je nacionalnosti ta osoba ili u kojoj ta osoba ima pravo stalnog boravka u vreme ulaska na teritoriju zemlje destinacije će se saglasiti da obezbedi, na zahtev zemlje destinacije, potrebna putnička dokumenta ili druge potvrde koje mogu da budu neophodne da omogućе da ta osoba putuje i ponovo se vrati na njenu teritoriju.

Svaka strana će ugraditi u svoje zakonodavstvo one neophodne mere koje ustanovljavaju program repatriacije, uključujući relevantne nacionalne i međunarodne institucije i nevladine organizacije. Ovi programi imaju za cilj da onemoguće reviktimizaciju. U tom smislu, svaka će država učiniti najveći napor da olakša reintegraciju žrtava unutar društva u državi povratka, uključujući reintegraciju u obrazovni sistem i tržište rada, posebno kroz sticanje i napredovanje u njihovim profesionalnim veštinama. Ukoliko su u pitanju deca, ovi programi moraju obuhvatiti uživanje u pravu na obrazovanje i mere kao što su: obezbeđenje adekvatne brige ili prihvata u porodici ili pogodne strukture koje bi detetu pružile staranje. Inače, deca žrtve neće biti vraćena u državu ukoliko postoji indikacija, praćena rizikom i odsustvom bezbednosti, da takav povratak neće biti u najboljem interesu deteta.

Na kraju ovog Poglavlja, u čl. 17, propisano je da sve nabrojane mere i postupci moraju biti razvijani, implementirani i određivani uz puno poštovanje i promovisanje rodne ravnopravnosti učesnika.

U narednom, Četvrtom poglavlju, pod nazivom „Samostalno krivično pravo“, u čl. 18-26, Konvencija propisuje sva postupanja državnih organa u zemljama potpisnicama Konvencije u kojima se primenjuju krivičnopravne odredbe. Najpre se, u čl. 18-20 propisuje neophodnost *kriminalizacije* sledećih postupka u domaćem zakonodavstvu, kao što su: trgovina ljudima, korišćenje usluga žrtve koje su objekat eksploatacije i postupaka koji se odnose na putne i lične isprave, poput falsifikovanja, nabavljanja ili obezbeđivanja takvih isprava i zadržavanje, otklanjanje, sakrivanje, uništavanje ili oštećivanje putnih ili ličnih isprava druge osobe. Kao krivično delo mora se inkriminisati i ono ponašanje koje se odnosi na postupanje saučesnika u procesu trafikovanja ljudi, kao i na pokušaj izvršenja dela (čl.21). Sledeći član 22 propisuje *korporativnu odgovornost*, odnosno odgovornost pravnog lica za učešće u trgovini ljudima.

Države potpisnice su dužne da u svoja zakonodavstva ugrade odredbe o tome da pravno lice može biti odgovorno za krivično delo ustanovljeno u skladu sa

odredbama ove Konvencije. Krivično delo može da izvrši fizičko lice koje ima vodeću poziciju unutar pravnog lica, u korist pravnog lica, postupajući bilo individualno bilo kao deo organa pravnog lica, koristeći moć predstavljanja u ime pravnog lica, ovlašćenja da donosi odluke u korist pravnog lica i ovlašćenja da sprovodi kontrolu unutar pravnog lica. Takođe, pravno lice će biti odgovorno i u slučaju kada je do izvršenja krivičnog dela od strane fizičkog lica došlo usled nedostatka nadgledanja ili kontrole. Odgovornost pravnog lica ne isključuje krivičnu odgovornost fizičkog lica koje je počinilo zločin.

U čl. 23 Konvencije propisane su *sankcije i mere* koje moraju biti ugrađene u domaća zakonodavstva u slučaju izvršenja krivičnog dela trgovine ljudima. Sankcija prema fizičkom licu mora biti kazna zatvora, uz mogućnost ekstradicije. Prema pravnom licu sankcija treba da bude efikasna, proporcionalna i odvraćajuća krivična ili nekrivična kazna ili mera, uključujući i one monetarne prirode. Domaće zakonodavstvo treba da omogući primenu mera kojima se mogu konfiskovati ili na drugi način oduzeti instrumenti i postupci nastali iz izvršenja krivičnog dela, kao i onih mera kojima se omogućava privremeno ili stalno zatvaranje bilo kog objekta koji je bio korišćen za trgovinu ljudima, bez štete na prava *bona fide* trećih lica ili lišiti učinioca, privremeno ili stalno, vršenja aktivnosti na način koji je doveo do izvršenja krivičnog dela.

Dalje, Konvencija predviđa *otežavajuće okolnosti* (čl. 24) koje se moraju uzeti u obzir prilikom kažnjavanja učinioca. Te otežavajuće okolnosti su sledeće: ako je izvršenim delom namerno ili grubom nepažnjom doveden u opasnost život žrtve; ako je delo učinjeno protiv deteta; kada je delo izvršio državni zvaničnik u sklopu svojih zaduženja; ako je delo učinjeno unutar postupanja kriminalne organizacije. Otežavajuća okolnost je takođe postojanje specijalnog povrata (čl. 25). Žrtvi neće biti izrečena kazna za njeno učešće u ilegalnoj aktivnosti, na koju je bila prisiljena (čl. 26).

Poglavlje peto, pod nazivom „Istraga, procesuiranje i procesno pravo“, u čl. 27-31, propisuje sve relevantne postupke za države potpisnice Konvencije koji se odnose na primenu krivičnog postupka prema učiniocima krivičnog dela trgovine ljudima. Najpre se propisuje da prilikom procesuiranja dela predviđenih Konvencijom istraga neće zavisiti od prijavljivanja od strane žrtve, već se vodi *ex officio*. Države potpisnice moraju osigurati da žrtve trafikovanja na njihovoj teritoriji, koja nije ista kao i teritorija države gde žrtve prebivaju, mogu da ulože žalbu pre nego što to učine ovlašćeni organi države prebivališta. Ovlašćeni organ kome je žalba upućena, čak i kada on sam ne poseduje ovlašćenja u tom slučaju, će proslediti žalbu bez odlaganja ovlašćenom organu države na čijoj je teritoriji delo učinjeno. Žalba treba da bude sastavljena u skladu sa unutrašnjim pravom države u kojoj je delo počinjeno. Takođe, država mora da obezbedi u skladu sa uslovima predviđenim njenim unutrašnjim pravom mogućnost, bilo kojoj grupi, fondaciji, asocijaciji ili nevladinoj organizaciji čiji je cilj borba protiv trgovine ljudima ili zaštita ljudskih prava, da one pomažu i/ili podržavaju žrtvu uz njen

USTAVNE I MEĐUNARODNE GARANCIJE LJUDSKIH PRAVA

pristanak tokom trajanja krivičnog postupka u odnosu na krivična dela trafikovanja ljudi.

U čl. 28 propisana je zaštita žrtava, svedoka i saradnika od strane sudskih vlasti. U tom smislu, države su dužne da obezbede efikasnu i adekvatnu zaštitu od moguće osvete ili zastrašivanja, posebno za vreme i posle istrage i procesuiranja učinilaca, i to za: žrtve; one koji prijavljuju izvršenje dela ili na drugi način saraduju sa istražnim organima ili organima gonjenja; svedoke koji daju svedočenja u odnosu na izvršeno krivično delo; i u odnosu na članove porodica navedenih osoba. Zaštita može biti pružena kao fizička, zatim promena mesta prebivališta, promena identiteta i pomoć prilikom dobijanja zaposlenja.

Detetu žrtvi treba pružiti posebnu zaštitu, uzimajući u obzir najbolji interes deteta. Istoj zaštiti, tokom procesa istrage ili suđenja, mogu biti izložena i lica-pripadnici određenih grupa, udruženja ili nevladinih organizacija koje učestvuju u postupku u skladu sa čl. 27 Konvencije. Konvencijom su predviđene mere koje je neophodno preduzeti da bi se obezbedilo da osobe ili entiteti koji se bore protiv trgovine ljudima i zaštitom žrtava budu posebno obučeni za to. Obavezno je da takve osobe ili entiteti imaju obezbeđenu nezavisnost u radu u skladu sa osnovnim principima pravnog sistema države potpisnice, kako bi mogli da efikasno obavljaju svoje dužnosti, oslobođeni bilo kakvog neprikladnog pritiska. Naravno da je neophodno da im budu na raspolaganju finansijski izvori, kao i dostupnost programima obuke.

Usvajanje zakonskih mera uticalo bi na uspostavljanje saradnje između policijskog postupanja i postupanja vladinih odeljenja i drugih državnih službi u cilju borbe protiv trgovine ljudima, a ako je neophodno potrebno je ustanoviti i koordinaciona tela. Obučavanje osoba koje učestvuju u borbi protiv trgovine ljudima treba da obuhvati: metode kojima se prevenira takva vrsta trgovine, procesuiranje trafikera i zaštita prava žrtava, uključujući i zaštitu žrtava od trafikera. Neophodno je podnostiti izveštaje na nacionalnom nivou ili ustanoviti druge mehanizme za praćenje aktivnosti preduzetih protiv trafikovanja na nivou državnih institucija (čl. 29).

U skladu sa odredbama Konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, posebno u čl. 6, svaka država potpisnica moraće da u svoje nacionalno zakonodavstvo ugradi norme i druge mere koje su neophodne da osiguraju vođenje krivičnog postupka: zaštitu privatnog života žrtve, pa čak ukoliko je to neophodno, i njenog identiteta; obezbediti sigurnost i zaštitu žrtve od zastrašivanja, a posebno zaštitu interese deteta-žrtve (čl.30). Jurisdikcija države potpisnice u slučaju bilo kog krivičnog dela propisanog u skladu sa Konvencijom biće ustanovljena ukoliko je delo izvršeno na njenoj teritoriji ili na granici, na brodu koji plovi pod njenom zastavom ili na granici gde je registrovan vazduhoplov po zakonom te zemlje; ili ako je zločin izvršen od strane osobe koja ima državljanstvo te države ili je osoba bez državljanstva koja ima boravište na njenoj teritoriji, u slučaju kada je delo kažnjivo prema zakonu zemlje gde je

izvršeno ili je zločin izvršen van teritorijalne jurisdikcije bilo koje države; protiv njenog državljanina. Svaka država može, u vreme kada potpisuje ili deponuje svoj instrument ratifikacije, prihvatanja, odobravanja ili pristupa, deklaracijom upućenom Generalnom sekretaru Saveta Evrope, proglasiti da ona rezerviše pravo da ne uputi molbu ili da uputi molbu samo u posebnim slučajevima ili uslovima o navedenim pravilima jurisdikcije. Svaka država mora da usvoji one mere koje će možda biti neophodne da se uspostavi jurisdikcija nad učinocima, u slučajevima kada je navodni učinilac prisutan na njenoj teritoriji i kada ga država ne isporučuje drugoj državi, jedino na osnovu njenog/njegovog državljanstva, posle učinjenog zahteva za ekstradiciju. Kada više od jedne države zahteva jurisdikciju nad navodnim izvršenim zločinom, uključene strane će se, kada je to pogodno, konsultovati u cilju postizanja najprikladnije jurisdikcije za krivični progon. Bez štete po opšte norme unutrašnjeg prava, ova Konvencija ne isključuje bilo koju krivičnu jurisdikciju koja se primenjuje u državi potpisnici u skladu sa unutrašnjim pravom.

U Šestom poglavlju pod nazivom „Međunarodna saradnja i saradnja sa civilnim društvom“, u čl. od 32-35 propisani su *opšti principi i mere za međunarodnu saradnju, mere koje se odnose na osobe u opasnosti i nestale osobe, informacije i saradnja sa civilnim društvom*. Države će sarađivati jedna s drugom, u skladu sa odredbama ove Konvencije i kroz ugradnju relevantnih međunarodnih i regionalnih instrumenata, aranžmana saglasnosti na osnovu ujednačenog i recipročnog zakonodavstva i unutrašnjeg prava, na najširi mogući način, u cilju da: spreče i bore se protiv trgovine ljudskim bićima, spreče i obezbeđuju pomoć žrtvama; istražuju i procesuiraju izvršene nedozvoljene radnje u skladu sa odredbama ove Konvencije (čl. 32).

U slučajevima kada država potpisnica ima razumni osnov da veruje da je život, sloboda ili fizički integritet osobe (u skladu sa čl. 28, deo 1) u trenutnoj opasnosti na teritoriji druge države potpisnice, država koja poseduje informaciju će, u slučaju hitnosti, proslediti to bez oklevanja drugoj državi da bi ona preduzela odgovarajuće mere zaštite. Zemlje potpisnice mogu razmotriti obnavljanje svoje saradnje u potrazi za nestalim osobama, posebno kada su u pitanju deca, ako raspoložive informacije vode ka uverenju da je ona/on žrtva trgovine ljudima. U tom smislu, države mogu zaključivati bilateralne ili multilateralne ugovore jedna sa drugom (čl. 33). Zemlja kojoj je upućen zahtev mora neodložno informisati zemlju koja je uputila zahtev o konačnom rezultatu svoje akcije preduzete po ovim odredbama, kao i o bilo kojim okolnostima koje čine nemogućim da se izvede akcija koja se ne treba odlagati. Država potpisnica može, unutar granica svoga unutrašnjeg prava, bez prethodnog zahteva, proslediti drugoj zemlji informaciju do koje je došla tokom svoje sopstvene istrage kada se čini da otkriće u toj informaciji može pomoći zemlji primaocu informacije u pokretanju ili sprovođenju istrage ili postupka koji se tiču krivičnih dela inkriminiranih prema odredbama ove Konvencije ili mogu dovesti do zahteva za uspostavljanje saradnje od strane druge države. Pre pribavljanja takve informacije, država koja pribavlja informaciju može zahtevati da ona bude tajna ili korišćena samo uz

USTAVNE I MEĐUNARODNE GARANCIJE LJUDSKIH PRAVA

određene uslove. Ako država koja dobija informaciju ne može da pristane na takav zahtev, ona će o tome obavestiti zemlju koja pribavlja informaciju, koja će zatim odlučiti da li će bez obzira na to proslediti informaciju. Ako država koja prima informaciju prihvati informaciju pod posebnim uslovima, onda će ona i sigurati za nju. U borbi protiv trgovine ljudima neophodno je propisati i odgovarajuću saradnju sa civilnim društvom. Zato se u čl. 35 Konvencije propisuje da će svaka strana potpisnica ohrabrivati državne organe i javne radnike da sarađuju sa nevladinim organizacijama, drugim relevantnim organizacijama i članovima civilnog društva u procesu ustanovljavanja strateške saradnje sa ciljem ostvarivanja svrhe Konvencije.

Sledeće, Sedmo poglavlje pod nazivom „Mehanizam monitoringa“ propisuje koje su sve mere neophodne za nadgledanje procesa borbe protiv trgovine ljudima. Najpre su u čl. 36 propisani principi po kome treba da postupa Grupa eksperata u borbi protiv trgovine ljudskim bićima („GRETA“). GRETA će ujedno obavljati i proces monitoringa. Ova se grupa sastoji od najmanje deset, a najviše petnaest članova, pri čemu će se uzeti u obzir rodna i geografska zastupljenost predstavnika zemalja potpisnica, kao i multidisciplinarnost stručnjaka koji će činiti sastav grupe. Izabrani predstavnici u svome radu rukovodiće se sledećim principima: oni će biti izabrani među ljudima visokih moralnih kvaliteta, poznatih po svojoj prepoznatljivoj stručnosti na polju ostvarivanja ljudskih prava, pomoći i zaštiti žrtava i po delovanju na polju borbe protiv trgovine ljudima ili po tome što poseduju profesionalno iskustvo na polju koje određuje ova Konvencija; oni će postupati u sklopu svojih individualnih sposobnosti i biće nezavisni i nepristrasni u sprovođenju svojih dužnosti i biće sposobni da iznesu svoja zaduženja na jedan istinski način; ne mogu dva člana Grupe biti iz iste države; oni treba da predstavljaju osnovne pravne sisteme.

Komitet ministara pri Savetu Evrope je taj koji treba da sprovede izbornu proceduru, posle obavljenih konsultacija, kao i posle dobijanja jednoglasne saglasnosti država potpisnica, za period od jedne godine posle stupanja na snagu Konvencije. GRETA treba da usvoji svoja sopstvena pravila procedure. Komitet strana potpisnica treba da bude sastavljen od predstavnika Komiteta ministara Saveta Evrope od država članica i potpisnica Konvencije i reprezenata strana koje su potpisale Konvenciju a nisu članice Saveta Evrope. Komitet strana potpisnica saziva Generalni sekretar Saveta Evrope. Njihov prvi sastanak treba da se održi u periodu od jedne godine od stupanja na snagu Konvencije, u cilju da se izaberu članovi GRETA. On će se zatim sastajati ukoliko trećina strana ugovornica, predsednik GRETA ili Generalni sekretar to zahtevaju. Pri tome, Komitet strana ugovornica će usvojiti svoja sopstvena pravila procedure. U čl. 38 regulisana je procedura evaluacije. Naime, procedura evaluacije će se odnositi na strane ugovornice Konvencije i biće odvojena po rundama, u trajanju koje odredi GRETA. Na početku svake runde GRETA će izdvojiti posebne odredbe na kojima će se zasnovati procedura evaluacije.

U postupku evaluacije GRETA će: definisati najprikkladnija sredstva za izvođenje evaluacije. Na primer posebno konstruisati upitnik i uputiti ga svim stranama ugovornicama; pripremiti nacrt izveštaja sa analizom koja se odnosi na implementaciju mera na kojima se zasniva evaluacija, kao i sugestije i predloge o načinu na koji strane ugovornice mogu postupati sa problemima koji su identifikovani. Nacrt evaluacije se dostavlja strani kod koje se obavlja evaluacija. GRETA će usvojiti njen izveštaj i zaključke koji se odnose na mere koje je preduzela strana ugovornica u cilju implementacije odredbi Konvencije, pri čemu će se izveštaj i zaključci koje načini GRETA učiniti dostupnim javnosti od njihovog usvajanja, zajedno sa eventualnim komentarima koje načini dotična strana ugovornica. GRETA može: zahtevati informacije od civilnog društva; organizovati, u saradnji sa nacionalnim organima vlasti i „kontakt osobom“ posetu državi, pri čemu pomoć mogu pružati stručnjaci iz različitih oblasti; Komitet strana ugovornica može usvojiti, na osnovu raporta i zaključaka koje je načinila GRETA, preporuke koje se odnose na stranu ugovornicu (onu kod koje je vršena evaluacija) koje se odnose na mere koje treba preduzeti da bi se implementirali zaključci GRETA, i ukoliko je neophodno, ustanoviti datum za podnošenje informacije o njihovoj implementaciji, sa ciljem promovisanja saradnje sa zemljom ugovornicom u cilju ispravne implementacije Konvencije.

U Osmom poglavlju „Odnosi sa drugim međunarodnim instrumentima“, kroz samo dva člana 39-40, Konvencija reguliše odnos prema Protokolu u cilju sprečavanja, zabranjivanja i kažnjavanja trgovine ljudskim bićima, posebno ženama i decom, dopunjujući Konvenciju UN protiv transnacionalnog organizovanog kriminaliteta. U odnosu na druge međunarodne instrumente, Konvencija neće uticati na prava i obaveze koji proističu iz drugih međunarodnih instrumenata prema kojima sadašnje ili buduće strane ugovornice Konvencije imaju zasnovan ugovorni odnos i koji sadrže odredbe o pitanjima koja su regulisana Konvencijom i kojima se obezbeđuje veća zaštita i pomoć žrtvama trafikovanja. Pri tome, strane ugovornice Konvencije mogu zaključiti bilateralne ili multilateralne ugovore o pitanjima kojima se bavi Konvencija, u cilju dopune ili jačanja njenih odredbi ili olakšavanja primene principa koji su ugrađeni u nju. Predviđeno je da nijedna odredba Konvencije neće uticati na prava, obaveze i odgovornosti država i pojedinaca po odredbama unutrašnjeg prava, međunarodnog humanitarnog prava, međunarodnih ljudskih prava kao i, kada je to prihvatljivo po odredbama Konvencije iz 1951. i Protokola iz 1967. na status izbeglica.

U Devetom poglavlju pod nazivom „Amandmani na Konvenciju“ (čl. 41) propisan je postupak predlaganja i usvajanja amandmana na dokument. Bilo koji predlog amandmana na ovu Konvenciju koji podnese strana ugovornica treba da bude saopšten Generalnom sekretaru Saveta Evrope, koji će ga proslediti državama članicama Saveta Evrope, svakom potpisniku, svakoj državi ugovornici, Evropskoj uniji, svakoj državi kojoj je upućen poziv da potpiše ovu konvenciju u skladu sa čl. 42 i svakoj državi koja je pozvana da pristupi Konvenciji u skladu sa odredbama čl. 43. Takođe, sa predloženim amandmanom biće upoznata i GRETA, koja će

USTAVNE I MEĐUNARODNE GARANCIJE LJUDSKIH PRAVA

Komitetu ministara izložiti svoje mišljenje o predloženom amandmanu. Komitet ministara će razmotriti predloženi amandman i mišljenje GRETA i nakon obavljenih konsultacija sa stranama ugovornicama Konvencije i posle dobijanja njihove jednoglasne saglasnosti, može usvojiti predloženi amandman. Tekst bilo kog amandmana koji bude usvojen od strane Saveta ministara u skladu sa propisanim procedurom u ovom članu, biće prosleđen stranama ugovornicama na usvajanje. Tako usvojeni amandman stupiće na snagu prvog dana meseca koji sledi po isticanju roka od jednog meseca posle datuma kada su sve strane ugovornice obavestile Generalnog sekretara da su prihvatile amandman.

U poslednjem Desetom poglavlju „Konačne klauzule“, u čl. od 42-47, opisani su: postupak potpisivanja i stupanja Konvencije na pravnu snagu, pristup Konvenciji, teritorijalna primena, rezerve, dostavljanje, notifikacija. Prema čl. 42 Konvencija će biti otvorena za potpisivanje od strane država članica Saveta Evrope, država koje nisu članice a učestvovala su u njenoj izradi i Evropske unije. Konvencija može da bude ratifikovana, prihvaćena ili odobrena. Instrumenti ratifikacije, prihvatanja i odobravanja treba da budu dostavljeni Generalnom sekretaru Saveta Evrope. Konvencija će stupiti na pravnu snagu prvog dana meseca koji sledi posle proteka perioda od tri meseca posle datuma kada deset potpisnica, uključujući najmanje osam država Saveta Evrope, izraze svoju saglasnost da budu vezane odredbama Konvencije, u skladu sa prethodnim paragrafom.

Pristupanje Konvenciji regulisano je čl. 43. Posle stupanja na snagu Konvencije, Komitet ministara Saveta Evrope može, posle konsultacija država potpisnica Konvencije i dobijanja njihove jednoglasne saglasnosti, pozvati bilo koju državu koja nije članica Saveta Evrope, koja nije učestvovala u izradi Konvencije, da pristupi Konvenciji odlukom dobijenom većinom predviđenom u čl. 20 Statuta Saveta Evrope, kao i jednoglasno izglasanom odlukom predstavnika strana ugovornica koje su ovlašćene da sede u Komitetu ministara. Uz poštovanje bilo koje države koja pristupa Konvenciji, dokument će stupiti na snagu prvog dana meseca koji sledi nakon proteka perioda od tri meseca posle datuma deponovanja instrumenta o prihvatanju kod Generalnog sekretara Saveta Evrope. Bilo koja država Evropske unije može, u vreme potpisivanja ili deponovanja instrumenta o ratifikaciji, prihvatanju, odobrenju ili pristupanju, odrediti teritoriju ili teritorije na kojima će se Konvencija primenjivati. Bilo koja strana može, bilo kog kasnijeg datuma, deklaracijom upućenom Generalnom sekretaru Saveta Evrope, proširiti primenu Konvencije na bilo koju sledeću teritoriju određenu deklaracijom i zbog svoji međunarodnih odnosa ona je odgovorna ili zbog svoje dobrobiti ona je ovlašćena da preuzme obaveze. Sa poštovanjem te teritorije, Konvencija će stupiti na snagu prvog dana meseca koji sledi nakon proteka roka od tri meseca posle datuma prihvatanja takve deklaracije od strane Generalnog sekretara (čl. 44). Nikakve rezerve ne mogu biti date u odnosu na bilo koju odredbu ove Konvencije, osim rezervi iz čl. 31, Paragraf 2 (čl. 45). Svaka strana, u bilo koje vreme, može dostaviti ovu Konvenciju u smislu notifikacije upućene Generalnom sekretaru Saveta Evrope. Ovo dostavljanje stupa na snagu prvog

dana meseca koji sledi nakon proteka roka od tri meseca posle datuma primanja notifikacije od strane Generalnog sekretara (čl. 46).

Notifikacija Konvencije predviđena je poslednjim članom 47. Generalni sekretar Saveta Evrope će obavestiti države članice Saveta Evrope, svaku državu potpisnicu, bilo koju državu učesnicu, Evropsku uniju, svaku državu pozvanu da potpiše ovu Konvenciju u skladu sa odredbama iz čl. 42 i svaku državu pozvanu da pristupi Konvenciji u skladu sa odredbama čl. 43, o: svakom datom potpisu; deponovanju instrumenata ratifikacije, prihvatanja, odobravanja ili pristupa; svakom datumu stupanja na snagu Konvencije u skladu sa čl. 42-43; svakom amandmanu prihvaćenom u skladu sa čl. 41 i datumom kada taj amandman stupa na snagu; svakom dostavljanju načinjenom shodno odredbama čl. 46; svakom drugom aktu, notifikaciji ili saopštenju koje se odnosi na Konvenciju; i, svakoj rezervi načinjenoj u skladu sa čl. 45.

U Konvenciji se na kraju konstatuje da je sačinjena u Varšavi 16. maja 2005. godine, na engleskom i francuskom jeziku, da su oba teksta identična po sadržaju, u po jednoj kopiji koja će biti deponovana u arhivama Saveta Evrope. Generalni sekretar Saveta Evrope će proslediti certifikovanu kopiju svakoj državi članici Saveta Evrope, državama koje nisu članice a učestvovala su u izradi Konvencije, Evropskoj uniji i svakoj državi pozvanoj da pristupi Konvenciji.

III ZAKLJUČAK

Konvencija je prvi međunarodni ugovor koji tretira ljude koji su predmet trgovine kao žrtve a ne počiniocima zločina. Napisana je tako da zaštiti njihova ljudska prava i dostojanstvo, pruži realnu šansu da izgrade svoje živote i kazni zatvorom moderne trgovce robljem. Trgovina ljudima zahteva najširu moguću međunarodnu saradnju i mora da uključi zemlje porekla, tranzita i krajnje destinacije. Konvencija je otvorena ne samo za 47 zemalja članica Saveta Evrope, već i za države van Evrope i zato nudi "mogućnost globalnog odgovora na globalni problem".¹¹

Preventivne mere uključuju podizanje svesti građana u zemljama porekla trgovine ljudima kako bi se odagnale laži i manipulacije koje koriste kriminalci tražeći buduće žrtve. Sa druge strane, vlade u zemljama koje su krajnje destinacije žrtava trgovine ljudima moraju da deluju tako da obeshabre potražnju. U praktičnom smislu, to znači da bez obzira na pravni status prostitucije u nekoj zemlji, vlasti moraju sudski da gone ljude koji svesno plaćaju seksualne usluge sa žrtvama trgovine ljudima. Važne mere za smanjenje potražnje su u podizanju svesti i znanja građana, kao i obuka u prepoznavanju indikatora trgovine ljudima.

¹¹ Videti: <http://www.coe.org.yu/srb/news/savet-evrope/evropska-borba-protiv-trgovne-ljudima-novog-oblika-ropstva.html>, pristup: 20.5.2008.

USTAVNE I MEĐUNARODNE GARANCIJE LJUDSKIH PRAVA

Konvencija ima potencijal da znatno smanji nivo trgovine ljudima u Evropi. Njeno stupanje na snagu je važan korak, ali puno zemalja – većina njih koje su krajnja destinacija ove trgovine – veoma su spore i još je nisu ratifikovale. Kada se postavi ovo pitanje, vlade se često pozivaju na strah od ilegalnih emigranata, ali je očigledno da ne shvataju suštinu. U tom smislu Teri Dejvis, Generalni sekretar Saveta Evrope, piše: "Da budem jasniji, tretirati žrtvu trgovine ljudima kao ilegalnog emigranta je isto što i optužiti žrtvu silovanja za nepristojno ponašanje. Isto tako, argument da bi veliki broj žrtava trebalo da zna da će opis njihovog posla ići dalje od egzotičnog plesa, nosi istu težinu kao i argument da je provokativno oblačenje poziv na seksualni napad. Niko, ni pod kakvim uslovima, nema pravo da oduzme slobodu drugom ljudskom biću i nateraju ga da učestvuje u delima koja su protiv njegovog ljudskog dostojanstva i njegovih ljudskih prava. Vreme je da se stane na put trgovini ljudima u Evropi, a stupanje na snagu ove Konvencije pruža šansu da se baš to i uradi. Zato bi države koje još nisu ratifikovale ili potpisale ovaj dokument, trebalo to da urade bez daljeg odlaganja".¹²

U periodu 2001-2006. godina na zakonodavnom planu u Srbiji postignuti su značajni rezultati u pogledu donošenja takvih zakonskih propisa kojima se kažnjava i sprečava trgovina ljudima. Ipak, postojeći krivičnopravni i drugi zakonski propisi još uvek nisu sasvim jasno utvrdili pojmovno razlikovanje između trgovine ljudima, migracije i krijumčarenja na jednoj strani i trgovine ljudima i prostitucije na drugoj strani. Osim toga, problem trgovine ljudima se posmatra nezavisno od ostalih strukturalnih društvenih problema, kakvi su siromaštvo, nezaposlenost, rodna diskriminacija i sl. Iako je Savet za borbu protiv trgovine ljudima sastavio predlog Strategije ili Nacionalnog plana aktivnosti za borbu protiv trgovine ljudima, Vlada nije takvu strategiju još uvek usvojila.¹³

Strategija ili Nacionalni plan akcije za borbu protiv trgovine ljudima¹⁴ predstavlja značajan dokument za uspostavljanje mehanizama i preduzimanje konkretnih akcija za borbu protiv trgovine ljudima u pogledu krivičnog gonjenja učinilaca, zaštite žrtava i prevencije ove pojave. Dokument, pored ostalog, predviđa: postojeći zakonodavni okvir, pomoć i zaštitu žrtava, institucionalni okvir i koordinaciju aktivnosti (između Centralnog nivoa za implementaciju koga čine: Savet za borbu protiv trgovine ljudima, Koordinator za borbu protiv trgovine ljudima, Republički tim za borbu protiv trgovine ljudima, i operativnog nivoa, koga čine pravosudni organi i policija i Služba za koordinaciju zaštite žrtava

¹² Ibidem

¹³ Videti: Konstantinović-Vilić, S., Kostić, M., "Legal Framework of Prevention of Trafficking in Human Beings in Serbia", *Trafficking in Human Beings - Legal Aspects*, South East European University, Tetovo, R. Macedonia, December 2006., s. 103.

¹⁴ Tekst Strategije na internet adresi <http://www.srbija.sr.gov.yu/> pristup 27.5.2008.

trgovine ljudima), strateške ciljeve, prevenciju, pomoć, zaštitu i reintegraciju žrtava, međunarodnu saradnju, praćenje primene mehanizama za borbu protiv trgovine ljudima i evaluacija rezultata, kao i budžet.

Ovako formulisana Strategija, uz ratifikaciju Konvencije Saveta Evrope za borbu protiv trgovine ljudima, koja bi trebalo da se izvrši u najskorijem roku, predstavlja neophodan osnov za uključivanje Srbije u borbu protiv trgovine ljudima, na nacionalnom i međunarodnom planu.

Slobodanka Konstantinović-Vilić, LL.D,

Professor, Faculty of Law, University of Niš

Miomira Kostić, LL.D,

Professor, Faculty of Law, University of Niš

THE PROTECTION OF VICTIMS OF TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS UNDER THE COUNCIL OF EUROPE CONVENTION ON ACTION AGAINST TRAFFICKING IN HUMAN BEINGS

Summary

In this article, the authors have analyzed the regulations of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings (CETS n° 197), which entered into force on 1st February 2008. The Convention is aimed at preventing trafficking in persons, protecting the human rights of victims and prosecuting traffickers. Trafficking in human beings is a global phenomenon, often connected with organized crime. According to the statistics issued by the International Labour Organisation, the number of victims of human trafficking worldwide amounts to a total of 2,45 million people on the annual basis. The illicit profits resulting from this trade annually amount to 33 billion dollars, making trafficking in persons the third most profitable criminal activity - immediately after illegal drugs and arms trafficking. The Convention equally applies to all victims of human trafficking: women, men and children alike; it covers all forms of exploitation (sexual exploitation, forced labour, servitude, removal of human organs) and all forms of trafficking: national and transnational, related or unrelated to organized crime.

By entering into force on 1st February 2008, the treaty has become applicable to the first ten countries which have ratified the Convention: Albania, Austria, Bulgaria, Croatia, Cyprus, Denmark, Georgia, Moldova, Romania and Slovakia. Since 1st May 2008, it has also been applicable to Bosnia and Herzegovina, France and Norway. The Convention was open for signature at the Third Summit of Heads of States and Governments of the Council of Europe held in Warsaw in May 2005. On that occasion, the document was signed (but not yet ratified) by 24 other member states, one of which was Serbia.

Dr Ivana Krstić,

asistent Pravnog fakulteta u Beogradu

ZABRANA DISKRIMINACIJE U JURISPRUDENCIJI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

UDK: 341.645(4-672EU):341.231.14

Apstrakt

Ključne odredbe u Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima koje se tiču zabrane diskriminacije jesu član 14 EKLJP i član 1 Protokola 12 uz EKLJP, koji je usvojen na pedesetogodišnjicu Konvencije. Oba pomenuta člana predstavljaju tzv. otvorenu klauzulu jer ne sadrže konačnu listu zabranjenih osnova, niti pružaju definiciju diskriminacije. S druge strane, dok čl. 14 pruža zaštitu od diskriminacije isključivo u odnosu na prava i slobode zajamčene drugim odredbama Evropske konvencije i protokola uz nju, dotle čl. 1 Protokola 12 predviđa opštu i autonomnu zabranu diskriminacije. Donošenjem Protokola 12 ne ukida se član 14 Konvencije, već se postojeći stepen zaštite proširuje, ali kako je protokol stupio na snagu tek u aprilu 2005. godine, još uvek nedostaje odgovarajuća praksa Evropskog suda u pogledu pomenutog člana. Postupak utvrđivanja diskriminatornog karaktera nekog pravnog akta ili radnje pred Sudom odvija se u dve faze. U prvoj fazi, Evropski sud utvrđuje da li postoji različito postupanje u istim ili sličnim situacijama, a potom ispituje postojanje eventualnog objektivnog i razumnog opravdanja za takvo razlikovanje. Da bi za neko razlikovanje postojalo objektivno i razumno opravdanje potrebno je da su ispunjena dva uslova: da je razlikovanje ustanovljeno radi ostvarenja nekog legitimnog cilja, kao i da su preduzete mere srazmerne cilju kome se teži. Međutim, diskriminacija postoji i kada države propuste da različito tretiraju osobe koje se nalaze u bitno različitim situacijama. Istovremeno, Sud je utvrdio i postojanje pozitivne obaveze države u cilju sprečavanja i suzbijanja diskriminacije na svim nivoima. U ovom radu biće demonstrirano da postoje i određena ograničenja zaštite od diskriminacije pred Sudom, koji mogu biti prevaziđeni ratifikovanjem Protokola 12 od strane svih država ugovornica EKLJP, kao i razvijanjem relevantne prakse na osnovu čl. 1 Protokola.

Ključne reči: *diskriminacija, Evropski sud za ljudska prava, čl. 14 Evropske konvencije o ljudskim pravima, čl. 1 Dvanaestog protokola uz Konvenciju, zabranjeni osnovi, test diskriminacije, dokazivanje „izvan razumne sumnje“.*

I UVOD

Načelo jednakosti predstavlja osnovno načelo bez kojeg nema ostvarenja i poštovanja ljudskih prava. Iz tog razloga, prvi međunarodni instrument za zaštitu ljudskih prava Univerzalna deklaracija iz 1948. godine, naglašava u svojoj Preambuli da je „priznanje urođenog dostojanstva i jednakih neotuđivih prava

svih pripadnika ljudskog roda temelj slobode, pravde i mira u svetu.“ Do kršenja načela jednakosti dolazi vršenjem diskriminacije prema pojedincima koji pripadaju određenim grupama. Iako brojne međunarodne konvencije sadrže odredbu o zabrani diskriminacije, u većini tih instrumenata nedostaje definicija diskriminacije. Izuzetak predstavlja Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije koja u čl. 1 definiše diskriminaciju kao „svako razlikovanje, isključivanje, ograničavanje ili davanje prvenstva koje se zasniva na rasi, boji, precima, nacionalnom ili etničkom poreklu i koje ima za cilj ili za rezultat da naruši ili da ugrozi priznavanje, uživanje ili vršenje, pod jednakim uslovima, ljudskih prava u političkoj, privrednoj, socijalnoj, kulturnoj ili bilo kojoj drugoj oblasti javnog života.“ Dakle, diskriminacija znači kako nedozvoljeno isključivanje, tako i davanje prvenstva određenoj grupi koje ugrožava jednaka prava.

Pošto načelo jednakosti predstavlja temelj uživanja ljudskih prava, i Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama (u daljem tekstu EKLJP) takođe sadrži odredbu o zabrani diskriminacije.¹ Tako čl. 14 kaže da „uživanje prava i sloboda predviđenih u ovoj Konvenciji obezbeđuje se bez diskriminacije po bilo kom osnovu, kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, veroispovest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno poreklo, veza sa nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status.“ (kurziv naš). Izraz obezbeđuje se ukazuje na to da država ima ne samo negativnu, već i pozitivnu obavezu na osnovu čl. 14 EKLJP, odnosno obavezu osiguranja delotvornog uživanja zaštite od diskriminacije.²

II PRAVNA PRIRODA ČL. 14 EKLJP

Čl. 14 EKLJP sadrži osnovnu odredbu o zabrani diskriminacije u svrhu zaštite pojedinaca od diskriminacije u uživanju prava zajemčenih Konvencijom i protokolima koji su uz nju doneti. Dakle, čl. 14 ne predstavlja samostalno pravo, već je polje primene ovog člana ograničeno na prava koja su propisana samom Konvencijom i njenim protokolima. Kako Konvencija garantuje uglavnom građanska i politička prava, izvan njene zaštite ostaju mnogobrojna prava i povlastice koje se odnose na ekonomska i socijalna prava. Ovakva priroda čl. 14 potvrđena je i u praksi Suda. Tako je u slučaju *Marks protiv Belgije* Sud pronašao da čl. 14 nije nezavistan jer „deluje isključivo u odnosu na ‘uživanje prava i obaveza’

¹ Republika Srbija ratifikovala je 3. marta 2004. godine Evropsku konvenciju i od tog momenta se obavezala da poštuje standarde do kojih je došao Evropski sud za ljudska prava u svojoj jurisprudenciji.

² Videti, između ostalih, *Berd protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 24882/94, (2001); *Tlimenos protiv Grčke*, 34369/97, (2000).

koje je zajemčeno drugim osnovnim odredbama.³ Međutim, to ne znači da Sud mora konstatovati povredu nekog osnovnog prava iz Konvencije da bi postojala povreda čl. 14. Dakle, mera koja je u skladu sa nekim članom iz Konvencije može predstavljati povredu tog člana kada se sagleda u vezi sa čl. 14.⁴ Ipak, Sud prvo ispituje da li je prekršeno neko osnovno pravo iz Konvencije, pre nego što krene na ispitivanje kršenja čl. 14 u vezi sa tim članom. Kada utvrdi da je došlo do kršenja tog člana, Sud može ali ne mora ispitivati posebno i navode koji se odnose na kršenje čl. 14 EKLJP. Na primer, u slučaju *Dadžon protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, Sud je pronašao da krivično gonjenje za privatne homoseksualne akte punoletnih muškaraca predstavlja kršenje čl. 8 EKLJP, te nema potrebe da se ispituju pojedinačno navodi podnosioca predstavke u vezi sa čl. 14.⁵ Međutim, Sud će uvek ispitivati odvojeno i kršenje čl. 14 kada „očigledna nejednakost u tretmanu kod uživanja nekog osnovnog prava predstavlja fundamentalni aspekt konkretnog predmeta“.⁶

Druga karakteristika čl. 14 je u tome što iako navodi zabranjene osnove za vršenje diskriminacije, među kojima su pol, rasa, boja kože, jezik,⁷ veroispovest, političko ili drugo mišljenje⁸, nacionalno ili socijalno poreklo⁹, veza sa nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje¹⁰ i rođenje, ovaj član ne zatvara listu zabranjenih osnova formulacijom „ili drugi status“. Time se naglašava da osnovi koji su eksplicitno navedeni nisu jedini osnovi za diskriminaciju. Tako je Evropski sud u svojoj dosadašnjoj praksi prihvatio da se među zabranjenim osnovima za diskriminaciju nalaze i seksualna orijentacija, bračni status¹¹, profesionalni status, zakonitost/nezakonitost pri rođenju,¹² kao i vojni ili profesionalni status.¹³

³ *Marks protiv Belgije*, Serija A, br. 31, (1979), par. 32. Od najnovijih slučajeva videti *Bačkovski i drugi protiv Poljske*, 1543/06, (2007), par. 93.

⁴ Videti *Ince protiv Austrije*, 865/79, (1987), par. 36.

⁵ *Dadžon protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 7525/76 (1981).

⁶ Videti *Ejri protiv Irske*, 6289/73, (1979), par. 30. Videti i *Šasanju i drugi protiv Francuske*, 25088/94, 28331 i 28443/95, (1999); *Timišev protiv Rusije*, 55762/00 ; 55974/00, (2005).

⁷ Videti slučajeve *Belgijska lingvistika*, 1474/62 (1968); *Udruženje Ekin protiv Francuske*, 39288/98, (2001); *Kamasinski protiv Austrije*, 9783/82, (1989); *Matje Moen i Klerfe protiv Belgije*, 9267/81, (1987).

⁸ Videti *Jasa protiv Turske*, 22495/93, (1998); *Baskaja i Okčuoglu protiv Turske*, 23536/94 ; 24408/94, (1999).

⁹ Videti *Olson protiv Švedske*, (1988).

¹⁰ Videti *Larkos protiv Kipra*, 29515/95, (1999); *Šasanju i drugi protiv Francuske*; *presuda.cit.*

¹¹ Videti *Elsholc protiv Nemačke*, 25735/94 (2000); *Sahin protiv Nemačke*, 30943/96 (2001); *Hofman protiv Nemačke*, 34045/96 (2001); *Zomerfeld protiv Nemačke*, 3187/96, (2001); *P.M. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, (2005).

¹² *Marks protiv Belgije*, presuda citirana; *Ince protiv Austrije*, presuda citirana; *Vermer protiv Belgije*, 12849/87 (1991); *Mazurek protiv Francuske*, 34406/97 (2000); *Kamp i Burimi protiv Holandije*, 28369/95 (2000); *Pla i Penserno protiv Andore*, 69498/01(2004). U svim ovim

Primetno je da čl. 14 EKLJP ne sadrži definiciju diskriminacije, te je zadatak Evropskog suda da u svojoj praksi razvije jasan putokaz šta se smatra pod diskriminacijom. Sud je o ovom pitanju prvi put raspravljao u slučaju *Belgijske lingvistike* iz 1968. godine,¹⁴ gde je pronašao da nije svako razlikovanje nedozvoljeno, jer je to nekada nužno da bi se ispravile već postojeće nejednakosti u jednom društvu. Time Sud zaključuje da pozitivna akcija u cilju ispravljanja posledica diskriminacije i punog uživanja prava iz Konvencije ne predstavlja kršenje čl. 14 EKLJP, ukoliko ona ima objektivno i razumno opravdanje.¹⁵

U drugom slučaju, Sud je istakao da se diskriminacija zasniva na određenim karakteristikama ličnosti po kojima se grupe ili pojedinci i međusobno razlikuju.¹⁶ Konačno, Sud je naglasio da „pojam diskriminacije u značenju čl. 14 obuhvata opšte slučajeve gde su pojedinac ili grupa, bez valjanog opravdanja, tretirani nepovoljnije od drugog pojedinca ili grupe, iako Konvencija ne nalaže povoljniji tretman.“¹⁷ Stvar je dakle jasna kada je u pitanju neposredna diskriminacija, tj. ona koja predstavlja nepovoljan tretman pojedinca ili grupe, a koja je zasnovana na zabranjenim osnovima.

S druge strane, postavlja se pitanje da li Konvencija štiti pojedince i od posredne diskriminacije, tj. od onih mera koje su na prvi pogled neutralne, ali čija primena dovodi u nepovoljniji položaj pripadnike određene grupe? Zanimljivo je istaći da Sud ne daje neku precizniju definiciju posredne diskriminacije, ali se za bliže određivanje ovog pojma može uzeti u obzir definicija data u antidskriminacionim direktivama Evropske unije, koja kaže da posredna diskriminacija postoji kada „očigledno neutralna odredba, kriterijum ili radnja stavlja pojedinca u neravnotežan položaj u odnosu prema drugim pojedincima“, osim kada je ta odredba, kriterijum ili radnja objektivno opravdana zakonitim ciljem, a sredstva za postizanje tog cilja su primerena i nužna.¹⁸

slučajevima Sud je pronašao da moraju postojati veoma ozbiljni razlozi da bi se opravdala razlika u tretmanu između zakonite i nezakonite dece.

¹³ Videti *Van der Musel protiv Belgije*, 8919/80 (1983); *Rekvenji protiv Mađarske*, 25390/94, (1999).

¹⁴ Videti slučaj *Belgijske lingvistike*, presuda citirana.

¹⁵ Videti i *Tlimenos protiv Grčke*, presuda citirana.

¹⁶ *Kjeldsen, Busk Madsen i Pedersen protiv Danske*, 5095/71; 5920/72; 5926/72 (1976), par. 56.

¹⁷ *Abdulazis, Kabales i Balkandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 9214/80, 9437/81, 9474/81, (1985), par. 82.

¹⁸ Posredna diskriminacija je prvi put na ovaj način definisana Direktivom 97/80 koja se odnosi na teret dokazivanja, dok je identična definicija prenetu u čl. 2 Direktive 2000/43 o rasnoj jednakosti i Direktive 2000/78 o jednakosti pri zapošljavanju. Na ovaj način posrednu diskriminaciju definiše i čl. 6, st. 3 Zakona o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom, Službeni glasnik RS br. 33/2006, kao i čl. 5, st. 4 Modela zakona protiv diskriminacije.

U jednom od svojih prvih predmeta, Sud je zauzeo stav da posredne diskriminacije nema, odnosno da imigraciona pravila Ujedinjenog Kraljevstva kojima se onemogućava dolazak budućih bračnih partnera koji se nikada ranije nisu videli, nije diskriminatoran prema osobama sa indijskog potkontinenta gde su unapred dogovoreni brakovi uobičajen institut.¹⁹ Međutim, u novijoj praksi Sud je dao pozitivan odgovor na prethodno postavljeno pitanje. Naime, u jednom slučaju vlasti u Ujedinjenom Kraljevstvu optužene su za arbitrarno lišenje života pripadnika katoličke zajednice.²⁰ Podnosilac predstavke tvrdio je da su pripadnici snaga bezbednosti u Severnoj Irskoj u periodu od 1969. do 1994. godine ubili ukupno 357 lica, od kojih su većina bili katolici, dok je broj protestanata bio zanemarljiv. Posebno je naglašeno da je zbog ovakve upotrebe smrtonosne sile pokrenut postupak u svega tridesetak slučajeva, kao i da je bilo samo četiri izrečene presude što govori o postojanju diskriminacije po osnovu nacionalnog porekla. Sud je istakao da u situacijama u kojima „opšta politika ili neka mera ima nesrazmerno štetan efekat na neku određenu grupu, nije isključeno da se to može smatrati diskriminatornim, iako ta politika ili mera nisu usmerene konkretno protiv te grupe.”²¹ Međutim, problem sa posrednom diskriminacijom jeste u njenom dokazivanju, posebno u nesrazmernom efektu koji neka naočigled neutralna mera proizvodi na pripadnike pojedine grupe. Tako i Sud smatra da nije dovoljno prezentovati samo statističke podatke da bi se dokazalo postojanje diskriminatorne prakse u nekoj zemlji.²²

III TEST DISKRIMINACIJE PRED SUDOM

Već je bilo reči o tome da kada odlučuje o navodnoj povredi čl. 14 EKLJP, Sud prvo ispituje činjenice svakog konkretnog slučaja i pronalazi da li je došlo do povrede nekog prava koje je zaštićeno Konvencijom ili protokolima.²³ Dakle, nema prostora za njegovu primenu ukoliko se okolnosti jednog slučaja ne mogu podvesti pod domen jedne ili više prava zajemčenih Konvencijom i protokolima.²⁴ Međutim, Sud smatra da je za primenu čl. 14 ponekad dovoljna i vrlo slaba veza između ovog člana i neke druge odredbe, kao što je to zaključeno u slučaju *Šmit i Dalstrem*.²⁵ Naime, u ovom slučaju odlučivalo se o nekoliko primenjenih represivnih mera prema članovima sindikata, poput smanjenja plata, kojima se

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Videti *Hju Džordan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 24746/94 (2001).

²¹ *Ibid.*, par. 154.

²² Videti *D.H. i drugi protiv Republike Češke*, 57325/00 (2006).

²³ Videti *Van der Musle protiv Belgije*, presuda citirana; *Bota protiv Italije*, 21439/93, (1998). U ovom slučaju Sud je pronašao da nema primene čl. 8, pa tako ni čl. 14 EKLJP, tako da nije ni razmatrao da li predstavlja diskriminaciju ograničena mogućnost pristupa kupalištu za lica sa invaliditetom.

²⁴ *Razmusen protiv Danske*, 8777/79 (1984), par. 29.

²⁵ *Šmit i Dalstrem protiv Švedske*, (1976).

sankcionisao štrajk. Sud je pronašao da su ove mere u vezi sa čl. 11 EKLJP koje garantuje pravo na osnivanje sindikata i zaštitu interesa njenih članova,²⁶ iako konkretne represivne mere same po sebi nisu predstavljale kršenje nijednog prava iz Konvencije. Takođe, u jednom novijem slučaju Sud je prihvatio da ne postoji neka čvrsta podela između ekonomskih i socijalnih prava i onih prava koje su zajemčene Konvencijom i njenim protokolima.²⁷ Tako je u slučaju *Okpiš* Sud pronašao da isplata dečijih dodataka pokazuje poštovanje konkretne države prema porodičnom životu koje je garantovano čl. 8 EKLJP, te i socijalna davanja spadaju u delokrug pomenute odredbe.²⁸ Dakle, odbijanje nemačkih vlasti da plate dečiji dodatak predstavlja diskriminaciju po osnovu čl. 14, a u vezi sa čl. 8 EKLJP.

Ukoliko Sud utvrdi postojanje povrede neke osnovne odredbe iz Konvencije, on neće uvek posebno razmatrati i kršenje po osnovu čl. 14 EKLJP, osim kada postoji očigledna nejednakost u tretmanu. Podnosilac predstavke u tom slučaju mora dokazati da je došlo do razlike u tretmanu tako što će navesti grupu koja je različito tretirana i uporediti je sa drugom grupom koja je imala povoljniji tretman a koja se, pritom, nalazi u istoj ili sličnoj situaciji. Dakle, podnosilac predstavke dužan je da identifikuje grupu koja se različito tretira i da dokaže da se ona nalazi u analognoj situaciji sa onom u kojoj se nalazi žrtva određenog postupanja.²⁹ Tako je u poznatom slučaju *Van der Musel protiv Belgije* podnosilac predstavke tvrdio da se, za razliku od pripadnika nekih drugih profesija, on kao advokatski pripravnik nalazi u nepovoljnijem položaju jer je obavezan da radi besplatno (tzv. siromaško pravo).³⁰ Sud je pronašao da je teško uporediti različite profesije sa advokaturom, kao i da se ulaženjem u ovu profesiju neke obaveze podrazumevaju i da svaki pojedinac na njih unapred pristaje. Za uzvrat, advokati uživaju i neke značajne privilegije, među kojima je i isključivo pravo zastupanja pred sudom. Takođe, već je rečeno da do diskriminacije može doći i kada država primenjuje jednak tretman na pojedince ili grupe koji se nalaze u bitno različitoj situaciji. U poznatom slučaju *Tlimenos*, podnosilac predstavke osuđen je zbog odbijanja služenja vojnog roka usled prigovora savesti, pa je time onemogućen da obavlja posao knjigovođe jer je bio osuđivan.³¹ Podnosilac predstavke smatrao je da je došlo do povrede njegovih prava, odnosno čl. 14 u vezi sa čl. 9 EKLJP koji garantuje slobodu misli, savesti i veroispovesti jer nije napravljena nikakva razlika između lica osuđenih zbog svojih verskih uverenja i lica koja su učinila druga krivična dela. Sud se složio sa ovakvim stavom i istakao da je država bez objektivnog i razumnog opravdanja tretirala dve potpuno različite grupe analogno.

²⁶ *Ibid*, par. 39.

²⁷ *Sibradas i Džiautas protiv Litvanije*, (2004).

²⁸ *Okpiš protiv Nemačke*, 59140/00 (2005).

²⁹ *Litgau protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 9006/80; 9262/81; 9263/81 (1986), par. 177.

³⁰ *Van der Musel protiv Belgije*, presuda citirana.

³¹ *Tlimenos protiv Grčke*, presuda citirana.

Dakle, kada se ustanovi postojanje različitog tretmana između dve analogne grupe, teret dokazivanja prebacuje se na državu koja treba da dokaže da je različit tretman objektivno ili razumno opravdan. Različit tretman može se objektivno i razumno opravdati kada teži ostvarenju legitimnog cilja i kada postoji proporcionalnost upotrebljenih sredstava i cilja koji se želi ostvariti.³² Analiza sudske prakse pokazuje da državama nije teško da dokažu postojanje legitimnog cilja jer se gotovo svaki racionalan razlog smatra legitimnim, bez obzira na posledice koje određeni tretman prouzrokuje diskriminisanoj grupi. U već pomenutom slučaju *Abdulazis, Kabales i Balkandali*, legitiman cilj predstavljala je zaštita tržišta rada i javnog reda, koju je Sud prihvatio. Međutim, ne samo da država mora da pokaže postojanje legitimnog cilja, već i vezu između tog cilja i konkretnog različitog tretmana. Takođe, mora se pokazati da postoji proporcionalnost između tog cilja i mera koje se primenjuju.³³ Tako je u slučaju *Belgijska lingvistika* Sud pronašao da politika promocije jezičkih regiona koju je Belgija sprovodila ne utiče prekomerno na prava pojedinaca. Prilikom procene proporcionalnosti, državi se priznaje određeno „polje slobodne procene“, koje zavisi od okolnosti slučaja i samog predmeta. Tako je diskreciono pravo manje kada su u pitanju neki posebno osetljivi osnovi (npr. rasa, pol, seksualna orijentacija), i koje je šire kada ne postoji konsenzus među evropskim državama u pogledu nekog konkretnog pitanja (npr. usvajanje dece od strane pripadnika seksualne manjine), ili kada su u pitanju opšte mere ekonomske i socijalne strategije.³⁴

Ipak, evidentno je da je teret dokazivanja podnosioca predstavke mnogo teži kada je u pitanju posredna diskriminacija jer je potrebno ponuditi dokaze koji ne ostavljaju nikakvu sumnju u nesrazmerne posledice koje proizvodi jedan diskriminatorni tretman. Iz tog razloga, dve evropske direktive predviđaju da u ovom slučaju tužilac treba samo da učini verovatnim da je u njegovom slučaju došlo do diskriminatornog tretmana, dok je na strani države da dokaže kako konkretnom radnjom nije došlo do povrede načela jednakosti,³⁵ što predstavlja mnogo bolje rešenje sa stanovišta žrtava diskriminatornog postupanja.

³² Videti, između ostalih, *Marks protiv Belgije*, presuda citirana, par. 33; *Ince protiv Austrije*, presuda citirana, par. 41; *Hofman protiv Austrije*, 12875/87 (1993), par. 31, 33; *Tlimenos protiv Grčke*, presuda citirana, par. 46.

³³ Videti, na primer, *Razmusen protiv Danske*, presuda citirana, par. 38.

³⁴ Videti *Džejm i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, Serija A br. 98, (1986), par. 46. Sud smatra da države bolje poznaju sopstvena društva i njihove potrebe, pa mogu bolje od međunarodnih sudija da procene šta je u javnom interesu, tako da će Sud u principu poštovati njihovu politiku, osim ukoliko ona nije bez razumnog osnova.

³⁵ Čl. 8 Direktive 2000/43 i čl. 10 Direktive 2000/78.

IV NEDOZVOLJENI OSNOVI ZA DISKRIMINACIJU

Kao što je već rečeno, čl. 14 EKLJP navodi zabranjene osnove za vršenje diskriminacije, među kojima su pol, rasa, boja kože, jezik, veroispovest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno poreklo, veza sa nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje i rođenje. Međutim, ovaj član ne zatvara listu zabranjenih osnova formulacijom i „drugi status“, čime ostavlja mogućnost Sudu da o dodatnim osnovama raspravlja *ad-hoc*. Prvi put je Sud odlučivao o nekom od osnova koji nisu izričito pobrojani u predmetu *Engel i drugi*, gde se postavilo pitanje da li vojni čin može predstavljati zabranjeni osnov zaštićen Konvencijom. Sud je jasno istakao da je lista osnova ilustrativna, ali ne i iscrpna, a isto tako je smatrao da izraz 'status' treba tumačiti široko tako da obuhvati i čin.³⁶

Međutim, postoje i izvesne razlike među navedenim osnovima. Naime, Sud je pronašao da neki osnovi predstavljaju česte i vrlo ozbiljne osnove diskriminacije, koje su zato podvrgnute detaljnijem ispitivanju i strožijem dokazivanju. U tim situacijama državi je teže da predstavi postojanje legitimnog cilja kojim se opravdava diskriminatorski tretman, a razlozi za takav tretman moraju u tom slučaju biti vrlo ozbiljni.³⁷ U te osnove spadaju pol, seksualna orijentacija, rasa, verska i nacionalna pripadnost, o kojima će biti reči u daljem tekstu.

V RAZLIKOVANJE PO OSNOVU POLA

Polna razlika bila je predmet već pomenutog slučaja *Abdulazis, Kabales i Balkandali*, gde su važeći britanski propisi onemogućavali muševu ženu imigrantkinja koje su legalno i trajno naseljene u Ujedinjenom Kraljevstvu da im se pridruže, dok žene muševa u sličnoj situaciji nisu bile podvrgnute ovakvom ograničenju. Država je ovakav različit tretman pravdala time da su muševi imali drugačiji uticaj na tržište rada jer je postojala veća šansa da će oni tražiti posao od njihovih žena. Iako je Sud pronašao da zaštita tržišta rada predstavlja legitiman cilj, statistički podaci nisu pokazali da ovakav uticaj na tržište rada zaista i postoji, te je utvrđeno kršenje čl. 14 po osnovu pola.³⁸ Za razliku od ovog slučaja, većina drugih slučajeva pokazuje postojanje stereotipa prema ženama, koje se reflektuje u tradicionalnim koncepcijama uloge žene u društvu i porodici. Tako je u jednom predmetu protiv Turske Sud odlučivao o tome da li postoji kršenje čl. 14 EKLJP u vezi sa čl. 8 zbog toga što zakon propisuje da žena udajom mora da preuzme muševljevo prezime. Sud je ponovio da čl. 14 nalaže da svaka mera bude jednako primenjena na oba pola, osim ukoliko neki imperativni razlozi ne nalažu različit

³⁶ *Engel i drugi protiv Holandije*, presuda citirana, par. 72.

³⁷ Videti *Gajgusuz protiv Austrije*, 17371/90, (1996).

³⁸ Slučaj *Abdulazis, Kabales i Balkandali*, presuda citirana, par. 81.

tretman.³⁹ Međutim, ovde to nije bio slučaj i Sud je zaključio da legitiman cilj, poput održanja jedinstva porodice, može biti ostvaren i upotrebom ženinog prezimena.⁴⁰ Takođe, u jednom od novijih slučajeva, Sud je pronašao diskriminaciju po osnovu pola jer je mnogo veći broj muškaraca bio pozivan u porotu, nego žena. Država se branila time da ova disproportcija proizlazi iz mogućnosti oslobađanja od ove obaveze zbog brige za porodicom, na koju se najčešće pozivaju žene. Ipak, Sud nije prihvatio ovu argumentaciju u smatrao je da je prekršen čl. 14 u vezi sa čl. 4, st 3 d) EKLJP.⁴¹

S druge strane, u određenom broju slučajeva Sud je odlučivao i o diskriminaciji prema muškarcima. Tako je u predmetu *Karlhajnc Šmit*, podnosilac predstavke postavio pitanje dozvoljenosti propisa kojim se nalaže svim odraslim muškarcima da služe kao vatrogasci, ili da plate doprinos za vatrogasnu službu, dok takav teret nije nametnut ženama. Sud je pronašao da nijedan muškarac u praksi nije primoran da služi kao vatrogasac zbog postojanja dovoljnog broja volontera. Tako i plaćanje doprinosa postaje namet koji ne može biti izgovor za razliku u tretmanu među polovima.⁴² Takođe, u slučaju *Van Ralte* Sud nije pronašao postojanje imperativnog razloga koji bi opravdao razliku u tretmanu među polovima koja se sastojala u tome da je neoženjen muškarac stariji od 45 godina i bez dece imao obavezu plaćanja doprinosa za decu, dok takva ista obaveza nije postojala na strani žena koje se nalaze u sličnoj situaciji.⁴³ I u predmetu *Vilis*, Sud je pronašao postojanje kršenja čl. 14 zbog toga što je samo udovicama omogućeno socijalno osiguranje i davanje raznih drugih povlastica, dok one nisu obezbeđene i udovima koji se nalaze u analognoj situaciji, a ovakvo razlikovanje ne temelji se na objektivnom ili razumnom opravdanju.⁴⁴ Međutim, u predmetu *Petrović*, Sud je smatrao da davanje porodijske naknade samo majkama, a ne i očevima ne predstavlja kršenje čl. 14 jer država ima pravo unutrašnje procene da li postojanje razlike među polovima opravdava različit tretman.⁴⁵

VI RAZLIKOVANJE PO OSNOVU SEKSUALNE ORIJENTACIJE

Seksualna orijentacija predstavlja noviji osnov, koji nije izričito pomenut u čl. 14 EKLJP, ali je priznat kao zabranjen osnov diskriminacije u praksi Suda i počiva na podeli između heteroseksualaca i homoseksualaca. Danas je ova druga kategorija

³⁹ *Unal Tekeli protiv Turske*, 29865/96, (2004), par. 58.

⁴⁰ Videti i *Burgharc protiv Švajcarske*, 16213/90 (1994), par. 28 i 29.

⁴¹ Videti *Zarb Adami protiv Malte*, 17209/02, (2006), par. 83.

⁴² *Karlhajnc Šmit protiv Nemačke*, 5589/72 (1994), par. 28.

⁴³ Videti *Van Ralte protiv Holandije*, 20060/92 (1997), par. 42-44.

⁴⁴ *Vilis protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 36042/97 (2002).

⁴⁵ *Petrović protiv Austrije*, 20458/92 (1998), par. 37-38.

poznatija kao LGBT i odnosi se ne samo na homoseksualce, već i na lezbejke, biseksualce i transseksualce.

Najviše je osporavan u vezi sa čl. 8 EKLJP, kao što je to bio prvi slučaj u predmetu *Dadžon*, a potom i u *Noris*⁴⁶ i *Modinos*.⁴⁷ U ovim slučajevima nije ni ispitivan čl. 14 EKLJP jer je Sud pronašao kršenje prava na privatnost, a usled krivičnog gonjenja za dobrovoljne homoseksualne akte dva odrasla muškarca.⁴⁸ S druge strane, kada su nasledna prava u pitanju, Sud je u većem broju slučajeva pronašao da nepriznavanje naslednih prava partnera istog pola predstavlja kršenje čl. 14 u vezi sa čl. 8 EKLJP, jer je teško za državu da predstavi neki legitiman argument kojim bi bilo demonstrirano da je neophodno isključiti homoseksualne parove iz prava na nasleđivanje.⁴⁹

Iako država uživa šire polje procene kada je njena vojska u pitanju, Sud je u nekoliko slučajeva protiv Ujedinjenog Kraljevstva pronašao da je došlo do nedozvoljenog otpuštanja iz vojne službe isključivo zbog seksualne orijentacije lica u pitanju. Iako u ovim slučajevima Sud nije raspravljao o čl. 14, već o čl. 8 EKLJP, iz presuda Suda proizlazi da je ovakvo postupanje diskriminatorno i da do ispitivanja čl. 14 nije došlo samo zato što je već utvrđena povreda prava na privatnost.⁵⁰

Posle pomenutog predmeta *Dadžon*, pred Sudom se pojavilo nekoliko slučajeva u kojima se postavilo pitanje: Da li predstavlja diskriminaciju postavljanje različite starosne granice za pristanak na heteroseksualni i homoseksualni akt? Države su se uglavnom pravdale da je ovakva mera neophodna radi zaštite muških adolescenata, a Sud je ispitivao da li za ovakvo razlikovanje postoji objektivno i razumno opravdanje. Da bi odgovorio na ovo pitanje, Sud je posebno ispitivao zakone velikog broja evropskih država da bi utvrdio da li postoji neki evropski konsenzus po ovom pitanju i došao je do zaključka da sve veći broj zakona primenjuje istu starosnu granicu za pomenute akte. Tako je Sud zaključio da postavljanje različite starosne dobi svakako predstavlja diskriminaciju koja je suprotna čl. 14 u vezi sa čl. 8 EKLJP.⁵¹

⁴⁶ *Noris protiv Irske*, 10581/83 (1988).

⁴⁷ *Modinos protiv Kipra*, 15070/89 (1993).

⁴⁸ Videti i *A.D.T. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 35765/97 (2000); *Laski Džagard i Braun protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 21627/93; 21826/93; 21974/93 (1997).

⁴⁹ Videti, između ostalih, *Karner protiv Austrije*, 40016/98 (2003).

⁵⁰ Videti *Smit i Grejdi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 33985/96; 33986/96 (1999); *Lastig Prein protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 31417/96; 32377/96 (1999); *Bek, Kop i Bejzli protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 26129/9548535/99; 48536/99; 48537/99 (2002); *Perkins i R. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 43208/98; 44875/98 (2002).

⁵¹ Videti *S. L. protiv Austrije*, 45330/99 (2003); *L. i V. protiv Austrije*, 39392/98 ; 39829/98 (2003); *Vodička i Vilfling protiv Austrije*, 69756/01; 6306/02 (2004); *Ladner protiv Austrije*, 18297/03 (2005).

Još jedan značajan segment diskriminacije u odnosu na seksualnu orijentaciju predstavlja i usvajanje dece. Iako je Sud pronašao da države u ovom domenu zadržavaju široko polje slobodne procene jer još uvek nema zadovoljavajućeg konsenzusa u ovoj oblasti među evropskim državama, on je u nekim slučajevima pronašao kršenje čl. 14 u vezi sa čl. 8 EKLP. Tako je u predmetu *Salgeiro da Silva Mota*, Sud istakao da nije dozvoljeno odluku o dodeli starateljstva nad detetom bazirati isključivo na seksualnoj orijentaciji jednog roditelja, zato što je po mišljenju domaćeg suda odrastanje u takvom okruženju nenormalno za deteta.⁵² Dakle, iako je legitimno doneti mere radi ostvarenja zaštite zdravlja i prava dece, ovakva mera je nesrazmerna sa postavljenim ciljem. S druge strane, kada je odbijanje izdavanja dozvole za usvajanje deteta od strane homoseksualnog roditelja u pitanju, Sud je malo manje odlučan u priznanju njegovih prava, naglašavajući da po ovom pitanju nema konsenzusa među evropskim državama, kao ni u naučnim krugovima.⁵³

VI RAZLIKOVANJE PO OSNOVU RASE, BOJE KOŽE I ETNIČKOG POREKLA

Najčešći osnov razlikovanja predstavlja razlikovanje po osnovu rase ili etničkog porekla, pa je Sud o tome raspravljao u većem broju slučajeva. Prvi takav predmet predstavlja slučaj *Istočnoafričkih Azijata*, gde je Evropska komisija pronašla da diskriminacija po osnovu rase predstavlja poseban oblik uvrede ljudskog dostojanstva i da joj treba posvetiti posebnu pažnju. Takav stav potvrđen je i u slučaju *Kipra*, gde je Sud pronašao široko rasprostranjeno i posebno diskriminatorno postupanje vojske prema jednoj grupi na ostrvu koje predstavlja kršenje čl. 3 EKLP u vidu ponižavajućeg postupanja.⁵⁴ Sud u svojoj praksi izjednačava diskriminaciju po osnovu rase sa etničkim poreklom koje smatra jednim vidom rasne diskriminacije, pa je tako u *Timošev* naglasio da rasna diskriminacija predstavlja naročito težak oblik diskriminacije koje zahteva od vlasti svake države odlučno reagovanje, imajući u vidu posledice koje ostavlja.⁵⁵ Takođe, u jednom od novijih slučajeva, Sud je potvrdio da se čl. 14 EKLP štiti ne samo stvarna, već i pretpostavljena etnička pripadnost, kao i da rasna diskriminacija vrlo opasna i da vlasti moraju da ispolje posebnu pažnju i da odlučno reaguju kako bi se sprečile posledice diskriminacije.⁵⁶

S druge strane, mogao bi se kritikovati stav Suda zbog stepena dokazivanja koji je "izvan razumne sumnje", što je uzrokovalo odbacivanje navoda o postojanju

⁵² *Salgeiro da Silva Mota protiv Portugala*, 33290/96 (1999).

⁵³ *Videti Frete protiv Francuske*, 36515/97 (2002).

⁵⁴ *Kipar proti Turske*, 25781/94, (2001), par. 310-311, 314-315.

⁵⁵ *Timišev protiv Rusije*, presuda citirana.

⁵⁶ *Videti Timišev protiv Rusije*, presuda citirana.

rasne diskriminacije u većem broju slučajeva u kojima je postojala posredna diskriminacija. Tako je Sud odbacio navode u o postojanju diskriminacije u slučaju *Abdulazis, Kabales i Balkandali*, gde su na prvi pogled neutralni imigracioni propisi nesrazmerno pogodili određenu grupaciju. Sud je smatrao da je legitimno favorizovati lica koja imaju bliske rodbinske veze u Ujedinjenom Kraljevstvu, kao i da je ovakva razlika nastala prostom činjenicom da su među imigrantskim grupama pripadnici neke etničke zajednice brojniji od drugih.⁵⁷ Posebno je značajan slučaj *Velikova*, gde je partner podnositeljke predstavke romskog porekla preminuo u pritvoru.⁵⁸ Ona je tvrdila da je on pretrpeo zlostavljanje u pritvoru zbog svog etničkog porekla, ali je Sud smatrao da nema dovoljno dokaza da bi zaključio "izvan razumne sumnje" da je nastupajuća smrt i odsustvo istrage tim povodom zasnovana na rasnim predrasudama. Ovakav stav Suda može se kritikovati jer su postojali brojni posredni dokazi koji jasno ukazuju na rasno motivisan napad i odsustvo istrage tim povodom. Ista situacija je i sa slučajem *Angelova*, gde je sedamnaestogodišnji Rom izgubio život u pritvoru usled frakture lobanje.⁵⁹ Sudja Bonelo je u svom izdvojenom mišljenju oštro kritikovao stav većine da u ovim slučajevima ispituje povredu čl. 3 EKLJP, a da se ne upušta u razmatranje kršenja čl. 14. On je istakao da se "Kurdi, obojena lica, islamisti, Romi i drugi neprestano ubijaju, muče ili sakate, ali Sud nije uveren da njihova rasa, boja kože, nacionalnost ili socijalno poreklo imaju neke veze" sa njihovom etničkom pripadnošću.

Ipak, nekoliko godina kasnije, Sud je u slučaju lišavanja života dvojice Roma od strane vojne policije prilikom pokušaja hapšenja pronašao kršenje čl. 14 u vezi sa čl. 2 EKLJP, posebno imajući u vidu rasističke komentare policajaca odgovornih za ubistvo.⁶⁰ Kako je to Sud istakao, u ovakvim situacijama vlasti imaju obavezu da "preduzmu sve razumne mere kako bi otkrile postojanje bilo kakvog rasnog motiva i da ustanove da li su etnička mržnja ili predrasude mogle imati uticaja na događaje," jer bi u suprotnom to značilo "okretanje leđa posebnoj prirodi dela koja su naročito pogubna po osnovna prava".⁶¹ Međutim, Veliko veće je razmatranje o ovom pitanju podelilo na dva aspekta: materijalni i proceduralni. Tako je Veliko veće potvrdilo stav Veća da države imaju proceduralnu obavezu na osnovu čl. 14 u vezi sa čl. 2 EKLJP da istraže navodne rasističke motive kod akata nasilja koji uzrokuju smrtno posledice. S druge strane, Veliko veće pronašlo je da nije došlo do materijalne povrede čl. 14 u vezi sa čl. 2 EKLJP, jer postojanje rasističkog motiva u ubistvu Roma nije dokazano "izvan razumne sumnje", zašta nisu bili dovoljne rasističke izjave i dokaz o postojanju rasističkog stava među

⁵⁷ Slučaj *Abdulazis, Kabales i Balkandali*, . par. 84-86.

⁵⁸ *Velikova protiv Bugarske*, 41488/98 (2000).

⁵⁹ *Videti i Angelova protiv Bugarske*, 38361/97 (2002).

⁶⁰ *Načova i drugi protiv Bugarske*, 43577/98 i 43579/98, (2004).

⁶¹ *Ibid*, par. 153.

bugarskom policijom.⁶² Za svaku kritiku je stav Velikog veća da država u ovoj situaciji mora da istraži moguć rasistički motiv nasilnog postupanja, ali da ova obaveza nije apsolutna i da podrazumeva obavezu država da uradi ono što je u konkretnoj situaciji razumno.⁶³ Takođe, za kritiku je i stav većine da je neprimereno prebaciti teret dokazivanja na državu da pokaže odsustvo rasističkih motiva na strani policajaca odgovornih za ubistvo, zbog teškoća sa kojima država može da se suoči tom prilikom.⁶⁴ Isti stav Sud je zauzeo i u slučaju *Bekos i Kutropulos*, gde je dvojica grčkih državljana romskog porekla tvrdila da je surovo pretučena i vređana na rasnoj osnovi tokom boravka u pritvoru zbog sumnje da su izvršila provalnu krađu, kao i da je istraga koja je pokrenuta tim povodom bila neadekvatna.⁶⁵ Sud je ponovo posmatrao navode o kršenju čl. 14 u vezi sa čl. 3 EKLJP u odnosu na materijalni i proceduralni aspekt. Tako je pronađeno da podnosioci predstavke nisu dokazali "izvan razumne sumnje" da su nasilni akti bili rasno motivisani.⁶⁶ Sud je smatrao da samo ponašanje policajaca, bez postojanja ostalih dokaza, nije dovoljno da se dokaže rasno motiv, čak i pored saznanja o policijskom maltretiranju Roma u Grčkoj.⁶⁷ S druge strane, Sud je smatrao da je država obavezna da u ovakvim slučajevima istraži eventualnu rasnu motivisanost, što Grčka nije učinila u konkretnom slučaju. Izgleda da je Sudu lakše da pronađe postojanje rasne motivacije koja je dovela do lišavanja života dvadeset osmogodišnjeg Roma, kada napad ne dolazi od policije već od grupe pojedinaca. Tako je u slučaju *Angelova i Ilijev*, Sud pronašao da je država odgovorna što nije privela postupke kraju i kaznila učionice ovog napada, i što lica nije osudila i za

⁶² Videti i *Čaćan protiv Turske*, 33646/96, (2004); *Baloh protiv Mađarske*, 47940/99 (2004).

⁶³ Ovaj stav potvrđen je i u najnovijem slučaju *Stojka protiv Rumunije*, 42722/02, (2008).

⁶⁴ Ovakav stav kritikovalo je i šest sudija koji su u zajedničkom izdvojenom mišljenju istakli da ne treba povezivati čl. 14 EKLJP sa materijalnim i proceduralnim aspektom i da slučaj treba sagledati u celini. Oni su pronašli da u konkretnom slučaju sudijska većina nije uzela u obzir postojanje veoma jasnih i nesumnjivih pretpostavki koje upućuju na zaključak da je postojalo rasno motivisano postupanje.

⁶⁵ *Bekos i Kutropulos protiv Grčke*, 15250/02 (2005).

⁶⁶ Videti i *Ognjanova i Čoban protiv Bugarska*, 46317/99 (2006).

⁶⁷ Takođe, u slučaju *Hasan*, Sud je smatrao da nema dovoljno dokaza da bi zaključio da je rušenje porodične kuće i uništavanje imovine podnosioca predstavke koji je bio kurdske porekla rezultat diskriminatorne politike prema ovoj etničkoj grupi u Turskoj. Međutim, sudija Lukaides (*Loucaides*) nije se složio sa stavom većine, smatrajući da nije uzeto u obzir postojanje velikog broja predmeta protiv Turske u kojima su Kurdi izloženi raznim tretmanima pripadnika snaga bezbednosti, niti činjenica da država nije učinila ništa da istraži ove događaje i da kazni odgovorne. Iz navedenih razloga, on je kritikovao izrazito visok standard dokazivanja uspostavljen u Sudu, u čemu mu se pridružio i sudija Mularoni. Videti *Hasan Ilhan protiv Turske*, 22494/93 (2004).

rasno motivisano delo, što govori o postojanju široko ukorenjenih predrasuda i nasilja uperenog protiv Roma u konkretnom slučaju.⁶⁸

U jednom od najnovijih slučajeva Sud je ponovo pokazao nespремnost da se bori sa sistematskim povredama kao što je to bilo u slučaju *D.H. i drugi protiv Republike Češke*, gde su podnosioci predstavke bila romska deca koja su smeštena u specijalne škole za decu koja imaju problema sa učenjem i nisu u stanju da pohađaju redovne škole.⁶⁹ O njihovom premeštaju odlučivao je direktor škole na osnovu psiholoških testova koji je trebalo da pokaže njihove intelektualne sposobnosti, a na bazi širokog diskrecionog tumačenja školskih psihologa. Podnosioci predstavke smatrali su da ovakvo postupanje predstavlja kršenje čl. 14 u vezi sa čl. 2 Prvog protokola, jer ovakvo postupanje predstavlja očiglednu diskriminaciju romske u odnosu na neromsku decu, koja u specijalnim školama dobijaju lošije obrazovanje i zbog toga ne mogu da upišu neke bolje srednje škole. Oni su smatrali da diskriminacija ne mora da bude namerna, već je bitno ukazati na štetne posledice koje određena mera ostavlja na određene grupe u društvu. Tako i ova konkretna mera, po njima, predstavlja posledicu dugogodišnje segregacije i stereotipa koji postoje prema Romima, kao i loše koncipiranim testovima koji nisu vodili računa o kulturnom miljeu romske dece. Ovakav problem posebno je istaknut u izveštaju Evropske komisije za borbu protiv rasizma i netolerancije, kao i u izveštaju češke vlade na osnovu Okvirne konvencije o zaštiti nacionalnih manjina. Međutim, Sud je istakao da je njegov zadatak da ispita okolnosti jednog konkretnog slučaja, a ne da se bavi procenama opšteg društvenog stanja u jednoj zemlji. Takođe, Sud je izneo stav da u domenu organizovanja školstva države imaju široko polje slobodne procene, kao i da statistički podaci koji jesu zabranjavajući, sami po sebi, ne mogu da ukažu na to da je stavljanje romske dece u specijalne škole rezultat rasnih predrasuda i stereotipa. Ovakvo mišljenje Suda potpuno je iznenađujuće i ostaje nada da će ovakva praksa biti prevaziđena u novijim slučajevima.

⁶⁸ *Angelova i Ilijev protiv Bugarske*, 555223/00 (2007), par. 116. Videti i *Šečić protiv Hrvatske*, 40116/02, (2007), kao i *Moldovan i drugi protiv Rumunije* (br. 2) 41138/98; 64320/01 (2005). U poslednjem slučaju, sukob između romskog i neromskog stanovništva u jednom malom mestu doveo je do toga da je neromska grupa stanovništva ubila jedan broj pripadnika romske populacije, neke ranila i uništila romske kuće. Postojali su dokazi da je policija ohrabivala nered, a rasistički komentari zvaničnika jasno su ukazivali na antiromsko raspoloženje, kao i pasivan odnos vlasti prema ovom događaju. Takođe, vlasti su odbile da pruže naknadu nematerijalne štete za uništenu imovinu. Sve ove činjenice uzete su u bozир i Sud je pronašao nelegitimnost različitog tretmana između ove dve grupe stanovništva.

⁶⁹ *D.H. i drugi protiv Republike Češke*, presuda citirana.

VIII RAZLIKOVANJE PO OSNOVU VEROISPOVESTI

Sud je prvi put raspravljao o postojanju diskriminacije po osnovu veroispovesti u slučaju *Kjeldsen, Busk Madsen i Pedersen*, gde su se roditelji dece koja pohađaju obavezne časove seksualnog vaspitanja u državnoj školi usprotivila ovakvoj meri jer je protivna njihovim hrišćanskim uverenjima.⁷⁰ Sud je pronašao da je država dužna da poštuje pravo roditelja da njihovoj deci bude pruženo obrazovanje koje je u skladu sa njihovim verskim i filozofskim uverenjima. Iz tog razloga, na strani države je da obezbedi objektivno, kritičko i pluralističko obrazovanje koje ne teži indoktrinaciji i koje bi se moglo smatrati nepoštovanjem roditeljskih verskih i filozofskih uverenja.⁷¹ Međutim, Sud je pronašao da u ovom slučaju nema dokaza o kršenju čl. 14 niti čl. 2 Prvog protokola, jer su roditelji imali mogućnost da decu obrazuju u privatnim školama ili kod kuće.

Sud je, takođe, raspravljao o nekoliko predmeta u kojima je došlo do kršenja prava pripadnika Jehovinih svedoka. U slučaju *Hofman*, Vrhovni sud Austrije dodelio je starateljstvo nad decom posle razvoda njihovom ocu, a ne majci jer je pripadnik Jehovinih svedoka.⁷² Iz tog razloga, smatrano je da je ona u manjoj meri sposobna da zaštiti interes dece, pošto pripadnici Jehovinih svedoka odbijaju transfuziju krvi, a i zato što je ova grupa marginalizovana pa bi deca mogla biti odbačena od strane društva. Sud je, međutim, pronašao da različit tretman zbog veroispovesti nije opravdan i prihvatljiv, pa je time došlo do kršenja čl. 14 u vezi sa čl. 8 EKLJP.⁷³ Isti je slučaj i sa predmetom *Pala Martines*, gde je francuski sud smatrao da su pravila o vaspitanju dece pripadnika Jehovinih svedoka vrlo stroga i netolerantna, ali je Evropski sud smatrao da nema dokaza da je vera majke loše uticala na vaspitanje dece, te da nije ostvaren princip proporcionalnosti između postavljenog legitimnog cilja i mera kojima se taj cilj ostvaruje.⁷⁴ Čak i kada su pravna lica u pitanju, Sud će pronaći kršenje čl. 14 u vezi sa čl. 9, kao kada rimokatolička crkva, za razliku od grčke crkve ili jevrejske verske zajednice, nije mogla da povede parnicu jer se ne smatra pravnim subjektom.⁷⁵ Takođe, Sud je pronašao i kršenje čl. 14 u vezi sa čl. 3 i čl. 9 EKLJP u slučaju u kojem je veći broj pripadnika Jehovinih svedoka pretučeno, a državni organi (policija i istražni sudija) nisu pokazali dovoljno revnosti, niti su sprečili poziv na linč u medijima i sprečili nasilje.⁷⁶

⁷⁰ *Kjeldsen, Busk Madsen i Pedersen protiv Danske*, presuda citirana.

⁷¹ *Ibid*, par. 53.

⁷² *Hofman protiv Austrije*, presuda citirana.

⁷³ *Ibid*, par. 36.

⁷⁴ *Pala Martines protiv Francuske*, 64927/01 (2003).

⁷⁵ *Katolička crkva iz Kanee protiv Grčke*, 25528/94 (1997).

⁷⁶ *Slučaj 97 članova Gidani kongregacije Jeovinih svedoka protiv Gruzije*, 71156/01, (2007), par. 138-142.

Pitanje diskriminacije po osnovu vere često se postavlja u vezi sa slobodom veroispovesti, koja podrazumeva i slobodu ispoljavanja i propovedanja vere. Ipak, čl. 9 EKLJP ne štiti svaki akt koji je motivisan verom ili ličnim uverenjem, kao što je to slučaj sa neprimerenim prozelitizmom, pod kojim se podrazumeva korišćenje neprimerenog pritiska radi pridobijanja novih članova. Tako je u jednom slučaju grčki vojni sud osudio trojicu grčkih oficira, pripadnika jedne protestantske crkve za prozelitizam jer su nastojali da pridobiju kolege i susede.⁷⁷ Zanimljivo je da je Evropski sud napravio razliku između aktivnosti pridobijanja kolega i suseda, pa je tako pronašao da takvo postupanje prema kolegama nižeg čina predstavlja svojevrsni pritisak na njih i kršenje čl. 9 EKLJP, dok u slučaju civila nije pronađeno postojanje neprimerenog pritiska.⁷⁸ U jednom drugom slučaju, postavilo se pitanje šta predstavlja mešanje u slobodu ispoljavanja verskih osećanja.⁷⁹ Naime, jednom jevrejskom udruženju francuske vlasti odbile su da izdaju dozvolu za ritualna klanja koja su u skladu sa Torom, dok je takva dozvola data Udruženju jevrejske konzistorije u Parizu. Evropski sud smatrao je da bi do kršenja čl. 9 EKLJP došlo samo ako bi obavljanje ritualnog klanja bilo proglašeno nezakonitim, čime bi i jevrejska verska zajednica bila onemogućena da jede meso koje je pripremljeno u skladu sa njenom verom. To ovde nije bio slučaj, a svrha primenjene mere bila je da se zaštiti javno zdravlje i javni red, a ne da se onemogući ili diskriminiše jedna verska grupa.

IX RAZLIKOVANJE PO OSNOVU NACIONALNOG POREKLA ILI PRIPADNOSTI NEKOJ NACIONALNOJ MANJINI

Sud je u nekoliko slučajeva razmatrao postojanje navodne diskriminacije po osnovu nacionalne pripadnosti i istakao da razlika u tretmanu po ovom osnovu zahteva dovoljno ozbiljne razloge da ne bi došlo do kršenja čl. 14 EKLJP. U slučaju *Gajgusuz*, podnosiocu predstavlke nije dato pravo na naknadu u slučaju nezaposlenosti jer nije Austrijanac, već Turčin sa stalnim boravkom u Austriji.⁸⁰ Sud je smatrao da je relevantno to što je lice redovno uplaćivalo doprinose Fondu za osiguranje od nezaposlenosti dok je bio u radnom odnosu, te da se nalazio u analognoj situaciji sa bilo kojim Austrijancem koji je izgubio posao. Kako različit tretman nije bio zasnovan na nekom razumnom opravdanju, Sud je pronašao kršenje čl. 14 EKLJP. Sud je došao do istog zaključka i u slučaju *Kua Poare*, gde je podnosilac podneska invalid kome je uskraćeno isplaćivanje naknade za invalidnost jer nije francuski državljanin i jer ne postoji bilateralni sporazum o reciprocitetu u vezi sa isplatom naknade između ove države i Obale Slonovače,

⁷⁷ Videti *Larisis i drugi protiv Grčke*, 23372/94; 26377/94; 26378/94 (1998).

⁷⁸ *Ibid*, par. 51.

⁷⁹ Videti *Šar Šalom ve Cedek protiv Francuske*, (1997).

⁸⁰ *Gajguzus protiv Austrije*, Izveštaj 1996-IV, (1996).

odakle dolazi podnosilac predstavke.⁸¹ Takođe, u jednom od najnovijih slučajeva, Sud je smatrao da je prekršen čl. 14 EKLJP u vezi sa čl. 1 Prvog protokola jer mu je onemogućeno dobijanje socijalne zaštite zato što nije poljski državljanin, iako je uredno plaćao poreze i već duže vremena boravi u ovoj zemlji.⁸²

S druge strane, Sud je pronašao da postoji objektivno i razumno opravdanje za povoljniji tretman domaćih državljana koje je došlo do izražaja u slučaju *Mustakim*, gde je podnosilac predstavke proteran iz Belgije zbog bavljenja kriminalom, iako je živeo u ovoj zemlji od detinjstva, gde mu se nalazi i porodica.⁸³ On je smatrao da se nalazi u nepovoljnijem položaju u odnosu na belgijske državljane koji ne mogu biti proterani, ali je Sud istakao da domaći državljani ne mogu biti proterani iz svoje sopstvene zemlje. Takođe, Sud je u nekim drugim slučajevima pronašao da zakoni mogu uzeti u obzir regionalne razlike i karakteristike koje su objektivne i razumne, kada nisu zasnovane na ličnim karakteristikama kao što je nacionalno poreklo.⁸⁴ Međutim, Sud takođe pokazuje nespremnost da pronađe postojanje kršenja čl. 14 EKLJP po osnovu nacionalne pripadnosti, ako diskriminatorni tretman nije dokazan "izvan razumne sumnje", iako ima dovoljno dokaza da bi se moglo zaključiti da je lice izloženo takvom tretmanu.⁸⁵ U jednom od tih slučajeva podnosilac predstavke je ukazao na postojanje diskriminatorne politike koju vlasti u Turskoj sprovode protiv Kurda, pozivajući se na izveštaje specijalizovanih agencija UN, na izveštaje međunarodnih nevladinih organizacija, kao i na činjenicu da vlasti nisu sačuvali arhivske podatke o njegovom sinu koji je preminuo u pritvoru. Ipak, Sud je smatrao da sve navedene činjenice nisu dovoljne da bi se zaključilo postojanje diskriminatornog tretmana.⁸⁶

X ČL. 1 DVANAESTOG PROTOKOLA UZ EKLJP

Dvanaesti protokol nastao je kao rezultat potrebe da se jednim nezavisnim pravom uvede šira primena čl. 14 EKLJP i tako omoguće predstavke koje neće imati za povredu samo postojeće odredbe Konvencije i protokola. Kako je jezička formulacija čl. 1 potpuno ista onoj koja se koristi u čl. 14 EKLJP, svrha ovog člana nije da ukine čl. 14, već da ga dopuni. Ovo jasno proističe i iz same Preambule Dvanaestog protokola, koja prvo navodi fundamentalni značaj načela jednakosti, a potom ističe potrebu preduzimanja daljih koraka kako bi se ostvarila jednakost

⁸¹ *Kua Poare protiv Francuske*, 40892/98 (2003).

⁸² *Videti Lučak protiv Poljske*, 77782/01, (2007).

⁸³ *Mustakim protiv Belgije*, 12313/86 (1991).

⁸⁴ *Videti Magi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 28135/95 (2000).

⁸⁵ *Videti Maker protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 28883/95 (2001); *Mekšajn protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 43290/98 (2002).

⁸⁶ *Tanli protiv Turske*, 26129/95 (2001). *Videti*, između ostalih, i *Bilgin protiv Turske*, 23819/94 (2000); *Čakići protiv Turske*, 23657/94, (1999).

svih pojedinaca. Prvi stav zabranjuje diskriminaciju u vezi sa "svakim pravom koje zakon predviđa", što se može odnositi i na međunarodno pravo.⁸⁷ Dakle, cilj ovog člana je da pruži zaštitu pojedincu u uživanju svakog prava ili povlastice koje je eksplicitno ili implicitno priznato domaćim zakonodavstvom, što jasno proističe i iz Preambule ovog protokola. Izveštaj s objašnjenjima uz Dvanaesti protokol objašnjava da će se zaštita od diskriminacije primenjivati u sledećim situacijama:

1. u uživanju svakog prava koje je pojedincu izričito pružano na osnovu unutrašnjeg prava;
2. u uživanju nekog prava koje može proisteći iz jasne obaveze javne vlasti prema unutrašnjem pravu, tj. tamo gde je javna vlast u obavezi prema unutrašnjim pravnim propisima da se ponaša na određeni način;
3. u situaciji u kojoj javna vlast vrši neko diskreciono ovlašćenje; kao i
4. zaštita od svakog drugog činjenja ili nečinjenja javne vlasti.

Eksplicitno navedeni zabranjeni osnovi identični su onim koji se nalaze u čl. 14 EKLP, pa se postavlja pitanje zašto nisu navedeni neki osnovi koji su u praksi Evropskog suda priznati kao zabranjeni osnovi za diskriminaciju? Iako to neće imati neke značajnije posledice u praksi jer je klauzula ovog člana otvorena pa se priznaju i oni osnovi koji nisu izričito nabrojani, ovakav stav govori o jasnoj podeljenosti država da se nekim zabranjenim osnovima da isti značaj kao i već dobro utvrđenim i priznatim osnovima za diskriminaciju. Takođe, evidentno je da države ne žure da ratifikuju Dvanaesti protokol, imajući u vidu njegovu široku primenu u ovoj oblasti. Tako je do danas ovaj instrument ratifikovalo samo 17 država,⁸⁸ dok ga je još 20 država potpisalo.⁸⁹

Iako je Dvanaesti protokol stupio na snagu još 1. aprila 2005. godine, do danas Evropski sud nije doneo presudu po osnovu čl. 1. Zanimljivo je istaći da prvi takav slučaj može biti upravo protiv Srbije. U pitanju je slučaj *Stojanović*, koji se tiče lica koje je bilo na izdržavanju kazne za prevaru u kazneno-popravnim zavodu u Nišu.⁹⁰ Njemu je i poslednji zub ispao u zatvoru, zbog čega nije mogao normalno da jede, pa je tražio od zatvorskog stomatologa da mu se besplatno uradi proteza. On se pozivao na činjenicu da je 58 puta bio davalac krvi i da je oslobođen plaćanja zdravstvenih usluga. Međutim, rečeno mu je da će morati da plati bar deo proteze u iznosu od 10.000 dinara, jer nije oslobođen plaćanja proteze na

⁸⁷ Izveštaj sa objašnjenjima uz Dvanaesti protokol, par. 29.

⁸⁸ Albanija, Andora, Jermenija, BiH, Hrvatska, Kipar, Finska, Gruzija, Luksemburg, Crna Gora, Holandija, Rumunija, San Marino, Srbija, Španija, Makedonija i Ukrajina.

⁸⁹ Austrija, Azerbejdžan, Belgija, Češka Republika, Estonija, Nemačka, Grčka, Mađarska, Island, Irska, Italija, Letonija, Lihtenštajn, Moldavija, Norveška, Portugal, Rusija, Slovačka, Slovenija i Turska. Protokol nisu potpisale Bugarska, Danska, Francuska, Litvanija, Malta, Monako, Poljska, Švedska, Švajcarska i Ujedinjeno Kraljevstvo.

⁹⁰ *Stojanović protiv Srbije*, 34425/04, predstava podneta 10. avgusta 2004.

osnovu čl. 4 Odluke o učešću osiguranih lica u troškovima zdravstvene zaštite. Podnosilac predstavke smatrao je da je na ovaj način došlo do povrede čl. 1 Dvanaestog protokola jer je on stavljen u istu situaciju sa opštom populacijom, koja se nalazi u značajno drugačijoj situaciji od zatvorenika. Međutim, država je tvrdila da se prema njemu već postupa različito jer bi opšta populacija morala da plati pun iznos proteze, dok se od njega očekivalo da plati deo iznosa. U iščekivanju presude Suda, može se zaključiti da se protiv Srbije može očekivati veći broj presuda na osnovu čl. 1 Dvanaestog protokola, imajući u vidu stanje u društvu i odsustvo opšteg antidiskriminacionog zakona.

XI ZAKLJUČAK

Evropska konvencija štiti od diskriminacije u čl. 14 EKLJP koji predstavlja jednu otvorenu klauzulu, ali ne predstavlja samostalno pravo, što je ujedno i najveća mana u ostvarivanju zaštite od diskriminacije. Da bi se unapredila ova zaštita, 2000. godine usvojen je Dvanaesti protokol koji u čl. 1 garantuje načelo jednakosti i zabranu diskriminacije kao samostalno pravo, čime se omogućava i zaštita mnogobrojnih prava i povlastica koje se odnose na ekonomska i socijalna prava. Međutim, do danas je ovaj protokol ratifikovalo samo 17 država, što znači da je čak 30 država još uvek izvan sistema zaštite koju pruža ovaj instrument. Ipak, ne treba zaboraviti da su države koje su potpisale Protokol obavezane, na osnovu čl. 18 Bečke konvencije o ugovornom pravu, da ovaj ugovor ne liše svog predmeta i cilja. S druge strane, države koje nisu ni potpisale ovaj instrument uglavnom su članice Evropske unije, a time podvrgnute sistemu zaštite koji postoji u okviru ove organizacije i koji je posebno značajan u domenu diskriminacije. Konačno, iako je Evropski sud za ljudska prava proširio listu nedozvoljenih osnova diskriminacije, posebno kada je u pitanju seksualna orijentacija, što je svakako pohvalno u radu Suda, njegov test dokazivanja „izvan razumne sumnje“ u slučajevima pozitivne diskriminacije mora biti revidiran, jer u suprotnom Sud neće biti u prilici da pruži adekvatnu zaštitu žrtvama diskriminacije.

Ivana Krstić, LL.D,

Assistant, Faculty of Law, University of Belgrade

NON-DISCRIMINATION IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Summary

Under the European Convention on Human Rights, non-discrimination is protected by Article 14 of the Convention and Article 1 of the Protocol 12, which was adopted on the 50th anniversary of the Convention. Both provisions are open textured prescriptions on non-discrimination, meaning that they neither limit the possible grounds nor provide a conclusive definition of discrimination. However, while Article 14 of the Convention is only an accessory right with a limited field of application in protection against discrimination, Article 1 of the Protocol 12 is intended to remedy this limited scope providing an independent and general prohibition against discrimination. Therefore, Article 1 of the Protocol 12 does not derogate Article 14 of the Convention but, rather, provides a more extensive and effective protection against discrimination. Having in mind that the Protocol was entered into force in April 2005, there is still a lack of relevant case-law of the European Court of Human Rights regarding Article 1 of the Protocol 12.

The European Court proceeding for determining whether a legal act or treatment has been discriminatory or not includes two distinct phases. First, the Court has to establish whether the applicant has been subject to a different treatment in the same or relatively similar circumstances. Second, the Court has to examine whether there was an objective and reasonable justification for a different treatment. In order to establish that there was an objective and reasonable justification for such a treatment, there are two conditions to be fulfilled: a) the different treatment has been exercised in pursuit of a legitimate aim, and b) there is a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim to be achieved. However, it is important to emphasize that an individual is subject to discrimination even in cases when the state applies an equal treatment to persons who find themselves in substantially different situations. The Court has also established and recognized a positive action of states in combating discrimination at all levels. This article will demonstrate that there are certain limitations in the protection against discrimination before the European Court, which can be overcome by the immediate ratification of Protocol 12 by all State Parties to the Convention, and by establishing a relevant case-law under Article 1 of this Protocol.

Mr Dejan Vučetić,

asistent Pravnog fakulteta u Nišu

EVROPSKI STANDARDI ZAŠTITE LJUDSKIH PRAVA PRILIKOM UPRAVNOG POSTUPANJA - IZ UGLA REPUBLIKE SRBIJE-

UDK: 35.077.2/.3:341.645(4-672EU):341.231.14

UDK: 35.077.2/.3:341.231.14(4:497.11)

Apstrakt

Autor analizira evropske standarde zaštite ljudskih prava prilikom upravnog postupanja, proistekle iz Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i prakse Evropskog suda za ljudska prava, koji su sumirani u odgovarajućim aktima Komiteta ministara Saveta Evrope (Rezolucija (77) 31 o zaštiti pojedinca u odnosu na akte organa uprave, Preporuka R(80) 2 o vršenju diskrecionih prava upravnog organa, Preporuka R(89) 8 o privremenoj sudskoj zaštiti u upravnom postupku, Preporuka R(2001) 9 o alternativama za sudski proces između upravnih organa i privatnih strana, Preporuka R(2003) 16 u vezi sa izvršenjem upravnih i sudskih odluka u oblasti upravnog prava, Preporuka (2004) 20 o sudskoj reviziji upravnih akata i Preporuka R(2007) 7 o dobroj upravi), kao i stepen usaglašenosti upravno-pravnih normi Republike Srbije sa tim standardima.

Ključne reči: upravni spor, upravna delatnost, ljudska prava, Evropski sud, upravna vlast, pravna zaštita, upravni postupak, organi uprave.

I

Jedna od karakterističnih crta savremenih država jeste sve veća diverzifikacija upravnih zadataka i sve veći značaj delatnosti javne uprave. Od početka 20. veka, pored tradicionalnih zadataka, organi uprave su sve više angažovani u najrazličitijim oblastima sa ciljem obezbeđivanja blagostanja građana i unapređenja društvenih uslova života.¹ Iz tog proširenog pojasa upravne delatnosti proističe i veća mogućnost ugrožavanja prava pojedinaca. Stoga je efikasna pravna zaštita privatnih (fizičkih i pravnih) lica od nezakonitog i

¹ V.: M. Petrović, Nauka o upravljanju kao pretpostavka upravne politike (Opšti deo). Niš, 2006, str. 89 i dalje.

necelishodnog delovanja upravne vlasti osnovni cilj savremenih pravnih država koji se ostvaruje doslednom primenom principa vladavine prava.

Pravna zaštita upravnomaterijalnih prava u pravnom sistemu Republike Srbije može se podeliti na čisto pravnu i vanpravno pravnu. Čisto pravna se potom može razvrstati na: unutrašnju i nadnacionalnu. U unutrašnje oblike spadaju: upravna samokontrola uprave (žalba i skup vanrednih pravnih sredstava), upravnosudska zaštita (upravni spor) i ustavnosudska zaštita protiv pojedinačnih akata javnih vlasti – pa i upravnih akata – pred ustavnim sudom, kao poslednja nacionalna pravna instanca.²

Nadnacionalna pravna zaštita se može ostvariti pred Evropskim sudom za ljudska prava u Strazburu, shodno odredbama EKLJP i pratećim protokolima.

U vanpravne vidove zaštite ljudskih prava spadaju kontrola od strane javnog mnjenja,³ i zaštitnika građana.⁴

Predmet našeg rada su evropski standardi zaštite upravnomaterijalnih prava, proistekli iz Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i prakse Evropskog suda za ljudska prava, koji su sumirani u odgovarajućim aktima Komiteta ministara Saveta Evrope (Rezolucija (77) 31 o zaštiti pojedinca u odnosu na akte organa uprave, Preporuka R(80) 2 o vršenju diskrecionih prava upravnog organa, Preporuka R(89) 8 o privremenoj sudskoj zaštiti u upravnom postupku, Preporuka R(2001) 9 o alternativama za sudski proces između upravnih organa i privatnih strana, Preporuka R(2003) 16 u vezi sa izvršenjem upravnih i sudskih odluka u oblasti upravnog prava, Preporuka (2004) 20 o sudskoj reviziji upravnih akata i Preporuka R(2007) 7 o dobroj upravi), te analiza stepena njihove prisutnosti u pravnom sistemu Republike Srbije tj. u unutrašnjim oblicima pravne zaštite subjektivnih prava.

U radu smo termin „standard“ koristili umesto izraza „pravilo“ ili „norma“ iz istog razloga iz kog su pisci Rezolucije (77) 31 o zaštiti pojedinca u odnosu na akte organa uprave koristili izraz načelo:

„jer cilj rezolucije nije da ce, usvajanjem uniformnih pravila, usklade različiti nacionalni zakoni o upravnom postupku već da ce unapredi opšta prepoznatljivost određenih načela u pravu i praksi zemalja članica. Ta ideja ce odražava i u formulaciji načela: njima ce ne definišu detaljne obaveze

² V. npr: Z. Tomić, Sukcesivnost upravne i upravno-sudske zaštite, Pravni život br. 10/2007. Beograd, str. 535-547.

³ Pravo na peticije – član 56 Ustava Srbije.

⁴ Član 138 Ustava Srbije.

uprave, već ce opisuje način koji vodi postizanju pravičnosti u odnosima između uprave i pojedinca“.⁵

Načela ustanovljena odlukama Evropskog suda pravde, i odgovarajućim opštim pravnim aktima EU neće biti predmet razmatranja iz prostog razloga što pravni sistem Republike Srbije još uvek nije deo pravnog sistema Evropske Unije.⁶

II

Za potrebe upravnopravne nauke i prakse od naročitog značaja jesu odredbe stava 1 člana 6 EKLJP⁷ – kojima se garantuje pravo na pravično suđenje,⁸ a po važnosti zatim sledi član 13 koji predstavlja tzv. sigurnosni ventil za član 6 – jer garantuje pravo na delotvoran nacionalni pravni lek prilikom kršenja prava iz Konvencije.

Princip prava na pravično suđenje obuhvata najveći broj tzv. subjektivnih (javnih) prava (a ne samo prava građanskopravne ili civilne prirode – što je zaključak na koji upućuje usko jezičko tumačenje).⁹

Evropski sud za ljudska prava do sada je stao u zaštitu subjektivnih upravnomaterijalnih prava ostvarivanih u postupcima izdavanja građevinskih

⁵ V.: Praksa Evropskog suda za ljudska prava i primena evropskih standarda u upravnom pravu Srbije, Vrhovni sud Srbije, Beograd, 2007, str. 121.

⁶ Za detaljniji prikaz videti: A. Rabrenović, Načela „kvalitetne uprave“ u Pravu EU, Javna uprava, Beograd, br. 1/2002. V. Radivojević, Primena prava od strane Evropskog suda pravde, Pravni život, br. 12, 2005. R. Etinski, Zaštita ljudskih prava pred Sudom evropskih zajednica, Evropsko zakonodavstvo, br. 8, 2004.

⁷ „Svako, tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama ili o krivičnoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona. Presuda se izriče javno, ali se štampa i javnost mogu isključiti s celog ili s dela suđenja u interesu morala, javnog reda ili nacionalne bezbednosti u demokratskom društvu, kada to zahtevaju interesi maloletnika ili zaštita privatnog života stranaka, ili u meri koja je, po mišljenju suda, nužno potrebna u posebnim okolnostima kada bi javnost mogla da naškodi interesima pravde.“

⁸ Slično jemstvo garantovano je odredbom člana 14 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima.

⁹ V.: Ž. Ditertr, Izvodi iz najznačajnijih odluka Evropskog suda za ljudska prava, Beograd, 2006, str. 166. „U slučaju König protiv Nemačke sud je naglasio da „izraz „građanska“ prava i obaveze ne sme da se tumači u smislu da se njime pravi razlika između pitanja koje reguliše privatno pravo i onih koje reguliše javno pravo....“.

dozvola, zabrane izgradnje, eksproprijacije, konsolidacije, planiranja¹⁰ i izdavanja drugih dozvola vezanih za nekretnine sa neposrednim posledicama po imovinska prava građana.¹¹

Isto tako, zaštita je pružana u postupcima u kojima se ostvaruju prava na bavljenje komercijalnom delatnošću (pravo na točenje alkohola u restoranu, pravo na kvote za proizvodnju mleka) i u postupcima u kojima se odlučuje o pravu na bavljenje određenim profesijama medicinske, obrazovne i pravničke struke.¹² Nadalje, prema jurisprudenciji ESLJP, elementi prava na pravično suđenje imaju se primeniti u oblasti socijalne sigurnosti,¹³ ekološkim stvarima i u pogledu naknada štete zbog nezakonitog delovanja javne vlasti.¹⁴ Odredba st. 1 člana 6. se pritom ne odnosi samo na upravne akte (pojedinačne akte uprave) već i na opšte akte uprave kao što su planovi i slično, ukoliko su njihove posledice građanske prirode.¹⁵

¹⁰ V.: Oerlamans protiv Holandije, 27. novembar 1991. i De Geoffre de la Pradelle protiv Francuske, 16. decembar 1992.

¹¹ V.: Sporrang and Lonroth protiv Švedske, 23. septembar 1982, Poiss protiv Austrije, 23. april 1987, Bodén protiv Švedske, 27. oktobar 1987, Håkanson i Sturesson protiv Švedske, 21. februar 1990, Mats Jacobsson protiv Švedske, 28. jun 1990. i Ruiz-Mateos protiv Španije, 12. septembar 1993.

¹² Traktörer Aktiebolag protiv Švedske, 7. jul 1989.; König protiv SR Nemačke, 28. jun 1978. godine; Jordebros Foundation protiv Švedske, 6. mart 1987 i H. protiv Belgije, 30. novembar 1987.

¹³ Sud je ranije bio na stanovištu da se odredbe člana 6. st. 1 ne odnose na postupke u vezi sa beneficijama iz domena socijalnih davanja. Kasnije je, međutim, Sud jasno stavio do znanja da su odredbom člana 6 obuhvaćeni postupci u kojima se odlučuje o tome da li neko ima pravo, u skladu s programom socijalne zaštite, na povlastice iz oblasti zdravstvenog osiguranja, na invalidninu i na državnu penziju. U predmetu Šuler-Zgragen protiv Švajcarske, koji se ticao invalidske penzije, Sud je zaključio da „razvoj prava ... i načelo jednakosti u postupanju nalažu da se zauzme stav po kome je danas opšte pravilo da se član 6, stav 1 primenjuje u oblasti socijalnog osiguranja, uključujući čak socijalna davanja“. Odredba člana 6 se, pored toga, primenjuje i na postupke u kojima se donosi odluka o obavezi plaćanja doprinosa, u skladu sa programom socijalne zaštite. V. i: Benthem protiv Holandije 23. oktobar 1985; Jacobsson protiv Švedske, 25. oktobar 1989; Van de Hurk protiv Holandije, 19. april 1994; Feldbrugge protiv Holandije, 29. maj 1986 i Schouten u Meldrum protiv Holandije, 9. decembar 1994.

¹⁴ V.: Zander protiv Švedske, 25. novembar 1993; Cazenave de la Roche protiv Francuske, 9. juni 1998; Robins protiv Velike Britanije, 23. septembra 1997.

¹⁵ V.: N. Petrušić, Jurisprudencija Evropskog suda za ljudska prava u zaštiti prava na rešavanje građanskopravne stvari u razumnom roku, Zbornik radova "Evropski sistem zaštite ljudskih prava – iskustva i novi izazovi". Niš, 2004, str. 207.

Garancije iz odredbe člana 6 primenjuju se i na postupke koji se vode protiv javne uprave, a odnose se na ugovore¹⁶ i štete nanete u upravnom postupku.¹⁷ Iako, načelno, poreski sporovi ne potpadaju pod nadležnost člana 6, ipak je moguće pružiti zaštitu pravu na povraćaj novčanih sredstava uplaćenih na ime poreza pozivanjem na odredbe st. 1 člana 6.

Sud je, takođe, zaključio da su i postupci pred ustavnim sudovima te uopšte javnopravni postupci, onda kada se njihov ishod može odlučujuće ticati građanskih prava i obaveza, obuhvaćeni garantijama pravičnog suđenja sadržanim u članu 6 EKLJP.

Subjektivna prava koja se ne mogu štititi pozivom na odredbu člana 6 EKLJP su: opšte poreske i carinske stvari i procena poreskih dugovanja, imigraciona i državljanska prava, prava određenih kategorija državnih službenika (čija delatnost podrazumeva vršenje javnih ovlašćenja a koja je u vezi s obavezama čiji je cilj očuvanje opštih interesa države) u radnim sporovima,¹⁸ prava na izveštavanje o sudskom postupku, pravo kandidovanja za javnu funkciju, pravo na državno obrazovanje, ograničavanje slobode kretanja odbijanjem da se izda pasoš, pravo na pravnu pomoć u građanskim stvarima, pravo na lečenje o državnom trošku, pravo na državnu nadoknadu štete žrtvama elementarnih nepogoda i pravo na prijavu patenta.¹⁹

III

Elementi prava na pravično suđenje sadržani u odredbi člana 6. st. 1 kao i prava na delotvornu pravnu zaštitu iz odredbe člana 13. razrađeni su jurisprudencijom ESLJP, a sublimirani u navedenim aktima Komiteta ministara Saveta Evrope. Zbog toga što su u Rezoluciji i preporukama dati u čisto upravnompravnog kontekstu, a i zbog toga što za razliku od odredbi članova 6 i 13 i prateće sudske prakse, preporuke i rezolucija do sada nisu bile analizirane u srpskoj pravnoj nauci našu pažnju usmerićemo, pre svega, u pravcu standarda ustanovljenih ovim aktima Komiteta ministara Saveta Evrope imajući uvek u vidu da oni proističu iz načela ustanovljenih praksom Evropskog suda za ljudska prava i da, zapravo, predstavljaju njihovu nadgradnju.

¹⁶ V.: Philis protiv Grčke, 27. avgust 1991.

¹⁷ V.: Editions Périscope protiv Francuske, 26. mart 1992, Barraona protiv Portugala, 8. jul 1987, i X. protiv Francuske, 3. mart 1992.

¹⁸ Kao što su pripadnici oružanih snaga, policije, te kada je u pitanju obaveza služenja vojnog roka itd.

¹⁹ V.: N. Mol, K. Harbi, Pravo na pravično suđenje: vodič za primenu člana 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima, Beograd, 2007, str. 28-31.

Tako, **Rezolucija (77) 31 o zaštiti pojedinaca u odnosu na akte uprave**²⁰ preporučuje postojanje: prava na saslušanje, prava na pristup informacijama, prava na pomoć i pravnu zaštitu, navođenje razloga (obrazloženje) i ukazivanje na pravne lekove, kao načela koja se primenjuju na zaštitu lica, bilo fizičkih ili pravnih,²¹ u upravnim postupcima u vezi s bilo kojim pojedinačnim merama ili odlukama koje ce donose prilikom vršenja vlasti, a koje su takve prirode da neposredno pogađaju njihova prava, slobode i interese (upravni akti).²² Ovde se pod upravnim aktom podrazumeva akt koji se donosi prilikom vršenja vlasti – čime je isključen čitav jedan korpus akata uprave koje ona donosi ne vršeci javna ovlašćenja. Prilikom primene ovih načela treba uzimati u obzir potrebu za dobrom i efikasnom upravom, kao i interese trećih strana i značajnije javne interese, a sintagmu „pravo na saslušanje“ ne treba tumačiti usko jezički, već da zainteresovano lice, odnosno stranka, može izložiti svoj slučaj u pisanoj formi ili usmeno, u zavisnosti od toga koja opcija joj je pogodnija.

Obzirom da upravni organi često vrše diskreciona ovlašćenja **Preporukom R (80) 2 Komiteta ministara o vršenju diskrecionih ovlašćenja od strane upravnih organa**²³ utvrđena su osnovna načela kojih se organi uprave imaju pridržavati prilikom donošenja odluka na osnovu slobodne ocene i utvrđen je postupak vršenja diskrecionih ovlašćenja, te način kontrole akata donetih po osnovu slobodne ocene.

Upravni organ, kada vrši neko diskreciono ovlašćenje, ne sme da teži ostvarivanju nijedne druge svrhe sem one za koju mu je to ovlašćenje dato.²⁴ Pri tome, organ uprave mora da poštuje princip objektivnosti i nepristrasnosti, uzimajući u obzir samo faktore relevantne za konkretni slučaj, pridržavajući ce načela jednakosti

²⁰ V.: Zbirka odabranih preporuka Saveta Evrope, Savet Evrope, Beograd, 2004. Rezolucijom (77) 31 se proklamuje načelo pravičnosti prilikom upravnog postupanja i donošenja upravnih akata koje je sveobuhvatnije od načela zakonitosti predviđenog članom 5 Zakona o opštem upravnom postupku („Sl. list SRJ“ br. 33/97, i 31/2001).

²¹ Ova prava su u potpunosti garantovana i naročito istaknuta odredbama sledećih članova ZUP-a: načelo saslušanja stranke (član 9 ZUP-a), razgledanje spisa i obaveštavanje o toku postupka (član 70 ZUP-a), načelo zaštite prava građana i zaštite javnog interesa (član 6 ZUP-a) i načelo pružanja pomoći neukoj stranci (član 15 ZUP-a),

²² V.: Praksa Evropskog suda za ljudska prava i primena evropskih standarda u upravnom pravu Srbije..., str. 126.

²³ Preporuka R (80) 2 Komiteta ministara o vršenju diskrecionih ovlašćenja od strane upravnih organa usvojena je od strane Komiteta ministara 11. marta 1980. godine.

²⁴ Ova obaveza striktno je normirana i odredbom stava 2. člana 5 ZUP-a: „U upravnim stvarima u kojima je organ zakonom ovlašćen da rešava po slobodnoj oceni rešenje se mora doneti u granicama ovlašćenja i u skladu sa ciljem u kome je ovlašćenje dato“.

pred zakonom, izbegavajući nepravičnu diskriminaciju,²⁵ održavajući odgovarajuću ravnotežu (primenom principa proporcionalnosti) između eventualnih negativnih efekata koje bi njegov akt proizveo po prava ili interese stranaka i svrhe kojoj teži, donoseći rešenje u roku koji je razuman s obzirom na stvar o kojoj ce radi²⁶ i primenjujući eventualne opšte upravne smernice na dosledan način uzimajući istovremeno u obzir sve konkretne okolnosti svakog slučaja.

Sve opšte upravne smernice i uputstva kojima ce organ uprave ima rukovoditi prilikom vršenja diskrecionih ovlašćenja moraju ce objaviti ili na odgovarajući način saopštiti, u meri u kojoj je to neophodno, zainteresovanom licu, na njegov zahtev, bilo pre ili nakon preduzimanja radnje koja ce njega tiče.

Akt preduzet prilikom vršenja nekog diskrecionog ovlašćenja morao bi da podleže kontroli zakonitosti koju sprovodi sud ili drugo nezavisno telo. Ta kontrola ne isključuje *mogućnost preliminarne kontrole* od strane upravnog organa koji je ovlašćen da odlučuje kako o zakonitosti tako i o činjeničnom stanju. Kada u zakonu nema nikakvog vremenskog ograničenja za donošenje odluke na osnovu vršenja diskrecionog ovlašćenja, a upravni organ ne donese odluku u razumnom roku, to nedonošenje odluke može biti podvrgnuto kontroli od strane nadležnog organa.²⁷ Sud ili drugo nezavisno telo koje kontroliše vršenje diskrecionih prava mora biti ovlašćen da „pribavlja informacije“, tj. utvrđuje pravo stanje stvari, koje su neophodne za vršenje njegove funkcije.²⁸

Obzirom da izvršenje upravnih akata koji su sudski ili na neki drugi način osporeni može, u određenim okolnostima, da učini nenadoknadivu štetu interesima stranaka i s obzirom da treba očuvati ravnotežu između privremene sudske

²⁵ Ovakvu razradu principa nepristrasnosti bilo bi korisno eksplicite navesti i u nekom budućem srpskom zakonu o opštem upravnom postupku.

²⁶ V.: B. Tratar, Neka razmišljanja o opštim evropskim načelima zaštite prava u upravnom sporu. Pravni život, br. 9/2001, str. 627. i dalje.

²⁷ Tužba zbog ćutanja uprave (član 24. ZUS-a). V.: S. Popović, J. Savinšek, Komentar zakona o upravnim sporovima. Beograd, 2007, str. 8 i 24; P. Dimitrijević, Odgovornost uprave za nečinjenje : sa posebnim osvrtom na „ćutanje uprave“, Istočno Sarajevo, 2005.

²⁸ Odredbom člana 38. ZUS-a ustanovljeno je pravilo o rešavanju upravnog spora na podlozi činjenica utvrđenih u upravnom postupku (stav 1) uz istovremeno priznavanje prava suda da ulazi u ispitivanje činjeničnog stanja i da poništava upravne akte, ako utvrdi da organi nisu pravilno ili nisu potpuno utvrdili činjenično stanje (stav 2). Međutim, u izvesnim slučajevima u našem pravu se primenjuje i sistem po kome se sudu priznaje pravo ne samo da ulazi u kritiku činjeničnog stanja koje je utvrdio organ koji je doneo rešenje u upravnom postupku, već se sudu i priznaje pravo da sam utvrđuje činjenično stanje i da sam sprovodi dokazivanje (stav 3 i 4). Iz pravila da sud raspravlja na podlozi činjenica koje su utvrđene u upravnom postupku proizlazi pravilo da se nove činjenice ne mogu iznositi tek u tužbi sudu.

zaštite pojedinaca i efikasnog delovanja upravnih organa Komitet ministara je usvojio **Preporuku R (89) 8 Komiteta ministara zemljama članicama o privremenoj sudskoj zaštiti u upravnom postupku.**²⁹

Prema toj preporuci, ako sud razmatra osporavanje upravnog akta i ako još nije objavio svoju odluku, osporavalac može tražiti od istog ili nekog drugog nadležnog suda preduzimanje mere privremene zaštite od upravnog akta. Takođe, ističe se da u slučaju hitnosti ili ako je uložena žalba na upravni akt koja nema suspenzivno dejstvo i ako po njoj još nije doneta odluka nezadovoljna stranka ima pravo da od nadležnog suda zatraži preduzimanje mera privremene zaštite.

Mere privremene zaštite naročito bi trebalo odobriti ukoliko postoji *verovatnoća* da bi izvršenjem upravnog akta nastala nenadoknativa šteta većeg obima, kao i ako postoje *prima facie* razlozi protiv valjanosti akta.

Sudu u takvim slučajevima treba da stoje na raspolaganju sledeće privremene mere: 1) obustavljanje izvršenja upravnog akta u celosti ili delimično; 2) nalaganje potpunog ili delimičnog vraćanja u stanje koje je postojalo u vreme preduzimanja upravnog akta (radnje) ili u bilo koje vreme posle toga; kao i 3) nametanje upravi odgovarajuće obaveze. Mere privremene zaštite odobravaju ce u vremenskom trajanju koje sud smatra prikladnim i mogu biti povezane sa određenim uslovima. Privremene zaštitne mere mogu ce revidirati i ni na koji način ne prejudiciraju odluku suda. U takvim slučajevima postupak pred sudom trebalo bi voditi ubrzano.

Privremenoj sudskoj zaštiti trebalo bi da podležu i subjektivna prava koja su ugrožena tzv. regulativnim aktima i to u onim pravnim sistemima u kojima ce oni mogu osporiti pred sudom. Standardi iz Preporuke R (89) 8 Komiteta Ministara zemljama članicama o privremenoj sudskoj zaštiti u upravnom postupku su u potpunosti kompatibilni sa odgovarajućim odredbama ZUP-a i ZUS-a koje regulišu obezbeđenje radi izvršenja i odlaganje izvršenja u upravnom sporu.³⁰

²⁹ Preporuka je usvojena 13. septembra 1989. godine na 428. sednici održanoj na nivou zamenika ministara.

³⁰ Prema ZUS-u, u upravnom sporu pravilo je da tužba, po pravilu, nema suspenzivno (odgodno) dejstvo. Ona za razliku od žalbe u upravnom postupku ne sprečava izvršenje upravnog akta protiv koga je podnesena. To znači da podnošenjem tužbe ne dolazi do odlaganja izvršenja osporenog upravnog akta.

Međutim, tužilac može podneti zahtev za odlaganje izvršenja upravnog akta. Postoje dva dopuštena pravna puta za procesuiranje odgodnog zahteva. Odgodni zahtev se može podneti organu nadležnom za izvršenje ili nadležnom sudu kome je podneta tužba.

Po zahtevu za odlaganje tužioca, organ nadležan za izvršenje odložiće izvršenje akta (obavezno odlaganje), do konačne sudske odluke, pod sledećim uslovima: ako bi

Imajući u vidu da se integralnim delom člana 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima smatra i izvršenje sudskih odluka u razumnom roku, Komitet ministara usvojio je i **Preporuku R (2003)16 u vezi sa izvršenjem upravnih i sudskih odluka u oblasti upravnog prava.**³¹

S tim u vezi preporuka pravi razliku između *izvršenja upravnih odluka koja ce odnose na fizička i pravna lica* i *izvršenja sudskih odluka u pogledu organa uprave*.

Kada je u pitanju prinudno izvršenje od strane samih stranaka, tom prilikom trebali bi biti poštovani sledeći standardi: izvršenje mora biti izričito predviđeno zakonom; licima protiv kojih treba da ce izvrši odluka treba dati mogućnost da ispoštuju odluku organa uprave u razumnom roku, osim u hitnim, te stoga opravdanim slučajevima; o vršenju i opravdanosti izvršenja treba obavestiti lica na koja se odluka odnosi; mere izvršenja koje ce koriste, uključujući i sve prateće novčane sankcije treba da poštuju *načelo proporcionalnosti*. U hitnim slučajevima, postupak izvršenja treba da bude srazmeran stepenu hitnosti. Ukoliko organ uprave ne poštuje proceduru izvršenja, oni čija su prava i interesi zaštićeni u slučaju neprimenjivanja odluke treba da budu u mogućnosti da ce obrate sudskom organu.

Opšte odredbe u pogledu izvršenja sudskih odluka u pogledu organa uprave su: organi uprave moraju da primenjuju sudske odluke u razumnom roku i preduzimaju sve potrebne mere u skladu sa zakonom kako bi izvršenje upravnih akata bilo efikasno.³² U slučajevima kada organ uprave ne primenjuje sudsku

izvršenje nanelo tužiocu štetu koja bi se teško mogla nadoknaditi, ako odlaganje nije protivno javnom interesu, ako se odlaganjem ne bi nanela veća nenadoknativa šteta protivnoj stranci.

Ovi uslovi su kumulativni i ako su ispunjeni nadležni organ dužan je (mora) odložiti izvršenje.

Međutim, nadležni organ može i iz drugih razloga odložiti izvršenje osporenog upravnog akta do donošenja sudske odluke (eventualno, fakultativno odlaganje), ako to javni interes dozvoljava. Za razliku od obaveznog odlaganja gde rešenje ima karakter pravno vezanog akta, kod fakultativnog odlaganja rešenje je diskrecionog karaktera, jer se odlaganje dozvoljava zavisno od procene da li to javni interes dozvoljava ili ne.

Uz zahtev za odlaganje mora se priložiti dokaz o podnesenoj tužbi. Po zahtevu za odlaganje nadležni organ mora doneti rešenje najkasnije u roku od osam dana od prijema zahteva.

³¹ Preporuka je usvojena na 851. sednici održanoj 9. septembra 2003. godine. Videti i Rezoluciju br. 3 24 sa Konferencije evropskih ministara pravde održane 4. i 5. oktobra 2001. godine u Moskvi, o opštem prilazu i sredstvima za postizanje efikasnog izvršenja sudskih odluka.

³² Za efikasnost pravne zaštite presudno je da ce sudska odluka i stvarno izvrši. Član 6 stav 1 EKLJP i po tom pitanju nudi jemstva. Za početak, trajanje faze izvršenja ce broji za utvrđivanje *razumnog roka*. Izvršenje, znači, ne sme da traje predugo. Nadalje Sud je u

odluku, treba predvideti odgovarajuću *proceduru kojom bi se zahtevalo izvršenje te odluke, posebno putem naloga ili prisilne novčane kazne*. Organi uprave moraju da odgovaraju ako odbiju ili propuste da izvrše sudsku odluku. Javni službenici zaduženi za primenu sudskih odluka, moraju odgovarati disciplinski, građanski i krivično ako ne izvršavaju odluke.³³

Preporuka R (2003)16 akcentat stavlja i na izvršenje sudskih odluka koje proizvode obaveze novčane prirode za organe uprave.³⁴ Te obaveze bi trebalo da budu ispoštovane u razumnom roku, a ukoliko se organ uprave ne pridržava sudske odluke kojom je utvrđena obaveza da ce plati novčani iznos, onda treba da plati i odgovarajuću kamatu. Sve odredbe opštih akata koje normiraju da, usled nemanja sredstava, organ uprave može da izbegne da ispuni obavezu plaćanja novčanog iznosa, trebale bi biti eliminisane iz pravnog poretka, a kao krajnja sankcija u slučaju ne pridržavanja odgovarajuće sudske odluke Preporuka navodi oduzimanje imovine organa uprave u granicama propisanim zakonom.³⁵

Ipak, najznačajnija za potrebe našeg rada je **Preporuka R (2004) 20 Komiteta Ministara državama članicama o sudskoj reviziji upravnih akata** koja je usvojena, kako se kaže „imajući u vidu član 6 Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, koji predviđa da „svako ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom obrazovanim na osnovu zakona" i relevantnu sudsku praksu u upravnim sporovima Evropskog suda za ljudska prava“.

Za potrebe Preporuke pojam upravnog akta je značajno proširen i obuhvata celokupnu delatnost uprave: opšte i pojedinačne pravne akte i fizičke (materijalne) radnje koje uprava preduzima prilikom vršenja vlasti, koji mogu da utiču na prava i interese fizičkih i pravnih lica (što u potpunosti odgovara našem pojmu akata uprave, čija su podvrsta upravni akti) te situacije odbijanja činjenja ili propuštanja činjenja upravnog organa u slučajevima kada je obavezan da sprovede postupak po zahtevu (tzv. ćutanje uprave). Pitanje je da li to znači da bi

slučaju *Hornsby protiv Grčke* odlučio da u pravo *pristupa sudu* mora da ce uračuna i pravo na stvarno izvršenje sudske presude.

³³ Ovi standardi postoje i u upravnom izvršnopravnom režimu Republike Srbije ustanovljenom odgovarajućim odredbama ZUP-a, ZUS-a, ZPP-a i ZIP-a, međutim u praksi se dešava da organi uprave odbijaju da postupe po sudskim presudama donetim u upravnim sporovima.

³⁴ Do sada se dešavalo da uprava odbije da sprovede odluku suda, naročito ako finansije to ne dozvoljavaju (sudska rešenja za smeštaj mladih u domove) ili ako je veliki ekonomski interes u pitanju (stvaranje zona zvuka na aerodromu). V.: *Praksa Evropskog suda za ljudska prava i primena evropskih standarda u upravnom pravu Srbije*, op. cit., str. 35.

³⁵ S obzirom da organi uprave u Srbiji nemaju svojstvo pravno lica, imovina koja bi im se eventualno oduzimala bila bi imovina Republike Srbije.

pod upravnosudsku kontrolu upravne delatnosti trebalo da dođu i opšti pravni akti uprave – tzv. upravni propisi (francuski sistem) i materijalni akti, ili takva kontrola može i nadalje da ostane u nadležnosti Ustavnog suda?

Pod „sudskom revizijom“ ce podrazumeva ispitivanje i utvrđivanje zakonitosti upravnog akta i donošenje odgovarajućih mera od strane suda, sa izuzetkom revizije od strane ustavnog suda.

S tim u vezi, preporukom su uspostavljeni nekolicini standardi. Prvo, svi akti uprave treba da budu predmet sudske revizije. Ta revizija može biti neposredna ili izuzetna. Preporuka stavlja akcenat na unutrašnje tzv. upravne revizije kao nesudska pravna sredstva: „Od fizičkih i pravnih lica se može tražiti da iscrpe sredstva predviđena nacionalnim pravom pre nego što pribegnu sudskoj reviziji. Postupak povodom tih pravnih lekova ne bi trebalo da traje dugo“.³⁶ Isto tako i Preporuka R. (2001) 9 „o alternativama sudskom procesu između organa uprave i privatnih stranaka“ u prilogu kaže: „Neka alternativna sredstva, kao što su unutrašnje revizije ... mogu se primeniti pre sudskih procesa“, pri čemu se može predvideti da njihova primena u nekim slučajevima bude obavezna da bi se moglo pristupiti sudskoj zaštiti. Takođe, navodi se da alternativna sredstva mogu biti primenjena i na pravno vezane i akte donete na osnovu slobodne ocene. Upravne revizije se definišu kao „žalbeni postupak pred organom uprave“ i imaju za cilj „da osiguraju preispitivanje upravnog akta ili plaćanje naknade.“ Unutrašnja pravna revizija je obavezni preduslov za pristupanje sudu u Bugarskoj, Rumuniji i Turskoj.

Uzged, što se tiče prava na delotvorno pravno sredstvo (član 13 EKLJP) samo **ukupnost domaćih pravnih sredstava** – i onih nesudskih (među kojima „interna žalba upravnim organima“ zauzima vodeće mesto) i sudskih – a ne samo jedno, u pojedinim slučajevima mogu zadovoljiti taj evropski standard. Ovo ne znači da baš u svakoj upravnoj stvari obavezno moraju da postoje i nadovezuju se jedan na drugi upravni (nesudski) i sudski put pravne zaštite – ali je nesporno da mora da postoji najmanje jedan od njih – i to pre svega onaj sudski. Suprotno je izričito isključeno odredbom člana 198. stav 2 Ustava.³⁷

³⁶ Isto, str. 144. Standard prethodnog iscrpljivanja nesudskih pravnih puteva (primata upravne zaštite) da bi se procesno-pravno otvorio sudski put zaštite priznaje i uporedno i domaće pravo. Njegove prednosti se ogledaju u sledećem: 1) uprava najbolje poznaje činjenično stanje na terenu, kontrola obuhvata i zakonitost i celishnodnost (diskrecionost odlučivanja), 2) a u vezi sa prvim, potrebno je da se činjenično stanje prethodno zaokruži u okviru same uprave, 3) relativna neformalnost, ekonomičnost i efikasnost i dostupnost – upućuje na uštedu vremena i troškova sudske zaštite. V., monografski: Z. Tomić, Upravno pravo – upravna kontrola uprave, Beograd, 1989.

³⁷ Na ovom mestu možemo navesti i neke slučajeve *odstupanja od dvostepenosti* u našem pravu. „Po žalbi protiv prvostepenih rešenja područnih organa i organizacionih jedinica koji su obrazovani sa zadatkom da vrše određene upravne poslove iz nadležnosti

Drugo, sud bi trebalo da je u mogućnosti da revidira svako kršenje zakona, uključujući nedostatak stručnosti, nepravilnost postupka i zloupotrebu ovlašćenja, a ne samo klasične oblike protipravnosti.

Treće, upravni spor bi trebalo da je na raspolaganju fizičkim i pravnim licima bar u vezi sa aktima uprave koji direktno utiču na njihova prava ili interese. Države članice će ohrabruju da ispitaju da li bi pristup sudskoj reviziji takođe trebalo da bude otvoren za udruženja ili druga lica i tela ovlašćena da štite kolektivne ili interese zajednice.³⁸

Četvrto, fizičkim i pravnim licima bi trebalo dozvoliti razuman vremenski rok za započinjanje postupka sudske revizije. Radi pravne sigurnosti, Zakonom je određen rok u kojem se može pokrenuti upravni spor u Srbiji. Tužba kojom se pokreće upravni spor podnosi se u roku od 30 dana od dostavljanja akta protiv kojeg stranka podnosi tužbu. Ovaj rok, po pravilu, važi i za državne organe koji su ovlašćeni da pokreću upravni spor kad je upravnim aktom povređen zakon u korist pojedinca ili pravnog lica. Ako upravni akt nije dostavljen državnom organu ovlašćenom za pokretanje upravnog spora (javnom tužiocu), rok za tužbu iznosi 60 dana računajući od dana dostavljanja upravnog akta stranci u čiju je korist akt donet. Rok od 30, odnosno 60 dana je prekluzivan, što znači da tužilac mora podneti tužbu u pomenutom roku. Ako u ovom roku ne podnese tužbu, on nema više prava na podnošenje tužbe. Ovaj rok se ne može produžavati, pa ni odlukom

određenog državnog organa, izuzetno od odredbe člana 216 ovog zakona, rešava taj organ" (Član 217 ZUP-a). U odredbi člana 59 stav 3 Zakona o državnoj upravi takođe je predviđena jednostепенost: „Na prvostepeno rešenje ministarstva i posebne organizacije žalba se može izjaviti samo kada je to zakonom izričito određeno“. Zakon o radiodifuziji – protiv prvostepenog rešenja Saveta RRA (član 53, stav 7-8) ne postoji pravo na žalbu već samo mogućnost prigovora istom telu istog organa (član 54 st 1-2) – ovde se dakle radi o ponovljenoj jednostепенosti tj. remonstraciji. Prema Zakonu o bankama, NBS rešava u upravnom postupku, a njena rešenja su odmah i konačna – što je ortodokсна jednostепенost. V.: Z. Tomić, Sukcesivnost upravne i upravno-sudske zaštite, Pravni život br. 10/2007. Beograd, str. 541 i dalje.

³⁸ Po našem pravu (član 2. ZUS-a) u svojstvu tužioca mogu se pojaviti: pojedinci i pravna lica; državni organi; organizacija, grupa lica, naselje i sl., iako ovi subjekti nemaju svojstvo pravnog lica, pod uslovima da mogu biti nosioci prava i obaveza o kojima se rešavalo u upravnom postupku, oni mogu biti i tužioci u upravnom sporu; sindikalna organizacija ako smatra da je upravnim aktom povređeno pravo ili pravni interes člana te organizacije; društveno-političke zajednice, odnosno organizacije čiji su organi rešavali u prvom stepenu upravnog postupka; državni, odnosno javni tužilac ili drugi zakonom ovlašćeni organ i javni pravobranilac.

Da bi tužilac mogao da pokrene upravni spor, mora da ispunjava dva uslova: mora imati sposobnost da se pojavi u svojstvu tužioca i da vodi spor; mora imati pravni interes da se osporeni akt poništi.

suda. Ovaj rok, prema tome, obavezuje kako javnog tužioca, tako i pojedinca i pravno lice kao i sam sud.

Peto, troškovi pristupa sudskoj reviziji ne bi trebalo da budu takvi da obeshrabre podnošenje zahteva. Pravna pomoć treba da je na raspolaganju licima koja nemaju neophodna finansijska sredstva, kada interesi pravde to zahtevaju.³⁹

Šesto, sudsku reviziju treba da sprovodi sud osnovan po zakonu, čija nezavisnost i nepristrasnost su garantovani u skladu sa uslovima iz Preporuke br. R (94) 12. Taj sud može da bude upravni sud ili deo redovnog sudskog sistema.⁴⁰

Sedmo, rok u kom sud donosi svoju odluku treba da je *razuman* imajući u vidu složenost svakog predmeta i procesnih radnji ili odlaganja koja ce mogu pripisati stranama u sporu, uz poštovanje načela dvostranosti.⁴¹ Među strankama u

³⁹ U Zakonu o upravnim sporovima došlo je do izražaja načelo po kojem u upravnim sporovima svaka stranka snosi svoje troškove. U ove troškove naročito spadaju izdaci za sudske takse i advokatske usluge, kao i troškovi koje su stranke, odnosno učesnici imali dolaskom u sud. Stoga, u slučaju kada je po tužiočevoj tužbi rešenje poništeno, tužilac nema pravo da od tužene strane traži naknadu troškova.

Kada je predmet spora procenjiv, taksa se plaća prema vrednosti spora, ali najviše do iznosa određenog zakonom. Ako je predmet spora neprocenjiv, taksa se plaća u fiksnom iznosu.

Taksa u upravnim sporovima plaća se, po pravilu, unapred, to jest prilikom podnošenja tužbe ili žalbe. Kada se radi o invalidskim stvarima, o stvarima socijalnog osiguranja, o stvarima starateljstva, usvojenja i socijalne pomoći, taksa za presudu plaća se kao za predmet neprocenjive vrednosti. Ako u postupku upravni akt po tužbi bude poništen, ili ako u istom postupku odluka prvostepenog suda po žalbi bude preinačena ili ukinuta ili ako se dozvoli ponavljanje postupka, taksa za tužbu, odnosno žalbu mora se vratiti po traženju stranke. Pravo na povraćaj takse zastareva dve godine od pravnosnažnosti odluke suda.

⁴⁰ V. detaljnije B. Tratar, op. cit., str. 623 i dalje.

⁴¹ Dona Gomien (Kratak vodič kroz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, Beograd, 1994) navodi da je kriterijum „u razumnom roku“, naveden u članu 6. stav 1, EKLJP, relativan i da se može razlikovati za građanske i krivične predmete. U vezi sa krivičnim predmetima Sud je utvrdio da rok počinje da teče od trenutka kada nadležna vlast preda pojedincu službeno obaveštenje o sumnji da je počinio krivično delo (Deweer protiv Belgije - 1980). U predmetu Eckle protiv Savezne Republike Nemačke - 1982, Sud je dodao kriterijum: „ili se položaj osumnjičenog bitno pogoršao“; to je isti kriterijum kao i pri utvrđivanju da li je protiv nekog podignuta optužnica koja se smatra krivičnom (u slučaju Eckle dva postupka su vođena sedamnaest i deset godina). Sud je odbio vladine argumente jer nedostatak osoblja i opšte administrativne teškoće sami po sebi nisu dovoljno opravdanje za povredu kriterijuma razumnog roka (De Cubber protiv Belgije - 1984 i Guncho protiv Portugalije - 1984). Međutim, ESLJP je u jednom slučaju utvrdio da šest godina na domaćem nivou (sledi još šest godina postupka u Strazburu) ispunjava kriterijum razumnog roka u skladu sa članom 6. (Pretto i drugi protiv Italije -1983). U vezi

postupku treba da postoji *ravnopravnost*, a svakoj strani trebalo bi pružiti priliku da izloži svoj slučaj, a da pri tom ne bude stavljena u nepovoljan položaj. Upravni organ trebalo bi da sudu stavi na raspolaganje *dokumenta i informacije* relevantne za slučaj, osim u izuzetno važnim slučajevima predviđenim posebnim zakonom. Sudski postupci treba da su *dvostrani* po prirodi, a svi dokazi koje sud prihvati treba da ce u principu stave na raspolaganje obama strankama u sporu. Sud treba da je u poziciji da ispita sva *pravna i faktička pitanja* relevantna za slučaj koji strane izlažu. Upravnosudski postupci, kao i samo izricanje presude treba da su *javni*, osim u izuzetnim okolnostima. Svaka presuda bi trebalo da bude obrazložena, a sudovi treba da *jasno* navedu osnove na kojima baziraju svoje odluke. Odluka suda kojom ce revidira upravni akti treba, bar u važnim slučajevima, da podleže *žalbi višem sudu*, sem ukoliko ce slučaj direktno upućuje višem sudu u skladu sa nacionalnim zakonodavstvom.

Osmo, ukoliko sud utvrdi da je upravni akt nezakonit, trebalo bi da ima neophodna ovlašćenja da ispravi stanje i dovede ga u sklad sa zakonom. Posebno, trebalo bi da je nadležan da makar poništi upravnu odluku i, ako je neophodno, vrati predmet upravnom organu da donese novu odluku koja je u skladu sa sudskom odlukom. Takođe bi trebalo da je nadležan da zatraži od upravnog organa, gde je to pogodno, izvršenje obaveze. Sud bi takođe trebalo da je nadležan da dosuđuje troškove postupka i naknadu u odgovarajućim slučajevima.

IV

Iz svega napred iznetog možemo zaključiti da preporuke Saveta Evorope i jurisprudencija ESLJP idu u pravcu jačanja i proširivanja sudske zaštite u upravnom pravu – dok se tzv. unutrašnjim upravnim revizijama putem žalbe pridaje manji značaj. Razmatranja ukazuju na potrebu manjih izmena Zakona o upravnim sporovima, kako bi se sud ovlastio i obavezao da *samostalno utvrđuje činjenično stanje* ako se radi o upravnom aktu kojim se odlučuje o subjektivnom pravu odnosno obavezi stranke, a stranka osporava pravilnost činjeničnog stanja utvrđenog u upravnom postupku. Osim toga u ZUS bi trebalo uneti odredbu na

sa građanskim postupcima ESLJP je utvrdio povredu člana 6. EKLJP u slučaju kada je postupak razvoda trajao devet godina (Bock protiv Savezne Republike Nemačke - 1989), ili u slučaju kada je trebalo da prođe sedam godina i sedam meseci da slučaj od upravnog suda dođe do ustavnog suda (Conseil d'Etat) (H protiv Francuske - 1989), i zatim u slučaju kada je prošlo šest godina i sedam meseci do donošenja konačne odluke o naknadi štete (Neves e Silva protiv Portugalije - 1989). Među okolnostima koje su Komisija i Sud uzeli u obzir odlučujući o kriterijumu „razumnog roka“, nalaze se i: kompleksnost slučaja; način na koji su vlasti razmatrale slučaj; ponašanje žalioaca koje bi moglo dovesti do odugovlačenja postupka; posebne okolnosti koje bi mogle opravdati produžavanje postupaka.

osnovu koje bi sud, kada je reč o takvom upravnom aktu, uvek bio *obavezan da održi usmenu raspravu* ako to stranka predlaže. I na samom kraju, da napomenemo da formulacija rezerve⁴² koju je Republika Srbija stavila prilikom ratifikacije Konvencije u pogledu procesne garancije održavanja javne rasprave pred „Upravnim sudom“ ne oslobađa Republiku Srbiju od obaveze da taj sud javno objavi svoju odluku.

⁴² Pravo na javnu raspravu predviđeno članom 6 stav 1 Konvencije neće uticati na primenu načela da sudovi u Srbiji, po pravilu, ne održavaju javne rasprave prilikom odlučivanja u upravnim sporovima. Pomenuto načelo sadržano je u čl. 32 Zakona o upravnim sprovima Republike Srbije (Službeni list SRJ, br. 46/96).

Dejan Vučetić, LL.M,

Assistant, Faculty of Law, University of Niš

THE EUROPEAN STANDARDS OF HUMAN RIGHTS' PROTECTION IN THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE (FROM THE PERSPECTIVE OF THE REPUBLIC OF SERBIA)

Summary

In the Republic of Serbia, when a right or a direct personal interest, based on the law, of a natural or a legal person has been violated by an individual decision of authority of some government administrative agency, or when the law has been violated by such a decision in favor of an individual, the judicial control of an administrative action is exercised as a special administrative action (lawsuit).

In this paper, the author analyzes the basic European standards of human rights' protection which are or should be applied in the administrative procedure and the judicial review of administrative acts. These standards are envisaged in the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental freedoms and specified in the respective acts of the Council of Europe's Committee of Ministers (such as: the Resolution (77) 31 on the protection of an individual in respect of the acts of administrative bodies of authority, the Recommendation R (89) 8 on the provisional judicial protection in the administrative procedure, the Recommendation R (2001) 9 on the alternatives to litigation between the administrative authorities and private parties, the Recommendation R (2003) 16 on the execution of administrative and judicial decisions in the field of administrative law, the Recommendation R (2004) 20 on the judicial revision of administrative acts, and the Recommendation R (2007) 7 on good administration, other legal documents and the ECHR case law. The author analyzes the compliance of the administrative norms in the Republic of Serbia with the relevant European standards.

Dr Vojislav Đurđić,

profesor Pravnog fakulteta u Nišu

MEĐUNARODNOPRAVNI STANDARDI I ZAŠTITA LJUDSKIH PRAVA U KRIVIČNOM POSTUPKU

UDK: 343.1:341.231.14

UDK: 342.722(497.11)

Apstrakt

Predmet rasprave u referatu su ljudska prava u krivičnom postupku čiju zakonsku regulativu treba uskladiti sa novodonetim Ustavom Srbije i pravnim standardima predviđenim u međunarodnim dokumentima i Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Autor smatra da su garancije prava okrivljenog po pravilu mehanički preuzimane iz Evropske konvencije pa su učinjeni propusti zbog kojih se dovodi u pitanje značenje i obim primene pojedinih prava, kao što su okrivljenikovo pravo da bude upoznat sa prirodom i razlozima optužbe i pravo na javno suđenje. Osim toga, pojedinim ustavnim normama preuzeti su samo adverzijalni elementi na kojima je izgrađen akuzatorski model krivičnog postupka, karakterističan za angloamerički pravni sistem, pa će sami po sebi predstavljati teškoću da se ugrade u naš krivični postupak, koji je tradicionalno uređen kao kontinentalni, mešoviti tip krivične procedure. Poslednji deo rasprave odnosi se na postavljanje ustavnih limita iznad evropskih pravnih standarda, bez realnog sagledavanja posledica koje ono može proizvesti u procesnoj stvarnosti, zbog čega će nastati teškoće da se pojedina procesna načela i instituti zakonski urede saglasno ustavnim garancijama a da se ne dovede u pitanje normativna osnova efikasnosti krivične procedure.

Ključne reči: *krivični postupak, pravo na pravično suđenje, načelo javnosti, ne bis in idem, „jednakost oružja“, lišenje slobode.*

I UVOD

Rasprava o ljudskim pravima oživljava i izbija u prvi plan pred svaku reformu ili reviziju zakona u oblasti krivičnog prava, shvaćenog u najširem smislu. Posle donošenja novog Ustava Srbije nastala je obaveza da se propisi o krivičnom postupku usklade sa ustavnim normama, ali se tim povodom iznova otvara i rasprava o usaglašenosti krivičnih propisa sa međunarodnim pravnim standardima. Ako procesnim kodeksom i posebnim procesnim zakonodavstvom nije osiguran Ustavom garantovani nivo zaštite pojedinih ljudskih prava u krivičnom postupku, prvi zadatak zakonodavca biće da uređenje krivičnog postupka uskladi sa ustavnim garancijama tih ljudskih prava. U tom procesu

nužno će se postaviti pitanje da li su i same ustavne garancije u harmoniji sa međunarodnim pravnim standardima, naročito ako procesne norme sadrže međunarodnim aktima garantovan obim i sadržaj pojedinih ljudskih prava ili sloboda i dozvoljeni nivo njihovih ograničenja.

Za ocenu usklađenosti unutrašnjeg prava sa međunarodnim pravnim standardima pre svega treba imati u vidu jemstva Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (nadalje: Evropska konvencija). Međutim, nedovoljna je samo egzegeza njenog teksta jer ona, pored klasičnih pravnih pravila, sadrži i manje precizna, fleksibilna pravna pravila – pravne standarde, koji kao *koncentracija ideje prava* čine polaznu osnovu i pravni temelj za uređenje svih važnih načela i opštih instituta krivičnog postupka. Zato je za razumevanje pravog značenja i suštine pravnih standarda neophodno i izučavanje odluka Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: Evropski sud), u čijim se autoritativnim interpretacijama očituje dosegnuti nivo univerzalnosti ljudskih prava o kojima odlučuje. Po pravnoj snazi, te su odluke obavezne za dati slučaj povrede ljudskih prava, ali tumačenja na kojima se temelje, kako potvrđuje praksa država članica Saveta Evrope, nadmašuju polje obaveznosti za konkretni slučaj i sve više poprimaju viziju ljudskih prava koju države potpisnice uzimaju kao ideju vodilju pri reformi nacionalnih zakonodavstava.¹

Prvi i najveći problem harmonizacije unutrašnjeg pravnog sistema sa ustavnim garancijama i međunarodnim pravnim standardima ljudskih prava i sloboda, predstavljaće posve neuobičajeno, može se reći haotično stanje normativne osnove krivičnog postupka. Na snazi su dva procesna zakonika, pa je, sa stanovišta međunarodnih pravnih standarda, od izuzetne važnosti koji će od njih biti usklađivan sa Ustavom pošto se nivo zaštite ljudskih prava u njima značajno razlikuje. Zato će prvi deo rasprave u ovome radu biti vezan za analizu današnjeg stanja krivičnog procesnog zakonodavstva i puteva za lociranje krivičnog postupka u postulate pravne države.

Drugi izvor teškoća na putu harmonizacije unutrašnjeg pravnog sistema sa međunarodnim pravnim standardima u oblasti ljudskih prava vezanih za krivični postupak, biće nesaglasnost nekih ustavnih garancija sa evropskim standardima. Pitanja da li su to suštinske razlike i u kom obimu, kao i da li se mogu ustanoviti razlozi na koje su se ustavopisci oslanjali prilikom usvajanja novih formulacija jemstava ili je reč o nesmotreno stvorenim odstupanjima, upravo su motivi za izbor teme. Zato će u drugom delu ovoga rada biti analizirane samo one ustavne garancije čije se formulacije razlikuju od dosadašnjih a nisu podudarne ni sa onim

¹ Opširnije o značaju odluka Evropskog suda za ljudska prava vidi: V. Đurđić, *Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i krivično procesno zakonodavstvo Srbije i Crne Gore*; u: «Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i krivično zakonodavstvo Srbije i Crne Gore», Zlatibor/Beograd, 2004, str. 72-74;

iz međunarodnih pravnih akata o ljudskim pravima i slobodama. Reč je o nekim pravnim standardima koji tvore pravo na pravično suđenje, poput prava okrivljenog da bude upoznat sa prirodom i razlozima optužbe, prava na javno suđenje ili prava na jednakost oružja, kao i pravnim standardima zaštite lične slobode i zabrane dvostruke ugroženosti.

II „ZAKONSKI PARALELIZAM“

Međunarodni pravni standardi i ustavne garancije ljudskih prava vezane za krivični postupak, interpoliraju se u pravni poredak preko procesnih normi. Međutim, kao prva prepreka za njihovu implementaciju u naš pravni sistem javiče se upravo normativna osnova našeg krivičnog postupka, čije se stanje može oceniti kao haotično. Na pravnoj snazi su dva krivičnoprocesna zakonika, jedan iz 2001. a drugi iz 2006. godine, od kojih se prvi primenjuje, a primena novog odložena je do kraja 2008. godine (izuzev desetak odredaba koje se primenjuju od dana njegovog stupanja na snagu). Ovakav „zakonski paralelizam“ nepoznat u istoriji srpskog zakonodavstva i uporednom pravu, a nezamisliv u jednoj pravnoj državi, nametnuo je pitanje koji će od važećih zakona ostati na snazi i biti usklađen sa Ustavom i dograđen „sa novim pravnim ustanovama“, ili poslužiti kao osnova novog procesnog kodeksa. To je od izuzetne važnosti za zaštitu ljudskih prava u krivičnom postupku jer je kodeks iz 2006. godine, iako noviji i sa ugrađenim adverzijalnim elementima, daleko retributivniji od svog prethodnika, pa u pogledu zaštite ljudskih prava predstavlja korak unazad. U prilog jedne tako stroge ocene može se navesti: da je ovim kodeksom ograničeno pravo na odbranu jer pre otvaranja istrage osumnjičeni može biti saslušan i bez prisustva advokata, da su sa sudskim dokazima po dokaznoj snazi izjednačeni dokazi koje izvedu policija i javno tužilaštvo, da se presuda može zasnivati samo na dokazima koje su policija i javni tužilac izveli pre ili u toku istrage i sl. Ovo, poslednje navedeno ograničenje iz najnovijeg procesnog kodeksa zaslužuje nešto detaljniju eksplikaciju.

Suštinski posmatrano, uvedeno je posredno izvođenje dokaza kao ravnopravni način sa neposrednim dokazivanjem pred sudećim većem, bez ikakvog obrazloženja za vraćanje tih čisto inkvizicionih elemenata (čl. 376. st. 1. ZKP/06). To praktično znači da bi se meritorna sudska odluka o krivičnoj stvari ubuduće mogla zasnivati samo na dokazima koje u „prethodnoj istrazi“ i istrazi pribave i izvedu policija i javni tužilac, kao državni organi izvršne vlasti, što je neprihvatljivo sa stanovišta zaštite osnovnih ljudskih prava i ocene demokratičnosti krivičnog postupka. Time je načelo neposrednosti „potpuno razoreno“², što ima za neposrednu posledicu i isključenje kontradiktornosti iz postupka. Ovakva

² Prof. dr Momčilo Grubač, *Kritika „novog“ Zakonika o krivičnom postupku*, Revija za kriminologiju i krivično pravo, 2006, br. 2, str. 33.

zakonska regulativa u direktnoj je suprotnosti sa pravnim standardima koji tvore pravo na pravično suđenje, garantovano Ustavom i Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Najizraženije je suprotstavljeno pravu okrivljenog na „jednakost oružja“, formulisanom kao njegovo pravo „*da ispituje svedoke protiv sebe ili da postigne da se oni ispituju i da se obezbedi prisustvo i saslušanje svedoka u njegovu korist pod istim uslovima koji važe za one koji svedoče protiv njega*“ (čl. 6. st. 3d EK). Evropski sud za ljudska prava je dosledan u tumačenju citirane norme i više puta je u svojim presudama zaključio da svi dokazi treba da, *u principu, budu izneseni u prisustvu optuženog na javnoj raspravi i u svetlu suprotstavljene argumentacije*.³ Izjave date u nekoj od prethodnih faza postupka mogu se koristiti kao dokaz, i to nije nekonzistentno sa stavom 1. i 3(d) člana 6. Evropske konvencije, pod uslovom da je optuženom pružena adekvatna i propisana mogućnost da ospori i ispita svedoka protiv njega, bilo u vreme kad svedok daje izjavu ili u nekoj kasnijoj fazi postupka.⁴

Pored navedenih nedostataka, zakonik iz 2006. godine negativno je ocenjen u stručnoj javnosti i zbog drugih brojnih i ozbiljnih konceptijskih, suštinskih i nomotehničkih nedostataka.⁵ Zbog toga bi popravljavanje ovih zakonskih nedostataka i promašaja bilo daleko teže od koncipiranja i izrade potpuno novog zakonskog teksta. Kad se sve to ima u vidu, jasno je zašto u naučnoj i stručnoj javnosti prevladava mišljenje da treba doneti novi kodeks, čiju bi osnovu činio Zakonik o krivičnom postupku iz 2001. godine, pošto je to kvalitetan, savremen i koherentan zakonik, koji baštini srpsku pravnu tradiciju.

³ Slučaj *Barbera, Messegue and Jabardo*, presuda od 06. decembra 1988, A.146.

⁴ Slučaj *Kostovski*, presuda od 20. novembra 1989, A.166.

⁵ O nedostacima reformisanog ZKP/06 i dosad nezabeleženu oštru kritiku jednog zakonskog teksta, vidi: Dr momčilo Grubač, *Shvatanje pojma krivičnog postupka u novom Zakoniku o krivičnom postupku Srbije*, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, br. 10-11/2006, str. 531-545; i *Kritika "novog" Zakonika o krivičnom postupku*, Revija za kriminologiju i krivično pravo, br. 2/2006, str. 5-42; Dr Stanko Bejatović, *Tužilačko-policijski koncept istrage i efikasnost krivičnog postupka sa posebnim osvrtom na krivično procesno zakonodavstvo Srbije*, Revija za kriminologiju i krivično pravo, br. 3/2006, str. 109-119; Dr Đorđe Lazin, *Zaštita ljudskih sloboda i prava prema novom Zakoniku o krivičnom postupku*, u zborniku „Primena novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije“, Udruženje za krivično pravo Srbije, Kopaonik, 2007, str. 29-50; i V. Đurđić, *Konceptijska doslednost tužilačke istrage prema novom Zakoniku o krivičnom postupku*, Revija za kriminologiju i krivično pravo, br. 1/2007, str. 71-94.

III NESAVRŠENE USTAVNE GARANCIJE LJUDSKIH PRAVA VEZANIH ZA KRIVIČNI POSTUPAK

Ustav Srbije iz 2006. godine upotpunio je katalog ljudskih prava i sloboda tako što je preuzeo mnoge garancije iz Evropske konvencije, po pravilu preuzimajući u potpunosti formulacije iz ovog regionalnog međunarodnog akta. U tom procesu transmisije izostali su pojedini segmenti nekih jemstava ili pojedina, u međunarodnom pravu dopuštena ograničenja ljudskih prava i sloboda, pa neka od njih dobijaju posve drukčije značenje, ili se njihov obim primene sužava a ograničenja proširuju. Ostalo je nejasno šta je ustavopisce navelo na takve formulacije ustavnih garancija, ali se za mnoga od tih odstupanja može reći da su nastala nesmotreno, pogrešnim prepisivanjem odredaba Evropske konvencije.

Neprecizno ili pogrešno formulisanim mogu se značiti:

Pravo okrivljenog da bude upoznat sa prirodom i razlozima optužbe. Bez ovog prava odbrana praktično nije moguća i smatra se jednim od pravnih standarda na kome počiva pravo na pravično suđenje. U Ustavu je garantovano u odredbama označenim kao „Posebna prava okrivljenog“: „Svako ko je okrivljen za krivično delo ima pravo da u najkraćem roku, u skladu sa zakonom, podrobno i na jeziku koji razume, bude *obavešten o prirodi i razlozima dela* za koje se tereti, kao i o dokazima prikupljenim protiv njega“ (čl. 33. st. 1. Ustava). Ovakvim statuiranjem to pravo izgubilo je svaki smisao jer su ga ustavopisci pogrešnim prepisivanjem Evropske konvencije preformulisali u okrivljenikovo pravo da bude obavešten o prirodi i „*razlozima dela*“ za koje se tereti. Na bazi ovakve formulacije, moglo bi se tumačiti da je ustanovljena dužnost organa gonjenja da okrivljenom saopšti i motive⁶ izvršenja krivičnog dela koje po logici stvari sam okrivljeni najbolje zna, a nekad ni on nije u stanju da ih objasni. Ni norma procesnog zakonika, mada ne toliko neprecizna kao ustavna proklamacija, ne odražava sasvim jasno suštinu ovog prava jer predviđa da okrivljeni mora biti obavešten „o delu za koje se tereti“ (čl. 4. st. 1. ZKP/01).

Nasuprot ovoj nejasnoj ustavnoj garanciji i opštosti zakonodavne regulative, Evropska konvencija konstituiše ovaj pravni standard kao pravo okrivljenog da „bude obavešten o *prirodi i razlozima za optužbu* protiv njega“ (čl. 6. st. 3a EK), čiju formulaciju treba procesni zakonodavac da preuzme.

Pravo na javno suđenje. Budući da izgrađuje temelje legitimiteta sudskih odluka i da doprinosi objektivnom i kvalitetnom vršenju krivičnog pravosuđa, načelo javnosti je zbog svog značaja podignuto na rang ustavnog načela u svim savremenim konstitucijama i neizostavni je standard u katalogu ljudskih prava

⁶ Dr Momčilo Grubač, *Ustav Republike Srbije i krivičnoprocesno zakonodavstvo*, u: „Ustav republike Srbije, krivično zakonodavstvo i organizacija pravosuđa“, Zlatibor, 2007, str. 34.

garantovanih međunarodnim dokumentima. I novi Ustav Srbije garantuje javnost suđenja najpre u okviru prava na pravično suđenje: „Svako ima pravo da nezavisan, nepristrasan i zakonom već ustanovljen sud ... *javno raspravi* i odluči ... o osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka, kao i o optužbama protiv njega“ (čl. 32. st. 1), a zatim i u odredbama kojima se statuiraju principi uređenja sudske vlasti: „*Raspravaljanje pred sudom je javno i može se ograničiti samo u skladu s Ustavom*“ (čl. 142. st. 3).

Ustavno načelo o javnosti suđenja preuzima i razrađuje procesno zakonodavstvo, uređujući ga u odredbama o glavnom pretresu: „*Glavni pretres je javan. Glavnom pretresu mogu prisustvovati punoletna lica*“ (291. st. 1. i 2. ZKP/01). Reč je o tzv. *opštoj* javnosti koja važi za glavni pretres, dok su faze postupka koje mu prethode pa i policijski izviđaji nejavni. Za prethodni krivični postupak karakteristična je tzv. *stranačka* javnost, kojom se označava mogućnost ovlašćenog tužioca i okrivljenog, sa svojim braniocem, da prisustvuju procesnim radnjama koje se sprovode u ovom stadijumu krivičnog postupka.

Ustav dopušta izvesna ograničenja načela javnosti, propisujući razloge, koji su nužni u demokratskom društvu, zbog kojih se može isključiti javnost sa glavnog pretresa: „*Javnost se može isključiti tokom čitavog postupka koji se vodi pred sudom ili u delu postupka, samo radi zaštite interesa nacionalne bezbednosti, javnog reda i morala u demokratskom društvu, kao i radi zaštite interesa maloletnika ili privatnosti učesnika u postupku, u skladu sa zakonom*“ (čl. 32. st. 3. Ustava).

Iz citirane ustavne odredbe sledi da su za isključenje javnosti sa glavnog pretresa predviđeni sledeći razlozi:

- *Zaštita bezbednosti države.*- Nijedan procesni kodeks, ni ZKP od 2001. ni ZKP od 2006. ne predviđa zaštitu nacionalne bezbednosti kao razlog za isključenje javnosti, verovatno zato što se pretpostavljalo da je to obuhvaćeno propisivanjem čuvanja državne i vojne tajne kao razloga za isključenje javnosti.

- *Čuvanje javnog reda i mira.* – Ovaj razlog se, u stvari, odnosi na narušavanje reda i mira u sudnici za vreme održavanja glavnog pretresa, ali i izvan sudnice kad postoji ozbiljna opasnost da će biti napadnut život i telesni integritet nekog učesnika postupka.

- *Zaštita morala.* – Zaštitu morala, kao razlog za isključenje javnosti, predviđaju oba procesna zakonika, ZKP od 2001. i ZKP od 2006.

- *Zaštita privatnosti.* – Zaštita ličnog i porodičnog života razlog je za isključenje javnosti, ali krug lica čija se privatnost štiti može biti različit. Uobičajeno se štiti lični i porodični život okrivljenog, oštećenog ali i drugih učesnika postupka.

- *Zaštita interesa maloletnika.* – U krivičnim postupcima prema maloletnicima uvek je isključena javnost (čl. 75. st. 1. ZM), a bez odobrenja suda ne mogu se objavljivati nikakvi podaci o toku postupka ni sudska odluka (čl. 55. ZM). Ovaj

razlog se primenjuje i kad se u postupku prema punoletnim pojavljuje maloletno lice u svojstvu svedoka ili oštećenog.

Za razliku od dosadašnje ustavne regulative koja je dopuštala da se odstupanja od javnosti sudskog postupka određuju zakonom, novi Ustav Srbije ustanovljava obavezu da ograničenja javnosti mogu biti samo ona predviđena Ustavom, pošto jedino takvo značenje ustavne norme proizlazi iz dikcije upotrebljenog izraza: „može se ograničiti *samo u skladu s Ustavom*“ (čl. 142. st. 3. *in fine*). Drugim rečima, razlozi za isključenje javnosti u sudskim postupcima navedeni su u Ustavu *a limine* i izvan tih slučajeva nije dopušteno isključenje javnosti, pa se ne smeju proširivati ni zakonskim propisivanjem niti na osnovu procene suda. Iz tog razloga moraju se iz procesnog zakonodavstva odstraniti oni slučajevi odstupanja od načela javnosti koji se ne mogu direktno podvesti pod neki od razloga isključenja javnosti predviđen Ustavom.

Najpre, „čuvanje tajne“ ne može biti razlog za isključenje javnosti sa glavnog pretresa, što je do sada bilo izričito propisano procesnim zakonikom. Više nijedna tajna ne uživa sudsku zaštitu, pa ni državna ili vojna tajna. Postojanje neke od ovih dveju tajni moglo bi uticati na nacionalnu bezbednost i po tom osnovu prouzrokovati isključenje javnosti sa suđenja. Međutim, ne bi se moglo apriori prihvatiti da se sve ono što vlasti označe kao državnu tajnu ili vojnu tajnu i što drže u tajnosti, odnosi na nacionalnu bezbednost. S druge pak strane, sve ostale tajne, kao što su poslovna, službena, bankarska i slično, ne mogu više niukom slučaju biti razlog za isključenje javnosti, pošto se ni posredno ne mogu podvesti pod neki od ustavom predviđenih osnova za odstupanje od javnog suđenja.

Ni *zaštita fizičkog integriteta* nije predviđena Ustavom kao osnov isključenja javnosti iz sudskog postupka, pa striktno tumačeći ne bi mogla biti ni predviđena zakonom. Tako tumačeći, „otklanjanje ozbiljne opasnosti po život ili telo stranaka, oštećenog, branioca, svedoka ili drugih lica“, koje je u novom procesnom zakoniku predviđeno kao poseban, samostalan razlog za isključenje javnosti (čl. 317. st. 1. tač. 6. ZKP/06), moralo bi biti izostavljeno. Umesto toga, slučajevi ugrožavanja fizičkog integriteta mogli bi se podvesti pod razlog označen kao čuvanje javnog reda i mira.

Očigledno je manevarski prostor zakonodavca u potpunosti sužen i sveden u granice limita nabrojanih u ustavnoj normi. Da je norma o načelu javnosti suđenja u potpunosti preuzeta iz Evropske konvencije, a ne nepotrebno skraćena, problem bi izostao i saglasno sadržini i smislu prava na pravično suđenje, ustavna norma bi dopuštala i isključenje javnosti koje bi po oceni suda bilo nužno potrebno u situacijama „*kada bi javnost mogla da naškodi interesima pravde*“ (čl. 6. st. 1. EK *in fine*). Upravo su to granice u kojim krivičnoprocesnim propisima i treba ustanoviti javnost suđenja.

Pravo na jednakost oružja. Pojedinim ustavnim normama nesmotreno su iz Evropske konvencije preuzeti samo adverzijalni elementi na kojima je izgrađen akuzatorski model krivičnog postupka, karakterističan za angloamerički pravni

sistem, pa će predstavljati inspirativan zahtev da se ugrade u evropski kontinentalni tip krivične procedure kome pripada naš krivični postupak. Ustavom su, naime, uvedeni „svedoci optužbe“ i „svedoci odbrane“ u odredbama o jemstvima nazvanim „Posebna prava okrivljenog“. Svakome kome se sudi za krivično delo jemči se pravo da „ispituje *svedoke optužbe* i da zahteva da se, pod istim uslovima kao svedoci optužbe i u njegovom prisustvu, ispituju i *svedoci odbrane* (čl. 33. st. 5. Ustava). U citiranoj ustavnoj odredbi sadržan je i pravni standard kojim se nastoji osigurati „jednakost oružja“, i to eksplicitnim ustanovljavanjem prava okrivljenog da „ispituje *svedoke optužbe*“. Na taj način su ustavopisci unakrsno ispitivanje podigli na rang ustavnog prava okrivljenog, što je velika novina. Pošto se veštaci u angloameričkom krivičnom postupku poimaju i javljaju kao stručni svedoci, ustavna regulativa o unakrsnom ispitivanju nužno se rasprostire i na njih.

Nasuprot ustavnoj regulativi, u kontinentalnom modelu krivične procedure i srpskoj pravnoj tradiciji, saslušanje svedoka i veštaka je procesna radnja suda, na kome je i odgovornost za utvrđeno činjenično stanje. Evropska konvencija, pak, uvažavajući oba modela krivičnog postupka, konstituše pravo okrivljenog „da ispituje *svedoke* protiv sebe ili *da postigne* da se oni ispituju“ (čl. 6. st. 3d). Dakle, ona dopušta oba načina izvođenja dokaza, i onaj koji važi u angloameričkom modelu postupka u kome okrivljeni sam ili preko svog branioca ispituje *svedoke*, ali i onaj koji se tradicionalno primenjuje u kontinentalnom postupku u kome *svedoke* saslušava sud. Citirana odredba Evropske konvencije predstavljaće validno pravno uporište ako se u predstojećoj reformi krivičnog procesnog zakonodavstva želi zadržati uređenje dokaznog postupka na glavnom pretresu na principima mešovito, kontinentalnog tipa krivičnog postupka.

Zaštita lične slobode. U Ustavu su prava koja čine sadržinu načela zaštite lične slobode predviđena u odredbama o pravu na ličnu slobodu i bezbednost (čl. 27. st. 2. Ustava) i odredbama kojima se ustanovljavaju dopunska prava u slučaju lišenja slobode bez odluke suda (čl. 29. Ustava).

Najpre je proklamovano da uhapšeno lice mora biti *odmah* obavešteno, na jeziku koji razume, o *razlozima* lišenja slobode, o *optužbi* koja mu se stavlja na teret, *kao i o svojim pravima* (čl. 27. st. 2. Ustava). Budući da ustav ne predviđa da se licu u trenutku hapšenja saopšte sva njegova prava, sa novom ustavnom regulativom potrebo je usaglasiti i daleko bolje i preciznije formulisati odredbe procesnog zakonika o ovom načelu (čl. 5. ZKP/01), tako da se napravi razlika između prava koja se uhapšenom *saopštavaju* u momentu lišenja slobode od prava koja mu od tog momenta *pripadaju*. Nije praktično moguće, a ni razumno da policijski službenik prilikom hapšenja izgovara listu od desetak u zakonu navedenih prava, od kojih su neka još i preopširno formulisana. Osim toga, neka od tih, u sadašnjem zakoniku propisanih obaveštenja nisu primerena trenutku hapšenja (npr. saopštenje osumnjičenom da ima pravo na naknadu štete zbog neosnovanog lišenja slobode).

I ustanovljavanje obaveze da se uhapšeni sprovede sudskoj vlasti najkasnije u roku od 48 časova (čl. 29. st. 2. Ustava), izazvaće potrebu da se procesno zakonodavstvo uskladi sa ustavnim normom, budući da su zakonska rešenja bila bazirana na međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima koji u pogledu tog roka koriste kaučuk pojmove „odmah“ ili „bez odlaganja“. Na normativnom planu ovako fiksno određen rok izazvaće teškoće kod uređivanja policijskog zadržavanja, čije trajanje je takođe limitirano ovim istim rokom. Ni praktično sprovođenje osumnjičenog u ovom roku neće biti nimalo lakše, naročito kad hapšenje bude izvršeno u zabačenim mestima ili kad je za prikupljanje osnovnih informacija policiji realno potrebno više vremena. Vreme od 48 sati, dakle, često će biti nedovoljno za uobičajene policijske radnje, pa će se ovaj ustavni rok ili nužno kršiti ili strogo poštovati na štetu rezultata gonjenja.

Zabrana dvostruke ugroženosti. Princip *ne bis in idem* u biti znači zabranu ponovnog suđenja istom okrivljenom protiv koga je za isto krivično delo već pravosnažno okončan krivični postupak i zabranu da se protiv jednog lica jednovremeno vode dva krivična postupka za isto krivično delo. Zbog ove druge zabrane koja kao konstitutivni element određuje pravi obim načela, čini se da ima smisla načelo označiti kao *zabranu dvostruke ugroženosti*, umesto „zabrane ponavljanja krivičnog postupka“, što se kao izraz najčešće koristi u našoj naučnoj i stručnoj literaturi.

Načelo *ne bis in idem* nije bilo predviđeno u osnovnom tekstu Evropske konvencije, ali je kao važna garancija ljudskih prava uvedeno odredbom čl. 4. Protokola br. 7:

„(1) Nikome ne može biti ponovo suđeno niti može ponovo biti kažnjen u krivičnom postupku pod jurisdikcijom iste države za delo za koje je već pravosnažno oslobođen ili osuđen u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom te države.

(2) Odredbe prethodnoga stava ne sprečavaju ponovno pokretanje postupka u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom dotične države ako postoje dokazi o novim ili novootkrivenim činjenicama, ili ako je u prethodnom postupku došlo do bitnih povreda koje su mogle uticati na njegov ishod.“

Citiranjem odredbom postavljeni su ovi pravni standardi: da se zabrana odnosi na osuđujuću i oslobađajuću presudu, da je izuzetno dozvoljeno ponavljanje postupka i posle pravosnažnosti meritornih odluka, da je dozvoljeno ponavljanje postupka i u korist i na štetu okrivljenog⁷, i da izuzeci moraju biti propisani zakonom.

⁷ Isto tako: P. van Dijk – G.J.H. van Hoof, *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Sarajevo, 2001, str. 651; suprotno: Slobodan Beljanski, *Međunarodni pravni standardi o krivičnom postupku*, Beograd, 2001, str. 112.

Ustavna i zakonska regulativa⁸ ovog načela razlikuju se od Evropske konvencije. Nacionalno pravo polje važenja pravila *ne bis in idem* rasprostire i na pravnosnažne procesne a ne samo na meritorne odluke: „Niko ne može biti gonjen ni kažnjen za krivično delo za koje je pravnosnažnom presudom oslobođen ili osuđen ili za koje je *optužba pravnosnažno odbijena ili postupak pravnosnažno obustavljen ...*“ (čl. 34. st. 4. Ustava). Istovetna odredba sadržana je u krivičnoprocesnim propisima, u odredbama člana 6. st. 1. ZKP/01. Zatim, dok Evropska konvencija ne zabranjuje ponavljanje na štetu okrivljenog (čl. 4. st. 2. Protokola 7 EK), ustavnim normama (čl. 34. st. 5. U) načelo *ne bis in idem* nije sasvim precizno ustanovljeno, pa nije jasno da li je ponavljanje izuzetno dozvoljeno (ali samo u korist okrivljenog) ili je u odnosu na pravilo da se postupak ne može ponoviti na štetu okrivljenog izuzetno dopušteno ponavljanje. Pozivajući se na dostignuti nivo zaštite ljudskih prava, koji se prema izričitoj ustavnoj zapovesti ne može smanjivati (čl. 20. st. 2. Ustava), izgleda da će prevladati gledište da ne treba dopustiti ponavljanje postupka na štetu okrivljenog, pošto od 2001. godine takva zabrana već postoji u krivičnom procesnom zakonodavstvu.

Nije jasno ni kada je, prema ustavnoj odredbi, dopušteno ponavljanje, pošto ustav kao razlog navodi samo „nove činjenice“ ali ne i novootkrivene činjenice i nove dokaze. Navodi i „bitne povrede“, bez označavanja čega, pretpostavlja se bitne povrede prava, pa ostaje otvoreno pitanje da li je reč o bitnim povredama odredaba krivičnog postupka ili bitnim povredama prava uopšte, bez obzira da li se radi o materijalnim ili procesnim normama. To bi, teorijski gledano bila novina: do sada je ponavljanje postupka bilo moguće samo zbog nedostataka činjenične prirode a sada ustavopisci dopuštaju poavljanje postupka i zbog povrede prava. Ostaje da zakonopisci spreče nepromišljene teorijske vratolomije i svedu ponavljanje postupka u realne okvire.

IV ZAKLJUČNE NAPOMENE

Ustavna regulativa o kojoj je napred bilo reči ne može se nijednim zakonskim projektom staviti van snage niti izmeniti, ali se pravilnom interpretacijom može svesti u okvire evropskih pravnih standarda, obvezujućih za naše unutrašnje pravo.

U svim slučajevima nesaglasnosti ustavne regulative sa evropskim pravnim standardima o ljudskim pravima siguran putokaz za pravilnu interpretaciju

⁸ Analizu zakonske regulative pravila *ne bis in idem* vidi kod: dr Đorđe Lazin, *Načelo ne bis in idem u krivičnom procesnom zakonodavstvu Srbije i Crne Gore i Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, u zborniku i Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i krivično zakonodavstvo Srbije i Crne Gore, Beograd, 2004, str. 352-357.

značenja, obima važenja i dopuštenih ograničenja nekog prava jesu odluke Evropskog suda za ljudska prava i u njima sadržana tumačenja.

Zbog nepreciznih odredbi ili postavljanja limita iznad evropskih pravnih standarda, bez realnog sagledavanja posledica koje može proizvesti u procesnoj stvarnosti, nastaje teškoće da se pojedina procesna načela i instituti zakonski urede saglasno ustavnim garancijama a da se ne dovede u pitanje normativna osnova efikasnosti krivične procedure.

Vojislav Đurđić, LL.D,

Professor, Faculty of Law, University of Niš

INTERNATIONAL STANDARDS AND HUMAN RIGHTS' PROTECTION IN CRIMINAL PROCEDURE

Summary

The subject matter of this paper are human rights in criminal procedure, whose statutory regulation should be brought in line with the new Serbian Constitution and the legal standards prescribed in the international documents and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The author is of the opinion that the constitutional guarantees on the rights of the accused were mechanically accepted from the European Convention without due consideration, which has resulted in a number of drawbacks regarding the meaning and the scope of application of certain rights. Moreover, the regulation of certain rights is incompatible with the Serbian legal tradition and the European-Continental model of criminal procedure.

The right to a fair trial rests upon the legal standard which implies the right of the accused to be informed of the nature and cause of the accusations, which is essential for setting the defence mechanisms in motion. However, the right to be informed of the nature and cause of the accusations has lost its primary purpose because, in transcribing the provision, the drafters of the Constitution reformulated this right as the right of the accused "to be informed of the nature and cause of *the criminal act the accused is charged with*". This construction may be wrongly interpreted as a statutory duty of the prosecution authorities to also inform the accused about the motives governing the perpetration of the criminal act. The Constitution *a limine* prescribes the circumstances allowing for the exclusion of the general public from trial but there is no reference to "secrecy" or the protection of "other public interests", which has completely narrowed the legislator's operative space and confined it to the boundaries of the enumerated limitations envisaged in the Constitution. There would be no problem if the constitutional norm on the principle of public hearing had been taken from the European Convention in its original form, instead of being inconsiderately abridged. Considering the meaning and the contents of the right to a fair trial, the constitutional norm would then allow for the exclusion of the general public in cases where the publicity "would prejudice the interests of justice to the extent which is, in the opinion of the court, deemed absolutely necessary". As a matter of fact, these are the boundaries for instituting the right to a fair and public hearing in the statutory regulations on criminal procedure.

In certain constitutional norms, the drafters adopted only the adversarial elements which are traditionally part of the accusatory model of criminal procedure characteristic of the Anglo-American legal system. It will be quite difficult to build these adversarial elements into our criminal procedure, which is traditionally based on the European-Continental legal system. For instance, the Constitution introduces the concepts such as "the witnesses of the prosecution" and "the witnesses of the defence". Moreover, in regulating the right to "equality of arms", the drafters of the Constitution explicitly envisaged the right of the accused to "examine the witnesses of the prosecution", which implies that the drafters have instituted the so-called cross-examination into our criminal procedure. Contrary to such constitutional regulation, in the Continental model of criminal procedure it is the responsibility of the court to conduct an inquiry in order to examine the evidence and determine the material truth.

In conclusion, the author points out that the boundaries envisaged in the constitutional provisions are set above the prescribed European legal standards, which may cause further difficulties in the statutory regulation of certain procedural principles and institutes in compliance with the constitutional guarantees. It is, therefore, necessary to consider much more realistically the consequences it may have in the procedural practice, in order to avoid undermining the normative grounds governing the efficiency of criminal procedure.

Dr Dragan Jovašević,
profesor Pravnog fakulteta u Nišu

PRIMENA MEĐUNARODNIH STANDARDARDA ZAŠTITE PRAVA MALOLETNIKA U NOVOM KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU REPUBLIKE SRBIJE

UDK: 343.137.5(497.11)

Apstrakt

Početak 2006. godine u Republici Srbiji je stupilo na snagu novo materijalno i izvršno krivično zakonodavstvo. Tako je Republika Srbija dobila jedinstveni Krivični zakonik koji je obuhvatio sve materijalnopravne odredbe osim odredbi vezanih za krivičnopravni položaj maloletnih lica. Naime, sistem krivičnih sankcija za maloletne učinioce krivičnih dela, postupak izricanja i način, postupak i uslovi izvršenja maloletničkih krivičnih sankcija su uređeni propisima posebnog zakona – Zakona o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica. Pod uticajem međunarodnih standarda, novo maloletničko krivično pravo uvodi niz novih instituta, a među njima se ističe sistem mera diverzionog postupka. To su vaspitni nalozi kojima se izbegava primena krivičnih sankcija u slučajevima kada to nije nužno radi suzbijanja kriminaliteta. Upravo u ovom radu će biti govora o novim i originalnim rešenjima koja su vezana za krivičnopravni položaj maloletnih učinilaca krivičnih dela, posebno o sistemu vaspitnih naloga koji su analizirani sa primene međunarodnih standarda.

Ključne reči: *međunarodni standardi, prava maloletnika, krivično delo, zakon, krivične sankcije, vaspitni nalozi, javni tužilac, sud.*

I KRIVIČNOPRAVNI STATUS MALOLETNIKA

Osnovni zadatak maloletničkog krivičnog prava¹ jeste zaštita prava i položaja maloletnih lica² kao učinilaca krivičnih dela. Tako se kao maloletnik smatra lice koje je u vreme izvršenja krivičnog dela navršilo četrnaest, a nije navršilo osamnaest godina

¹ D. Jovašević, Maloletničko krivično pravo, Beograd, 2008. godine, str.17-23

² Prema članu 1. Konvencije o pravima deteta, dete je svako ljudsko biće koje nije navršilo 18 godina ukoliko se po zakonu koji se primenjuje na dete, punoletstvo ne stiče ranije (Više : M. Petrović, N. Vučković Šahović, I. Stevanović, Prava deteta u Srbiji, Beograd, 2006. godine

(član 3. Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica- ZOMUKD)³. Lica u uzrastu do 14 godina se nazivaju deca i prema njima se ne mogu primeniti krivične sankcije, niti druge krivičnopravne mere. To znači da ova lica ne mogu da budu aktivni subjekt krivičnog dela⁴.

U savremenom krivičnom pravu granice maloletstva su određene na različit način. Tako čl. 31-32. Krivičnog zakonika Bugarske smatraju decom - lica uzrasta do 14 godina, maloletnike - lica uzrasta od 14 do 18 godina i punoletna lica – uzrasta preko 18 godina⁵. Slično rešenje predviđa i novodoneti Zakon za maloletničku pravdu Republike Makedonije⁶. Ovaj zakon razlikuje tri kategorije maloletnih lica : a) dete, b) mlađeg maloletnika i v) starijeg maloletnika.

U članu 12. ovaj zakon određuje da su maloletnici lica uzrasta od navršene četrnaeste do nenavršenih osamnaest godina. Lica koja su u vreme izvršenja krivičnog dela u uzrastu od sedam do četrnaest godina nazivaju se deca u riziku. To su lica koja su izvršila krivično delo ili prekršaj usled zavisnosti od upotrebe opojnih droga, psihotropnih supstancija ili alkohola, deca koja su ometena u razvoju, deca žrtve nasilja, vaspitno ili socijalno zapuštena deca koja su se našla u situaciji koja otežava ili onemogućava ostvarivanje vaspitne funkcije porodice ili deca koja nisu uključena u sistem obrazovanja ili vaspitanja ili deca koja su se odala piću, skitničanju ili prostituciji i koja su zbog takvih svojstava došla ili mogu da dođu u sukob sa zakonom. Ova lica ne odgovaraju za učinjeno krivično delo. Prema ovim licima, njihovoj porodici ili staraocu sud ili drugi nadležni državni organ (centar za socijalni rad, javno tužilaštvo, organ unutrašnjih poslova i ustanova za izvršenje sankcija za maloletnike) mogu da primene mere pomoći i zaštite (član 13. Zakona za maloletničku pravdu) koje se sastoje u oduzimanju ili ograničavanju sloboda i prava deteta.

Mlađi maloletnik u riziku je lice uzrasta od 14 do 16 godina koje je izvršilo krivično delo za koje je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine ili prekršaj i koje je zavisno od upotrebe opojnih droga, psihotropnih supstancija ili alkohola ili koje ima smetnje u razvoju ili je vaspitno ili socijalno zapušteno lice kod koga postoje takva svojstva koja otežavaju ili onemogućavaju ostvarivanje vaspitne funkcije porodice i koje je takvih svojstava da je došlo ili da može da dođe u sukob sa zakonom⁷. Konačno, stariji maloletnik (u riziku) je lice koje je u vreme izvršenja

³ Slubeni glasnik Republike Srbije broj 85/2005. Više : D. Jovašević, Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica sa uvodnim komentarom, Beograd, 2005. godine

⁴ D. Dimitrijević, Maloletnici pred krivičnim sudom, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, Sarajevo, 1958. godine, str. 51-58

⁵ I. Nenov, Nakazatelno pravo na Republika Bulgaria, Obša čast, Knjiga vtora, Sofija, 1992.

⁶ Služben vesnik na Republika Makedonija broj 87/2007 od 12. jula 2007. godine

⁷ G. Marjanovik, Makedonsko krivično pravo, Opšt del, op.cit. str. 365

krivičnog dela uzrasta od navršene šesnaeste do nenavršene osamnaeste godine života

I Zakon o sudovima za mladež Republike Hrvatske⁸ u članu 4. na identičan način određuje pojam i vrste maloletnih učinilaca krivičnih dela. Zakon pri tome razlikuje tri kategorije ovih lica. To su : a) dete – lice uzrasta do četrnaest godina koje ne podleže krivičnoj odgovornosti, b) mlađi maloletnik- lice uzrasta od 14 do 16 godina prema kome se mogu izricati samo vaspitne (odgojne) mere i v) stariji maloletnik – lice koje je navršilo šesnaest, ali nije navršilo osamnaest godina prema kome se mogu izricati vaspitne mere, a izuzetno i kazna maloletničkog zatvora.

I Krivični zakonik Ruske federacije⁹ u članu 14. određuje da se kao maloletnici smatraju lica koja su u vreme izvršenja krivičnog dela navršila 14 godina, ali nisu navršila 18 godina. Član 17. Krivičnog zakonika NR Kine određuje da se krivična odgovornost stiže sa navršenih 18 godina. Lica uzrasta od 14 do 18 godina se blaže kažnjavaju, ali ako takva lica izvrše sledeća krivična dela : namerno ubistvo ili namerno nanešenje štete drugom licu ili pak izvrše silovanje, razbojništvo, trgovinu opojnim drogama, paljevinu, eksploziju ili trovanje - tada podležu krivičnoj odgovornosti¹⁰. Slično rešenje poznaje i Krivični zakonik Italije¹¹ koji predviđa kao minimalnu starosnu granicu za krivičnu odgovornost maloletnika 14 godina. Lica uzrasta od 14 do 18 godina imaju smanjeni obim krivične odgovornosti (minors), a lica uzrasta od 18 uživaju punu krivičnu odgovornost (adults)¹².

Grčki krivični zakonik u članu 121. kao decu smatra lica uzrasta do 12 godina, a mlađi maloletnici su lica u uzrastu od 12-17 godina, dok su stariji maloletnici lica uzrasta od 17-21 godina¹³. Član.11. Češkog krivičnog zakonika kao decu smatra lica u uzrastu do 15 godina, a maloletnici su lica uzrasta od 16-18 godina koji su delimično krivično odgovorni za izvršeno krivično delo¹⁴. Takođe član 122-8. francuskog Krivičnog zakonika određuje da se krivičnopravna sposobnost stiže sa navršenih 13 godina, a lica uzrasta od 13 do 18 godina smatraju se

⁸ Narodne novine Republike Hrvatske broj 111/97, 27/98 i 12/2002

⁹ I. Fedosova, T. Skuratova, Ugolovnij kodeks Rossijskoj federaciji, Moskva, 2005. godine, str.24

¹⁰ C. D. Paggie, Chinese Criminal Law, Peking, 1997. godine, str.37

¹¹ J. Baviera, Diritto minorile, Milano, 1957. godine, str. 149-183 ; F. Uccella, Minore e diritto, Roma, 2003. godine, str. 87-114

¹² Compendio di diritto penale, Parte generale e speciale, Napoli, 2001. godine, str. 137

¹³ N. Lolis, G. Mangakis, The Greek penal code, London, 1973. godine, str.48

¹⁴ Trestny zakon s izmeneniami i dopolneniami, Prag, 1974. godine, str.16

maloletnicima¹⁵. Švedski Krivični zakonik u šestom odeljku, prvog poglavlja kao donju granice odgovornosti za krivična dela određuje 15 godina¹⁶.

Specifično rešenje predviđa Krivični zakonik Ukrajine¹⁷ u članu 10. Naime, ovaj zakonik propisuje da krivičnoj odgovornosti podležu lica starija od 16 godina. Lica koja su, pak, učinila krivično delo u uzrastu od 14 do 16 godina su krivično odgovorna samo pod uslovom da su učinila teška krivična dela za koja je propisana stroga vrsta i mera kazne (uslovna ograničena krivična odgovornost) kao što su : ubistvo; napad na sudiju, radnika pravosudnog organa ili vojno lice; telesnu povredu; silovanje; krađu; pljačku; razbojništvo; teško huliganstvo (siledžijsko ponašanje); oštećenje važnih privrednih objekata, magistralnih gasovoda i naftovoda, pri otežavajućim okolnostima; namerno uništenje ili oštećenje državne, kolektivne ili lične imovine građana s teškim posledicama i namerno izazivanje železničke nesreće.

Maloletnici se kao učinioci krivičnih dela (što proizilazi iz navedenih zakonskih rešenja) u našoj zemlji dele prema uzrastu na dve kategorije: mlađi i stariji maloletnici. Mlađi maloletnici su lica uzrasta od navršenih četrnaest do nenavršenih šesnaest godina, dok su stariji maloletnici lica koja su navršila šesnaest, ali nisu navršila osamnaest godina. Pored njih u određenim slučajevima maloletničko krivično pravo se primenjuje i na mlađa punoletna lica – lica su koja su vreme izvršenja krivičnog dela navršila osamnaest godina, a u vreme suđenja nisu navršila dvadeset jednu godinu.

II KARAKTERISTIKE MATERIJALNOG KRIVIČNOG PRAVA

Stupanjem na snagu Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica 1. januara 2006. godine zapravo je stvoreno maloletničko krivično pravo sa sledećim karakteristikama¹⁸:

1) krivičnopravne odredbe se ne odnose na lice koje u vreme izvršenja krivičnog dela nije navršilo 14 godina (član 2. ZOMUKD). Takva lica se nazivaju "deca" i oni nisu aktivni subjekt krivičnog prava. Prema njima je u potpunosti isključena primena krivičnog prava, ali oni zato podležu primeni odredbi nekih drugih grana prava (porodičnog prava, prava socijalnog staranja, prekršajnog prava i sl),

2) strogo posmatrano, jezičkim i gramatičkim tumačenjem pojam "maloletnog učinioca krivičnog dela" nije moguć, jer krivičnog dela nema bez postojanja krivice na

¹⁵ P. Poncela, Droit de la peine, Themis, Paris, 2003. godine, str. 78

¹⁶ N. Bishop, Swedish Penal Code, Stockholm, 1999. godine, str. 4

¹⁷ M. I. Koržanskij, Popularnij komentar Kriminolnogu kodeksu, Kiev, 1997. godine, str. 34

¹⁸ Vidi : M. Bajer, Kriminalitet maloljetnika, Zagreb, 1967. godine; M. Bajer, Problem maloljetničkog kriminaliteta, Zagreb, 1969. godine; M. Singer, Lj. Miškaj Todorović, Delikvencija mladih, Zagreb, 1989. godine; F. Hirjan, M. Singer, Maloljetnici u krivičnom pravu, Zagreb, 2001. godine;

strani njegovog učinioca (prema objektivno-subjektivnom shvatanju pojma krivičnog dela iz člana 14. KZ RS). Takođe je pojam krivice nespojiv (inkompatibilan) sa pojmom deteta, pa čak i sa pojmom maloletnika. Stoga i sam Krivični zakonik upotrebljava prilično nemuštu formulaciju "maloletnik koji je izvršio protivpravno delo koje je u zakonu predviđeno kao krivično delo". I dalje, isključeno je postojanje i utvrđivanje krivice maloletnih učinilaca krivičnih dela u krivičnom postupku,

3) maloletničko krivično pravo kao zaokruženi sistem krivičnih propisa koji se primenjuju prema maloletnim učiniocima krivičnih dela je lišeno brojnih pojmova i instituta koje inače poznaje "klasično, standardno" krivično pravo koje se primenjuje prema punoletnim licima kao što su: krivica, kazna, kazneni i retributivni sistem, srazmernost kazne stepenu opasnosti učinioca i težine učinjenog krivičnog dela, odmeravanje kazne za dela u sticaju¹⁹,

4) sistem maloletničkog krivičnog prava treba da bude podređen kriminalno-političkim ciljevima – a to je vaspitanje maloletnog učinioca krivičnog dela i njegovo prevaspitanje (čime se u prvi plan stavlja princip vaspitavanja, a ne princip kažnjavanja)²⁰. Na taj način je istaknut specijalno preventivni karakter ove grane prava čime je napušten njegov dotadašnji "terapeutski" karakter²¹. U teoriji se stoga ističe da su maloletničke krivične sankcije, u prvom redu mere pomoći, mere socijalizacije sa što manje elemenata prinude, ograničenja prava i slobode i represije, a sve više mere pomoći, brige, nadzora i otklanjanja i

¹⁹ M. Aćimović, Neki aspekti maloletničke delikvencije u SR Bosni i Hercegovini, Pravna misao, Sarajevo, broj 1-2/1980. godine, str. 96-99

²⁰ M. Singer, Lj. Miškaj Todorović, Analiza nekih obilježja kriminaliteta maloletnika u Republici Hrvatskoj s posebnim naglaskom na vrstu kaznenih djela i mjesto njihovog izvršenja, Policija i sigurnost, Zagreb, broj 3/1992. godine, str. 157-172

²¹ Prvobitni represivni model krivičnog prava maloletnika se ističe po tome da je maloletnik tretiran kao "delikvent u minijaturi", a njegov pravni položaj je karakterisalo blaže kažnjavanje zavisno od uzrasta i nešto povoljniji režim izdržavanja izrečene kazne (N. Milošević, Maloletničko krivično zakonodavstvo Srbije i Crne Gore i Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i drugi pravni standardi, Zbornik radova, Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i krivično zakonodavstvo Srbije i Crne Gore, Zlatibor, 2004. godine, str.261) koji je dugo vremena osporavan i podvrgavan snažnoj kritici posebno u 20. veku, te je postepeno potiskivan da bi konačno pedesetih godina 20. veka zamenjen zaštitničkim modelom (O. Perić, Položaj maloletnika u jugoslovenskom krivičnom zakonodavstvu sa stanovišta zaštite ljudskih prava, Zbornik radova, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, broj 1-3/2000-2001. godine, str. 27) da bi krajem 20. veka u ovoj oblasti počeo sve više da se primenjuje i novi "pravosudni model ili model pravičnosti" prema kome "maloletnik i njegove potrebe nisu više ono što je primarno i o čemu treba isključivo da se vodi računa već se u prvi plan ističe žrtva krivičnog dela i interesi samog društva čime se ističe sistem restorativne pravde" (M. Škulić, I. Stevanović, Maloletni delikventi u Srbiji, Beograd, 1999. godine, str. 13)

predupređivanja smetnji i uslova za njihov normalan i nesmetan razvoj i sazrevanje²². To u krajnjoj liniji i odgovara tzv. Havanskim pravilima koje je OUN usvojila 1990. godine koja u odnosu na maloletne učinioce krivičnih dela zahteva isključenje ili svodenje na minimum bilo kakvog oblika lišenja slobode (član 11. tačka b),

5) među krivičnim sankcijama koje se primenjuju prema maloletnim učiniocima krivičnih dela primat imaju vaspitne mere nad kaznom²³ koja predstavlja izuzetak izražen u primeni kazne maloletničkog zatvora²⁴. Zakon poznaje devet vaspitnih mera sistematizovanih u tri grupe : 1) mere upozorenja i usmeravanja (koje su u Republici Srbiji zamenile ranije postojeće disciplinske mere), 2) mere pojačanog nadzora i 3) zavodske mere,

6) maloletničkim zatvorom se može kazniti samo izuzetno stariji maloletnik ako je izvršio teško krivično delo za koje je predviđena kazna zatvora preko pet godina²⁵. Dakle, vaspitne mere su osnovni oblik reagovanja društva prema maloletnim učiniocima krivičnih dela²⁶. Pri tome, u primeni vaspitnih mera treba ići postepeno, stepenasto. Naime, prioritet u primeni imaju blaže vaspitne mere (mere uspozorenja i usmeravanja), a tek potom teže vaspitne mere (mere pojačanog nadzora) i na kraju zavodske vaspitne mere. Štaviše primat u primeni imaju ne

²² S. Konstantinović Vilić, Maloletnička delikvencija u krivičnom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, broj 21/1981. godine, str. 285-302

²³ Prema raspoloživim statističkim podacima (Saopštenje 268. Republičkog zavoda za statistiku Republike Srbije) u periodu od 1997. do 2002. godine na području Republike Srbije od ukupno izrečenih krivičnih sankcija prema maloletnim učiniocima krivičnih dela zavodske vaspitne mere učestvuju sa 1-2,7 % , a kazna maloletničkog zatvora sa 0,6-1,7 % (N. Milošević, Maloletničko krivično zakonodavstvo Srbije i Crne Gore i Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i drugi pravni standardi, Zbornik radova, Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i krivično zakonodavstvo Srbije i Crne Gore, Zlatibor, 2004. godine, str.264)

²⁴ M. Obretković, Pravni status maloletnih prestupnika između pravde i socijalne zaštite, Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 1993. godine, str. 77-92; H. Sijerčić Čolić, Asocijalno ponašanje djece i maloljetnika – uzroci i oblici reakcije u sistemu krivičnog pravosuđa u BIH na takvo ponašanje, Pravna misao, Sarajevo, broj 9-10/2001. godine, str. 30-36

²⁵ Više : M. Singer, Kaznenopravna odgovornost mladeži, Zagreb, 1998. godine

²⁶ D. Dimitrijević, Maloljetnici pred krivičnim sudom, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, Sarajevo, 1958. godine, str. 51-58

krivične sankcije²⁷, već njihovi supstituti koji imaju karakter neformalne sankcije pri čemu je i takva njihova primena svedena na najmanju moguću meru²⁸,

7) pored i umesto krivičnih sankcija moderna krivična zakonodavstva (Nemačka, Francuska, Makedonija, Slovenija, Hrvatska, Bosna i Hercegovina) poznaju različite mere alternativnog karaktera²⁹ (supstituti krivičnih sankcija) čija se primena preporučuje prema teoriji neintervenisanja³⁰ kad god je moguće izbegavanje krivičnog pravosuđa preko skretanja krivičnog postupka – diverzionog postupka (diversion)³¹ posebno kada se radi o bagatelnom, epizodnom, primarnom, situacionom ili slučajnom kriminalitetu³².

To su različite mere sui generis u vidu vaspitnih naloga, uputstava, zabrana ili preporuka čiji je cilj da se izbegne ili odloži vođenje krivičnog postupka prema maloletnom učiniocu krivičnog dela. Zapravo cilj je primene ovih mera skretanje postupka prema maloletnim

²⁷ S. Konstantinović Vilić, V. Miladinović, V. Đurđić, Primena krivičnih mera prema maloletnim prestupnicima, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd, broj 1-2/1994. godine, str. 134-147

²⁸ Iako primena kazni prema maloletnicima predstavlja izuzetnu zakonsku mogućnost, ipak postoje i takva krivična zakonodavstva koja predviđaju široku lepezu kazni koje se primenjuju prema maloletnim učiniocima krivičnih dela. Tako Ruski krivični zakonik u čl. 87. propisuje da prema maloletnicima koji su izvršili krivično delo može biti odmerena kazna ili se prema njima mogu primeniti vaspitne mere. U čl. 88. navodi se više kazni koje se mogu izreći maloletnicima : novčana kazna, lišenje prava na bavljenje određenom delatnošću, obavezni rad, popravni rad, izolacija i lišenje slobode do deset godina (I. Fedosov, T. Skuratov, Ugolovnij kodeks Rossijskoj federaciji, Garant, Moskva, 2005. godine, str.65-66)

²⁹ B. Cvjetko, Formalne i neformalne sankcije u maloljetničkom kaznenom pravu, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, broj 2/1999. godine, str. 341-356; S. Konstantinović Vilić, M. Kostić, Diverzioni modeli i alternativne krivične sankcije primenjene prema maloletnicima u sukobu sa zakonom, Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, broj 50/2007. godine, str. 87-102

³⁰ O. Perić, Alternativne mere i sankcije u novom krivičnom zakonodavstvu o maloletnicima, Bilten Okružnog suda u Beogradu, Beograd, broj 69/2005. godine, str.7-10

³¹ U teoriji se osporava upotreba termina "diverzioni model" krivičnog postupka prema maloletnicima posebno kada se ima u vidu praktičan značaj primene principa oportuniteta u postupku prema maloletnicima koji se naziva diverzionim postupanjem u nemačkoj krivičnoprocesnoj teoriji pri čemu diverzija znači jedan oblik skretanja sa opšteg, uobičajenog, redovnog krivičnog postupka. Diverzioni postupak znači da se postupak okončava na drugačiji način nego što je to uobičajeno po opštim pravilima (M. Škulić, Maloletnici kao učinioci i kao žrtve krivičnih dela, Beograd, 2003. godine ,str. 134-135)

³² D. Foks, Restorativno pravo – upotreba obiteljskih grupnih savjetovanja u britanskom pravosudnom sistemu za maloljetnike, Kriminologija i socijalna integracija, Zagreb, broj 2/2004. godine, str. 111-126

licima sa krivičnog prava na druge grane prava (npr. porodično pravo ili pravo socijalnog staranja). Ovakvo je rešenje u skladu sa članom 40. stav 3. tačka b. Konvencije UN o pravima deteta³³ koja zahteva od država potpisnica da preduzmu mere kad god je moguće i poželjno da se uvedu mere postupanja sa decom i maloletnicima koja su prekršila zakon bez pribegavanja sudskom postupku,

8) novi zakonski propisi predviđaju sudsku zaštitu maloletnika u postupku izvršenja izrečenih maloletničkih krivičnih sankcija umesto ranije postojeće zaštite u upravnom sporu,

9) nove su i odredbe o nadzoru nad izvršenjem vaspitnih mera. Sudija za maloletnike koji je izrekao vaspitnu meru i javni tužilac za maloletnike vrše nadzor nad sprovođenjem izrečenih vaspitnih mera. U tom smislu oni su dužni da : a) prate rezultate izvršenja izrečene vaspitne mere, b) obilaze maloletnika smeštenog u zavodu ili drugoj ustanovi u koju je maloletnik smešten, v) vrše neposredan uvid i g) razmatraju izveštaje o toku izvršenja izrečene vaspitne mere. Takođe, zakonom je obavezan nadležni organ starateljstva da svakih šest meseci dostavlja sudu i javnom tužiocu za maloletnike izveštaj o toku izvršenja ostalih vaspitnih mera (posebnih obaveza i mera pojačanog nadzora).

No, sudija za maloletnike može zahtevati od organa starateljstva³⁴ ove izveštaje i u kraćim vremenskim periodima kao što može da ovakve izveštaje zatraži i od drugih stručnih lica ako oni postoje u sudu (socijalnog radnika, psihologa, pedagoga, specijalnog pedagoga i dr). Konačno, uprava zavoda ili druge ustanove u kojoj je maloletnik smešten je dužna da svakih šest meseci sudu i javnom tužiocu za maloletnike dostavlja izveštaj o rezultatima primene izrečene vaspitne mere s tim što se na zahtev suda ovaj izveštaj može dostavljati i u kraćem vremenskom periodu i

10) na drugačiji način je sada uređena i pomoć maloletniku posle izvršenja zavodskih vaspitnih mera odnosno kazne maloletničkog zatvora. Sada je postinstitucionalni tretman i prihvatanje maloletnika uređen na drugačiji način gde je potencirana veća uloga i aktivnost nadležnog organa starateljstva. Ovaj organ zapravo za sve vreme trajanja izvršenja izrečenih maloletničkih krivičnih sankcija institucionalnog karaktera održava stalnu saradnju i kontakt ne samo sa ustanovom u kojoj se maloletnik nalazi i sa samim maloletnikom, već i sa njegovom porodicom kako bi se ona pripremila i osposobila za vraćanje maloletnika u raniju socijalnu sredinu i njegovo uključivanje u normalan i društveno koristan život i aktivnosti.

³³ Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori broj 15/90

³⁴ M. Paunović, Uloga socijalnih službi u prevenciji maloletničkog prestupništva, Beograd, 1980. godine, str. 89-111; N. Milošević, Mesto i uloga sistema socijalne zaštite u primeni Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica u Srbiji, Izbor sudske prakse, Beograd, broj 4/2007. godine, str. 9-17

III KARAKTERISTIKE PROCESNOG KRIVIČNOG PRAVA

I u oblasti maloletničkog procesnog prava koje je počelo da se primenjuje 1. januara 2006. godine uneto je niz novih rešenja koja treba da doprinesu uspešnosti i efikasnosti sprovedenog krivičnog postupka prema maloletnim učiniocima krivičnih dela odnosno ostvarenju zakonom propisane svrhe maloletničkih krivičnih sankcija³⁵. Među najznačajnijim karakteristikama maloletničkog krivičnog procesnog prava naročito se ističu sledeće:

1) u našem pravnom sistemu postoje posebni organi³⁶ maloletničkog krivičnog pravosuđa³⁷: posebna odeljenja za maloletničku delikvenciju u policijskim upravama (organima unutrašnjih poslova), posebni javni tužilac za maloletnike i posebni sudija³⁸ za maloletnike odnosno veća za maloletnike pri okružnom sudu. Sva lica koja postupaju u krivičnom postupku prema maloletnicima moraju da poseduju posebna, specijalna znanja iz oblasti o pravima deteta i prestupništvu (delikvenciji) mladih. Veće za maloletnike u prvostepenom sudu je sastavljeno od sudije za maloletnike i dvojice sudija porotnika različitog pola (koji moraju biti iz reda nastavnika, učitelja, vaspitača i drugih stručnih lica koja imaju iskustvo u radu sa decom i mladima),

2) za razliku od stvarne nadležnosti suda koji vodi krivični postupak prema maloletnim učiniocima krivičnih dela – okružnog suda, mesna nadležnost suda se utvrđuje prema mestu prebivališta odnosno mestu boravišta maloletnika. Pri tome posebnu i aktivnu ulogu u krivičnom postupku (pri izricanju i izvršenju vaspitnih naloga odnosno vaspitnih mera) imaju i organi vankrivičnog pravosuđa – organ starateljstva³⁹,

3) u nekim drugim krivičnopravnim sistemima u postupku prema maloletnim učiniocima krivičnih učestvuju ne samo sudski, već i posebni vansudski, administrativni (upravni) organi

³⁵ H. Sijerčić Čolić, O ulozi krivičnog postupka u resocijalizaciji maloletnog učinioca krivičnog dela, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, Sarajevo, 1981. godine, str. 233-243

³⁶ A. Carić, Organi za izricanje mjera prema maloljetnicima, Split, 1965. godine, str. 76-89

³⁷ Smatra se da su istorijski posmatrano prve ustanove za smeštaj maloletnika osnovane još 1703. godine u Rimu pod uticajem pape Klimenta IX (G. Marjanovik, Makedonsko krivično pravo, Opšt del, op.cit. str. 362) da bi kasnije ustanove slične sadržine osnovane i u Engleskoj, Nemačkoj, Francuskoj i Švajcarskoj. I danas u pojedinim zemljama (skandinavskog pravnog sistema) maloletničko krivično pravo primenjuju vanduski – administrativni organi : odbori ili saveti za dečju zaštitu ili saveti za socijalnu zaštitu (A. Carić, Problemi maloletničkog sudstva, Split, 1971. godine, str. 190)

³⁸ T.F. Geraghty, The debate over the future of juvenile courts, The Journal of criminal law and criminology, broj 1/1997. godine, str. 1-14

³⁹ O. Perić, Posebni sudovi za maloletnici (nastanovanje, razvoj, nadležnost), Pravna misla, Skoplje, broj 6/1975. godine, str. 26-38

: npr. lokalni organi socijalne zaštite (Danska), odbor za dečju zaštitu (Norveška) ili odbor za maloletnike (Škotska),

4) u krivičnom postupku prema maloletnicima⁴⁰ organi krivičnog gonjenja i suda imaju široka diskreciona ovlašćenja⁴¹ u pogledu pokretanja, vođenja ili okončanja shodno načelu oportuniteta. Prvo, javni tužilac za maloletnike odnosno sudija za maloletnike mogu odlučiti da izreknu u smislu člana 5. ZOMUKD maloletniku jedan ili više vaspitnih naloga (koji nisu krivične sankcije) umesto da pokrenu krivični postupak⁴² ili pak da pokrenuti krivični postupak obustave ako se radi o krivičnom delu za koje je propisana kazna zatvora do pet godina ili novčana kazna⁴³,

5) prema članu 58. ZOMUKD javni tužilac za maloletnike u slučaju izvršenja krivičnog dela za koje je propisana kazna zatvora do pet godina ili novčana kazna može da odluči da ne zahteva pokretanje krivičnog postupka prema maloletnom učiniocu takvog dela ako smatra da ne bi bilo celishodno da se vodi krivični postupak prema maloletniku s obzirom na prirodu krivičnog dela i okolnosti pod kojima je delo učinjeno, raniji život maloletnika i njegova lična svojstva,

6) kada je vaspitna mera ili kazna maloletničkog zatvora izrečena maloletniku i toku je njihovo izvršenje, javni tužilac za maloletnike može da odluči da ne zahteva pokretanje krivičnog postupka za drugo krivično delo maloletnika ako s obzirom na težinu učinjenog dela i kaznu odnosno vaspitnu meru koja se izvršava ne bi imalo svrhe vođenje krivičnog postupka i izricanje krivične sankcije za drugo delo. U tom slučaju on obaveštava u roku od osam dana oštećenog koji može od veća za maloletnike neposredno višeg suda da zahteva da odluči o pokretanju krivičnog

⁴⁰ J. Popadić, Postupak prema maloletnicima i učešće organa starateljstva u njemu, Pravni život, Beograd, broj 5-6/1960. godine, str. 32-36

⁴¹ Nove zakonske odredbe daju javnom tužilaštvu široke mogućnosti primene načela svrsishodnosti pretkrivičnog postupka, a posebno primene izvansudske nagodbe i uslovnog oportuniteta uz primenu posebnih obaveza prema maloletnom učiniocu krivičnog dela pri čemu ovom organu pomažu psiholozi, pedagozi i socijalni radnici, ali koji se nalaze izvan ovog organa (Lj. Knežević Tomašev, Primena Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica – problemi u praksi, Bilten Vrhovnog suda Srbije, Beograd, broj 3/2006. godine, str. 156-160)

⁴² Zakon o sudovima za mladež Republike Hrvatske u čl. 64. predviđa specifično rešenje kada propisuje primenu izvansudske nagodbe između maloletnog učinioca krivičnog dela i oštećenog pre nego što državni tužilac odluči o svrsishodnosti pokretanja krivičnog postupka

⁴³ N. Milošević, Neka aktuelna pitanja krivičnog postupka prema maloletnicima, Aktuelna pitanja maloletničke delikvencije i mere za obezbeđenje prisustva okrivljenog u krivičnom postupku, Beograd, 1995. godine, str.36-48; B. Čejović, Neke karakteristike krivičnog postupka prema maloletnicima, Pravna misao, Sarajevo, broj 1-2/1970. godine, str. 51-64

postupka i u ovim slučajevima. Princip korisnosti je primarniji od principa pravičnosti (Justice model) i zaštitničkog principa,

7) diskreciona ovlašćenja suda za maloletnike sastoje se dalje ne samo u širokoj slobodi pri izboru jednog ili više vaspitnih naloga odnosno vaspitnih mera, nego i u mogućnosti da već izrečenu vaspitnu meru zameni drugom pogodnijom merom ili je pak obustavi od daljeg izvršenja ako to zahteva konkretna situacija⁴⁴ i

8) najznačajnije novine u oblasti maloletničkog procesnog krivičnog prava se mogu svesti na sledeće :

a) uspostavljanje isključive nadležnosti okružnog suda u krivičnom postupku prema maloletnicima,

b) specijalizacija svih učesnika (javnog tužioca, sudije, advokata, punomoćnika, radnika organa unutrašnjih poslova) u krivičnom postupku prema maloletnicima,

v) dalje približavanje u procesnom smislu položaja maloletnika i mlađih punoletnih lica,

g) u krivičnom postupku je obavezna odbrana od strane advokata za sva krivična dela maloletnika,

d) pitanje uslovljenog oportuniteta⁴⁵ krivičnog gonjenja maloletnih učinilaca krivičnih dela. Tako javni tužilac za maloletnike može da odluči da ne zahteva pokretanje krivičnog postupka prema maloletniku iako postoje dokazi iz kojih proizilazi osnovana sumnja da je učinjeno krivično delo ako smatra da to ne bi bilo celishodno s obzirom na prirodu krivičnog dela i okolnosti pod kojima je učinjeno, raniji život maloletnika i njegova lična svojstva. Isto tako, ako je u toku izvršenje izrečene kazne ili vaspitne mere, javni tužilac za maloletnike može da odluči da ne zahteva pokretanje krivičnog postupka za drugo novoizvršeno krivično delo maloletnika ako s obzirom na težinu učinjenog dela kao i na kaznu odnosno vaspitnu meru koja se izvršava ne bi imalo svrhe vođenje krivičnog postupka i izricanje krivične sankcije. Svoju odluku o nepokretanju krivičnog postupka javni tužilac može da uslovi pristankom maloletnika odnosno njegovog roditelja, usvojioca ili staraoca kao i spremnošću maloletnika da prihvati ili ispuni jedan ili više postavljenih vaspitnih naloga,

đ) isključena je primena mere "policijskog zadržavanja" prema maloletnom učiniocu krivičnog dela,

e) redukovanje primene krivičnoprocesne mere pritvora u postupku prema maloletnicima u cilju afirmisanja alternativnih mera. Naime, prema maloletnicima se pritvor može odrediti samo izuzetno i to ako su ispunjeni uslovi iz čl. 142. st. 2. Zakonika o krivičnom postupku (ZKP) pod uslovom da se svrha radi čijeg ostvarenja je određen

⁴⁴ D. Jovašević, Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 2006. godine, str.341-345

⁴⁵ M. Škulić, Princip oportuniteta u krivičnom postupku prema maloletnicima, Izbor sudske prakse, Beograd, broj 7-8/1997. godine, str. 66-68

prитvor ne može postići merom privremenog smeštaja maloletnika u prihvatilište, vaspitnu ustanovu ili drugu sličnu ustanovu iz čl. 66. ZOMUKD. Pri tome je izričito predviđeno da se vreme koje je maloletnik proveo u pritvoru kao i svako drugo lišenje slobode obavezno uračunava u trajanje izrečenih vaspitnih mera : upućivanja u vaspitnu ustanovu ili upućivanja u vaspitno popravni dom kao i u kaznu maloletničkog zatvora,

ž) veći je značaj sednice veća za maloletnike u svim fazama krivičnog postupka za maloletnike i

z) praktičnije je rešeno pitanje naknade troškova krivičnog postupka i ispunjene obaveze iz usvojenog imovinsko-pravnog zahteva oštećenog.

IV UTICAJ MEĐUNARODNIH PRAVNIH AKATA NA DOMAĆE MALOLETNIČKO KRIVIČNO PRAVO

U osnovi novouspostavljenog sistema maloletničkog krivičnog prava u Republici Srbiji se nalaze određeni pravni standardi predviđeni u više međunarodnih pravih akata koje je usvojila naša zemlja. To su između ostalog sledeći akti :

- 1) Konvencija UN o pravima deteta iz 1989. godine⁴⁶,
- 2) Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda⁴⁷,
- 3) Minimalna standardna pravila za maloletničko krivično pravosuđe (tzv. Pekinška pravila) usvojena od strane OUN 1985. godine⁴⁸,
- 4) Pravila OUN o zaštiti maloletnika lišenih slobode (tzv. Havanska pravila) iz 1990. godine⁴⁹,
- 5) Smernice OUN za prevenciju maloletničke delikvencije (tzv. Rijadske smernice) iz 1990. godine,
- 6) Standardna minimalna pravila OUN za alternativne kaznene mere (tzv. Tokijska pravila) iz 1990. godine⁵⁰ i
- 7) Evropska pravila o društvenim sankcijama i merama za sprovođenje maloletničkog krivičnog pravosuđa (tzv. Bečka pravila) iz 1997. godine.

Uz njih posebno su značajne i dve preporuke Saveta Evrope koje je doneo Komitet ministara ove najmasovnije i najstarije evropske regionalne političke organizacije. To su : 1) Preporuka

⁴⁶ Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori broj 15/1990

⁴⁷ Službeni list Srbije i Crne Gore – Međunarodni ugovori broj 9/2003

⁴⁸ Rezolucija UN broj 40/33 od 29. novembra 1985. godine

⁴⁹ Rezolucija UN broj 45/113 od 14. decembra 1990. godine

⁵⁰ O. Perić, Položaj maloletnika u jugoslovenskom krivičnom zakonodavstvu sa stanovišta zaštite ljudskih prava, Zbornik radova, Prava čoveka i savremena kretanja u kriminalnoj politici, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 1989. godine, str. 100

P (87) 20 o društvenom reagovanju na delikvenciju maloletnika iz 1987. godine i 2) Preporuka P (88) 6 o društvenom reagovanju na delinkventno ponašanje mladih koji potiču iz migrantskih porodica iz 1987. godine.

Standardi predviđeni u navedenim međunarodnopravnim aktima⁵¹ koje je potpisala i ratifikovala naša država su inkorporisani i u odredbe novog Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica. Za dalji razvoj maloletničkog krivičnog prava od posebnog je značaja Rezolucija XVII Kongresa međunarodnog udruženja za krivično pravo koji je održan u Pekingu 2004. godine u kojoj su između ostalog usvojene sledeće Preporuke :

- 1) maloletna lica podležu zakonu sa svim njegovim specifičnim karakteristikama. Zbog ovih specifičnosti pravosudni sistem treba da razmatra krivičnu odgovornost maloletnika kao zasebno pitanje u okviru elemenata krivičnog dela,
- 2) godine starosti za krivičnu odgovornost maloletnika treba da budu određene na 18 godina, a minimalna godina starosti ne bi trebalo da bude ispod 14 godina u vreme izvršenja krivičnog dela,
- 3) maloletni prekršioc zakona uglavnom bi trebalo da budu podvrgnuti vaspitnim merama ili drugim alternativnim kaznenim merama koje su usredsređene na rehabilitaciju pojedinca ili ako situacija zahteva u izuzetnim slučajevima na kaznene mere u tradicionalnom smislu,
- 4) na maloletnike ispod 14 godina mogu se primenjivati samo vaspitne mere,
- 5) primena vaspitnih ili alternativnih kaznenih mera koje su usmerene na rehabilitaciju mogu biti proširene na zahtev zainteresovanog lica do 25 godine,
- 6) imajući u vidu krivična dela izvršena od strane lica koja su starija od 18 godina primenjivost posebnih odredbi koje se odnose na maloletnike može se proširiti do 25 godine starosti,
- 7) o krivičnoj odgovornosti maloletnih lica moraju odlučivati specijalni sudski organi koji imaju zasebnu nadležnost od onih koje se bave punoletnim licima,
- 8) odluke suda bi trebalo da budu zasnovane na preliminarnim multidisciplinarnim sudskim istragama otvorenim za ispitivanje obeju strana i
- 9) potrebno je pokloniti posebnu pažnju interesu žrtava i humanom odnosu prema njima⁵².

⁵¹ T. Geraghty, Justice for children, The Journal of criminal law and criminology, broj 1/1997. godine, str. 190-241

⁵² Tekst Rezolucije je objavljen u celini u Reviji za kriminologiju i krivično pravo, Beograd, broj 1/2005. godine, str. 221-222

V VASPITNI NALOZI

Pod uticajem prihvaćenih međunarodnih standarda zaštite maloletnih lica, najznačajnija novina maloletničkog krivičnog prava se svodi na primenu alternativnih (diverzionih) mera koje treba da vode skretanju krivičnog postupka⁵³ na druge grane prava (porodično pravo, pravo socijalnog staranja). To su vaspitni nalozi (preporuke ili uputstva)⁵⁴. Osnov za primenu ovih mera proizilazi iz člana 40. stav 3. tačka b. Konvencije OUN o pravima deteta koju je 1990. godine potpisala i ratifikovala i naša zemlja. Prema ovako preuzetim obavezama, u krivičnom pravu je potrebno i poželjno da se uvedu mere postupanja sa decom koja su prekršila zakon (i tako učinila u zakonu predviđeno krivično delo), ali bez pribegavanja sudskom postupku. Na sličan način i Standardna minimalna pravila OUN za alternativne kaznene mere (tzv. Tokijska pravila) iz 1990. godine preporučuju širu upotrebu nezavodskih ili alternativnih mera kao osnova za minimalnu pravnu zaštitu lica kojima se izriču mere koje su alternativne zatvaranju (dakle supstituti institucionalnim merama). Cilj je ovih Minimalnih pravila da se i društvena zajednica više uključi u upravljanje krivičnim pravosuđem, a posebno u tretman maloletnika kao učinilaca krivičnih dela, kao i da se među ovim licima promoviše osećanje lične odgovornosti prema društvenoj zajednici.

Tako shvaćeno skretanje postupka označava različite načine, mere i metode kako bi se mladi sačuvali od štetnog dejstva sudstva za maloletnike odnosno dejstva krivičnih sankcija. Ovakav je sistem poznat i kao sistem restorativne pravde⁵⁵ gde se prema maloletnom učiniocu krivičnog dela primenjuju mere koje su alternativa krivičnim sankcijama. U ovom se sistemu maloletniku nameće obaveza da preuzme odgovornost za svoje postupke, da se suoči sa žrtvom (oštećenim), ali i sa predstavnikom društva, kao i da aktivno radi na otklanjanju štete koja je pričinjena krivičnim delom. Zbog toga on

⁵³ Diverzioni pravno sociološki koncept se zasniva na shvatanjima E. Dirkema, M. Vebera i N. Kristija u čijoj se osnovi nalazi razmišljanje o mogućnostima da se konflikt između žrtve i učinioca krivičnog dela reši mirno vansudskim putem i to poravnanjem oko zahteva za naknadu štete. Uloga države se ograničava na nepristrasnog posrednika koji interveniše u neformalnim postupcima (S. Konstantinović Vilić, M. Kostić, Diverzioni modeli i alternativne krivične sankcije primenjene prema maloletnicima u sukobu sa zakonom, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, broj 50/2007. godine, str. 88-89; B. Cvjetko, Formalne i neformalne sankcije u maloljetničkom kaznenom pravu, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, broj 2/1999. godine, str. 341-356; I. Stevanović, Alternativne krivične sankcije prema maloletnicima, Aktuelna pitanja maloletničke delikvencije i mere za obezbeđenje prisustva okrivljenog u krivičnom postupku, Beograd, 1995. godine, str. 27-35).

⁵⁴ D. Jovašević, Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica sa uvodnim komentarom, op.cit. str.12-13

⁵⁵ S. Savić, Restorativna pravda i Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica iz perspektive sudske prakse, Temida, Beograd, broj 1/2007. godine, str. 47-48

učestvuje u različitim aktivnostima koje uopšte podižu nivo kvaliteta života u zajednici, ali i kojima stiče nova iskustva, postaje aktivan, koristan i produktivan član zajednice, razvija samokontrolu ponašanja i uključuje se u grupe vršnjaka koje nemaju delinkventne sklonosti.

Vaspitni nalozi su posebne mere sui generis koje nemaju karakter krivične sankcije. Naime, prema maloletnom učiniocu krivičnog dela za koje je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina može se izreći jedan ili više vaspitnih naloga⁵⁶. Svrha je ovih naloga da se ne pokreće krivični postupak prema maloletniku ili da se obustavi već pokrenuti postupak odnosno da se primenom ovakvog vaspitnog naloga utiče na pravilan razvoj maloletnika, kao i na jačanje njegove lične odgovornosti kako ubuduće ne bi nastavio sa vršenjem krivičnih dela, posebno kada se radi o bagatelnom ili srednjem kriminalitetu. Dakle ovde se radi o merama isključivo specijalno preventivnog karaktera koje vode izvensudskim oblicima intervencije.

Vaspitne naloge izriču javni tužilac za maloletnike⁵⁷ ili sudija za maloletnike⁵⁸ ako su ispunjena dva kumulativna uslova : 1) objektivni uslov – da se radi o krivičnom delu za koje je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina i 2) subjektivni uslov – koji se javlja u dva vida : a) da je maloletnik priznao izvršenje krivičnog dela i b) da postoji određeni odnos maloletnika prema krivičnom delu, ali i prema oštećenom licu. Vaspitni nalozi se mogu izreći samo maloletnim učiniocima krivičnih dela što znači da je njihova primena isključena prema mlađim punoletnim licima.

⁵⁶ Značaj primene vaspitnih naloga je višestruko izražen u funkciji uslovljenog oportuniteta primenjivog od strane javnog tužioca odnosno u funkciji celishodnosti daljeg vođenja postupka o čemu odlučuje sud pri čemu posebno treba imati u vidu da je sudski postupak najčešće dug, skup, stigmatizujući i često neefikasan. Tim pre što se najčešće radi o bagatelnom kriminalitetu i to prema primarnim učiniocima krivičnih dela sa često pretpostavljenim ishodom – izricanjem sudskog ukora ili obustavljanjem postupka (D. Obradović, Krivičnopravne odredbe o maloletnicima i dosadašnja iskustva u njihovoj primeni, Zbornik radova, Nova rešenja u krivičnom zakonodavstvu i dosadašnja iskustva u njihovoj primeni, Zlatibor, 2006. godine, str.256)

⁵⁷ Ovakvo rešenje je sporno budući da vaspitne naloge može da izriče i javni tužilac, dakle organ koji nije nadležan za izricanje krivičnih sankcija, jer se radi o organu krivičnog gonjenja. Sporno je takođe i što se ovi nalozi mogu izricati bez vođenja postupka u kome bi se utvrdilo da li je maloletnik izvršio i koje krivično delo.

⁵⁸ Dosadašnja praksa u primeni Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica ukazuje na značajnu primenu vaspitnih naloga od strane sudija za maloletnike okružnih sudova u Valjevu, Novom Sadu, Subotici i Kragujevcu odnosno zamenika okružnog javnog tužioca za maloletnike u Sremskoj Mitrovici (I. Stevanović, N. Milošević, Neophodne pretpostavke za primenu Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, op.cit. str. 492)

Pri izboru vaspitnog naloga⁵⁹ nadležni organ naročito uzima u obzir u celini interes maloletnika i oštećenog lica vodeći računa da se primenom jednog ili više vaspitnih naloga ne omete proces redovnog školovanja ili zaposlenja maloletnika. Ovako određeni nalog može da traje najduže šest meseci pri čemu se izbor, zamena i primena odnosno nadzor u primeni vaspitnog naloga od strane nadležnog organa vrši u saradnji sa roditeljima, usvojiojcima ili staroocem maloletnika i nadležnim organom starateljstva. Naše maloletničko krivično pravo poznaje više vrsta vaspitnih naloga u smislu osnovnih postavki restorativne pravde koji omogućavaju skretanje sa klasične sudske procedure (član 7. ZOMUKD). To su :

1) poravnanje⁶⁰ sa oštećenim⁶¹ kako bi se naknadom štete, izvinjenjem⁶², radom ili na neki drugi način otklonile u celini ili delimično štetne posledice izvršenog krivičnog dela⁶³,

⁵⁹ Iako vaspitni nalozi nisu vrsta krivičnih sankcija, ipak su neki od ovih naloga po svojoj sadržini i dejstvu slični vaspitnim merama – posebnim obavezama. Pri tome posebne obaveze kao krivične sankcije izriče sudsko veće posle sprovedenog postupka u kome je utvrđeno da je maloletnik izvršio krivično delo koje mu se stavlja na teret.

⁶⁰ Kod primene ovog vaspitnog naloga u praksi se javljaju sledeći problemi : 1) ko sprovodi postupak poravnanja (to bi mogao da bude javni tužilac za maloletnike ili sudija za maloletnike ili ovlašćeni medijator koji poziva maloletnog učinioca krivičnog dela i njegove roditelje, usvojioce, staraoce ili drugog zakonog zastupnika da sami ili sa braniocem dođu na sastanak sa oštećenim (i njegovim punomoćnikom ili zakonskim zastupnikom), 2) gde se sprovodi postupak poravnanja (u prostorijama javnog tužioca, u sudu ili u prostorijama ovlašćenog medijatora), 3) koliko dugo postupak može da traje (u praksi se zastupa mišljenje da postupak posredovanja treba da bude brz i efikasan, tako da ne traje duže od mesec dana) i 4) kako se postupak završava (zaključenjem pismenog poravnanja kao rezultat medijacije – posredovanja u kome se određuju obaveze, rokovi njihovog ispunjenja i način praćenja sporazuma)

⁶¹ U sudskoj praksi se može pojaviti problem kod primene ovog vaspitnog naloga ko se sve može smatati oštećenim licem – da li samo fizičko (punoletno – ili i lice koje je lišeno poslovne sposobnosti ili maloletno lice u kom slučaju se postavlja pitanje da li ova lica ili njihovi zakonski zastupnici ili punomoćnici učestvuju u primeni ovog vaspitnog naloga) ili pravno lice (i ko u pravnom licu – zakonski ili statutarni punomoćnik)

⁶² U slučaju primene ovog vaspitnog naloga, maloletnik koji je u pripremnom postupku priznao izvršenje krivičnog dela i izrazio spremnost da se izvini predstavniku oštećenog pravnog lica to može da učini u sudu ili da zajedno sa svojim zakonskim zastupnikom ode u oštećeno pravno lice i da se javno izvini u prisustvu ovlašćenog predstavnika pravnog lica

⁶³ Posredovanje između maloletnog učinioca krivičnog dela i oštećenog je najčešće primenjivan oblik diverzionog postupanja u raznim državama (npr.SAD, Norveška, Danska). No, postoje i drugi slični modeli kao što su : poravnanje (Slovenija, Hrvatska, Austrija, Nemačka, Belgija, Francuska, Norveška, Kanada, SAD), popravni odbor lokalne zajednice (SAD), zajednički porodični sastanak ili porodični sud (Novi Zeland, Australija), odlučivanje u krugu (SAD) i sud za maloletnike (SAD, Kanada, Japan, Nemačka).

- 2) redovno pohađanje škole ili redovni odlazak na posao,
- 3) uključivanje bez naknade u rad humanitarnih organizacija ili poslova socijalnog, lokalnog ili ekološkog sadržaja⁶⁴,
- 4) podvrgavanje odgovarajućem ispitivanju i odvikavanju od zavisnosti izazvane upotrebom alkoholnih pića ili opojnih droga i
- 5) uključivanje u pojedinačni ili grupni tretman u odgovarajućoj zdravstvenoj ustanovi ili savetovalištu.

Javni tužilac za maloletnike takođe ima mogućnost da svoju odluku o nepokretanju krivičnog postupka shodno načelu oportuniteta gonjenja (član 58. ZOMUKD) uslovi pristankom maloletnika i njegovih roditelja, usvojioca ili staraoca kao i samom spremnošću maloletnika da u ostavljenom roku ispuni jedan ili više postavljenih vaspitnih naloga. Zapravo, sve dok ne podnese zahtev za pokretanje pripremnog postupka, javni tužilac za maloletnike ima široke diskrecione mogućnosti u pogledu odlučivanja da li će pokrenuti krivični postupak prema maloletniku zbog učinjenog krivičnog dela⁶⁵ ili ne.

Uvođenje vaspitnih naloga⁶⁶ u sistem maloletničkog krivičnog pravosuđa u velikoj meri je promenilo i ulogu oštećenog lica⁶⁷ : a) u smislu njegovog aktivnog uključivanja u

⁶⁴ U primeni ovog vaspitnog naloga u praksi su se javljali problemi kako odrediti izbor ovih organizacija na lokalnom nivou i kako ih animirati da pristanu na primenu vaspitnih naloga. Stoga se kao jedno od rešenja u praksi iskristalisalo mišljenje prema kome na zahtev javnog tužioca ili suda za maloletnike organ starateljstva treba da sprovede anketu na lokalnom nivou te da napravi izbor od zainteresovanih ustanova i organizacija državnog (javnog) i civilnog sektora koje bi se uključile u društveno koristan projekat prevencije maloletničke delinkvencije, da sa njima sačini pismene sporazume sa vrstom i sadržinom određenih poslova i aktivnosti te da ovaj spisak ustanova i organizacija kao i zaključene sporazume dostave organima maloletničkog krivičnog pravosuđa koje bi u svakom konkretnom slučaju birali onu ustanovu i vrstu i prirodu poslova i aktivnosti maloletnika za koje se smatra da bi se najpovoljnije ostvarila svrha konkretnog vaspitnog naloga (D. Obradović, Krivičnopravne odredbe o maloletnicima i dosadašnja iskustva u njihovoj primeni, op.cit. str.256)

⁶⁵ Z. Ilić, G. Jovanić, Rekonceptualizacija maloletničkog pravosuđa i transformacija institucija za tretman mladih u Srbiji – dostignuća i zablude, Zbornik radova, Novo krivično zakonodavstvo : dileme i problemi u teoriji i praksi, Beograd, 2006. godine, str. 497-505

⁶⁶ Lj. Žakman Ban, Mogućnosti probativnog pristupa u okviru alternativnih sankcija u Hrvatskoj, Kriminologija i socijalna integracija, Zagreb, broj 1/1994. godine, str. 77-96; M. Kostić, Uticaj mera neformalne društvene kontrole na neprilagođeno ponašanje dece, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, broj 40-41/2001. godine, str. 153-169

⁶⁷ J. Hrnčić, D. Vujačić, T. Džamonja Ignjatović, V. Despotović Stanarević, Primena medijacije između žrtve i maloletnog prestupnika u Srbiji, Zbornik radova, Novo krivično zakonodavstvo : dileme i problemi u teoriji i praksi, Beograd, 2006. godine, str. 535-543

realizaciju pojedinih vaspitnih naloga, b) promene položaja oštećenog od pasivne žrtve krivičnog dela i "nemog posmatrača" krivičnog postupka koji sada preuzima aktivniju ulogu u smislu davanja svoga pristanka za izricanje odnosno praćenja toka izvršenja pojedinih vaspitnih naloga i v) primarni cilj postupanja prema maloletniku predstavlja popravljavanje štete nanete žrtvi i reintegracija učinioca krivičnog dela umesto njegovog otuđenja i izolacije iz društva.

VI ZAKLJUČAK

Zakružujući reformu kaznenog prava krajem 2005. godine, Republika Srbija je sledila tendencije savremene kriminalne politike drugih razvijenih evropskih zemalja (Francuska, Nemačka, Hrvatska, Makedonija), odnosno utvrđene međunarodne standarde, pa je na specifičan način odredila krivičnopravni status maloletnika⁶⁸.

Ta specifičnost se ogleda u više pravaca : 1) donet je Lex specialis - poseban Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica čime su maloletnici u svom krivičnopravnom položaju u potpunosti odvojeni od statusa punoletnih lica kao učinilaca krivičnih dela, 2) određena je posebna nadležnost okružnih sudova za postupanje u krivičnim predmetima maloletnih učinilaca krivičnih dela, 3) predviđena je obavezna specijalizacija lica koja u organima krivičnog pravosudja učestvuju u krivičnom postupku prema maloletnim učiniocima krivičnih dela (uz prethodnu obuku i izdavanje "sertifikata") i 4) pored krivičnih sankcija zakon je prema maloletnim učiniocima krivičnih dela predvideo mogućnost izricanja posebnih mera sui generis - vaspitnih naloga (uputstava ili preporuka) – kao sredstava kojima se izbegava pokretanje ili vođenje krivičnog postupka.

Na taj način su sve odredbe materijalnog, procesnog i izvršnog karaktera u odnosu na maloletnike kao učinioce krivičnih dela izdvojene u posebnu celinu koja se uslovno može nazvati "maloletničko krivično pravo". Ovakvo rešenje svakako predstavlja kvalitetni pomak u zakonskoj regulativi prema maloletnim učiniocima krivičnih dela, odnosno maloletnim licima kao oštećenima (žrtvama krivičnih dela). Ono što predstavlja posebnu novinu u inaugurisanom krivičnopravnom položaju maloletnika u Republici Srbiji svakako je uvođenje niza posebnih mera – vaspitnih naloga (koje poznaje niz uporednih krivičnopravnih sistema) koje treba da pojačaju diverzioni karakter novog sistema maloletničkog krivičnog prava sa posebnim naglaskom na njegov preventivni i vaspitno-pedagoški karakter.

⁶⁸ D. Jovašević, New juvenile criminal law in Republic of Serbia, Free Law Journal, Budapest, No. 3/2006. pp. 181-198

Dragan Jovašević, LL.D,

Professor, Faculty of Law, University of Niš

THE APPLICATION OF INTERNATIONAL STANDARDS OF JUVENILE RIGHTS' PROTECTION IN THE NEW SERBIAN CRIMINAL LAW

Summary

The new Serbian Act on Juvenile Offenders and Criminal Protection of Minors, enforced on 1st January 2006, comprises a comprehensive body of legal provisions on the substantive, procedural and executive aspects of juvenile criminal law. The specific characteristics in regulating this issue may be summarized as follows: 1) the legislator has adopted a *lex specialis*, a separate Act on Juvenile Offenders and Criminal Protection of Minors, which makes the position of juvenile offenders completely distinct and separate from the status of adult criminal offenders; 2) the district (county) courts have been given authority to decide on cases concerning juvenile criminal offenders; 3) the Act has envisaged an obligation of persons involved in the juvenile criminal justice system to specialize in this area (i.e. have a prior training and obtain a relevant "certificate"); and 4) in addition to criminal sanctions, the Act has envisaged the possibility of awarding special *sui generis* deterring measures (*la diversion*) – including correctional and educational orders (such as guidelines or recommendations) in order to preclude the criminal prosecution and instigation of a criminal proceeding.

The juvenile criminal legislation includes a number of new legislative solutions. First, a juvenile is, principally, exempt from the investigation and inquiry proceeding on determining the culpability of the juvenile offender. Second, the correctional and educational orders have a priority over other criminal sanctions applicable to juvenile offenders, except in case when a juvenile offender has been convicted to imprisonment in a juvenile penal institution. Exceptionally, only an older minor may be sentenced to a punishment of imprisonment in a juvenile penal institution under the following conditions: if the committed crime is subject to the prescribed statutory punishment of over five years' imprisonment; if the juvenile offender is sufficiently mentally mature to understand the nature and gravity of the committed crime and to control his demeanour; and if the consequences of the committed crime are so serious and the established degree of guilt so prominent that the application of correctional and educational measures will not be justified. Third, in the criminal procedure involving juveniles, the prosecution and the judiciary have a wide range of authorities in terms of

initiating, conducting and terminating the proceeding. These authorities include the discretionary right of the juvenile prosecutor to terminate the prosecution regardless of what kind of crime has been committed if it is considered useful in terms of a further education and reeducation of the juvenile delinquent. The principle of utility has priority over the principle of objectiveness. The court authorities include not only a wide scale of optional legal instruments and provisional measures but also the possibility to substitute the already delivered verdict with some other more convenient provisional measure, as required by a specific situation. Fourth, in the juridical system of the Republic of Serbia there are special bodies of authority which have jurisdiction to combat juvenile crime, such as: special departments for juvenile delinquency in internal affairs agencies, a prosecuting attorney for juveniles, and a special juvenile court, i.e. a juvenile council that supervises the entire criminal proceeding against any juvenile delinquent. The juvenile court includes a panel of lay judges whose competences and personal qualities may exert some influence on the juvenile delinquent. Social services have a special role in the process.

The comprehensive body of substantive, procedural and executive provisions certainly represents a qualitative development in the statutory legislation on the juvenile criminal law, including both the position of juvenile criminal offenders and juveniles as victims of criminal offences. A significant novelty in the Serbian criminal law is certainly the introduction of a series of special, alternative measures – correctional and educational orders (generally recognized in a number of comparative criminal law systems) which are supposed to reinforce the deterring character of the new system of juvenile criminal law with special emphasis on application of preventive, correctional and educational measures in the treatment of juvenile offenders.

Dr Saša Knežević,

profesor Pravnog fakulteta u Nišu

MEĐUNARODNOPRAVNE GARANCIJE PRAVA NA ODŠTETU ZBOG GREŠKE SUDA ¹

UDK: 347.53:343.211.4

Apstrakt

Pokretanjem krivičnog postupka aktivira se mehanizam krivičnopravne zaštite društvenih vrednosti, što za posledicu ima ograničavanje elementarnih ljudskih prava okrivljenog. Da bi odluka doneta u krivičnom postupku imala legitimitet, potrebno je da se okrivljenom pruži mogućnost da artikulise svoj stav o krivičnoj stvari. Stoga se pred zakonodavcem postavlja zadatak da uravnoteži zahtev države za kažnjavanje okrivljenog sa pravima i slobodama lica prema kome je uperena oštrica krivične represije. U tom kontekstu, potrebno je da se stvori optimalni insitucionalni ambijent za oživotvorenje ovih dvaju, u biti, oprečnih tendencija. Odluka kojom se ograničavaju osnovna prava i slobode okrivljenog može biti samo rezultat argumentovanog sučeljavanja stavova okrivljenog i tužioca pred nezavisnim državnim organom-krivičnim sudom, pred kojim su realizovani postulati zakonitosti i pravičnosti. U tome se ogleda i smisao prava na pravično suđenje, sadržanog u međunarodnopravnim dokumentima iz oblasti zaštite prava čoveka i u najvišim pravnim aktima država zasnovanih na vladavini prava. Pravičnost suđenja podrazumeva i postojanje prava žrtava nepravičnog postupka da od države traže naknadu štete. Ona se smatra narušenim ako je učinjen ozbiljan propust u sudskom postupku koji je bio na štetu osuđenog. Ovo pravo okrivljenog obuhvata prava po osnovu neosnovane osude i zbog neosnovano primenjene procesne prinude. Kao takvo, predviđeno je najznačajnim međunarodnopravnim dokumentima iz oblasti zaštite ljudskih prava.

Ključne reči: pravo na odštetu zbog greške suda, krivični sud, neosnovana osuda, pravično suđenje, međunarodnopravni dokumenti

I UVODNE NAPOMENE

Pravnosnažnost osuđujuće presude ne podrazumeva da je u krivičnom postupku postignuta apsolutna istina u pogledu osnovanosti krivice osuđenog, jer u postupku iniciranom vanrednim pravnim lekovima osuđujuća presuda može biti

¹ Članak je sačinjen u okviru Projekta "Pristup pravosuđu-instrumenti za implementaciju evropskih standarda u pravni sistem Republike Srbije ", br. 149043 D, koji finansira Ministarstvo nauke i zaštite životne sredine Republike Srbije (2006-2010).

stavljena van snage. Neosnovano upotrebljeni državni represivni aparat prouzrokuje teške posledice po lice prema kome je upotrebljen. Gubitak osnovnih ljudskih prava i sloboda, ali i stigmatizirajući efekti neosnovano primenjene represije, činjenice su koje nužno nameću potrebu utvrđivanja odgovornosti za nepravilno ili nezakonito postupanje organa krivičnog postupka.

Nesumnjivo je da država zasnovana na vladavini prava mora preuzeti teret odgovornosti za nezakonito i nepravilno postupanje svojih organa. Predviđajući ovlašćenja državnih organa za realizaciju krivičnopravne zaštite društva, država je na sebe preuzela rizik od posledica njihovog delovanja. Moć države da reaguje prema nosiocima ponašanja koja, po uverenju državnih organa, predstavljaju narušavanje pravnog poretka u vidu vršenja krivičnih dela, mora biti u korelaciji sa odgovornošću države za nezakonite i nepravilne akte organa koji postupaju u njeno ime. Na taj način, država vrši socijalizaciju odgovornosti za propuste i nezakonitosti organa krivičnog postupka i nužno stiče pasivnu procesnu legitimaciju u postupku obeštećenja lica čija su prava i slobode neosnovano oduzeta ili ograničena.

Odgovornost države za neosnovanu osudu ne zavisi od činjenice da li su prava i slobode okrivljenog suspendovane usled greške, zloupotrebe ili umišljajnog nezakonitog ili nepravilnog postupanja organa krivičnog postupka. Ustanovljena neutemeljenost odluka koje su neosnovano pogodile ljudska prava i slobode okrivljenog, dovoljan je razlog za pokretanje odgovornosti države zbog postupanja lica u njenoj službi. Koncentracija moći u rukama državnih organa mora biti praćena objektivizacijom odgovornosti države za njihovo postupanje.

Opšti princip građanskog prava (svako ko učini štetu, dužan je i da je nadoknadi), javni interes da pravni poredak zakonito funkcioniše, ali i sve snažnije artikulisana težnja za zaštitom ljudskih prava (svakako i u krivičnom postupku kao ambijentalnom okviru pogodnom za njihovo narušavanje), razlozi su koji nalažu obavezu države da propiše mehanizme za materijalnu i moralnu satisfakciju lica neosnovano podvrgnutih represiji.

Neosnovano osuđena lica imaju pravo na obeštećenje od države, ali i na anuliranje svih pratećih posledica stigmatizacije nanete im ovim neosnovano primenjenim merama. Društvena rehabilitacija lica neosnovano osuđenih predstavlja postupak materijalne kompenzacije za učinjenu im štetu, kao i postupak anuliranja stigmatizirajućih efekata neosnovanog posezanja države za represijom, uz povraćaj svih prava izgubljenih na osnovu osude. Država mora preuzeti materijalnu odgovornost za propuste organa krivičnog postupka, ali i dati publicitet merama koje je neosnovano primenila, kako bi neosnovano osuđena lica povratila povređen im moralni integritet. Pored toga, potrebno je izvršiti i restituciju prava izgubljenih neosnovanom osudom. Samo kumulativnom primenom svih navedenih mera, ostvariće se sveobuhvatna društvena rehabilitacija ovih lica.

II PRAVO NA ODŠTETU ZBOG GREŠKE SUDA U MEĐUNARODNOPRAVNIM DOKUMENTIMA O ZAŠTITI LJUDSKIH PRAVA

Makar i letimičan pogled na kataloge ljudskih prava sadržanih u najznačajnijim međunarodnopravnim dokumentima iz oblasti zaštite elementarnih ljudskih prava i sloboda dovoljan je da se uoči široka lepeza prava lica prema kojima je upren instrumentarijum krivične represije. Najznačajniji međunarodnopravni dokumenti univerzalnog i regionalnog karaktera sadrže asortiman prava lica prema kojima je pokrenut krivični postupak ili su, pak, prema njima primenjene mere procesne prinude u postupku stvaranja uslova za pokretanje formalnog krivičnog postupka.

Značajno mesto zaštitnih mehanizama prava okrivljenih i osumnjičenih u međunarodnopravnim aktima rezultat je činjenice da krivični postupak predstavlja ambijentalni okvir u kome se ostvaruje činjenična rekonstrukcija i pravno oformljenje krivičnog događaja, uz nužnu suspenziju osnovnih ljudskih prava ovih lica. Krivični postupak predstavlja "seizmograf ostvarivanja ljudskih prava i sloboda"(Claus Roxin), pa, stoga, zakonski milje u kome se odlučuje o osnovanosti krivičnog zahteva za kažnjavanje okrivljenog umnogome utiče na ostvarivanje osnovnih postulata sadržanom u aktima međunarodnopravnog karaktera.

Najznačajniji međunarodnopravni dokumenti o zaštiti ljudskih prava predviđaju *pravo na odštetu zbog greške suda*, odnosno pravo na naknadu štete zbog *odsustva pravde u postupku*. Iz ovih akata proizlazi da država mora obešteti lica koja su neosnovano osuđena.

Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima predviđa se da "Kada se ukine krivična presuda ili kada je lice pomilovano zbog toga što nove ili novootkrivene činjenice ukazuju na odsustvo pravde u postupku, lice koje je kažnjeno na osnovu te presude biće obeštećeno u skladu sa zakonom, osim ako se ne dokaže da se neblagovremeno otkrivanje činjenica u celini ili delimično ima njemu pripisati" - čl. 14 (6).

Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama u izvornom tekstu iz 1950. godine ne predviđa ovo pravo. Pravo na naknadu za pogrešnu osudu postalo je deo kataloga ljudskih prava sadržanog u ovoj Konvenciji tek Protokolom br. 7 (usvojenog u Strazburu 22. 11. 1984. godine). Odredbom čl. 3. ovoga Protokola propisano je pravo neosnovano osuđenih lica na naknadu štete, osim u slučaju da se dokaže da je osuđeni u potpunosti ili delimično odgovoran za okolnost da činjenica koja ukazuje na sudsku grešku nije blagovremeno otkrivena i istaknuta u krivičnom postupku.

Pravo na obeštećenje zbog odsustva pravde u postupku predviđa se i *Američkom konvencijom* (čl. 10), kao i *Rimskim statutom Međunarodnog krivičnog suda* (čl. 75).

Interesantno je napomenuti da Statut ad hoc Tribunala za bivšu Jugoslaviju ne predviđa pravo na obeštećenje zbog neosnovane osude.

Analizom odredaba o naknadi štete zbog greške suda (odsustva pravde u postupku) sadržanih u najznačajnijim međunarodnopravnim dokumentima može se zaključiti da procesnu legitimaciju za iniciranje postupka obeštećenja zbog neosnovane osude imaju lica: a) osuđena konačnom osudom za krivična dela (uključujući i lakša dela)-konačnom se smatra osuda koja se ne može više preispitivati pravnim lekovima; b) lica kažnjena zatvorskom ili nekom drugom kaznom; v) lica koja su na osnovu novih ili novootkrivenih činjenica pomilovana ili im je presuda preinačena, čime je dokazano odsustvo pravde u postupku, pod uslovom da se neblagovremeno otkrivanje činjenica ne može pripisati optuženom.² Pored toga, iz Obrazloženja Protokola br. 7. uz Evropsku konvenciju proizlazi da pravo na obeštećenje nemaju lica protiv kojih je optužba odbačena, ili su oslobođena u prvostepenom odnosno žalbenom postupku.

Potrebno je napomenuti da u praksi Evropskog suda još uvek nije bilo razmatranja slučajeva povrede prava predviđenog čl. 3. Protokola br. 7. uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima i osnovnim slobodama.

III PRAVO NA NAKNADU ŠTETE ZA NEOSNOVANU OSUDU U PRAVNOM SISTEMU SRBIJE

Pravo na naknadu štete i rehabilitaciju neosnovano osuđenih lica je i ustavno pravo. Ono je proklamovano odredbom čl. 35. st. 1. Ustava Republike Srbije. Pored toga, zakonodavac je već u čl. 1. Zakonika o krivičnom postupku precizirao da "niko nevin ne bude osuđen." Da bi se realizovala ova intencija ustavotvorca i zakonodavca, potrebno je arhitekturu krivičnog postupka izgraditi tako da lice koje se tereti za izvršenje krivičnog dela ne može biti osuđeno dok uverenje o njegovoj krivici ne evoluiru do najvišeg stepena - istine. U suprotnom, ako je osuda nedovoljno činjenično utemeljena, ljudska prava okrivljenog će biti drastično povređena.

Pravnosnažna osuđujuća presuda može biti rezultat grešaka i nezakonitosti u radu suda, nedozvoljenog postupanja ostalih krivičnoprocesnih subjekata, ali i okolnosti proizašlih iz nesavršenosti dokaznih sredstava, putem kojih se utvrđuju odlučne činjenice koje predstavljaju osnov sudskih odluka. Pravni put za anuliranje nezakonite i nepravilne presude je podnošenje vanrednih pravnih lekova, kojima se preispituje činjenična i pravna utemeljenost pravnosnažne presude. Ukoliko se u postupku iniciranom vanrednim pravnim lekovima ukine nezakonita pravnosnažna presuda kojom je naneta šteta osuđenom, to

² Vidi: D. J. Haris, M. O' Boyle, C. Warbick, Law of the European Convention on Human Rights, 1995, p. 586..

predstavlja samo prvi korak ka ponovnom uspostavljanju zakonitosti. Ponovno uspostavljanje zakonitosti i načelo pravičnosti nalažu postojanje mogućnosti za ostvarivanje materijalne i moralne reparacije lica koje je neosnovano osuđeno. Društvena reakcija u vidu vođenja krivičnog postupka i krivične osude pokazala se neosnovanom, jer je represivni aparat upravljen prema licu koje nije učinilac krivičnog dela. Cena kojom je plaćena neosnovana osuda, koja se ogleda u oduzimanju ljudskih prava nevino osuđenom licu, gubitku sredstava za egzistenciju, ali i stigmatizirajućim efektima neosnovane osude, suviše je visoka da bi se sve završilo ukidanjem nezakonite presude. Država mora obeštiti lice koje je neosnovano osuđeno, pružajući mu zakonski put naknade imovinske i neimovinske štete, ali i moralne satisfakcije po osnovu rehabilitacije.

Ispunjenost uslova za naknadu štete neosnovano osuđenim licima se u pojedinim zakonodavstvima prepušta oceni suda (npr. u francuskom pravu), dok druga zakonodavstva izričito predviđaju kriterijume za kvalifikovanje osude neosnovanom (u tu grupu zakonodavstava spada i naše). Najzad, postoji i takav pristup zakonskom regulisanju uslova za naknadu štete neosnovano osuđenim licima, po kojem se predviđaju uslovi za naknadu štete, uz dodatnu obavezu suda da utvrdi nevinost osuđenog, ili da, makar, obesnaži sumnju u njegovu krivicu (pravo Nemačke i Austrije).

Kvalifikovanje neke osude kao neosnovane izaziva teškoće pri zakonskom koncipiranju prava na naknadu štete neosnovano osuđenih lica, ali i pri teorijskom opravdanju ovog prava. Naime, neosnovanost osude ne proističe iz proglašenja da je prvobitno osuđeno lice nevino, već iz objektivne činjenice da je anulirana prvobitno doneta osuđujuća presuda. Odluke donete u postupku iniciranom vanrednim pravnim lekom imaju snagu izvršnog naslova za pokretanje postupka naknade štete licima neosnovano osuđenim. Zbog toga nastaju nedoumice oko teorijskog opravdanja prava na naknadu štete u slučaju obustave krivičnog postupka iniciranog vanrednim pravnim lekom iz nekih procesnih razloga ili u slučaju anuliranja prvobitne osuđujuće presude presudom kojom se optužba odbija.

Imajući u vidu navedeno, u ovom delu rada ćemo sagledati uslove za ostvarivanje prava na naknadu štete licima neosnovano osuđenim u našem pozitivnom pravu.

1. Uslovi za naknadu štete neosnovano osuđenim licima

Iz stilizacije čl. 556. Zakonika o krivičnom postupku jasno proizlazi da pravo na naknadu štete zbog neosnovane osude ima lice koje je, najpre, bilo oglašeno krivim, a kasnije je povodom vanrednog pravnog leka pravnosnažna osuda stavljena van snage donošenjem drugih vrsta presuda ili obustavom krivičnog postupka. Iako u ovoj zakonskoj odredbi nije izričito navedeno, obaveza države na naknadu štete nastaje ako je šteta pričinjena prvobitno osuđenom licu i ako postoji uzročna veza između neosnovane osude i nastale štete. Pravo na naknadu štete neosnovano osuđenim licima postoji samo ako je neosnovanom osudom

prouzrokovana šteta. Postojanje štete se utvrđuje po opštim pravilima građanskog (obligacionog) prava. Pored toga, potrebno je da ne postoje tzv. negativne pretpostavke za realizaciju prava na naknadu štete zbog neosnovane osude, predviđene odredbom čl. 556. st. 1. tač. 1-2. i odredbom čl. 556. st. 2. Zakonika o krivičnom postupku. Reč je o okolnostima čije postojanje isključuje pravo na naknadu štete neosnovano osuđenim licima iako su se stekli svi pozitivni uslovi (pretpostavke) za sticanje ovog prava.

2. Pozitivne pretpostavke (uslovi) za naknadu štete neosnovano osuđenim licima

Da bi postojalo pravo na naknadu štete, potrebno je da okrivljeni pravnosnažnom presudom bude oglašen krivim, a da, potom, u postupku povodom vanrednog pravog leka pravnosnažna osuđujuća presuda bude stavljena van snage.

2.1. Prvobitna pravnosnažna osuđujuća presuda kao uslov za naknadu štete neosnovano osuđenim licima

Ostvarenje prava na naknadu štete zbog neosnovane osude pretpostavlja da okrivljeni, najpre, bude pravnosnažno oglašen krivim, pri čemu je irelevantno da li izrečena krivična sankcija ili je, pak, oslobođen od kazne. Znači, zakonodavac ne pravi razliku u pogledu prava na naknadu štete s obzirom na vrstu i meru izrečene krivične sankcije.

Izostanak uslovljavanja prava na naknadu štete vrstom i merom krivične sankcije nije opšteprihvaćen stav u uporednom pravu. Tako, pojedina zakonodavstva ograničavaju pravo na naknadu štete licima neosnovano osuđenim s obzirom na vrstu izrečene krivične sankcije. Pritom se pravo na naknadu štete zbog neosnovane osude svodi samo na slučajeve prvobitno izrečene kazne (situacija u nemačkom i austrijskom pravu). Pojedina zakonodavstva priznaju pravo na naknadu štete zbog prvobitne osude kojom su izrečene kazne ili mere bezbednosti (italijansko pravo). Međutim, ponekad se pravo na naknadu štete zbog neosnovane osude stiče samo za slučaj izricanja pojedinih mera bezbednosti (najčešće prinudne hospitalizacije - situacija u mađarskom pravu).³

Polazeći od različitog pristupa pojedinih zakonodavstava u pogledu naknade štete zbog neosnovane osude koja je rezultirala izricanjem drugih krivičnih sankcija (sem kazne), smatramo da je potrebno teorijski opravdati nužnost postojanja obaveze države na naknadu štete nezavisno od vrste neosnovano izrečene krivične sankcije.

³ Vidi: Dr Momčilo Grubač, op. cit. str. 31.

Pravo na naknadu štete zbog neosnovane osude kojom su izrečene mere bezbednosti izaziva najmanje nedoumica u teoriji krivičnog procesnog prava. Mere bezbednosti su krivične sankcije kojima se društvene vrednosti štite lečenjem učinioca krivičnih dela (mere medicinskog karaktera), zabranom vršenja određenih delatnosti, kao i oduzimanjem određenih predmeta. S obzirom na karakter mera bezbednosti, ne vidi se razlog za nepriznavanje prava na naknadu štete u slučaju neosnovanog izricanja ove vrste krivičnih sankcija. Potencijalne štete od neosnovano primenjenih mera bezbednosti nisu ništa manje od šteta nastalih neosnovano izrečenim kaznama. To se naročito odnosi na prinudnu hospitalizaciju određenu merama bezbednosti medicinskog karaktera. S druge strane, pokušaćemo da proniknemo u motive pojedinih zakonodavaca da priznaju pravo na naknadu štete samo za slučaj neosnovanog izricanja mere bezbednosti koja se sastoji u prinudnoj hospitalizaciji učinioca krivičnog dela. Suština prinudne hospitalizacije izrečene merom bezbednosti medicinskog karaktera jeste u ograničenju slobode kretanja učinioca krivičnog dela (a na toj osnovi i drugih sloboda i prava), i po tome lica prema kojima je izrečena ova mera bezbednosti trpi slična ograničenja kao u slučaju izricanja kazni. Stoga, ne vidi se razlog za nepriznavanje prava na naknadu štete u situacijama neosnovanog izricanja ove mere bezbednosti. Međutim, postavlja se pitanje zašto se pravo na naknadu štete uskraćuje za neosnovano izricanje ostalih mera bezbednosti, prevashodno onih koje se sastoje u zabrani vršenja određenih delatnosti. Naime, zabranom vršenja pojedinih delatnosti se nanosi materijalna šteta (gube se određeni prihodi od delatnosti), ali i nematerijalna šteta licu prema kome je izrečena (npr. umetnik se isključuje iz javnog života, čime se narušava njegov ugled i popularnost), te stoga nema razloga za uskraćivanje prava na reparaciju štete izazvane neosnovanim izricanjem ovih mera bezbednosti. Pritom, čini se nedovoljnom naknada štete nastale neosnovanim izricanjem ovih vrsta mera bezbednosti koja je dosuđena po opštim pravilima za naknadu štete (što je verovatno razlog nepriznavanja prava na naknadu štete po osnovu neosnovane osude), jer je u ovom slučaju šteta rezultat krivične osude, a ne posledica nastalog obligacionopravnog odnosa između države (kao štetnika) i lica kome je određena mera bezbednosti.

Iz izloženog proizlazi da pravo na naknadu štete, ali i na potpunu društvenu rehabilitaciju, neosnovano osuđenih lica ne treba da se uslovljava vrstom i merom izrečene krivične sankcije.

2.2. Epilog postupka iniciranog vanrednim pravnim lekom kao uslov za naknadu štete neosnovano osuđenim licima

Da bi pravnosnažno osuđeni stekao procesnu legitimaciju za pokretanje postupka za naknadu štete zbog neosnovane osude, potrebno je da se u postupku iniciranom vanrednim pravnim lekom anulira prvobitno doneta pravnosnažna osuđujuća presuda. Preciznije rečeno, postupak povodom vanrednog pravnog leka treba da se okonča donošenjem oslobađajuće presude, presude kojom se

optužba odbija ili obustavom postupka iniciranog vanrednim pravnim lekom. Prvobitno doneta osuđujuća presuda može biti anulirana u postupku vođenom povodom zahteva za ponavljanje krivičnog postupka, zahteva za zaštitu zakonitosti i postupku iniciranom zahtevom za ispitivanje zakonitosti pravnosnažne presude. Pošto epilog postupka iniciranog zahtevom za vanredno ublažavanje kazne ne može biti oslobođenje od optužbe, odbijanje optužbe ili obustava krivičnog postupka, već samo oslobođenje od kazne, ovim vanrednim pravnim lekom se ne može anulirati pravnosnažna osuđujuća presuda. Zbog toga epilog postupka iniciranog zahtevom za vanrednim ublažavanjem kazne ne može dovesti do sticanja procesne legitimacije za pokretanje postupka za naknadu štete zbog neosnovane osude.

Pravnosnažna osuđujuća presuda može se obesnažiti i presudom kojom se optužba odbija, donetom u postupku povodom vanrednog pravnog leka. Načelno, naš zakonodavac priznaje presudi kojom se optužba odbija, donetoj u postupku po vanrednom pravnom leku, karakter uslova (pretpostavke) na osnovu koga se stiče pravo na pokretanje postupka za naknadu štete zbog neosnovane osude. Izuzetno, u slučajevima postojanja negativnih pretpostavki za realizaciju prava na naknadu štete zbog neosnovane osude, sadržanih u čl. 556. st. 1. t. 1.i 3, ne postoji mogućnost da se na osnovu presude kojom se optužba odbija stekne pravo na pokretanje postupka naknade štete zbog neosnovane osude

Za razliku od nekih zakonodavstava, naš Zakonik o krivičnom postupku pruža široke mogućnosti za ostvarivanje prava na naknadu štete zbog neosnovane osude u slučajevima anuliranja osuđujuće presude pravnosnažnom obustavom krivičnog postupka ili pravnosnažnom presudom kojom se optužba odbija. Druga zakonodavstva restriktivnije pristupaju pitanju prava na naknadu štete zbog neosnovane osude. Na primer, mađarsko zakonodavstvo predviđa mogućnost naknade štete samo ako je u postupku iniciranom vanrednim pravnim lekom doneta oslobađajuća presuda,⁴ dok nemačko i austrijsko zakonodavstvo tu mogućnost dozvoljavaju u slučajevima donošenja oslobađajuće presude i obustave krivičnog postupka, ali uz dodatni uslov da je krivična odgovornost okrivljenog u potpunosti obesnažena. To znači da ako je u u postupku povodom vanrednog pravnog leka doneta oslobađajuća presuda usled nedostatka dokaza, ne postoji pravo na naknadu štete zbog neosnovane osude.⁵ Ovako restriktivan pristup ostvarivanju prava po osnovu anulirane osude je u koliziji sa samom prirodom savremenog krivičnog postupka, jer neuspeh tužioca da dokaže krivicu okrivljenog (u konkretnom slučaju da održi uverenje suda u opravdanost prvobitne osude) može rezultirati uskraćivanjem prava okrivljenom. Neuspeh krivičnopravnog zahteva za kažnjavanjem ne može sprečiti ostvarivanje

⁴ dr Momčilo Grubač, naknada., op. cit. str.31.

⁵ Herman Roeder, Lehrbruch des Osterreichischen Strafverfahrensrechte, Wien, 1963, S. 129.

prava okrivljenog, bez obzira na razlog zbog kojeg nije opstala prvobitna pravnosnažno utvrđena osuda. Tužilac nije uspeo da u postupku povodom vanrednog pravnog leka odbrani činjeničnu utemeljenost osude iz prvobitne osuđujuće presude te, stoga, okrivljeni ne treba da snosi posledice zakonom predviđenog tereta dokazivanja.

Najmanje je nedoumica oko prava na naknadu štete zbog neosnovane osude kada se prvobitno doneta osuđujuća presuda stavi van snage oslobađajućom presudom donetom u postupku povodom vanrednog pravnog leka. Znači, nesporno je da se pravo na naknadu štete stiče kad je pravnosnažno osuđujuća presuda u postupku povodom vanrednog pravnog leka stavlja van snage oslobađanjem okrivljenog od optužbe.

2.3. Blaža kazna i blaža kvalifikacija i pravo na naknadu štete

Prava po osnovu neosnovane osude se stiču ukoliko prvobitna pravnosnažno osuđujuća presuda nije opstala u postupku po vanrednim pravnim lekovima. Međutim, postavlja se pitanje, da li se pod neosnovanom osudom može smatrati osuda na blažu kaznu (npr. novčana kazna umesto kazne zatvora ili oglašavanje krivim uz oslobađanje od kazne u presudi donetoj po vanrednom pravnom leku). Za razliku od nekih zakonodavstava (npr. nemačko, mađarsko), prema našem Zakoniku o krivičnom postupku u ovim situacijama nije moguće ostvarenje prava po osnovu neosnovane osude. Prema našem pozitivnom pravu, osuda je neosnovana ako je u postupku po vanrednom pravnom leku anulirana pravnosnažno osuđujuća presuda. No, oslobođenje od kazne ili blaža kazna izrečena u presudi donetoj po vanrednom pravnom leku (naravno, ne po zahtevu za vanredno ublažavanje kazne) ne mogu biti osnov za naknadu štete zbog neosnovane osude. Međutim, oslobođenje od kazne ili blaža kazna mogu biti osnov za naknadu štete zbog neosnovanog lišenja slobode, pod uslovima iz čl. 556. st. 1. tač. 2. Zakonika o krivičnom postupku.

Neosnovanom osudom se ne smatra ni ponovna osuda u postupku iniciranom vanrednim pravnim lekom, ali sa blažom pravnom kvalifikacijom krivičnog dela. Međutim, u ovoj situaciji okrivljeni ima pravo na moralnu reparaciju (moralnu komponentu društvene rehabilitacije), predviđenu čl. 561. st. 1. t. 1. i 3. Zakonika o krivičnom postupku. Dakle, neadekvatna pravna kvalifikacija krivičnog dela sadržana u prvobitnoj osuđujućoj presudi ako vređa ugled okrivljenog, može rezultirati javnom obznanom njene promene u presudi donetoj u postupku po vanrednom pravnom leku.⁶

⁶ Vidi situaciju u austrijskom pravu, Roeder, Lehrbuchdes Osterreichischen Strafverfahrensrechte, Wien, 1963, str. 355.

3. Osnovi isključenja prava na naknadu štete zbog neosnovane osude (negativne pretpostavke)

Anuliranjem prvobitno donete osuđujuće presude u postupku povodom vanrednog pravog leka, pokazalo se da je osuda neosnovana i, sledstveno tome, lice neosnovano osuđeno stiče pravo na punu društvenu rehabilitaciju. Međutim, u slučaju postojanja zakonom predviđenih okolnosti objektivnog ili, pak, subjektivnog karaktera (odnose se na ponašanje okrivljenog), isključuje se odgovornost države zbog neosnovane osude. Zbog tih okolnosti, i pored postojanja uslova za ostvarivanje prava na naknadu štete, ovo pravo se ne može realizovati. Okolnosti koje isključuju ostvarivanje prava na naknadu štete zbog neosnovane osude predviđene su čl. 556. Zakonika o krivičnom postupku (tzv. negativne pretpostavke). Prema navedenoj odredbi, pravo na naknadu štete zbog neosnovane osude ne postoji:

a) ako je do obustave krivičnog postupka ili do donošenja presude kojom se optužba odbija došlo zbog toga što je u novom postupku oštećeni kao supsidijarni tužilac ili privatni tužilac odustao od krivičnog gonjenja, a do odustanka je došlo na osnovu sporazuma sa okrivljenim;

b) ako je u postupku po vanrednom pravnom leku doneto rešenje kojom se optužba odbacuje zbog nenadležnosti suda, a ovlašćeni tužilac nije preuzeo krivično gonjenje pred nadležnim sudom;

v) ako je okrivljeni svojim lažnim priznanjem ili na drugi način namerno prouzrokovao sopstvenu osudu, osim ako je na to bio prinuđen.

3.1. Isključenje prava na naknadu štete zbog odustanka oštećenog kao tužioca ili privatnog tužioca od gonjenja na osnovu sporazuma sa okrivljenim

Shodno načelu mutabiliteta, ovlašćeni tužilac može odustati od optužbe u svim fazama krivičnog postupka, pa tako i u postupku po vanrednom pravnom leku. U skladu sa tom zakonskom mogućnošću, tužilac će svojim odustankom od optužbe izdejstvovati donošenje rešenja o obustavi krivičnog postupka. Pošto Zakonik o krivičnom postupku priznaje pravo na naknadu štete zbog neosnovane osude i u slučaju anuliranja pravnosnažne osuđujuće presude obustavom krivičnog postupka ili presudom kojom se optužba odbija u postupku iniciranom vanrednim pravnom lekom, sama činjenica odustanka ovlašćenog tužioca od optužbe ne ugrožava interes neosnovano osuđenog, a ni javni interes. Međutim, zakonodavac nastoji da spreči obustavu krivičnog postupka ili odbijanje optužbe u postupku povodom vanrednog pravog leka koji su rezultat sporazuma oštećenog kao supsidijarnog tužioca, odnosno privatnog tužioca i okrivljenog. Po prirodi stvari, sporazum javnog tužioca sa okrivljenim je isključen, jer je javni tužilac obavezan načelom legaliteta krivičnog gonjenja. Ako ipak javni tužilac,

zloupotrebljavajući svoja ovlašćenja, postigne sporazum sa okrivljenim, pravo na naknadu štete je isključeno.

Za razliku od zakonskog rešenja sadržanog u čl, 556. ZKP-a , prema Zakoniku o krivičnom postupku iz 1953. (sve do izmena iz 1970), nije postojala mogućnost dosuđivanja naknade štete zbog neosnovane osude ako je privatni tužilac svojim odustankom izdejstvovao donošenje presude kojom se optužba odbija. Loša strana ovakvog zakonskog rešenja se ogleda u činjenici da je privatni tužilac (ne i oštećeni kao supsidijarni tužilac) mogao, u slučaju procene da će doći do osobađajuće presude, svojim odustankom od optužbe da spreči oslobođenje okrivljenog od optužbe. Time bi se osujetilo sticanje procesne legitimacije za pokretanje postupka za naknadu štete zbog neosnovane osude. Uvidevši opasnost po prava okrivljenog koju sa sobom nosi prezentirano zakonsko rešenje, izmenom Zakonika o krivičnom postupku iz 1970. godine (a takva je situacija i de lege lata), zakonodavac načelno priznaje pravo na naknadu štete i u slučaju donošenja presude kojom se optužba odbija usled odustanka privatnog (kao i supsidijarnog) tužioca od optužbe, izuzev ako je do odustanka došlo na osnovu sporazuma tužioca sa okrivljenim. Međutim, interesantno je proniknuti u motiv zakonodavca da eliminiše mogućnost "sporazumnog" odustanka od daljeg krivičnog progona okrivljenog. Čini se da zakonodavac polazi od hipotetičke mogućnosti nagodbe okrivljenog i oštećenog kao privatnog, odnosno supsidijarnog tužioca, koja bi se sastojala u isplati određene novčane vrednosti tužiocu od strane okrivljenog, a zauzvrat, ovlašćeni tužilac bi odustao od krivičnog gonjenja. U tom slučaju, zadovoljeni tužilac ne bi imao ništa protiv da okrivljeni stekne pravo na naknadu štete iz budžetskih sredstava. Stoga je zakonodavac sankcionisao mogućnost nagodbe okrivljenog sa privatnim, odnosno supsidijarnim tužiocem, na napred opisani način.

Kritičkim sagledavanjem odredbe Zakonika o krivičnom postupku koja nastoji da eliminiše sticanje prava na naknadu štete zbog neosnovane osude u slučaju odustanka oštećenog kao supsidijarnog tužioca i privatnog tužioca na osnovu sporazuma sa okrivljenim, uočavamo neke sporne činjenice. Najpre, ne vidi se razlog apostrofiranja oštećenog u svojstvu supsidijarnog tužioca kao potencijalnog učesnika u ugrožavanju javnog interesa (sporazumom sa okrivljenim), jer bi u tom slučaju javni tužilac mogao (i morao) preuzeti gonjenje. S druge strane, postavlja se pitanje mogućnosti suda da sazna motive odustanka privatnog tužioca od optužbe. Privatni tužilac (kao ni ostali tužioci) nije obavezan da obrazloži odluku o odustanku od optužbe. Ta se namera može manifestovati i konkludentnom radnjom - nedolaskom na glavni pretres, iako je uredno pozvan. Pored toga, zakonodavac treba da sankcioniše "sporazumevanje" okrivljenog i tužioca pomoću prinude, pretnje i sile. U teoriji postoji i mišljenje da bi, zbog činjenice da osuda može biti neosnovana nezavisno od sporazuma tužioca sa okrivljenim, pravo na naknadu štete moglo biti ostvareno na osnovu samog Ustava, koji jemči pravo na naknadu štete neosnovano osuđenih lica. Polazni osnov ovog stava je da i okrivljeni koji nije kriv može pribeći sporazumu sa tužiocem, motivisan neizvesnošću konačnog epiloga krivičnog postupka. Da se u

toj situaciji sporazumom oštećenog kao supsidijarnog tužioca, odnosno privatnog tužioca sa okrivljenim ne bi osujetilo ostvarivanje prava na naknadu štete (koja, svakako, može nastupiti), potrebno je da oštećeni ostvari pravo na naknadu štete po osnovu Ustava!⁷

3.2. Isključenje prava na naknadu štete zbog nenadležnosti suda

Ukoliko se u postupku iniciranom vanrednim pravnim lekom ustanovi nenadležnost suda, epilog ponovljenog postupka će biti rešenje kojom se optužba odbacuje. Po redovnom sledu stvari, donošenje ove presude otvara put pokretanju postupka za naknadu štete i rehabilitaciju (moralnu reparaciju) lica neosnovano osuđenih. Međutim, zakonodavac je, imajući u vidu prirodu nenadležnosti kao procesne smetnje, isključio pravo na naknadu štete ako je u ponovljenom krivičnom postupku optužba odbačena zbog nenadležnosti (čl. 556. st. 1. tač. 2. ZKP). Dodatni uslov za isključenje prava na naknadu štete zbog neosnovane osude je da ovlašćeni tužilac, u roku od tri meseca po dobijanju rešenja kojom se optužba odbacuje zbog nenadležnosti, pokrene krivični postupak pred nadležnim sudom. Donošena presuda kojom se optužba odbacuje zbog nenadležnosti ne predstavlja procesnu legitimaciju za pokretanje postupka za naknadu štete zbog neosnovane osude. Time je samo stvorena provizorna procesna situacija, čije definitivno okončanje zavisi od ponašanja ovlašćenog tužioca. Ukoliko ovlašćeni tužilac u roku od tri meseca od odbacivanja optužbe ne pokrene krivični postupak pred nadležnim sudom, stekli su se uslovi za naknadu štete zbog neosnovane osude. Činjenica je da se i u ovoj procesnoj situaciji pravo na naknadu štete zbog neosnovane osude ne može steći na osnovu epiloga krivičnog postupka iniciranog vanrednim pravnim lekom. Međutim, motiv zakonodavca je jasan. Ne sme se dozvoliti da ostvarivanje prava po osnovu neosnovane osude zavisi od ovlašćenog tužioca, koji bi mogao osujetiti donošenje oslobađajuće presude u ponovljenom krivičnom postupku (ako je oslobađanje okrivljenog od optužbe u izgledu) na taj način što će pokrenuti postupak pred nenadležnim sudom, ili jednostavno nepokretanjem krivičnog postupka po odbacivanju optužbe zbog nenadležnosti. Stoga, zakonodavac zahteva aktivno ponašanje ovlašćenog tužioca (pokretanje postupka pred nadležnim sudom u roku od tri meseca) ako želi da obori zakonsku prezumpciju o neosnovanosti osude okrivljenog po donošenju presude kojom se optužba odbija zbog nenadležnosti.

Odbacivanje optužbe zbog nenadležnosti ima karakter negativne pretpostavke za ostvarivanje prava na naknadu štete zbog neosnovane osude samo ukoliko ovlašćeni tužilac, u tom slučaju, inicira krivični postupak pred nadležnim sudom. Znači, pokretanje postupka pred nadležnim sudom u roku od tri meseca od

⁷ Stojan Cigoj, Intervencija državnog organa u ličnu slobodu, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, Beograd, 1978, str. 530.

donošenja presude kojom se optužba odbacuje, dovodi do vezivanja prava na naknadu štete zbog neosnovane osude za epilog postupka pred nadležnim sudom. U toj situaciji, presuda kojom se optužba odbija zbog nenadležnosti gubi značaj izvršnog naslova za pokretanje postupka za naknadu štete zbog neosnovane osude. To znači, da, ako je ovlašćeni tužilac po isteku zakonom predviđenog roka pokrenuo postupak pred nadležnim sudom, postupak za naknadu štete će se prekinuti (ako je još u toku) do okončanja krivičnog postupka. Međutim, postavlja se pitanje sudbine naknade dosuđene u postupku za naknadu štete zbog neosnovane osude, koji je okončan pre pokretanja postupka pred nadležnim sudom. Po jednom stanovištu, zastupljenom u teoriji krivičnog procesnog prava, u ovom slučaju se ne može sprečiti isplata naknade koja je dosuđena pre nego što je pokrenut krivični postupak pred nadležnim sudom (naravno, po odbacivanju optužbe zbog nenadležnosti).⁸

No, ovo gledište se dovodi u sumnju, i to od koautora prezentiranog stava! Prema Grubaču, "pitanje je, međutim, da li dosuđenu naknadu osuđeni zadržava, bez obzira na ishod postupka koji je posle dosuđene naknade ipak pokrenut pred nadležnim sudom".⁹ Argumentaciju za ovaj stav autor vidi u činjenici da se status neosnovano osuđenog, stečen odbacivanjem optužbe zbog nenadležnosti, može izgubiti opstajanjem osude u postupku pred nadležnim sudom, pokrenutim po odbacivanjem optužbe zbog nenadležnosti. "Lek bi u ovoj situaciji bio u ponavljanju parničnog postupka" (preciznije rečeno, postupka za naknadu štete).¹⁰

Čini se da stanovište Vasiljevića ima činjenično utemeljenje. Naime, ne postoji razlog za sporo reagovanje ovlašćenog tužioca, koji bi svoje zakonsko pravo na sprečavanje opstanka presude kojom se optužba odbacuje zbog nenadležnosti morao iskoristiti pre nego što postupak za naknadu štete zbog neosnovane osude bude okončan. Uostalom, i samo vremensko ograničenje prava ovlašćenog tužioca (tri meseca po odbijanju optužbe) je na kursu motivisanja tužioca na aktivno ponašanje. Ne vidi se razlog za omogućavanje tužiocu da čeka okončanje postupka za naknadu štete zbog neosnovane osude, pa da, tek tada pokrene postupak pred nadležnim sudom. Stoga bi opstanak dosuđene naknade, bez obzira na ishod kasnije pokrenutog krivičnog postupka pred nadležnim sudom, bio adekvatna sankcija za pasivnost ovlašćenog tužioca.

⁸ Dr Tihomir Vasiljević, dr Momčilo Grubač, Komentar Zakonika o krivičnom postupku, Beograd, 2005, str. 867.

⁹ Dr Momčilo Grubač, Naknada štete... , op. cit. sr. 45.

¹⁰ Ibid

3.3. Isključenje prava na naknadu štete zbog neosnovane osude prouzrokovane lažnim priznanjem ili na drugi sličan način

Zakonik o krivičnom postupku, u osnovi, omogućava ostvarivanje prava neosnovano osuđenih lica. Stoga je logično da se zakonskim odredbama sankcionišu posledice ponašanja okrivljenog kojim je prouzrokovao sopstvenu osudu. U sklopu tih okolnosti, zakonodavac apostrofira lažno priznanje okrivljenog koje je prouzrokovalo neosnovanu osudu, kao činjenicu koja isključuje prava po osnovu neosnovane osude.

Da bi lažno priznanje predstavljalo okolnost koja isključuje pravo na naknadu štete, potrebno je da ispunjava određene uslove. Najpre, priznanje mora biti rezultat slobodno izražene volje okrivljenog. U suprotnom, ako je lažno priznanje posledica prinude, ono neće imati zakonom priznati uticaj na ostvarivanje prava po osnovu neosnovane osude (čl. 561. st. 2.). Mišljenja smo da je zakonodavac, kada već predviđa prinudu kao okolnost koja anulira dejstvo lažnog priznanja na ostvarivanje prava proisteklih iz neosnovane osude, treba da istakne i druge nedozvoljene uticaje na volju okrivljenog - pre svega, silu, medicinske intervencije i slično. Međutim, čini se da je pominjanje prinude u ovom kontekstu nepotrebno. Da bi lažno priznanje imalo karakter negativne pretpostavke relevantne za ostvarivanje prava proisteklih iz neosnovane osude, potrebno je da bude učinjeno u cilju namernog prouzrokovanja sopstvene osude okrivljenog (čl. 556. st. 2. ZKP). Pošto prinuda spada u red okolnosti koje isključuju odgovornost za određeno ponašanje, sasvim je sigurno da prinuda isključuje nameru. Stoga je suvišno izričito pominjanje prinude, u sklopu okolnosti koja utiče na posledice lažnog priznanja okrivljenog.

Lažno priznanje, da bi predstavljalo okolnost koja isključuje pravo na naknadu štete zbog neosnovane osude, treba da bude priznanje u pravom smislu te reči.¹¹ Pored toga, lažno priznanje treba da se odnosi na činjenice i okolnosti koje predstavljaju radnju izvršenja krivičnog dela za koje je okrivljeni optužen.¹² To znači, da ako se lažno priznanje odnosi na neku činjenicu koja se ne odnosi na radnju izvršenja krivičnog dela, tada lažno priznanje te činjenice ne isključuje pravo na naknadu štete zbog neosnovane osude. Bitno je da postoji kauzalitet između lažnog priznanja i neosnovane osude. Presuda kojom je, pokazalo se, okrivljeni neosnovano osuđen treba da se zasniva, pretežno, na iskazu okrivljenog koji u sebi sadrži lažno priznanje o izvršenom krivičnom delu. Ako se, pak, osuda okrivljenog zasniva na dokaznom materijalu dobijenom iz drugih dokaznih

¹¹ Dr Tihomir Vasiljević, Naknada štete proistekle od neopravdane osude i neosnovanog zadržavanja u pritvoru, Hronika sudske prakse, Jugoslovenska revija za krivično pravo i kriminologiju, br. 2/68, str. 291.

¹² Dr Momčilo Grubač, op. cit. str. 38.

sredstava (iskaz svedoka, veštaka, isprave), onda lažno priznanje ne predstavlja okolnost koja isključuje pravo na naknadu štete zbog neosnovane osude. U ovoj situaciji bi okrivljeni bio osuđen i bez iskaza koji sadrži lažno priznanje.

Da bi lažno priznanje predstavljalo okolnost koja isključuje pravo na naknadu štete zbog neosnovane osude, potrebno je da bude učinjeno na glavnom pretresu. To je stoga što se presuda može doneti samo na osnovu dokaza i činjenica koji su izvedeni na glavnom pretresu (čl. 352. st. 1. ZKP). Iz odluka vrhovnih sudova (odluka VSJ - Kž 3/61 i VS Vojvodine 10/70, od 27.1. 1970) proizlazi da lažno priznanje dato u istrazi, a kasnije opovrgnuto na glavnom pretresu, ne isključuje pravo na naknadu štete zbog neosnovane osude. Isto tako, sa stanovišta ostvarivanja prava na naknadu štete, irelevantno je i lažno priznanje sadržano u žalbi na presudu prvostepenog suda.

Činjenica da li se osuda pretežno zasniva na lažnom priznanju ili ne, može biti vidljiva samo iz obrazloženja presude. U većini slučajeva, dakle, može se jasno spoznati u kojoj meri je lažno priznanje uticalo na osudu okrivljenog. Međutim, problem nastaje zbog relativizovanja obaveze suda da obrazloži presudu. Pismeno izrađena presuda ne mora sadržati obrazloženje ako su se stranke (ali i oštećeni ako ima pravo na žalbu), po objavljivanju presude, odrekle od prava na žalbu, i ako nisu zahtevale dostavljanje presude. Izostanak obrazloženja može stvoriti probleme u postupku po zahtevu za ponavljanje krivičnog postupka i zahtevu za zaštitu zakonitosti, u kojima se može anulirati pravnosnažna osuđujuća presuda, te tako otvoriti put za naknadu štete zbog neosnovane osude.

Pri proceni ispunjenosti uslova za naknadu štete zbog neosnovane osude, potrebno je utvrditi eventualni uticaj lažnog priznanja na donošenje presude, a to se može uvideti samo na osnovu obrazloženja presude. Čini se ispravnim stanovište da pomoć u rešavanju ovog problema može pružiti sudska praksa, na taj način što će ignorisati mogućnost izostanka obrazloženja presude, jer eventualno izostavljanje obrazloženja ne doprinosi ubrzanju postupka, a formulisanje obrazloženja ne predstavlja teškoću sudu.¹³ Dodali bismo da mogućnost izostanka obrazloženja u slučaju odricanja od žalbe odmah po objavljivanju presude (čl. 446. st. 5. ZKP) otvara i pitanje postojanja prava na naknadu štete zbog neosnovane osude u slučaju neizjavljivanja žalbe. Naime, pored apostrofiranja lažnog priznanja kao negativne pretpostavke za ostvarivanje prava na naknadu štete zbog neosnovane osude, zakonodavac pominje i "druge načine prouzrokovanja osude". U tu grupu okolnosti bi se mogli podvesti slučajevi prezentiranja lažnih isprava sudu, nedozvoljeni uticaji na svedoke i slično. Ukoliko je presuda kojom je van snage stavljena pravnosnažna osuđujuća

¹³ Vidi šire o tome; Dr Tihomir Vasiljević, Nove ustanove i nova rešenja zakona o krivičnom postupku od 24. 12. 1976., Glasnik advokatske komore Vojvodine, br. 6/77, str.64.

presuda zasnovana na dokazima dobijenim iz lažne isprave ili iz iskaza svedoka prema kome je primenjena sila, pretnja, prinuda i drugi nedozvoljeni uticaji, isključeno je pravo na naknadu štete. Uslov za postojanje ove negativne pretpostavke treba da bude dokazana uzročna veza između dokaza dobijenih na nedozvoljen način i sudske odluke kojom je obesnažena pravnosnažna osuda.

U teoriji krivičnog procesnog prava je izražena polemika o propuštanju izjavljivanja žalbe, kao jednom od načina "namernog prouzrokovanja osude" okrivljenog. Prvu priliku da odagna osudu i sve njene posledice, okrivljeni dobija sticanjem prava na žalbu, kojom može da napadne činjeničnu i pravnu zasnovanost presude. Pitanje je da li propuštanjem izjavljivanja žalbe, okrivljeni manifestuje svoje uverenje o osnovanosti osude. Ukoliko bi se na ovo pitanje dao potvrđan odgovor, moglo bi se dovesti u sumnju opravdanje kasnijeg postavljanja zahteva za naknadu štete. U tom načinu rezonovanja treba tražiti motive zakonodavca koji je odredbama Zakonika o sudskom krivičnom postupku Kraljevine Jugoslavije i Zakonika o krivičnom postupku FNRJ iz 1953. uskraćivao pravo na naknadu štete zbog neosnovane osude ako okrivljeni nije izjavio žalbu, ili se odrekao od izjavljene žalbe

Ovakvom zakonskom rešenju se mogu uputiti kritike. Najpre, pitanje je, kako utvrditi da je neizjavljivanje žalbe "namerno " ili iz "grube nepažnje " i slično. Zatim, na ovaj način se pravo na žalbu transformiše u obavezu na žalbu.¹⁴ Pored toga, da li izjavljivanjem žalbe u korist okrivljenog od strane javnog tužioca i najbližih srodnika može značiti da je okrivljeni namerno propustio da izjavi žalbu.

Pored prezentirane argumentacije, smatramo potrebnim da ukažemo na one okolnosti koje, u osnovi, čine neutemeljenim vezivanje prava na naknadu štete zbog neosnovane osude, za prethodno korišćenje redovnih pravnih lekova. Zakonodavac nije ni pravo na podnošenje vanrednih pravnih lekova uslovio prethodnim korišćenjem redovnih pravnih lekova. Jedini izuzetak predstavlja podnošenje zahteva za vanredno preispitivanje pravnosnažne presude. Međutim, fleksibilnošću zakonodavca, pod zakonom predviđenim uslovima omogućava se okrivljenom i braniocu da podnesu zahtev za ispitivanje zakonitosti pravnosnažne presude i u slučaju da su prethodno propustili da podnesu žalbu (čl. 428. st. 3. ZKP). Zato, ostvarivanje prava na naknadu štete ne treba uslovljavati prethodnim korišćenjem prava na žalbu, kad to nije urađeno ni sa pravom na podnošenje vanrednih pravnih lekova.

Mogućnost obesnaživanja pravnosnažne osuđujuće presude u postupku po vanrednim pravnim lekovima čini izlišnim prethodnu obavezu okrivljenog da žalbom napadne prvostepenu presudu, kako bi, kasnije, mogao ostvariti pravo na naknadu štete zbog neosnovane osude. Pored toga, moguće je da se činjenice i dokazi koji dovode do oslobođenja od optužbe pojave tek pošto presuda postane

¹⁴ Nikola Srzentić. op. cit. str. 441.

pravnosnažna. Uz to, okrivljeni u žalbi ne mora ukazivati na nove činjenice i dokaze, već se može usredsrediti na nezakonitosti prvostepene presude.¹⁵ Izostanak žalbe može isključiti pravo na naknadu štete zbog neosnovane osude jedino ako bi se utvrdilo da žalba nije izjavljena da bi se namerno izazvala osuda.

Pojedina zakonodavstva sankcionišu propuste u ostvarivanju odbrane, na taj način što u tim slučajevima isključuju pravo na naknadu štete zbog neosnovane osude Italijanski Zakon o krivičnom postupku isključuje pravo na naknadu štete "ako je okrivljeni umišljajem ili grubim nehatom prouzrokovao osudu ili doprineo donošenju neopravdane osude" (čl. 571). Inače, italijanska teorija krivičnog procesnog prava pod umišljajnim prouzrokoivanjem osude smatra radnju upravljenu na obmanu sudije, a pod doprinosom osudi grubu nebrigu u ostvarenju odbrane.

IV ZAVRŠNE NAPOMENE

Normativni okvir prava na odštetu zbog greške suda u našem pozitivnom pravu u potpunosti respektuje međunarodnopravne garancije ovoga prava, sadržane u najznačajnijim međunarodnopravnim dokumentima. Konstituisanjem prava na naknadu štete za neosnovanu osudu i u slučajevima kada se pravnosnažna osuda anulira i odlukama o obustavi postupka i o odbijanju optužbe u postupku iniciranom vanrednim pravnim lekom, prošireni su dometi zaštite lica oštećenih "odsustvom pravde u krivičnom postupku". Ograničenja za ostvarivanje ovoga prava na liniji su standarda iskristalisanih u katalozima ljudskih prava sadržanim u najznačajnijim međunarodnopravnim aktima iz oblasti zaštite elementarnih ljudskih prava, čiji je racio da greške suda nastale kao rezultat propusta samog okrivljenog ne mogu ishodovati pravima po osnovu izostanka pravde u krivičnom postupku.

¹⁵ Vidi: Dr Tihomir Vasiljević, Sistem... str. 724.

Saša Knežević, LL.D,

Professor, Faculty of Law, University of Niš

INTERNATIONAL LAW GUARANTEES ON THE RIGHT TO COMPENSATION FOR THE MISTAKE OF THE COURT

Summary

As soon as a criminal proceeding has been initiated, the mechanism of criminal law protection of social values is set in motion, imposing immediate restrictions on the fundamental human rights of the accused. In order to make the judgment brought in the criminal proceeding fully legitimate, the accused must be given the opportunity to articulate his position on the criminal matter at issue. For this purpose, the legislator is required to balance the public interest of the state in punishing the criminal offender and the fundamental rights and freedoms of the individuals who are subjected to the criminal law repression. In this context, it is necessary to create an optimal institutional setting which would embody both of the opposing tendencies. The defendant's fundamental rights and freedom may be restricted only providing that the judgment imposing such a restriction has resulted from a confrontation of arguments between the defendant and the prosecutor before an independent criminal court, which has fully observed the principles of legality, impartial justice and fairness. This is the essence of the right to a fair trial, which is contained in international legal documents on human rights' protection as well as in the supreme legal acts of the states instituted on the rule of law.

The right to a fair trial also comprises the right of the "victims" of unfair criminal proceedings to seek monetary compensation from the state. The right is considered infringed if there has been a serious omission in the course of the criminal proceeding which is detrimental to the defendant's interests. The defendant's right encompasses the rights deriving from the unjust conviction and unjustly applied procedural repression measures. As such, the right is envisaged in the most important international legal documents in the field of human rights' protection.

TREĆI DEO

USTAVNE GARANCIJE LJUDSKIH PRAVA

Dr Marijana Pajvančić,
profesorka Pravnog fakulteta u Novom Sadu

KONTRAVERZE USTAVNOG OKVIRA ZAŠTITE LJUDSKIH PRAVA

UDK: 342.72/.73

Apstrakt

Predmet pažnje je ustavni okvir zaštite ljudskih prava, njegovi dometi, ograničenja i kontradikcije. Centralno pitanje u radu na koje pokušavamo da odgovorimo je praktično. Želimo da proverimo da li je ustavni okvir zaštite ljudskih prava postavljen Ustavom Srbije pouzdan oslonac njihove zaštite i da li je jasan vodič za poslanike koji praktično rade na zaštiti ljudskih prava? Učinićemo to kopisteći kao primer status međunarodnih izvora ljudskih i manjinskih prava u ustavnom ni pravnom sistemu, posebno u sistemu zaštite ljudskih i manjinskih prava.

Ključne reči: *ustav, ljudska prava, zaštita prava, međunarodni izvori ljudskih prava, sudovi, ustavni sud.*

I UVODNE NAPOMENE

Smisao ustava nije prioritetno u tome da garantuje određeni katalog ljudskih prava, već da uspostavi garancije njihove zaštite.¹ O postojanju (ne) uvažavanju načela pravne države može se suditi osloncem na sadržaj ustavnih garancija koje osiguravaju zaštitu ljudskih prava.² Ljudska prava garantuje ustav koji u pravnoj hijerarhiji zauzima najviši status. Isti status, dakle, u ustavnom sistemu ima i zaštita ljudskih prava. Institucije koje odlučuju o zaštiti ljudskih prava, procedure po kojima se o tome odlučuje kao i instrumente zaštite ljudskih prava takođe regulišu ustav.

¹ Šire o pravu na pravnu zaštitu sloboda i prava građana kod M. Pajvančić: «Pravo na zaštitu sloboda i prava građana», Zbornik «Rekonstrukcija pravnog sistema Jugoslavije na osnovama slobode, demokratije, tržišta i socijalne pravde», Pravni fakultet, Novi Sad, 2000, str. 89 – 97.

² Šire o statusu i zaštiti ljudskih prava u ustavnom sistemu kod M. Pajvančić: «Zaštita sloboda i prava građana – ustavni koncept» u Zborniku «Građanin u pravnom sistemu Jugoslavije», Helsinški odbor za ljudska prava, Beograd 1999, str. 37 – 51.

Sadržaj zaštite ljudskih prava je kompleksan, a oblici u kojima se iskazuje su različiti.³ Ustavno – pravnu zaštitu ljudskih prava suštinski definiše nekoliko parametara.

- **Svojstvo i priroda propisa koji regulišu ljudska prava.** To su propisi najviše pravne snage, u prvom redu sam ustav ili ustavni zakoni. Ovi propisi menjaju po naročitoj, najčešće strožijoj proceduri, pa se otuda i jemstva ljudskih prava ne mogu lako menjati, jer su propisi koji ih garantuju zaštićeni od brzih i olakih promena.

- **Regulisanje sadržaja ljudskih prava u ustavu.** Ustav je osnovni garant i zaštitnik ljudskih prava. Samo pod ustavom određenim uslovima i u ustavom propisanom obimu, ljudska prava se mogu regulisati zakonima.

- **Ustavno regulisanje osnovnih principa** koji bliže definišu opšti okvir jemstva ljudskih prava, naročito granice u kojima su zagarantovana ljudska prava kao i eventualna odstupanja od opšteg jemstva određene slobode odnosno prava⁴ (npr. ograničenja, suspenzija, zabrana zloupotrebe i sl.).

- **Sistem zaštite ljudskih prava je uređen u ustavu.** Sistem zaštite ljudskih prava je kompleksan. Obuhvata organe koji odlučuju o zaštiti ljudskih prava, osnovne procedure po kojima nadležni organi odlučuju o zaštiti ljudskih prava kao i instrumente i pravna sredstva koja građani i drugi nadležni subjekti mogu koristiti u cilju zaštite ljudskih prava.

Sadržaj razmatranja, oslonjen na navedena načela kao polazne principe, biće usmeren samo na jedno pitanje koje, prema našem mišljenju zaslužuje osobitu pažnju. Želimo da proverimo **da li je ustavni okvir zaštite ljudskih prava postavljen novim Ustavom Srbije pouzdan oslonac ustavne zaštite ljudskih prava i da li je sam Ustav jasan vodič za poslanike koji se u praksi bave zaštitom ljudskih prava?**

Predmet pažnje je, dakle, ustavni okvir zaštite ljudskih prava, njegovi dometi, ograničenja i kontraverze. Težište rada je posebno na kritičkom preispitivanju onih ustavnih rešenja koja mogu izazvati probleme u praktičnoj realizaciji sistema zaštite ljudskih prava i biti osnov i povod odstupanjima koja relativizuju sistem zaštite ljudskih prava.

³ Šire kod M. Pajvančić: «O jednom obliku ustavne zaštite sloboda i prava građana», Zbornik «Demokracija i poretak u SRJ - problemi, mogućnosti i pravci unapređivanja», CANU, 1996, str. 39 – 51.

⁴ Šire kod M. Pajvančić: «O opštim interesima društva kao ustavom utvrđenim činionicima ograničavanja prava garantovanih Ustavom», Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu XXIII/4, 1989, str. 119 – 205, kao i M. Pajvančić «Ustavni okviru unutar kojih su zajemčene slobode i prava građana», Arhiv za pravne i društvene nauke br. 2 – 3/1991, str. 230 – 237.

Status međunarodnih izvora ljudskih prava u ustavnom sistemu posebno sa aspekta zaštite ljudskih prava izabrali smo kao praktičan primer koji će nam poslužiti da pokušamo odgovoriti na postavljeno pitanje.

U kontekstu primera koji smo izabrali za ilustraciju ustavnih rešenja naše pitanje je modifikovano i glasi **da li je Ustav Srbije jasno definisao status međunarodnih izvora ljudskih prava posebno u okviru sistema zaštite ljudskih prava, i da li je Ustav i u ovom pogledu jasan vodič za poslenike koji deluju na području zaštite ljudskih prava?**

II MEĐUNARODNI IZVORI OSNOV I OKVIR POSTUPANJA PRILIKOM ODLUČIVANJA O ZAŠTITI LJUDSKIH I MANJINSKIH PRAVA

Novina u ustavnom sistemu Srbije je status koji međunarodni izvori ljudskih prava imaju u ustavnom poretku i unutrašnjem pravnom sistemu. U osnovnim načelima, u članu koji se odnosi na međunarodne odnose,⁵ Ustav načelno reguliše status međunarodnih izvora u pravnom sistemu i njihovo mesto u pravnom poretku. Činjenica da Ustav u svojim osnovnim načelima, dakle, među najvažnijim odredbama kojima započinje tekst Ustava, rezerviše mesto i za ova pravila, govori o tome koliko je ovo pitanje značajno za celinu ustavnog sistema.

1. Upotreba termina – terminološka konfuzija

Već na samom početku uočljiva je *terminološka nedoslednost* karakteristična za mnoge ustavne odredbe, pa i ove koje se odnose na status međunarodnih izvora ljudskih prava u pravnom sistemu. Ilustrativan primer u tom pogledu pružaju članovi 16, 17 i 18 Ustava. U kontekstu međunarodnih odnosa na koje se odnosi odredba člana 16 osnovnih načela, Ustav reguliše načela spoljne politike koja *počiva na opštepriznatim principima i pravilima međunarodnog prava*.⁶ Već u narednom stavu istog člana, kada određuje status međunarodnih izvora u unutrašnjem pravnom poretku, Ustav koristi druge termine – *opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori*.⁷ Potom, u odredbi osnovnih načela koja reguliše položaj stranaca⁸ koristi samo termin *međunarodni ugovori*, ali ne precizira da li se radi o svim ili samo o potvrđenim (ratifikovanim) međunarodnim ugovorima i izostavlja da navede i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava. Naposljetku, u članu koji reguliše neposrednu primenu

⁵ Rubrum člana 16 Ustava Republike Srbije glasi «Međunarodni odnosi».

⁶ Član 16 stav 1 Ustava Republike Srbije.

⁷ Član 16 stav 2 Ustava Republike Srbije.

⁸ Član 17 Ustava Republike Srbije.

Ljudskih prava, pored termina opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori,⁹ a u vezi sa tumačenjem odredbi o ljudskim i manjinskim pravima koristi i termine *međunarodni standardi ljudskih i manjinskih prava* i *praksa međunarodnih institucija* koje nadziru njihovo sprovođenje.¹⁰ U vezi sa statusom međunarodnih izvora u unutrašnjem pravnom poretku beležimo još jedan primer upotrebe različitih termina koji se odnose na identično pitanje. Tako npr. Ustav na jednom mestu koristi izraz «moraju biti u skladu»,¹¹ a na drugom «ne smeju biti u suprotnosti».¹² Terminološka nedoslednost može dati povod za različite interpretacije u praktičnoj primeni ustavnih normi.

2. Status međunarodnih izvora ljudskih i manjinskih prava u pravnom sistemu

Načelno, moglo bi se reći da je ustavno pravilo o statusu međunarodnih izvora ljudskih prava u pravnom sistemu je jasno, uprkos terminološkoj konfuziji na koju smo ukazali, kao i da ne ostavlja mesta za različite interpretacije. Pažljivija analiza će pokazati da prvi utisak može varati. Ustav utvrđuje da su opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni deo pravnog poretka.¹³ Ovo načelno ustavno pravilo upotpunjuje ustavna odredba prema kojoj potvrđeni međunarodni ugovori *moraju biti u skladu sa Ustavom*,¹⁴ odnosno *ne smeju biti u suprotnosti sa Ustavom*¹⁵ kako Ustav u poglavlju o ustavnosti i zakonitosti reguliše isto pitanje. Iz pomenutih Ustavnih odredbi koje slede dva zaključka.

Prvi zaključak odnosi se na *status opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava u pravnom sistemu*. Iako su deo pravnog poretka, opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava ne podležu oceni ustavnosti. U prilog ovom zaključku govori i katalog nadležnosti Ustavnog suda Srbije među kojima je i ona koja izričito ovlašćuje Ustavni sud da odlučuje samo o saglasnosti potvrđenih međunarodnih ugovora sa Ustavom.¹⁶

⁹ Član 18 stav 2 Ustava Republike Srbije.

¹⁰ Član 18 stav 3 Ustava Republike Srbije.

¹¹ Član 16 stav 2 in fine i član 167 stav 1 tačka 1 Ustava Republike Srbije.

¹² Član 194 stavovi 4 i 5 Ustava republike Srbije.

¹³ Član 16 stav 2 Ustava Republike Srbije. Identična odredba ponavlja se i u poglavlju o ustavnosti i zakonitosti – član 194 stav 4 Ustava Republike Srbije.

¹⁴ Član 16 stav 2 in fine Ustava Republike Srbije.

¹⁵ Član 194 stav 4 Ustava Republike Srbije.

¹⁶ Član 167 stav 1 tačka 1 Ustava Republike Srbije

Drugi zaključak se odnosi takođe na *status koji opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava imaju u postupku ocene ustavnosti zakona* i drugih opštih akata. Prema izričitoj ustavnoj odredbi zakoni i drugi opšti akti *moraju biti u skladu sa Ustavom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima*,¹⁷ odnosno *ne smeju biti u suprotnosti sa njima, kako Ustav u poglavlju o ustavnosti i zakonitosti reguliše isto pitanje*.¹⁸ Pažljivija analiza ovog ustavnog pravila pokazuje da nema razlika u statusu opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i potvrđenih međunarodnih ugovora u pravnom sistemu. Njihov status je istovetan kada se radi o mestu ovih propisa u pravnoj hijerarhiji i kada Ustavni sud odlučuje o oceni ustavnosti zakona i drugih opštih akata. Ali, on je različit kada se ocenjuje ustavnost međunarodnih izvora, jer potvrđeni međunarodni ugovori podležu oceni ustavnosti,¹⁹ a opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava, iako deo pravnog poretka ne podležu oceni ustavnosti.

Ovim zaključcima dodajemo i kratak komentar dve grupe Ustavnih odredbi: odredbe osnovnih načela Ustava koja reguliše status stranaca²⁰ i ustavne odredbe koje regulišu ustavni okvir posebnih prava pripadnika nacionalnih manjina.²¹ Ustav utvrđuje da stranci, *u skladu sa međunarodnim ugovorima*, imaju u Srbiji sva prava garantovana Ustavom i zakonima, izuzev onih koja imaju samo državljani Srbije. U kontekstu načelnog garantovanja prava stranaca primetno je da Ustav odstupa od opšteg pravila da su opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni deo pravnog poretka. Odstupanje se beleži u dva pravca. Ustav izostavlja opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava kao okvir koji definiše prava stranaca. U vezi sa pravima koja stranci imaju u Republici Srbiji Ustav načelno upućuje na sve međunarodne ugovore kao relevantne izvore, nezavisno od toga da li su oni ratifikovani ili ne. Na isti način ustavotvorac postupa i kada reguliše ustavni okvir posebnih prava pripadnika nacionalnih manjina. Ustav načelno reguliše da se individualna i kolektivna prava pripadnika nacionalnih manjina ostvaruju u skladu sa Ustavom, zakonom i međunarodnim ugovorima.²² Odstupanja koja u vezi sa ovom pododredbom Ustava beležimo odnose se na tri važna elementa koji određuju status međunarodnih izvora manjinskih prava. Opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava izostavljena su sa liste pravnih izvora koji garantuju ljudska i manjinska prava. Kao izvore individualnih i kolektivnih prava pripadnika nacionalnih manjina

¹⁷ Član 167 stav 1 tačka 1 Ustava Republike Srbije.

¹⁸ Član 194 stav 5 Ustava Republike Srbije.

¹⁹ Član 16 stav 2 i član 167 stav 1 tačka 2 Ustava Republike Srbije.

²⁰ Član 17 Ustava Republike Srbije.

²¹ Član 75 stav 1 Ustava Republike Srbije.

²² Član 75 stav 1 Ustava Republike Srbije.

Ustav navodi međunarodne ugovore, ali uz njih ne vezuje potvrdu (ratifikaciju). Međunarodni ugovori kao izvor manjinskih prava navedeni su nakon ustava i zakona iako se u hijerarhiji pravnih propisa u pravnom poretku Srbije nalaze iznad zakona.

Zaključci na koje smo ukazali, komentar ustavne odredbe o pravima stranaca i pravima pripadnika nacionalnih manjina, kao i zapažanja o terminološkoj nedoslednosti u vezi sa statusom međunarodnih izvora ljudskih prava u pravnom sistemu govore da su ustavne norme kontradiktorne, nepotpune i neprecizne i da stoga mogu biti povod lutanjima u praksi i različitim interpretacijama prilikom primene. Pored toga, primetno je da Ustav ne prati dosledno u normativnom delu osnovni princip iskazan u ustavnim načelima o primatu međunarodnog nad unutrašnjim pravom (zakonima i podzakonskim pravnim aktima), posebno u materiji ljudskih prava. To je posebno vidljivo na primerima ustavnih normi²³ koje bi trebalo da operacionalizuju načelni princip o neposrednoj primeni opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i potvrđenih međunarodnih ugovora. Odsustvo operacionalizacije navedenih načela u normativnom delu Ustava nije saglasno načelno iskazanoj spremnosti da se potvrđeni međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava uvažavaju, a njihova pravila implementiraju u unutrašnje pravo i postanu njegov sastavni deo.

Ostaje, dakle, otvoreno pitanje da li se može dati pouzdan i nedvosmislen odgovor na pitanje da li opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori imaju istovetan status u ustavnom i pravnom sistemu, i ako nemaju na čemu se temelje razlike među ovim međunarodnim izvorima i naposljetku, kakve to posledice može imati u sistemu zaštite ljudskih i manjinskih prava?

III NEPOSREDNA PRIMENA ZAJEMČENIH PRAVA – OGLED O ČLANU 18 USTAVA

U poglavlju o ljudskim i manjinskim pravima, Ustav Srbije u prvi plan stavlja ustavne garancije ljudskih i manjinskih prava i akcent stavlja na *neposrednu primenu ustavom zajemčenih ljudskih i manjinskih prava*,²⁴ ne pominjući u tom kontekstu i međunarodne izvore ljudskih prava (potvrđene međunarodne ugovore i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava), uprkos tome što u osnovnim načelima izričito propisuje da se oni neposredno primenjuju.²⁵

²³ Na primer odredbe Ustava koje se odnose na sudsku vlast.

²⁴ Član 18 stav 1 Ustava Republike Srbije.

²⁵ Član 16 stav 2 Ustava Republike Srbije

Drugi stav istog člana upućuje na sadržaj ustavnih jemstava ljudskih prava u obliku deklaratorne ustavne norme prema kojoj se *ustavom jemče, i kao takva neposredno primenjuju ljudska i manjinska prava zajemčena opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima i zakonima*.²⁶ Ustavna odredba je primer konfuzne norme koja može biti povod različitim interpretacijama u praktičnoj primeni. U čemu se to ogleda?

Nejasno je, npr. da li Ustav samo pozitivira i daje ustavni pečat garancijama ljudskih i manjinskih prava koje su sadržane u pomenutim međunarodnim izvorima (opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori) ili na njih samo upućuje? Nejasno, je da li se neposredno primenjuje samo ustav ili i međunarodni izvori ljudskih i manjinskih prava? Naposljetku, nejasno je i zašto Ustav u kontekstu ustavnog garantovanja ljudskih i manjinskih prava i neposredne primene ustavnih garancija upućuje na zakone, budući da Ustav svakako ne pozitivira zakonske garancije ljudskih i manjinskih prava, već samo eventualno ovlašćuje zakonodavca da reguliše način ostvarivanja ljudskih i manjinskih prava, pod uslovima koje Ustav izričito propisuje?²⁷

Kada upućuje na okvir, osnov i izvore tumačenja ljudskih i manjinskih prava Ustav napušta dotada korišćene termine (potvrđeni međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava) kojima označava međunarodne izvore ljudskih i manjinskih prava. Umesto njih i pored njih koristi druge termine i uvodi nove pojmove. U stavu trećem člana 18 Ustav koristi dva nova termina - *temin važeći međunarodni standardi ljudskih prava i termin praksa međunarodnih institucija koje nadziru sprovođenje ljudskih i manjinskih prava*. Na međunarodne standarde ljudskih prava i praksu međunarodnih institucija koje nadziru sprovođenje ljudskih i manjinskih prava Ustav upućuje kao na izvore koji se primenjuju prilikom *tumačenja odredbi o ljudskim i manjinskim pravima*, ne precizirajući o kojim odredbama je reč da li samo o ustavnim odredbama ili i zakonskim odredbama o ljudskim i manjinskim pravima?

Dovedena u vezu tri pomenuta stava istog člana Ustava mogu biti povod različitim interpretacijama i imati različite praktične konsekvence. Pred subjekte koji odlučuju o zaštiti ljudskih i manjinskih prava ovakve norme mogu postaviti više pitanja i ostaviti ih u dilemi kako da postupaju i kojim pravilima da se rukovode kao putokazom kada budu odlučivali o zaštiti ljudskih i manjinskih prava. U čemu se to, pored otalog, ogleda? U terminološkoj konfuziji koja može izazvati probleme u ustavnoj praksi i u različitom postavljanju pravnog okvira kojim se rukovode organi koji odlučuju o zaštiti ljudskih prava.

²⁶ Član 18 stav 2 Ustava Srbije.

²⁷ Član 18 stav 2 in fine Ustava Srbije.

1. Važeći standardi ljudskih i manjinskih prava - okvir tumačenja odredbi o ljudskim pravima i odlučivanja o njihovoj zaštiti

Sadržaj termina *važeći međunarodni standardi ljudskih i manjinskih prava*²⁸ je širi nego sadržaj koji uključuju termini *potvrđeni međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava*,²⁹ jer pored potvrđenih međunarodnih ugovora i opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava obuhvata i one međunarodne ugovore koje Srbija nije ratifikovala, a koji takođe sadrže međunarodne standarde ljudskih i manjinskih prava. Ustav doduše uz termin međunarodni standardi dodaje i atribut «važeći» čije značenje ne daje. Sporno je, dakle, da li je moguće izjednačiti značenje termina «potvrđeni međunarodni ugovori» i termina «važeći međunarodni standardi» ili među njima postoje razlike i, ukoliko razlike postoje kakva je njihova priroda i kakve to posledice ima po pravni status ljudskih prava u ustavnom sistemu?

Ustavna odredba koja sadrži ovo upućujuće pravilo kojim treba da se rukovode svi oni koji tumače odredbe o ljudskim pravima³⁰ je načelna i programatskog je karaktera.³¹ U tome možda treba tražiti razlog što se i međunarodni standardi ljudskih prava u ovom kontekstu postavljaju šire i ne vezuju eksplicitno samo za standarde u onim međunarodnim ugovorima koji su ratifikovani. Pored toga, ustavna norma je nejasna i neprecizna i stoga što iz nje ne sledi jasno uputstvo i nedvosmislen zaključak na koje odredbe o ljudskim i manjinskim pravima se ustavno pravilo odnosi – da li samo na ustavne odredbe o ljudskim i manjinskim pravima ili na sve odredbe koje regulišu ljudska i manjinska prava nezavisno od toga u kom pravnom propisu se nalaze?

Kakve su moguće praktične konsekvence konfuznog ustavnog pravila? Organi koji odlučuju o zaštiti ljudskih prava (u prvom redu Ustavni sud) suočiće se sa problemom koja ustavna norma definiše okvir njihovog postupanja prilikom odlučivanja o zaštiti ljudskih prava, ukoliko se u slučaju o kome odlučuju javi potreba za tumačenjem odredbi o ljudskim i manjinskim pravima.

²⁸ Termin koji Ustav koristi u poglavlju o ljudskim i manjinskim pravima u članu 18 stav 3 čiji je rubrum «Neposredna primena zajemčenih prava»

²⁹ Termini koje Ustav koristi u osnovnim načelima u članu 16 čiji rubrum je «Međunarodni odnosi».

³⁰ Ustav ne precizira da li se radi samo o ustavnim ili i o zakonskim odredbama o ljudskim i manjinskim pravima ili o bilo kojim odredbama o ljudskim i manjinskim pravima.

³¹ «Ljudska i manjinska prava tumače se u korist unapređenja vrednosti demokratskog društva, saglasno važećim međunarodnim standardima ljudskih i manjinskih prava kao i praksi međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje» - član 18 stav 3 Ustava.

Da li su institucije koje odlučuju o zaštiti ljudskih prava prilikom postupanja vezane opštom ustavnom odredbom iz osnovnih načela Ustava, prema kojoj su samo potvrđeni međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava sastavni deo unutrašnjeg pravnog poretka i kao takvi se neposredno primenjuju,³² ili okvir njihovog delovanja definiše ustavna odredba iz poglavlja o ljudskim i manjinskim pravima koja se eksplicitno odnosi na tumačenje ljudskih i manjinskih prava, a u kojoj Ustav upućuje na međunarodne standarde ljudskih i manjinskih prava nezavisno od toga da li su međunarodni ugovori koji ih definišu ratifikovani kao i na druge međunarodne izvore, posebno na praksu međunarodnih institucija koje nadziru sprovođenje ljudskih i manjinskih prava?³³

U prilog rešenju da samo potvrđeni međunarodni ugovori obavezuju govornika bi generalna ustavna norma o statusu međunarodnih izvora ljudskih prava u pravnom poretku, kao i pozicija te norme u samom Ustavu (osnovna načela), ali ne i rubrum člana u kome je sadržana pomenuta norma. Rubrum člana «Međunarodni odnosi» kao i prvi stav istog člana koji definiše principe na kojima počiva spoljna politika Srbije upućuju na zaključak da se pomenuta pravila odnose na širi krug pitanja, a ne samo na ljudska i manjinska prava.

U prilog drugom rešenju bi govorilo nekoliko činjenica. U pitanju je ustavno pravilo koje se eksplicitno odnosi na ljudska i manjinska prava i neposrednu primenu zajemčenih prava. U sistematici ustava ovo pravilo zauzima mesto u poglavlju o ljudskim i manjinskim pravima. Norma o kojoj je reč³⁴ je izuzetak. Ona se odnosi samo na slučajeve koji zahtevaju tumačenje odredbi o ljudskim i manjinskim pravima. Kao izuzetak nalagala bi restriktivno tumačenje. Pored toga, rubrum pomenutog člana – «Neposredna primena zajemčenih prava» govorio bi u prilog zaključku da bi svi, a u prvom redu državni organi koji su u prilici da primenjuju odredbe o ljudskim pravima ili da odlučuju o njihovoj zaštiti, trebalo da se rukovode svim međunarodnim standardima ljudskih prava prilikom tumačenja odredbi o ljudskim pravima.

Razmotrimo na kraju i pitanje koji organ vlasti će najpre biti u prilici da se susretne sa nekim od gore pomenutih pitanja. To će biti nesumnjivo Ustavni sud. Sa problemima vezanim za tumačenje odredbi o ljudskim i manjinskim pravima Ustavni sud će biti suočen prilikom odlučivanja o neposrednoj ustavnosudskoj zaštiti ljudskih i manjinskih prava u postupku po ustavnoj žalbi,³⁵ ali isto tako i kada bude odlučivao u sporovima o ustavnosti i zakonitosti, dakle kroz primarni vid ustavno sudske zaštite ljudskih prava u okviru kojeg Ustavni sud uklanja iz pravnog poretka neustavnu normu i tako štiti ustavom (zakonom) garantovana

³² Član 16 stav 2 Ustava Republike Srbije.

³³ Član 18 stav 3 Ustava Republike Srbije.

³⁴ Član 18 stav 3 Ustava Republike Srbije.

³⁵ Član 170 Ustava Republike Srbije.

Ljudska prava. ³⁶U oba slučaja, Ustavni sud će biti u prilici da, obavljajući pomenute nadležnosti, «neposredno primenjuje zajemčena prava»³⁷ i da pri tom tumači odredbe o ljudskim pravima rukovodeći se *važecim međunarodnim standardima*.

Mora se, međutim primetiti da u odeljku o Ustavnom sudu, posebno u regulisanju nadležnosti Ustavnog suda, Ustav ne pominje važecе međunarodne standarde ljudskih i manjinskih prava kao okvir postupanja Ustavnog suda. Okvir za postupanje Ustavnog suda je u prvom redu sam Ustav, a potom i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava kao i potvrđeni međunarodni ugovori.³⁸

U odeljku o Ustavnom sudu, Ustav se vraća u okvire postavljene u osnovnim odredbama Ustava koje definišu status međunarodnih izvora u unutrašnjem pravnom poretku.³⁹ Ovi akti, međutim, postavljaju okvir delovanja Ustavnog suda kada odlučuje o oceni ustavnosti i zakonitosti, dakle, kada obavlja svoju primarnu ustavnu nadležnost. Međutim, Ustav ne reguliše neposrednu primenu važecih međunarodnih standarda ljudskih prava prilikom tumačenja odredbi o ljudskim pravima, na šta upućuje odredba o neposrednoj primeni zajemčenih prava, sistematizovana u osnovnim načelima odeljka o ljudskim i manjinskim pravima.⁴⁰ Operacionalizacija sadržaja i načina primene izuzetka koji se odnosi na tumačenje odredbi o ljudskim pravima saglasno važecim međunarodnim standardima nalagala bi da te to učini upravu u delu Ustava koji reguliše status i nadležnosti Ustavnog suda.

Međunarodni izvori ljudskih prava uopšte se u Ustavu ne navode kao okvir delovanja Ustavnog suda kada odlučuje o zaštiti ljudskih i manjinskih prava u postupku po ustavnoj žalbi. Nije na odmet potsetiti i na to da u Ustavu nema eksplicitne i jasne odredbe o ustavnosudskoj zaštiti ljudskih prava. U osnovnim odredbama o ljudskim i manjinskim pravima, u članu koji reguliše zaštitu ljudskih i manjinskih prava i sloboda,⁴¹ Ustav reguliše samo pravo na sudsku zaštitu i pravo na obraćanje međunarodnim institucijama radi zaštite ljudskih i manjinskih prava. U članu koji definiše nadležnosti Ustavnog suda⁴² nema nadležnosti koja se odnosi na neposrednu ustavnosudsku zaštitu ljudskih i manjinskih prava. Na ovu nadležnost Ustavnog suda samo posredno upućuje posebna odredba Ustava koja

³⁶ Član 167 stav 1 tačke 1 i 2 Ustava Republike Srbije.

³⁷ Rubrum člana 18 Ustava Republike Srbije.

³⁸ Član 167 stav 1 tačke 1 i 2 Ustava Republike Srbije.

³⁹ Član 16 stav 2 Ustava Srbije.

⁴⁰ Član 18 stav 3 Ustava Republike Srbije.

⁴¹ Član 22 stav 1 Ustava Republike Srbije.

⁴² Član 167 Ustava Republike Srbije.

se odnosi na instrument koji se može koristiti u cilju zaštite ljudskih prava o čemu govori i rubrum toga člana – «ustavna žalba».⁴³

Stoga nije bez osnova postaviti najmanje nekoliko pitanja u vezi sa ovim. Npr. koji razlozi su rukovodili pisce Ustava da, u odeljku o Ustavnom sudu izbegnu eksplicitno garantovanje zaštite ljudskih prava pred Ustavnim sudom izostavljajući da među nadležnostima Ustavnog suda navedu i onu koja se odnosi na odlučivanje o zaštiti ljudskih i manjinskih prava. Zašto je u normi koja reguliše ustavnu žalbu kao poseban instrument zaštite ljudskih prava izostalo izričito da se izričito navede da se ovaj instrument zaštite ljudskih prava koristi upravo pred Ustavnim sudom? Čime se može objasniti zašto Ustav ne upućuje na međunarodne izvore, upravo u vezi sa zaštitom ljudskih prava pred Ustavnim sudom u postupku po Ustavnoj žalbi?

2. Praksa međunarodnih institucija koje nadziru sprovođenje međunarodnih standarda ljudskih prava - okvir postupanja pri tumačenju ljudskih prava i odlučivanju o njihovoj zaštiti

U već više puta citiranoj odredbi člana 18 stav 3 Ustava Srbije, pored važećih međunarodnih standarda ljudskih i manjinskih prava Ustav upućuje i na praksu međunarodnih institucija koje nadziru sprovođenje međunarodnih standarda ljudskih prava.

Izvor tumačenja odredbi o ljudskim pravima i okvir postupanja organa koji odlučuju o njihovoj zaštiti je i praksa međunarodnih tela. Prema izričitoj ustavnoj odredbi izvor je samo praksa onih međunarodnih tela koja nadziru sprovođenje (monitoring) međunarodnih standarda ljudskih prava, ali ne i praksa međunarodnih sudskih organa koji su nadležni za zaštitu ljudskih prava, meritorno odlučuju o tome da li su ljudska prava povređena i izriču sankciju za povredu.

Nejasno je zašto se ustavotvorac opredelio da kao okvir za delovanje organa koji odlučuju o zaštiti ljudskih i manjinskih prava ustanovi samo praksu međunarodnih tela koja nadziru sprovođenje međunarodnih standarda ljudskih prava oslanjajući se tako na preporuke ovih tela kao instrument izgradnje standarda, a izostavlja da uputi i na praksu međunarodnih sudskih tela kao nesumnjivo mnogo značajniji pravni izvor za delovanje organa na području zaštite ljudskih prava. Ovo utoliko pre što Ustav izričito garantuje⁴⁴ pravo građana da se obrate međunarodnim institucijama radi zaštite svojih sloboda i prava.

⁴³ Član 170 Ustava Republike Srbije.

⁴⁴ Član 22 stav 2 Ustava Republike Srbije.

IV SUDSKA VLAST I ZAŠTITA LJUDSKIH I MANJINSKIH PRAVA - OSNOV I OKVIR DELOVANJA

Razmatranja o statusu međunarodnih izvora (potvrđeni međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava) ljudskih i manjinskih prava, posebno sa stanovišta njihove efektivne zaštite završavamo analizom sudske zaštite ljudskih prava. Odlučili smo da treći ogleđ o statusu međunarodnih izvora ljudskih i manjinskih prava posvetimo sudskoj zaštiti ljudskih i manjinskih prava. Rukovodilo nas je u tome više razloga, među kojima je nekoliko najvažnijih.

Sudska zaštita je primarni i nesumnjivo najvažniji i najčešći vid zaštite ljudskih prava. Ovaj oblik zaštite ljudskih prava pruža najširi prostor i mogućnosti da se neposredno demonstrira efektivna primena međunarodnih izvora ljudskih i manjinskih prava i tako pokaže da su ovi izvori i realno postali sastavni deo unutrašnjeg pravnog poretka i da se u praksi neposredno primenjuju. Naposljetku iako ne i najmanje značajno status sudske vlasti u ustavnom sistemu (nezavisnost sudova sa jedne strane i granice sudske nezavisnosti definisane ustavom sa druge strane) jedna je od najvažnijih pretpostavki vladavine prava i zaštite ljudskih prava.

Predmet pažnje biće tri ustavne odredbe, jedna koja se odnosi na status sudova, druga koja se odnosi na sudske odluke i treća koja reguliše status sudija. Ove odredbe biće analizirane samo iz ugla osnovne teme ovog priloga - statusa koji međunarodni izvori ljudskih prava imaju u pravnom sistemu i posebno u okviru sistema zaštite ljudskih prava kao osnov i okvir delovanja institucija koje odlučuju o zaštiti ljudskih i manjinskih prava. Analizom pomenutih odredbi Ustava pokušaćemo da odgovorimo na pitanje da li su načelna ustavna pravila o neposrednoj primeni potvrđenih međunarodnih ugovora i opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava koji predstavljaju deo pravnog poretka, konkretizovana i operacionalizovana u onim odredbama Ustava koje se neposredno odnose na organe (sudove u prvom redu) koji odlučuju o zaštiti ljudskih i manjinskih prava? S obzirom na to da je u postupku odlučivanja o zaštiti ljudskih prava moguće da nastupi situacija u kojoj je neophodno tumačenje odredbi o ljudskim pravima, a imajući u vidu ustavnu odredbu koja za ovakav slučaj upućuje i na međunarodne standarde ljudskih prava kao i praksu međunarodnih tela koji nadziru sprovođenje ljudskih prava, u razmatranje ćemo uključiti i ove izvore.

1. Status sudova – samostalnost i nezavisnost i propisi koji vezuju sud

U poglavlju o sudskoj vlasti, među načelima koja se odnose na sudstvo, Ustav reguliše status suda. *Sudovi su samostalni i nezavisni u svom radu*,⁴⁵ glasi ustavna norma koju, u skladu sa principom ograničene vlasti i vladavine prava (vlast u granicama prava) dopunjuje i pravilo koje postavlja pravni osnov i okvir delovanja suda - *sudovi sude na osnovu Ustava, zakona i drugih opštih akata (uz uslov da to predviđa zakon), opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i potvrđenih međunarodnih ugovora*.⁴⁶ Kao što sledi iz citirane ustavne odredbe opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori jesu pravni osnov i okvir zaštite ljudskih i manjinskih prava u sudskom postupku. Ova odredba operacionalizuje načelni ustavni princip da su opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori deo pravnog poretka kao i da se sud prilikom suđenja, dakle i kada odlučuje o zaštiti ljudskih prava, može pozvati na ove pravne izvore budući da oni definišu i okvir njegovog delovanja.

2. Sudske odluke – propisi na kojima se zasnivaju

To, međutim, neće biti slučaj sa ustavnom odredbom koja se odnosi na *sudske odluke* i pravne propise na kojima se one temelje. Među pravnim izvorima na kojima se zasnivaju sudske odluke, pored *Ustava, zakona i propisa donetih na osnovu zakona*, Ustav navodi samo *potvrđene međunarodne ugovore*,⁴⁷ a izostavlja opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava. Ustavne norme su kontradiktorne. Prema jednoj normi opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava jesu pravni izvor na osnovu koga *sudovi sude*,⁴⁸ dok se prema drugoj *sudska odluka* ne bi mogla bazirati na ovom izvoru, već samo na potvrđenom međunarodnom ugovoru, nezavisno od toga što bi sud mogao da sudi ne samo na osnovu potvrđenih međunarodnih ugovora već i na osnovu i u okviru opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava.

Ustav ne daje nedvosmislen odgovor na pitanje da li sud se prilikom suđenja, kada odlučuje o zaštiti ljudskih prava može (ili ne može) oslanjati i na potvrđene međunarodne ugovore i na opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i da li ga u postupanju u podjednakoj meri obavezuju oba međunarodna izvora ljudskih prava. Praktične konsekvence nejasnih i protivurečnih pravila na sudsku zaštitu

⁴⁵ Član 142 stav 2 Ustava Republike Srbije.

⁴⁶ Član 142 stav 2 in fine Ustava Republike Srbije.

⁴⁷ Član 145 stav 2 Ustava Republike Srbije.

⁴⁸ Član 142 stav 2 Ustava Republike Srbije.

Ljudskih prava kao primarni vid zaštite prava ozbiljno mogu ugroziti pravnu sigurnost i princip vladavine prava.

3. Status sudija – nezavisnost i propisi kojima su sudije potčinjene

*Razmotrimo i ustavnu normu koja reguliše status sudija i posebno nezavisnost sudija.*⁴⁹ Načelo nezavisnosti sudija predstavlja jedan vid ispoljavanja načela samostalnosti i nezavisnosti suda. I kao što je sud, premda samostalan i nezavistan, vezan pravom i prilikom ostvarivanja svojih nadležnosti deluje na osnovu i u okviru prava, tako su i sudije, iako nezavisne vezane pravom prilikom odlučivanja. Ustav propisuje da je *sudija u vršenju sudijske funkcije nezavistan i potčinjen samo Ustavu i zakonu.*⁵⁰ Nije teško zapaziti da se u ovom kontekstu Ustav zadržava samo na Ustavu i zakonu kao pravnim propisima kojih se sudija mora pridržavati u vršenju sudijskog posla, a da se uopšte ne pominju međunarodni izvori (ni opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava ni potvrđeni međunarodni ugovori).

Primetno je, takođe, da u poglavlju o sudskoj vlasti Ustav Srbije uopšte ne pominje ni institut *međunarodnih standarda ljudskih i manjinskih prava* kao ni *praksu međunarodnih tela koji nadziru sprovođenje ljudskih prava* na koje upućuje u poglavlju o ljudskim pravima, a u vezi sa tumačenjem odredbi o ljudskim pravima.⁵¹

* * *

Dovedene u vezu ove ustavne norme mogu biti povod da se postavi pitanje *kojim aktima su podčinjene sudije* (ustav i zakon), *u kojim će okvirima postupati kada budu sudili* (ustav, zakon, drugi opšti akt kada to propisuje zakon, opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori) i *na kojim će propisima biti utemeljene presude koje budu donosili* (ustav, zakon, propis donet na osnovu zakona i potvrđeni međunarodni ugovor) i naposljetku da li će prilikom tumačenja odredbi o ljudskim pravima moći da se rukovode *međunarodnim standardima ljudskih prava i praksom međunarodnih tela koja nadziru sprovođenje ljudskih prava*.

Umesto zaključka i za kraj ostavljam čitaocima da pokušaju da odgovore na postavljeno pitanje. Odgovor koji budu dali biće ujedno i pokazatelj o (ne)moгуćnostima zaštite ljudskih prava.

⁴⁹ Član 149 Ustava Republike Srbije.

⁵⁰ Član 149 stav 1 Ustava Republike Srbije.

⁵¹ Član 18 stav 3 Ustava Republike Srbije.

Marijana Pajvančić, LL.D,

Professor, Faculty of Law, University of Novi Sad

CONTROVERSIES OF THE CONSTITUTIONAL FRAMEWORK OF HUMAN RIGHTS' PROTECTION

Summary

The subject matter of this paper is the constitutional framework for the protection of human rights, including its range, limitations and controversies. The central question this paper will try to address is extremely practical. The author's aim is to examine whether the constitutional framework for the protection of human rights, set forth in the new Serbian Constitution, is a reliable foothold for the constitutional protection of human rights and a clear guide for institutions and individuals practically involved in human rights' protection.

The starting point in answering this question are the new constitutional solutions, which lay down a more distinctive constitutional framework of guaranteed human rights and reinforce the system of constitutional protection of human rights, such as: the recognition and acceptance of international human rights standards and their implementation into the internal law; the direct application of human rights guaranteed by the Constitution; international legal protection of human rights; the direct constitutional protection of human rights in the procedure on constitutional appeal; more specific conditions and ultimate boundaries for imposing limitations on human rights; new constitutional institutions within the system of human rights' protection; new instruments of human rights' protection, etc.

In this paper, the author points out to the significance which these new constitutional solutions have in securing the effective protection of constitutionally guaranteed human rights. The focal point is, however, a critical assessment of those constitutional solutions that may cause problems in the practical application of the human rights' protection system and give rise to some divergence, resulting in a relativisation of the human rights' protection system (for example, the status of the international sources on human rights in the constitutional system, particularly from the aspect of human rights protection); the absence of clear criteria and framework which would be binding for the court and the judges in decision-making processes on the human rights protection; unclear or contradictory norms regarding the contents of some human rights; a different constitutional status of certain rights; the absence of clear constitutional

guarantees for some very important human rights; the legal gaps which make allowances for discretionary powers of the authorities and institutions directly involved in the proceedings or decision-making processes on human rights' protection; the internal contradictions and inconsistencies in the constitutional concept of human rights' protection, etc). In this paper, the constitutional norms will be classified according to their nature, the type of flaw they include, and the effect these norms have on human rights' protection. The analysis includes several specific case studies.

Dr Irena Pejić,

profesorka Pravnog fakulteta u Nišu

GARANCIJE LJUDSKIH PRAVA U NACIONALNOM PORETKU: USTAVNOSUDSKA ZAŠTITA^{1*}

UDK: 342.72/.73:342.565.2(497.11)

Apstrakt

U radu je prikazan mehanizam ustavnosudske zaštite ljudskih prava ostvaren kroz ustavnu žalbu, kao jedan od najvažnijih pravnih instrumenata zaštite prava građana u nacionalnom pravnom sistemu. U prvom delu rada izložena su uvodna razmatranja o konceptu zaštite ljudskih prava u dva sistema: nacionalnom i međunarodnom sistemu zaštite. U tom cilju, načelno je razmatran odnos između garancija na nivou „sistema ljudskih prava“ i „sistema ustavnih prava“ u uporednim pravnim sistemima. Mehanizam zaštite ljudskih prava po ustavnoj žalbi nužno otvara pitanje odnosa ustavnog suda i redovnih sudova u nacionalnom sistemu zaštite, o čemu se izlaže u drugom delu rada. Kritička analiza ustavnih rešenja u Srbiji, data u trećem i četvrtom delu rada, zasnovana je na normativnom okviru za funkcionisanje Ustavnog suda Srbije i zakonskim pretpostavkama za ostvarivanje prava građana na ustavnosudsku zaštitu. Razlog za ovakav pristup u analizi je izostanak ustavnosudske prakse u Srbiji i nepostojanje ustavnog osnova za direktno uključivanje Ustavnog suda Srbije u sistem pravne zaštite ljudskih prava sve do donošenja Ustava Srbije (2006).

Ključne reči: ljudska prava, ustavnosudska kontrola, ustavna žalba.

I

Istorijski izvori ljudskih prava potiču iz filozofskih rasprava koje su se razvijale tokom vekova i to pretežno oko ideje o „slobodi“.² Konstitucionalizacija ljudskih prava povezana je sa uspostavljanjem koncepta pravne države koji je ispoljen u

¹ Rad je rezultat istraživanja na projektu: "Pristup pravosuđu – instrumenti za implementaciju evropskih standarda u pravni sistem Republike Srbije" br. 149043D koji finansira Ministarstvo nauke i zaštite životne sredine Republike Srbije.

² Istorijski koreni osnovnih prava u Evropi sežu do trinaestog veka i prvih pravnih izvora, kao što je *Magna Carta Libertatum* doneta u Engleskoj 1215. godine. Paralelno sa tim nastale su i razvijale se pravne teorije o ljudskim pravima. (Opširnije o Velikoj povelji sloboda: S. Avramović, „Magna Carta Libertatum“, u *Temelji moderne demokratije (Izbor deklaracija i povelja o ljudskim pravima 1215-1989)*, Beograd: IRO Nova knjiga, 1989, str. 47-53)

zahtevu da se ograniči apsolutna vlast. Funkcionisanje pravne države neodvojivo je od ustavnih garancija osnovnih prava, pri čemu ustavne garancije obuhvataju istovremeno proklamovanje i zaštitu osnovnih prava. Proces konstitucionalizacije ispunio je zahteve u pogledu proklamacije ljudskih prava. Sa druge strane, internacionalizacija u ovoj oblasti doprinela je oblikovanju ljudskih prava na poseban način. Tradicionalni mehanizmi međunarodnog prava u pogledu odnosa između suverenih država i mehanizmi nacionalnog (prvenstveno ustavnog) prava u pogledu odnosa između države i građanina, pretočeni su u nove relacije koje dopuštaju da međunarodno pravo „determiniše“ odnose suverenih država prema svojim građanima.³

U savremenoj ustavnoj državi i međunarodnoj zajednici primarni zadatak sadržan je u pronalaženju oblika efektivne pravne zaštite ljudskih prava.

Evropski sistem zaštite ljudskih prava proizilazi iz Evropske konvencije o ljudskim pravima (1950). Međutim, izraz „osnovna prava“ (*grundrechte - basic rights*), preuzet iz nemačke pravne doktrine, ostao je dominantan kako u praksi evropskih organa za zaštitu ljudskih prava, tako i u praksi velikog broja evropskih nacionalnih ustavnih sistema. Na ovaj način naglašava se njihova ustavna priroda i obezbeđuje funkcionisanje internih, odnosno pravnih garancija u nacionalnom pravnom poretku.⁴ Reč je, naime, o tome da se tradicionalno sistemi garancija prava mogu razvrstati u dve grupe: garancije ustavnih prava i garancije ljudskih prava. Dok su garancije ustavnih prava razvijene u nacionalnom pravnom poretku i ustav predstavlja njihovo osnovno ishodište, dotle je proces internacionalizacije sa garancijama prava na međunarodnom planu oblikovao sistem ljudskih prava. Polazeći od pretpostavke da su „opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori“ sastavni deo nacionalnog pravnog poretka Republike, Ustav Srbije (2006) promovisao je koncept „ljudskih i manjinskih prava“.

U širokom spektru instrumenata za zaštitu ljudskih prava (sudski, upravni, postupak zaštite preko zaštitnika građana i dr.) posebno mesto u nacionalnom pravnom poretku zauzima ustavnosudska zaštita ljudskih prava. Ustavni sud se često označava, i to pretežno u nemačkoj pravnoj literaturi, kao „zaštitnik osnovnih prava“.⁵ S obzirom na potrebu uspostavljanja pravne države u kojoj su ljudska prava primarna i viša od vlasti, a sa ciljem da se dovede u potrebnu ravnotežu sistem podele vlasti, ustavni sud ima zadatak da obezbedi zaštitu ustavnosti u formalnom i materijalnom smislu.

³ Upor. R.K.M.Smith, *International Human Rights*, Oxford University Press, 2003, p. 7

⁴ Upor. G.L.Neuman, „Human Rights and Constitutional Rights“, *Stanford Law Review* (55) 2003, pp. 1863-1900

⁵ Prema: Y.Mény & A.Knapp, *Government and Politics in Western Europe: Britain, France, Italy, Germany*, Oxford University Press, 1998, p. 347

Danas je sistem ustavnosudske kontrole preovlađujući u evropskim državama.⁶ Evropski model sudske kontrole ima obeležja „centralizovane kontrole“ koju obavljaju isključivo ustavni sudovi, dok se za američki sistem može reći da pripada tipu „decentralizovane kontrole“ koju obavljaju svi redovni sudovi.⁷ Donošenjem građanskih ustava krajem prošlog veka veliki broj bivših socijalističkih zemalja Istočne i Centralne Evrope ustanovio je ustanovnosudsku kontrolu ustavnosti u cilju obezbeđenja principa pravne države, prvenstveno radi zaštite ljudskih prava i ostvarivanja sistema podele vlasti.

Ustavni sudovi postsocijalističkih zemalja u prvoj fazi razvoja prvenstveno su raspravljali pitanja u oblasti podele i funkcionisanja vlasti u ustavnom sistemu. Bez obzira na značaj i opšti konsenzus o važnosti i mestu ljudskih prava u pravnoj državi, podela vlasti bila je pretežno izvor različitih zloupotreba koje su bile ozbiljna pretnja novim demokratijama. Osim toga, sporovi vezani za odnose između ustavnih organa doveli su indirektno do povreda individualnih prava kršeći osnovne principe pravne države. Ustanovljavanje sistema ustavnosudske zaštite u novim demokratijama izazvalo je talas obraćanja građana ustavnom sudu, što je proisteklo iz početnog entuzijazma i poverenja građana u ovaj ustavni organ.⁸

Zaštita prava i uspostavljanje ustavne demokratije u novim građanskim državama zahteva aktivnu ulogu ustavnog suda i njegovu nezavisnu poziciju u sistemu podele vlasti. Međutim, ustavni sud ni u zapadnim demokratijama nema potpunu nezavisnost prema ostalim ustavnim organima u procesu odlučivanja (kao što su zakonodavna i izvršna vlast), kao i prema političkim partijama. Zato

⁶ U Evropskoj uniji od 27 zemalja članica Unije 18 zemalja primenjuje oblik ustavnosudske kontrole: Austrija, Belgija, Francuska (Ustavni savet vrši prethodnu kontrolu ustavnosti, ali se može svrstati u kontinentalni model), Nemačka, Italija, Portugalija, Španija, Kipar, Češka, Mađarska, Letonija, Litvanija, Malta, Poljska, Slovačka, Slovenija, Rumunija i Bugarska.

⁷ „Centralizovana kontrola“ proizilazi iz „dualističke“ sudske strukture, koju čine: redovni sudovi i ustavni sudovi. Za razliku od ovog, „decentralizovani“ model je strukturiran monistički, kao u SAD, gde sudska grana vlasti jedinstveno ostvaruje obe funkcije: redovnu sudska i ustavnosudsku funkciju. (Upor. A.Lijphart, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, London: Yale University Press, 1999, pp. 225-230; V.F.Comella, „The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism“, *Texas Law Review* Vol. 82 (2004) p. 1705)

⁸ Tako su građani Ruske Federacije, nakon donošenja Ustava (1993) i uspostavljanja pravnog okvira za zaštitu individualnih prava, obilno koristili ovo sredstvo pravne zaštite. Tome je doprinela opšte svest i zahtevi da se favorizuje uloga ustavnog suda u zaštiti osnovnih prava. (Upor. L.Epstein, Knight, J. & Shvetsova, O. „The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government“, *Law & Society Review* Vol. 35, No 1 (2001), pp. 147-148)

pozicija ustavnog suda zavisi u velikoj meri od pravnog i političkog ambijenta u kome sud odlučuje i koji obezbeđuje izvršavanje i sprovođenje njegovih odluka.⁹ Ako se ovome doda činjenica da se u novim sistemima radi na uspostavljanju ustavne demokratije, onda je funkcija ustavnog suda još i dodatno opterećena zahtevima koji se tiču njegove nezavisnosti, legitimacije i autoriteta prema ostalim nosiocima vlasti.

U najširem smislu, ustavni sudovi ostvaruju zaštitu ljudskih prava preko svoje osnovne nadležnosti da ocenjuju saglasnost normativnih akata sa ustavom i na taj način interpretiraju ustavne odredbe u okviru apstraktne kontrole ustavnosti. Sistem ustavnosudske kontrole treba da pruži generalne garancije u državi zasnovanoj na vladavini prava. Ustavnom sudu je dopušteno da interpretira ustavne norme saglasno teoriji o „otvorenoj ustavnoj normi“ i da, saglasno principu proporcionalnosti, ocenjuje koja akcija vlasti je „neophodna, odgovarajuća i neprekomerna“.¹⁰ Da bi ustavni sud ostvario dobru ravnotežu u oceni ustavnosti od njega se, u najmanju ruku, očekuje da proceni koji „ustavni benefit“ će prevagnuti, odnosno, da najveća „korist“ bude dostignuta najmanjom „cenom“.¹¹

U cilju uspostavljanja efektivne pravne zaštite ljudskih prava, ustavna žalba je garantovana u velikom broju tzv. novih demokratija (u Češkoj, Slovačkoj, Mađarskoj, Rusiji, Sloveniji, Poljskoj i Hrvatskoj).¹² Uspostavljanje ustavnosudske zaštite prava putem ustavne žalbe uklapa se u sistem generalne zaštite osnovnih prava u evropskom pravnom prostoru saglasno Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima (1950). Evropski sistem zaštite osnovnih prava obezbeđuje da se Evropski sud za ljudska prava ovim pitanjem bavi tek po iscrpljivanju svih raspoloživih sredstava pravne zaštite u nacionalnom sistemu. Saglasno Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda Evropski sud „može uzeti predmet u postupak tek kada se iscrpu svi unutrašnji pravni lekovi, u skladu sa opštepriznatim

⁹ *Ibidem*

¹⁰ Slično je i u postupanju Ustavnog saveta Francuske koji odlučuje u skladu sa „fundamentalnim principima koje ustanovljava pravo Republike“. (Y.Mény & A.Knapp, *op.cit.*, p. 348)

¹¹ A.S. Sweet, *Governing with Judges – Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, 2000, p. 97

¹² Tako je Zakonom o Ustavnom sudu Ruske Federacije predviđena mogućnost podnošenja individualnih i kolektivnih žalbi Ustavnom sudu ukoliko su povređena ustavna prava i slobode građana, udruženja građana i drugih tela ili lica koje je utvrdio federalni zakon. Dva su uslova za ulaganje ustavne žalbe u Rusiji: 1) da su povređena ustavom garantovana prava i slobode; 2) da je povreda učinjena primenom prava (zakona) ili da je ona bila predmet primene u tačno određenom slučaju pred sudskim ili drugim državnim organom. (Čl. 97. Saveznog ustavnog zakona o Ustavnom sudu Ruske Federacije, 21.7.1994)

načelima međunarodnog prava, i u roku od šest meseci kada je povodom njega doneta pravosnažna presuda“ (čl.35.st.1). U nacionalnom pravnom sistemu, ustavna žalba predstavlja poseban instrument pravne zaštite sa karakteristikama vanrednog pravnog leka koji obezbeđuje zaokruženu zaštitu ljudskih prava u ustavnom poretku.

II

Razmatrajući ustavne žalbe ustavni sud kao specijalni ustavni organ, koji nije obuhvaćen sudskom granom vlasti, dolazi u neposredan i direktan kontakt sa redovnim sudovima.¹³ Generalno govoreći, tu ima mesta da se razvije svojevrsan konflikt ili rivalitet između ustavnog i redovnih sudova. Međutim, ustavni sud nikako ne nastupa kao „visoka“ ili „najviša“ sudska instanca prema redovnim sudovima. Uprkos tome što na svojevrsan način preispituje odluke redovnih sudova, ustavni sud svoje istraživanje zadržava isključivo na tzv. ustavnom pitanju, koje je sadržano u ispitivanju potencijalne povrede prava građana. Da tu ne postoji odnos subordinacije pokazuje i to da odluke ustavnog suda ne sadrže razmatranje ili odlučivanje o predmetu o kome je redovni sud odlučivao. Ustavni sud svojom odlukom ukida pojedinačni pravni akt ukoliko su njime povređena osnovna prava i ova odluka može biti osnov za ostvarivanje prava građana na nadoknadu štete.

Ustavnosudska kontrola u postupku po ustavnoj žalbi zadržava obeležja naknadne kontrole, zato što je primenjen princip supsidijarnosti u pogledu ispunjenosti uslova za podnošenje ustavne žalbe. Procesna pretpostavka za ulaganje ustavne žalbe sadržana je u zahtevu da su iscrpljeni raspoloživi putevi pravne zaštite pred redovnim sudskim i drugim organima, kao i u slučaju da nisu predviđeni drugi oblici pravne zaštite.

Postupajući po ustavnim žalbama ustavni sud ostvaruje svoju funkciju „kontrole shvatanja“ ili „kontrole razumevanja“ ustavnog prava. Ustavni sud ne ispituje proceduru i način odlučivanja redovnih sudova, već je njegov zadatak da ispita shvatanje ustavnog prava od strane redovnog suda. Polazi se od pretpostavke da je važeće tzv. ustavno pravo i ne ulazi se u domen drugih grana prava (na primer, krivičnog ili građanskog prava). Ustavni sud vrši kontrolu „ustavne opravdanosti“ u razumevanju osnovnih prava, odnosno prava garantovanih ustavom i potvrđenim međunarodnim ugovorima.

Sledeća bitna karakteristika u odnosima između ustavnog i redovnih sudova je ta što svojom odlukom ustavni sud ne zamenjuje odluku redovnog suda koja je bila

¹³ Uprkos uspostavljenom načelu podele vlasti, ustavni sud razvija specifične odnose sa organima zakonodavne i sudske vlasti. Rešavajući o ustavnom sporu ovaj sud se kreće u svom specifičnom „ustavnom prostoru“ koji se u nekim elementima prepliće sa „sudskim“ i „političkim“ prostorom. (Upor. A.S.Sweet, *op.cit.*, 2000, p. 33)

predmet napada po ustavnoj žalbi.¹⁴ Ustavnosudska odluka predstavlja pravni osnov da se podnese zahtev za naknadu štete ili da se otklone druge štetne posledice izazvane dejstvom pojedinačnog pravnog akta koji je bio predmet razmatranja pred ustavnim sudom.

U ovom slučaju Sud postupa kao specijalna instanca odlučujući po žalbama građana po principu *inter partes*, što predstavlja izuzetak u odnosu na generalno *erga omnes* pravilo u funkcionisanju ustavnosudske kontrole. Za razliku od apstraktne kontrole ustavnosti, nadležnost Ustavnog suda po ustavnoj žalbi mogla bi se nazvati „ocena mikro-ustavnosti“ („*the review of micro-constitutionality*“).¹⁵ Prema izvornom shvatanju o ulozi ustavnog suda, ustavnosudska kontrola u apstraktnom ustavnom sporu daje ustavnom sudu obeležje „negativnog zakonodavca“.¹⁶ Sa druge strane, nadležnost Ustavnog suda da odlučuje o ustavnoj žalbi predstavlja mogućnost da se ustavnosudska kontrola ispolji kao „pozitivna“ funkcija. U ovom slučaju sud ne samo da interpretira ustavne norme već, u potrebnoj meri, popunjava njihovu pravnu sadržinu i konkretizuje njihovu funkciju.

III

Uprkos tome što ustavna žalba nije potpuno nepoznato sredstvo pravne zaštite osnovnih prava u domaćem pravnom sistemu,¹⁷ Ustavni sud Srbije nalazi se pred ozbiljnim zadatkom da obezbedi efektivnu pravnu zaštitu i garanciju ustavom proklamovanih prava i sloboda i osigura funkcionisanje principa ustavnosti i zakonitosti.¹⁸ Čl. 170. Ustava Srbije (2006), koji uspostavlja zaštitu osnovnih prava

¹⁴ Upor. "Interrelations between Constitutional Court and Ordinary Courts" (report), European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Baku, Azerbaijan, 9-10.November, 2006 (CCS 2006/11)

¹⁵ Upor. G.Harutyunyan & A.Mavcic, *Constitutional Review and its Development in the Modern World: a Comparative Constitutional Analysis*, Yerevan-Ljubljana, 1999, p. 157

¹⁶ U tom kontekstu može se navesti Kelzenovo viđenje (1942) ustavnog suda koji funkcioniše u oblasti apstraktne kontrole ustavnosti kao "negativni zakonodavac" ("*negative legislator*"), dok je funkcija "pozitivnog zakonodavca" prepuštena parlamentu. (Citirano prema: R.Hague & M.Harrop, *Comparative Government and Politics: an Introduction*, Palgrave Macmillan, 2004, p. 214)

¹⁷ Ustavna žalba nije potpuno nepoznata u domaćem pravnom sistemu. Ona je bila regulisana u doba socijalističke ustavnosti, a bila je uređena federalnim Ustavom SRJ (1992) i Ustavnom poveljom Državne zajednice Srbija i Crna Gora (2003). Prethodni Ustav Srbije (1990) nije predviđao ustavnu žalbu kao posebno pravno sredstvo zaštite građana pred Ustavnim sudom.

¹⁸ Prva pretpostavka, sadržana u zahtevu da ustav i zakon pruže pravni okvir za uspostavljanje efektivne ustavnosudske kontrole je ispunjena. Osim nje, očekivano je da budu ispunjene i druge, kao što su "ustavni identitet zajednice" i "spremnost svih aktera

pred Ustavnim sudom, glasi: „Ustavna žalba se može izjaviti protiv pojedinačnih akata ili radnji državnih organa ili organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja, a kojima se povređuju ili uskraćuju ljudska ili manjinska prava i slobode zajemčene Ustavom, ako su iscrpljena ili nisu predviđena druga pravna sredstva za zaštitu.“

Nadležnost Ustavnog suda da odlučuje o ustavnim žalbama građana ne sme biti shvaćena kao postavljanje ovog ustavnog organa na vrh piramide u organizaciji redovnog sudstva. Ulaganje ustavne žalbe ne izaziva preispitivanje sadržine pojedinačnog pravnog akta u smislu njegove zakonitosti i ocene činjeničnog stanja. Ustavni sud je u svojoj nadležnosti ograničen na ispitivanje da li je odlukom suda povređeno ustavom garantovano pravo, kao i da li je isto pravo povređeno u postupku koji je vođen pred nadležnim organom. Iz ovoga proizilazi da sudska odluka ne mora biti obavezno „objektivno nekorektna“, već samo da ona sadrži „fundamentalno pogrešno“ shvatanje osnovnog prava.¹⁹

U postupku ustavnosudske zaštite ljudskih prava Ustavni sud pruža jednaku zaštitu tzv. substancijalnim pravima, kao i procesnim pravima koje Ustav garantuje. U postupku zaštite procesnih prava pred Ustavnim sudom redovni sudovi se pojavljuju u dvostrukoj ulozi: prvo, oni su u pravnom poretku primarni zaštitnik prava građana i drugo, oni mogu svojim postupanjem i/ili aktima da ugroze ustavom garantovana prava u redovnom sudskom postupku. Posebnu pažnju zaslužuje zaštita ljudskih prava procesnog karaktera koja su povređena u postupku pred sudskim organima. Povredu može da trpi ne samo fizičko već i pravno lice, što se sve u krajnjoj liniji odražava na garancije pravičnog suđenja koje su predviđene ustavom. Tako, na primer, ustavna garancija na pravično saslušanje pred sudom može biti povređena kako procesnim zakonom tako i u konkretnom slučaju, postupanjem suda. Osnovna prava materijalnog karaktera, kao što su ustavni princip jednakosti građana, princip *nullum crimen, nulla poena sine lege*, pravilo *non bis in idem*, pravo na pravično suđenje (čl. 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima), pretpostavka nevinosti i druga prava mogu biti

političke zajednice" da obezbede nezavisnu ustavnosudsku kontrolu. (Upor. M.Pajvančić, *Srbija između ustava i ustavnosti*, Beograd: Helsinški odbor za ljudska prava u Srbiji, 2005, str. 16-17)

¹⁹ U praksi nemačkog Ustavnog suda koristi se formulacija „specifično ustavno pravo“, koja je u pravnoj literaturi često kritikovana, jer ona ne sadrži objektivne kriterijume za razgraničenje situacije kada je povređeno ustavno i kada je povređeno neko drugo pravo, na primer, zakonsko pravo. (Upor. M.Singer, “The Constitutional Court of the German Federal Republic: Jurisdiction over Individual Complaints”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 31, No 1, 1982, p. 339; C.Rüth & K.Lohse, “Constitutional Review of Decisions of non Constitutional Courts by the German Federal Constitutional Court” (report), *European Commission for Democracy through Law* (Venice Commission, CCS 2005/11), Brno, Czech Republic, 14-15 November, 2005, p. 5)

povređena u procesu pred nadležnim državnim organom. Izuzetno, ustavna žalba može biti usmerena i na vrstu dokaza u sudskom, najčešće krivičnom postupku kojim je, na primer, povređeno osnovno pravo na dostojanstvo čoveka ili povređena neprikosnovenost stana.²⁰

Ustavnosudska zaštita u oblasti ljudskih prava ne može imati isključivo za cilj konstataciju postojanja neustavnosti u konkretnom slučaju. Konstatacija neustavnosti može da izazove efekat u generalnom smislu, ako se posmatra funkcija ustavnog suda kao „čuvara ustava“ i garanta pravnog poretka. Sa aspekta pojedinca, čija su prava ugrožena, ova konstatacija nema neki naročiti značaj. Zato je od posebnog značaja ovlašćenje Suda da direktno utiče na restauraciju povređenog ili ugroženog osnovnog prava.²¹ U skladu sa Zakonom o Ustavnom sudu Srbije, odlukom Ustavnog suda osporeni pojedinačni akt može biti *poništen*, odnosno može biti zabranjeno dalje vršenje neke radnje ili naređeno vršenje druge radnje.²² Nepreciznost zakonske formulacije (*ponišćavanje pojedinačnog akta*) može da izazove nedoumice o dejstvu ustavnosudske odluke.

O dejstvu ustavnosudskih odluka dosta se raspravljalo u pravnoj teoriji.²³ Rasprava je, naime, fokusirana na pitanje da li je funkcija ustavnog suda sadržana u tome da ispravi nepravdu od trenutka kada je ona učinjena ili od trenutka kada je odluka ustavnog suda doneta. Ova dilema je sasvim osnovana kada je u pitanju apstraktan ustavni spor. Razlozi pravne sigurnosti odneli su prevagu i odluke ustavnog suda deluju, po pravilu, za ubuduće (*ex nunc*) i one su ukidajućeg karaktera. Poništavanje normativnog akta, odnosno ustavnosudska odluka sa retroaktivnim dejstvom, imalo bi za posledicu potpuno brisanje akta iz pravnog poretka, što bi moglo da utiče na pravnu sigurnost građana.

Sa druge strane, „ponišćavajuće“ dejstvo ustavnosudske odluke u postupku po ustavnoj žalbi može da izazove korisne efekte sa aspekta pojedinca, tj. građanina o čijim se pravima raspravlja. Međutim, čini se da zakonodavac nije bio dosledan u određivanju pravnog dejstva ustavnosudske odluke. U zakonskoj odredbi čl. 89 predviđena je mogućnost poništavanja pravnog akta, ali i eksplicitno „pravno dejstvo“ odluke Ustavnog suda „od dana dostavljanja učesnicima u postupku“.

²⁰ U najvećem broju slučajeva ova oblast zaštite odnosi se na oblast krivičnog prava. Međutim, određena pitanja mogu biti predmet zaštite u porodičnom pravu, kao na primer, osnovno pravo na porodicu i zaštitu roditeljstva, tj. zaštitu dece. U oblasti građanskog prava, to su osnovna prava vezana za privatnu svojinu, privatno preduzetništvo, kao i određena prava koja proističu iz radnog odnosa.

²¹ G.Dannermann, „Constitutional Complaints: The European Perspective“, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 43, No. 1, 1994, pp. 149-150

²² Čl. 89 Zakona o Ustavnom sudu Srbije (Sl. Glasnik Republike Srbije br. 109/07)

²³ Upor. V.Čok, *Vrste i dejstvo odluka ustavnih sudova*, Beograd: Institut za uporedno pravo, 1972, str. 63-71

Nema sumnje da odluka Ustavnog suda deluje *pro futuro*, tj. za ubuduće i ona predstavlja pravni osnov za podnošenje zahteva za naknadu štete i otklanjanje drugih posledica pred nadležnim organom.

Ustavnosudska zaštita ljudskih prava u domaćem pravnom sistemu zadržala je obeležja ustavnosudske kontrole kao naknadne kontrole. Ustavna žalba se izjavljuje ako su „iscrpljena ili nisu predviđena druga pravna sredstva za njihovu zaštitu“ (čl. 170. Ustava). Zakon o Ustavnom sudu, međutim, odstupio je od navedenog pravnog uslova u cilju ostvarivanja potpune i efektivne pravne zaštite u slučaju povrede prava na suđenje u razumnom roku. Tako je dopustivo podnošenje ustavne žalbe i ako nisu iscrpljena sva raspoloživa pravna sredstva „u slučaju kada je podnosiocu žalbe povređeno pravo na suđenje u razumnom roku“ (čl. 82 st. 2 Zakona). Na ovaj način ispunjene su garancije iz Evropske povelje o ljudskim pravima da svako ima pravo na „pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom“.²⁴ Praksa Evropskog suda za ljudska prava može biti od koristi za postupanje Ustavnog suda u ovim situacijama, mada ovaj Sud nema precizan stav o tome koji je to „razuman rok“ za postupanje sudskih organa.

IV

Predmet ustavnosudske zaštite po ustavnoj žalbi u Srbiji široko je Ustavom postavljen, jer se zaštita generalno pruža svim ljudskim i manjinskim pravima i slobodama koje su zajemčene Ustavom. Ovo je istovremeno najšire ustavno određivanje sadržine zaštite putem ustavne žalbe. U velikom broju ustava, međutim, tačno su određena i pobrojana ustavna prava koja uživaju ovaj oblik specijalne zaštite.²⁵ Tako se Zakonom o Saveznom ustavnom sudu Nemačke preciziraju prava zaštićena ustavnom žalbom i to osnovna prava (*Grundrechte*) iz člana 1. do 19. Osnovnog zakona.²⁶

²⁴ Čl. 6 st 1 Evropske konvencije o ljudskim pravima (1950)

²⁵ Tako je Ustavom Belgije građanima bilo dopušteno da intervišu pred Ustavnim sudom (*Court of Arbitration*) samo u tri slučaja u odnosu na 22 ustavne odredbe o ljudskim pravima (deo II Ustava) i to u slučaju povrede jednakosti pred zakonom (čl. 10), primene principa nediskriminacije u pogledu uživanja prava i sloboda (čl. 11) i povrede slobode obrazovanja (čl. 24). (Čl. 142. Ustava Belgije). Od 2003. godine ova oblast zaštite proširena je na sva ustavom garantovana prava. (Upor. P.Popelier, “The Role of the Belgian Constitutional Court in the Legislative Process”, *Statute Law Review* Vol. 26, No 1, 2005, p. 24)

²⁶ Tako su u odredbama članova 1. do 17. Osnovnog zakona sadržana substancijalna prava, kao što su sloboda izražavanja, okupljanja, kretanja, religije, pravo na imovinu, profesiju (zanimanje), državljanstvo, porodicu i druga. Osim toga, članovima 17a, 18. i 19. uspostavljeni su standardi pravičnosti u pogledu zakonskih ograničenja prava zaštićenih ustavom. Međutim, Savezni ustavni sud štiti i prava koja su „slična osnovnim pravima“,

Osnovni ustavni princip sadržan je u odredbi o neposrednoj primeni zajemčenih prava (čl. 18 Ustava), koji obezbeđuje uspostavljeni sistem ljudskih i manjinskih prava prvenstveno prema zakonodavcu. Zakonom se može propisati „način ostvarivanja“ zajemčenih prava, ali se pri tome ne može dirati u „suštinu zajemčenog prava“. Direktno dejstvo ustavnih odredaba o ljudskim pravima predstavlja dostignuće savremene građanske ustavnosti.²⁷

U skladu sa Ustavom Srbije domaći sudovi su, kao i Ustavni sud Srbije, upućeni na sistem garancije ljudskih prava. „Sistem ljudskih prava“ nastao je očigledno iz namere da se međunarodni standardi i potvrđeni međunarodni ugovori primene u potpunosti u oblasti prava i sloboda građana. Ovom konceptu (i nameri ustavotvorca) ne može se prigovoriti, ali postoji problem tumačenja i dovođenja u vezu ovog sa ustavnim principom o odnosu izvora nacionalnog i međunarodnog prava. Reč je, naime, o sistemskoj interpretaciji dva važna ustavna principa. Sa jedne strane, opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni su deo pravnog poretka Republike, a sa druge strane, svi potvrđeni međunarodni ugovori moraju biti u skladu sa Ustavom. Time se dolazi do preoblikovanja početnog koncepta, odnosno, sistem garancija „ljudskih prava“ pretočen je u sistem garancija „ustavnih prava“. Međutim, kako se od ustavnih organa očekuje da zaštitu ovim pravima pruže „saglasno važećim međunarodnim standardima“, kao i saglasno „praksi međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje“ (čl. 18 st. 3), to bi se moglo primeniti pravilo o funkcijama i dejstvu „osnovnih prava“ u nacionalnom pravnom poretku.

Ovaj zaključak proizilazi iz tri pretpostavke o dejstvu osnovnih prava u ustavnom sistemu. Prvo, njihovo utemeljenje u pozitivnom pravu, koje obuhvata nacionalne i međunarodne izvore, pruža legitimnu osnovu u pogledu opšte „političke saglasnosti“ o funkcijama ljudskih prava. Drugo, njihova suprapozitivna snaga proizilazi iz opštih principa vladavine prava koji predstavljaju izvor za legitimizaciju pozitivnopravnih izvora, pa čak i kada je reč o ustavu kao najvišem opštem pravnom aktu države. Konačno, treća pretpostavka sadržana je u institucionalnom okviru za interpretaciju i realizaciju garantovanih prava i sloboda u ustavnom sistemu.²⁸

kao što su pravo (čl. 20.4) da se pruži otpor neprijateljima demokratije kad sve ostalo propadne, uspostavljanje nediskriminacije u oblasti javnih službi (čl. 33) i pravo glasa (čl. 38). Najčešće vođeni postupci po ustavnoj žalbi bili su u slučajevima povrede odredaba kojima se garantuje zakoniti sud (čl. 101. Ustava) i pravično suđenje (čl. 103), kao i u slučaju fer tretmana prema licima lišenim slobode (čl. 104).

²⁷ U Francuskoj je, na primer, direktna primena ustavom garantovanih prava započela tek 1970-tih godina, kada je Ustavni savet inicirao preuzimanje seta istorijskih dokumenata o ljudskim pravima. (Upor. A.S.Sweet, *op.cit.*, 2000, rr. 93-94)

²⁸ Upor. G.L.Neuman, *op.cit.*, pp. 1866-1872

U svetlu ustavne odredbe o važenju međunarodnih izvora prava, tj. da su opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni deo pravnog poretka Republike (čl. 16 st. 2 Ustava), garancije osnovnih prava proizilaze iz neposredne primene međunarodnih dokumenata o ljudskim pravima koje je država potvrdila.²⁹

Konačno, na situaciju ljudskih i manjinskih prava građana u Srbiji uticaće značajno implementacija i sprovođenje osnovnih ustavnih principa. Prvi ustavni princip izražen je u generalnom stavu da su ustavom garantovana prava neposredno primenljiva prava. Zakonska razrada ljudskih i manjinskih prava dopuštena je samo u pogledu načina ostvarivanja ovih prava i to pod uslovom: 1) ako je to Ustavom izričito predviđeno, 2) ako to proističe iz prirode samog prava, koja zahteva zakonsku razradu, 3) ako zakon „ne utiče na suštinu zajemčenog prava“ (čl. 18 Ustava Srbije).

Drugi ustavni princip izražava vrednost subjektivnih prava i potrebu zaštite objektivnog pravnog poretka, jer se zaštitom individualnih prava građana istovremeno obezbeđuje zaštita javnog poretka. U tom cilju, odredbe o ljudskim i manjinskim pravima treba da budu tumačene „u korist unapređenja vrednosti demokratskog društva“ (čl. 18 st. 3 Ustava). Primeri u uporednoj ustavnosudskoj praksi pokazuju da „interesi pojedinca“ treba da budu sagledani sa dve strane: prvo, prema javnoj vlasti i to sa ciljem da se ograniči samovolja vlasti, i drugo, prema pojedincu i to sa ciljem da se obezbedi zaštita objektivnog pravnog poretka i funkcionisanje pravne države.³⁰

²⁹ Jedno od važnih pitanja u pogledu primene međunarodnih instrumenata za zaštitu ljudskih prava, po mišljenju V.Dimitrijevića, a sagledano u svetlu funkcionisanja Državne zajednice Srbija i Crna Gora, bilo je „vezano za autoritet sudova“ i za njihovu spremnost da neposredno primenjuju ustavni akt. (V.Dimitrijević, „Okruženje u kome se ostvaruju ljudska prava u Srbiji“, u *Evropski sistem zaštite ljudskih prava – iskustva i novi izazovi*, Pravni fakultet u Nišu: Centar za publikacije, 2005, str. 107)

³⁰ Tako je Nacionalna demokratska partija Nemačke izjavila ustavnu žalbu Saveznom ustavnom sudu zbog povrede osnovnog prava na okupljanje o čemu je odlučivao Savezni ustavni sud Nemačke (Odluka US od 1.05.2001). Odlukom policijskih vlasti u Esenu zabranjeno je građanima okupljanje i održavanje demonstracija pod nazivom „Protiv socijalnog dampinga i masovne nezaposlenosti“, a u slučaju narušavanja ove zabrane bila bi primenjena suspenzija na osnovu sudske odluke. Administrativne vlasti su svoju odluku o zabrani obrazložile „pretnjom“ javnom poretku i smatrale da se na ovaj način instrumentalizuje i zloupotrebljava 1. maj kao nacionalni praznik rada (sve to u istorijskom kontekstu o postupanju nacional-socijalista i njihovom korišćenju sindikata za vreme Trećeg rajha u Esenu). Administrativne vlasti su tu videle „neobičnu sličnost“ između gledišta i retorike, kao i političke platforme Nacionalne demokratske partije Nemačke, sa jedne strane, i Nacional-socijalističke partije u Trećem rajhu, sa druge strane. Isti žalilac se pojavio sa zahtevom za preispitivanje ove odluke pred Administrativnim sudom Nemačke, koji je zaključio da nema pretnji javnom poretku

Postupanje i odlučivanje Ustavnog suda po ustavnim žalbama biće u velikoj meri uslovljeno generalnom ustavnim odredbom o tzv. granicama ograničenja ljudskih prava (čl. 20 Ustava). Sa jedne strane, Ustavom se garantuje dostignuti nivo ljudskih i manjinskih prava, dok se, sa druge strane, predviđa da „pri ograničavanju“ svi državni organi, a posebno sudovi, dužni su da vode računa o „suštini prava koje se ograničava, važnosti svrhe ograničenja, prirodi i obimu ograničenja, odnosu ograničenja sa svrhom ograničenja i o tome da li postoji način da se svrha ograničenja postigne manjim ograničenjem prava“. Ovaj ustavni okvir postavlja ozbiljan zadatak Ustavnom sudu u pogledu određivanja stepena i vrste povrede ili uskraćivanja nekog od ustavom garantovanih prava i sloboda.

Uprkos tome što građani Srbije nemaju pravo na ulaganje individualne žalbe na ustavnost zakona, institucionalne garancije prava u formi ustavnosudske kontrole upućuju da svaka povreda ljudskih i manjinskih prava učinjena zakonom može biti predmet apstraktnog ustavnog spora o ustavnosti zakona. Građani Srbije nemaju pravo na ulaganje individualne žalbe na ustavnost zakona,³¹ ali ukoliko se u postupku po ustavnoj žalbi utvrdi povreda ljudskog prava pojedinačnim aktom,

ocenjujući postojeću zabranu okupljanja. Ova odluka, međutim, izmenjena je pred Visokim administrativnim sudom koji je zaštitio akt administrativnih vlasti u Esenu. On je smatrao da pojavljivanje neonacističkih grupa i rasejavanje nacional-socijalističkih ideja može biti zabranjeno u bilo koje doba godine (ne samo 1.maja). To, konačno, proizilazi iz demokratskih ideja i vrednosti zasnovanih na Osnovnom zakonu, koje dopuštaju ograničavanje ustavnog prava građana na izražavanje, pa je zabrana potvrđena. Podnosilac žalbe je smatrao da je njemu povređeno osnovno pravo vezano za organizovanje političkih partija iz čl. 21 Osnovnog zakona. Postupajući po ustavnoj žalbi Ustavni sud je stao na stanovište da administrativni sudovi (osnovni i viši) nisu mogli u svojim odlukama da se pozivaju na karakter političkog programa i političke partije, jer o tome može da odlučuje samo Ustavni sud. Prema stavu Ustavnog suda zabrana okupljanja može biti izrečena samo u slučajevima kada postoji potreba zaštite elementarnog pravnog interesa, a sama pretnja javnom poretku nije dovoljna. Zato je Ustavni sud ukinuo odluku administrativnih vlasti i naložio nadoknadu troškova žalioocu u skladu sa čl. 341a. Zakona o Saveznom ustavnom sudu. (Videti: http://www.bverfg.de/entscheidungen/qk20010501_1bvq002201en.html, posećeno 6.08.2007)

³¹ U Nemačkoj je individualna žalba dopuštena protiv zakona koji izazivaju direktno i neposredno dejstvo na građane. Tako je npr. 1982. godine ovu žalbu uložio veliki broj građana na Zakon usvojen u Bundestagu kojim je uređen postupak prikupljanja podataka od građana o demografskoj i socijalnoj strukturi države. S obzirom na to kako su podaci prikupljeni i u koje svrhe su mogli da budu korišćeni, tj. mogućnost njihove zloupotrebe, a naročito povreda prava privatnosti izazvala je preispitivanje ustavnosti istog zakona od strane Saveznog ustavnog suda. Na osnovu individualne žalbe na ustavnost zakona Ustavni sud je proglasio neustavnim ovaj zakon. (G.Dannemann, "Constitutional Complaints: The European Perspective", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 43, No. 1, 1994, p. 151)

koji je donet u skladu sa zakonom, Ustavnom sudu stoji na raspolaganju *ex officio* pokretanje i vođenja postupka o ustavnosti normativnog akta.³²

Konačno, ustanovljavanje zaštite prava građana pred ustavnim sudom doprinosi zaokruživanju sistema zaštite ljudskih i manjinskih prava u ustavnom sistemu Republike. Kao vanredno pravno sredstvo, koje građani mogu da koriste protiv pojedinačnih akata sudske i upravne vlasti, ustavna žalba ulazi u kompletan nacionalni mehanizam zaštite koji prethodi sistemu zaštite pred Evropskim sudom za ljudska prava.

³² Uprkos tome što je garantovana u nekim evropskim ustavnim sistemima, prema individualnoj žalbi građana na ustavnost zakona postoji velika rezerva. Austrijski Ustavni sud odlučuje po ovom instrumentu po ugledu na nemački sistem, ali je u pravnoj teoriji ona često kritikovana zbog nepreciznosti u pravnom regulisanju, što izaziva potrebu da sudska praksa nadomesti pravne praznine. (Upor. D.Stojanović, *Osnovna prava čoveka – ljudska prava i slobode u ustavima evropskih država*, Niš: Institut za pravna i društvena istraživanja Pravnog fakulteta, 1989, str. 201)

Irena Pejić, LL.D,

Professor, Faculty of Law, University of Niš

NATIONAL GUARANTEES OF HUMAN RIGHTS: CONSTITUTIONAL REVIEW

Summary

Constitutional review is a significant mechanism of human rights protection on the national level. Its primary goal is to ensure the operation of the rule of law and to secure an objective legal order by protecting the citizens' individual rights and freedoms. In case of a violation of a constitutionally guaranteed fundamental right, a constitutional appeal can be lodged directly with the Constitutional Court by any person immediately affected by a particular act of a judicial or administrative authority.

The new Serbian Constitution (2006) has provided a constitutional framework for the institutional and individual human rights guarantees. The system of "human and minority rights", as promoted in the Constitution, has resulted in the legal concept obliging the constitutional authorities to act in compliance with the international standards and practices of international institutions. However, the hierarchy of legal sources as established by the Constitution implies that international acts and treaties have to be in accordance with the Constitution, which further implies rather traditional priorities in the procedure on the fundamental rights protection in the national legal system.

The constitutional appeal proceeding before the Constitutional Court contributes to establishing a comprehensive system of human rights protection. In order to guarantee an effective system of human rights' protection, the constitutional review has to observe the principle of subsidiarity in two ways. On the one hand, the constitutional appeal is an extraordinary legal instrument which may be claimed before the Constitutional Court only if all the standard mechanisms of legal protection available in the national legal system have been exhausted. On the other hand, the constitutional appeal has been incorporated into the framework of admissible national legal protection instruments which precede the mechanism of judicial review before the European Court of Human Rights.

Renata Treneska-Deskoska, LL.D

Professor, Faculty of Law, Skopje

CONSTITUTIONAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS (WITH REFERENCE TO THE REPUBLIC OF MACEDONIA)

UDK: 342.72/.73(497.7)

Abstract

Human rights are an irreducible minimum in modern constitutions, which use different constitutional approaches for their systematic regulation. However, there are still different opinions and dilemmas on the issue which rights should receive constitutional protection. In principle, the greatest differences in opinions are related to the constitutionalization of economic, social and cultural rights. The differences on the constitutional position of civil and political rights are related only to some of those rights.

Key words: *human rights; civil and political rights; social, cultural and economic rights; fundamental rights; limitations to rights.*

I CONSTITUTIONAL SYSTEMATIZATION OF HUMAN RIGHTS

Today, Bills of Rights are an "irreducible minimum" of the constitution.¹ They are the core of modern constitutions and comprise the most important part of the system of legal values. Christopher Hughes goes so far as to refute that the term

¹ According to K. Loewenstein, other elements which are considered the "irreducible minimum" of the constitution (beside recognition and protection of the individual rights and fundamental liberties) are: i) differentiation of state functions and their assignment to different state organs; ii) checks and balances among the different state organs; iii) mechanisms for avoiding deadlocks among the power holders to prevent one of them for subjecting the power process to autocratic direction and iv) rational method of constitutional amendment. See K. Loewenstein, "Political Power and the Governmental Process", 1957, p. 127.

"constitution" should be applied to a document without "a catalogue of rights and directive principles incorporated."²

One of the functions³ of the constitution is to lay down the limitations on the exercise of overall state powers in relation to individual citizens. This function of the constitution deals with the relations between the state and the rights of individuals. The successful institutionalization of human rights is one of the key characteristics on the basis of which constitutions⁴ may be evaluated.

In the constitutional texts, the human rights which are guaranteed by the constitution are usually called "the basic" or "the fundamental rights". They are not fundamental because they are in the constitution, but they are constitutionally protected because they are fundamental. Even more, there are constitutional rights that are not fundamental and, conversely, there could be fundamental rights which are not constitutional rights.

The answer of the question why some human right is incorporated in the constitution could be found in the right itself and in the constitution. Some human rights have constitutional status because they are of inherent importance and because they are perceived to be in the interest of each and all.

There is a tendency to limit the "proper" use of the term "constitutional right" by applying two independent conditions: these rights must have the character of subjective rights, and they have to be "justiciable" i.e. an individual must have recourse to a court for the implementation of the right.⁵

² Quoted in Vernon Bogdanor (ed.), "Constitutions in Democratic Politics", Aldershot, Brookfield USA: Gower, 1988, p. 4.

³ Beside the limitation of powers as an original function, other functions of the constitutions are: authorizing function, function to legitimise political authority, integrative function (if it embodies the goals, aspirations, values and basic beliefs commonly held by the members of the society, the constitution may serve as a kind of secular catechism). See Ullrich Preuss, "Patterns of Constitutional Evolution and Change in Eastern Europe" in Joachim Jens Hesse and Nevil Johnson, "Constitutional Policy and Change in Europe", Oxford University Press, 1995, pp. 98-99.

⁴ "The Constitution" as "a set of rules" can have two meanings: first, constitution as a written document (constitution as paper); and second, constitutional institutions as they are actually practiced in the state (constitution as social practice). In this context, constitution can be understood in both meanings. In further text, the word *constitution* will be used in its first meaning.

⁵ For these and for some further conditions, see in: Antero Jyranki, "Constitutional Definition of Rights and Freedoms" in "The New Constitutional Law", International Association of Constitutional Law, Second World Congress, Institut du Fédéralisme Freiburg, Suisse, pp. 4-5.

Having in mind that constitutions identify the institutional essentials and direct the behavior of the governmental bodies, constitutional rights have an important role in performing that task of the constitution. Constitutional rights contribute to establishing a political framework, protect individuals from political abuses, and distance certain issues from ordinary politics. For that reason, people require from their governments to specify and promote certain rights in their constitutions which will provide for uniform practices and an equal treatment for all.

The method of regulating the human rights in the constitutions may be different. There are mainly *two forms of inclusion of human rights* into the constitutions. The first one is characteristic for the U.S.A. Constitution which provides a list of typical "*Thou Shall Nots*". Human rights are expressed in the form of *negative* statements. For example: "Congress shall make no law abridging the freedom of the press..." or "No one shall be deprived of life, liberty or property without due process..." etc. On the other hand, human rights provisions can also be regulated in the form of *positive* statements. For example: "everyone shall be entitled to..." or "everyone has a right to..."⁶

There is a variety of approaches for the systematization of human rights' provisions. Human rights could be catalogued in one separate part of the constitution, but there are also constitutions which do not contain a separate part on human rights in their systematization. From this point of view, constitutions could be divided into two groups, which could further be subdivided into a number of subgroups:

1) Constitutions which do not contain separate parts or chapters on human rights could be further divided as follows:

a) *Constitutions in which human rights provisions are contained in other constitutional parts or chapters*⁷.

⁶ Richard Bellamy makes the observation that these two forms for the enunciation of rights are also adopted in the European Convention of Human Rights. But, whereas rights framed in the first manner are usually to be regarded as absolute and unconditional, fundamental and "inalienable" with no trading-off between them and other consideration, many of the rights formulated in the second manner are subject to such limitations or conditions "as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety for protection of public order, health or morals, or for protection of the rights and freedoms of others..." They form part of what Rawls has called a "scheme" of liberties, which define the various elements necessary to human flourishing within a liberal democratic society. See Richard Bellamy "The Constitution of Europe: Rights or Democracy?" in Richard Bellamy, Vittorio Bufacchi and Dario Castiglione, "Democracy and Constitutional Culture in the Union of Europe", London: Lothian Foundation Press, 1995, p. 159.

⁷ The example for such kind of a constitution is the Constitution of Switzerland of 1874 (with amendments till 1983). In this constitution, most of the human rights provisions

b) *Constitutions which do not contain a separate part on human rights provisions but these provisions are contained in some other act*⁸

c) *Constitutions in which human rights provisions are included after the adoption of the Constitution*⁹

2) Constitutions which contain separate parts or chapters on human rights are a result of the trend towards a codification of the general principles governing the individual and the state, which appeared in the 1970s. They could be further divided into the following subgroups:

a) *Constitutions which begin with a part or a chapter on human rights*¹⁰

are contained in the first part of the constitution - "General provisions" (For example Articles 4, 34bis, 34novies, 43,44, 48, 49, 50, 54, 65, 66 etc), but also in other parts (For example Articles 74 in the Part two - "Federal bodies).

⁸ For example, the French Constitution of 1958 contains only two articles on human rights: Article 2 which guarantees the principle of equality and freedom of beliefs, and Article 66 which states that nobody can be arbitrarily detained, i.e. it contains the principle of habeas corpus. The solution for the absence of the catalogue of human rights in the 1958 French Constitution was found in the preamble which reaffirmed the dedication of the French people to the rights of man and to the principles of national sovereignty such as they were defined in the Declaration of 1789, confirmed and complemented by the Preamble of the Constitution of 1946. The Preamble of the Constitution of 1946 was composed of two parts. First, the preamble referred to the Declaration of the Rights of Man and the Citizen and to the general principles recognized by the laws of the Republic. The second part of the Preamble stated several economic and social principles. In 1971, the Constitutional Council declared that the provisions of the 1789 Declaration and the Preamble of the Constitution of 1946 were applicable constitutional texts.

⁹ The example for this kind of constitutional protection of human rights is the 1789 Constitution of the U.S.A. The Bill of Rights, in the form of the first ten amendments, became a part of the new constitution in 1791. Provisions on human rights are also contained in some of the amendments which were adopted and ratified later: Thirteenth Amendment in 1865 (abolished slavery), Fourteenth Amendment in 1868 (established national basis for citizenship and provided protection for civil rights and liberties against state encroachment), Fifteenth Amendment in 1870 (prohibited restriction on the right to vote based upon race or color), Nineteenth Amendment in 1920 (guaranteed to women that they would be admitted to vote on the same basis as men), Twenty-fourth Amendment in 1964 (denied the states the right to restrict voting in federal elections through the use of a poll tax) and the latest Twenty-seventh Amendment ratified in 1971 (lowered the voting age to eighteen).

¹⁰ By giving this position to the catalogue of human rights, the framers of the constitutions want to express the special value of the human rights in the constitutional system and their priority over the branches of the government. An example of this kind of a constitution is the Constitution of Germany (Basic Law) of 1949 in which the catalogue of human rights is given right after the short preamble (Arts 1-19). Another example is the

b) *Constitutions in which human rights provisions are enumerated in the second part or chapter of the constitution, immediately after the general provisions*¹¹

c) *Constitutions in which human rights provisions are in the third part or chapter*¹²

d) *Constitutions in which human rights provisions are almost in the end of the text.*¹³

The provisions contained in the catalogues of human rights in the constitutions which include separate parts or chapters on human rights could be classified in separate subgroups or can be given as a list without internal systematization.

The internal systematization of the separate parts or chapters on human rights in the constitutions is mainly the consequence of the classification of human rights into different types.

II CONTENTS OF THE CONSTITUTION: WHICH HUMAN RIGHTS ARE CONTAINED IN THE CONSTITUTIONS?

1. Classical list: civil and political rights

The contents of constitutions are determined by the social conditions at the time when they are adopted, and primarily based on the opinion of their drafters regarding the importance and the need for the constitutional regulation of some questions. This also applies to the human rights contained in the constitutions.

Constitution of the Netherlands of 1983, which begins with the catalogue of human rights, without having any preamble or general provisions.

¹¹ Most of the constitutions adopt this attitude in the systematization of human rights, such as: the Constitution of Belgium of 1831, the Constitution of Estonia of 1918, the Constitution of Uruguay of 1952, the Constitution of Turkey of 1961, the Constitution of Romania of 1965 and of 1991, the Constitution of Greece of 1975, the Constitution of Lithuania of 1992, the Constitution of Bulgaria of 1991, the Constitution of Macedonia of 1991, the Constitution of Slovenia of 1991, etc.

¹² For example, in the Constitution of Japan of 1947, the catalog of human rights is after the chapter on the czar and on renouncing the war. Other examples are the Constitution of Afghanistan of 1987, the Constitution of Vietnam of 1960, the Constitution of Egypt of 1956, etc.

¹³ For example, in the Constitution of Hungary of 1990, the human rights provisions are contained in the twelfth chapter after the general provisions, provisions on the organization of the state power, local governments, and before the fundamental principles of elections, capital city and national symbols, and closing provisions. Other examples are the Constitution of Poland of 1952, the Constitution of Korea of 1972, and the Constitution of Paraguay of 1967.

Human rights are granted step by step. They gained legal recognition subsequent to the times when the government intruded into the spheres considered important to the individuals. The bitter historical experience has also given birth to special guarantees to some rights, i.e. to including guarantees of different aspects of constitutional rights. For example, the protection of the right to privacy started as the protection against intrusion into the sphere of personal life, the privacy of the home and the protection of communication. But, nowadays, a growing number of constitutions emphasize another aspect of this right: the right of the individuals to be masters of their personal data.

The differences among constitutions are related not only to the scope of protected rights but also to the question which human rights should be included in the constitutional Bills of Rights.

In some constitutions, the catalogues of human rights are a reflection of current circumstances of social co-existence and the demand of the existing institutions; and they are a reality in the country where they are guaranteed. Other constitutions contain declaratory catalogues of human rights, which do not exist in reality and primarily reflect the values of the drafters of the constitutions.

Some constitutions do not contain wide catalogues of human rights because they rest upon the common law system and the judicial protection of human rights, including the principle that "Everything that is not prohibited is legally protected." Other constitutions contain comprehensive catalogues of human rights, which intend to cover all human rights protected in that country in all their aspects.

Civil rights are guaranteed in all constitutions which contain a Bill of Rights. In some constitutions, they are the central part of the Bill of Rights. Moreover, some constitutions protect only civil rights.

Generally speaking, civil rights protect the security and immunity of persons, i.e. the autonomy of the persons from the state. They are most often enjoyed on the constitutional grounds, and they enjoy the highest degree of protection by all possible legal means.

Political rights are closely related to civil rights. In their essence, they are rights to participation, the rights of individuals to participate in governing the state.

In most western constitutions, as well as in the new constitutions of the post-communist countries, civil and political rights are intertwined and classified together in one part of the constitution.

Even in theory, there is a unanimous agreement among scholars that they fall into the same category of human rights. However, there are some authors who still classify civil and political rights in different groups. These classifications illustrate

various disagreements. For example, some authors enlist the right to public assembly or the right to association as civil rights,¹⁴ other as political rights.¹⁵

As it has already been mentioned, there are differences between the constitutions in the number of the guaranteed civil and political rights as well as in the manner of their protection. But, the differences and disagreements exist only in respect of some specific rights.

The principal disagreement about the need of constitutional protection is primarily related to the so-called economic, social and cultural rights.

2. Economic, social and cultural rights dilemma

There is a disagreement among the scholars on the importance of the influence of different ideas on the legal protection of the so-called social and economic rights. The disagreement also refers to the rights belong to the broad category of social, economic and cultural rights.

The widespread definition of social rights as entitlements to obtain services from public authorities in order to improve the material and spiritual living conditions is always applicable. Social rights are also defined as rights, which "embrace the right to a modicum of economic welfare and security and the right to live the life of a civilized person according to the standards of society."¹⁶

Other definitions start from the role of the social rights¹⁷, or their functions.¹⁸

¹⁴ Dragan M. Stojanović, "Osnovna prava čoveka - ljudska prava i slobode u ustavima Evropskih država", Niš: Institut za pravna i društvena istraživanja Pravnog fakulteta u Nišu, 1989, p. 107.

¹⁵ Savo Klimovski, "Ustaven i politički sistem", Skopje: Prosvetno delo, 1997, pp. 265, 266; Svetomir Škarić, "Ustavno pravo", Skopje: Union Trade, 1995, pp. 164, 172.

¹⁶ T. H. Marshall, "Citizenship and Social Class" in "Citizenship and Social Class and Other Essays", Cambridge, U.K., 1950. Quoted in Michael Adler, "Social Rights, Citizenship and Market" in András Sajó (ed.), "Western Rights? Post-communist Application", Kluwer Law International, 1996, p. 195.

¹⁷ "the first is that they facilitate access to the benefits which the community has to offer and provide a base of material security below which the individual citizen may not fall (substantive or material rights, which serve two related goals of equality of opportunity and social justice); and the second is that by extending participation rights from the public to the private sphere they thereby ensure not only the social accountability of those who exercise private power, but also the right of individuals to participate in the making of decisions which affect them, where these decisions are taken outside, the narrow confines of what might traditionally be regarded as the political process (procedural or non-material rights, as are for example collective bargaining, right to

Some scholars insist on distinguishing among social, economic and cultural rights but the line between these categories of rights is not so sharp, for which reason different authors classify some of them in different groups.

But, the real problems arise when we ask the following questions: "Are these rights human rights?" and "Should they be constitutionally protected?" or "What is the legal nature of these rights?"

Some authors state that the universality of these rights is questionable either because some of them expressly refer to a special status (e.g. employees) or because they are conditional upon the resources of one's respective state.¹⁹

Many other arguments have been voiced against the inclusion of these rights into the constitutions, among which the most serious is that social, economic and cultural rights cannot be enforced by courts. As they are not justiciable rights, they should be excluded from the constitution.²⁰

There is another new argument against constitutional social rights. Bill Jordan explains that constitutional or quasi-constitutional social rights (in the Continental European countries and in European Community Charter of Social Rights) "represent an obstacle on the road to the possible establishment of global social citizenship, or even of a European social citizenship more appropriate to the twenty-first century conditions."²¹ He explains that "whereas civil and political rights are in principle universal, current social rights are specific to particular welfare state regimes and stages of economic development. They represent

strike, etc)." See: K.D.Ewing, "Social Rights and Constitutional Law", *Public Law*, Spring, 1999, p. 104-107.

¹⁸ Zdzisław Kedzia, "Social Rights in the (Draft) Constitutions of Central and Eastern Europe" in Krzysztof Drzewicki, Catarina Krause and Allan Rosas (eds.), "Social Rights as Human Rights - A European Challenge", Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, 1994, p. 205.

¹⁹ András Sajó, "Limiting Government - An Introduction to Constitutionalism", CEU Press, 1999, p. 269. Maurice Cranston, who is one of the most outspoken critics of the concept of economic and social rights, writes that this category of rights cannot be called human rights because it fails as a category to pass the tests of universality and practicability and its rights cannot be transformed into justiciable rights. Quoted in Roman Wieruszewski, "Some Comments Concerning the Concept of Economic and Social Rights" in Krzysztof Drzewicki, Catarina Krause and Allan Rosas, "Social Rights as Human Rights - A European Challenge", Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, 1994, p. 68.

²⁰ For example, courts cannot enforce the right to work, or to healthy environment. The individuals cannot sue if their social, economic and cultural rights are not fully realized.

²¹ Bill Jordan, "Constitutionalism and Social Rights" in Richard Bellamy, Vittorio Bufacchi and Dario Castiglione, "Democracy and Constitutional Culture in the Union of Europe", Lothian Foundation Press, 1995, p. 128.

organized attempts by nation states to protect the living standards of their citizens, to exclude the claims of nationals from other states, and hence to perpetuate grotesque inequalities in standard of living, health and education between rich and poor countries."²²

None of these criticisms provide a knockdown argument against inclusion of the social rights into the constitutions.

The arguments in favor of the constitutionalization of social and economic rights are some kind of response to the counterarguments. Some social rights (such as the right to strike, the right to minimum wage, and the right to a safe workplace) are enforceable. Even where certain rights do not have a justiciable character, the constitution may simply declare that this is so (as it is, for example, prescribed in the Czechoslovakia Charter). Even the rights of a programmatic character can give rise to an obligation on the part of the state to act toward the fulfillment of the implied promise.²³

In the present constitutionalism, there are different conceptions on the protection of social and economic rights prevail. It could also be pointed out that three conceptions in regulation of social and economic rights prevail:²⁴

- first, they are regulated as programmatic principles, which determine the aims of the state. For example, one of the aims of the state is full employment.
- second, they are regulated as obligations of the legislature to undertake certain activities for achieving the aim. For example, the constitution states the actions which should be taken to achieve a certain aim.
- third, social and economic rights could be regulated as individual rights.

Consequently, we may draw some conclusions. First of all, social and economic rights could be divided into two categories. The first category would include enforceable rights, such as the right to primary education, the freedom of employment, the right to safe working conditions, social security, etc. The second category would contain non-justiciable rights, which cannot be claimed in court.

²² Bill Jordan, "Constitutionalism and Social Rights" in Richard Bellamy, Vittorio Bufacchi and Dario Castiglione, "Democracy and Constitutional Culture in the Union of Europe", Lothian Foundation Press, 1995, p. 131.

²³ Wiktor Osiatynski, "Social and Economic Rights in a New Constitution of Poland" in András Sajó (ed.), "Western Rights? Post-Communist Application", Kluwer Law International, 1996, p. 256.

²⁴ More, see: Dragan M. Stojanović, "Osnovna prava čoveka - ljudska prava i slobode u ustavima Evropskih država", Niš: Institut za pravna i društvena istraživanja Pravnog fakulteta u Nišu, 1989, p. 137.

That leads to "a multidimensional pattern for the implementation of social rights". Constitutions should comprise a range of social rights including the general principles on social policy, a scope of legally precise obligations of the state to provide for certain social rights, and the recognition of some of these rights as subjective and even justiciable rights.²⁵

When formulating social and economic rights, the constitutions should specify concomitant means of their implementation, including non-judicial ones.²⁶

In doing this, constitutions must balance the popular demand for protection of the social, economic and cultural rights with an economic reality in the country.

III THE CONCEPTION OF HUMAN RIGHTS IN THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF MACEDONIA

1. Elements of the concept of human rights in the Constitution of the Republic of Macedonia

In the new Constitution, the Republic of Macedonia has moved toward the liberal concept which holds that rights are inherent, inviolable and inalienable, and that the state is merely their guarantor. The "aim" of the constitutional protection of human rights is the "individual" and his/her dignity.

Human rights are one of the factors which are marked in the preamble as "the *spritus movens*" for the adoption of the new constitution in RM.

Among other values which are a constituent part of the conception of the Bills of rights in this constitution and of the constitutional system as a whole, there is the principle of the rule of law (Preamble and Art.8, para.1, line 3). It is interesting that the Constitution of RM includes the term "rule of law" instead of the term "legal state". Another liberal characteristic of the concept of human rights in the Macedonian Constitution is the principle that "everything that is not explicitly prohibited by the Constitution or the law is allowed" (Art.8 para.2 of the Constitution of RM). Another important element of the concept of human rights

²⁵ Krzysztof Drzewicki and Allan Rosas, "Social Rights in a United Europe" in Krzysztof Drzewicki, Catarina Krause and Allan Rosas (eds.), "Social Rights as Human Rights - A European Challenge", Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, 1994, p. 18.

²⁶ Roman Wieruszewski, "Some Comments Concerning the Concept of Economic and Social Rights" in Krzysztof Drzewicki, Catarina Krause and Allan Rosas, "Social Rights as Human Rights - A European Challenge", Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, 1994, p. 71.

in RM is equal protection. But, the Constitution of RM proclaims that “*citizens of RM are equal in freedoms and rights...*” (Art.9).

The Constitution has provisions that a revocation or a restriction of human rights in a state of war or emergency must not create inequality of treatment, which means that they must not be discriminatory, but the Constitution of RM does not proclaim the principle of prohibition of abuse of human rights.

The catalogue of human rights in the Constitution of RM is guaranteed in the second chapter (titled “Basic freedoms and rights of the individual and the citizen”), where they are classified in two groups: “Civil and political freedoms and rights” and “Economic, social and cultural rights”.

The drafters of the Constitution tried but did not always succeed in providing precise and definite norms on human rights. As compared to some other constitutions (for example, the Slovenian one), the Macedonian Constitution is rather “poetic” and general. Under the Constitution, human rights are treated in two ways. On the one hand, they are regarded as fundamental values of the constitutional order of the country. On the other hand, some of them are treated as justifiable legal rights and others as general social policy principles that the state should endeavor to achieve. In the Constitution of RM, the proclaimed general social policy principles include: the right to work (Art.32), the right to a healthy living environment and the obligation of the Republic to create conditions for rights of the citizens to enjoy the healthy living environment (Art.43); the obligation of the state to stimulate, assist and protect the development of education, arts and culture, as well as to stimulate and assist scientific and technological development, technical education and sports (Art.47).

2. Exercise of the human rights, their limitations and revocation in the Constitution of the Republic of Macedonia

Another benchmark on the conception of human rights in the Constitution of RM is that there are too many constitutional provisions which make allowances for the guaranteed rights to be regulated by statutory legislation. This characteristic is common to most constitutions in the post-communist Europe. The Macedonian Constitution contains about 25 provisions comprising such statutory reservations.

The Macedonian Constitution prescribes two kinds of statutory reservations: the first includes the possibility to regulate the details and the manner of exercising human rights whenever it is necessary by reason of the particular nature of those rights;²⁷ and the second includes the possibility to limit these rights.

²⁷ The examples of first kind of explicit statutory reservations on the human rights are present in the articles which guarantee:

It is important to underline that the Constitution does not limit the possibilities for statutory regulations of human rights to the cases where there is an explicit authorization by the Constitution for such regulation. The constitutional law and practice in RM is characterized by extensive and inappropriate regulation and restriction of rights, which is justified by the need of their exercise. For example, Article 21 of the Constitution proclaims that "citizens have the right to assemble peacefully and to express public protest *without prior announcement or a special license*. The exercise of this right may be restricted only during a state of emergency or war."

The Constitution is very clear about the exercise of this right and it contains no provision for its statutory regulation. But, the Act on Public Assembly, adopted in 1995 (the Official Gazette of RM, 55/95)²⁸, regulated and concurrently limited the exercise of this right. Under the Act, the organizer of a public assembly must keep the public order at the assembly, organize a security service for the protection of citizens' rights, ensure a normal circulation of traffic, and provide sufficient supplies of medicines, food and other necessities. The organizers may ask for the police assistance in order to perform these duties according to the law, but all the expenses of engaging the police must be covered by the organizers. The statutory provisions burden the organizers with so many duties during the assembly and put them in the role of the police, which practically implies a statutory limitation of this right, which is not in the conformity with the Constitution.

The second kind of statutory reservation is the possibility of imposing a statutory limitation on some right. The constitution proclaims that human rights shall be limited in cases which are determined by the Constitution.²⁹

-
- the rights of foreigners in general (Art. 29 of the Constitution of RM)
 - the right to social security (Art. 34 of the Constitution of RM)
 - the right to marriage and family (Art. 40 of the Constitution of RM)
 - property rights of foreigners (Art. 31 of the Constitution of RM)
 - the right to defend the country (Art. 28 of the Constitution of RM)
 - the rights of the employees (Art. 32 of the Constitution of RM)

Looking at this list, we can notice that in the Constitution of RM there is no explicit statutory reservation on some rights, which because of their nature must be regulated by law. For example, that kind of human right is the right to health care.

²⁸ For the opinions on this law see: Z. Jankulovski i G. Kajalxiev, "Vodič niz čovekovi prava", Helsinški komitet za čovekovi prava na RM, Skopje, 1999, pp. 55-58 and S. Škarić, "Makedonija na site kontinenti", Union Trade, Skopje, 2000, pp. 312-313.

²⁹ In the Constitution of RM, it is possible to impose limitations on the following rights:

- the right to personal liberty (Art. 12 of the Constitution of RM)

In the Constitution of RM, there are two possible ways of imposing limitations on human rights. Generally, constitutions either specifically regulate the conditions for the limitation of some rights (which is the case, for example, in Articles 17, 20, 27 of the Constitution of RM) or they leave it to the statutes to determine the conditions under which a right may be limited (for example, Articles 12, 37, 38 in the Constitution of RM). But, even when the constitution determines the conditions for the limitation of human rights, these definitions are very broad and imprecise, which makes allowances for a further interpretation of human rights by the Parliament and by the Constitutional Court, when the question of constitutionality is raised.

Beside the possibility of imposing limitations on human rights, the constitution contains provisions allowing a temporary revocation or restriction of rights during the state of war or emergency. There is a limited number of "hard-core" rights, which are protected from restriction in these situations. The Constitution contains prohibition of discriminatory revocation or restriction of rights. One of the weak points of the Macedonian Constitution is that it does not contain the principle of proportionality, which implies that the restriction of rights must be reasonably justified as necessary and proportionate to the gravity of the treat. However, as the Republic of Macedonia has ratified the European Convention of Human Rights, the principle of proportionality from Art. 15 of the Convention should be applied in this country whenever the state of war is proclaimed.

3. The weaknesses of the conception of the human rights in the Constitutions of the Republic of Macedonia

The Constitution of RM was adopted more than a decade ago, which is a sufficient period that justifies the need for introducing some changes in the constitutional provisions on human rights.

The first constitutional provision which generated considerable problems in the legal system of RM was the provision on the duration of detention. The

-
- the freedom of movement and housing (Art. 27 of the Constitution of RM)
 - the inviolability of dwellings (Art. 26 of the Constitution of RM)
 - the right to privacy of the post (Art. 17 of the Constitution of RM)
 - the right to privacy of other means of communication (Amendment XIX in the Constitution of RM)
 - the right to association (Art. 20 of the Constitution of RM)
 - the right to strike (Art. 38 of the Constitution of RM)
 - the right to property (compulsory acquisition) (Art. 30 of the Constitution of RM)
 - the right to establish trade unions (Art. 37 of the Constitution of RM)

Macedonian Constitution provided a very short detention period, proclaiming that detention may last for a maximum period of 90 days, from the detention date. Consequently, many perpetrators of serious criminal offences were released from detention and, eventually, escaped the course of justice.

Thus, the initiative to amend the Article 12, para.5 of the Constitution was raised in 1998. Several alternatives were proposed, but the Parliament finally accepted the solution that detention, subject to a court decision, may last for a maximum period of 180 days until the charges have been raised. After the charges are raised, the competent court may extend and determine the detention period in cases and proceedings regulated by statutory provisions.

This solution was not the best choice; it was like substituting one extreme with another because the solution still does not determine the maximum duration of detention. The primacy and importance of human rights in a constitutional system could be seen from the manner in which the constitution regulates their possible limitations. Strict rules and terms are necessary. The Constitution of RM failed to fulfill this requirement with this Amendment devoted to detention.

Another constitutional provision that caused practical problems was prescribed in Article 17 of the Constitution. The drafters of the original text of the Constitution were either too libertarian or they made a mistake (sic!). The provision on the right to the confidentiality of correspondence and other forms of communication allows the possibility of imposing limitations only on the confidentiality of correspondence but does not allow for imposing restrictions on the confidentiality of other forms of communication. So, the Constitution of RM guarantees inviolability of the telephone conversations and other forms of communication, except for correspondence. The practice has shown that it is better to regulate human rights on a realistic level than to proclaim "absolute" rights, which are subsequently violated by the state. When there is an "undoubted need" for the limitation of some rights (such as the right to confidential communication), the need which is generally recognized in all democratic countries and in the international community, then it is better to precisely regulate the circumstances and the procedures for the limitation of these rights. It ensures a better control over the state authorities in charge of imposing limitations on human rights.

Under the Constitution of RM, there was no tapping of telephone conversations. However, there were suspicions that this right had been subject to violations ever since 1991 for political purposes. In 2001, the suspicions turned out to be true as the state was shaken by a huge affair on tapping telephone conversations. That was a very obvious and painful proof that such practices must be controlled by the judiciary and be used only in cases when it is either indispensable for criminal investigation purposes or required in the interests of the defense of the Republic, which applies to the limitations on the confidentiality of correspondence. Upon demand, the Constitution was finally amended in 2003.

The Constitution of RM does not recognize the right to conscientious objection. In the process of adopting the Constitution, this right was unacceptable for the fear of leaving the country without soldiers in a period characterized by a threat of war. The experiences from other countries (which recognize this right) have demonstrated that it cannot endanger the security system of the state. The reality has shown that there are some people who have invoked that right, asking for its protection. The Macedonian courts did not consider their arguments, holding that "there was no legal ground for such a claim".

Finally, this right was guaranteed by the Defense Act, adopted in June 2001 (the Official Gazette of RM, No. 42/2001). Article 8 of this Act guarantees the right to conscientious objectors to serve their military duty in the Army without carrying weapons, or to serve their duty in an alternative civil service. But, the length of the military service of the conscientious objectors was punitive because it was longer than the regular military service; while the regular military service takes 9 months, the civil service takes 14 months. Moreover, only new recruits had the right to apply for the alternative civil service, and there was no possibility of applying for the status of a conscientious objector after recruitment. Today, Macedonia has a professional army and there is no obligation to serve military service.

Many aspects of the constitutional concept of human rights in the Republic of Macedonia can be criticized but the general conclusion on the conception of the human rights in the Constitution of RM is that it provides a modern, liberal concept of human rights.

IV CONCLUSION

Constitutional provisions on human rights are the quintessence of modern constitutions. A constitution without such guarantees would only be an organizational chart and a political manifesto. The techniques for the regulation of human rights in the constitutions may be different and there are various approaches to the systematization of human rights provisions.

The contents of the constitution are determined by the social circumstances of the time when they are adopted, and based on the opinion of their drafters on the importance and the need for the constitutional regulation of some questions. Human rights generally gain constitutional recognition subsequent to times when the government has intruded into the spheres considered important to the individuals. Different constitutions contain different catalogues of human rights. All constitutions, which contain a Bill of Rights, guarantee civil and political rights. There are differences only in respect of some specific civil and political rights. The principal disagreements on the need for the constitutional protection are primarily related to the so-called economic, social and cultural rights.

Influential arguments have been voiced *pro* and *contra* the inclusion of social, economic and cultural rights into the constitution. Different countries have different practical constitutional experience on this issue. Many countries have

included these rights in their constitutions but there are also interesting examples of countries (such as Sweden and Netherlands, generally considered as model welfare states) which have omitted the constitutionalization of the social welfare services. It may be natural, as Sajó wrote, that "the greater the threat that these benefits will cease, the more important the constitutional declaration of these rights is to those who are in danger of losing them."³⁰

Today, it is important for the constitutions regulating social, economic and cultural rights to specify the multidimensional pattern of their implementation, balanced with an economic reality. Although some authors are concerned about the conflict between civil and political rights, on one side, and social, economic and cultural rights on the other, it should be mentioned that these conflicts are possible even between the rights from the same group. So, there is no *a priori* hierarchy of different human rights and the conflicts between them are solved case by case.

The concept of human rights in the Constitution of the Republic of Macedonia has already been criticized for giving too much space to the statutory regulation of the constitutional human rights, as well as for the absence of a provision for regulating the direct exercise of human rights on the grounds of the constitution. It has also been criticized for lacking the principle of proportionality in the restriction or revocation of human rights in a state of emergency or war. The manner of regulating certain human rights in the Constitution can also be subject to criticism but the general conclusion on the conception of human rights in the Constitution of the Republic of Macedonia is that it provides a modern, liberal concept of human rights.

³⁰ András Sajó, "Limiting Government - An Introduction to Constitutionalism", CEU Press, 1999, pp. 270-271.

Dr Renata Treneska-Deskoska,
profesorka Pravnog fakulteta u Skoplju

USTAVNA ZAŠTITA LJUDSKIH PRAVA (SA OSVRTOM NA REPUBLIKU MAKEDONIJU)

Rezime

U ovom radu, autor tretira ljudska prava kao neophodan minimum svakog modernog ustava, i razmatra različite ustavne pristupe za regulisanje ljudskih prava.

Prvi deo rada bavi se tehničkim aspektima konstitucionalizacije ljudskih prava. U drugom delu rada, autor objašnjava aktuelne dileme u pogledu pitanja koja ljudska prava treba da budu predmet ustavne zaštite. Savremeni ustavi na različite načine prilaze pitanjima enumeracije i zaštite garantovanih građanskih i političkih prava, a te razlike se prvenstveno svode na neka građanska ili politička prava. Međutim, najveće (principijelne) razlike i nesaganje odnose se na ustavnu zaštitu ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava. Autor razmatra argumentaciju za i protiv uključivanja ovih prava u ustavni okvir.

U završnom delu rada, autor analizira ustavni koncept ljudskih prava u Republici Makedoniji, i daje kritički osvrt na neke specifičnosti ustavnih odredbi o ljudskim pravima u Ustavu Republike Makedonije.

Tanja Karakamisheva, LL.D,
Professor, Faculty of Law, Skopje

THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE - THE EUROPEAN SUPREME COURT OR THE CONSTITUTIONAL COURT?

UDK: 341.645(4-672EU):342.565.2

Abstract

More than forty years, the European Court of Justice (ECJ) proclaimed that the Community law (law of the EU) is the supreme, sovereign law of Europe. The controversies on the relationship between the EU law and national laws of the EU Member States are still very current even though a majority of related questions have already been closed. In most of the EU member states, the position of the national courts on the relations between the national law and the EU law is quite clear; they accept the reality that the EU law took the victory over the national legislature. The European Charter of Fundamental Rights brought "fresh constitutional fuel" to the "engine" of the European Court of Justice. The written catalogue of fundamental human rights seems to contribute to encouraging the European Court of Justice to act as a constitutional court in the European Union. The European Court of Justice has entered a new phase of judicial activism, focused on the protection of fundamental human rights. The European Charter of Fundamental Rights has strengthened the position of the European Court of Justice in two ways: on the one hand, it has produced legitimizing effects and, on the other, a hermeneutical effect. The author also underlines the need for a lively judicial dialogue among the constitutional courts in Europe and the European Court of Justice by means of the preliminary ruling. This kind of "communication is the most effective way available in the EU which allows the national constitutional traditions to be brought before the European Court of Justice especially in cases involving human rights. The analysis will focus on some leading decisions on human rights in the recent case-law of the European Court of Justice, as well as on the refusal of many constitutional courts in the EU member states to enter into a direct juridical dialogue with the European Court of Justice.

Key words: *European Court of Justice, European Charter of Fundamental Rights, preliminary ruling, judicial dialogue, Constitution, judicial governance in European constitutional law.*

I BASIC REMARKS ON THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE

The European Court of Justice is an institution of the European Union which played a crucial part in interpreting the treaty basis of the Community.

For the first time, the Court was established in 1951 by the Treaty of Paris for the European Coal and Steel Community, in order to adjudicate controversies arising within and among the Members of the Community. It initially comprised seven

judges, which was considered as an ideal number to allow for member representation and an odd number in case of a tie.

Six years later, in 1957, after the Treaties of Rome established the EEC and EURATOM, the European Court of Justice was vested with the authority and jurisdiction to adjudicate and rule on matters involving all three international communities. Actually, it became an institution when the Treaties of Rome established the EEC and EURATOM.

Although all three communities were separate, under the Convention of 25 March 1957, they shared some common institutions like Parliamentary Assembly and the Court. Thus, the Court of the ECSC became the Court of Justice of the European Communities.¹

So, the fundamental authority of the ECJ derives from the Treaty Establishing the European Community (EC Treaty). It should be noted that the Maastricht Treaty introduced Article 171, currently Article 228 EC, which strengthened the Court jurisdiction as it provided the Court with the power to impose financial penalties on Member States which fail to comply with a previous Court's judgment.

Basically, at Maastricht, Member States agreed to be subjected to penalty payments which would be paid for by the taxpayers².

The Treaty of Amsterdam replaced the Convention from 1957. The Treaty envisaged the Court as an official and separate institution with its clear powers and responsibilities. It was established as the official court of the communities in 1988.

Under the Treaty of Nice 2000, EU Member States agreed to overhaul the workings of the ECJ and its junior institution, the European Court of First Instance (CFI). One reason for this option was the prospect of EU enlargement and another was the expansion of the Court's jurisdiction into new areas.

The Nice Treaty reforms, therefore, aim to increase the speed at which cases are heard and processed. Every day, the European Court resolves disputes that would otherwise provoke major disagreements between or within Member States. The Nice Summit actually affirmed the position of the ECJ as the highest constitutional court in Europe.

¹ See: Muñoz, Susana, Composition of the Court of Justice, the Court of First Instance of the European Communities and of the Civil Service Tribunal, Europa (web portal), retrieved on 2007-08-27.

² For more details, see: Margarida Vasconcelos, "Whose Court of Justice? The European Supreme Court", The European Journal: In Focus, January, 2008.

It has to be emphasized that the ECJ role as a constitutional court has become increasingly important since 1985. Given its central role as the guardian of entire European law, the ECJ has actually built the European constitution.

As impressively reconstructed by Joseph Weiler and others, judicial constitution-building extended to the structural constitution (i.e. the relationship of the European and the national law including the famous doctrines of direct effect, supremacy and state liability), the substantive constitution (composed of the free trade provisions converted into basic market freedoms by the Court, competition law, and the protection of human rights reinforced by the Court), and the institutional constitution (setting forth the competencies and the rules of interaction of the various European institutions).³

On the whole, these instances of judicial governance have met the acceptance of Member States and the legal community. In the case of human rights protection, this judicial governance produced a more or less common standard reflecting common historical and cultural heritage and achievements such as the ECHR.

Since January 2007, the Court of Justice has been made up of 27 judges and 8 Advocates-General. The Judges and Advocates-General are appointed by common accord of the governments of the Member States and hold office for a renewable term of six years. Each member state of the EU has the power to nominate one judge.

Today, the Court of Justice of the EC, usually called the European Court of Justice (ECJ), is the highest court in the European Union which has an ultimate say on the EU law matters in order to ensure equal application across the various EU member states. The Court is assisted by a lower court, the Court of First Instance (CFI), which was established in 1989 to deal with certain issues with an aim to relieve the ECJ from an increasing caseload. The CFI actually serves as a court of original jurisdiction for certain categories of cases⁴ for which the ECJ had original

³ See: Christoph U. Schmid, "Judicial Governance in the EU. The ECJ as a constitutional and a private law court",

<http://www.iue.it/LAW/ResearchTeaching/Cidel/pdf/Schmid.pdf>.

⁴ The CFI has original jurisdiction in cases involving the following matters:

- Reviewing the legality of acts adopted jointly by the European Parliament and the Council of Ministers, any acts of the Council of Ministers, any acts of the European Commission and any act of the European Parliament intended to legally affect third parties;
- In a case asserted by a Member State or a EU organ where the EC Treaty is violated and none of the bodies such as the European Commission, the European Parliament or the Council of Ministers can take action against such violation;

jurisdiction before the CFI was established. The ECJ has appellate jurisdiction in those cases over which the CFI has original jurisdiction.

We have to mention that there are also two other courts dealing with other responsibilities: the Civil Service Tribunal established in 2005 has a jurisdiction to deal with disputes between the EU and the European civil service, and the centralized EU court which is dealing with the EU patent law.

The Lisbon Treaty of 2007 established a division of competences between the Union and the Member States. It defines which areas will be within the exclusive competence of the Union and which are shared between the Union and the Member States. Obviously, the ECJ will have a major role in interpreting and deciding on the competence boundaries and it will do so with the objective of the uniform application and effectiveness of the EU law.

Moreover, the Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality annexed to the Treaty specifically provides the Court with jurisdiction to hear actions for judicial review on grounds of infringement of the principle of subsidiarity.⁵ In the Article 8 of the Protocol No. 2 concerning the application of the principles of subsidiarity and proportionality is stipulated that "The Court of Justice of the European Union shall have jurisdiction in actions on

-
- Actions by individuals and legal entities to contest decisions or regulations that affect them personally and actions by individuals and legal entities for the failure of an EU organ to address any binding act to any such individual or legal entity ;
 - Disputes between the EU and its civil servants;
 - Actions by individuals or legal entities for damages from acts committed by the EU or its civil servants and
 - Actions by individuals and legal entities for judgment pursuant to an arbitration clause contained in a contract with the EU. See: Nicholas G. Karambelas, "Fundamentals of the European Union (EU) Court System", Washington Lawyer Magazine, Vol. 18 No. 4, December 2003.

⁵ Previous experience tells us that the ECJ does not upend Community action on the ground that it does not comply with Article 5, the principle of subsidiarity. For instance, in the case of the Working time directive (C-84-94 United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Council of the EU), the UK argued that directive 93/104/EC infringed upon the principle of subsidiarity but the action for annulment was dismissed. Hence, the Lisbon Treaty will strengthen the political role that the ECJ has been developing for itself. So, the judicial process will become even more politicized. As the House of Lords has pointed out in its report concerning the Constitution "but if the Court is the ultimate arbiter on the extent of the Union's competence it follows that the Court also has the final say in defining the extent of Member States' powers. It is this side of the coin which some find unacceptable from a political and in some cases constitutional standpoint". See: Margarida Vasconcelos, "Whose Court of Justice? The European Supreme Court", The European Journal: In Focus, January, 2008.

grounds of infringement of the principle of subsidiarity by a legislative act, brought in accordance with the rules laid down in Article 230 of the Treaty on the Functioning of the European Union by Member States, or notified by them in accordance with their legal order on behalf of their national Parliament or a chamber of it. In accordance with the rules laid down in the said Article, the Committee of the Regions may also bring such actions against legislative acts for the adoption of which the Treaty on the Functioning of the European Union provides that it be consulted".⁶

It is a well-known fact that the Lisbon Treaty has abolished the pillar structure. Therefore, there is no corresponding provision to Article 46 TEU which limits the ECJ jurisdiction regarding the third pillar matters (police and judicial cooperation).

On the other hand, the Lisbon Treaty has brought judicial cooperation in criminal law and police cooperation within the general framework of judicial control as applied to other areas of EU law. Consequently, the ECJ will have full jurisdiction, not merely the power to give preliminary rulings.

There are two ways of referring to the ECJ. The first is by means of the preliminary ruling procedure, which allows national courts to apply for an interpretation of certain aspects of the Community law in order to help the national courts reach a decision on a case at issue. The second way is by means of direct petitions.

However, the actual influence of the Court really becomes clear only after taking a look at its work in individual areas. The European Court of Justice has been a major influencing factor in making the constitution of the EU more supranational by laying down rules such as the **principle of direct effect** of EU law - which is directly applicable to every citizen without the need for a prior intervention of a national state, and the **supremacy of Community law over national law**. A series of the ECJ judgments starting with **Van Gend en Loos 26/62 (1963) ECR 1** and **Costa v. ENEL 6/64 (1964) ECR 585**, explained the contents of the principles of the "direct effect"⁷ and "supremacy" of Community law.

⁶ See: The Treaty of Lisbon: Implementing the Institutional Innovations, Joint Study CEPS, EGMONT and EPC, November, 2007, p. 94-95.

⁷ The principle of "direct effect" holds that certain EU law provisions either confer rights or impose obligations on individuals that national courts must recognize and enforce. The ECJ established the principle in case law when it ruled "any unconditionally worded treaty provision, being 'self sufficient and legally complete', did not require further intervention at the national or Community levels and therefore applied directly to individuals". See: Case 26/62 Van Gend en Loos v. Nederlandse Tariefcommissie, 1963 ECR 3. Initially 'direct effect' meant that without further domestic legislation some articles of the Treaty of Rome became national law. It allowed individuals to rely on Community law as such before national courts. The principle of 'direct effect' raised the

Moreover, the European Court of Justice has also had a large bearing on other areas of EU policy. For example, in a revolutionary ruling it established the principle of mutual recognition of standards in other member states, which put an end to the extremely slow and time-consuming process of harmonising standards and, in turn, went a long way to make the internal market project possible. One of the main reasons for the ECJ's influence came as a result of a clever, targeted and successful strategy to incorporate the national courts into the administration of EU justice.

The ECJ is, actually, a commonplace where various courts and their judges have a 'judicial dialogue'. There are five categories of 'judicial dialogue'.

The first category refers to a vertical, hierarchical system in the broad sense of the term. Such a relationship exists between courts belonging to the same national system, where there may be a supreme court, courts of appeal, courts of first instance, and so on. In the EU system, that would come close to the relation between the ECJ, the CFI and more recently also the EU Civil Service Tribunal.

The second category of 'judicial dialogue' concerns the relationship which exists between the ECJ and national courts of the EU Member States faced with

possibility of a conflict between Community law and national law. The ECJ resolved this problem by developing the principle of the 'supremacy' of Community law. See: Daniel Wincott, European Court of Justice, <http://www.answers.com/topic/european-court-of-justice>.

In the well known Van Gend & Loos case, the Court had stressed "the Community constitutes a new legal order of international law for the benefit of which the states have limited their sovereign rights..." According to the ECJ, Community law confers upon individuals rights and "these rights arise not only where they are expressly granted by the Treaty, but also by reason of obligations which the treaty imposes in a clearly defined way upon individuals as well as upon the Member states and upon the Institutions of the Community". Hence, Treaty provisions can have direct effect and create rights for individuals which national courts must enforce. Moreover, this principle is not limited to the Treaty Articles as the ECJ has held it also applies to regulations, decisions and directives. In Van Duyn (Case 41/74 Van Duyn v. Home Office) the ECJ established the vertical direct effect of directives which means that individuals can directly enforce directives against the Member States after the time limit for their implementation has expired. In Von Colson and Kamann v. Land Nordrhein –Westfalen Case 14/83, the Court held that national courts are required to interpret national law to be in accordance with a directive, create the principle of indirect effect. This principle was further developed in Case C – 106/89, Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentacion SA, where the Court held "The Member States' obligation arising from a directive to achieve the result envisaged by the directive and their duty under Article 5 (current Article 10) of the Treaty to take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure the fulfillment of that obligation, is binding on all the authorities of Member States including, for matters within their jurisdiction, the courts".

problems of interpretation or validity of Community 'First Pillar' law. In this case, there is not a relation of vertical hierarchy in the sense that the ECJ does not function as a court of appeal being empowered to annul let alone modify judgments of national courts. On the other hand, the preliminary rulings that the national judge requests from the ECJ are not only binding on the national judge making the request but they also function more generally as canons of interpretation for all subsequent courts in the context of the principle of supremacy of EU law. The preliminary ruling by the ECJ moreover applies in principle retroactively, going back to the entry into force of the norm that has been interpreted.⁸ Sometimes, the ECJ may re-formulate the questions that could increase the usefulness of the answer for the national court. Also, the national court may also suggest an answer or outline optional answers in its order of reference.⁹

The third category would be the 'semi-vertical' relation which exists, for instance, between the ECJ and the ECHR (Strasbourg Court). Since the 1980s, the ECJ has held that the European Convention has "special relevance" in determining what fundamental rights have become general principles of Community law. In one sentence, the EU has committed itself to respect fundamental rights, "as guaranteed" by the European Convention on Human Rights.¹⁰

The fourth category concerns the situation where at least two international courts, less often national courts, have jurisdiction over the same issue. The existence of such overlapping or 'competing' jurisdictions is seen between the ICJ and the Law of the Sea Tribunal in Hamburg.¹¹

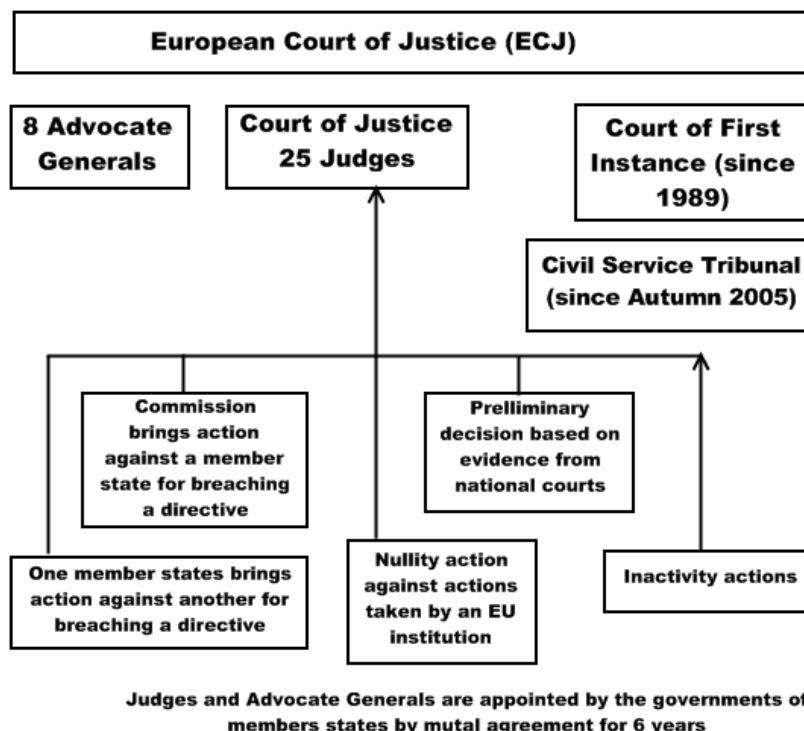
⁸ The ECJ has held that "the interpretation which, in the exercise of the jurisdiction conferred on it by Article 234 EC, the Court gives to a rule of Community law clarifies and defines the meaning and scope of that rule as it must be or ought to have been understood and applied from the time of its entry into force". See: ECJ Case C-292/04 Meilicke, judgment of 6 March 2007. In this judgment, the ECJ also confirmed that it cannot limit the application in time of its judgment in relation to one Member State only but that such temporal limitation must apply to all Member States under the principle of equal treatment.

⁹ See: ECJ, Information Note on References from National Courts for a Preliminary Ruling, 2005, Official Journal, 11 June 2005, C 143. "Finally, the referring court may, if it considers itself to be in a position to do so, briefly state its view on the answer to be given to the questions referred for a 'preliminary ruling', <http://curia.europa.eu/en/instit/txtdocfr/autrestxts/txt8.pdf>.

¹⁰ See in the paper of: Allan Rosas, "The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue", Vol. 1, EJLS, No. 2.

¹¹ See: International Tribunal for the Law of the Sea, Case Concerning the Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks in the South-Eastern Pacific Ocean (Chile v. European Community), Case No. 7 explained in the paper of: M. O. Orellana, "The

Finally, the fifth category of 'judicial dialogue' can be called a horizontal judicial dialogue, a dialogue which takes place between courts which are more or less at the same level. These courts may belong to the same judicial system but they may also belong to different regimes (for example, national courts in different countries).



See: Structure of the EU 2: Institutions at the supranational level (II),

http://www.dadalos-europe.org/int/grundkurs4/eu-struktur_2.htm

Swordfish Dispute between the EU and Chile at the ITLOS and the WTO", Nordic Journal of International Law, 2002, p. 55-81.

But, the Article 292 ECT confers exclusive jurisdiction on the European Court of Justice in matters of Community law; therefore, the risk of overlapping jurisdictions is minimal to the extent that Article 292 is respected.

II THE ECJ JURISPRUDENCE ON HUMAN RIGHTS PROTECTION IN THE EU

When the Treaty of Rome was signed in 1957, it contained no provisions pertaining to the protection of human rights within the European Community. However, the ECJ has stated that the “general principles of EC law include protection of fundamental rights which are part of the common constitutional traditions of the Member States”.

The ECJ has been very committed to including fundamental rights in the EU legal order. Through its case law, it developed the idea that fundamental rights are a part of EU law. However, under the terms of the Treaties, the Court has not been given a power to review Community acts in cases of violation of fundamental rights.

In fact, the Maastricht Treaty introduced Article 6 which was amended by the Treaty of Amsterdam, strengthening EU human rights provisions. Combining Article 6(2) TEU which reads “The Union shall respect fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ... and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, as general principles of Community law” with Article 46 (d), the Court has acquired jurisdiction to review the conduct of the European institutions for conformity with fundamental rights.

Since the approval of the European Charter of Fundamental Rights, marking a new era in the European integration, the fundamental rights have taken a place of honor in the European agenda – as the setting up of the European Union Agency for Fundamental Rights in Vienna proves.¹²

¹² The new agency has started to function on 1 January 2007. It is located in the offices of the former European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia and will gradually take over its functions. The staff is increased from 30 to 100 and a total of 150 million euros are earmarked for the new agency in the EU budget until 2013. The competence of the new fundamental rights agency is limited and it will function primarily in an advisory capacity, control being retained by the EU member states. The agency will provide advice, for example, on the drafting of asylum laws, but will be able to operate in some countries and in EU institutions only with their authorisation. According to its mandate, the new agency will be independent, but its programme will be decided by the governments of the EU states. For the first three years, the agency will operate on a trial basis. Following a review, it could be authorised to make legally binding decisions. To date, the United Kingdom, in particular, has opposed cooperation between the agency and the police. This means that the new EU institution will not be able for the time being to investigate the use of force by police at demonstrations or the human rights situation in the individual EU states. Its main business will therefore be to examine draft directives proposed by the Commission in Brussels and to advise EU member states on the

The Charter brought “fresh constitutional fuel” to the European Court of Justice’s engine. It seems that the availability of a written catalogue of fundamental rights has contributed to encouraging the Court of Justice to act as a constitutional court in the European Union. A new phase of judicial activism has begun in the European Court of Justice, a phase focused on the protection of the fundamental rights.

Member States are required to comply with the Charter when implementing Community law. Moreover, through the preliminary reference procedures, issues such as the compatibility of a Member States while implementing Community law using the Charter or compatibility of Community legislation with the Charter are referred to the ECJ.

The establishment of the Community principle of human rights protection was achieved **in two steps**. In the **first, less controversial step**, the Court decided that Community institutions, when they exercise their powers, are bound to respect the fundamental human rights as recognized on the Community level. The Court in *Nold*¹³ announced the famous formula: “Fundamental rights form an integral part of the general principles of law, observance of which (the Court) ensures. For that purpose the Court draws inspiration from the constitutional traditions common to the Member States and from the guidelines supplied by international treaties for the protection of human rights on which the Member States have collaborated or of which they are signatories (...) The European Convention on Human Rights (ECHR) has special significance in that respect”. This formula of protection of human rights on the Community level as the general principles of law has been criticized for its vagueness and opaque weighing and balancing which it entails and thus allows the Court to broad a discretion.¹⁴

In the **second, more controversial step**, the Court decided that human rights recognized as general principles of Community law bind also Member States when they implement Community law, in clearest way expressed in **Case 5/88, Wachauf v. Germany, (1989) ECR 2609**, where the Court repeated the requirements of general principles formula introduced in previous mentioned

implementation of Community law. The new agency in Vienna will play an important role in EU core competences such as asylum law, visas and the free movement of workers. It will also continue to draft the annual reports on racism in the EU. The agency will be responsible from 2007 for the 27 EU member states. Applicant countries Turkey, Croatia and Republic of Macedonia may also be included if they so desire, as can the new association candidates Serbia, Montenegro, Bosnia and Herzegovina, and Albania. See in details: <http://eumc.europa.eu/eumc/index.php>

¹³ See: Case 4/73, J. Nold, Kohlen-und Baustoffgrosshandlung v. Commission, 1974 E.C.R. 491, 507, (1974) 2 C.M.L.R. 338, 354 (1974).

¹⁴ See: Leonard F.M. Besselink, Entrapped by the maximum standard: on fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the European Union, 35 CML Rev. 629, 636, 1998.

Nold case, but also in the **Case 44/79, Hauer v. Land Rheinland-Pfalz (1979) ECR 3727**, or as it is stated: "Since those requirements (human rights recognized as general principles of Community law) are also binding on Member States when they implement Community rules, the Member States must, as far as possible, apply those rules in accordance with those requirements".

Some authors have understood the Court's human rights jurisprudence as a manipulative usage of fundamental rights principles and as a means for the triumph of the Community will¹⁵, while others thoughts that the Court's jurisdictional moves are in accord with the basis of the principle of legal consistency.¹⁶

Weiler, for example, asserts that in the cases in which the Member States implement Community law as the agents of the Community and thus virtually act as the executive branch of the Community it would be legally inconsistent with the constant human rights jurisprudence and even arbitrary to subject Community institutions, but not the Member States when they execute substantially identical duties, to judicial scrutiny to assure the compliance with fundamental rights.¹⁷

It is a fact that principles of supremacy and direct effect dictate the jurisdictional role of the Court into the field of human rights protection. Obviously, the inexistence of the written "Bill of Rights" in the Community founding Treaties induced the Court to invent human rights protection on the Community level by invoking the mentioned general principles of law formula.

But, the enactment of the Charter, when it comes into force through the Lisbon Treaty, will bind the institutions of the Community and the Member States when they implement Community law. Since the Charter is a Community legal act, it is according to the principles of Community law subject to the final and authoritative interpretation by the Court. The ECJ will not be the only interpreter of the Charter because the national courts will also deal with the Charter interpretation on the equal basis as the ECJ, but for one difference. The national courts will have to refer to the ECJ for a preliminary ruling whenever they think that Community measures are invalid under the Charter.¹⁸

¹⁵ See: J. Coppel and A. O'Neill, *The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?*, 29 CML Rev. 669, 1992.

¹⁶ See: Francis G. Jacobs, *Human Rights in the European Union: the role of the Court of Justice*, 26 E.L.REV. 331, 334, 2001.

¹⁷ See: Matej Avbelj, *European Court of Justice and the Question of Value Choices, Fundamental human rights as an exception to the freedom of movement of goods*, Jean Monnet Working Paper 06/04, (p. 30).

¹⁸ See: Case 314/85, *Foto Frost*, 1987 ECR 1129.

The ECJ will have the last and authoritative say on the interpretation of the Charter and thus on the genuine community standard of human rights protection. From this point of view, it comes that the Member States would be no more in the position to argue that the standard of human rights protection on the Community level, as set by the Court interpreting the Charter, is inadequate and that they will therefore apply their national standard instead.

In other words, the Charter would preempt and unify human rights protection in all the areas that fall within the scope of the Community law. However, the problem which could arise in this context is connected with the relation of the Charter, on the one hand, and constitutional traditions of the Member States, on the other. The Court has to interpret the Charter in the context of the Community legal order not in the context of the legal order of any of the Member States.

On the other side, the Article II-53 of the Charter says that nothing in the Charter should be interpreted as restricting or adversely affecting human rights and fundamental freedoms as recognized *inter alia* by the Member States' constitutions. This double standard could raise the question of equality before the law but could also strengthen the judicial co-operation between the ECJ and national courts, which is of crucial importance for the efficiency of EU legal order and an important tool for the weakening of the constitutional attacks on the EU constitutional framework.

One thing is more than clear. The acts of the Community institutions and the acts of the Member States in implementing Community law remain the subject of the established Court's review, including the compliance with human rights protection, although the underlying idea is that there is a scope of the freedom of an individual which the state should not interfere with. The protection of the individual against the collective is the core value pursued by the so-called negative concept of the fundamental human rights.

However, with the development of the social State, this negative approach was supplemented by the positive rights which demand from the state to undertake some affirmative measures for the sake of the individuals. Thus, the concept of fundamental human rights is essentially the expression of the relationship between the individual and the state.¹⁹

¹⁹ The answer of the Schmidberger Case was aware that economic rights in the modern Sozialstaat are subject to many limitations in the public interest and that these limitations are subject to very deferential review by the courts, which give their state authorities a lot of leeway in regulating the economic activities. Definitely, the freedom of movements of goods, seen through this case, is conceptually conceived as a protection of Community interest against the Member States and it does not regulate the relationship between the individual and the state, as fundamental human rights do. The Court confirms this in *Schmidberger* by stating that the principle of free movements

III THE CONSTITUTIONAL NATURE OF THE ECJ

It is difficult to deny that the ECJ has played a crucial role in the process of “constitutionalisation” of the EU legal order. In guarding the specific nature of this legal order, the ECJ has been prone to underlining its autonomy especially in relation to other international or European regimes.²⁰

The Nice reforms have profoundly changed the judicial architecture of the EU, in response to the new challenges of a larger, more diverse EU and the increasing complexity of the European economy. With the creation of a new tier of jurisdiction through the specialist panels, the Court of First Instance can be considered as a High Court dealing with the day-to-day business of European law. The ECJ will continue to hear appeals from the CFI but can now focus on its real strength: determining constitutional matters and serious issues of principle affecting the coherence of EU law.²¹ Despite criticism from national politicians and other courts, the Nice Summit affirmed the ECJ as the highest constitutional court in Europe.

On the other hand, the Lisbon Treaty will also strengthen the functioning of the ECJ as the Supreme Court of the Union whose jurisdiction will be fundamentally constitutional in character. The ECJ has had and will have a central role to play not only in relation to matters of economic nature but also in political issues like political governance, defining democracy at the European level, and contributing through the process of judicial harmonization to the emergence of a European demos.

It is obvious that the Lisbon Treaty in continuum will strengthen the constitutional character of the ECJ. On this line are the current interpretations of the ECJ about the existing Treaties which are found to have constitutional nature. As noted by the ECJ, the founding Treaties are “the basic constitutional charter” of the Union. What is also clear is that the ECJ use the interpretative techniques and tradeoffs that are quite typical of constitutional adjudication.

of goods has a fundamental role in the Community system in particular for the proper functioning of the internal market and therefore obliges every Member State to ensure the free movement of products in its territory. See: C-112/00, Eugen Schmidberger Internationale Transporte Planzüge v. Republik Österreich, ECR, 2003.

²⁰ See: E.C.J. Opinion 1/91 on a draft agreement relating to the creation of the European Economic Area, 1991 ECR I-6079.

²¹ See: Matthew Heim, Speeding up European Justice, Centre for European Reform, August/September 2001-CER Bulletin, Issue 19, http://www.cer.org.uk/articles/n_19_heim.html.

Therefore, there is no doubt that the ECJ has already been carrying out the constitutional tasks. But, there can be no doubt either that the ECJ will remain a supreme court in charge of ruling on the main constitutional issues and safeguarding the consistency of EU law.

The important question that is raised in the academic debate about the future position of the ECJ is whether the ECJ has to develop its broader role in the EU judicial system, or whether it has to specialize in the truly important questions of a constitutional character. Through this debate, the two opinions have become prominent in the context of limiting the ordinary jurisdiction of the ECJ to the so-called truly important questions.

Firstly, the ECJ would be spared from relatively non-problematic cases whose resolution does not require the time and the attention of a supreme court. The judges would have more time to balance the options available and to provide more detailed legal reasoning in their judgments and orders.

Secondly, it would allow the ECJ to hear cases in the grand or the plenary chamber and on a more regular basis than is the case today.²²

Therefore, it can be concluded that in a long term the ECJ should focus only on deciding the main constitutional issues and on safeguarding the consistency of EU law where necessary.

IV CONCLUSION

Generally speaking, the ECJ has jurisdiction in three main areas: first, the ECJ can hear actions (known as “infringement proceedings”) brought against Member States to ensure that they comply with their obligations under the EU Treaties and under EU legislation; second, like many constitutional courts, the ECJ has the power of “judicial review” of the EU legislative and executive acts. The ECJ power of judicial review is actually seen as the ability of the Court to act when it has been called upon by the EU Treaty or a piece of secondary legislation; and, third, the ECJ has jurisdiction to give preliminary rulings on references by national courts.

²² For example, in the 1990, approximately 45% of the cases were judged by chambers and 55% by the ECJ sitting in plenary session, whereas in 2004 the plenary and the grand chamber ruled on only 12% of the cases. Five-judge chambers are thus becoming the usual formation for hearing cases brought before the ECJ, which is unsatisfactory if one remembers that all or at least a much larger number of national systems should in principle have their say when important questions are addressed. See: Bo Vesterdorf, *A Constitutional Court for the EU?*, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 4, Issue 4, October, 2006, pp. 607-617, 2006.

The Court also exercises the review of human rights protection within the scope of the Community legal order only according to the genuine Community standard.

The Court does not apply the standard of human rights protection as it is guaranteed in any of the Member States but as it is guaranteed in the Community law. This will become clear when the formula of general principles, which is the main source of the standard debate, is replaced by the Charter.

The protection of fundamental human rights is not the exclusive jurisdiction of the ECJ. To some degree, this protection is entrusted to the Member States' courts, which is of crucial importance for the existence and growth of the EU legal order; as legal systems and subsystems constantly interact in a pluralist world and a pluralist Europe, so must courts interact, too.

Hence, the ECJ must continue to be actively engaged in an on-going series of contacts and discussions with other courts and their judges. It will not make a crucial difference whether the ECJ will be acting as the supreme or as the constitutional court of the EU. The final remark is that the ECJ has elements of both of these courts, particularly considering the position of this Court in the judicial system of the EU and its jurisdiction in the field of human rights protection.

Dr Tanja Karakamiševa,

profesorka Pravnog fakulteta u Skoplju

EVROPSKI SUD PRAVDE: EVROPSKI VRHOVNI SUD ILI EVROPSKI USTAVNI SUD?

Rezime

Pre više od 50 godina Evropski sud pravde je istakao da komunitarno pravo (pravo Evropske unije) predstavlja vrhovno i suvereno pravo Evrope. U pogledu odnosa između prava Evropske unije i nacionalnih prava država članica javljaju se mnoga sporna pitanja, mada je većina tih pitanja već razrešena. U najvećem broju zemalja članica Evropske unije, stav nacionalnih sudova po pitanju odnosa između nacionalnog prava i prava Evropske unije je sasvim jasan. Naime, oni prihvataju realnost da je evropsko pravo izvojevalo pobjedu nad nacionalnim zakonodavstvima. Evropska povelja o osnovnim pravima EU obezbedila je novu pokretačku snagu Evropskom sudu pravde. Činjenica da postoji katalog osnovnih prava u pisanoj formi je izgleda ohrabрила Evropski sud pravde da postupa kao ustavni sud Evropske unije. Time je u Evropskom sudu pravde započela nova faza sudskog aktivizma koja je usmerena na zaštitu osnovnih ljudskih prava. Evropska povelja o osnovnim pravima ojačala je poziciju Evropskog suda pravde sa dva aspekta: s jedne strane, imala je legitimizirajući efekat, dok je s druge strane, imala hermeneutički efekat. Autor takođe ističe potrebu za uspostavljanjem dinamičnijeg dijaloga između ustavnih sudova država članica i Evropskog suda pravde putem postupka pribavljanja odluke o prethodnom pitanju. Ova vrsta dijaloga predstavlja najefikasniji način koji državama članicama Evropske unije omogućava da svoje nacionalne ustavne tradicije iznesu pred Evropski sud pravde, naročito u slučajevima povrede ljudskih prava. Autor analizira neke od najvažnijih odluka koje se tiču ljudskih prava u skorijoj sudskoj praksi Evropskog suda pravde, kao i odbijanje mnogih ustavnih sudova država članica Evropske unije da uđu u direktni sudski dijalog sa Evropskim sudom pravde.

Dr Vladan Petrov,

docent Pravnog fakulteta u Beogradu

USTAV I LJUDSKA PRAVA DANAS - JESU LI LJUDSKA PRAVA NAJVAŽNIJI DEO USTAVA?

UDK: 342.72/.73

Apstrakt

Mnogi ističu da živimo u doba ljudskih prava. U pravnoj literaturi, radovi o ljudskim pravima dominiraju. U ustavnoj teoriji, pitanja organizacije političke vlasti, što je bila glavna tema klasičnog ustavnog prava, postala su „demode“. U novim ustavima, prvo mesto rezervisano je za prava i slobode (individualna i kolektivna). Rečju, ljudska prava nikada nisu bila značajnija. Da li su posledice ove tendencije isključivo pozitivne? Da li idolopoklonstvo prema ljudskim pravima znači da treba da prestanemo da smatramo principe podele vlasti i predstavničke demokratije kao jednako značajne u modernom ustavnom poretku? Da li je tačno da su moderni ustavi više deklaracije prava nego akti konstituisanja i organizovanja političke vlasti? Kakav je normativni kvalitet tih ustava u poređenju sa starim, klasičnim ustavima? Najzad, da li je ustavni ratio ostao isti? Autor pokušava da odgovori na neka od ovih složenih pitanja, imajući u vidu čuvenu tvrdnju iz čl. 16. Deklaracije prava čoveka i građanina: „Svako društvo u kojem nisu obezbeđeni podela vlasti i garancija prava nema ustav“.

Ključne reči: ustavne odredbe o ljudskim pravima, „ustavni inženjering“, obim ustava, arhitektonika ustava, normativni kvalitet ustava, podela vlasti, vladavina prava.

1. Uvod

„Živimo u doba ljudskih prava“¹- tvrdnja koja je postala opšte mesto kako u nauci javnog prava, tako i u svakodnevnom životu. Reći nešto što bi, barem delom, osporilo ovu tvrdnju značilo bi izreći jeretičku misao. Ipak, dok je jeretička misao u religiji nepoželjna, u nauci ona može biti od koristi da bi se otklonile izvesne duboko usađene zablude. Nikakvo idolopoklonstvo, čak i ono prema ljudskim pravima, ne može se prihvatiti.²

¹ M. Loughlin, *The Idea of Public Law*, Oxford, 2004, str. 114.

² M. Ignatief, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton, 2001.

Nemamo nameru da u ovom radu osporavamo praktično notornu činjenicu da su ljudska prava osnovna vrednost ustava. To bi bilo neozbiljno. Ipak, bilo bi dobro otvoriti određene dileme u vezi s uticajem koji ekspanzija ljudskih prava u poslednjih nekoliko decenija proizvodi na ustav i ustavno pravo. Kakav je odnos između ustavnih odredaba o ljudskim pravima i odredaba kojima se uređuju ustavne institucije? Da li moderni ustavotvorci, opterećeni ustavnom regulativom ljudskih prava, zaboravljaju na tzv. „ustavni inženjering“?³ U kojoj meri su bogati katalozi ljudskih prava „zavese na prozorima“ (window dressing) ustavnih građevina čija je konstrukcija nedovoljno čvrsta?⁴ Kakav je normativni kvalitet novih ustava? Jesu li oni još uvek, u osnovi, pravni dokumenti? Najzad, -premda je to domen ustavne teorije -, koliko su se priroda i smisao ustava promenili u odnosu na doba klasične ustavnosti? Da se ovaj rad ne bi pretvorio u katalog pitanja, poput kataloga ljudskih prava u novim ustavima, pokušaćemo da damo i odgovor na neka od njih.

2. Kako su ljudska prava postala sastavni deo ustava?

Postoje različite „mode“ u ustavnom pravu danas. Tako je moderno reći kako su ljudska prava „osnovna“, „temeljna“, „najviša“ vrednost ustava. Niti je ovo posebna mudrost, niti je novo obeležje ustavnog prava. Zar treba podsećati da su ljudska prava bila osnovna vrednost i prvih pisanih ustava s kraja 18. veka? Ti ustavi bili su „pravne krune“ velikih društveno-političkih revolucija koje su bile nadahnute idejama o neotuđivim i nezastarivim pravima. Istina, ta prava su tada nazivana prirodnim pravima ili pravima čoveka,⁵ ali je sam fenomen ljudskih prava, u suštini, ostao isti. „To je, u suštini, pozivanje na određenu fundamentalnu grupu prava svojstvenih inividuama koja zahtevaju priznanje nezavisno od toga jesu li ili nisu sastavni deo pozitivnog prava pojedinih država“.⁶

Tvorci prvih ustava bili su vrlo obazrivi kad je reč o tzv. pozitivizaciji ljudskih prava, tj. njihovom ustavnom definisanju. Oni su bili svesni određenih opasnosti koje sobom nosi uvođenje ovih prava u ustave. „Očevi osnivači“ nisu slučajno propustili da u Ustav SAD od 1787. unesu povelju o pravima (Bill of Rights). Ne treba zaboraviti da je prvi moderni pisani ustav na svetu stvoren pod značajnim uticajem britanske pravne i političke tradicije. Jedna od bitnih karakteristika ove tradicije je i koncepcija tzv. negativne slobode – dozvoljeno je sve što izričito nije

³ Đ. Sartori, *Uporedni ustavni inženjering*, Beograd, 2003, str. 222-228.

⁴ Vidi: L. Camp Keith, *Constitutional Provisions for Individual Human Rights (1977-1996) – Are They More Than Mere Window Dressing?*, *Political Research Quarterly*, Vol. 55, No. 1, 2002, str. 111-143.

⁵ Vidi klasično delo T. Pejna „Prava čoveka“. U ovom radu korišćeno je izdanje: T. Paine, *Rights of Man*, 1996, s. l.

⁶ M. Loughlin, *op. cit.*, str. 126; Dž. Finis, *Prirodno pravo*, Podgorica, 2005, str. 209

zabranjeno. Zatim, Britanci nikada nisu bili „zaljubljenici“ u deklaracije čije apstrakcije opisuju jedan idealni pravno-politički poredak. Oni su naglasak oduvek stavljali na garancije. Važno je garantovati i zaštititi prava, a ne samo ih „pobrojati“ u nekom dokumentu. Zato su pisci američkog ustava, u načelu, bili protiv svake enumeracije ljudskih prava u ustavu. Prema piscima „Federalista“, preambula Ustava, - u kojoj se, između ostalog, kaže da će američki narod težiti da obezbedi „blagodeti slobode sebi samom i svom potomstvu“- „bolje je priznavanje narodnih prava nego gomila onih aforizama koji čine glavno obeležje nekoliko naših povelja o pravima (misli se na povelje o pravima koje su bile sastavni deo pojedinih ustava država članica, V. P.), a koji bi više odgovarali raspravama o etici nego ustavu“.⁷ Za „očeve osnivače“, Ustav je bio sam po sebi povelja o pravima.⁸ Dakle, garantovati određena prava u ustavu, značilo je neopravdano favorizovati ova prava u odnosu na ona koja su ostala izvan ustava.

Ipak, ubrzo je prevagnuo onaj argument prema kojem je potrebno ljudskim pravima pružiti najvišu, ustavnopravnu zaštitu i postepeno proširivati katalog ovih prava. Ustavno garantovanje određenih prava nije isključivalo priznavanje i drugih prava građana koja nisu izričito navedena.⁹

Naizgled, ljudska prava su u prvi moderni pisani ustav ušla na „mala vrata“ (putem deset ustavnih amandmana od 1791). Ta prava su, međutim, bila osnova na kojoj će, zajedno sa pravilima o političkim organima i mehanizmima, nastati moderni konstitucionalizam.¹⁰

3. Ljudska prava u novijim ustavima – uticaj odredaba o ljudskim pravima na obim, arhitektoniku i sadržinu ustava.

Odredbe o ljudskim pravima postale su tokom 19. veka sastavni deo tzv. standardne ustavne materije. Ustavi doneti pre Drugog svetskog rata bili su, po pravilu, kratki tekstovi. I u ustavnoj teoriji vladala je koncepcija o ustavu kao pravnom dokumentu koji treba da bude očišćen od svih političko-ideoloških i

⁷ Hamilton, Madison, Jay, *The Federalist*, s.l., str. 293.

⁸ Hamilton, Madison, Jay, *op.cit.*, str. 395

⁹ U tom smislu i Amandman IX na Ustav SAD od 1787: „Nabrajanje u Ustavu izvesnih prava ne sme se tumačiti tako da se spore ili umanje druga prava koja je narod zadržao“. Citirano prema: O. Vučić, D. Simović, *Ustavna čitanka*, Beograd, 2008, str. 46.

¹⁰ U novijoj ustavnoj i politikološkoj literaturi koristi se izraz „novi“ ili „moderni“ konstitucionalizam. Ne ulazeći u objašnjenje ovog izraza, podvlačimo da pod pojmom „moderni konstitucionalizam“ smatramo ono što je još K. Fridrih definisao kao „delotvorno ograničavanje državne vlasti u interesu slobode“.

programsko-deklarativnih elemenata.¹¹ „Suštinsko obeležje idealno najboljeg oblika ustava je da bude što je moguće kraći“, isticao je klasik Ver i dodavao da ustav treba da sadrži „sâm minimum a da taj minimum budu pravne norme“.¹² Pošto su ustavne norme o ljudskim pravima po svojoj prirodi i formulacijama osobene, u to doba one su bile, da se izrazimo rečnikom stvarnog prava, više „pripadak glavnoj stvari“.¹³ A „glavna stvar“ bila je organizacija najviše političke vlasti. Rečima M. Orijuja, „politički ustav“, pravna pravila o političkim institucijama, potisla su „sociološki ustav“, pravila o ljudskim pravima.¹⁴

Sa promenama u modernoj državi, u političkoj i ekonomskoj sferi, između dva svetska rata, oživljavaju i pitanja o ljudskim pravima. Uglavnom se to ogledalo u proširivanju kataloga ljudskih prava novim, ekonomskim i socijalnim pravima (prava tzv. druge generacije ili prava pozitivnog statusa). Ustav Meksika od 1917, na tlu Amerike, i Ustav Nemačke od 1919, na evropskom kontinentu, bili su „uvertira“ u svojevrsnu revoluciju prava koja će uslediti posle Drugog svetskog rata.

Svaki ustav proizvod je izvesnog političkog kompromisa. Tako su posle Drugog svetskog rata desno i levo orijentisane političke partije u zemljama zapadne Evrope, morale da dođu do kompromisa i u pogledu toga koja će ljudska prava biti garantovana ustavom. Desno orijentisane političke snage bile su samo za ustavne garancije tradicionalnih, ličnih i političkih prava i protivile su se svakom ograničavanju svojinskih prava. Levo orijentisane političke snage bile su za ustavno garantovanje velikog broja ekonomskih i socijalnih prava i za nametanje svojinskim pravima značajnih ustavnih ograničenja.¹⁵ Postignuti kompromis, koji je podrazumevao ustavno priznavanje socijalne funkcije posleratne države i bogaćenje kataloga ljudskih prava, bio je osnov za uspostavljanje novog tipa ustavnosti u zapadnoevropskim zemljama, tzv. demokratsko-socijalne ustavnosti. Glavni predstavnik ovog tipa ustavnosti je Osnovni zakon Nemačke od 1949. Sa ovim ustavom otpočinje nova epoha u oblasti ustavnog garantovanja i zaštite ljudskih prava koja, praktično, traje do danas.

Ustav Nemačke od 1949. je značajno obimniji tekst u odnosu na stare ustave. Bilo bi, međutim, pogrešno svesti uticaj promenjenog položaja i uloge ljudskih prava

¹¹ U francuskoj ustavnoj teoriji još je K. de Malber razvio koncepciju kratkog ustava koji samo definiše ustavne institucije, a njihovu razradu prepušta organskim zakonima. Vidi: R. Carré de Malberg, *Théorie générale de l'état*, tome II, Paris, 1922, str. 571.

¹²K. C. Wheare, *Modern Constitutions*, London, 1967, str. 34.

¹³ „Ako takvih deklaracija (odredbe o ljudskim pravima, V. P.) mora da bude, neka barem njihov jezik bude jasan i precizan“. K. C. Wheare, *op. cit.*, str. 46.

¹⁴ Vidi: D. Chagnollaud, *Droit constitutionnel contemporain*, tome I, Paris, 2003, str. 25.

¹⁵ Vidi: A. Stone Sweet, *Constitutions and Judicial Power*, *Comparative Politics*, 2008, str. 226.

u modernim ustavima samo na obim ustava. Taj uticaj ogleda su u kompletnoj arhitektonici novijih ustava, njihovoj sadržini, prirodi, čak i smislu ovih ustava.

Kad je reč o obimu ustava, „ustavna grafomanija“¹⁶ je, izuzimajući Ustav Švajcarske od 1874, otpočela sa Ustavom Indije od 1950 (395 članova), a njen vrhunac je Ustav Brazila od 1988 (245 osnovnih članova i 200 prelaznih normi). Iako je proširivanje kataloga ljudskih prava imalo značajan uticaj na ovu pojavu, treba istaći da su i drugi uzroci povećanja ustavnih tekstova. Prvo, došlo je do promene shvatanja ustava. Ustav nije više samo pravni dokument, nego i programsko-deklarativni. On sadrži ideološko-politička načela, određuje pravac i ciljeve društveno-političkog razvoja. Norme koje uređuju političke institucije su brojnije, jer postoji težnja da se na minuciozan način uredi odnosi između ovih institucija i time reše izvesni problemi u praktičnom funkcionisanju sistema vlasti. Drugo, pojedini ustavi posvećuju veću pažnju tzv. vertikalnoj podeli vlasti. To posebno važi za federalne države, ali i za one države koje uvode određene oblike teritorijalne autonomije. Treće, nastaju i nove ustavne institucije (ustavni sudovi, ombudsmani, različiti tribunali i organi kontrole kao atipični ustavni organi, političke partije dobijaju svoje mesto u mnogim ustavima). Četvrto, ustavi sadrže i odredbe kojima se načelno uređuje odnos između međunarodnog i unutrašnjeg prava (primat normi međunarodnog prava ili ekvipariranost normi unutrašnjeg i međunarodnog prava, status potvrđenih međunarodnih ugovora ...). Peto, mnoge zemlje koje su se oslobodile kolonijalne zavisnosti 60-ih godina 20. veka donose svoje prve ustave. Ove zemlje karakteriše nedostatak ustavnih običaja i demokratske političke prakse, demokratske pravne i političke kulture, što je imalo za posledicu unošenje u ustav pitanja koja ne čine tipičnu ustavnu materiju. To važi i za većinu bivših socijalističkih država Evrope.¹⁷

Noviji ustavi priznaju ili barem teže da obezbede ljudskim pravima poseban status u ustavnom uređenju. Oni to čine na više načina. Prvo, nema ustava na svetu donetog u poslednjih dvadesetak godina, a da on ne sadrži odredbe o ljudskim pravima.¹⁸

Drugo, značaj ljudskih prava dolazi do izražaja u sistematici ustava. Odredbe o ljudskim pravima, po pravilu, čine drugi deo ustava, odmah posle osnovnih

¹⁶ Đ. Sartori, *op. cit.*, str. 223

¹⁷ U svojoj uporednoj studiji o ustavim bivših socijalističkih država Evrope. V. Kutlešić navodi da se „po broju članova, ovi ustavi nalaze na gornjoj granici proseka broja članova u svetu (50-150), ali da značajnije prelaze prosečan broj stranica tih istih ustava, koji se kreće oko 20 stranica“. Vidi: V. Kutlešić, *Ustavi bivših socijalističkih država Evrope, uporednopravna studija*, Beograd, 2004, str. 20-21.

¹⁸ Od 1985. g. doneto je 114 ustava. Za njih 106 postoje sigurni podaci o tome da svi imaju odredbe o ljudskim pravima. Izgleda da je poslednji ustav na svetu bez takvih odredaba bio rasistički južnoafrički Ustav od 1983. Vidi: A. S. Sweet, *op.cit.*, str. 233-234.

odredaba ili načela (o pojedinim ljudskim pravima govori se i na drugim mestima u ustavu). U Osnovnom zakonu Nemačke od 1949. i Ustavu Holandije od 1983.¹⁹ odredbe o ljudskim pravima, - koje ovi ustavi nazivaju osnovnim pravima -, smeštene su na samom početku ustava.²⁰

Treće, ima ustava koji na jasan i nedvosmislen način određuju da ljudska prava imaju najvišu vrednost u ustavnom poretku. To je prvi učinio Osnovni zakon Nemačke od 1949. koji za osnovna prava kaže da su nepovrediva i neotuđiva, neposredno primenjiva i obavezujuća za sve tri vlasti.²¹ Da su ljudska prava najviša vrednost ustava izričito proklamuju i pojedini ustavi bivših socijalističkih država (Rumunija, Rusija, Hrvatska). Ustav Ruske federacije od 1993. čak utvrđuje da ljudska prava određuju značenje, sadržaj i primenu zakona i delatnost zakonodavne i izvršne vlasti kao i lokalne samouprave.²² Ovakve i slične odredbe izražavaju nameru modernih ustavotvoraca da ljudska prava učine osnovom ustavnog uređenja. Otuda, veliki moralno-politički i psihološki značaj ovih odredaba. Sa stanovišta pravne snage, odredbe o ljudskim pravima nemaju niti mogu imati veću vrednost od drugih ustavnih odredaba.

Četvrto, ima ustava koji predviđaju poseban pravni režim promene odredaba o ljudskim pravima. U osnovi, moguća su dva rešenja. Prema jednom, ustav zabranjuje promene koje za predmet imaju ljudska prava. Ovakvo rešenje je zaista izuzetno i poznaje ga Osnovni zakon Nemačke od 1949.²³ Prema drugom rešenju, ustav otežava potupak promene odredaba o ljudskim pravima. Tako Ustav Ruske federacije od 1993. dozvoljava promenu dela o ljudskim pravima samo u sklopu totalne revizije Ustava od strane posebne Ustavne konvencije.²⁴ Teži postupak

¹⁹ Formalno-pravno, u Holandiji je na snazi još uvek Ustav od 1815, ali je on praktično u potpunosti izmenjen 1983. g.

²⁰ Jedan od retkih ustava u Evropi koji ne prati ovaj savremeni trend u sistematizaciji ustavnih normi je Ustav Mađarske od 1991. Vidi: V. Kutlešić, *op. cit.*, str. 52.

²¹ Vidi: čl. 1. st. 2. i 3. *Osnovnog zakona Nemačke* od 1949.

²² Vidi: čl. 18. *Ustava Ruske federacije* od 1993.

²³ U nemačkoj ustavnopravnoj literaturi posle Drugog svetskog rata, razvila se teorija o nadustavnosti koja počiva na ideji da čak ni ustavotvorna vlast ne može da promeni izvesne principe koji su fundamentalni. Ova teorija, koja daje veliku slobodu sudijama ustavnih sudova da tumače koji su to fundamentalni principi trpi ozbiljne kritike. Tako je francuski klasik Ž. Vedel tvrdio da je ova koncepcija o pravnim normama nadustavne snage „logički neodrživa“. Vidi: D. Chagnollaude, *op.cit.*, str. 39.

Savezni ustavni sud Nemačke je još 1951. ustanovio svoju nadležnost kad je reč o kontroli saglasnosti ustavnih promena sa nadustavnim principima (ljudsko dostojanstvo, podređenost zakonodavne, izvršne i sudske vlasti osnovnim pravima, federalno i socijalno-demokratsko uređenje). Ustavni sud je utvrdio da „postoje elementarni ustavni principi kao izraz prava koje prethodi Ustavu“. Vidi: D. Chagnollaude, *op.cit.*, str. 64.

²⁴ Vidi: čl. 135. *Ustava Ruske federacije* od 1993.

promene odredaba o ljudskim pravima predviđa i Ustav Republike Srbije od 2006, jer je u tom slučaju referendum obavezan.²⁵

Peto, noviji ustavi često posvećuju veću pažnju odredbama o neredovnom stanju (stanje „državne nužde“). To je logična posledica nasilnih događaja koji su obeležili 20. vek. Neredovna stanja zahtevaju pojačanu aktivnost državnih organa, naročito onih koji raspolažu aparatom državne prinude, dovode do koncentracije vlasti u rukama šefa države ili vlade, imaju za posledicu suspenziju određenih odredaba ustava. Rečju, takva stanja su velika opasnost za ljudska prava. „Što je veća predanost ustavotvoraca ljudskim pravima, teže je postaviti okvire vanrednim ovlašćenjima“.²⁶ Stoga bi ustav trebalo da odredi: 1) okolnosti koje se smatraju neredovnim stanjem (ratno i vanredno stanje); 2) organ koji proglašava neredovno stanje i njegova ovlašćenja u tom stanju; 3) postupak po kojem se vrše vanredna ovlašćenja i ko nadzire njihovo vršenje; 4) razloge i obim odstupanja od ustavom zajemčenih ljudskih prava, kao i prava koja su nepovrediva čak i u takvim prilikama.²⁷

4. Ustavopravna zaštita ljudskih prava – ko su glavni čuvari ljudskih prava?

Novi ustavi pokušavaju da prošire i ojačaju pravne garantije ljudskih prava. Glavni organi zaštite ljudskih prava su sudovi (opšte i posebne nadležnosti) i ustavni sudovi. Tradicionalno, zaštita ljudskih prava je u nadležnosti sudova. Mnogi poznati evropski ustavi (Nemačka, Italija, Španija, Portugalija...) izričito definišu ulogu sudova u zaštiti ljudskih prava. To je činio i Ustav Srbije od 1990: „Sudovi štite slobode i prava građana, zakonom utvrđena prava i interese pravnih subjekata i obezbeđuju ustavnost i zakonitost“.²⁸ Ustav Srbije od 2006. ne sadrži ovakvu odredbu.

Da bi sudovi mogli efikasno obavljati ovaj zadatak potrebno je da budu nezavisni i samostalni. Velika garancija nezavisnosti sudstva je adekvatan način izbora sudija. Pod „adekvatnim“ načinom podrazumeva se onaj koji svodi uticaj političkog činioca pri izboru sudija na minimum. Tako se danas uglavnom napušta način izbora sudija po kojem glavnu reč pri izboru sudija ima

²⁵ Vidi: čl. 203. st. 7. *Ustava Srbije* od 2006.

²⁶ S. E. Finer, V. Bogdanor, B. Rudden, *Comparing Constitutions*, Oxford, 1995, str. 32.

²⁷ Ustav Srbije od 2006. sadrži prilično detaljne odredbe o dva neredovna stanja, vanrednom i ratnom. On uređuje i institut odstupanja od ljudskih i manjinskih prava zajemčenih Ustavom, ali utvrđuje značajna ograničenja ovim odstupanjima. Vidi: čl. 202. *Ustava Srbije* od 2006.

²⁸ Čl. 95. *Ustava Srbije* od 2006.

parlament.²⁹ Moderni ustavi se orijentišu ka izboru sudija od strane relativno stručnog tela koji se naziva Visoki savet sudstva ili Visoki savet pravosuđa (Španija, Italija, Portugalija).³⁰ Ovaj organ, po pravilu, mešovitog sastava (njegov sastav čine predstavnici sudske, ali i političkih vlasti, s tim da su ovi drugi u manjini), treba da obezbedi nezavisnost i samostalnost sudova i sudija, a njegova nadležnost se ne iscrpljuje samo u izboru sudija.³¹ Ustav Srbije od 2006. uvodi Visoki savet sudstva (do tada je ovaj organ, nešto drukčijeg naziva, i sasvim drukčije nadležnosti, bio zakonska kategorija), čija nadležnost je prilično sadržajna,³² ali ovaj organ još uvek nije konstituisan jer su ozbiljno prekršene odredbe Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava koje se odnose na donošenje tzv. pravosudnih zakona.³³

Za obezbeđenje nezavisnosti sudske vlasti od velikog značaja je i ustavno garantovanje stalnosti sudijske funkcije. U teoriji se smatra boljim rešenjem kada su osnovi prestanka sudijske funkcije i razlozi za razrešenje sudije od dužnosti uređeni ustavom, premda ima slučajeva da ustavotvorci ostavljaju zakonodavnoj vlasti da uredi ova pitanja (što čini i srpski ustavotvorac).³⁴ U svakom slučaju, bez jakog i nezavisnog sudstva, staro je pravilo, ustavom zajemčena ljudska prava su bez ikakve stvarne vrednosti.

U modernim ustavima Evrope, ipak, glavno mesto čuvara ustavom zajemčenih prava pripada ustavnim sudovima.³⁵ I premda se zaštita ustavom zajemčenih

²⁹ Nijedan ustav država članica Evropske Unije ne predviđa ovakav način izbora.

³⁰ Istina, još uvek ima značajnih ustava koji izbor sudija stavljaju u nadležnost šefa države (Francuska, Holandija, Irska, Austrija, Grčka).

³¹ Vidi više o načinima izbora sudija uporedno: T. Marinković, Pravna jemstva sudijske nezavisnosti, *Ustavno pitanje u Srbiji*, 2004, str. 298-302.

³² Vidi: čl. 154. *Ustava Srbije od 2006.*

³³ Prema Ustavnom zakonu, Narodna skupština je bila dužna da u toku drugog zasedanja nakon izbora Vlade, uskladi sa Ustavom zakone koji se odnose na primenu odredaba Ustava na sudove i javna tužilaštva (čl. 5. st. 2), što ona nije učinila. Zatim je u roku od 90 dana od dana stupanja na snagu ovih zakona, trebalo da budu izabrani izborni članovi Viskog saveta sudstva (vidi: čl. 6. st. 3. Ustavnog zakona). Ovaj rok nije još ni počeo da teče, jer pomenuti zakoni nisu ni doneti.

³⁴ *Ustav Srbije od 2006.*, takođe, je izvršio dekonstitucionalizaciju ove materije. On u čl. 148. predviđa da će sudiji prestati funkcija: 1) na njegov zahtev, 2) nastupanjem zakonom propisanih uslova; 3) razrešenjem iz zakonom predviđenih razloga; 4) ako ne bude izabran na stalnu funkciju.

³⁵ Koliko je ustavni sud od suštinskog značaja za ostvarivanje vladavine prava govori i podatak da danas gotovo sve zemlje Evrope imaju ovu instituciju. Izuzetak su UK, Holandija, nordijske zemlje, Estonija (koja ima funkciju sudske kontrole ustavnosti ali ne i ustavni sud kao poseban organ) i, u izvesnom smislu, Švajcarska. Čak je i Francuska, koja je tradicionalno izražavala netrpeljivost prema sudskoj kontroli ustavnosti, doživela svojevrsnu transformaciju svog Ustavnog saveta u pravi ustavni sud. Vidi o tome nešto niže.

prava ostvaruje i u postupku normativne kontrole prava (kao i u drugim postupcima pred ustavnim sudovima), najozbiljnija neposredna zaštita ovih prava obezbeđena je odlučivanjem o ustavnoj žalbi. Ustavna žalba je pravni institut čiji je osnovni cilj da ustavni sud približi građanima. Iako ustavi različito uređuju ovaj institut, po pravilu, ustavnu žalbu može izjaviti svako ko smatra da su aktom ili radnjom vlasti (pojedinačnim – austrijski model ustavne žalbe, svim aktima javnih vlasti – nemački model) povređena ili ugrožena ustavom zajemčena prava, a da su pri tom iscrpljena druga pravna sredstva. Jedan od osnovnih problema kod ustavne žalbe ogleda se u potrebi uspostavljanja ravnoteže između načela „demokratičnosti“, u smislu dostupnosti ustavnog suda što većem krugu građana, i načela „efikasnosti i ekonomičnosti“, kako ustavni sud ne bi bio pretrpan ustavnim žalbama. U stvari, iskustvo zemalja koje već decenijama poznaju ustavnu žalbu pokazuje da su građani spremni da često koriste ovo pravno sredstvo u cilju zaštite ustavom zajemčenih prava. Dakle, ustavni sud će, u svakom slučaju, biti pretrpan, ali ako je to već neizbežno, treba barem iznaći neki „filter“ koji će zadržavati one žalbe koje su očigledno neosnovane ili krajnje neozbiljne. U suprotnom, ustavni sud, uz druge nadležnosti koje ima, neće biti efikasni zaštitnik ljudskih prava. U Nemačkoj, zemlji sa najbogatijom praksom primene ovog instituta,³⁶ Savezni ustavni sud godišnje prima preko 5. 000 ustavnih žalbi. Da bi se sprečilo olako izjavljivanje ustavnih žalbi, 1963. je predviđeno novčano kažnjavanje za slučajeve zloupotrebe prava na ustavnu žalbu. Od 1986, ustanovljava se veće od troje sudija koja treba da utvrde da li je ustavna žalba „ozbiljna“ da se o njoj odlučuje. Pokazalo se da je ovo rešenje dobar „filter“, jer samo 2% izjavljenih žalbi stiže na sednice Suda.³⁷

U Republici Srbiji, koja je Ustavom od 2006, uvela institut ustavne žalbe, u praksi će teško moći da se nađe adekvatno rešenje za problem opterećenosti Ustavnog suda. Nemačko rešenje nije primenjivo zbog toga što je Ustav odredio da Ustavni sud odluke donosi većinom glasova svih sudija Ustavnog suda.³⁸ To je pravilo bez izuzetka. Ono se, dakle, odnosi na sve slučajeve kada Ustavni sud odlučuje. Otuda, nije moguće formirati uža tela sastavljena od nekoliko sudija koja bi imala zadatak da odbacuju očigledno neosnovane žalbe. I o odbacivanju ustavne žalbe se odlučuje, pa bi takvo odlučivanje u užim većima značilo povredu čl. 175. st. 1.

³⁶ Ustavna žalba je uvedena *Zakonom o saveznom ustavnom sudu* od 1951.

³⁷ U Italiji, ne postoji institut ustavne žalbe. To važi i za Francusku. Međutim, u ovoj zemlji je od 1990. uvedena praksa da sudovi mogu zastati sa postupkom koji se pred njima vodi ako se kao prethodno pitanje pojavi (ne)ustavnost zakona koji se odnosi na osnovna prava, i da pokrenu postupak za ocenu ustavnosti zakona pred Ustavnim savetom. Tako se, u praksi, mimo Ustava koji poznaje samo prethodnu kontrolu ustavnosti zakona, ustanovljava jedan vid naknadne kontrole ustavnosti zakona koji se tiču ljudskih prava. Vidi: Chagnollaud, *op. cit.*, str. 90.

³⁸ Čl. 175. st. 1. *Ustava Srbije* od 2006.

Ustava. Ovaj primer jasno pokazuje da nije dovoljno samo proklamovati bogatu listu ljudskih prava (što je Ustav Srbije od 2006. učinio), nego da treba pravne mehanizme za njihovu zaštitu urediti pažljivo, uz poštovanje elementarne ustavnopravne logike. Iako je Ustav Srbije od 2006. izričito predvideo da je osnovna uloga Ustavnog suda da štiti ljudska i manjinska prava i slobode, u praksi će Ustavni sud, upravo krivicom Ustava, s teškom mukom ostvarivati ovu funkciju.

Kad je reč o ustavnim sudovima kao zaštitnicima ljudskih prava, treba još istaći da u pojedinim zemljama ustavni sudovi počinju da „otkrivaju“ nova ljudska prava. To „otkrivanje“ ljudskih prava, praktično znači njihovo pravno stvaranje, jer je reč o pravima koja nisu izričito navedena u ustavu. Ova delatnost ustavnog suda počiva na pretpostavci da se ustavom nikada ne mogu iscrpno navesti sva ljudska prava koja zaslužuju najvišu zaštitu. Imajući u vidu dinamiku društvenog razvoja, koju ne može pratiti nijedan ustavotvorac, ovo se smatra svrsishodnim rešenjem kako se ne bi stalno posezalo za složenom procedurom promene ustava. S druge strane, ionako često osporavana uloga ustavnih sudova kao čuvara ustava, još više se usložnjava. Da li ustavni sud koji treba da čuva ustav, može i da stvara ustav na način koji prevazilazi puko tumačenje ustava? Stoga nisu svi ustavni sudovi skloni da prisvoje ovu „nadležnost“. To je učinio nemački ustavni sud, ali ne i austrijski. Ipak, najbolji primer jačanja koncepcije o ustavnom sudu kao delotvornom zaštitniku ljudskih prava daje nam Ustavni savet Francuske. Odlukama donetim 70-ih godina prošlog veka Ustavni savet se od jednog, u osnovi, politički drugorazrednog organa pretvorio u autoritativnog zaštitnika ljudskih prava. Prvo je 1971. Ustavni savet odlučio da prilikom kontrole ustavnosti zakona uzima u obzir ne samo tekst, već i Preambulu Ustava Francuske od 1958. U ovoj preambuli izražena je privrženost pravima čoveka „kako su bila utvrđena Deklaracijom od 1789, potvrđenom i dopunjenom Preambulom Ustava od 1946“. Zatim je Ustavni savet 1973. izričito priznao da Deklaracija prava čoveka i građanina ima ustavnu snagu, što je dve godine kasnije priznao i Preambuli Ustava od 1946. Najzad, od 1979. ovaj organ počinje da proglašava i ona prava koja nisu izričito navedena ni u jednom od ovih dokumenata. Kakav je revolucionarni korak u poimanju modernog francuskog ustava ostvaren ovakvom praksom Ustavnog saveta, objašnjava D. Baranže: „I, stvarno, praksa Ustavnog saveta učinila je mnogo za evoluciju prava javnih sloboda (le droit des libertés publiques). Ali, u Francuskoj, ova evolucija je izgubila svoj kredibilitet imajući u vidu tradicionalno stanovište prema kojem je ustav izraz volje suverenog naroda. Ustav u širem smislu ne sastoji se samo od teksta usvojenog 1958. već i od svih principa kojima je Ustavni savet priznao ustavnu vrednost. Tako je otvoren put novom načinu stvaranja ustava“.³⁹

Ovaj sumarni prikaz organa koji su po ustavu nadležni za zaštitu ljudskih prava bio bi nepotpun ukoliko ne bismo pomenuli i ombudsmana. Ova institucija, koja

³⁹ D. Baranger, *Droit constitutionnel*, Paris, 2005, str. 30.

svoju popularnost stiće 50-ih godina prošlog veka (Ustav Danske od 1953), ima dve osnovne funkcije. Prva je klasična i ona podrazumeva vršenje kontrole nad radom uprave. Druga je novijeg datuma, reč je o zaštiti ljudskih prava. Premda ulogu ombudsmana ne treba potcenjivati, ona se ne može porediti sa ulogom ustavnog suda u istoj oblasti. Ombudsman nema „meritorna“ ovlašćenja. On ne odlučuje. On upozorava, savetuje i izveštava. Najznačajnije ovlašćenje ovog organa, pored dostavljanja redovnog izveštaja parlamentu, je podnošenje predloga zakona koji se odnose na ostvarivanje ljudskih prava. U pojedinim zemljama, ombudsman ima pravo da izjavljuje ustavne žalbe. To je odstupanje od pravila koje podrazumeva da se za izjavljivanje ustavne žalbe traži žalbena legitimacija, ali se polazi od toga da je reč o državnom organu kojem je u „opisu posla“ da štiti ljudska prava. U Srbiji, zaštitnik građana može izjaviti ustavnu žalbu, ali samo na osnovu pismenog ovlašćenja lica koje smatra da mu je povređeno ili uskraćeno ljudsko ili manjinsko pravo i sloboda zajemčena Ustavom.⁴⁰ Dakle, zaštitnik građana nema ovlašćenje da samoinicijativno izjavi ustavnu žalbu.

Na kraju da istaknemo i to da je „ombudsmanija“ zahvatila čitavu Evropu (Srbija se poslednja priključila ovom procesu donošenjem Zakona o zaštitniku građana od 2005), ali da je za puno ostvarivanje zaštitne funkcije ombudsmana potrebno, pored ličnog autoriteta nosioca funkcije, još i organizovano javno mnjenje. Taj uslov ne postoji u mnogim evropskim zemljama (posebno bivšim socijalističkim), tako da ovaj organ daje skroman doprinos zaštiti ljudskih prava. To je još jedna potvrda da, osim pravnih mehanizama, moraju da postoje i društvene pretpostavke za ostvarivanje ljudskih prava. Dakle, pored pravnih institucija, čuvari ljudskih prava su i sâmi građani.

5. Da li odredbe o ljudskim pravima „kvare“ normativni kvalitet modernih ustava?

Povećanje odredaba o ljudskim pravima nesumnjivo je uticalo na normativni kvalitet novijih ustava. Nekada je vraški teško sročiti sadržinu pojedinih prava u pravnu normu sa jasnim značenjem. Ima ustava koji se prosto „dave“ u kilometarski dugim normama kojima definišu pojedina ljudska prava. Štaviše, te norme i ne liče na norme, već na filozofsko-političke iskaze, koje je često teško razumeti, a samim tim i neposredno primeniti (osnovno je pravilo da su ustavne norme o ljudskim pravima neposredno primenjive). Postavlja se pitanje da li takve formulacije ljudskih prava ne idu na štetu samih prava koja pokušavaju da definišu. Prethodno rečeno posebno se odnosi na socijalna prava za koja ni u teoriji ne postoji jedinstven stav u pogledu toga kakva je njihova „pravna“

⁴⁰ Vidi: čl. 83. st. 2. Zakona o Ustavnom sudu Republike Srbije, *Službeni glasnik RS* br. 109/2007.

priroda, jesu li to prava u strogom smislu, i da li im je uopšte mesto u ustavu.⁴¹ Ustav Švajcarske od 1999. očigledno prihvata shvatanje da socijalna prava nisu prava. On ih zato naziva socijalnim ciljevima i izričito određuje da se „nijedno neposredno subjektivno pravo na prestaciju od strane države ne može izvesti iz socijalnih ciljeva“.⁴²

Zaista, čini se, da pojedini moderni ustavi preteruju u proširivanju ljudskih prava koja ne pripadaju tzv. tradicionalnim, ličnim i političkim pravima. U toj potrebi da se države predstave kao apsolutno odane idealu ljudskih prava, ponekad se zaboravlja na druge ustavne odredbe, od kojih su mnoge bitne upravo zato da bi se obezbedila delotvorna zaštita ljudskih prava (primera radi, odredbe o sudskoj vlasti, ustavnim sudovima, o čemu je već bilo reči). Stoga se neretko dešava da one ustavne odredbe koje uređuju ustavne institucije i koje, po pravilu, moraju da budu kristalno jasne, više liče na rečenice iz osrednjih udžbenika ustavnog prava. Ovo svakako ne karakteriše sve ustave. Zemlje sa bogatijom ustavnom tradicijom, koje su u skorije vreme donele nove ustave, nisu sasvim zaboravile na značaj „ustavnog inženjeringa“, niti su kod njih odredbe o ljudskim pravima potisle ostale odredbe ustava (Holandija, Belgija, Finska).

Ipak, ne treba svaliti svu krivicu na odredbe o ljudskim pravima zbog lošijeg normativnog kvaliteta većine novih ustava. Ustavi novijeg datuma, u načelu, su lošijeg normativnog kvaliteta iz razloga od kojih smo neke već pomenuli. Tako se, recimo, nekada ulazi u iscrpno regulisanje pitanja koja strogo uzevši ne samo da nisu tipična ustavna, nego ni zakonska materija. Noviji ustavotvorci nemaju u vidu značaj ustavnih praznina. S druge strane, ustavotvorci često postavljaju načela koja gromko zvuče ali ostaju nerazrađena. Tako se dešava da u jednom ustavu postoje oba pristupa.

Ustavotvorci zemalja koje su dugo bile pod vladavinom autoritarnih režima prosto „žure“ da sačine nove „demokratske“ ustave, kako bi i oni ušli u moderan ustavni svet. A ustav se ne piše da bi se „dopao“ svetlu. On mora da bude izraz dubljeg društveno-političkog kompromisa i jasno definisane ustavne koncepcije. Ne može se praviti od „parčića“ različitih ustavnih nacrti ili od delova drugih, ma koliko vrednih ustavnih tekstova. Ustav ne sme da liči na prepunu trpezu na kojoj je postavljeno toliko vrsta jela da čoveku može da pripadne zlo pre nego što i dođe do glavnog jela.

Stvarno, ustavi moraju biti dobri normativni tekstovi. Pošto to poslednjih decenija često nisu, uopšte ne čudi što je tvrdnja da ustavi danas malo vrede postala opšteprihvaćena. Ako ustav nisu pravne norme, i to vrhunski formulisane, nego

⁴¹ Vidi više: D. Stojanović, *Osnovna prava čoveka – ljudska prava i slobode u ustavima evropskih država*, Niš, 1989, str. 137-142.

⁴² Čl. 41. *Ustava Švajcarske konfederacije* od 1999.

popularna načela i ideološki traktati, onda ustav ne samo da malo vredi; on ništa ne vredi.

Stoga, ustav ne može pisati svako, držeći u rukama udžbenik ustavnog prava i nekoliko najvažnijih međunarodnopravnih dokumenata o ljudskim pravima, a prema instrukcijama političara. Takav pristup jednom poslu koji su prvi ustavotvrci smatrali svetim, znači „bagatelisanje“ ustava i ustavnog prava, gaženje nesporne istine da stvaranje ustava iziskuje vrhunsko ustavnopravno znanje, široku erudiciju i državnički rezon spojene u jedno: u ustavnu mudrost.

Prethodne opšte ocene koje se odnose na krizu ustavnih tekstova danas u potpunosti odgovaraju i Ustavu Srbije od 2006. Kad je reč o ljudskim pravima, ovaj ustav posvećuje više od 1/3 teksta (64 člana) isključivo regulisanju ljudskih i manjinskih prava i sloboda. Prema ovom merilu, on je, koliko nam je poznato, prvi u Evropi.⁴³ U svom kritičkom pogledu na Ustav Srbije od 2006. R. Marković daje ocenu ovog dela Ustava kojoj se teško može nešto dodati: „Taj deo ustava je, sa normativnog stanovišta, promašaj. On je nepotrebno razvučen i detaljistički i, slobodno se može reći odudara od prirode i dikcije ustavnog normiranja. Danas nema zemlje članice Evropske unije čiji ustav ima toliko teksta o ljudskim i manjinskim pravima, pa bi, sudeći prema ustavu, ispalo da je Srbija vodeća zemlja u Evropi po broju ljudskih prava i brizi o njihovoj zaštiti. Ta nepotrebna naracija u ustavu izbegava se jednostavno tako što se nakon navođenja i određivanja nekih osnovnih ljudskih prava i prava manjina u ustavu zemlje kaže da ustav priznaje i jamči i sva druga ljudska prava i prava manjina koje priznaje međunarodno pravo, pa se zatim navedu izvori u kojima su ta prava utvrđena“.⁴⁴

„Ostatak“ Ustava Srbije od 2006. ne popravlja sliku o ovom dokumentu od kojeg se očekivalo da bude „pravno-civilizacijski pomak“ u odnosu na „autoritarni“ Ustav Srbije od 1990. Mnogo nedoslednosti i nedoumica (jezičkih i sadržinskih), mnogo izlaženja iz okvira standardne ustavne materije, mnogo elementarnog nerazumevanja ustavnih instituta i nedostatka sigurnog ustavnopravnog rezona. Čak i dobra rešenja, ili barem dobre zamisli, usled nemara ali i usled nepostojanja svesti o ustavnoj celini, sadrže ozbiljne nedostatke. P. Vinji je, u vezi s promenama ustava, upozoravao da je ustav sveti tekst, u koji treba dirati retko, pa i tada, rukom koja drhti.⁴⁵ Ovaj naš ustavotvorac je i pisao ustav drhtavom rukom, ali zato što mu se mnogo žurilo. Najzad, čak i blagonakloni posmatrač (ne smatramo

⁴³ Jedini ozbiljan konkurent ovom ustavu je *Ustav Portugalije* od 1976.

⁴⁴ R. Marković, Ustav Republike Srbije od 2006 – kritički pogled, *Ustav Republike Srbije*, 2006, str. 20-21.

⁴⁵ P. Wigny, *Cours de droit constitutionnel*, tome premier, Bruxelles, 1952, str. 170. Citirano prema: R. Marković, Kakav treba da bude Ustav Srbije?, *Ustavno pitanje u Srbiji*, 2004, str. 14.

da spadamo u oštre kritičare ovog ustava), ne može se oteti utisku da je Srbija, imajući u vidu njenu ustavnu tradiciju, zaslužila bolji ustav.

6. Odredbe o ljudskim pravima kao merilo za vrednovanje drugih odredaba ustava – jesu li ljudska prava najvažniji deo ustava?

U dosadašnjem tekstu ukazali smo, u osnovni crtama, na koje je sve načine ekspanzija ljudskih prava posle Drugog svetskog rata uticala na moderne ustave – na njihov obim, arhitektoniku, sadržinu i normativni kvalitet. Ostaje nam da pokušamo da odgovorimo na pitanje koje je sadržano i u naslovu ovog rada: „Jesu li odredbe o ljudskim pravima najvažniji deo ustava?“. Bez sumnje, odgovor na ovo pitanje zahtevao bi ozbiljno preispitivanje prirode i smisla ustava danas, a to znači i posebnu studiju. Sve što ćemo ovde reći više treba shvatiti kao teze za razmišljanje, možda i kao uvod u studiju o modernom konstitucionalizmu.

Dakle, gde se nalazi suština ustava? I sada smo spremni da izrekemo onu „jeretičku“ misao s početka rada. Ona se ne nalazi u odredbama o ljudskim pravima. Đ. Sartori upozorava moderne ustavotvorce, koji su zaboravili na ustavni ratio: „Ustav bez deklaracije o pravima ipak jeste ustav, dok ustav čije centralno jezgro ne određuje shemu vlasti, nije ustav“.⁴⁶ Toga su bili, duboko smo uvereni, svesni i tvorci prvih pisanih ustava. Zato su „očevi osnivači“ ostavili izvorni tekst Ustava od 1787. bez Bill of Rights-a. Zato Francuzi sve do 70-ih godina prošlog veka nisu bili spremni da javno priznaju da preambula njihovog ustava, koja proklamuje privrženost Deklaraciji prava čoveka i građanina od 1789, ima istu snagu kao i sam normativni tekst Ustava. Upravo francuska Deklaracija od 1789, u svom čl. 16. definiše suštinu ustava koju često zaboravljamo: „Svako društvo u kome nije obezbeđena garancija prava, niti utvrđena podela vlasti, nema uopšte ustav“. Dakle, „garancija“ a ne „spisak“ ljudskih prava. I ne samo garancija ljudskih prava, već i utvrđena podela vlasti. Oba elementa ustava imaju zajednički smisao. Ne može biti garancije ljudskih prava, a da nema podele vlasti i obratno. Oba elementa zajedno čine fenomen koji zovemo vladavina prava. Otuda je ustav (pravno) otelotvorenje vladavine prava. Tu veliku istinu ustava i ustavnog prava dugo vremena je najbolje izražavao engleski ustav. Ustav koga nema, koji nije zapisan u jednom dokumentu, koji nikada (sve do 1998. g. i usvajanja Zakona o pravima) nije imao zvaničnu deklaraciju ljudskih prava, pronašao je „magičnu formulu“ ravnoteže između ustavnih činilaca. Ta ravnoteža je počivala na načelu pravne suverenosti parlamenta „oplemenjene“ političkom suverenosti građana i načelu vladavine prava koja je podrazumevala mnogo više od puke deklaracije ljudskih prava. Zbog toga je engleski ustav imao „dušu“ kakvu drugi, pisani ustavi

⁴⁶ Đ. Sartori, *op.cit.*, str. 222.

nisu imali. Kada je ravnoteža u ovom ustavu poremećena i on je zapao u ozbiljnu krizu.

Sve prethodno rečeno nije ništa novo, niti originalno. Utisak je, međutim, da su moderni ustavotvorci tu „jednostavnu“ mudrost zaboravili. Zaboravili su je i zamenili „pričom“ o ljudskim pravima koja je popularna, dopadljiva, pristupačna svima jer nije uvek strogo pravna. Ali koliko će ta prava biti ostvarena zavisi upravo od veštog uređenja onih ustavnih pitanja koja su usled ekspanzije ljudskih prava stavljena u drugi plan. I zavisi, pre i iznad svega, od snage i svesti građana jedne države, jer krajnji „izvor“ ljudskih prava su oni, a ne ustav ili međunarodni dokumenti.

Vladan Petrov, LL.D,

Professor, Faculty of Law, University of Belgrade

THE CONSTITUTION AND HUMAN RIGHTS TODAY: ARE HUMAN RIGHTS THE MOST IMPORTANT PART OF A CONSTITUTION?

Summary

We are generally believed to be living “in the age of human rights”. In legal literature, there is an overwhelming body of legal texts on human rights. In constitutional theory, the questions on the organization of political power, which used to be the principal topic of the classical constitutional law, have grown out of fashion. The highest priority in the contemporary constitutions is given to the issue of human rights and liberties (both individual and collective). In a nutshell, human rights have never been more important.

Are the consequences of this trend entirely positive? Does the idolatry towards human rights imply that we should stop treating the principles of the separation of powers and representative democracy as equally important in the modern constitutional order? Is it true that modern constitutions are largely declarations of rights rather than the acts aimed at constituting and organizing the political power? What is the normative quality of these constitutions in comparison to the old, classical constitutions? Last but not least, does the constitutional ratio remain the same?

In this paper, the author is trying to give answers to these complex and intricate questions, keeping in mind the renowned statement expressed in Article 16 of the Declaration of the Rights of Man and the Citizen: “Every community in which a separation of powers and a security of rights is not provided for, wants a Constitution”.

Dr Darko Simović,

asistent Kriminalističko-policijske akademije u Beogradu

LJUDSKA PRAVA U USTAVU SRBIJE OD 2006. - KRITIČKA ANALIZA

UDK: 342.72/.73(497.11)"2006"

Apstrakt

Opšteprihvaćeno je mišljenje u našoj teoriji da je novim Ustavom Srbije učinjen značajan napredak u oblasti normiranja ljudskih prava. Pre svega, katalog ljudskih prava je bitno proširen, a takođe je obogaćen i učinjen delotvornijim mehanizam njihove zaštite. Za razliku od prethodnog ustava predviđena je ustavna žalba, a na posredan način i institut prethodnog ispitivanja ustavnosti zakona doprinosi zaštiti ljudskih prava. Međutim, daleko manje pažnje se posvećuje slabostima ustavnih normi koje uređuju materiju ljudskih prava. Uočljivo je da novim Ustavom nisu zajemčena neka ljudska prava koja su ranije bila konstitucionalizovana zbog čega je neophodno istaći da je povređen jedan od osnovnih principa modernog prava da se nivo stečenih ljudskih prava ne treba smanjivati. Paradoksalno je, takođe, da se Srbija pored ostalog određuje i kao država koja je zasnovana na socijalnoj pravdi, a da je ustavotvorac bio veoma restriktivan pri ustanovljavanju socijalnih prava. Posebnu pažnju izaziva i činjenica da su ustavne odredbe koje uređuju materiju ljudskih prava opterećene brojnim nomotehničkim slabostima (nejasnost, protivrečnost, dvosmislenost) što može izazvati ozbiljne probleme u njihovom tumačenju. Da bi izrečeni sudovi autora dobili na težini, sve vrline i mane novih ustavnih normi analizirane su u svetlosti uporednog ustavnog prava, a takođe i međunarodnopravnih akata.

Ključne reči: *Ljudska i manjinska prava, Ustav Srbije od 1990, Ustav Srbije od 2006, Povelja o ljudskim i manjinskim pravima i slobodama, Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.*

I UVODNA RAZMATRANJA

Ljudska prava su uređena posebnim, drugim, delom Ustava Srbije koji broji 64 člana (čl.18-81). Prva primedba može biti upućena naslovu pomenutog dela „Ljudska i manjinska prava i slobode“ budući da se ustavopisac opredelio da posebno proklamuje jedino prava pripadnika nacionalnih manjina. Kako manjine ne postoje isključivo na nacionalnom planu, umesto manjinskih prava adekvatniji izraz bi nesumnjivo bio prava pripadnika nacionalnih manjina. Razume se da je ustavopisac mogao pomenuti deo Ustava da naslovi samo izrazom „Ljudska

prava", budući da je to genusni pojam koji obuhvata kako individualna tako i kolektivna prava, među kojima su svakako i prava pripadnika nacionalnih manjina. Zanimljivo je da je odeljak 3. drugog dela Ustava naslovljen sa „*Prava pripadnika nacionalnih manjina*“, pa ostaje dilema zašto ustavopisac nije bio potpuno dosledan u korišćenju pojedinih termina.

Imajući u vidu već pomenutu obimnost drugog dela Ustava, sledeća primedba može biti upućena njegovoj skromnoj i nedovoljno razvijenoj sistematici. Naime, deo Ustava posvećen ljudskim pravima se sastoji samo od tri odeljka: 1. osnovna načela (čl.18-22); 2. ljudska prava i slobode (čl.23-74); i 3. prava pripadnika nacionalnih manjina (čl.75-81). Stvaranjem užih jedinica sistematizacije, posebno u okviru odeljka o ljudskim i manjinskim pravima, ustavni tekst bi bio pregledniji. Ovako, stiče se utisak da je ustavopisac samo nabacivao pojedina ljudska prava ne vodeći uvek računa o njihovoj prirodi. Istovremeno, još značajniji propust je što se izvan dela posvećenog ljudskim pravima našao ne mali broj ustavnih normi koji uređuju ovu materiju. U pitanju su, pre svega, odredbe o pravu građana na pokrajinsku autonomiju i lokalnu samoupravu (čl.12), zaštiti nacionalnih manjina (čl.14), ravnopravnosti polova (čl.15) i položaju stranaca (čl.17). Takođe, veći broj članova trećeg dela Ustava, koji se odnosi na ekonomsko uređenje i javne finansije, proklamuje prava ekonomskog karaktera (čl.82-90), čije je mesto takođe moglo biti u okviru dela posvećenog ljudskim pravima. Nakon ovih reči može se zaključiti da ljudskim pravima nisu posvećena samo 64 člana koliko sadrži drugi deo Ustava, već, ako se izuzmu odredbe koje ustanovljavaju mehanizme njihove zaštite, 77 članova što uveliko premašuje jednu trećinu ustavnog teksta. Izvesno je da je, na taj način, ustavopisac želeo da ne samo sadržinom ustavnih normi, već i njihovom brojnošću, ostavi što impresivniji utisak i ustavni tekst uskladi sa postojećim međunarodnim standardima. To nije ostalo nezapaženo, pa je Venecijanska komisija u svom izveštaju navela kako je sa međunarodnog i uporednog aspekta ova brojka zaista izuzetna, kako u apsolutnom, tako i u relativnom smislu.¹

Ovakvo opredeljenje našeg ustavotvorca, poprilično neuobičajeno u uporednom ustavnom pravu, neminovno otvara jedno suvišno pitanje, u kojoj meri broj ustavnih normi posvećenih materiji ljudskih prava određuje demokratski karakter jedne države. Komparativno posmatrano, ustavotvorci ostavljaju daleko manje prostora materiji ljudskih prava. Zadržimo se samo na polju evropskog konstitucionalizma gde veoma poučni mogu biti primeri Danske i Holandije čija ustavna rešenja u najvećoj meri datiraju još iz 19. veka. Naime, deo sedmi Ustava Danske posvećen individualnim pravima i nakon poslednje ustavne revizije od 1953. sadrži samo 15 članova (čl.71-85), dok prvi odeljak Ustava Holandije posvećen osnovnim pravima, bez obzira na skorašnju ustavnu reviziju od 2002, sadrži samo 23 člana. Unekoliko bogatiji katalog ljudskih prava sadrži Ustav Italije

¹ Videti dokument: CDL-AD(2007)004, t.21.

od 1947. koji ovoj materiji posvećuje 42 člana (čl.13-54), dok Ustav Španije od 1978. ljudska prava uređuje sa 46 članova (čl.10-55). Da neko od promućurnijih i dosetljivijih apologeta aktuelnog Ustava Srbije ne bi mudro zaključio kako su pomenuti ustavi stari više decenija i kako postoji sve izraženija tendencija proširivanja kruga ustavom zajemčenih ljudskih prava, pomenimo novi Ustav Finske od 2000. čiji odeljak posvećen osnovnim pravima i slobodama broji svega 18 članova (čl.6-23). Ilustracije radi podsetimo se da je Predlog Ustava za Evropsku uniju od 2004. osnovnim pravima posvetio 54 člana (čl.61-114). Razume se da niko ozbiljan ne može da tvrdi da je novim Ustavom Srbija po svojoj demokratičnosti i zaštiti ljudskih prava zakoračila ispred pomenutih i na ovom polju uzornih država Zapadne Evrope. Jasno je da se najveći broj ustavotvoraca ograničava samo na proklamovanje osnovnih ljudskih prava, budući da ustav nije, a nemoguće je i da bude, jedini pravni izvor ljudskih prava. Proces internacionalizacije ljudskih prava, započet nakon Drugog svetskog rata, je ljudska prava od unutrašnjeg transformisao u transnacionalno pitanje, tako da su međunarodnopravni akti postali njihov najvažniji pravni izvor. U tom smislu, pored izričitog opredeljenja našeg ustavotvorca da su opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni deo pravnog poretka Republike Srbije i da se neposredno primenjuju (čl.16), bilo je dovoljno da se proklamuju samo osnovna ljudska prava. Na taj način, međunarodnim pravom zajemčena ljudska prava bi ostala izvan domašaja kako zakonodavne tako i izvršne vlasti, budući da je ustavotvorac takođe predvideo da zakoni i drugi opšti akti ne smeju biti u suprotnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorima i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava (čl.194. st.5).

U uporednom ustavnom pravu nisu nepoznata rešenja da ustav, kao najviši pravni akt jedne države, ne sadrži katalog ljudskih prava. Nama najpoznatiji primer je svakako Ustav Francuske od 1958. u čijoj Preambuli je samo proklamovana privrženost pravima čoveka kako su bila utvrđena Deklaracijom od 1789, potvrđenom i dopunjenom Preambulom Ustava od 1946. Od postkomunističkih zemalja takav pristup je karakterističan za Ustav Češke od 1993. koji u članu 3. predviđa da je sastavni deo ustavnog sistema ove države „*Povelja o osnovnim pravima i slobodama*“ usvojena iste godine. Ako je već nastojao da ustanovi što detaljniju i iscrpniju listu ljudskih prava, onda je, da bi se izbeglo nepotrebno gomilanje i opterećivanje ustavnog teksta, ustavopisac Srbije mogao da sledi, unekoliko elegantniji, put češkog Ustava.

Od savremenih evropskih ustava jedino se Ustav Portugala od 1976. po broju članova posvećenih ljudskim pravima može meriti sa Ustavom Srbije. Naime, Ustav Portugala je osnovnim pravima i dužnostima posvetio 68 članova (čl.12-79). Međutim, bez obzira što se, u ova dva ustava, broj članova posvećenih ljudskim pravima značajno ne razlikuje, portugalski Ustav je na ovom polju neprikosnoveni rekorder jer je veliki broj njegovih članova preglomazan. U tom smislu, Ustav Portugala sa bezmalo duplo više reči od Ustava Srbije uređuje ljudska prava. No, portugalski ustavotvorac je bio unekoliko sistematičniji pa je nakon proklamovanja osnovnih principa, ljudska prava raščlanio na: lična prava, slobode

i garantije; prava, slobode i garantije političke participacije; prava, slobode i garantije radnika; i ekonomska, socijalna i kulturna prava i dužnosti.

Izvesno je da broj članova koji uređuju materiju ljudskih prava, sam po sebi, ne može da predstavlja manu, a još manje vrlinu jednog ustavnog teksta. Ta predimenzioniranost dela posvećenog ljudskim pravima u našem Ustavu može, sa stanovišta ustavnopravne tehnike, jedino biti kritikovana kao rešenje koje ne odlikuje jednostavnost i elegancija. Međutim, osnovni problem je što su, na taj način, ustavopisci, očigledno nevični poslu koji im se silom prilika zalomio, imali više prostora da to svoje neznanje, o čemu će tek biti reči, i pokažu.

II OSNOVNA NAČELA

Značajna novina koju, poput Povelje o ljudskim i manjinskim pravima i građanskim slobodama od 2003. (u daljem tekstu „Povelja“), predviđa novi Ustav Srbije je da se ljudska i manjinska prava neposredno primenjuju bez obzira da li su zajemčena Ustavom ili opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima i zakonima (čl.18). Međutim, nakon toga, ustavopisac dodaje da se zakonom može propisati način ostvarivanja ovih prava kada je to Ustavom izričito predviđeno, što nije sporno, ili kada je to neophodno za ostvarivanje pojedinog prava zbog njegove prirode, što može biti veoma sporno. Bez obzira što je istovremeno predviđeno da zakon ni u kom slučaju ne sme da zadire u suštinu samog prava, ovako neodređena formulacija ostavlja isuviše širok prostor za različita tumačenja i mogućnost zloupotrebe od strane zakonodavca koji je dobio priliku da odlučuje koja su prava neposredno primenjiva a koja ne. Istim članom predviđeno je da se odredbe o ljudskim i manjinskim pravima tumače u korist unapređenja vrednosti demokratskog društva, saglasno važećim međunarodnim standardima ljudskih i manjinskih prava, kao i praksi međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje. Ovako formulisana ustavna norma učiniće sudsku praksu Evropskog suda za ljudska prava nezaobilaznom pri tumačenju Ustavom zajemčenih ljudskih i manjinskih prava, što samo može da doprinese njihovoj boljoj zaštiti. Komparativno posmatrano, može se zapaziti da naš Ustav nije izuzetak kada predviđa na koji način treba tumačiti odredbe o ljudskim pravima. Pomenimo Ustav Španije od 1978. koji proklamuje da se norme koje se odnose na osnovna prava i slobode koja su priznata Ustavom tumače u skladu sa Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima, kao i ratifikovanim međunarodnim ugovorima i sporazumima (čl.10.2). Od postkomunističkih zemalja gotovo istovetnu ustavnu normu sadrži i Ustav Rumunije od 1991. (čl.20.1).

U odeljku o osnovnim načelima, za razliku od Povelje i Ustava Srbije od 1990, neopravdano je izostavljena izričita zabrana zloupotrebe prava. Umesto toga ustavopisac je proklamovao cilj ustavnih jemstava ljudskih i manjinskih prava predviđajući da ona služe očuvanju ljudskog dostojanstva i ostvarenju pune slobode i jednakosti svakog pojedinca u pravednom, otvorenom i demokratskom društvu, zasnovanom na načelu vladavine prava (čl.20). Ovakva formulacija

izrazito nenormativnog karaktera, kakva se najčešće ne sreće u ustavima, može samo da posluži pri tumačenju ustavom zajemčenih ljudskih prava. Međutim, kako je ustavopisac već predvideo na koji način treba tumačiti ustavne norme posvećene ljudskim pravima, ovaj član se čini potpuno suvišnim. Zanimljivo je da ustavopisac kao cilj ustavnih jemstava ljudskih i manjinskih prava nije pomenuo i ostvarivanje socijalne pravde, što je jedna od vrednosti na kojima je zasnovana Republika Srbija (čl.1). Ostaje dilema, na koji način bi mogla biti ostvarena socijalna pravda, ako ne proklamovanjem odgovarajućih ekonomskih i socijalnih prava. Na taj način, nagoveštava se neoliberalni karakter Ustava, a nama preostaje da već sada naslutimo restriktivnost pri ustanovljavanju ove grupe ljudskih prava.

Ustavom zajemčena ljudska i manjinska prava zakonom mogu biti ograničena, samo ako je to ograničenje predviđeno Ustavom, u cilju koji Ustav dopušta i u obimu neophodnom da se ustavna svrha ograničenja zadovolji u demokratskom društvu i bez zadiranja u suštinu zajemčenog prava (čl.20). Pored toga, Ustav je predvideo određena načela kojima treba da se rukovode svi državni organi, a posebno sudovi, pri ograničavanju ljudskih i manjinskih prava. Tako je neophodno da se vodi računa o suštini prava koje se ograničava, važnosti svrhe ograničenja, prirodi i obimu ograničenja, odnosu ograničenja sa svrhom ograničenja i o tome da li postoji način da se svrha ograničenja postigne manjim ograničenjem prava. Dakle, ustanovljen je princip srazmernosti, što predstavlja značajnu novinu u ustavnom sistemu Srbije. Za razliku od Povelje ustavopisac je propustio da zabrani ograničenje ljudskih prava zajemčenih opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, međunarodnim ugovorima i zakonima. Čini se da opredeljenje ustavopisca da se zadovolji proklamacijom da se dostignuti nivo ljudskih i manjinskih prava ne može smanjivati, ne predstavlja dovoljno čvrsto jemstvo drugim pravnim aktima ustanovljenim ljudskim pravima. Uostalom, paradoksalno je da se sastavljači ovog Ustava ni sami nisu pridržavali pomenute proklamacije pa se neka ranije ustavom zajemčena ljudska prava, o čemu će tek biti reči, nisu našla u novom Ustavu Srbije.

Pored toga što zabranjuje svaku, neposrednu ili posrednu, diskriminaciju po bilo kom osnovu, Ustav dopušta pozitivnu diskriminaciju u cilju postizanja pune ravnopravnosti lica ili grupe lica koja su suštinski u nejednakom položaju sa ostalim građanima (čl.21). U našoj literaturi se može susresti mišljenje da je ustavopisac načinio propust jer nije, kao u Povelji, predvideo da su posebne mere pozitivne diskriminacije privremenog karaktera i da se mogu primenjivati samo dok se ne ostvare ciljevi zbog kojih su preduzete.² Zanimljivo je napomenuti da je analizirajući Povelju, dakle više od dve godine pre donošenja novog Ustava Srbije, Aleksandar Fira izrazio uverenje da je u našim savremenim uslovima mogućnost

² *Ljudska prava u Srbiji 2007*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2008, str.57.

vremenskog ograničenja pozitivne diskriminacije nerealna.³ Naime, ako se ima u vidu činjenica da se mere pozitivne diskriminacije donose radi ispravljanja postojećih istorijskih nepravdi i postizanja stvarne, umesto formalnopravne, jednakosti građana, onda je jasno da će to biti proces koji ne može da bude okončan na samo na kraći već i na srednji rok. U tom smislu, bar na ovom polju, ustavopisac ne zaslužuje kritiku, budući da iz ove perspektive uklanjanje postojećih osnova faktičke nejednakosti deluje krajnje neizvesno. Uostalom, i iz postojećeg ustavnog rešenja nedvosmisleno proizlazi da se mere pozitivne diskriminacije uvode radi postizanja pune ravnopravnosti, što znači da bi postizanjem tog cilja prestao da postoji ustavni osnov za njihovo dalje primenjivanje. U suprotnom, one bi se od mera pozitivne transformisale u mere negativne diskriminacije, što je istim članom Ustava izričito zabranjeno.

Ustav je predvideo da svako ima pravo na sudsku zaštitu ako mu je povređeno ili uskraćeno neko ljudsko ili manjinsko pravo zajemčeno Ustavom, kao i pravo na uklanjanje posledica koje su povredom nastale (čl.22.st.1). Primetno je, da za razliku od Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu „Evropska konvencija“) i Povelje, ustavopisac nije proklamovao da sudska zaštita treba da bude delotvorna. Pored toga, ostaje dilema zašto se sudska zaštita jemči samo Ustavom proklamovanim ljudskim pravima, a ne i onim koja su zajemčena opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima i zakonima. Značajnu novinu predstavlja pravo građana da se obrate međunarodnim institucijama radi zaštite svojih sloboda i prava zajemčenih Ustavom (čl.22.st.2). Međutim, ista primedba može biti upućena i ovoj ustavnoj normi, budući da se ovo pravo zajemčuje samo u slučaju povrede nekog od ustavom proklamovanih ljudskih prava. Istovremeno, ostaje dilema zašto je ustavopisac načinio propust pa je samo građanima, a ne i strancima, zajemčio pravo na obraćanje međunarodnim institucijama radi zaštite svojih sloboda i prava.

Bez obzira što se o privremenom odstupanju od ljudskih prava ne govori u odeljku posvećenom osnovnim načelima, čini se najprikladnijim ovo pitanje analizirati upravo na ovom mestu. Nema sumnje da je Ustav od 2006. ispravio možda i najveći propust ustavotvorca od 1990, kada je reč ovoj materiji, budući da on nije predvideo postojanje apsolutno zajemčenih ljudska prava pri vršenju vanrednih ovlašćenja. Tako, za razliku od prethodnog, novi Ustav predviđa da mere odstupanja ni u kom slučaju nisu dozvoljene u odnosu na pravo na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti (čl.23), pravo na život (čl.24), nepovredivost fizičkog i psihičkog integriteta (čl.25), zabranu ropstva, položaja sličnog ropstvu i prinudnog rada (čl.26), postupanje sa licem lišenim slobode (čl.28), pravo na pravično suđenje (čl.32), pravnu sigurnost u krivičnom pravu

³ Aleksandar Fira, Dragan Bataveljić, *Ustavno pravo državne zajednice Srbija i Crna Gora*, Pravni fakultet Kragujevac, 2004, str.198.

(čl.34), pravo na pravnu ličnost (čl.37), pravo na državljanstvo (čl.38), slobodu misli, savesti i veroispovesti (čl.43), prigovor savesti (čl.45), slobodu izražavanja nacionalne pripadnosti (čl.47), zabranu izazivanja rasne, nacionalne i verske mržnje (čl.49), pravo na zaključenje braka i ravnopravnost supružnika (čl.62), slobodu odlučivanja o rađanju (čl.63), prava deteta (čl.64) i zabranu nasilne asimilacije (čl.78). Kako se može zapaziti Ustavom proklamovan broj apsolutno zaštićenih ljudskih prava jeste veliki, ali čini se da je njihov odabir zasnovan na nekom nelogičnom kriterijumu. Ako je već Ustav predvideo da su po proglašenju vanrednog ili ratnog stanja odstupanja od ljudskih prava dozvoljena samo u obimu u kojem je to neophodno (čl.202.st.1), teško je zamisliti situaciju u kojoj bi bilo potrebno odstupiti od prava na zaključenje braka i ravnopravnosti supružnika ili od slobode odlučivanja o rađanju. Sa druge strane, ostaje dilema zašto je ustavopisac propustio da posebna prava okrivljenog (čl.33) uvrsti u krug apsolutno zaštićenih ljudskih prava. U ovom kontekstu ustavopiscu se može uputiti i primedba što nije restriktivnije ustanovio mogućnost odstupanja od ljudskih prava, budući da je umesto veoma neodređene formulacije da je to „dozvoljeno samo u obimu koji se smatra neophodnim“ mogao da preuzme formulaciju iz Evropske konvencije koja predviđa da je to moguće samo „u najnužnijoj meri koju iziskuje hitnost situacije“ (čl.15). Istim članom je predviđeno da mere odstupanja ne smeju da dovode do razlikovanja na osnovu rase, pola, jezika, veroispovesti, nacionalne pripadnosti ili društvenog porekla (čl.202.st.2), pa ostaje dilema zašto se ustavopisac nije poslužio elegantnijim rešenjem i u krug apsolutno zaštićenih ljudskih prava uvrstio i zabranu diskriminacije iz člana 21. Na osnovu ovako koncipirane ustavne odredbe, budući da je izostala izričita zabrana svake diskriminacije jer je ustavopisac u ovom slučaju nabrajao samo zabranu nekih osnova diskriminacije, može se zaključiti da bi odstupanja od ljudskih prava mogla da dovedu do razlikovanja po nekim drugim, navedenim osnovama, kao što su, na primer, kultura, imovno stanje, starost, psihički i fizički invaliditet, političko ili drugo uverenje.

III LJUDSKA PRAVA I SLOBODE

Nakon odeljka o osnovnim načelima, sledi odeljak u kome su izložena ljudska prava i slobode. Razume se, priroda ovoga rada ne dopušta da se upustimo u detaljnu analizu svih ustavnih normi iz ovog odeljka, te će stoga biti izložena samo ona ustavna rešenja koja zbog svojih vrлина ili nedostataka zaslužuju posebnu pažnju.

Za razliku od prethodnog Ustava koji je predviđao da se smrtna kazna može izuzetno propisati i izreći za najteže oblike teških krivičnih dela (čl.14.st.2), Ustav Srbije od 2006. ukida smrtnu kaznu (čl.24.st.2). Poput Povelje i novi Ustav Srbije, u okviru člana kojim se proklamuje neprikosnovenost ljudskog života, zabranjuje kloniranje ljudskih bića (čl.24.st.3). Osim pitanja da li je ova zabrana uopšte trebalo da bude konstitucionalizovana, postavlja se i pitanje da li je trebalo da bude konstitucionalizovana upravo na ovakav način. Naime, oblast kloniranja je

još uvek nedovoljno istraženo područje koje se neprestano proširuje novim saznanjima. Zato se ova apsolutna zabrana kloniranja ljudskih bića može učiniti preuranjenom i ishitrenom, budući da je regulisanje ovog pitanja, kako na nacionalnom tako i na međunarodnom nivou, zbog brojnih moralnih dilema i dalje u začetku. Uostalom, kloniranje ljudskih bića je zabranjeno našim krivičnim zakonodavstvom, tako da je bar za sada bilo mudrije izbeći konstitucionalizaciju ove zabrane. Nesumnjivo je da kloniranje ljudskih bića u reproduktivne svrhe treba da bude zabranjeno što čini i Povelja o osnovnim pravima Evropske unije (čl.3). Međutim, ostaje dilema da li treba zabraniti i terapeutsko kloniranje, budući da se na takav način mogu postići značajni rezultati kako u lečenju nekih teških bolesti, tako i u regenerativnoj medicini.⁴ Istovremeno, može se postaviti pitanje i da li je ustavopisac ispravno postupio kada je zabranu kloniranja ljudskih bića predvideo u okviru člana koji uređuje pravo na život. U povelji o osnovnim pravima Evropske unije, zabrana kloniranja u reproduktivne svrhe predviđena je u okviru prava na integritet ličnosti. Mišljenja smo da je kloniranje ljudskih bića u reproduktivne svrhe pre svega u koliziji sa pravom na ljudsko dostojanstvo i na slobodan razvoj ličnosti, te je i ova zabrana trebalo biti predviđena u okviru člana koji uređuje ovo pravo (čl.23), budući da ne sme biti osporeno pravo nijednog lica da bez genetičkih manipulacija bude začeće, razvijeno i rođeno. Naposljetku, nije suvišno dodati da je kloniranje ljudskih bića samo jedno od moralno osetljivih i spornih pitanja iz oblasti medicine koje je izazvano biotehnoškim napretkom. Ostaje nedoumica zašto se ustavopisac opredelio da konstitucionalizuje samo svoj stav o kloniranju ljudskih bića, a ne i o pitanjima koja nama deluju mnogo bliže i realnije, kao što su abortus, eutanazija (ubistvo iz milosrđa) ili transplatacija organa.

Poput Povelje i novi Ustav Srbije izričito proklamuje zabranu ropstva, položaja sličnog ropstvu i prinudnog rada (čl.26). Istim članom predviđa se i zabrana svakog oblika trgovine ljudima. Kako Srbiju obavezuje čitav niz međunarodnih ugovora o zabrani ropstva i držanja u ropskom položaju⁵, ostaje dilema da li je ovakvim zabranama uopšte bilo mesta u našem ustavu posebno što je ropstvo pojava koja je bila karakteristična za davno minula vremena. Iako na prvi pogled deluju anahrono to su odredbe čiju je konstitucionalizaciju nametnula sama društvena realnost. Naime, ratovi na tlu bivše Jugoslavije, kao i proces tranzicije iz autoritarnog u demokratski politički sistem koji je praćen visokom stopom kriminalizacije društva aktuelizovali su pojedine oblike ograničavanja ljudske slobode na način koji ih značajno približava ustanovi klasičnog ropstva. Na ovom mestu nije suvišno napomenuti da se zabrana prinudnog rada koja je takođe predviđena ovim članom, proširuje u odnosu na međunarodni standard budući

⁴ Violeta Beširević, *Bogovi su pali na teme: o ustavu i bioetici*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 2, god. LIV, Beograd, 2006, str. 227-228.

⁵ Više o tome: *Ljudska prava u Srbiji 2007*, op. cit., str.72.

da se seksualno ili ekonomsko iskorišćavanje lica koje je u nepovoljnom položaju smatra prinudnim radom.

Proklamujući pravo na slobodu i bezbednost, ustavopisac je ovo pravo neznatno drugačije formulisao u odnosu na Povelju (čl.27). Naime, za razliku od Povelje, ustavopisac Srbije je izostavio odredbu kojom je bilo predviđeno da niko ne može biti lišen slobode nečijom samovoljom (čl.14.st.2). Nesumnjivo je da se ovo ne može smatrati propustom sastavljača ustavnog teksta jer formulacija da je lišenje slobode dopušteno samo iz razloga i u postupku koji su predviđeni zakonom, podrazumeva da niko ne može biti lišen slobode nečijom samovoljom, čime je bar na ovom polju izbegnuto nepotrebno gomilanje teksta. U novom Ustavu je izostavljena i odredba koja predviđa da niko ne može biti lišen slobode samo zato što nije u stanju da izvrši ugovornu obavezu. Bez obzira što i ova odredba može da deluje anahrono i suvišno, Aleksandar Fira je analizirajući Povelju istakao da ona nije bez značaja imajući u vidu probleme koji prate vaspostavljanje tržišne privrede, kao i visoku stopu kriminalizacije društva, budući da se ona odnosi na sve, a ne samo od državnih organa preduzete mere ograničavanja slobode.⁶ Ovakva odredba bi utoliko pre imala opravdanje jer Ustavom nisu kao u Evropskoj konvenciji (čl.5) predviđeni razlozi zbog kojih zakonodavac može da predvidi ograničenje slobode. Nakon ovog člana kojim se uređuje pravo na slobodu i bezbednost, slede odredbe kojima se ustanovljavaju ustavne garantije u postupku lišenja slobode (čl.28-29), ustavne garantije u odnosu na pritvor i njegovo trajanje (čl.30-31), ustavne garantije poštovanja ljudske ličnosti i njenih prava u krivičnim i drugim pravnim postupcima (čl.32,33,36) i ustavne garantije u pogledu kažnjavanja (čl.34-35). Sadržini ovih ustavnih normi se nema šta prigovoriti, izuzev da je, ako se ima u vidu činjenica da je ustavopisac veoma detaljno razradio već pomenute ustavne garantije, neopravdano izostavljeno pravo na medicinsku pomoć u slučaju lišenja slobode. Opšti je utisak da je ustavopisac u nastojanju da konstitucionalizuje što veći broj proceduralnih garantija zahvatio i zakonsku materiju čime je nepotrebno opteretio ustavni tekst. Koliko je ustavopisac zaista otišao predaleko može posvedočiti sledeća odredba kojoj, po rečima Ratka Markovića⁷, nije mesto u ustavu: „Pismeno i obrazloženo rešenje suda o pritvoru uručuje se pritvoreniku najkasnije 12 časova od pritvaranja. Odluku o žalbi na pritvor sud donosi i dostavlja pritvoreniku u roku od 48 časova“ (čl.30.st.3).

Novinu u Ustavu Srbije predstavlja i pravo na pravnu ličnost (čl.37). Naime, Ustav proklamuje da svako lice ima pravnu sposobnost, a da se punoletstvom, koje nastupa sa 18 godina života, stiče sposobnost da se samostalno odlučuje o svojim

⁶ Aleksandar Fira, Dragan Bataveljić, *op. cit.*, str.204.

⁷ Ratko Marković, *Predgovor: Ustav Republike Srbije od 2006. – kritički pogled*, u, *Ustav Republike Srbije*, Justinijan, Beograd, 2006, str.22.

pravima i obavezama. Komponentu prava na pravnu ličnost čini pravo na slobodan izbor i korišćenje ličnog imena i imena svoje dece.

Pravo na državljanstvo je takođe predviđeno novim Ustavom Srbije, ali je u odnosu na Ustav od 1990. ono restriktivnije ustanovljeno budući da se više ne predviđa zabrana ekstradicije državljana Republike Srbije (čl.38). Povelja je, zanimljivo je napomenuti, načelno predviđala zabranu ekstradicije, ali je dopuštala izuzetke od tog pravila ako je to u skladu sa međunarodnim obavezama državne zajednice (čl.35). Kao što je uobičajeno u uporednom ustavnom pravu Ustav Srbije ne zajemčuje pravo na državljanstvo, već se sticanje i prestanak državljanstva Republike Srbije uređuje zakonom. Izuzetak je, što predstavlja novinu, učinjen jedino u odnosu na dete rođeno u Republici Srbiji koje stiče državljanstvo Republike Srbije, ukoliko nisu ispunjeni uslovi da ono dobije državljanstvo druge države. Istovremeno, novi Ustav, za razliku od prethodnog, više ne predviđa mogućnost oduzimanja državljanstva Republike Srbije u slučaju da građanin koji ima drugo državljanstvo odbije da ispunji Ustavom određenu dužnost građana.

Ustav od 2006. jemči pravo svakog lica da se slobodno kreće i nastanjuje u Republici Srbiji, da je napusti i da se u nju vrati (čl.39). Primetno je da, za razliku od minulih ustavnih rešenja, novi Ustav Srbije predviđa i jedan dodatni razlog za ograničenje slobode kretanja. Naime, pored već postojećih razloga za ograničenje slobode kretanja (ako je to neophodno za vođenje krivičnog postupka, sprečavanje širenja zaraznih bolesti ili za odbranu Republike Srbije), novim Ustavom je predviđeno da se sloboda kretanja zakonom može ograničiti i zbog zaštite javnog reda i mira. Dakle, bez obzira što je sloboda kretanja nešto restriktivnije ustanovljena, ne može se osporiti opravdanost postojanja ovih ustavom proklamovanih ograničenja, naročito što su ona i dalje uže formulisana u odnosu na međunarodni standard na ovom polju.

Veliki je propust ustavopisca, što je za razliku od Ustava Srbije od 1990. i Povelje, propustio da proklamuje pravo na privatan život. Novim Ustavom Srbije zaštićeni su samo pojedini aspekti prava na privatan život, i to nepovredivost stana (čl.40), nepovredivost tajne pisama i drugih sredstava opštenja (čl.41), kao i zaštita podataka o ličnosti (čl.42). Nesumnjivo je da pojedini aspekti čovekovog privatnog života mogu biti zaštićeni i na osnovu ustavne norme koja predviđa nepovredivost fizičkog i psihičkog integriteta (čl.25.st.1). Međutim, imajući u vidu činjenicu da se privatnost, naročito javnih ličnosti, sve češće i grublje ugrožava i povređuje, mišljenja smo da ustanovljena prava ne predstavljaju dovoljno jemstvo zaštite čovekove privatnosti. U prilog ovakvog mišljenja može se navesti i praksa Evropskog suda za ljudska prava koji ekstenzivno tumači koncept privatnosti zastupajući stav da se sadržina ovog prava ne može unapred

taksativno odrediti.⁸ Zato je neophodno ustavom predvideti pravo koje bi bilo u stanju da svojom širinom obuhvati najrazličitije oblike ugrožavanja čovekovog privatnog života i njegove slobode da neometan od drugih lica određuje način svog života. Inače, načinu na koji su proklamovana ljudska prava koja su povezana sa pravom na privatnost, ne mogu se uputiti suštinske zamerke. Pored ove opšte ocene, pomenimo neadekvatno korišćenje termina imovina u članu kojim se uređuje nepovredivost stana. Naime, ustavopisac je predvideo da je bez odluke suda ulazak u tuđ stan izuzetno moguć i zbog otklanjanja neposredne i ozbiljne opasnosti za ljude i imovinu (čl.40.st.3). Imovina u građanskopravnom smislu predstavlja pravnu celinu koja istovremeno obuhvata i prava i obaveze, pa je unekoliko precizniji termin koji je upotrebio ustavopisac iz 1990. kada je predvideo da je odstupanje od prava na nepovredivost stana dopušteno „radi spasavanja ljudi i dobara“ (čl.21.st.3). Primetno je da ustavopisac iz 2006. nije, poput onog iz 1990, predvideo da samo službena lica mogu izuzetno bez odluke suda ući u tuđ stan i vršiti pretresanje, već je tu mogućnost proklamovao neodređeno, što znači da bi svako lice u ustavom proklamovanim okolnostima moglo da uđe u tuđ stan i vrši pretresanje. Ako se ulazak u tuđ stan i bez odluke suda radi neposrednog lišenja slobode učinioca krivičnog dela ili otklanjanja neposredne i ozbiljne opasnosti za ljude i imovinu može smatrati opravdanim, nesumnjivo da pretresanje tuđeg stana u takvim okolnostima ne može biti mogućnost koja bi trebalo da se odnosi na svako lice. Taj očigledan propust u ovom ustavnom rešenju može i treba da bude otklonjen odgovarajućim zakonskim odredbama. Pohvalno je što je novim Ustavom zaštita podataka o ličnosti potpunije uređena (čl.42). Novina je što se Ustavom izričito zabranjuje zloupotreba prikupljenih podataka o ličnosti, a takođe je proklamovano i pravo svakog lica da bude obavešten o prikupljenim podacima o svojoj ličnosti, kao i pravo na sudsku zaštitu zbog njihove zloupotrebe. Čini se da je nepotrebno izostala jedna veoma važna komponenta prava na zaštitu podataka o ličnosti koja bi ovo pravo učinila kompletnim. U pitanju je pravo na ispravku neistinitih, netačnih ili nepotpunih podataka.

Slobodi misli, savesti i veroispovesti ustavopisac je takođe posvetio znatno više pažnje nego što je to, komparativno posmatrano, uobičajeno (čl.43-45). Prvi je utisak da je, za razliku od prethodnog, novi Ustav ostavio isuviše širok prostor zakonodavcu za ograničavanje slobode ispoljavanja veroispovesti. Naime, sloboda ispoljavanja veroispovesti može biti zakonom ograničena ako je to neophodno u demokratskom društvu radi zaštite života i zdravlja ljudi, morala demokratskog društva, sloboda i prava građana zajemčenih Ustavom, javne bezbednosti i javnog reda ili radi sprečavanja izazivanja ili podsticanja verske, nacionalne ili rasne mržnje (čl.43.st.4). Posebno može biti sporno korišćenje jednog novog termina „moral demokratskog društva“ koji se zbog neodređenosti

⁸ Videti: *Costello-Roberts protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, ECHR, 19 EHRR 112 (1993).

može tumačiti na različite načine. Tako, jemstva koje Ustav uspostavlja kada je u pitanju sloboda ispoljavanja veroispovesti su veoma uska, te će prava sadržina ove slobode zavisiti u najvećoj meri od zakonodavca. Odredba na osnovu koje roditelji i zakonski staratelji imaju pravo da svojoj deci obezbede versko i moralno obrazovanje u skladu sa svojim uverenjima (čl.43.st.5), se može smatrati potpuno suvišnom, kada je ustavopisac istovremeno predvideo da roditelji imaju pravo i dužnost da izdržavaju, vaspitavaju i obrazuju svoju decu (čl.65). To je samo jedan od mogućeg niza primera, koji ukazuju koliko su se zapravo ustavopisci ponašali neracionalno i nepotrebno opterećivali ustavni tekst. Kao još jedan od primera loših formulacija može da posluži i odredba koja predviđa da je „svako slobodan da ispoljava svoj(e) ... ubeđenje veroispovedanja“ (čl.43.st.3), koja, ne samo pisca ovih redova⁹, ostavlja u nedoumici šta su ustavopisci imali na umu kada su tako nešto predvideli. Za razliku od minulih ustavnih rešenja, predviđeni su razlozi zbog kojih Ustavni sud može da zabrani versku zajednicu (čl.44.st.3). Uočljivo je da su ovom ustavnim odredbom restriktivno postavljene mogućnosti za zabranu verske zajednice, budući da ona ne može biti zabranjena zbog ugrožavanja svih, već samo nekih Ustavom proklamovanih ljudskih prava. Tako je predviđeno da se verska zajednica može zabraniti samo ako njeno delovanje ugrožava pravo na život, pravo na psihičko i fizičko zdravlje, prava dece, pravo na lični i porodični integritet, pravo na imovinu, javnu bezbednost i javni red ili ako izaziva i podstiče versku, nacionalnu ili rasnu netrpeljivost. Naposljetku, neophodno je pomenuti da novi Ustav, što je takođe jedna od novina, predviđa pravo na prigovor savesti (čl.45). Lice koje se pozove na prigovor savesti može, u skladu sa zakonom, biti pozvano da ispuni vojnu obavezu bez nošenja oružja. Ovakvo ustavno rešenje, suprotno sve izraženijoj tendenciji u Evropi, ne jemči civilno služenje vojnog roka.¹⁰ Pored toga, zbog svoje nespretnosti, ustavopisac je istovremenim proklamovanjem da lice *nije dužno* da protivno svojoj veri ili ubeđenjima, ispunjava vojnu ili drugu obavezu koja uključuje upotrebu oružja (st.1), i proklamovanjem da lice koje se pozove na prigovor savesti *može* (ali i ne mora) biti pozvano da ispuni vojnu obavezu bez oružja (st.2), zapravo ostavio mogućnost da to lice bude i oslobođeno vršenja vojne obaveze.

Ispravljen je propust ustavotvorca od 1990. koji je slobodu izražavanja nacionalne pripadnosti, vezao isključivo za građane. Novi Ustav, dakle, tu slobodu zajemčuje svim licima a ne samo državljanima Republike Srbije (čl.47).

Od ličnih prava treba pomenuti još i pravo na zaključenje braka koje je u odnosu na Povelju ustanovljeno restriktivnije, jer je proklamovanjem da se brak zaključuje na osnovu slobodno datog pristanka muškarca i žene (čl.62.st.2), isključena

⁹ Videti: Ratko Marković, *Predgovor: Ustav Republike Srbije od 2006. – kritički pogled, op.cit.*, str.24; Kosta Čavoški, *Neuki i neodgovorni tvorci novog Ustava Srbije*, u, *Ustav Srbije – kritička analiza*, Beogradski forum za svet ravnopravnih, Beograd, 2007, str.59.

¹⁰ Videti Preporuku Komiteta ministara Saveta Evrope br. R (87) 8.

mogućnost postojanja homoseksualnih brakova. Sporna može biti i formulacija da svako ima pravo da odlučuje o rađanju dece (čl.63.st.1). Naime, kako ustavopisac nije precizirao sadržinu ove slobode, može se zaključiti da se i muškarcu, a ne samo ženi, omogućava da odlučuje o prekidu trudnoće. Dakle, ova ustavna odredba je trebalo da bude unekoliko preciznije formulisana da ne bi bilo dovedeno u pitanje isključivo pravo žene da o tome odlučuje. Zaslužuje pohvalu opredeljenje ustavopisca da u katalog ljudskih prava uvrsti i prava deteta (čl.64). Na taj način, ustavopisac je postupio u skladu sa sve izraženijom tendencijom na međunarodnom planu da se obezbedi što potpunija pravna zaštita deteta.

Novinu u našem Ustavu predstavlja i pravo na pravnu pomoć (čl.67). Pada u oči da je ovo pravo izuzetno restriktivno postavljeno budući da je predviđeno da pravnu pomoć pružaju advokatura i službe pravne pomoći koje se osnivaju u jedinicama lokalne samouprave. Na taj način, čini se potpuno nepotrebno i na štetu građana, se sužava krug pružaoca usluga pravne pomoći, te se u toj ulozi više ne mogu naći nevladine organizacije, sindikati ili neka druga profesionalna udruženja.

Kada su u pitanju politička prava može se reći da nema suštinskih razlika u odnosu na dotadašnja ustavna rešenja. Kao i do sada najveći broj primedaba biće posledica nedovoljnog promišljanja i brzopletosti pri formulisanju ustavnih normi. Pre svega, pored već proklamovane slobode misli uz slobodu savesti i veroispovesti u članu 43. Ustavom se zajemčuje i sloboda mišljenja u članu 46. Razume se, u pitanju su pojmovi istog značenja, pa nije preterano reći da je elementarno poznavanje srpskog jezika bilo dovoljno da se propust ovakve vrste izbegne. Dalje, značajan nedostatak novih ustavnih rešenja, predstavlja i veoma ekstenzivno proklamovanje razloga za ograničenje slobode izražavanja. Tako se sloboda izražavanja zakonom može ograničiti, ako je to neophodno radi zaštite prava i ugleda drugih, čuvanja autoriteta i nepristrasnosti suda i zaštite javnog zdravlja, morala demokratskog društva i nacionalne bezbednosti Republike Srbije. Pored već izražene bojazni da novoustanovljena kovanica „moral demokratskog društva“ može biti osnov za značajno sužavanje ove slobode od strane zakonodavca, formulacija ove odredbe svedoči koliko su zapravo sastavljači Ustava bili pod uticajem odgovarajućih normi međunarodnih ugovora, u ovom slučaju Evropske konvencije (čl.10). Ne može ostati nezapaženo da su jemstva slobode medija restriktivnije postavljena u odnosu na Ustav od 1990, budući da nadležni sud može sprečiti širenje informacija i ideja putem sredstava javnog obaveštavanja ako je to u demokratskom društvu neophodno radi sprečavanja pozivanja na nasilno rušenje Ustavom utvrđenog poretka ili narušavanja teritorijalnog integriteta Republike Srbije, sprečavanja propagiranja rata ili podstrekavanja na neposredno nasilje ili radi sprečavanja zagovaranja rasne, nacionalne ili verske mržnje, kojim se podstiče na diskriminaciju, neprijateljstvo ili nasilje (čl.50.st.3). Za razliku od prethodnog, koji je obavezivao samo sredstva javnog obaveštavanja koja se finansiraju iz javnih prihoda da blagovremeno i nepristrasno obaveštavaju javnost (čl.46.st.7), novi Ustav proklamuje pravo svakog lica da istinito, potpuno i blagovremeno bude obaveštavan o pitanjima od

javnog značaja, kao i da su sredstva javnog obaveštavanja dužna da to pravo poštuju (čl.51.st.1), što se može smatrati dobrim rešenjem. Prednost novog Ustava je i što predviđa pravo svakog lica na pristup podacima koji su u posedu državnih organa i organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja (čl.51.st.2), što samo dodatno može da doprinese boljoj obaveštenosti građana.

U odnosu na Ustav od 1990. sloboda okupljanja više ne može biti zakonom ograničena zbog ometanja javnog saobraćaja, već samo ako je to neophodno radi zaštite javnog zdravlja, morala, prava drugih ili bezbednosti Republike Srbije (čl.54.st.4). Osnovna zamerka tvorcima novog Ustava može biti upućena iz razloga što su slobodu okupljanja proklamovali isključivo u korist građana (čl.54.st.1). Nesumnjivo je da okupljanje stranaca ne mora uvek biti motivisano samo političkim razlozima, tako da je Ustavom trebalo, pod određenim uslovima, ovo pravo proklamovati i u korist stranaca. Prilika je da se još jednom istakne nedoslednost ustavopisca budući da je u ovom članu navedeno da sloboda okupljanja može zakonom biti ograničena ako je to neophodno radi zaštite morala, a ne kao u članu 46. radi zaštite morala demokratskog društva kao jednog od razloga za ograničenje slobode izražavanja. Ostaje dilema da li je to slučajna omaška ustavopisca ili je u pitanju njegova jasna namera da napravi razliku u razlozima za ograničenje slobode izražavanja i slobode okupljanja. Kada se govori o slobodi udruživanja, prvenstveno treba pomenuti da je sudijama Ustavnog suda, sudijama, javnim tužiocima, Zaštitniku građana, kao i pripadnicima policije i vojske zabranjeno da budu članovi političkih stranaka (čl.55.st.5). Takvo opredeljenje kreatora ustavnih rešenja predstavlja veoma ozbiljno ograničenje slobode udruživanja. Na taj način se, ne samo u kvantitativnom smislu, jedan veoma značajan deo našeg društva lišava ovog političkog prava. Istovremeno, zabranom da budu članovi političkih stranaka, građani pomenutih kategorija stanovništva se ne sprečavaju da budu politički opredeljeni budući da raspolazu aktivnim biračkim pravom. Takođe, pomenuta ustavna odredba veoma lako može biti izigrana jer formalno članstvo u političkoj stranci nije i jedini vid političkog angažovanja, kao ni jedini oblik vezivanja za neku od političkih stranaka. Novinu predstavlja i zabrana tajnih i paravojnih udruženja (čl.55.st.2). Ratovi na tlu bivše Jugoslavije, kao i visok stepen kriminalizacije društva nesumnjivo su doprineli konstitucionalizaciji ovakve zabrane budući da su i takva udruženja bila deo naše svakodnevnice.

Bez obzira što nije uvršćeno u deo o ljudskim i manjinskim pravima i slobodama, pravo građana na pokrajinsku i lokalnu samoupravu (čl.12) je nesumnjivo pravo političkog karaktera i zaslužuje da bude pomenuto u ovom kontekstu. Međutim, ustavopisac je i u ovom slučaju učinio veliki propust jer nije precizirao koje bi uslove trebalo da zadovolji jedna teritorijalna celina, kako u pogledu veličine, tako i u pogledu broja stanovnika i privrednih potencijala, da bi mogla da bude konstituisana u autonomnu pokrajinu. Naime, Ustav je samo predvideo da se nove autonomne pokrajine mogu osnivati po postupku predviđenom za promenu Ustava, a da predlog utvrđuju građani na referendumu u skladu sa zakonom (čl.182.st.3). Dakle, ne dolazi po automatizmu, nakon afirmativno

izražene volje građana na referendumu, do obrazovanja autonomne pokrajine. U tom smislu, ovakvo rešenje direktno protivreči ustavnom pravu građana na pokrajinsku autonomiju budući da od volje državne vlasti zavisi formiranje nove autonomne pokrajine. Moglo bi se zaključiti, da iako konstituisano kao pravo građana koje ima za cilj da ograničava državnu vlast, pravo na teritorijalnu autonomiju, ovako kako je ustanovljeno Ustavom, se transformiše u pravo državne vlasti da se, na osnovu „preporuke“ građana izražene na referendumu, samoograniči. A kada ostvarenje nečijeg prava zavisi od pristanka nekog drugog, kako to veli Kosta Čavoški, onda to nije nikakvo pravo.¹¹

Već pomenuti slučaj neadekvatnog korišćenja pojma imovine, nažalost, nije i jedini u ustavnom tekstu. Naime, u članu u kome je proklamovano pravo na imovinu ustavopisac je izjednačio pojmove svojine i imovine, naizmenično ih koristeći (čl.59). Isti propust, na koji ukazuje i Ratko Marković¹², ponovljen je i u trećem delu Ustava koji se odnosi na ekonomsko uređenje i javne finansije, tako da se prvo proklamuje ravnopravnost svih oblika svojine (čl.86), a nakon toga uređuje državna imovina (čl.87). Osim ove terminološke nedoslednosti, kada je u pitanju pravo na imovinu, neophodno je napomenuti da je ustavopisac pored odredbe koja se odnosi na mogućnost ograničenja uživanja prava na imovinu, propustio da ustanovi odredbu o proporcionalnosti takvog ograničenja, što nije u skladu sa međunarodnim obavezama koje je Srbija preuzela.¹³

Osnovna primedba koja može biti upućena ustavopiscu u odnosu na pravo na rad je propust da zajemči jednake zarade muškaraca i žena za isti rad ili za rad iste vrednosti. Da ovaj princip, koji je izričito proklamovan i Ugovorom o osnivanju Evropske zajednice (čl.141.1), u našem ustavnom sistemu ne bi bio suvišan može se potkrepiti činjenicom da žene u Srbiji zarađuju prosečno 12% manje u odnosu na muškarce.¹⁴ Bez obzira što ovaj princip proizlazi iz Ustavom proklamovane ravnopravnosti žena i muškaraca (čl.15), potrebno je, kako ističe Agneš Kartag-Odri, da ustav sadrži jasne i posebne odredbe koje imaju za cilj da ubrzaju *de facto* ravnopravnost¹⁵. Poput svog prethodnika, i novi Ustav ne sadrži pravo na besplatno posredovanje prilikom traženja zaposlenja. No, neuporedivo veća primedba ustavopiscu od 2006. se može uputiti zbog propusta da preuzme iz Ustava od 1990. član koji građanima delimično sposobnim za rad zajemčuje osposobljavanje za odgovarajući posao i obezbeđivanje uslova za njihovo zapošljavanje (čl.39.st.1). Takođe, istim članom bilo je proklamovano da država

¹¹ Kosta Čavoški, *Neuki i neodgovorni tvorci novog Ustava Srbije, op.cit.*, str.66.

¹² Ratko Marković, *Predgovor: Ustav Republike Srbije od 2006. – kritički pogled, op.cit.*, str.24

¹³ *Ljudska prava u Srbiji 2007, op.cit.*, str.140.

¹⁴ Podatak naveden prema: Agnes Kartag-Odri, *On the New Constitution of Serbia*, Pravni život br.14, Beograd, 2007, str. 809.

¹⁵ Agnes Kartag-Odri, *On the New Constitution of Serbia, op.cit.*, str.813.

obezbeđuje socijalnu sigurnost građanima koji su nesposobni za rad, a nemaju sredstva za izdržavanje (čl.39.st.2). Na taj način, i na ovom polju, novim Ustavom je učinjen korak unazad u odnosu na već stečeni nivo ljudskih prava.

Ustavom se proklamuje posebna zaštita porodice, majke, samohranog roditelja i deteta u skladu sa zakonom (čl.66). Međutim, osim te obaveze nametnute zakonodavcu da obezbedi posebnu zaštitu već pomenutim kategorijama građana, ustavopisac nije ni načelno predvideo prirodu te posebne zaštite ili ciljeve koje bi njom trebalo postići. U tom smislu, ovaj član predstavlja samo jednu praznu proklamaciju čije je jedino pravno dejstvo obaveza zakonodavca da to pitanje posebno uredi. Dakle, na ovom polju sa terena ustavnog prava, ova posebna zaštita se prenosi na teren zakonskog prava. Ista primedba može biti upućena i kada je u pitanju posebna zaštita na radu i posebni uslovi rada proklamovana u korist žena, omladine i invalida (čl.60.st.5), kao i posebna zaštita invalida, retnih veterana i žrtava rata (čl.69.st.4).

Pohvalno je što je proširen krug lica kojima se zajemčuje zdravstvena zaštita iz javnih prihoda. Tako, pored dece, trudnica i starih lica, novim Ustavom se zdravstvena zaštita iz javnih prihoda obezbeđuje i majkama tokom porodijskog odsustva, kao i samohranim roditeljima sa decom do sedme godine (čl.68.st.2). Primetno je da je socijalna zaštita postavljena veoma restriktivno. Naime, Ustavom se zajemčuje pravo na socijalnu zaštitu samo građanima i porodicama kojima je neophodna društvena pomoć radi savladavanja socijalnih i životnih teškoća i stvaranja uslova za zadovoljavanje osnovnih životnih potreba (čl.69.st.1). Ovako neodređena formulacija omogućava zakonodavcu da veoma restriktivnim predviđanjem uslova za ostvarivanje socijalne zaštite praktično obezvredi ovu ustavnu normu. Pravo na naknadu se zajemčuje samo u slučaju privremene, ali ne i trajne, nezaposlenosti (čl.69.st.3). Na taj način, dolazi do jedne nelogične situacije da se u društvu sa visokom stopom nezaposlenosti, favorizuju upravo oni koji su imali sreće da budu zaposleni, a izostaje briga o onima kojima je pomoć najpotrebnija, dakle licima koja su trajno nezaposlena. Uostalom, Ustav od 2006. ne pominje, poput svog prethodnika, obavezno osiguranje zaposlenih, što se takođe može smatrati kao ne mali korak unazad. Na taj način, otvara se mogućnost potpunog ukidanja obaveznog zdravstvenog osiguranja.

Da je ustavopisac bio veoma restriktivan pri proklamovanju socijalnih prava može da posvedoči i izostanak prava na odgovorajući životni standard zajemčenih Međunarodnim paktom o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima. Pre svega, primetan je izostanak prava na stanovanje koje je, prema Komitetu za ekonomska, socijalna i kulturna prava, „od centralne važnosti za ostvarivanje svih drugih ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava“¹⁶. Nema reči ni o pravu na adekvatnu ishranu.

¹⁶ Navedeno prema: *Ljudska prava u Srbiji 2007, op.cit., str.196.*

U odnosu na Ustav od 1990. znatno restriktivnije je ustanovljeno i pravo na obrazovanje. Naime, umesto rešenja koje je predviđalo da građani ne plaćaju školarinu za redovno školovanje koje se finansira iz javnih prihoda, novim Ustavom se proklamuje da je osnovno obrazovanje obavezno i besplatno, a srednje obrazovanje besplatno (čl.71.st.2). Osim toga, što svi građani imaju, pod jednakim uslovima, pristup visokoškolskom obrazovanju, besplatno visokoškolsko obrazovanje se omogućuje samo uspešnim i nadarenim učenicima slabijeg imovnog stanja (čl.71.st.3). Dakle, ovo pravo je ustanovljeno kao izuzetak, a ne pravilo, pri čemu rastegljivost pomenute formulacije ostavlja širok prostor zakonodavcu da preciziranjem ove ustavne norme omogući samo veoma uskom krugu učenika besplatno visokoškolsko obrazovanje. Istovremeno, kako je to zapazio Ratko Marković, budući da nema besplatnog obrazovanja, ustavopiscu se može zameriti što je umesto „o trošku države“ ili „iz javnih prihoda“, pogrešno upotrebio reč „besplatno“¹⁷. Ovde se takođe može uočiti nedoslednost u korišćenju pojedinih termina, jer ustavopisac nije govorio o besplatnoj zdravstvenoj zaštiti, već o zdravstvenoj zaštiti iz javnih prihoda. U tesnoj vezi sa pravom na obrazovanje, značajnu novinu predstavlja proklamovanje autonomije univerziteta (čl.72).

IV PRAVA PRIPADNIKA NACIONALNIH MANJINA

Neuobičajeno, komparativno posmatrano, Ustav Srbije poput Povelje, sadrži poseban odeljak posvećen pravima pripadnika nacionalnih manjina. Jedino, i to ne previše uverljivo, opravdanje za ovakvo opredeljenje ustavopisca može biti težnja da se održi nivo Poveljom stečenih prava pripadnika nacionalnih manjina. Inače, ako je Srbija već ratifikovala najvažnije univerzalne i regionalne ugovore kojima se neposredno ili posredno zajemčuju prava pripadnika nacionalnih manjina¹⁸, pored proklamacije opšteg karaktera da Republika Srbija štiti prava nacionalnih manjina (čl.14.st.1), nije bilo potrebe da se u posebnom odeljku ova prava detaljnije razrade. Da je ova tvrdnja izrečena sa punim opravdanjem može posvedočiti činjenica da su Ustavom Srbije samo neznatno izmenjeni i prenumerisani članovi o pravima pripadnika nacionalnih manjina iz Povelje, koji su zapravo zasnovani na Okvirnoj konvenciji za zaštitu nacionalnih manjina Saveta Evrope. U tom smislu, budući da oni predstavljaju sastavni deo našeg pravnog poretka, jasno je da nije bilo potrebe za preuzimanjem rešenja iz ratifikovanih međunarodnih ugovora.

Primetno je, da za razliku od Povelje, Ustav ne odlikuje postojanje rešenja po kome se zaštita prava pripadnika nacionalnih manjina ostvaruje u skladu sa međunarodno-pravnom zaštitom ljudskih i manjinskih prava. Ovo se ne treba

¹⁷ Ratko Marković, *Predgovor: Ustav Republike Srbije od 2006. – kritički pogled, op.cit., str.23.*

¹⁸ *Ljudska prava u Srbiji 2007, op.cit., str.146.*

smatrati propustom našeg ustavopisca budući da je već bilo reči o proklamovanom načelu da se odredbe o ljudskim i manjinskim pravima tumače saglasno važećim međunarodnim standardima (čl.18.st.3). Izostala je, takođe, i obaveza države da usvaja mere za unapređenje pune i efektivne ravnopravnosti između pripadnika nacionalne manjine i većine. Delimično je preformulisana mogućnost postojanja pozitivne diskriminacije, budući da je Ustavom predviđeno da se ne smatraju diskriminacijom posebni propisi i privremene mere koje Republika Srbija može uvesti u ekonomskom, socijalnom, kulturnom i političkom životu, radi postizanja pune ravnopravnosti između pripadnika nacionalne manjine i građana koji pripadaju većini, ako su usmereni na uklanjanje izrazito nepovoljnih uslova života koji ih posebno pogađaju (čl.76.st.3). Na taj način, za razliku od Povelje koja je bar na ovom polju bila unekoliko preciznija, stvoren je ustavni osnov da se pozitivna diskriminacija može ustanoviti i u korist pripadnika nacionalne većine. Ovaj očigledan propust ustavopisca, koji je kritikovao Kosta Čavoški¹⁹, i ne mora biti loše ustavno rešenje budući da u realnosti ne samo da nisu nemoguće, već su i česte, situacije da su u mestima u kojima većinu čine pripadnici neke od nacionalnih manjina, nepovoljni uslovi života karakteristični za malobrojnije pripadnike nacionalne većine.

U odnosu na Povelju novina je što se pri zapošljavanju u državnim organima, javnim službama, organima autonomne pokrajine i jedinicama lokalne samouprave vodi računa o nacionalnom sastavu stanovništva i odgovarajućoj zastupljenosti pripadnika nacionalnih manjina (čl.77.st.2). Takođe, proširena je zaštita pripadnika nacionalnih manjina jer je predviđena zabrana preduzimanja mera koje bi prouzrokovale veštačko menjanje nacionalnog sastava stanovništva na područjima gde pripadnici nacionalnih manjina žive tradicionalno i u značajnom broju (čl.78.st.3). Istim članom je proklamovana zabrana nasilne asimilacije pripadnika nacionalnih manjina (čl.78.st.1), zbog čega se može zaključiti da nije neustavna, da ne kažemo da je dopuštena, nenasilna i dobrovoljna asimilacija. Mišljenja smo da se ovakvo ustavno rešenje ne treba kritikovati jer svako lice ima pravo na slobodan izbor nacionalne pripadnosti, a država treba da interveniše samo ako je taj izbor onemogućen.

Kada je u pitanju odeljak o pravima pripadnika nacionalnih manjina, čini se da se ustavopiscu najozbiljnija primedba može uputiti u odnosu na rešenje proklamovano u okviru prava na očuvanje posebnosti po kome se pokrajinskim propisima mogu ustanoviti dodatna prava pripadnika nacionalnih manjina (čl.79.st.2). Ovo ustavno rešenje omogućava da se odstupa od načela ravnopravnosti budući da će pripadnici nacionalnih manjina nastanjeni na teritoriji autonomne pokrajine biti u privilegovanom položaju. Naime, ne samo da su u prednosti jer uživaju pravo na teritorijalnu autonomiju, već je pripadnicima nacionalnih manjina u tom slučaju omogućeno i da uživaju posebna prava koja

¹⁹ Kosta Čavoški, *Neuki i neodgovorni tvorci novog Ustava Srbije*, op.cit., str.59.

im se naknadno mogu ustanoviti pokrajinskim propisima. Na taj način, očigledno nedovoljno promišljenim formulisanjem pomenute norme, stvoren je ustavni osnov za postojanje razlika u pravnom položaju pojedinih nacionalnih manjina, a takođe i u pravnom položaju pripadnika iste nacionalne manjine, u zavisnosti od toga da li su nastanjeni na teritoriji autonomne pokrajine ili ne.

Naposletku, ostaje nedoumica, zašto ustavopisac, kada je već propustio da zabrani zloupotrebu prava, nije poput Okvirne konvencije o pravima pripadnika nacionalnih manjina predvideo obavezu lojalnosti pripadnika nacionalnih manjina prema državi u kojoj žive. Nesumnjivo je da prava pripadnika nacionalnih manjina mogu da budu zloupotrebljena tako da se od instrumenta za očuvanje njihovog nacionalnog identiteta ona mogu transformisati u prikriveno i moćno, a pritom legitimno, sredstvo za ugrožavanje teritorijalnog integriteta jedne države. Kada već na delu posvećenom ljudskim i manjinskim pravima ustavopisac nije štedeo svoje pero, ne bi bilo suvišno da je ustanovljena odredba koju predviđa i italijanski Ustav: „Svi građani imaju dužnost da budu lojalni Republici i da se pridržavaju Ustava i zakona“ (čl.54.1).

V ZAŠTITA LJUDSKIH PRAVA

Najznačajniji pomak, bar kada je o ljudskim pravima reč, novi Ustav je učinio na polju njihove zaštite. Izričito je predviđeno da Ustavni sud, pored ustavnosti i zakonitosti, štiti i ljudska i manjinska prava i slobode (čl.166.st.1). Međutim, da ovo ne bi bila samo obična proklamacija, konstitucionalizovani su novi mehanizmi zaštite ljudskih prava. Novi institut, koji na posredan način može da doprinese zaštiti ljudskih prava, je ocena ustavnosti zakona pre njegovog stupanja na snagu (čl.169). Tako, na zahtev najmanje jedne trećine narodnih poslanika, Ustavni sud je dužan da u roku od sedam dana oceni ustavnost zakona koji je izglasan, a ukazom još nije proglašen. U pitanju je institut prethodne kontrole ustavnosti zakona iz Ustava Pete francuske republike, koji je, da li zbog neukosti ili brzopletosti ustavopisca, preuzet u delimično deformisanom obliku. Naime, umesto da se, po ugledu na francuski uzor, onemogući proglašenje zakona dok traje postupak ocenjivanja njegove ustavnosti, našim Ustavom je to dopušteno, i u tom slučaju Ustavni sud nastavlja da postupa prema zahtevu, u skladu sa redovnim postupkom za ocenu ustavnosti zakona. Nesumnjivo je da ovakvo ustavno rešenje protivreči logici ovog instituta budući da je njegova osnovna prednost preventivno dejstvo jer predupređuje stupanje na snagu zakona čija se kontrola ustavnosti ocenjuje. Na taj način, sprečava se nastanak štetnih posledica primene neustavnog zakona koje se naknadno, veoma često, ne mogu na adekvatan način popraviti.

Druga, sa aspekta zaštite ljudskih prava, svakako još značajnija novina je postojanje ustavne žalbe koja se može izjaviti protiv pojedinačnih akata ili radnji državnih organa ili organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja, a kojima se povređuju ili uskraćuju ljudska ili manjinska prava i slobode zajemčene Ustavom (čl.170). Ustavna žalba se može koristiti samo ako su iscrpljena ili nisu predviđena

druga pravna sredstva za njihovu zaštitu zbog čega se ona, kako ističe Ratko Marković, od izuzetnog sredstva zaštite od povreda ljudskih prava, u smislu mogućnosti za korišćenje, postala redovno pravno sredstvo.²⁰ Na taj način, kao jedan od preduslova za obraćanje međunarodnim institucijama radi zaštite Ustavom zajemčenih sloboda i prava, građani će prethodno morati da iskoriste i ustavnu žalbu. Primetno je da se ustavna žalba može koristiti samo ako su povređena ili uskraćena ljudska ili manjinska prava zajemčena Ustavom, što bi značilo, ako se opredelimo za restriktivno tumačenje, da se ovaj institut ne može koristiti za zaštitu onih ljudskih prava koja su zajemčena ratifikovanim međunarodnim ugovorima. Međutim, ako se ima u vidu činjenica da je Ustav takođe proklamovao da se ratifikovani međunarodni ugovori neposredno primenjuju, na osnovu ekstenzivnog tumačenja bi se moglo zaključiti da je ustavna žalba dopuštena i u slučaju povrede međunarodnim ugovorima zajemčenim ljudskim pravima. Na koje stanovište će stati Ustavni sud, pitanje je koje za sada nema odgovor, a nama i u ovom slučaju ostaje da uputimo zamerku ustavopiscu što ustavnu žalbu izričito nije predvideo kao instrument zaštite i onih ljudskih prava koja su zajemčena međunarodnim ugovorima.

Naposletku, Ustav je predvideo postojanje novog državnog organa, Zaštitnika građana, koji štiti prava građana i kontroliše rad organa državne uprave, organa nadležnog za pravnu zaštitu imovinskih prava i interesa Republike Srbije, kao i drugih organa i organizacija, preduzeća i ustanova kojima su poverena javna ovlašćenja (čl.138). Zanimljivo je da ustavopisac iznova nije bio dosledan u korišćenju pojedinih termina budući da u ovom članu govori isključivo o zaštiti prava građana, a ne o zaštiti ljudskih i manjinskih prava i sloboda. Da li to znači da Zaštitnik građana nije nadležan za zaštitu prava stranaca? Ovako formulisana ustavna norma nameće negativan odgovor. Takođe, može se pojaviti i dilema da li je Zaštitnik građana nadležan da štiti prava pripadnika nacionalnih manjina, budući da je ustavopisac odstupio od izraza koji koristi u najvećem delu ustavnog teksta. Kada je posebna, i to velika, pažnja posvećena pravima pripadnika nacionalnih manjina, nije bilo suvišno da se kao i u mađarskom Ustavu od 1949. predvidi postojanje i ombudsmana za prava nacionalnih manjina. Osim toga, postoji dilema zašto je na tako ekstenzivan način od kontrole Zaštitnika građana izuzet rad Narodne skupštine, predsednika Republike, Vlade, Ustavnog suda, sudova i javnih tužilaštava. U ovom slučaju poučno može biti rešenje prihvaćeno u Ustavu Estonije od 1992. po kome je Poverenik pravde ovlašćen da predlaže Parlamentu da podnese krivičnu prijavu protiv člana Parlamenta, Predsednika Republike, člana Vlade, Generalnog revizora, predsednika Nacionalnog suda ili člana Nacionalnog suda (čl.139.3). Povereniku pravde u Estoniji je povereno i ovlašćenje da prisustvuje sednicama Parlamenta i Vlade sa pravom govora

²⁰ Ratko Marković, *Ustavni sud u Ustavu Republike Srbije od 2006. godine*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, broj 2, godina LV, Beograd, 2007, str.36.

(čl.141.2). Zanimljivo je rešenje koje predviđa i Ustav Finske od 2000. na osnovu koga Poverenik pravde ima pravo da nadzire zakonitost zvaničnih akata Vlade i Predsednika Republike (čl.112). Ustavopiscu se, takođe, može uputiti primedba zato što je propustio da konstitucionalizuje ovlašćenja Zaštitnika građana, već je to pitanje prepustio zakonodavcu. U suprotnom, unekoliko bi bio ojačan institut Zaštitnika građana, a njegov pravni položaj bi ostao izvan domašaja parlamentarne većine koja u mladim demokratskim sistemima može biti veoma nepostojana i nepouzdana. Primedba može biti upućena i opredeljenju ustavopisca da ne odredi dužinu mandata Zaštitnika građana. Čini se mudrijim rešenjem da mandat ombudsmana bude različit, i to duži, od mandata parlamenta, da bi se očuvao njegov nezavisan položaj u ustavnom sistemu. U tom smislu, pohvalno je rešenje koje predviđa već pomenuti estonski Ustav po kome se Poverenik pravde bira na sedam godina (čl.140.1). Ako je već najprirodnije da ombudsmana bira parlament, veoma loše rešenje je što naš Ustav predviđa da je Zaštitnik građana za svoj rad odgovoran Narodnoj skupštini. Na taj način, ustanovljava se klasična politička odgovornost državnog organa, koji bi zbog prirode svojih funkcija trebalo da ostane nezavisan i izvan političkih igara. I na ovom polju može biti poučno rešenje koje predviđa Ustav Estonije po kome Poverenik pravde može biti razrešen dužnosti samo na osnovu sudske odluke (čl.140.2). Koliko je važno očuvati nezavisan položaj ombudsmana može posvedočiti i novi finski Ustav koji predviđa rešenje da Parlament može, iz izuzetno važnih razloga, nakon što sasluša mišljenje Odbora za ustavno pravo, da razreši ombudsmana pre isteka njegovog mandata dvotrećinskom većinom prisutnih. Dakle, svi ovi propusti nameću bojazan da ovako ustanovljena ustavna rešenja ne predstavljaju dovoljno pouzdano jemstvo da će Zaštitnik građana na delotvoran način obogatiti institucionalnu mrežu zaštite, u ovom slučaju samo, prava građana.

VI ZAKLJUČNI OSVRT

Ustavom zajemčeni katalog ljudskih prava, ne samo da je iscrpniji od prethodnog, već je u velikoj meri i usaglašen sa postojećim međunarodnim standardima u ovoj oblasti. Dakle, učinjen je značajan korak napred u oblasti normiranja ljudskih prava. Pre svega, pohvale su vredna rešenja o neposrednoj primenjivosti, kako Ustavom tako i potvrđenim međunarodnim ugovorima, zajemčenih ljudskih prava, o tumačenju odredaba o ljudskim pravima u skladu sa međunarodnim standardima, o mogućnosti zaštite ljudskih prava i pred međunarodnim institucijama, kao i institucionalna rešenja kojima se značajno poboljšavaju mehanizmi zaštite ljudskih prava. Međutim, u tom nastojanju da što detaljnije i iscrpnije reguliše ljudska prava, ustavopisac je predimenzionirao deo posvećen ovoj materiji. Čini se da su se sastavljači ustavnog teksta opredelili da naprave svojevrsnu kompilaciju iz međunarodnih ugovora istrgnutih normi. Upravo zbog tog mehaničkog preuzimanja samo delića međunarodnopravnih dokumenata nastao je tekst opterećen dvosmislenostima, nejasnoćama i terminološkim nedoslednostima. Umesto da pribegne elegantnijem i u komparativnom

ustavnom pravu dominantnom rešenju na osnovu koga se konstitucionalizuju samo osnovna ljudska prava, naš ustavopisac je pribegao „svojevrsnom „dekorisanju“ Ustava“²¹ iscrpnim katalogom ljudskih i manjinskih prava, koji je, pored proklamacije o neposrednoj primeni potvrđenih međunarodnih ugovora, nepotrebno preglomazan i neprimereno „raspevan“²².

Nespretnost i nekritičnost ustavopisca u preuzimanju rešenja iz međunarodnopravnih akata, u najvećoj meri su došli do izražaja pri ustanovljavanju razloga za ograničenje pojedinih ljudskih prava. Bez obzira što su u članu posvećenom ograničenju ljudskih i manjinskih prava izričito ustanovljeni uslovi dopuštenog ograničenja Ustavom zajemčenih prava, ustavopisca to nije sprečilo da nepotrebno i još na nedosledan način to opšte pravilo prenosi u članove kojima se uređuju konkretna prava. Tako se u pojedinim članovima govori da je ograničenje konkretnog prava moguće samo ako je to neophodno u demokratskom društvu (čl.43, 50), dok se u pogledu nekih drugih ljudskih prava govori samo o neophodnosti ograničenja (čl.39, 40, 41, 46, 54). Već je bilo reći da je ustavopisac pored morala, kao jedne od vrednosti koju treba da zaštiti, koristio i novu kovanicu „moral demokratskog društva“ (čl.32, 43, 46) čije ugrožavanje takođe može da bude jedan od razloga za ograničenje pojedinih ljudskih prava. Ostaje dilema da li u praksi treba na različit način tumačiti ova dva pojma, ali i neizbežna bojazan da rastegljivost novoustanovljene kovanice može da posluži kao osnov za različite vidove ograničavanja slobode ispoljavanja vere ili slobode izražavanja. Takođe, pri proklamovanju legitimnih ciljeva zbog kojih je moguće ograničiti pojedina ljudska prava ustavopisac je nedosledno i proizvoljno, bez opravdanog razloga, koristio različite oblike pojma bezbednosti. Tako, kao vrednost koju treba zaštititi i zbog koje je moguće ograničiti pojedina ljudska prava, ustavopisac naizmenično navodi bezbednost (čl.41, 42, 54, 83), nacionalnu bezbednost (čl.32, 46), i javnu bezbednost (čl.43, 44). Korišćenjem različitih pojmova, čija sadržina nije precizna, samo je otvoren širok prostor za arbitrarnost pri njihovom tumačenju pa tako i za sužavanje proklamovanih prava i sloboda u praksi.

Veliki nedostatak dela posvećenog ljudskim i manjinskim pravima je veoma često pozivanje na zakon zbog čega se unekoliko obesmišljava princip o neposrednoj primenjivosti ustavom proklamovanih ljudskih prava. Naime, na taj način se ljudska prava sa nivoa ustava, ne samo u pogledu načina ostvarivanja, već često i u pogledu sadržine, prenose na nivo zakona.

Posebno treba naglasiti da naš novi Ustav nije u potpunosti u skladu sa principom, koji i sam proklamuje, da se dostignuti nivo ljudskih i manjinskih prava ne može smanjivati. Kritiku zaslužuje i neoliberalni koncept Ustava, koji, iako

²¹ Ratko Marković, *Predgovor: Ustav Republike Srbije od 2006. – kritički pogled, op.cit., str.84.*

²² Ratko Marković, *Predgovor: Ustav Republike Srbije od 2006. – kritički pogled, op.cit., str.83.*

načelno proklamuje da je Republike Srbija zasnovana na socijalnoj pravdi, to načelo samo u tragovima prenosi na teren ljudskih prava.

Naposletku, ako treba dati jednu završnu ocenu, nije preterano reći da je deo posvećen ljudskim pravima u nomotehničkom smislu najslabiji deo našeg Ustava. Najžalije je što je najveći broj propusta, budući posledica neukosti i brzopletosti u redigovanju ustavnih normi, mogao biti veoma lako izbegnut. No, ipak se ne možemo oteti utisku da svi ti nedostaci bacaju isuviše tamnu senku na pozitivna rešenja koja ovaj Ustav, kada je u pitanju materija ljudskih prava, nesporno ima.

Darko Simović, LL.D,

Assistant, Police Academy, Belgrade

HUMAN RIGHTS IN THE CONSTITUTION OF SERBIA OF 2006 - A CRITICAL ANALYSIS -

Summary

There is a generally accepted opinion in our theory that the new Constitution of Serbia has brought about significant progress in the normative framework of human and minority rights. First of all, this Constitution has significantly broadened the catalogue of human rights and introduced an improved and more efficient mechanism for their protection. As compared to the former Constitution, this one has envisaged the constitutional appeal and the institute of a preliminary assessment of the constitutionality of an act prior to its entering into force, which indirectly also contributes to the protection of human rights. However, much less consideration has been given to the weaknesses of the constitutional provisions regulating the human rights' matter. It is also evident that the new Constitution does not guarantee some of the human rights that were included in the former constitutional system of Serbia, which actually represents a violation of one of the basic principles of modern law under which the attained level of human rights' protection should not be degraded.

Another paradox and inconsistency lies in the fact that Serbia is defined as a state based on the principle of social justice, whereas the framers of the Constitution were rather restrictive in the proclamation of social rights. A matter giving rise to further consideration is the fact that the constitutional provisions regulating human rights are burdened by numerous nomotechnical drawbacks (vague, contradictory and ambiguous provisions), which could cause serious problems in the interpretation. In order to fully justifying the opinions given in this paper, the author will analyze all the merits and flaws of the new constitutional provisions from the aspect of both comparative constitutional law and international documents.

SADRŽAJ

Prof. dr Zoran Radivojević UVODNA REČ	1
---	---

ZAJEMČENA LJUDSKA PRAVA NA UNIVERZALNOM PLANU

Prof. dr Vojin Dimitrijević PRAVA PRIPADNIKA MANJINA PREMA MEĐUNARODNOM PAKTU O GRAĐANSKIM I POLITIČKIM PRAVIMA	7
---	---

Prof. dr Boris Krivokapić DOMORODAČKI NARODI I OSNOVNI ELEMENTI NJIHOVE MEĐUNARODNOPRAVNE ZAŠTITE	19
---	----

Dr Nebojša Raičević KRŠENJE LJUDSKIH PRAVA KAO PRETNJA MEĐUNARODNOM MIRU I BEZBEDNOSTI	45
--	----

Mr Vesna Petrović REFORMA SISTEMA ZAŠTITE LJUDSKIH PRAVA U UJEDINJENIM NACIJAMA – Savet za ljudska prava	63
--	----

EVROPSKE GARANCIJE LJUDSKIH PRAVA I MEĐUNARODNI STANDARDI LJUDSKIH PRAVA U KRIVIČNOM PRAVU

Dr Slavoljub Carić UTICAJ EVROPSKE KONVENCIJE O LJUDSKIM PRAVIMA NA MEĐUNARODNO PRAVO I PRAVO SRBIJE	85
--	----

Prof. dr Vesna Knežević-Predić Prof. dr Zoran Radivojević PRAVOSUDNA ZAŠTITA PRAVA POJEDINACA U EVROPSKOJ UNIJI	105
Prof. dr Slobodanka Konstantinović-Vilić Prof. dr Miomira Kostić ZAŠTITA ŽRTAVA TRGOVINE LJUDIMA PREMA KONVENCIJI SAVETA EVROPE ZA BORBU PROTIV TRGOVINE LJUDIMA	135
Dr Ivana Krstić ZABRANA DISKRIMINACIJE U JURISPRUDENCIJI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA	155
Mr Dejan Vučetić EVROPSKI STANDARDI ZAŠTITE LJUDSKIH PRAVA PRILIKOM UPRAVNOG POSTUPANJA IZ UGLA REPUBLIKE SRBIJE -.....	175
Prof. dr Vojislav Đurđić MEĐUNARODNOPRAVNI STANDARDI I ZAŠTITA LJUDSKIH PRAVA U KRIVIČNOM POSTUPKU	191
Prof. dr Dragan Jovašević PRIMENA MEĐUNARODNIH STANDARDI ZAŠTITE PRAVA MALOLETNIKA U NOVOM KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU REPUBLIKE SRBIJE	205
Prof. dr Saša Knežević MEĐUNARODNOPRAVNE GARANCIJE PRAVA NA ODŠTETU ZBOG GREŠKE SUDA	225
 USTAVNE GARANCIJE LJUDSKIH PRAVA	
Prof. dr Marijana Pajvančić KONTRAVERZE USTAVNOG OKVIRA ZAŠTITE LJUDSKIH PRAVA	245
Prof. dr Irena Pejić GARANCIJE LJUDSKIH PRAVA U NACIONALNOM PORETKU: USTAVNOSUDSKA ZAŠTITA	261
Prof. dr Renata Treneska-Deskoska CONSTITUTIONAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS (WITH REFERENCE TO THE REPUBLIC OF MACEDONIA)	275

Prof. dr Tanja Karakamisheva

**THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE -
THE EUROPEAN SUPREME COURT OR THE CONSTITUTIONAL COURT? 293**

Doc. dr Vladan Petrov

**USTAV I LJUDSKA PRAVA DANAS - JESU LI LJUDSKA PRAVA
NAJVAŽNIJI DEO USTAVA? 309**

Dr Darko Simović

LJUDSKA PRAVA U USTAVU SRBIJE OD 2006. - KRITIČKA ANALIZA 325