

SAŠA GAJIN

LJUDSKA PRAVA

Pravno-sistemiški okvir



PRAVNIS
fakultet
Univerzitet UNION



CHRIS



**HEINRICH
BÖLL
STIFTUNG**

DRUGO IZDANJE

SAŠA GAJIN
LJUDSKA PRAVA
Pravno-sistemiški okvir

© Saša Gajin 2011, 2012

Izdavači

Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu
za izdavača: prof. dr Zlatko Stefanović, v. d. dekan
Goce Delčeva 36, 11070 Novi Beograd, tel. 011-2095500
www.pravnifakultet.rs

Centar za unapređivanje pravnih studija
za izdavača: prof. dr dr h.c. Vladimir V. Vodinelić, direktor
Goce Delčeva 36, 11070 Novi Beograd, tel. 011-2608360
www.cups.rs

Institut za uporedno pravo
za izdavača: dr Jovan Ćirić, direktor
Terazije 41, 11000 Beograd, tel. 011-3233213
www.comparativelaw.info

Priprema i štampa

„Dosije studio“, Beograd

Tiraž

1000 primeraka

ISBN 978-86-84871-24-6 (PF UU)
ISBN 978-86-7546-069-5 (CUPS)
ISBN 978-86-80059-82-2 (IUP)

Objavljivanje ovog izdanja knjige pomogli su:
Civil Rights Defenders,
Heinrich Böll Stiftung,
Inicijativa mladih za ljudska prava i
CHRIS Mreža odbora za ljudska prava

SAŠA GAJIN

LJUDSKA PRAVA
Pravno-sistemiški okvir

DRUGO IZDANJE

BEOGRAD • 2012

(posveta)

Relji i Bojani

(javno priznanje)

Ova knjiga verovatno ne bi nastala da na mojoj strani nisu bili Vladimir V. Vodinelić, Vesna Rakić-Vodinelić, Institut za uporedno pravo, Centar za unapređivanje pravnih studija, Pravni fakultet Univerziteta Union i Civil Rights Defenders

(izjava zahvalnosti)

Hvala internetu

Sadržaj

I UVOD	11
II POJAM LJUDSKIH PRAVA	15
1. Ljudska prava kao skup neotuđivih prava i sloboda pojedinaca	15
a) Ljudska prava posmatrana iz pravno-teorijske perspektive	16
b) Ljudska prava posmatrana iz pozitivnopravne perspektive	16
c) Nedostaci klasičnog razumevanja ljudskih prava	17
d) Traganje za pojmom ljudskih prava	18
2. Lična autonomija u pravu SAD	21
a) Počeci	21
b) Pravo na privatnost kao „ <i>common law</i> “ pravo	23
c) Ustavno pravo na privatnost	24
d) Razvoj ideje o privatnosti i ličnoj autonomiji pred Vrhovnim sudom	30
e) <i>Roe v. Wade</i> i afirmacija ideje o pravu na ličnu autonomiju	38
f) Zaključna razmatranja	48
3. Lična autonomija u okviru Evropske konvencije o ljudskim pravima	55
a) Klasično shvatanje prava na privatan život	57
b) Pravo na poštovanje prepiske	59
c) Proširivanje zaštite na osnovu prava na privatan život	60
d) Odnosi sa drugima	63
e) Fizički i psihički integritet	67
f) Porodični život	72
g) Pravo na poštovanje doma	78

4. Dostojanstvo čoveka i opšte pravo ličnosti u nemačkom pravu	81
a) Osnovna konstrukcija pojma ljudskih prava	83
b) Dostojanstvo čoveka	87
c) Opšte pravo ličnosti.	95
d) Slobodan razvoj ličnosti i samoodređenje pojedinca	105
e) Zaključna razmatranja	119
 III PRAVO LJUDSKIH PRAVA	 129
1. Katalog ljudskih prava	130
a) Prvi sveobuhvatni katalozi ljudskih prava	131
b) Istorijska uslovljenost širenja liste ljudskih prava.	135
c) Bujanje ljudskih prava	138
d) Ustavnopravna lista i nacionalno zakonodavstvo.	141
e) Podela ljudskih prava	146
f) Ciljevi i pravni značaj nabiranja prava i sloboda	154
g) Opšta pravila kataloga ljudskih prava	161
 2. Beneficijari	 170
a) Dostignuća Francuske i Američke revolucije	171
b) Građani i lica pod jurisdikcijom	177
c) Organizacije i beneficijari kolektivnih prava	182
d) Princip jednakosti, prirodni beneficijari i društvene vrednosti.	185
 3. Adresati.	 195
a) Država kao adresat.	196
b) Fizička i pravna lica kao adresati	202
c) Priroda obaveze	207
 IV UTEMELJENJE LJUDSKIH PRAVA	 217
1. Čiste teorije prava i države	217
a) Kelsenova „Čista teorija prava“	218
b) Austinova „čista“ teorija države	234
c) Princip suprematije vrhovne državne vlasti	246

2. Originalne teorije društvenog ugovora	252
a) Učenje Johna Locka	252
b) Učenje Thomasa Hobbesa	263
c) Ograničenja Lockovih i Hobbesovih ideja	273
3. Teorije ustavne demokratije	282
a) Učenja Rousseaua i Kanta	282
b) Sloboda volje i lična autonomija	298
c) Dworkinova i Habermasova shvatanja ustavne demokratije	304
V ZAKLJUČNA RAZMATRANJA	323
KORIŠĆENA LITERATURA	329
BELEŠKA O AUTORU	345

I

UVOD

Pravno-sistemijski okvir poštovanja i zaštite ljudskih prava može se teorijski izgraditi na tri različita nivoa refleksije pravnih pravila o pravima i slobodama pojedinaca. Prvo, putem određivanja pravnog pojma ljudskih prava, moguće je pružiti jedinstven odgovor na pitanje o tome šta su to ljudska prava. Drugo, na temelju celovitog korpusa pravila o ljudskim pravima, moguće je teorijski odrediti sadržinu prava ljudskih prava. Treće, moguće je pokazati da su ljudska prava nužan sastavni i konstitutivni deo pravnog poretka i na taj način ih pravno utemeljiti.

Pravni pojam ljudskih prava ne izvodi se neposredno iz teksta pravnog propisa. Međunarodni dokumenti, kao ni ustavni i zakonski tekstovi, ne sadrže odredbe koje definišu pojam ljudskih prava. Istina, nekad su u pojedinim odredbama ovih pravnih dokumenata sadržana rudimentarna upućivanja na ideju o suštini ljudskih prava, kao na primer kad se kaže da je čovek slobodan, da prava i slobode čoveka izviru iz njegovog dostojanstva, ili da se jemstvima prava i sloboda omogućava slobodan razvoj ličnosti čoveka i sl.¹

Ipak, ova upućivanja ne otkrivaju u potpunosti sadržaj pojma na koji upućuju, već skreću pažnju na neke središnje ideje o ljudskim pravima. Na taj način se dakle samo ukazuje na to da pojam ljudskih prava pravno postoji. Međutim, da bi se ovaj pojam izgradio u celini, da bi se došlo do saznanja o njegovoj sadržini, potrebno je obratiti se čitavom korpusu pravnih garancija pojedinih prava i sloboda i pažljivo razmotriti pitanje njihove primene. Naime, tek se iz realnog pravnog života prava ljudskih prava, može izvesti zaključak o tome koja je to ideja koja reflektuje suštinu pravnih garancija pojedinih prava i sloboda, koji je njen pravni izraz,

¹ Svi izrazi koji se u daljem tekstu koriste u muškom rodu, obuhvataju iste izraze u ženskom rodu. V. slično metodološko pravilo čitanja pravne literature i u stavu 2, člana 2. Zakona o zabrani diskriminacije iz 2009. godine.

na koji način se pravno može razumeti odnos između pojma ljudskih prava i ovih posebnih pravnih garancija i sl.

Drugo, samo pravo ljudskih prava nije sadržano u jednom određenom pravnom propisu. Međunarodni dokument, kao i ustav zemlje, obično definišu najapstraktnija pravna pravila o ljudskim pravima, ali oni time ne ispljuju sadržaj svih pravila koja se vezuju za ovu pravnu temu. Naime, odredbe o pravima i slobodama razbacane su po čitavom pravnom sistemu, odnosno njih je moguće naći u nebrojenim propisima svih oblasti prava. Uz to, pravna pravila o ljudskim pravima nužno se formiraju i u praksi primene odredbi koje su sadržane u svim ovim pravnim dokumentima.

Ako se pak prava i slobode čoveka mogu obuhvatiti jedinstvenim pravnim pojmom ljudskih prava, onda se čini da bi i pravna pravila o ovim pravima i slobodama mogla da se razumeju kao elementi jedinstvenog pravnog režima uživanja i zaštite ljudskih prava. Dakle, bez obzira na to iz kog izvora potiču i bez obzira na njihovu sadržinu, pravna pravila o ljudskim pravima odnose se na ljudska prava, te se tako mogu odrediti kao norme koje ulaze u okvir jedinstvenog pravnog režima. Teorijska refleksija ovog mnoštva posebnih pravila, ima zadatak da izgradi celovitu konstrukciju prava ljudskih prava.

Najzad, iako su pravna pravila o ljudskim pravima čvrsto utkana u jedinstvenu mrežu pravila pravnog poretka zajednice, čini se da je opravdano postaviti i pitanje njihovog porekla, a zatim i nužnosti njihovog postojanja. Tako, teorijska refleksija prava ljudskih prava odgovara na pitanje o pozitivnopravnom nastanku ljudskih prava, dakle na pitanje o tome kako se došlo do pravila o ljudskim pravima, odnosno šta je usloviло njihovo stvaranje.

U tom smislu, trebalo bi odgovoriti i na pitanje o tome da li je pravo ljudskih prava nužan sastavni deo samog prava, odnosno da li ono nastaje zajedno sa pravom. Uz to, trebalo bi potražiti i odgovor na pitanje o tome da li je egzistencija pravnog poretka uslovljena postojanjem pravnih pravila o pravima i slobodama čoveka ili se on ipak može teorijski zamisliti i bez prava ljudskih prava. U odgovorima na ova pitanja dolazi se do pravnog utemeljenja ljudskih prava.

II

POJAM LJUDSKIH PRAVA

II

POJAM LJUDSKIH PRAVA

Ljudska prava se u pravnoj literaturi obično određuju kao skup prava i sloboda koja pripadaju svim ljudima. Uz ovo određenje često se dodaju i reči koje upućuju na neotuđivost ljudskih prava i njihovo prirodno poreklo². Tako se kaže da se čovek rađa slobodan, sa svim pravima i slobodama koje pripadaju i drugim ljudima. Svi ljudi obdareni su istim korpusom ljudskih prava, bez obzira na to u kojoj državi žive. Ljudska prava ne zavise od volje državne ili druge vlasti. Čovek svoja prava i slobode ne dobija od milosrdne vlasti, niti mu ih oduzima zlovoljna vlast. Pojedinač ostaje gospodar svojih prava, čak i ako ona nisu zapisana u ustavu ili drugom pravnom dokumentu.

1. Ljudska prava kao skup neotuđivih prava i sloboda pojedinaca

Ovakvo određenje reflektuje dva bitno različita pogleda na ljudska prava. Sa jedne strane, ono izražava preovlađujući pravno-teorijski, odnosno pravno-ideološki stav o vrednosti ljudskih prava, njihovom pore-

² V. tako u pravnoj teoriji, na primer: „U najopštijem smislu ljudska prava podrazumevaju ona prava koja pripadaju svakom pojedincu zbog toga što je on ljudsko biće, nezavisno od zakonskih dokumenata“, kod Marek Pjehovijak, „Šta su to ljudska prava? Koncept ljudskih prava i njihova vanpravna opravdanost“, u knjizi Raija Hanski, Markku Suksi, „Uvod u međunarodnu zaštitu ljudskih prava“, prevod: Velibor Stojiljković, drugo prerađeno izdanje, 1999, pp. 21 i 24, kao i: „Ljudska prava su urođena prava svakog ljudskog bića“, kod Vojin Dimitrijević, Dragoljub Popović, Tatjana Papić, Vesna Petrović, „Međunarodno pravo ljudskih prava“, 2006, p. 36. U „Enciklopediji ljudskih prava“ iz 1996. godine, kaže se da su ljudska prava univerzalno prihvaćeni principi i pravila koja stvaraju mogućnost za svakog člana ljudske porodice da realizuje svoj puni potencijal i živi u atmosferi slobode, pravde i mira („Encyclopedia of Human Rights“, 2nd ed., p. 711).

klu i opravdanosti njihovog postojanja. Sa druge strane, ljudska prava se posmatraju kao pozitivnopravna kategorija, kao skup svih onih sloboda i prava koja pripadaju pojedincu.

a) Ljudska prava posmatrana
iz pravno-teorijske perspektive

Ideja o ljudskim pravima vezuje se za samu prirodu ljudskog bića koje se shvata kao slobodno rođeno. U tom smislu kaže se da se pojedinac rađa sa svojim pravima i slobodama. Nema čoveka koji nije slobodan. Svi ljudi imaju jednaka prava i slobode i svi su dužni da poštuju ljudska prava svakog pojedinca.

Upisivanje ljudskih prava u ustav ili zakon nema formativnu, već deklarativnu ulogu jer se time samo potvrđuje ono što već postoji i bez formalnog priznanja. Ljudi su obdareni svojim pravima i slobodama, te se zbog toga ne mogu bez njih ni zamisliti. Izvor ljudskih prava nije volja državne vlasti. Čovek nije dužan da nešto učini ili ne učini da bi došao do svojih prava i sloboda, dok državna vlast nije vlastna da mu ih po svom nahođenju dodeljuje. Ljudska prava pripadaju pojedincu po njegovoj prirodi, po osnovnom svojstvu njegovog ljudskog bića, a to je da je rođen kao čovek.

Na isti način posmatrano, kaže se da čovek ne može da izgubi svoju slobodu. Država ne može pojedincu da oduzme njegova prava, jer mu ih ona nije ni podarila. Ali ni sam pojedinac se ne može odreći svojih prava, jer je rođen kao slobodan, te zbog toga ne može da se odrekne tog osnovnog svojstva svoje ličnosti.

b) Ljudska prava posmatrana
iz pozitivnopravne perspektive

U okviru unutrašnjeg pravnog poretka, odnosno međunarodnog pravnog sistema, o ljudskim pravima se govori kao o skupu prava i sloboda koje uživa svaki pojedinac. Ne retko se reči „ljudska prava“, zamenju rečima „sva prava i slobode“. Ovo korišćenje množine imenica „pravo“ i

„sloboda“, upućuje na pozitivnopravni aspekt određivanja pojma ljudskih prava. Pojedinaac ne uživa samo jedno pravo ili slobodu, već veći broj njih. Ljudska prava su brojna i različita. Svako pravo i sloboda ima svoj naziv, kao i svoju sadržinu.

Ljudska prava su obično upisana u katalog ili listu prava i sloboda. Veoma često ovaj katalog predstavlja sastavni deo pravnih dokumenata najviše pravne snage, kao što su međunarodni dokument i ustav. Kad se radi o međunarodnim dokumentima, primećuje se da samo neki od njih sadrže sveobuhvatne liste prava i sloboda, na primer Univerzalna deklaracija o pravima čoveka Ujedinjenih Nacija iz 1949, dok većina sadrži parcijalne kataloge ljudskih prava koji se vezuju za pojedine grupe prava i sloboda.

Slično tome, na nivou unutrašnjeg pravnog sistema države, najčešće samo ustav sadrži sveobuhvatan katalog prava i sloboda, dok su za zakonske tekstove u pojedinim oblastima pravnog regulisanja rezervisane posebne liste. Skup svih ovih prava i sloboda sadržanih u brojnim izvorima prava, unutrašnjim i međunarodnim, naziva se ljudska prava.

Dakle, tek se u ovoj množini prava i sloboda može razumeti domašaj ljudskih prava. Pojedinaac uvek barata sa konkretno definisanim pravom ili slobodom, te se tako kaže da on u konkretnom slučaju ima „pravo na“ ili „slobodu od“. Ljudska prava ne predstavljaju puku pravnu apstrakciju, već na prvom mestu rezevoar posebnih prava i sloboda koje se vezuju za pojedine manifestacije čovekove egzistencije, kao što su fizički i psihički integritet, izražavanje mišljenja, veroispovest, privatnost i sl.

c) Nedostaci klasičnog razumevanja ljudskih prava

Nabrajanje prava i sloboda ipak ne odgovara na pitanje o pojmu ljudskih prava. Ako se izrazi stav da su ljudska prava zapravo pravo na život, pravo na fizički i psihički integritet, sloboda od ropstva, sloboda od proizvoljnog i nezakonitog lišenja slobode i slično, onda se time ne nudi više od onoga što je inače već sadržano u katalogu ljudskih prava. Listanjem prava i sloboda može se steći predstava o korpusu ljudskih prava, ali ne i o njihovoj suštini. Prosto upoznavanje sa katalogom ljudskih prava ne upućuje neposredno na zaključak o tome šta su ljudska prava.

Slično tome, odgovor na pitanje o pojmu ljudskih prava ne može se izvesti iz stavova o neotuđivosti i prirodnom poreklu prava i sloboda pojedinaca. Ovi stavovi su veoma bitni za razmatranje pitanja opravdanosti, odnosno utemeljenja ljudskih prava, kao i za brojna pitanja vezana za vanpravne izvore ljudskih prava. Kad se kaže da su ljudska prava neotuđiva, da se čovek sa njima rađa, te da država nema pravo da mu ih oduzme, onda se time želi, pre svega, otvoriti, sumirati ili zaključiti rasprava o pitanju pravne i druge opravdanosti ili utemeljenosti ljudskih prava. Naravno, uz ovaj izraženi stav neophodno je ponuditi i odgovor na pitanje zašto je to tako, odnosno koji je to autoritet koji predstavlja prvu ili konačnu garanciju postojanja ljudskih prava.

d) Traganje za pojmom ljudskih prava

Da bi se artikulisao odgovor na pitanje o pojmu ljudskih prava, nužno je posvetiti se pažljivom promišljanju sadržine pojedinih prava i sloboda, njihovom upoređivanju i svodenju na zajedničku ideju ili „imenitelj“, kako bi se to matematički moglo izraziti. Ako se tema ljudskih prava posmatra kao izgrađena normativna celina, kao jedinstven korpus pravila o pravima i slobodama pojedinca, onda se nužno nameće pretpostavka da bi ljudska prava mogla biti definisana onom idejom koja ih sadržinski povezuje i koja uz to ima svoj normativni izraz. U tom smislu, dalji tekst ovog odeljka biće posvećen upravo pronalaženju odgovora na pitanje šta su to ljudska prava.

Traganje za pojmom ljudskih prava može imati pravno-teorijski, odnosno pravno-filozofski značaj. Radi se o jednom od ključnih fenomena modernih pravnih sistema, za čije bi razumevanje mogli da očekujemo izuzetnu zainteresovanost teorije i filozofije prava. Istovremeno, pojam ljudskih prava sam po sebi ima izvanrednu pozitivnopravnu potenciju. Naime, normativni karakter pojma ljudskih prava pretpostavlja postojanje posebnog pravnog režima izgrađenog oko ovog pojma. Skup ovih posebnih pravila koja se vezuju za pojam ljudskih prava, reflektuje njegov normativni karakter i stoga je podoban da se primeni u svakodnevnom pravnom životu.

Samo ono određenje ljudskih prava koje sadrži oba navedena elementa, pravno-teorijski i pozitivnopravni, zaslužuje pažnju nauke o ljud-

skim pravima. Bez jasne ideje o tome šta su to ljudska prava, dakle, bez teorijskog utemeljenja, ne bi bilo moguće ni zamisliti jedinstvenu pravnu konstrukciju ljudskih prava. Suočena sa deficitom samoodređenja, ljudska prava bi se tako nužno zadržala na pojavnom nivou pojedinačno definisanih prava i sloboda razbacanih po različitim delovima pravnog sistema. Njihovo studiranje bi stoga bilo usmereno na pojedine grane prava i pravne discipline, kao što su ustavno, građansko, krivično, međunarodno i drugo pravo, bez mogućnosti razumevanja njihove suštine i zajedničkih normativnih elemenata svojstvenih toj jedinstvenoj pravnoj konstrukciji.

Bez svog normativnog elementa, pojam ljudskih prava ostao bi pak na nivou puke apstrakcije filozofskog ili drugog teorijskog mišljenja, nepodoban da bude primenjen u realnim odnosima među ljudima. Na taj način bi se pojmu ljudskih prava oduzela njegova svrhovitost, a teorija, odnosno filozofija, dobila bi samo zanimljivu temu za razmišljanje, bez mogućnosti njenog normativnog oživljavanja.

Naravno, nije od odlučujućeg značaja pitanje da li je pravna praksa rođena iz pravne teorije ili je pravna teorija izvela svoje opšte zaključke iz pravne prakse³, već to da li između njih postoji neraskidiva veza koja

³ U filozofiji i teoriji prava dugo su već prisutna učenja o suštini ljudskih prava. Nažalost, mnoga od ovih učenja, u celini ili u velikom delu, raskinula su vezu sa realnim, pozitivnopravnim poretom. Čini se kao da su brojni filozofi predani obožavanju „duha prava“, ali da zbog neobjašnjivog razloga ignorišu sam „život prava“. Zbog toga, sa jedne strane, njihov uticaj na realan pravni život gotovo da nije primetan, dok sa druge, njihova teorijska razmatranja ostaju na nivou pravne apstrakcije koja je zadubljena više u sebe nego u „stvarno pravo“ ljudskih prava.

O teorijama ljudskih prava, kao i upućivanje na dalju literaturu u ovoj oblasti v. Miomir Matulović, *„Ljudska prava, Uvod u teoriju ljudskih prava“*, 1996, kao i Jeremy Waldron, *„Theories of Rights“*, 1990, publikaciju u kojoj su objavljeni tekstovi nekih od najznačajnijih savremenih anglosaksonskih teoretičara ljudskih prava, a koji su kasnije u većem broju prevedeni u Miomir Matulović, *„Ljudska prava“*, 1992. Potpuniju bibliografiju o ljudskim pravima, posebno u okviru nemačke pravne teorije, v. kod Robert Alexy, *„A Theory of Constitutional Rights“*, 2004.

S tim u vezi, neka autoru ne bude uzeto previše za zlo što se na samom početku ovog teorijskog rada zaklanja iza autoriteta i citira, pre svega, ono što je o ovoj temi imao da kaže Immanuel Kant u svom tekstu pod nazivom *„O uobičajenoj izreci: to bi u teoriji moglo biti ispravno, ali ne вреди za praksu“*:

„Još se ipak pre podnosi da jedan nepoznavalac u svojoj tobožnjoj praksi teoriju smatra nepotrebnom i suvišnom nego da jedan nazovi-pametnjaković nju i njenu vrednost dopušta za školu (kao nešto što vežba samo glavu), ali da istovremeno uz to zaključuje: da to glasi sasvim drugačije u praksi; da će se, kada se iz škole pođe u svet,

obežbeđuje teorijsku koherentnost ideji ljudskih prava, koja pak ideja u svom normativnom elementu proizvodi određene posledice u realnom pravnom životu.

U modernoj pravnoj istoriji, omeđanoj dvema revolucijama, Francuskom i Američkom,⁴ do sada su se tri posebne teorijske ideje o suštini ljudskih prava realizovale u realnom pravnom životu. Prva je iznikla iz shvatanja koja su u ovoj oblasti došla do izražaja u pravu Sjedinjenih Američkih Država, a posebno u stavovima Vrhovnog suda SAD. Druga je nastala u okviru prakse primene i tumačenja Evropske konvencije o ljudskim pravima. Treću je porodila praksa Ustavnog suda Nemačke u primeni i tumačenju nemačkog Osnovnog zakona.

uvideti da su sledeni prazni ideali i filozofske maštarije, jednom rečju, da što god se u teoriji moglo dobrog čuti nije niodkakve vrednosti za praksu“ (prevod: Slobodan Žunjić, u knjizi Immanuel Kant, „Um i sloboda, Spisi iz filozofije istorije, prava i države“, 1974, p. 92).

U istom istorijskom periodu, John Austin u svom delu „*The Province of Jurisprudence Determined, and the Uses of the Study of Jurisprudence*“, koje je prvi put objavljeno 1832. godine, formuliše svoj iskaz o istoj stvari na pravnički strog način:

„Oni koji govore o teoriji kao suprotstavljenoj praksi, ili o tome da su stvari istinite u teoriji, ali ne u praksi, zapravo misle... da je teorija u pitanju pogrešna: da su pojedine istine na koje se ona odnosi tretirane nepotpuno i netačno; te da ako one budu dalje primenjene u praksi, mogu zbog toga da zavedu. Oni kažu da istina u teoriji nije istina u praksi. Oni misle da pogrešna teorija nije istinita, te da nas može odvesti u greške u praksi“ (navedeno prema izdanju iz 1971, p. 50).

⁴ Francuska i Američka revolucija uzimaju se u ovom radu kao početne tačke moderne pravne istorije ljudskih prava jer se u okviru njih prvi put primećuje jedinstvo pravno-teorijskih (filozofskih, ideoloških) i pozitivnopravnih elemenata u izgradnji celovitog korpusa pravila o ljudskim pravima. U nepreglednom mnoštvu napisa o ovim istorijskim događajima, čini se da bi prednost prilikom upućivanja trebalo dati klasičnom viđenju ranog američkog društva u periodu pre i nakon Revolucije Alexisa de Tocquevillea iz njegovog čuvenog dela „*O demokratiji u Americi*“ (2002, prevod: Živojin Živojinović, a takođe i Alexis de Tocqueville, „*Democracy in America*“, na engleskom jeziku i u elektronskoj formi ovo delo i drugi izvori u vezi s autorom v. na <http://www.tocqueville.org/>), a kada se radi o Francuskoj revoluciji, savremenom istorijskom pogledu François Fureta i Mone Ozouf iz njihove knjige „*Kritički rečnik Francuske revolucije*“, 1996. (prevod: Živojin Živojinović, Jelena Stakić i Aljoša Mimica, kao i na francuskom jeziku, François Furet, Mona Ozouf, „*Dictionnaire critique de la Révolution française*“, 1992).

2. Lična autonomija u pravu SAD

Pravo na ličnu autonomiju pozitivnopravno se oslanjalo na garancije vezane za pravo na privatnost. Sredinom sedamdesetih godina XX veka, u američkoj jurisprudenciji počeo je da dominira stav, koji je nešto kasnije prihvaćen i u praksi primene Evropske konvencije o ljudskim pravima, a naime da je pravo na privatnost dovoljno široko da bi sa stanovišta potrebe zaštite ljudskih prava moglo da predstavlja ekvivalent, odnosno sinonim za opštu slobodu pojedinca, koja se pak prema ovim shvatanjima predstavlja kao „sloboda donošenja odluka o sopstvenom životu“, „sloboda stvaranja vlastitog identiteta“, „sloboda razvoja sopstvene ličnosti“ i sl. Prema ovom tumačenju prava na privatnost, pojedina prava i slobode mogu se razumeti kao emanacije lične autonomije pojedinca, odnosno kao praktične manifestacije slobode čoveka da samostalno donosi odluke o sopstvenom životu.

a) Počeci

Ideja o ličnoj autonomiji pojedinca se u američkom pravu razvila na temelju priznavanja prava na privatnost.⁵ Pravno-istorijski posmatrano, pravo na privatnost dobija svoj naziv pred kraj XIX veka, i to u čuvenom napisu „*The Right to Privacy*“, autora Samuel D. Warrena i Louis D. Brandeisa, objavljenom 1890. godine u časopisu Harvard Law Re-

⁵ Verovatno nijedno drugo pravo nije privuklo toliko pažnje pravne teorije u anglosaksonskom svetu kao pravo na privatnost. Posebno u poslednjim decenijama XX veka, desetine hiljada pravnih tekstova bilo je posvećeno ovom pravu. Stogodišnjicu „rođenja“ prava na privatnost obeležili su mnogi tekstovi koji su analizirali njegov pozitivnopravni razvoj. V. tako Ken Gormley, „*One Hundred Years of Privacy*“, 1992 Wisconsin Law Review 1335, i na srpskom jeziku Saša Gajin, „*Savremena shvatanja o pojmu i strukturi prava na privatnost u praksi Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država*“, Strani pravni život, 1/91.

view.⁶ Pozivajući se na princip nepovredivosti ljudske ličnosti, autori su u ovom tekstu apelovali na američke sudove da priznaju novo pravo na privatnost.

Polazeći od opšteprihvaćenog *common law* principa da pojedinac „uživa punu zaštitu svoje ličnosti i imovine“, oni u tekstu prate istorijski razvoj zaštite čovekovog života od pukog fizičkog napada, sve do zaštite duhovne, emocionalne i intelektualne strane njegovog egzistencije, te zaključuju da se polje prostiranja ove zaštite postepeno u vremenu proširilo do te mere da obuhvata zaštitu onog prava koje su oni nazvali „pravo na uživanje života“. Ovo pravo oni su definisali kao „pravo pojedinca da bude ostavljen na miru“, odnosno kao njegovu „slobodu korišćenja sveobuhvatnih građanskih privilegija“.

„Pravo čoveka da bude ostavljen na miru“ prvi put je nekoliko godina ranije definisao sudija Cooley u svom delu „*Treatise of the Law of Torts*“.⁷ U vezi sa fizičkim povređivanjem, odnosno napadom na čoveka, on ističe da obično i sam pokušaj povređivanja podrazumeva neke aspekte upotrebe nasilja prema pojedincu, kao što su uvreda ili izazivanje straha kod žrtve. Pokušaj napada stoga izaziva emocionalni šok, odnosno ugrožava mir i spokojstvo napadnutog, što dalje upućuje na pravno pravilo po kome se u ovom slučaju radi o kažnjivoj, odnosno pravno nedozvoljenoj radnji, iako fizička povreda žrtve nije nastupila. U tom smislu, sudija Cooley zaključuje da je pravo pojedinca na sopstvenoj ličnosti, zapravo „pravo potpunog imuniteta“ čoveka „da bude ostavljen na miru“.⁸

U periodu nakon nastanka ovih teorijskih napisa, beleže se prvi judikati kojima se neposredno postavlja temelj buduće zaštite prava na privatnost i lične autonomije pojedinca. Tako već 1891, Vrhovni sud SAD u slučaju *Union Pacific Railway Company v. Botsfield*,⁹ zauzima izričit stav da prisilan pregled pacijenta, a posebno njegovo svlačenje i izlaganje pogledima drugih, povređuje princip „nepovredivosti ličnosti“ i „telesnog integriteta“ pojedinca.

⁶ 4 Harvard Law Review 193 (1890).

⁷ Thomas McIntyre Cooley, „*Treatise of the Law of Torts*“, 1888.

⁸ „*The right to one's person may be said to be a right of complete immunity: to be let alone.*“ (*ibid.*, 29).

⁹ 141 U.S. 250 at 251–252, 11 S.Ct. 1000, 35 L.Ed. 734 (1891).

b) Pravo na privatnost kao „*commol law*“ pravo

Pravo na privatnost se u sudskoj praksi prvi put izričito pominje u odluci Vrhovnog suda savezne države Georgia u sporu *Pavesich v. New England Life Insurance Co. et al*, iz 1905. godine.¹⁰ U odluci koja se odnosila na neovlašćenu upotrebu slike jednog lica, dakle, na materiju koja će se kasnije razviti u jedan od centralnih problema zaštite privatnosti,¹¹ Sud na prvom mestu nedvosmisleno potvrđuje da je pravo na privatnost nastalo iz prirodnog prava i da je kao takvo priznato od strane pravnog poretka zemlje.

Međutim, Sud se ne zadovoljava ovom konstatacijom o poreklu prava na privatnost, već ga i bliže pravno određuje. Tako, u odluci se kaže da je pravo na privatnost sadržano u apsolutnim pravima lične bezbednosti i slobode, a zatim se dodaje da lična bezbednost uključuje pravo čoveka na fizičku egzistenciju, kao i pravo na uživanje u sopstvenom životu. Sud nakon toga zaključuje da povreda ovog prava na sigurnost postoji ne samo u slučaju oduzimanja života jednom licu, već i u slučaju oduzimanja ostalih „stvari“ koje su mu neophodne za uživanje u životu, a koje su određene njegovom prirodom, temperamentom i željama.

Na temelju ovih ranih judikata, američka sudska praksa je u toku prve polovine XX veka izgradila bogat korpus pravnih pravila kojima su se štitile pojedine manifestacije prava na privatnost. Koristeći se ovom praksom sudova, a u skladu sa uobičajenim anglosaksonskim razvrstavanjem utuživih protivpravnih radnji (*torts*), uticajni pravni teoretičar W. L. Prosser je polovinom prošlog veka odredio sadržinu četiri grupe delikata kojima se povređuje pravo na privatnost.¹²

Prva grupa ovih protivpravnih radnji odnosi se na prodiranje u fizičku povučenost, odnosno izdvojenost jednog lica od ostalih, kao što je nezakonit upad u tuđu kuću i pretres, prisluškivanje razgovora, virenje kroz prozor, neovlašćeno ostvarivanje uvida u lične podatke, na primer bankovni račun i sl. Druga grupa delikata vezuje se za pojedine oblike

¹⁰ 122 Ga. 190; 50 S.E. 68; 1905.

¹¹ O pravu na lik i odnosu ovog prava prema pravu na privatnost u uporednom i domaćem pravu i pravnoj literaturi vidi kod Saša Gajin, „*Pravo na lik*“, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 5/1990 i „*Povreda prava na lik*“, Bezbednost i društvena samozaštita, 7–8 i 9/1990.

¹² William Lloyd Prosser, „*Handbook of the Law on Torts*“, Third ed., 1964.

javnog razглаšavanja podataka iz privatnog života putem sredstava masovne komunikacije, a posebno radija, televizije i štampe.

Treća grupa povreda privatnosti sastoji se u stvaranju lažne slike o jednom licu u javnosti, na primer pripisivanjem licu određenog mišljenja, stava ili uverenja, neovlašćenom upotrebom tuđeg imena u peticiji ili stavljanjem tuđeg imena na listu kandidata za javnu funkciju, kao i upotrebom tuđeg lika u cilju ilustracije teksta sa kojim to lice nema nikakve veze.

Najzad, četvrta grupa delikata kojima se vrši povreda privatnosti sastoji se u komercijalnom iskorišćavanju atributa čovekove ličnosti, koje se najčešće vrši upotrebom imena ili lika jednog lica u reklamama, odnosno u prodaji određenog proizvoda.

Na ovaj način, kroz razvijenu sudsku praksu i uz doprinose pravne teorije, apstraktna ideja o pravu na privatnost kao „pravu čoveka da bude ostavljen na miru“ sa početka XX veka, dobija svoje pravno određenje, odnosno ispunjava se konkretnom sadržinom koja se vezuje za pojedine manifestacije privatnosti pojedinca. Tako, pravo na privatnost postaje pravo kojim se mogu štititi različiti aspekti čovekovog života, kao što je njegov dom, komunikacija koju ostvaruje sa drugima, lični podaci, upotreba pojedinih atributa njegove ličnosti, na primer imena, lika, glasa i sl.¹³

c) Ustavno pravo na privatnost

Istovremeno sa artikulisanjem *common law* prava na privatnost u praksi sudova saveznih država, u okviru američkog Vrhovnog suda čine se pokušaji priznavanja prava na privatnost kao prava neposredno zaštićenog Ustavom SAD. Prvi pokušaj te vrste dolazi opet od Louisa D. Brandeisa. Tridesetak godina nakon objavljivanja teksta o pravu na privatnost, Brandeis, ovog puta u ulozi sudije Vrhovnog suda SAD, koristi priliku da afirmiše svoj stav o potrebi zaštite privatnosti i to na temelju samog teksta američkog Ustava.¹⁴

¹³ Vidi tako Ruth Gavison, „*Privacy and the Limits of Law*“, 89 Yale Law Journal 437 (1980).

¹⁴ Američka pravna literatura posvetila je nebrojene tekstove osvetljavanju profesionalnog karaktera i uticaja sudije Brandeisa, kako u periodu u kome je bio sudija Vrhovnog suda, tako i pre 1916. godine, u periodu u kome je bio politički anagažovan

Neslažući se sa odlukom većine u slučaju *Olmstead v. U.S.*¹⁵ on se vezuje za temu prisluškivanja telefona kao klasičnu temu u oblasti zaštite privatnosti, te ističe pun značaj „prava čoveka da bude ostavljen na miru“. Sudija Brandeis tako izražava stav da je zaštitu pojedinih amandmana na Ustav SAD, u konkretnom slučaju, kad se radi o neovlašćenom prisluškivanju, onda se to odnosi na IV¹⁶ i V¹⁷ amandman, potrebno daleko šire shvatiti.

On kaže da su tvorci američkog Ustava želeli da obezbede pojedincu uslove života koji pogoduju njegovom traganju za srećom, da su priznavali značaj čovekovog duha, njegovih osećanja i intelektualnih sposobnosti,

advokat. V. upućivanje na brojne naslove kod Clyde Spillenger, „*Elusive Advocate: Reconsidering Brandeis as People's Lawyer*“, 105 Yale Law Journal 1445 (1996). Spillenger posebno ističe da je „osećaj“ za ličnu autonomiju bio urođeni elemenat Brandeisovog karaktera („*Ja ne želim najviše novac ili imanje. Želim da budem slobodan*“, p. 1478), iz koga su kasnije proizašli njegovi osnovni stavovi o domašaju slobode pojedinca, ali i osnovni metodološki postulati njegovog profesionalnog delovanja, kao što je politička nezavisnost i nepristajanje uz političke partije. Suverenitet pojedinca kao izvor političke svesti i političkog izbora, vezivanje „samog sebe za javno dobro“, koncept „javnog privatnog građanina“, odnosno nezavisnost čoveka u javnom životu, „manjinska privilegija“, „samosvesno marginalizovanje“, odnosno pronalaženje načina da se ostane u manjini, sazrevanje u tzv. „*Mugwump*“ kulturi sa kraja XIX veka, čiji je kredito bio „*When I am in a small minority, I believe I am right. When I am in a minority of one, I know I am right*“, čovečnost („*manhood*“, „*manliness*“), shvaćena kao građanska čast, kao otpor silama koje narušavaju karakter i nezavisnost pojedinca, sve su ovo politički aspekti Brandeisovog profesionalnog stava artikulisani u vremenu kad još nije bio izabran za sudiju Vrhovnog suda. Njegovi autorski tekstovi, kao i tekstovi sa kojima je učestvovao u odlučivanju kao sudija Vrhovnog suda, pohranjeni su na <http://www.law.louisville.edu/library/collections/brandeis/writings>.

¹⁵ 277 U.S. 438 (1928).

¹⁶ „*Ne sme se neopravdanim pretresima i zaplenom vredati pravo građana na bezbednost ličnosti, stanova, hartija od vrednosti, imovine i nalog za to neće se izdavati, sem u slučaju verovatnog osnova, potkrepljenog zakletvom ili svečanom izjavom, uz tačan opis mesta na kome treba izvršiti pretresanje lica ili stvari koje treba uzaptiti.*“ – prevod D. Đorđević, u knjizi „*Temelji moderne demokratije, Izbor deklaracija i povelja o ljudskim pravima*“, 1989, p. 121.

¹⁷ „*Niko neće biti pozvan da odgovara za zločin ubistva ili za koju drugu vrstu zločina, sem na osnovu prijave ili optužbe velike porote, izuzev za krivična dela izvršena u vojsci, mornarici ili miliciji, i to za vreme službe u doba rata ili javne opasnosti; niko neće biti zbog istog krivičnog dela dvaput podvrgnut krivičnom postupku, niti će biti naterivan u bilo kakvom krivičnom suđenju da svedoči protiv samog sebe, niti lišen slobode i imovine bez propisanog zakonskog postupka; ne može se privatna svojina oduzeti u javnom interesu bez pravične naknade.*“ (*ibid.*, p. 122)

te da su znali da „samo deo bola ili zadovoljstva u životu potiče od materijalnog sveta“. U cilju zaštite uverenja, misli i osećanja pojedinaca, sudija Brandeis zaključuje, oni su im obezbedili pravo kojim mogu da ustanu protiv vlasti, „pravo da budu ostavljeni na miru – najsveobuhvatnije pravo, pravo koje se najviše vrednuje od strane civilizovanog čoveka“.¹⁸

Iako je on sam ostao u manjini prilikom donošenja odluke Vrhovnog suda u slučaju *Olmstead*, upravo ove reči sudije Brandeisa je četrdeset godina kasnije citirao predsednik Lyndon B. Johnson u svom obraćanju američkom narodu. Usmeravajući pažnju javnosti na veoma raširenu praksu prisluškivanja tuđih razgovora, on 1967. godine eksplicitno zahteva zaštitu za pravo „koje je sudija Brandeis nazvao pravom koje se najviše vrednuje od strane civilizovanog čoveka – pravo na privatnost“.¹⁹

Ovaj politički zahtev američkog predsednika već tad je išao u korak sa promenom stava Vrhovnog suda. U slučaju *Katz v. United States*,²⁰ sudija Stewart u toku iste 1967. godine, piše odluku suda neposredno upućujući na slučaj *Olmstead* i objašnjava neophodnost definisanja drugačije pravne reakcije na problem prisluškivanja. On na prvom mestu kaže da IV amandman štiti pojedinca od određenih oblika upada države u njegovu privatnost, dok drugi ustavni amandmani garantuju zaštitu ostalih manifestacija privatnosti i kao primere navodi garancije izvedene iz I²¹, III²² i V amandmana. Nakon toga, govoreći o konkretnom slučaju koji je dao povod za odlučivanje u ovom sporu, a to je prisluškivanje razgovora vođenog iz javne telefonske govornice od strane službe bezbednosti, sudija Stewart ističe da IV amandman štiti pojedince, a ne mesta na kojima se oni nalaze, te zaključuje da ono što pojedinac teži da zadrži za sebe kao

¹⁸ Sudija Brandeis ipak nije bio prvi sudija Vrhovnog suda koji je potrebu zaštite privatnosti vezao za garancije ustavnih amandmana. Više od četrdeset godina pre njega, u slučaju *Boyd v. U.S.*, 116 U.S. 616, 624–29 (1886), sudija Bradley govori o tome da garancije IV amandmana štite množinu privatnosti čovekovog života („*privacies of life*“).

¹⁹ Vidi tekst obraćanja predsednika Johnsona na <http://www.infoplease.com/t/hist/state-of-the-union/180.html>.

²⁰ 389 U.S 347 (1967).

²¹ „Kongres ne može donositi nikakav zakon o ustanovljavanju državne religije, kao ni zakon koji zabranjuje slobodno ispovedanje vere; ni zakon koji ograničava slobodu govora ili štampe ili pravo naroda na mirne zborove i na upućivanje peticije vladi za ispravljanje nepravdi.“ (prevod: D. Đorđević, *op. cit.*, p. 121).

²² „U vreme mira, nijedan vojnik se ne sme nastaniti u privatnoj kući bez pristanka vlasnika, a u vreme rata samo onako kako to određuje zakon.“ (*ibid.*)

deo svoje privatnosti, čak i na mestima dostupnim javnosti, uživa ustavnu zaštitu.²³

Posmatrano sa stanovišta razvoja ustavnog prava na privatnost, jedan od najznačajnijih aspekata odluke Suda u slučaju *Katz* predstavlja činjenica da se niko od sudija, dakle ni oni koji su smatrani za konzervativne, nije usprotivio priznavanju prava na privatnost kao prava zaštićenog IV amandmanom, iako se u tekstu ove ustavne odredbe reč „privatnost“ uopšte ne pominje. Čini se da sva zasluga za ovo jednoglasje u Sudu pripada stavu većine sudija izraženom u odluci ovog suda donetoj dve godine ranije.

1965. godine, Vrhovni sud je razmatrao pitanje da li zakonska zabrana korišćenja medicinskih sredstava za sprečavanje trudnoće, kao i kažnjavanje pružanja stručnih informacija i saveta u vezi sa korišćenjem ovih sredstava, predstavljaju povredu sloboda garantovanih Ustavom SAD. U sporu *Griswold v. Connecticut*,²⁴ sudija Douglas obrazlaže stav većine da se radi o povredi ustavom zajemčenog prava na privatnost na sledeći način.²⁵

Na prvom mestu, on konstatuje da posebne garancije sadržane u amandmanima na Ustav SAD imaju svoje polusenke („*penumbras*“), u kojima se kriju emanacije, odnosno refleksije ustavnih jemstava. Kad se radi o pravu na privatnost, sudija Douglas kaže da pojedine ustavne garancije stvaraju sopstvene zaštićene zone privatnosti. U tom smislu se može govoriti o različitim aspektima prava na privatnost koji su zaštićeni tekstom I, III, IV, V i IX²⁶ amandmana i koji se nalaze u „polusenkama“ njihovih odredbi.²⁷

²³ Konkurišući odluci većine u ovom slučaju, sudija Harlan dopunjuje reči sudije Stewarta formulisanjem onoga što će kasnije postati poznato kao „*reasonable expectation of privacy test*“. Sudija Harlan definiše da je privatnost pojedinca moguće zaštititi na temelju IV amandmana ako je on ispoljio stvarno i subjektivno očekivanje privatnosti u konkretnom slučaju, kao i ako je društvo spremno da prizna ovo očekivanje kao razumno.

²⁴ 381 U.S. 479 (1965).

²⁵ Četiri godine ranije, u slučaju *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497 (1961), Vrhovni sud je imao priliku da se izjasni o istom pitanju zakonske zabrane korišćenja kontraceptivnih sredstava propisane u državi Connecticut, ali je na osnovu stava većine sudija izbegao to da učini.

²⁶ „*Nabrajanje u Ustavu izvesnih prava ne sme se tumačiti tako da se spore ili umanje druga prava koja je narod zadržao*“ (prevod: D. Đorđević, *op. cit.*, p. 123).

²⁷ Iako se „doktrina o polusenkama“ ustavnih amandmana i zaštiti privatnosti pravno-istorijski vezuje gotovo isključivo za sudiju Douglasa, vredna je pomena činjeni-

Prema mišljenju sudije Douglasa, odnos bračnih drugova, odnosno privatnost koja okružuje bračni odnos, predstavlja vrednost koja leži u zoni privatnosti zaštićenoj nekim ustavnim garancijama. Da li je opravdano omogućiti policiji da oskrnavi svetost bračne sobe u potrazi za dokazom o upotrebi kontraceptivnih sredstava, pitanje je koje postavlja, a zatim neposredno i odgovara:

„Mi ovde imamo posla sa pravom na privatnost koje je starije od Povelje o pravima – starije od naših političkih partija, starije od našeg sistema obrazovanja. Brak je zajednica u dobru i u zlu, ona za koju se nadamo da će trajati i intimna do te mere da se smatra svetom. To je zajednica koja promoviše način života [...], životnu harmoniju [...], dvostranu lojalnost [...]“²⁸

Odluku Suda u ovom slučaju podržala je komforna većina od šest sudija, čime je prvi put od strane Vrhovnog suda priznato opšte ustavno pravo na privatnost. Međutim, među samim sudijama koji su činili većinu nije postojala saglasnost u vezi sa tim koji je pravni osnov priznavanja ovog novog ustavnog prava.

Pridružujući se stavu sudije Douglasa da zakonodavstvo u oblasti kontrole rađanja države Connecticut predstavlja neustavnu povredu prava na bračnu privatnost, sudija Goldberg ističe da koncept slobode pojedinca pretpostavlja zaštitu osnovnih ličnih prava, čak i ako ona nisu neposredno pomenuta u tekstu Ustava. On kaže da je pravo na privatnost „osnovno lično pravo koje proizlazi iz totaliteta ustavne sheme pod kojom živimo“,²⁹ a zatim zaključuje:

„Iako Ustav ne govori u mnogo reči o pravu na privatnost u braku, ja ne verujem da on ne obezbeđuje zaštitu ovim osnovnim pravima. Činjenica da nijedna posebna odredba Ustava ne zabranjuje državi da remeti tra-

ca da se još u slučaju *Olmstead*, sudija Holmes usprotivio ideji sudije Brandeisa o tome da se pravo na privatnost krije, kako se izrazio, „u polusenkama IV i V amandmana“.

²⁸ Na sličan način sudija Douglas je govorio i u slučaju *Poe v. Ullman* (op. cit.). Neslažući se sa odlukom većine sudija, on o zabrani upotrebe kontraceptivnih sredstava kaže: „Regulativa o kojoj se radi u ovom slučaju vezuje se za odnos muža i žene. Ona ulazi u intimnost bračnih odnosa... [K]ad država stvori od „upotrebe“ krivično delo i primeni krivičnu sankciju na muža i ženu, država ulazi u najsvetiji deo doma... Radi se o napadu na privatnost koja se podrazumeva u slobodnom društvu.“

²⁹ Sudija Goldberg je zapravo u ovom slučaju citirao reči sudije Douglasa iz spora *Poe v. Ullman* (op. cit.), u kome je on, suprotstavljajući se mišljenju većine, artikulisao svoj stav o pravu na privatnost koje proizlazi iz „totaliteta ustavne sheme“.

*dicionalne porodične veze – veze koje su stare i temeljne koliko i naša civilizacija – izvesno ne ukazuje da bi trebalo smatrati da vlada ima moć da to čini. Radije, kao što IX amandman neposredno priznaje, postoje osnovna lična prava kao što je ovo, koja su zaštićena od povređivanja od strane vlade, iako nisu posebno pomenuta u Ustavu.*³⁰

Sa druge strane, takođe se pridružujući stavu sudije Douglasa, sudije Harlan i White smatraju da zakonodavstvo o zabrani upotrebe kontraceptivnih sredstava predstavlja povredu XIV amandmana, zbog toga što lišava bračne drugove njihove slobode koja je neposredno zaštićena ovom ustavnom odredbom.³¹ Sudija White svoje mišljenje neposredno oslanja na ranije odluke Vrhovnog suda u kojima se priznavalo da pojam „slobode“ zaštićen XIV amandmanom, obuhvata pravo na brak, na stvaranje doma i podizanje deteta, uključujući i odlučivanje o pravcu razvoja i obrazovanja deteta, te ističe da se radi o „osnovnim građanskim pravima čoveka“. Sudija Harlan pak smatra da iako u razmatranju konkretnog slučaja povrede slobode koja je zajamčena XIV amandmanom, mogu da budu od pomoći i ostale ustavne garancije, zaštita ove slobode uopšte ne zavisi od ostalih amandmana i njihovih refleksija, jer „*due process*“ pravilo uživa potpunu samostalnost.³²

Ova mišljenja trojice sudija kojima su konkurisali stavu sudije Douglasa, značajna su po tome što preporučuju osamostaljivanje ustavne zaštite privatnosti. Naime, dok je sudija Douglas neohodnost zaštite privatnosti izvodio iz „polusenki“ posebnih prava i sloboda sadržanim u pojedinim amandmanima, trojica sudija su je vezivali samo za opšte garancije IX i XIV amandmana. Dok je sudija Douglas govorio o potre-

³⁰ O praktičnom, pozitivnopravnom domašaju pravila sadržanog u IX amandmanu, biće posebno reći u delu ovog teksta koji se odnosi na pravila koja se vezuju za katalog ljudskih prava.

³¹ Jedno od pravila prvog stava XIV amandmana izraženo je tzv. „*due process*“ klauzulom i glasi: „...*nijedna država neće lišiti nijedno lice života, slobode ili imovine van pravno uređenog postupka.*“ („*nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law*“).

³² Isto mišljenje sudija Harlan izrazio je u svom neslaganju sa odlukom većine u slučaju *Poe v. Ullman* (*op. cit.*). On je tada rekao da propis države Connecticut koji zabranjuje upotrebu kontraceptivnih sredstava predstavlja povredu XIV amandmana, jer se radi o neopravdanom napadu na privatnost u vezi sa najintimnijim aspektima ličnog života pojedinca. On ističe da „*due process*“ klauzula XIV amandmana podrazumeva „nezavisnu garanciju slobode“, a da temeljni aspekt ove „slobode“ svakako čini privatnost doma u svom osnovnom značenju.

bi zaštite „privatnosti bračne sobe“ od upada policije, što je nesumnjivo upućivalo na jemstvo IV amandmana, dotle su se trojica sudija trudili da osnov za zaštitu prava na privatnost nađu u garancijama apstraktno određene slobode pojedinca.

U tom smislu, za njih su jednako potentni bili XIV amandman sa svojim jemstvom „slobode“, kao i IX amandman sa svojom garancijom „drugih prava“ koja nisu eksplicitno pomenuta u ustavnom tekstu, a koja po rečima sudije Goldberga, predstavljaju ekvivalent osnovnim ličnim pravima, koja pak takođe proističu iz slobode pojedinca. Po njima, obe ove ustavne garancije dovoljno su apstraktne da mogu same za sebe da zadovolje potrebu zaštite privatnosti i bez pozivanja na parcijalna jemstva pojedinih prava i sloboda sadržanih u drugim ustavnim amandmanima.

Tako, umesto da teže tome da zaštitu prava na privatnost u upotrebi kontraceptivnih sredstava izvedu iz jemstava doma, svojine, slobode formiranja sopstvenog mišljenja i sl, koja su sadržana u I, III ili IV amandmanu, trojica sudija su je utemeljili u garancijama apstraktno određenih „drugih prava“ iz IX amandmana, odnosno „slobode“ pojedinca iz XIV amandmana. Na taj način oni su širom otvorili vrata za jedno drugačije razumevanje ustavnog prava na privatnost, koje će u godinama koje slede biti definisano kao pravo na ličnu autonomiju, odnosno kao pravo pojedinca da samostalno donosi odluke o sopstvenom životu.

d) Razvoj ideja o privatnosti i ličnoj autonomiji pred Vrhovnim sudom

Međutim, i ova „nova“ opredeljenja Suda imaju svoju veoma bogatu pravno-istorijsku podlogu. Naime, u periodu pre donošenja odluke u *Griswold* slučaju, Vrhovni sud je imao prilike da se izjasni o zaštiti „slobode“ na osnovu XIV amandmana, ali je takođe baratao i pojmom autonomnog odlučivanja u vezi sa pojedinim ustavom zaštićenim slobodama.

U slučaju *Meyer v. State of Nebraska* iz dvadesetih godina prošlog veka,³³ Sud je odlučivao o pitanju dopuštenosti zakonske zabrane roditeljima da svoje dete uče nemačkom ili drugom stranom jeziku. Ova restriktivna zakonska odredba bila je direktno inspirisana sukobima SAD

³³ 262 U.S. 390 (1923).

i Nemačke u I svetskom ratu, a pravdana je namerom zakonodavca da obezbedi da engleski jezik bude maternji jezik svakom detetu, te da spreči roditelje, posebno imigrante, da podižu svoju decu u duhu koji nije „u najboljem interesu zemlje“.

Obrazlažući odluku Suda, sudija McReynolds na prvom mestu postavlja pitanje da li osporena zakonska zabrana predstavlja neopravdanu povredu slobode pojedinca garantovane XIV amandmanom. On zatim ističe da Sud nije nikad pokušavao da sačini preciznu i iscrpnu listu sloboda zaštićenih ovim amandmanom, ali da je pojam „slobode“ bio dovoljno razmatran, te da je Sud u čitavom nizu slučajeva ustanovio da sloboda ne podrazumeva samo slobodu od fizičkog povređivanja, već „bez sumnje“ takođe i slobodu ugovaranja, pravo na rad u okviru određenog zanimanja, pravo na obrazovanje, pravo na brak i stvaranje doma, pravo na podizanje deteta, na veroispovest u skladu sa sopstvenom savešću, i uopšte na uživanje onih privilegija koje se u okviru *common law* sistema smatraju osnovom za nesmetano traganje za srećom od strane slobodnog čoveka.³⁴

Dve godine kasnije, obrazlažući odluku Vrhovnog suda u slučaju *Pierce v. Society of the Sisters of the Holy Names of Jesus and Mary*,³⁵ sudija McReynolds se ponovo oslanja na „osnovnu teoriju slobode“, te ističe da roditelji imaju pravo da usmere odgoj i obrazovanje svog deteta. On zaključuje obrazloženje odluke Suda rečima da dete nije prost proizvod države, odnosno obrazovnog sistema – oni koji su ga othranili i usmerili njegovu sudbinu, kaže sudija McReynolds, imaju pravo da ga pripreme za ispunjavanje njegovih budućih društvenih obaveza.

Niz ranih odluka Vrhovnog suda vezanih za slobodu roditelja da odgajaju svoju decu u skladu sa svojim nazorima, završava se sredinom četrdesetih godina XX veka odlukom Suda u slučaju *Prince v. Commonwealth of Massachusetts*.³⁶ Ponavljajući stav da odgoj i briga za dete mora biti poverena njegovim roditeljima, čija funkcija i sloboda podrazumevaju pripremu deteta za ispunjavanje njegovih budućih društvenih obaveza, Sud ističe da priznavanje ovih sloboda u ranijim odlukama ovog suda,

³⁴ U zaključku svoje odluke, sudija McReynolds kaže da svaki pojedinac ima određena osnovna prava koja moraju biti poštovana, a zatim dodaje da se ustavna zaštita proteže na sve, „na one koji govore drugim jezikom, kao i na one koji su rođeni sa engleskim na jeziku“.

³⁵ 268 U.S. 510 (1925).

³⁶ 321 U.S. 158 (1944).

upućuje na poštovanje „privatnog poseda porodičnog života u koji država nema pravo da uđe“.

Međutim, ova odluka Vrhovnog suda nije zasnovana samo na ekstenzivnom tumačenju „slobode“ pojedinca iz XIV amandmana koje je bilo artikulirano u slučajevima *Meyer* i *Pierce*, već i na odluci Suda donetoj godinu dana ranije u slučaju *West Virginia State Board of Education v. Barnette*.³⁷ Tako, Sud u slučaju *Prince* razmatra pitanje dozvoljenosti ograničenja slobode izražavanja verskih uverenja devetogodišnjeg deteta na javnom mestu, te zaključuje da je „pravo deteta da izražava svoja verska uverenja, kao i roditelja da mu obezbede obuku i da ga podstaknu u upražnjavanju ovih verskih uverenja“, pravo koje je već priznato od strane istog suda u *West Virginia* slučaju.

U *West Virginia* slučaju pak, Vrhovni sud je razmatrao jedno slično pitanje, a naime da li je opravdano disciplinsko kažnjavanje dece koja zbog svojih verskih uverenja odbiju da postupe u skladu sa propisanom obavezom kolektivnog pozdravljanja zastave Sjedinjenih Država određenom fizičkom radnjom, a u okviru redovnih školskih aktivnosti. Odgovor Suda na ovo pitanje bio je negativan – propisivanjem obaveze pozdravljanja nacionalne zastave, lokalna vlast je po mišljenju većine sudija izašla izvan okvira svojih ustavnih ovlašćenja i upala u „sferu uma i duha koju I amandman brani od svake vrste državne kontrole“.

Obrazlažući odluku većine, sudija Jackson na prvom mestu konstatuje da se osporenim propisom deca u školi prinuđavaju da izraze svoje uverenje. Pozdrav zastavi predstavlja vrstu izražavanja. Simbolizam je primitivan, ali efikasan način razmene ideja. Zastava, kao i drugi simboli koji nose određeno značenje, na primer crkveni, vojni i sl, često se upotrebljava u istom cilju. Pozdrav zastavi zahteva pokoravanje jednom posebnom uverenju. Tvrdnja da je propis o obavezi pozdravljanja zastave opravdan, nastavlja on, pretpostavljala bi zapravo da Povelja o pravima ostavlja otvorenim prostor za javnu vlast da natera pojedinca da iskaže ono što mu nije na umu.

Prema stavu sudije Jacksona, odgovor na pitanje o opravdanosti obaveze pozdravljanja zastave ne zavisi od toga da li je nepostupanje po ovoj obavezi motivisano verskim ili drugim razlozima, jer se u oba slučaja radi o istovetnoj povredi slobode pojedinca. Povelja o pravima, kaže on, raste na tlu koje je iznedrilo filozofsko shvatanje o tome da je pojedinac centar

³⁷ 319 U.S. 624 (1943).

društvenog života, da se njegova sloboda stiće prostim odsustvom prisile vlasti, kao i da vlast može da raspolaže samo ograničenom kontrolom nad njegovim postupanjem.

Pitanje o opravdanosti ove obaveze takođe ne zavisi od toga da li se radi o stvarima velikog ili malog značaja. Sloboda čoveka da bude drugačiji, nastavlja sudija Jackson, nije ograničena na stvari koje ne znače puno – u suprotnom to bi bila samo „senka slobode“, a onda zaključuje:

„Ako postoji nepromenjiva zvezda u našem ustavnom sazvežđu, onda je to [princip, prim. autora] da nema državnog službenika, višeg ili nižeg, koji može da odredi šta je to što je jedino važeće u politici, nacionalnoj svesti, religiji ili drugim stvarima, ili da prinudi građane da rečima ili radnjom priznaju njihovo uverenje u to.“

Pridružujući se mišljenju sudije Jacksona, sudije Black i Douglas izražavaju stav da propisi kao što je ovaj koji je osporen, moraju biti dovedeni u sklad sa I amandmanom, te da se na temelju principa „društva slobodnih ljudi“, njima mora omogućiti najšire tolerisanje suprotstavljenih mišljenja.

Najzad, odluci Suda se pridružio i sudija Murphy, ističući da Ustavom zaštićena sloboda misli i religije podrazumeva pravo da se slobodno govori, kao i pravo da se ćuti, te da je akt vlasti kojim se jedno lice prinudava da afirmiše ono što je u suprotnosti sa njegovima verskim uverenjem, zapravo „antiteza verske slobode“. Sudija Murphy zaključuje svoje razmatranje stavom da se ne može složiti sa time da korist koju društvo dobija time što tera pojedinca da pozdravi nacionalnu zastavu, može da opravda upad u njegovu „slobodu i privatnost“, odnosno u njegovu „slobodu da govori ili ćuti u skladu sa nalogom svoje savesti ili opredeljenjima“.

Vrhovni sud je tako u *West Virginia* slučaju direktno izmenio svoja pređašnja restriktivna shvatanja u ovoj oblasti, čime je dao za pravo onim sudijama koji su u ranijim odlukama ostajali u manjini zahtevajući potpuniju zaštitu slobode mišljenja i uverenja. Jedan od tih slučajeva je i *Gilbert v. State of Minnesota* sa početka XX veka.³⁸ Pitanje koje se pred Vrhovni sud u ovom slučaju postavilo bilo je da li zakonska zabrana pacifistički orijentisanog govora, propisana u vreme ratnog stanja, predstavlja povredu sloboda čiju zaštitu jemči I amandman. Odlukom Suda u ovom slučaju, osporena zabrana proglašena je opravdanom.

³⁸ 254 U.S. 325 (1920).

Međutim, prema mišljenju sudije Brandeisa, odgovor Suda je trebalo da bude drugačiji. Neslažući se sa odlukom većine, on ističe da apsolutna zakonska zabrana izražavanja pacifističkih stavova na javnom mestu ili u okviru doma, koja važi jednako u ratno i u mirnodopsko vreme, ima za neposredan cilj da spreči mišljenje, a ne aktivnosti. Osim toga, zakonska zabrana zagovaranja ideje da građanin ne sme da pomaže državi u njenim ratnim operacijama, pretpostavlja da roditelji ne smeju da slede svoja verska uverenja ili nalog svoje savesti na taj način što će svoju decu upoznavati sa pacifističkim učenjem, što po njegovim rečima, predstavlja direktnu povredu „privatnosti i slobode doma“. Zbog toga, smatra sudija Brandeis, ova zakonska zabrana direktno je suprotna konceptu slobode čoveka.³⁹

Nakon *West Virginia* slučaja, ideja o potrebi povezivanja prava na privatnost, autonomije pojedinca i sloboda garantovanih pojedinim ustavnim amandmanima, postepeno se širila u stavovima sudija Vrhovnog suda. Tako je u sporu *Public Utilities Commission v. Pollak*,⁴⁰ pred Sud postavljeno pitanje da li emitovanje programa radio stanice u tramvajima javnog gradskog prevoza, predstavlja povredu Ustavom zajamčenih prava i sloboda onih putnika koji ne žele da slušaju ovaj program.⁴¹

Protiveći se odluci većine po kojoj se u ovom slučaju ne radi o nedopuštenom upadu u sferu ustavom zaštićenih sloboda, sudija Douglas iznosi sledeće stavove. Na prvom mestu, slučaj koji je dao povod za spor predstavlja po svojoj prirodi oblik prisiljavanja ljudi da slušaju određeni sadržaj – putnici čine „zarobljeni auditorijum“ jer moraju da slušaju nametnuti radio program ako žele da koriste usluge javnog prevoza.

³⁹ Sudija Brandeis ipak ni ovog puta nije bio prvi sudija Vrhovnog suda koji je afirmisao stavove koji će u ovoj oblasti kasnije biti široko prihvaćeni. Jedan od najuglednijih ranih komentatora Ustava SAD i Povelje o pravima, sudija Vrhovnog suda Joseph Story je još 1833. u svom delu „*Commentaries on the Constitution of the United States*“, isticao da I amandman štiti „pravo na donošenje privatnih odluka i slobodu savesti“ (v. ovaj deo njegovih komentara na sledećoj internet adresi: http://www.belcherfoundation.org/joseph_story_on_church_and_state.htm).

⁴⁰ 343 U.S. 451 (1952).

⁴¹ Par godina ranije, Vrhovni sud je takođe imao priliku da artikulise svoj stav u vezi sa potrebom zaštite „slobode od govora“ na javnom mestu. U sporu *Kovacs v. Cooper*, 336 U.S. 77 (1949), pred Sudom je razmatrano pitanje o ustavnosti zakonske zabrane upotrebe zvučnika i megafona koji emituju glasnu muziku, odnosno govor na gradskim ulicama. Odgovarajući na ovo pitanje, sudija Reed objašnjava da je ovo ograničenje slobode govora dopušteno jer bez njega ne bi bilo moguće zaštititi „privatnost“ prolaznika, odnosno ljudi koji rade ili žive u ulici u kojoj se stvara buka.

Prisiljavanje ljudi da slušaju tuđe ideje obezbeđuje propagandistima moćno oružje, naglašava on, a zatim kaže da ako se želi da sloboda u društvu cveta, vladi se nikad ne bi smelo dopustiti da tera ljude da slušaju bilo koji radio program. Pravo na privatnost bi u tom smislu trebalo da obuhvati i njihovo pravo izbora između suprotstavljenih političkih, zabavnih i komercijalnih sadržaja.

Bruseći svoju pravničku argumentaciju za budući slučaj *Griswold*, sudija Douglas eksplicitno kaže da je pravo pojedinca da bude ostavljen na miru zapravo „početak njegove slobode“ i zaključuje:

„Sloboda religije i sloboda govora zajamčene I amandmanom, pružaju više od privilegije ispovedanja vere, pisanja i govora na način na koji se to izabere; one daju slobodu da se ne čini [...] onako kako vlada izabere. U svom poštovanju savesti pojedinca, I amandman slavi svetost mišljenja i verovanja. Mislimi onako kako je izabrano, verovati ono što se hoće, važni su aspekti ustavnog prava da se bude ostavljen na miru.“

Pre odluke Suda u *Griswold* slučaju, sudija Douglas je takođe izneo svoj stav i o vezi između „slobode“ pojedinca i garancija sadržanih u V amandmanu. U slučaju *Kent v. Dulles*,⁴² Vrhovni sud je bio suočen sa tvrdnjom da odbijanje izdavanja pasoša osobi za koju se sumnja da je bila član komunističke partije, kao i da je privržena komunističkim idejama, predstavlja povredu Ustavom zajamčene slobode ovog lica.

Pišući odluku Suda, sudija Douglas konstatuje da se u ovom slučaju radi o stvarima koje su vezane za uverenje i udruživanje, dakle, koje su po svojoj prirodi ideološkog karaktera. U tom smislu, odluka o uskraćivanju pasoša nije doneta zbog toga što se radi o licu koje je optuženo ili osuđeno za krivično delo, ili koje pokušava da izbegne pravdu ili da prekrši zakon, već zbog toga što postoji sumnja u pogledu njegove političke opredeljenosti. Pošto zakon ne dozvoljava nadležnim organima da uskrate građanima pasoš zbog toga što imaju određene sumnje u pogledu njihove političke pripadnosti ili uverenja, zaključuje on, u konkretnom slučaju radi se o povredi Ustavom zaštićene slobode kretanja.

Sloboda kretanja, nastavlja sudija Douglas, predstavlja važan aspekt slobode pojedinca koja je zajamčena V amandmanom i dodaje:

„Sloboda kretanja preko granice i to u oba pravca, kao i unutar granica, deo je našeg nasleđa. Putovanje u inostranstvo, kao i putovanje u zemlji,

⁴² 357. U.S. 116 (1958).

može biti životno neophodno. Ono može biti onoliko blizu srca pojedinca, kao i ono što on bira da pojede ili da obuče ili da čita. Sloboda kretanja je jedna od osnovnih u našoj shemi vrednosti“.⁴³

Takođe, u elaboriranju ideje o pravu na privatnost koje se krije u polusenkama pojedinih ustavnih amandmana u obrazloženju svoje odluke u *Griswold* slučaju, sudija Douglas je nastavio sa već započetom analizom veze između lične autonomije, sloboda zaštićenih I amandmanom i prava na privatnost. U tom smislu, on je svoje mišljenje utemeljio u odluci Vrhovnog suda donetoj godinu dana ranije u slučaju *NAACP v. Alabama*,⁴⁴ a koja se odnosila na zabranu delovanja „Nacionalne organizacije za unapređivanje položaja obojenih“ (NAACP), izrečenu od strane suda u državi Alabama.

U ovom slučaju, Vrhovni sud je, sa jedne strane, stao na stanovište da nije opravdano zahtevati obelodanjivanje identiteta članova ove organizacije, jer bi se oni zbog toga suočili sa napadima zagovornika politike segregacije u Alabami. Sa druge strane, Sud je našao da sloboda učesća u aktivnostima jedne organizacije, a u cilju zagovaranja određenih mišljenja i ideja, nesumnjivo predstavlja nerazdvojni deo slobode zaštićene „*due process*“ klauzulom XIV amandmana, koja obuhvata i slobodu govora.

Upućujući na ovu odluku, sudija Douglas je u slučaju *Griswold* istakao da je time Vrhovni sud obezbedio zaštitu slobodi udruživanja, kao i privatnosti članstva u organizaciji, te da se radi o pravima zajamčenim I amandmanom. Ova prava predstavljaju manifestacije opšteg prava na privatnost i u konkretnom slučaju kriju se u „polusenkama“ I amandmana. U vezi sa tim, on zaključuje da se u ovom slučaju radilo o nečemu što je više od proste slobode udruživanja, a zatim nastavlja:

„Pravo na udruživanje, kao i sloboda mišljenja, je više od prava na prisustvovanje skupu; ono uključuje pravo da se izraze sopstveni stavovi [...]“

⁴³ Direktna veza između V amandmana i slobode odlučivanja ponovo je bila afirmisana pred Vrhovnim sudom sredinom šezdesetih godina u slučaju *Miranda v. State of Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), koji predstavlja jedan od najvažnijih precedenata u oblasti ustavnih garancija lica protiv koga se vodi istraga, odnosno postupak utvrđivanja krivične odgovornosti. U odluci Suda u ovom slučaju, sudija Warren kaže da je cilj slobode od samoopuživanja da obezbedi da „pravo pojedinca da izabere između toga da ćuti i da govori“, ostane nepovređeno u toku sprovođenja istražnog postupka.

⁴⁴ 377 U.S. 288 (1964).

*na osnovu članstva u grupi ili pridruživanja grupi [...]U tom kontekstu, udruživanje predstavlja oblik izražavanja mišljenja.*⁴⁵

Ovaj niz odluka Vrhovnog suda kojima se afirmiše ideja o pravu na privatnost i ličnoj autonomiji, nastavlja se i nakon donošenja odluke u *Griswold* slučaju. Tako, četiri godine nakon *Griswold* slučaja i dve godine nakon jednoglasne odluke Vrhovnog suda u slučaju *Katz*, sudije ovog suda imale su ponovo priliku za isticanje svog razumevanja prava na privatnost. U slučaju *Stanley v. Georgia*,⁴⁶ radilo se o tome da je policija, na osnovu urednog naloga, izvršila pretres privatnog stana u nameri pribavljanja dokaza o učinjenom krivičnom delu. Dokazi nisu nađeni, ali je policija u stanu otkrila filmove koji su kasnije okarakterisani kao „obsce-ni“. Na temelju zakonskih propisa koji zabranjuju posedovanje ovakvog materijala, vlasnik stana je osuđen na zatvorsku kaznu.

Sudija Marshall piše odluku Vrhovnog suda u ovom slučaju i na prvom mestu ističe da obično posedovanje štampanog i video materijala u privatnosti sopstvenog doma ne može biti propisano kao krivično delo, navodeći pri tom čitav niz odluka Suda u kojima se kaže da Ustav štiti pravo pojedinca da prima informacije.

Osvrćući se na tvrdnje predstavnika države Georgia da postoje određene publikacije koje čovek ne sme da čita, pa čak ni da poseduje zbog njega samog, te da zakonska zabrana u tom smislu ima za cilj zaštitu ljudskog duha, na isti način na koji zabrane druge vrste štite njegovu fizičku egzistenciju, sudija Marshall kaže da to nije ništa drugo do pokušaj moralne kontrole sadržaja čovekovih misli. Za neke, ističe on, to može biti plemenit cilj, ali on je u celosti nespojiv sa „filozofijom“ I amandmana.

Najzad, neposredno se oslanjajući na stav sudije Brandeisa o potrebi zaštite privatnosti iz slučaja *Olmstead*, sudija Marshall kaže:

„Ako I amandman znači nešto, on znači to da nije posao države da kaže čoveku koji sedi sam u svojoj kući koje knjige on može da čita ili koje filmove može da gleda. Celo naše ustavno nasleđe protivi se zamisli davanja vladi moći kontrole čovekovog uma.“

Ovaj stil izražavanja još dugo godina će biti ponavlján od strane sudija Vrhovnog suda. U sporu *Eisenstadt v. Baird*,⁴⁷ sudija Brennan proširuje

⁴⁵ 381 U.S. 479 (1965).

⁴⁶ 394 U.S. 557 (1969).

⁴⁷ 405 U.S. 438 (1972).

zaštitu iz *Griswold* slučaja i na osobe koje upotrebljavaju kontraceptivna sredstva, a nisu u bračnoj zajednici. On kaže da ne bi bilo opravdano zadržati zabranu upotrebe sredstava za kontrolu začeca u odnosu na one koji nisu u braku, jer su i bračni drugovi samo dve osobe sa sopstvenom intelektualnom i emocionalnom samosvojnošću. On zatim svoju odluku zaključuje rečima da ako pravo na privatnost znači nešto, ono znači da je pojedinac, u braku ili van njega, slobodan od upada vlasti u tako fundamentalno lične stvari kao što je donošenje odluke o tome da li će stvoriti potomstvo.

e) *Roe v. Wade* i afirmacija ideje o
pravu na ličnu autonomiju

Januara 1973. godine, Vrhovni sud je odlučivao o ustavnosti zakonske zabrane abortusa u sporu *Roe v. Wade*.⁴⁸ Sa značajnom većinom od sedam sudija, Sud je stao na stanovište da ova zakonska zabrana predstavlja povredu ustavnog prava na privatnost. Obrazlažući odluku Suda, sudija Blackmun na prvom mestu govori o ustavnoj zaštiti prava na privatnost. On kaže da pravo na privatnost nije izričito pomenuto u tekstu Ustava, ali da je Vrhovni sud u dugom nizu svojih odluka, počevši od *Union Pacific* slučaja iz 1891. godine, potvrdio da je pravo na privatnost ustavom zaštićeno pravo, a zatim zaključuje poznatim rečima:

„Pravo na privatnost, bez obzira na to da li ga je moguće naći u konceptu lične slobode XIV amandmana...ili...u zadržanim pravima naroda iz IX amandmana, dovoljno je široko da obuhvati odluku žene da li da prekine ili ne svoju trudnoću.“

Nekoliko meseci kasnije, Vrhovni sud u slučaju *Paris Adult Theatre I v. Slaton*,⁴⁹ potvrđuje svoju odluku u *Roe* slučaju. Sudija Burger kao predsednik Vrhovnog suda, pozivajući se na raniju praksu ovog suda, kaže da pravo na privatnost obuhvata i štiti ličnu intimu u domu, porodicu, brak, majčinstvo, stvaranje potomstva i podizanje dece.

Trideset godina kasnije, u slučaju *Lawrence et al. v. Texas*,⁵⁰ Vrhovni sud se i dalje oslanja na ustavno pravo na privatnost shvaćeno kao pravo

⁴⁸ 410 U.S. 113 (1973).

⁴⁹ 413 U.S. 409 (1973).

⁵⁰ 539 U.S. 558 (2003).

na ličnu autonomiju. U jednom od najvažnijih novovekovnih slučajeva, Vrhovni sud donosi odluku o protivustavnosti u to vreme još postojećeg zakonodavstva više od deset saveznih država o zabrani određenih oblika seksualnog ponašanja.

Slučaj koji je dao povod za spor odnosio se na pokretanje krivičnog postupka i kažnjavanje dva muškarca koje je policija, prilikom upada u stan u potrazi za skrivenim oružjem, zatekla kako dobrovoljno upražnjavaju homoseksualni odnos. Ova dva lica su bila procesuirana pod optužbom da su prekršila zakon savezne države Texas koji zabranjuje „devijantne seksualne odnosa“ sa osobom istog pola.⁵¹ Vrhovni sud je u slučaju *Lawrence* stao na stanovište da ovaj zakon predstavlja neopravdanu povredu slobode pojedinca zajamčenu XIV amandmanom.

U obrazloženju odluke Suda, sudija Kennedy se oslanja na čitav niz ranijih odluka ovog suda kojima je na najširi način potvrđen stav o garancijama slobode pojedinca u okviru „*due process*“ klauzule XIV amandmana. Posebnu pažnju on posvećuje slučaju *Roe* i priznavanju prava žene da donese određene fundamentalne odluke o svom životu, a zatim kaže da na isti način ova Ustavom zaštićena sloboda omogućava homoseksualcima donošenje odluka o svom ličnom, pa i seksualnom životu.

Na kraju, sudija Kennedy zaključuje da slučaj koji je dao povod za spor upućuje na ponašanje dva odrasla muškarca koji su se dobrovoljno upustila u homoseksualni odnos. Država nema pravo da kontroliše život ovih ljudi stvarajući od njihovog seksualnog odnosa krivično delo. Zbog toga, zaključuje on, ne može se opravdati upad u lični i privatan život ovih lica putem propisivanja zabrane homoseksualnih odnosa.

Time je slučaj *Lawrence* još jednom demonstrirao nadmoć ideje o pravu na privatnost shvaćenom kao pravo na donošenje fundamentalnih odluka o sopstvenom životu. Kad god je Vrhovni sud smatrao da je opravdano prošiti listu Ustavom zajamčenih prava, osnovne vrednosti zaštićene ustavnim odredbama, kao što je „sloboda pojedinca“, „lična autonomija“ i „pravo na privatnost“, stajale su mu na raspolaganju. Pod ove opšte i apstraktne kategorije, bez teškoća je moglo da se podvede svako „novo“ pravo ili sloboda za koju je Sud smatrao da bi je trebalo zaštititi.

⁵¹ Zakoni koji zabranjuju „devijantno seksualno ponašanje“ sa osobom suprotnog ili istog pola, poznati su pod nazivom „*Sodomy laws*“. O rasprostranjenosti ovog zakonodavstva u svetu, kao i u SAD u vreme pre donošenja odluke Vrhovnog suda u slučaju *Lawrence*, ali i o njihovoj sadržini v. na: <http://www.glapn.org/sodomylaws/index.htm>.

Opravdanost proširivanja liste zajamčenih prava, sudija Kennedy obrazlaže u slučaju *Lawrence* na sledeći način. On kaže da oni koji su stvorili Ustav, a posebno „*due process*“ klauzule V i XIV amandmana, nisu mogli unapred da znaju na koji će se način manifestovati sve komponente slobode pojedinca – da su mogli to da predvide, kaže on, verovatno bi bili određeniji u odredbama koje su napisali. Ali, nastavlja sudija Kennedy, oni su znali da istorijsko vreme može da zaslepi, da kasnije generacije mogu u drugačijem svetlu da vide one propise koji su jednom shvaćani kao nužni i opravdani, a koji su vremenom pokazali svoju opresivnu prirodu. Dok Ustav traje kroz vreme, zaključuje on, u svakoj generaciji pojedinac može da se osloni na njegove principe u sopstvenom traganju za većom slobodom.

Međutim, ovo „traganje za većom slobodom“ nije uvek bilo lagodno i nije uvek išlo pravolinijski. Otpori proširivanju liste zajamčenih prava i sloboda, kao i zadržavanje pozicija koje su postale istorijski prevaziđene, bili su prisutni i nakon donošenja odluke Vrhovnog suda u slučaju *Roe*. Tako je već u slučaju *Paris Adult Theatre*, ocenjujući dozvoljenost rada bioskopa u kojem su prikazivani erotski, odnosno pornografski filmovi, Sud našao da savezne države zadržavaju pravo da očuvaju „pristojnost“ društvene zajednice, te da zakonska zabrana rada ovih bioskopa ne predstavlja povredu lične slobode pojedinca. S tim u vezi, sudija Burger zaključuje odluku većine rečima da nema manifestacije osnovnog prava na privatnost, odnosno opšte slobode pojedinca u gledanju obscenih filmova na javnom mestu.⁵²

Slično tome, Vrhovni sud je u vezi sa homoseksualnim odnosima prvobitno zauzeo veoma restriktivan stav. U slučaju *Bowers v. Hardwick*,⁵³ Sud je izrazio mišljenje koje će kasnije u slučaju *Lawrence* iz 2003. godine biti promenjeno, a naime da je zakonska zabrana stupanja u seksualne odnose između lica istog pola opravdana jer ne predstavlja povredu Ustavom zaštićene slobode pojedinca.

⁵² Ovaj stav Suda izazvao je protivljenje sudije Douglasa. Neslažući se sa odlukom većine, on kaže da bi tzv. „obsceni“ materijal takođe trebalo da uživa zaštitu I amandmana. Jer, radi se po njegovom mišljenju o tome kako pojedinac razume ovaj materijal, dakle o stvarima u kojima se angažuje mišljenje ili ukus, a to su komponente ličnosti koje je teško definisati i primeniti u konkretnom slučaju. Osim toga, pretpostavlja se da koncept slobode čini pojedinca, a ne vlast, čuvarem njegovog ukusa, uverenja i ideja – to je osnovni postulat I amandmana, zaključuje on.

⁵³ 478 U.S. 186 (1986).

Sudija White obrazložio je odluku većine u ovom slučaju na sledeći način. Pravo na privatnost ne proteže se na dobrovoljnu „sodomiju“ jer nijedno od prava navedenih u brojnim odlukama Vrhovnog suda koje govore o podizanju i obrazovanju deteta, porodičnim odnosima, stvaranju potomstva, zaključenju braka i sprečavanju i prekidu trudnoće, ne odražava ustavno pravo homoseksualaca da stupe u akt „sodomije“.

Da bi im se ovo novo pravo priznalo, garancije slobode sadržane u XIV amandmanu morale bi biti proširene. Međutim, kaže sudija White, Vrhovni sud postaje najranjiviji i prilazi granici nelegitimnosti svog rada onda kad sam stvara ustavno pravo koje ima malo ili nema uopšte veze sa jezikom ili oblikom ustavnog teksta. Sudska vlast, upozorava on, mora da bude obazriva da ne dođe u poziciju da upravlja društvom bez izričitog ustavnog osnova.⁵⁴

U slučaju *Village of Belle Terre v. Boraas*,⁵⁵ Vrhovni sud je našao opravdanje i za akt lokalne samouprave koji je u vreme kulminacije tzv. „hipi-pokreta“ zabranjivao licima koji se ne nalaze u krvnom ili adoptivnom srodstvu, odnosno koji nisu vezani tradicionalnim vezama bračnog i porodičnog prava, da zajedno prebivaju u kući. U konkretnom slučaju, postupku utvrđivanja odgovornosti bili su izloženi vlasnik nepokretnosti i šest studenata koji su ovu nepokretnost uzeli u zakup i u njoj živeli.⁵⁶

Međutim, i pored ovih restriktivnih stavova, pravo na privatnost shvaćeno kao pravo na ličnu autonomiju, krčilo je sebi put napred kroz praksu Vrhovnog suda. U slučaju *Carey v. Population Services International*,⁵⁷ Sud dozvoljava prodaju, odnosno distribuciju kontraceptivnih sredstava

⁵⁴ Na ovu odluku Suda reagovao je sudija Blackmun tvrdnjom da je Sud propustio da shvati „razmere interesa za slobodom“ u konkretnom slučaju. Prema njegovom stavu, kojem su se pridružili i sudija Brennan, Marshall i Stevens, zakonska zabrana razmatrana pred ovim sudom predstavlja povredu prava na privatnost jer uskraćuje pojedincima pravo da odluče za sebe da li će se angažovati u određenim oblicima privatnog i dobrovoljnog seksualnog odnosa. Pojedinač definiše sebe u značajnoj meri kroz intimne, seksualne odnose, te zbog toga mora biti mnogo „pravih“ načina održavanja ovih odnosa koji proizlaze iz slobode pojedinca da odabere njihovu formu i prirodu. Mi obezbeđujemo čoveku slobodu izbora zato što prihvatamo činjenicu da različiti ljudi donose različite odluke, zaključuje sudija Blackmun svoje neslaganje sa odlukom Suda.

⁵⁵ 416 U.S. 1 (1974).

⁵⁶ Neslažući se sa odlukom većine, sudija Marshall kaže da je u ovom slučaju trebalo zaštititi osnovna prava studenata na udruživanje i na privatnost koja su garantovana I i XIV amandmanom.

⁵⁷ 431 U.S. 678 (1977).

maloletnicima. Sud tako zauzima stav da se pravo na privatnost u vezi sa odlučivanjem o stvaranju potomstva proteže i na maloletnike i ističe da su to ona ista prava koja su već obezbeđena odlukama ovog suda u *Griswold* i *Roe* slučajevima.

Pravo na privatnost štiti nezavisnost pojedinca u donošenju određenih važnih životnih odluka, u koje svakako spada i odluka o stvaranju potomstva. Ograničenje distribucije kontraceptivnih sredstava značajno otežava donošenje ove odluke. Obrazlažući odluku Suda u ovom slučaju, sudija Brennan objašnjava da ne postoji samostalno i fundamentalno „pravo na pristup kontraceptivnim sredstvima“, već da je pristup ovim sredstvima od odlučujućeg značaja za korišćenje ustavom zaštićenog prava na donošenje odluke u vezi sa rađanjem deteta.

U slučaju *Zablocki v. Redhail*,⁵⁸ sudija Marshall potvrđuje da je prema praksi ovog suda, odluka pojedinca o stupanju u brak vrsta odluke koja je zaštićena ustavnim pravom na privatnost. U slučaju *Roberts v. United States Jaycees*,⁵⁹ sudija Brennan nalazi da se sloboda udruživanja štiti zbog toga što predstavlja fundamentalni elemenat lične slobode, ali i zato što se udruživanjem ostvaruju drugi interesi zaštićeni I amandmanom, kao što je govor, podnošenje peticija i sl.

Pošto su ustavni amandmani nastali u cilju osiguranja lične slobode čoveka, njihov zadatak je bio da zaštite stvaranje i održavanje određenih oblika krajnje ličnih odnosa između pojedinaca, kaže sudija Brennan, te zaključuje rečima da ova ustavna zaštita odnosa među pojedincima omogućava definisanje ličnog identiteta čoveka, što predstavlja centralnu vrednost svakog koncepta slobode.

U sporu *Thornburgh v. American Coll. of Obst. & Gyn*,⁶⁰ Vrhovni sud potvrđuje stav većine sudija iz slučaja *Roe* o ustavnoj garanciji slobode odlučivanja o abortusu i proglašava neustavnim zakon savezne države Pennsylvania koji obeshrabruje žene u donošenju odluke o prekidu trudnoće. Sudija Blackmun u ovom slučaju kaže da ustavni principi koji su doveli Sud do odluke u slučaju *Roe*, i dalje predstavljaju validnu osnovu za priznavanje ustavnopravnog aspekta prava žene da donese odluku o prekidu trudnoće.

⁵⁸ 434 U.S. 374 (1978).

⁵⁹ 468 U.S. 609 (1984).

⁶⁰ 476 U.S. 747 (1986).

Ustavna prava, nastavlja on, nemaju uvek lako prepoznatljivu granicu, te su rasprave o sadržaju najviših ustavnih garancija često bile dramatične. Abortus je jedno od pitanja verskog i moralnog karaktera u pogledu koga postoji iskreno neslaganje među ljudima. Međutim, kaže sudija Blackmun, ovo neslaganje nije omelo Sud da savesno primenjuje Ustav, a zatim zaključuje:

*„Naše odluke već dugo priznaju da Ustav sadrži obećanje da će određena privatna sfera slobode pojedinca biti u najvećem delu držana van dohvata vlasti... Malo je odluka koje su više lične i intimne, više istinski privatne, ili više utemeljene u ličnom dostojanstvu i autonomiji, od odluke žene o tome da li da prekine svoju trudnoću. Pravo žene da donese slobodnu odluku je osnovno pravo.“*⁶¹

Međutim, i pored ove odluke, napadi na stav Suda iskazan u *Roe* slučaju bili su u to vreme sve jači. Suočeni sa osporavanjem van Suda, ali i onim koji je dolazio od čak četvorice sudija Vrhovnog suda, među kojima je bio i predsednik ovog suda, troje sudija potpisuje odluku većine u slučaju *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*,⁶² kojom se još jednom potvrđuje principijelan stav iz *Roe* slučaja.

Obrazloženje svoje zajednički napisane odluke, sudije O'Connor, Kennedy i Souter započinju rečima da „sloboda nema zaklona u *jurisprudenciji sumnje*“, zatim nastavljaju upozorenjem da se devetnaest godina od donošenja odluke u slučaju *Roe*, sloboda uobličena ovom odlukom Suda i dalje osporava, da bi na kraju eksplicitno zaključili da stavovi iz *Roe* slučaja ostaju na snazi i iznova se potvrđuju.

Prema njihovom mišljenju, ustavna zaštita slobode žene da odluči o prekidu trudnoće proizlazi iz „*due process*“ klauzule XIV amandmana. Oni ponavljaju reči sudije Blackmuna da postoji „obećanje“ Ustava o doмену lične slobode u koji vlast ne može da uđe. Najzad, oni kažu da će uvek postojati debata o moralnim i verskim aspektima prekida trudnoće, kao i oni za koje će abortus predstavljati povredu osnovnih principa mo-

⁶¹ Neslažući se sa mišljenjem većine u ovom slučaju i pozivajući se na demokratsko pravo naroda da putem zakona uređuje odnose u društvu, sudija White iznosi izričit stav o tome da bi odluka iz slučaja *Roe* morala da bude promenjena jer „ne proističe iz pravilnog razumevanja“ samog Ustava. Sud ne sme, kaže on, da „uzurpira ili frustrira“ autoritet naroda donošenjem odluka koje reflektuju izbor koji sam narod nije nikada učinio.

⁶² 505 U.S. 833 (1992).

rala, ali da to ne sme odlučujuće da utiče na donošenje odluke Suda – po njihovom stavu, posao sudije je da odredi polje slobode svakog pojedinca, a ne da nameće moralne kodekse.

Nakon toga, troje sudija govore o pojedinim aspektima lične slobode pojedinca i ispisuju reči koje će kasnije američki sudovi često citirati:

*„Ove stvari, koje uključuju najintimnije i najličnije odluke koje pojedinac može doneti u toku života, odluke koje imaju centralno mesto u odnosu na [njegovu] dostojanstvo i autonomiju, imaju centralno mesto i u odnosu na slobodu zaštićenu XIV amandmanom. Srce slobode čini pravo određivanja sopstvenog koncepta egzistencije, razumevanja univerzuma i misterije ljudskog života. Uverenja o ovim stvarima ne mogu da definišu attribute ličnosti ako su formirana pod prinudom države.“*⁶³

Iako u ovom sporu nije uspeo u nameri da preokrene stav Vrhovnog suda iz *Roe* slučaja, predsednik suda, sudija Rehnquist je pet godina kasnije ipak uspeo da privremeno spreči dalje širenje kataloga prava i sloboda zaštićenih u okviru prava na privatnost. U sporu *Washington et al. v. Glucksberg et al.*,⁶⁴ Sud je bio pozvan da se izjasni o ustavnosti zakonske zabrane eutanazije. Pišući odluku većine, sudija Rehnquist zaključuje da zakon savezne države Washington koji zabranjuje lekarima da pomognu pacijentu obolelom od neizlečive bolesti da umre, ne predstavlja povredu slobode zaštićene „due process“ klauzulom XIV amandmana.

Citirajući reči Suda iz *Casey* slučaja o „srcu slobode“, on priznaje da mnoga prava i slobode zaštićene „due process“ klauzulom proizlaze iz lične autonomije. Jedno od tih prava jeste pravo pacijenta da odbije medicinski tretman, čak i onaj koji ga održava u životu. Međutim, kaže sudija Rehnquist, ideja o zaštiti lične autonomije ne pretpostavlja to da je bilo koja

⁶³ Oспорavajući stav većine, predednik Suda sudija Rehnquist, sa kojim su se složili još trojica sudija, zahteva promenu stava u odnosu na odluku donetu u *Roe* slučaja. On kaže da je ta odluka bila pogrešna, da su se u toku niza godina na temelju ove odluke neopravdano nametala veća ograničenja državnoj vlasti, te da je slobodu zaštićenu XIV amandmanom potrebno razumeti znatno uže.

Dramatičnost sukoba između dva tabora u Sudu u ovom slučaju, osvetlile su neobične reči sudije Blackmuna. Dozvoljavajući sebi izražavanje ličnih osećanja, on kaže da se boji mraka dok posmatra „kako četvorica sudija anksiozno čekaju jedan glas neophodan za gašenje svetla“, a zatim nastavlja rečima da manjina sudija govori o slobodi pojedinca kroz partikularnu listu prava, pre nego kroz principijelnu tezu da su ova posebna prava utemeljena u „opštem pravu na privatnost“.

⁶⁴ 000 U.S. 96–110 (1997).

važna, intimna i lična odluka pojedinca zaštićena XIV amandmanom, a zatim ovaj stav obrazlaže na sledeći način.

Pravo pojedinca da odbije medicinski tretman koji ga održava u životu nije prostom dedukcijom izvedeno iz apstraktnog pojma lične autonomije, već pre svega iz istorije zemlje i pravne tradicije. Naime, ovo pravo izvire iz starog *common law* pravila o zabrani prisilnog lečenja, odnosno iz duge tradicije garancija slobode pojedinca da odbije neželjeni medicinski tretman. Pravo čoveka da umre uz pomoć lekara ili drugog lica, međutim, ne spada u ove tradicionalne oblike poštovanja prava pacijenata, te se zbog toga zakonska zabrana države Washington ne može smatrati protivustavnom.⁶⁵

U danu objavljivanja odluke u *Glucksberg* slučaju, Vrhovni sud objavljuje još jednu odluku o istom pitanju, a naime o tome da li zakonska zabrana pomaganja u samoubistvu države New York, predstavlja povredu slobode čoveka garantovane XIV amandmanom. Pišući odluku Suda u slučaju *Vacco, Attorney General of New York v. Quill*,⁶⁶ sa kojom su se ovog puta saglasile sve sudije, sudija Rehnquist dodatno obrazlaže svoj zaključak da se u slučaju osporenog zakona ne radi o povredi ustavnih garancija.

⁶⁵ Ovo je samo jedna u nizu odluka Vrhovnog suda koje se odnose na prava pacijenata. V. tako o slobodi pojedinca zaštićenoj XIV amandmanom da odbije medicinski tretman koji ga održava u životu, ali i o tome da lice koje nije svesno, koje je u komi i sl, ne uživa ovu slobodu zbog toga što nije sposobno da samostalno donese odluku o odbijanju tretmana, u *Cruzan v. Director, MDH*, 497 U.S. 261 (1990), o ograničenju prava hospitalizovanog mentalno obolelog lica da odbije medicinski tretman psihotropnim lekovima, u *Mills v. Rogers*, 457 U.S. 291 (1982), o ograničenju prava mentalno obolelog i opasnog po sebe i okolinu lica na izdražavanju kazne zatvora da odbije medicinski tretman psihotropnim lekovima, u *Washington v. Harper*, 494 U.S. 210 (1990), o ograničenju prava mentalno obolelog lica da u toku postupka utvrđivanja krivične odgovornosti za krivično delo ubistva odbije medicinski tretman psihotropnim lekovima, u *Riggins v. Nevada*, 504 U.S. 127 (1992), o tome da se mentalno obolelom licu koje nije opasno po sebe i okolinu ne može nametnuti medicinski tretman psihotropnim lekovima u toku utvrđivanja njegove krivične odgovornosti za nenasilna krivična dela, u *Sell v. United States*, 539 U.S. 166 (2003), o tome da prisilno vađenje dokaza o učinjenom krivičnom delu iz stomaka okrivljenog od strane medicinskog osoblja, predstavlja povredu principa nepovredivosti ljudske ličnosti, da se u toku istrage dokazi protiv okrivljenog ne smeju prisilno izvlačiti iz njegovog uma, kao ni iz njegovog stomaka, te da se radi o najgrubljoj povredi ljudskog dostojanstva i slobode zaštićene XIV amandmanom, u *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952).

⁶⁶ 000 U.S. 95–1858 (1997).

On kaže da je Sud na implicitan način, a najveći broj zakona saveznih država na eksplicitan način, učinio jasnim razliku između pomaganja pacijentu u samoubistvu („*making a patient die*“) i puštanja pacijenta da umre („*letting a patient die*“). Pomaganje u samoubistvu je zakonski zabranjeno, a Vrhovni sud stoji na stanovištu da se ne radi o neustavnoj zabrani. Nasuprot tome, Sud priznaje i štiti pravo svakog pojedinca da svesno odbije medicinski tretman, uključujući i onaj koji ga održava u životu. Međutim, objašnjava sudija Rehnquist, pravo pojedinca da odbije medicinski tretman nije izvedeno iz njegovog opšteg i apstraktnog „prava da umre“, već iz čvrsto utemeljenog tradicionalnog prava na telesni integritet i slobode od neželjenog fizičkog dodira.

Ove dve odluke Vrhovnog suda predstavljale su početak perioda zaštića u burnoj raspravi o širini polja zaštićene lične autonomije pojedinca, perioda koji je trajao sve do donošenja odluke u slučaju *Lawrence* iz 2003. godine. Odluka većine u slučaju *Lawrence*, po kojoj XIV amandman štiti slobodu donošenja odluke o stupanju u homoseksualne odnose, izaziva žestoke reakcije trojice sudija koji su ostali u manjini.

Obrušavajući se na odluku većine, sudija Scalia tvrdi da je Sud u *Lawrence* slučaju otvorio pitanje daljeg razlikovanja homoseksualnosti od ostalih tradicionalnih oblika povrede morala, kao što su bigamija, homoseksualni brakovi, incest, prostitucija, masturbacija, bestijalnosti, obscenosti i sl. Pošto se pravo toliko udaljilo od morala u ovom slučaju, ustavnost zakona koji zabranjuju ove druge protivpravne radnje, takođe se dovodi u pitanje. Ako bi sva pravila zasnovana na osnovnim moralnim standardima bila stavljena van pravne snage na temelju „due process“ klauzule, kaže on, sudovi bi bili veoma uposleni.

„Kakav masovni poremećaj postojećeg društvenog poretka“ omogućava odluka Suda, kaže sudija Scalia, a zatim nastavlja političkim diskvalifikacijama sudija koji su činili većinu u ovom slučaju. On kaže da je sasvim jasno da je Sud prišao jednoj od strana u „kulturnom ratu“ koji se u društvu vodi, te da je odluka u *Lawrence* slučaju proizvod „kulture pravničke profesije“, a posebno Američkog udruženja pravnih fakulteta, koji su se u najvećoj meri širom zemlje zauzeli za tzv. „homoseksualnu agendu“, odnosno program homoseksualnih aktivista koji je usmeren na podizanje vela srama koji se tradicionalno vezuje za ovu populaciju.⁶⁷

⁶⁷ Osim prava homoseksualaca, u epicentru „kulturnog rata“ koji besni između demokrata i konzervativaca na američkoj političkoj sceni u toku prve decenije XXI veka, prema oceni političkih analitičara nalazi se takođe i pitanje prava na prekid

Sudija Scalia kaže da sam nema ništa protiv homoseksualaca ili drugih grupa koje pokušavaju da promovišu svoje programe i ističe da on ne bi tražio više od države da zabrani homoseksualne odnose, nego što bi tražio od države da ih dopusti. Međutim, tvrdi on, na državi je da donese demokratsku odluku o tom pitanju i ona je u Texasu to učinila time što je zakonom zabranila homoseksualne odnose.

Na kraju, on zaključuje svoje reči izražavanjem otvorene bojazni od priznavanja homoseksualnih brakova u budućnosti. Odluka suda u slučaju *Lawrence*, kaže sudija Scalia, razgradila je strukturu ustavnog prava koja je dopuštala pravljenje razlike između heteroseksualne i homoseksualne zajednice, čak i u onim aspektima koji se odnose na njihovo formalno pravno priznavanje.⁶⁸

trudnoće, odnosno *Roe* slučaj. V. u tom smislu politički komentar „*Lexington, A Heretical Proposal*“, *Economist*, 10/12/2005, p. 54.

⁶⁸ Bila je to još jedna u nizu sudskih odluka koje su pokazale dramatičnost sukoba u vezi sa pojedinim pitanjima koja izazivaju, pre svega, moralne kontroverze u američkom društvu. U vreme izbijanja sukoba o pravima homoseksualaca u Vrhovnom sudu, najšira američka javnost se opredeljivala i u vezi sa drugim važnim moralnim pitanjem, a naime pravom pojedinca da umre. Radilo se o sedam godina dugom slučaju Terri Schiavo, žene koja je u potpuno nesvesnom stanju bila priključena na aparate za održavanje života. Koristeći se svojim pravnim ovlašćenjima, njen suprug je zahtevao od suda da dozvoli da se ovi aparati isključe.

Sud na Floridi je usvojio njegov zahtev, ali su se tome suprotstavili roditelji Terri Schiavo. Time je otpočeo iscrpljujući sukob dve strane u američkom društvu, koji je u toku jeseni 2004. i proleća 2005. eskalirao do te mere da je uključio sve sudske instance savezne države Florida, zakonodavnu vlast ove države, guvernera Floride Jeb Busha, Kongres i Senat SAD, tadašnjeg predsednika Georga Busha, ali i budućeg predsednika Baracka Obamu (koji je naknadno izjavio da svoje učešće u ovom slučaju smatra svojom najvećom profesionalnom pravničkom greškom), Vrhovni sud SAD, Vatikan i Papu lično, verske zajednice, borbe za građanska prava sa obe strane fronta, medije, a postojala je mogućnost čak i sukoba policijskih snaga sa nacionalnom gardom pod komandom guvernera Busha u vezi sa izvršenjem konačne odluke suda da se Terri Schiavo omogući da umre. V. sažetu istoriju slučaja sa daljim upućivanjima na http://en.wikipedia.org/wiki/Terri_Schiavo_case, kao i sabrane pravne dokumente vezane za ovaj slučaj na <http://news.findlaw.com/legalnews/lit/schiavo/>.

Refleksije ovog slučaja bile su vidljive i u skorašnjoj odluci Vrhovnog suda u slučaju *Gonzales v. Oregon*, 000 U.S. 04–623 (2006), u kome je većina sudija zauzela stav da Vrhovni tužilac SAD nema ovlašćenja da se meša u primenu pravila zakona savezne države Oregon, koji jedini u zemlji omogućava dobrovoljnu eutanaziju. Neslažući se sa odlukom većine u ovom slučaju, sudija Scalia, sa kojim su se složili novi Predsednik suda, sudija Roberts, kao i sudija Thomas, ističe da Vrhovni tužilac ima pravo da reaguje ako je to neophodno u cilju spašavanja života pojedinca, te da on po izričitom pravilu

f) Zaključna razmatranja

Sudija Scalia je bio delimično u pravu kada je govorio o budućem priznavanju homoseksualnih brakova. Nakon donošenja odluke Vrhovnog suda u slučaju *Lawrence*, pet saveznih država priznalo je homoseksualnim parovima pravo na sklapanje braka, a brojne su i savezne države koje su priznale tzv. „civilnu registraciju“ homoseksualnih parova, kao i druge privilegije za homoseksualne zajednice. Međutim, sa druge strane, trideset saveznih država izmenilo je svoje ustave i u njih unelo eksplicitnu zabranu homoseksualnih brakova. Na federalnom nivou SAD, sa treće strane, namera uglavnom republikanaca u Senatu i Kongresu da izdejstviju zakonsku zabranu homoseksualnih brakova nije ostvarena.⁶⁹

Ovi, „moralno sporni“ slučajevi iz skorašnje prakse Vrhovnog suda, neposredno ukazuju na politički karakter borbe za proširivanje polja zaštićene slobode.⁷⁰ Ako se razvoj i širenje liste zaštićenih prava i sloboda u SAD sagleda u istorijskoj perspektivi, jasno je vidljivo da je „traganje za većom slobodom“ kroz ustavnu zaštitu privatnosti i priznavanje lične autonomije pojedinca, bilo nerazdvojivo povezano sa društvenim, odnosno političkim razilaženjima i sukobima. Drugim rečima, odluke o priznavanju „novih“ prava i sloboda mogu se razumeti samo u kontekstu konkretnog odnosa snaga koji je u političkoj zajednici postojao u trenutku njihovog donošenja. Vrhovni sud, u tom smislu posmatrano, svoje odluke o proširivanju polja zaštićene slobode pojedinca nije nikad donosio u političkom vakumu.⁷¹

neće intervenisati samo ako se radi o postupku koji ima „legitiman medicinski cilj“. Međutim, kaže on, ako ovaj pojam legitimnog medicinskog cilja ima neko značenje, to značenje „sasvim sigurno isključuje prepisivanje leka u cilju izazivanja smrti“.

⁶⁹ V. podatke o tome na http://en.wikipedia.org/wiki/Same-sex_marriage_in_the_United_States.

⁷⁰ Ronald Dworkin („*Freedom's Law, The Moral Reading of the American Constitution*“, 1999, p. 2), kaže da je na taj način „politički moral“ („*political morality*“), unet u samo središte ustavnog prava u SAD.

⁷¹ Politička borba u društvu u pojedinim periodima dramatično se reflektovala na rad Vrhovnog suda. Tako su u toku osamdesetih i početku devedesetih godina prošlog veka, konzervativne administracije predsednika Reagana i Busha starijeg neposredno zahtevale od sudija Vrhovnog suda čak u pet posebnih slučajeva, da stave van pravne snage odluku donetu u *Roe* slučaju. Bio je to samo jedan od aspekata planirane tzv. „Reagan revolucije“ u ustavnom pravu, koja se temeljila na ideji da sudovi moraju biti više dis-

Međutim, čini se da ne bi bilo opravdano tvrditi da je politika traganja za većom slobodom Vrhovnog suda prosta refleksija odnosa političkih snaga u američkom društvu. Vrhovni sud ne upućuje samo na stavove drugih, već i on sam predstavlja centar političke moći koji svojim odlukama stvara novo pravo iz političkih uverenja samih sudija.⁷² Nekad su ova njihova uverenja bila avangardna i kao takva nisu odmah bila prihvaćena, nekad su pak kaskala za društvenim promenama koje su se već dogodile, nekad su njihova uverenja bila jedinstvena, a vrlo često su bila i oštro suprotstavljena, ali su uvek bila prisutna i sudije Vrhovnog suda se nikad nisu ustezali da ih javno izraze u svojim judikatima.⁷³

ciplinovani, a manje skloni avanturama i politici u tumačenju prava, a posebno Ustava SAD. Osim *Roe* slučaja, na meti tadašnjih predsednika nalazile su se i ostale liberalne odluke Vrhovnog suda, kao na primer u oblasti zabrane diskriminacije. V. raspravu o tome kod Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 147–162.

⁷² Značaj političkih uverenja sudija Vrhovnog suda dolazi posebno do izražaja u postupku izbora novih sudija. Tako se jedan od ključnih aspekata analize profila sadašnjeg predsednika Vrhovnog suda, sudije Robertsona, odnosio upravo na njegova moralno-politička ubeđenja, među kojima se posebna pažnja poklanjala njegovom odnosu prema *Roe* slučaju – v. tako „*The Supreme Court, The Battle Begins*“, *Economist*, 10/09/2005, p. 47.

Prava politička debata vodila se i o političkim uverenjima sudije Alita u periodu pre njegovog imenovanja u januaru 2006. – v. tako komentar New York Timesa od 23. januara 2006, o preklapanju stavova budućeg sudije Vrhovnog suda i Predsednika Buša mlađeg u najvažnijim političkim pitanjima, u tekstu pod naslovom „*Judge Alito's Radical Views*“ (<http://www.nytimes.com/2006/01/23/opinion/23mon1.html>).

⁷³ Ronald Dworkin (*op. cit.*, p. 2), kaže da se sudije Vrhovnog suda, ali i druge sudije, dele na „liberalne“ i „konzervativne“ po svojim moralno-političkim uverenjima. Ova uverenja sudija značajno utiču na njihovo tumačenje prava i sadržaj odluka koje donose. Međutim, svoja uverenja oni često izgrađuju autonomno, sasvim bez ili nasuprot direktnom uticaju političara. „Politička težina“ stavova sudija Vrhovnog suda bila je tako veoma vidljiva u *Casey* slučaju iz 1992, u kome je još jednom potvrđeno pravo žene na prekid trudnoće. Kao što je navedeno, odluku većine potpisalo je zajedno čak troje sudija, i to sudije O'Connor, Kennedy i Souter. Svo troje sudija bili su pak svojevremeno izabrani u Vrhovni sud na predlog predsednika Reagana i Busha starijeg, sa idejom da pomognu manjini konzervativnih sudija da obore odluku iz *Roe* slučaja. Administracije dvojice predsednika računale su da će im imenovanje ovih sudija doneti prevagu u sprovođenju „Reagan revolucije“. Međutim, na iznenađenje političke javnosti, novoimenovane sudije nisu bile spremne da se povinuju zahtevima predsedničkih administracija, te su zajedničkim potpisima, na nesumnjiv način potvrdile odluku iz *Roe* slučaja. V. o strahu liberalne javnosti od obaranja odluke iz *Roe* slučaja, kao i o zatečenosti neočekivanim raspletom slučaja *Casey*, kod Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 44–59 („*Roe in Danger*“) i pp. 117–128 („*Roe was Saved*“).

Dve su značajne odlike ove prakse američkog Vrhovnog suda. Prvo, Vrhovni sud je gotovo uvek težio proširivanju liste zajamčenih prava i sloboda. Prost pogled na zaštićeno polje slobode u vreme kad je počelo da se govori o pravu na privatnost, pre stotadeset godina, i njegovo upoređivanje sa današnjim granicama slobode pojedinca, čine neposredno vidljivim izuzetan napredak koji je ostvaren eksplicitnim priznavanjem i obezbeđivanjem zaštite desetinama „novih“ prava i sloboda.

Iako ovaj napredak, kao što je pokazano, nije tekao pravolinijski i bez teškoća, on je sve do danas imao trajan karakter u svim oblastima društvenog života. Vrhovni sud se nikada nije okrenuo i pošao unazad restriktivnim putem oduzimanja prava koja su već bila priznata.⁷⁴ Na taj način Sud je direktno uticao na to da pojedinac danas u Americi bude osetno „slobodniji“ nego što je to bio nekad.

Drugo, Vrhovni sud je težio tome da bude teorijski, odnosno idejno koherentan u procesu proširivanja polja zaštićene slobode. U skladu sa pravnom prirodom svojih precedenata, Sud je uvek bio prinuđen da nađe neposredan pravni osnov za priznavanje „novog prava“. U tom smislu, on nikad nije mogao sebi da dopusti da odlučuje u pravnom vakumu – „nova prava i slobode“ nisu smele da budu prosta invencija sudija upisana u prazan list papira.⁷⁵

⁷⁴ Čak i organizovane aktivnosti usmerene na direktnu političku instrumentalizaciju Vrhovnog suda, kao u vreme administracije Reagana i Busha starijeg, koje su imale za cilj uskraćivanje već priznatih prava i sloboda (v. o tome opširno kod Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 147–162, odeljak pod naslovom „*Gag Rule and Affirmative Action*“), nisu zaustavile širenje zaštićenog polja slobode pojedinca.

⁷⁵ U obrazloženju jedne od svojih centralnih ideja, ideje o integritetu prava, Dworkin ističe da sudije nemaju apsolutnu moć da svoja lična moralno-politička uverenja upišu u tekst Ustava, već da apstraktne ustavne garancije moraju da tumače i primenjuju na koherentan način, u skladu sa ranijim odlukama (tzv. „*stare decisis*“ princip), imajući u vidu strukturu celine ustavnog teksta. U tom smislu, kaže on, sudije mogu da zadrže svoja uverenja, ali moraju takođe sebe da vide i kao partnere drugim sudijama u izgradnji „koherentnog ustavnog moralnog učenja“. Razlika u uverenjima i zagovaranje pojedinih pravnih rešenja koja proizlaze iz ovih uverenja, ne smeju da naruše koherentnost i integritet prava koji je izgrađen na temelju opštih ustavnih principa. Tumačenje i primena Ustava moraju da reflektuju uverenja, a ne taktičke stavove sudija „nestrpljivih da zadovolje koliko je god moguće političkih pozicija“ u društvu (*op. cit.*, pp. 10–11, 53–54, 80–81, 103, 124–125).

U kontekstu ovih svojih teorijskih ideja, Dworkin se u drugoj polovini osamdesetih godina prošlog veka, ekstenzivno kritički odnosio prema nameri predsednika Re-

Da bi obezbedio valjan pravni osnov za priznavanje ovih novih prava, Vrhovni sud se oslonio na dugu istorijsku tradiciju pravne garancije slobode pojedinca u anglo-saksonskom pravu. Ova tradicija obuhvata ne samo rano američko pravo, već i vekovima stare engleske pravne standarde.⁷⁶ Sloboda pojedinca bila je tako posmatrana od strane sudija Vrhovnog suda kao neprikosnovena vrednost, vrednost koju je anglo-saksonsko pravo oduvek štitalo.

Istovremeno, „sloboda“ je bila posmatrana i kao jedinstvena reč, sloboda „u jednini“, kako je to sudija Harlan komentarisao u *Griswold* slučaju, koja je u sebe mogla da upije sve posebne slobode pojedinca. Sve slobode čoveka svode se tako na jednu, jedinstvenu i opštu slobodu

agana da imenuje Roberta Borka za sudiju Vrhovnog suda, ističući da je on „ustavni radikal“, koji odbija opšteprihvaćenu ideju o vladavini prava, odnosno ideju o tome da je Vrhovni sud obavezan da tumači tekst ustavnih odredbi u skladu sa opštim pravnim principima na kojima se Ustav temelji. Umesto toga, kaže Dworkin, sudija Bork smatra da su osnovne postavke ustavne doktrine pogrešne, kao i to da bi „desno krilo“ Vrhovnog suda trebalo da radi na njihovim izmenama (*op. cit.*, pp. 265–275 „*Bork: The Senate's Responsability*“, 276–286 „*What Bork's Defeat Meant*“ i 287–305 „*Bork's own Postmortem*“).

⁷⁶ Dworkin (*op. cit.*, p. 352), kaže da je Velika Britanija vekovima bila „tvrđava slobode“. Tako još u Velikoj povelji o slobodama Engleske iz 1215. godine (*Magna Carta*), čitamo između ostalog:

„(39) Nijedan slobodan čovjek neće biti ubijen ili zatvoren, ili lišen svojih prava ili imovine, ili stavljen van zakona ili prognan, ili na bilo koji način lišen svog položaja, niti ćemo mi protiv njega upotrijebiti silu ili uputiti druge da to učine, osim na osnovi zakonite presude njemu jednakih ili prava zemlje...”

(63) Naša je, dakle, želja i naredba da... u našem Kraljevstvu ljudi imaju i zadržavaju, dobro i u miru, sve ove slobode, prava i ustupke, u njihovoj punoći i cjelovitosti, za sebe i svoje potomke, od nas i naših potomaka, u svemu i svugdje, večno.“ (prevod Šefko Kurtović, u knjizi „*Temelji moderne demokratije*“, *op. cit.*, pp. 40–41. i 45, a prema prevodu sa latinskog na engleski koji je objavljen u knjizi Ivor Jennings, „*Magna Carta and its Influence in the World Today*“, 1956. V. takođe elektronsku verziju na <http://avalon.law.yale.edu/medieval/magframe.asp>).

Habeas Corpus Act iz 1679. godine, sadrži pravila o postupku utvrđivanja krivične odgovornosti pojedinaca, a među njima i posebna pravila koja se odnose na lišavanje slobode, čiji je cilj bio „bolje osiguranje slobode podanika“, kako je zapisano u podnaslovu ovog dokumenta (v. prevod Šefko Kurtović, *ibid.*, pp. 65–73). Najzad, Bill of Rights iz 1688. godine, takođe sadrži garancije pojedinih prava i sloboda, kao što su pravo na peticiju, pravo na držanje oružja, sloboda izbora za parlament, sloboda govora i rasprave u parlamentu, sloboda od prekomernog, okrutnog i neuobičajenog kažnjavanja i pretpostavka nevinosti (*ibid.*, pp. 91–96).

du.⁷⁷ To nam uostalom daje uvek za pravo kad za čoveka kažemo da je slobodan.

Međutim, nedostatak ideje opšte slobode sastoji se u tome što ona predstavlja običnu pravnu apstrakciju, lišenu svakog sadržaja.⁷⁸ Ona se naime može puniti posebnim slobodama, ali sama za sebe ne poseduje specifično značenje, već ostaje puki zbir pojedinačnih prava i sloboda. Stoga se za pojam slobode može reći da nije dovoljno pravno operacionalan, odnosno da se ne može sa lakoćom samostalno koristiti, jer se njegova sadržina iscrpljuje u sadržini posebnih sloboda od kojih je sastavljena.

Da bi umakli nedostatku ove pravne apstrakcije, sudije Vrhovnog suda odredili su njenu sadržinu. Inspirisani često i sopstvenim napisima o pravu na privatnost i intuitivno okrenuti ka pravu čoveka da bude ostavljen na miru, da živi svoj život u skladu sa svojim opredeljenjima,⁷⁹ oni su vremenom u svojim odlukama došli do čvrstog zaključka da se pojam slobode može definisati kao lična autonomija pojedinca da samostalno donosi odluke o svom životu.

Privatnost, pravo čoveka da bude ostavljen na miru, lična autonomija, sloboda donošenja odluka o sopstvenom životu, postali su tako kroz praksu Vrhovnog suda jednakovredni sinonimi za slobodu čoveka. Na taj način, opšta sloboda pojedinca dobija samosvojno značenje koje ne zavisi od sadržine posebnih prava i sloboda, niti se u njihovoj sadržini iscrpljuje.

Instrumentalizovanjem lične autonomije pojedinca, sudije Vrhovnog suda su za sebe stvorile veoma moćnu metodološku alatku za buduće odlučivanje. Sa jedne strane, dobili su na idejnoj, odnosno teorijskoj koherentnosti svojih odluka. Tako, sloboda čoveka zadržava svoj opšti karakter. Ona je i dalje osnov ili zajednički imenitelj svih pojedinačnih prava i sloboda. Nema prava i slobode čiji se sadržaj ne svodi na odlučivanje o određenom aspektu čovekovog života, dakle, svako pravo ili sloboda

⁷⁷ U slučaju *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), sudija Cardozo iznosi poznati stav o tome da su pojedinačna prava i slobode iz ustavnih amandmana, implicitno sadržane u konceptu „uređene slobode“ („*the concept of ordered liberty*“).

⁷⁸ Dworkin (*op. cit.*, p. 82), ipak kaže da je klauzula o slobodi pojedinca „veličanstvena apstrakcija“ („*majestic apstraction*“).

⁷⁹ Slično tome, Dworkin (*op. cit.*, p. 3) navodi da sudije *instinktivno* zauzimaju stav da se apstraktni moralni zahtevi upisani u Ustavne odredbe, mogu primenjivati na konkretne slučajeve samo putem usvajanja svežih, novih, moralnih sudova. Na drugom mestu (*op. cit.*, p. 83), on piše o značaju razvijenog sudijskog „*instikta* za koncept prava“.

može da se posmatra kao manifestacija opšte slobode odlučivanja pojedinca o sopstvenom životu.⁸⁰

Sa druge strane, oni su u pravu na ličnu autonomiju dobili izvanredno potentan pravni osnov za zaštitu još nepriznatih prava, odnosno za proširivanje polja zaštićene slobode pojedinca. Čistom pravnom ingenioznošću, sudije Vrhovnog suda ukrstili su eksplicitne garancije pojedinih ustavnih amandmana sa opštim pojmom slobode određenim kao pravo pojedinca da donosi odluke o sopstvenom životu i tako dobili čvrst pravni osnov za proširivanje kataloga priznatih prava i sloboda.⁸¹

Dakle, pravna veština koju su oni pokazali, pre svega u slučajevima *Griswold* i *Roe*, sastoji se u tome što su iz garancija pojedinih ustavnih amandmana prvo izveli pravo na privatnost, kojem su na taj način obezbedili ustavnu zaštitu, da bi u drugom koraku zauzeli eksplicitan stav o tome da to isto pravo na privatnost, shvaćeno kao pravo na ličnu autonomiju, jeste dovoljno široko da može da obezbedi zaštitu i onim posebnim pravima i slobodama koja do tada nisu bila priznata. Pravo na upotrebu kontraceptivnih sredstava, pravo na prekid trudnoće i ostala „nepriznata“ prava, „nova“ prava ili „nenabrojana“ prava, kako se ona još nazivaju,⁸² dobijaju svoju pravnu zaštitu kao manifestacije slobode odlučivanja po-

⁸⁰ O pravu na privatnost kao proizvodu tumačenja ustavnog teksta i koherentnosti ove apstraktne pravne garancije, v. Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 79–80.

⁸¹ Dworkin (*op. cit.*, p. 73), smatra da se „skelet društva jednakih i slobodnih pojedinaca“ stvara „umrežavanjem“ ustavnih principa, od kojih su jedni konkretniji, drugi apstraktniji, a treći gotovo neograničeno apstraktni.

⁸² Dworkin (*op. cit.*, p. 77), analizira razliku između prava i sloboda koja su nabrojana u tekstu Ustava i onih koja nisu i kaže da je pitanje o pravu suda da prizna jedno „nenabrojano pravo“ kao ustavom zaštićeno, zapravo „neinteligentno pitanje“ koje ignoriše neophodnost tumačenja apstraktnih ustavnih garancija. Ova pak neophodnost tumačenja postojećeg prava, sa kojim se povezuje i stvaranje novog prava, teorijski se oslanja na učenje H. L. A. Harta o pravu kao „otvorenom tekstu“.

U svom delu „*The Concept of Law*“, Hart objašnjava da bez obzira na to na koji način se uspostavljaju standardi ponašanja, putem zakonskog propisa ili precedentnom odlukom suda, kao i bez obzira na to sa kakvom lakoćom se oni primenjuju u nepreglednoj masi običnih slučajeva, izvesno je da će se ovi standardi, u određenoj situaciji u kojoj se zahteva njihova primena na konkretan slučaj, pokazati kao neodređeni. U tom smislu, oni u sebi sadrže ono što se naziva „otvoreni tekst“ pravne norme. Otvoreni tekst prava, nastavlja Hart, znači zapravo da postoje određene sfere pravnog sistema koje moraju biti ostavljene sudovima da ih razvijaju, te zaključuje da baš na ovim „marginama [postojećih] pravila i u poljima ostavljenim otvorenim na osnovu teorije precede-

jedinca o sopstvenom životu, odnosno kao emanacije opšteg prava na privatnost.

Put daljem proširivanju liste zaštićenih prava i sloboda time je bio otvoren. Vrhovni sud, kao što je već pokazano, i dalje njime korača. Ovaj put, u pogledu političkog aktivizma,⁸³ teorijske koherentnosti i pozitivnog priznavanja novih prava i sloboda izvedenih iz prava na ličnu autonomiju, sledio je takođe i Evropski sud za ljudska prava.

nata, sudovi vrše funkciju stvaranja [novih] pravila“ (v. H. L. A. Hart, „*The Concept of Law*“, 1988, pp. 124 i 132).

⁸³ Dworkin (*op. cit.*, p. 4), ističe da neke sudije same za sebe kažu da u donošenju svojih odluka primenjuju „aktivan“ odnos prema ustavnom tekstu, jer posmatraju Ustav kao „živi“ dokument koji mora biti doveden u vezu sa novim društvenim okolnostima.

3. Lična autonomija u okviru Evropske konvencije o ljudskim pravima

Put kojim je išao Vrhovni sud SAD, tokom sedamdesetih godina XX veka počeo je da prati i Evropski sud za ljudska prava. Jednako politički aktivan u vezi sa priznavanjem „novih“ prava i sloboda, Evropski sud je tumačio član 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima na način koji je veoma sličan američkom razumevanju prava na privatnost.⁸⁴ Po shvaćanju Suda izraženom u čitavom nizu slučajeva, član 8. štiti pojedinca od samovoljnog mešanja državne vlasti u njegov život,⁸⁵ te je tako na temelju ove odredbe moguće obezbediti zaštitu i za ona prava o kojima tekst Evropske konvencije eksplicitno ne govori.⁸⁶

Još 1976. godine, tadašnja Evropska komisija za ljudska prava iznela je u slučaju *X protiv Islanda*, shvatanje da se polje prostiranja člana 8. Konvencije ne završava na terenu slobode od neželjenog publiciteta, već da ova pravna garancija podrazumeva „pravo pojedinca na uspostavljanje

⁸⁴ Član 8. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950. godine, kako glasi njen puni naziv, sadrži sledeće pravilo: „*Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske*“. Dve godine pre usvajanja Evropske konvencije, ova kombinacija četiri posebna aspekta iste pravne garancije našla je svoje mesto u članu 12. Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima Ujedinjenih nacija iz 1948. godine („*Niko ne sme biti izložen proizvoljnom mešanju u privatnost, porodicu, dom i prepisku*“).

⁸⁵ V. na primer *Gul protiv Švajcarske*, No 23218/94, 19/02/1996. Pošto je Evropska konvencija i praksa njene primene nakon ratifikacije postala deo unutrašnjeg pravnog poretka Srbije, u daljem tekstu koristiće se nazivi predmeta u transkripciji na srpski jezik. Odluke Suda za ljudska prava i nekadašnje Komisije za ljudska prava, mogu se pretraživati putem interneta na sledećoj adresi: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>.

⁸⁶ Uopšte o primeni člana 8. Evropske konvencije vidi kod Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak, „*Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*“, 4th ed, 2006, Mark Janis, Richard Kay, Anthony Bradley, „*European Human Rights Law, Text and Materials*“, 3rd ed, 2008, i na srpskom jeziku Saša Gajin, „*Koncept člana 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima*“, Strani pravni život, 2–3/92.

i razvoj odnosa sa drugim ljudima, posebno na emocionalnom planu u cilju razvoja i zadovoljenja sopstvene ličnosti“. ⁸⁷ U decenijama koje slede, Evropska komisija, a posebno Evropski sud za ljudska prava će ovu ideju dalje razviti u sveobuhvatan pravni okvir zaštite lične autonomije pojedinca.

Nekoliko skorašnjih odluka Suda eksplicitno govore o domašaju člana 8. Konvencije. U slučaju *Sidabras i Džiautas protiv Litvanije*,⁸⁸ Sud nalazi da nije moguće iscrpno odrediti sadržinu garancija člana 8, ali da on svakako obuhvata psihički (moralni) i fizički integritet pojedinca, obezbeđujući mu sferu u okviru koje može slobodno da teži razvoju i zadovoljenju svoje ličnosti.

U odluci Suda u slučaju *Pek protiv Ujedinjenog Kraljevstva*,⁸⁹ rečeno je da rodni identitet, ime, seksualna orijentacija i seksualni život predstavljaju elemente „lične sfere“ zaštićene članom 8, ali da odredba ovog člana štiti i pravo na identitet i razvoj ličnosti, kao i pravo na uspostavljanje i razvoj odnosa sa drugim ljudima i spoljnim svetom. Po shvatanju Suda u ovom slučaju, član 8. takođe može da obuhvati i profesionalne i poslovne aktivnosti, što govori o tome da postoji „zona interakcije“ pojedinca sa drugima, čak i u javnosti, koja ulazi u domašaj ove garancije.

U slučaju *Ivens protiv Ujedinjenog Kraljevstva*,⁹⁰ Veliko veće Evropskog suda potvrđuje da član 8. obuhvata određene aspekte psihičkog i društvenog identiteta pojedinca, uključujući i njegovo pravo na ličnu autonomiju, razvoj ličnosti, kao i uspostavljanje i razvoj odnosa sa drugima, što podrazumeva i pravo na poštovanje odluke pojedinca o tome da li će postati roditelj.

U slučaju *Odievr protiv Francuske*,⁹¹ Sud nalazi da lična sloboda i dostojanstvo čoveka leže „u srcu prava garantovanih Konvencijom“. Najzad, u slučaju *Kristine Gudvin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*,⁹² na veoma precizan način se kaže da se suština Konvencije sastoji u poštovanju ljudskog dostojanstva i slobode, a zatim se dodaju sledeće reči:

⁸⁷ No 6825/74, (1976) 5 D.R. 86.

⁸⁸ No 55480/00; 59330/00, 27/07/2004.

⁸⁹ No 44647/98, 28/01/2003.

⁹⁰ No 6339/05, 10/04/2007.

⁹¹ No 42326/98, 13/02/2003.

⁹² No 28957/95, 11/07/2002.

*„U okviru člana 8. Konvencije..., gde je pojam lične autonomije važan princip na osnovu kojeg se tumače njegove garancije, zaštita se obezbeđuje ličnoj sferi svakog pojedinca...“*⁹³

U daljem tekstu biće detaljno predstavljeno polje primene člana 8, koje po samom tekstu ove odredbe obuhvata četiri posebna segmenta privatnosti i to: privatan život, porodičan život, dom i prepisku. Prema stavu Suda i Komisije, svaki od ovih pojmova ima svoje autonomno značenje koje je oblikovano u praksi primene Konvencije. To znači da organi Saveta Evrope koji su pozvani da tumače i primenjuju član 8, a to su pre svega Sud, a ranije i Komisija, nisu vezani odredbama nacionalnog zakonodavstva država članica, već samostalno određuju sadržaj pojmova privatnog i porodičnog života, doma i prepiske. Stoga će razumevanje prava na privatnost u okviru Evropske konvencije biti utemeljeno upravo na ovim osnovnim pojmovima.

a) Klasično shvatanje prava na privatan život

U pravo na poštovanje privatnog života na prvom mestu svrstava se sloboda od neželjenog publiciteta, odnosno sloboda pojedinca da određene aspekte svojih aktivnosti ili egzistencije sačuva kao privatne od drugih ljudi. U čitavom nizu svojih odluka, Sud je po uzoru na američki *„reasonable expectation of privacy“* test iz *Katz* slučaja, izrazio stav da pojedinac zadržava „opravdano“, odnosno „legitimno“ očekivanje zaštite svoje privatnosti.

Ovo „očekivanje privatnosti“ nije vezano samo za zatvoreni ili izolovani prostor u kome pojedinac boravi. U jednoj od poslednjih odluka u vezi sa zaštitom privatnog života od neželjenog publiciteta, Sud je potvrdio stav da čovek zadržava pravo na zaštitu privatnosti i na javnom mestu. U slučaju *Fon Hanover protiv Nemačke* iz 2004. godine,⁹⁴ Sud je našao da se standard „opravdanog očekivanja“ Caroline od Monaca, može upotrebiti i u vezi sa zaštitom njene i privatnosti njene dece od

⁹³ Nekoliko meseci ranije, u slučaju *Preti protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (No 2346/02, 29/04/2002), Sud je takođe eksplicitno potvrdio da je pojam lične autonomije važan princip na osnovu kojeg se tumače garancije sadržane u članu 8, kao i da se suština Evropske konvencije sastoji u poštovanju ljudskog dostojanstva i slobode.

⁹⁴ No. 59320/00, 24/06/2004.

upada paparaca, odnosno tzv. „žute štampe“ u njihov privatni život, čak i u slučaju kad se oni nalaze u bašti restorana, na pijaci, na jahanju, u vožnji kanuom, prilikom izlaska iz stana i sl.

Sud konstatuje da se u konkretnom slučaju radilo o tome da su tabloidi objavili fotografije koje su sadržavale veoma lične, pa čak i intimne informacije o podnosiocu predstavke, te da se ova vrsta fotografija često snima u uslovima kontinuiranog uznemiravanja jednog lica od strane paparaca. Po oceni Suda, to samo po sebi dovodi do snažnog osećaja povređenosti privatnog života. U vezi sa tim, Sud upozorava na fundamentalni značaj zaštite privatnog života za razvoj ličnosti pojedinca i zaključuje da svaki čovek, uključujući i ono lice koje je poznato javnosti, zadržava legitimno očekivanje da će njegov privatni život biti zaštićen.

Po oceni Suda, koncept privatnog života uključuje u sebe takođe fizički i psihički integritet pojedinca. U tom smislu, garancija člana 8. ima za cilj obezbeđivanje razvoja ličnosti pojedinca u odnosu prema drugim ljudima bez ometanja, te zbog toga „zona interakcije sa drugima“, čak i na javnom mestu, spada u okvir zaštićenog privatnog života.

Očekivanje privatnosti pojedinca koji se ne svrstava u kategoriju „javne ličnosti“, po stavu Suda još je snažnije izraženo. Nepunu godinu dana nakon slučaja *Fon Hanover*, Sud u slučaju *Šaka protiv Italije*,⁹⁵ priznaje da pravo na lik ulazi u oblast privatnosti zaštićene članom 8. i ponavlja da postoji određena „zona interakcije pojedinca sa drugim ljudima, čak i u javnosti“, koja se može podvesti pod privatni život, te da je ova zona uvećana ako se radi o nejavnim ličnostima, odnosno „običnim građanima“.

U slučaju *Pek protiv Ujedinjenog Kraljevstva*,⁹⁶ Sud je našao da objavljivanje fotografije snimljene sistemom za video nadzor ulica, može da predstavlja neopravdani upad u sferu privatnosti. U konkretnom slučaju radilo se o licu koje je u trenutku nervnog rastrojstva izašlo usred noći na ulicu u nameri da presecanjem vena izvrši samoubistvo. Ono je snimljeno CCTV kamerama, a zatim su ove fotografije na kojima je prikazano sa nožem u ruci javno objavljene, čime je po oceni Suda izvršena neopravdana povreda njegove privatnosti.

Osim toga, prema oceni Suda, pravo na zaštitu privatnog života uživa i lice koje se nalazi u svojoj kancelariji ili drugom poslovnom prostoru.

⁹⁵ No 50744/99, 11/01/2005.

⁹⁶ No 44647/98, 28/01/2003.

Tako, Sud je obezbedio zaštitu na temelju člana 8. ne samo za lice koje je protivpravno prisluškivano od strane policije u svojoj privatnoj garaži,⁹⁷ već i za policijskog oficira čiji je službeni telefon u kancelariji prisluškivan od strane njegovih kolega policajaca.⁹⁸

b) Pravo na poštovanje prepiske

Sloboda od neovlašćenog prisluškivanja takođe je jedna od klasičnih tema zaštite prava na poštovanje prepiske. Prema shvatanju Evropskog suda, pravo na poštovanje prepiske odnosi se jednako na pisma i druge pošiljke, kao i na telefonske razgovore⁹⁹ i komunikaciju putem telegrafa.¹⁰⁰ Sa druge strane, pravo na poštovanje prepiske odnosi se na privatnu, ali i na profesionalnu, odnosno poslovnu komunikaciju.¹⁰¹

Načelno, Sud je u svojim odlukama obezbeđivao zaštitu protiv neovlašćenog prisluškivanja, odnosno presretanja komunikacije i otkrivanja njenog sadržaja.¹⁰² Međutim, po shvatanju Suda, zaštita na temelju člana 8. ne ograničava se samo na sadržaj komunikacije, već obuhvata i registar poziva, odnosno podatke o brojevima telefona koji su presretani.¹⁰³

Najzad, o povredi prava na poštovanje prepiske Sud je govorio i u onim slučajevima u kojima se radilo o prostoj zabrani komunikacije. Većina ovih slučajeva odnosila se na položaj lica na odsluženju kazne zatvora. Još u slučaju *Golder protiv Ujedinjenog Kraljevstva* iz 1975. godine,¹⁰⁴ Sud je našao da sprečavanje zatvorenika da putem pisama komunicira sa

⁹⁷ *Hjuitson protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 50015/99, 27/05/2003.

⁹⁸ *Halford protiv Ujedinjenog kraljevstva*, No 20605/92, 25/06/1997.

⁹⁹ *Klas i drugi protiv Nemačke*, No 5029/71, 06/09/1978 („telefonski razgovor pokriven je pojmovima privatnog života i prepiske“), *Margareta i Rodžer Anderson protiv Švedske*, No 12963/87, 25/02/1992 („telefonski razgovor između članova porodice pokriven je pojmovima porodičnog života i prepiske“).

¹⁰⁰ *Gucardi protiv Italije*, No 7367/76, 06/11/1980.

¹⁰¹ *Mijalje protiv Francuske*, No 12661/87, 25/02/1993.

¹⁰² *Tejlor-Sabori protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 47114/99, 22/10/2002. O posebnim pravilima koja država mora poštovati da ne bi bila odgovorna zbog povrede člana 8. Konvencije, v. *Kruslin protiv Francuske*, No 11801/85, 24/04/1990 i *Huvig protiv Francuske*, No 11105/84, 24/04/1990.

¹⁰³ *Valensuela Kontreras protiv Španije*, No 27671/95, 30/07/1998.

¹⁰⁴ No 4451/70, 21/02/1975.

svojim advokatom u cilju obezbeđivanja pravne pomoći, predstavlja povredu prava na poštovanje prepiske.¹⁰⁵

U slučaju *Kotlet protiv Rumunije*,¹⁰⁶ Sud je našao da su zatvorske vlasti čak na tri načina povredile garancije iz člana 8. Konvencije. Prvo, time što su više meseci odlagale slanje pisama podnosioca predstavke koje je on upućivao između ostalog i samom Evropskom sudu i Evropskoj komisiji za ljudska prava. Drugo, na taj način što su otvarale pismene pošiljke podnosioca predstavke i čitale njihov sadržaj. Najzad, prema shvatanju Suda, zatvorske vlasti su na osoben način izvršile povredu prava na poštovanje prepiske uskraćivanjem podnosiocu predstavke pribora za pisanje, odnosno time što mu nisu obezbedile koverta sa poštanskim markicama za slanje pisama.

c) Proširivanje zaštite na osnovu prava na privatni život

Međutim, osim zaštite ovih klasičnih aspekata privatnosti, u polje primene člana 8. Konvencije ulazi i oblast zaštite podataka o ličnosti, i to bez obzira na to da li su ovi podaci objavljeni, odnosno učinjeni javnim. Iako u tekstu Konvencije nema reči o zaštiti ličnih podataka, još u slučaju *Gaskin protiv Ujedinjenog Kraljevstva* iz 1989. godine,¹⁰⁷ Sud je našao da se garancije prava na privatni život vezuju i za pojedinca koji traži pristup podacima vezanim za svoj privatni ili porodičan život. Ovaj stav Suda naknadno je eksplicitno proširen i na posebne kategorije ličnih podataka, kao što su medicinski podaci o ličnosti.¹⁰⁸

¹⁰⁵ V. takođe slučaj *Šunenberger i Durmaz protiv Švajcarske* (No 11368/85, 20/06/1988), o povredi prava na poštovanje prepiske u slučaju kad je javni tužilac svesno zadržao pismo advokata upućno licu koje je lišeno slobode i protiv koga se vodio krivični postupak. O povredi prava na poštovanje prepiske lica protiv koga se vodi postupak utvrđivanja krivične odgovornosti i to na temelju pravila o automatskom otvaranju svih njegovih pisama, bez obzira na to kome se obraća, v. u slučaju *Klamecki protiv Poljske*, br. 2 (No 31583/96, 03/04/2003).

¹⁰⁶ No 38565/97, 03/06/2003.

¹⁰⁷ No 10454/83, 07/07/1989. Odluka Suda u ovom slučaju bila je, između ostalog, utemeljena na slučaju *Leander protiv Švedske*, (No 9248/81, 26/03/1987), u kome je rečeno da obrada podataka o ličnosti od strane službi bezbednosti predstavlja upad u sferu privatnog života pojedinca.

¹⁰⁸ *Z. Protiv Finske*, No 22009/93, 25/02/1997, i *M. S. protiv Švedske*, No 20837/92, 27/08/1997. V. takođe i skorašnji slučaj *Roš protiv Ujedinjenog Kraljevstva*

Osim u vezi sa podacima o ličnosti, Sud je u primeni člana 8. obezbedio zaštitu još jednom pravu koje se ne pominje u tekstu Konvencije, a to je pravo na lično ime. Radi se o atributu ličnosti svakog čoveka pomoću koga se on identifikuje unutar porodice i zajednice u kojoj živi, te stoga, po mišljenju Suda, lično ime predstavlja zaštićeni deo privatnog života. Tako se u slučaju *Stjerna protiv Finske* kaže:

„[Č]lan 8. ne sadrži eksplicitno upućivanje na ime. Međutim, pošto ono predstavlja sredstvo lične identifikacije i vezu sa porodicom, ime pojedinca tiče se njegovog privatnog i porodičnog života. Činjenica da javni interes može biti angažovan u regulisanju upotrebe imena, nije dovoljan razloga za izmeštanje pitanja o ličnom imenu iz domašaja privatnog i porodičnog života, koji je već konstruisan tako da obuhvata, do određene mere, pravo na uspostavljanje odnosa sa drugima“.¹⁰⁹

Slično tome, u slučaju *Gijo protiv Francuske*,¹¹⁰ Sud nalazi da je odluka roditelja o tome koje ime će dati svom detetu, lična odluka u stvarima koje za njih imaju emotivan značaj, te zbog toga spada u njihovu privatnu sferu, a time i u okvir člana 8. Konvencije.

Najzad, ime je posmatrano kao atribut ličnosti koji odlučujuće doprinosi izgradnji polnog identiteta pojedinca. Tako je Sud u slučaju *Kristina Gudvin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*,¹¹¹ stao na stanovište da je država dužna da transseksualcima nakon fizičke promene pola omogućiti i promenu pojedinih elemenata njihovog polnog identiteta, uključujući i ime i oznaku pola u matičnim knjigama i drugim ličnim dokumentima. Na taj način, Sud je u potpunosti izmenio svoj raniji restriktivan stav u pogledu prava transseksualaca u Ujedinjenom Kraljevstvu.¹¹²

(No 32555/96, 19/10/2005), u kome je Sud našao da odbijanje vojnih organa da podnosiocu predstavke stave na raspolaganje dokumentaciju u vezi sa oboljenjima koje je dobio nakon učešća u testiranju nervnog gasa, predstavlja povredu prava na poštovanje privatnog života.

¹⁰⁹ No 18131/91, 25/11/1994.

¹¹⁰ No 22500/93, 24/10/1996. V. takođe i odluku Suda u slučaju *Burgharc protiv Švajcarske*, No 16213/90, 22/02/1994 (o zabrani suprugu da koristi prezime svoje supruge), kao i *Unal Tekeli protiv Turske*, No 29865/96, 16/11/2004 (o pravu supruge da zadrži svoje devojačko prezime).

¹¹¹ No 28957/95, 11/07/2002.

¹¹² U ranijim odlukama u sličnim slučajevima, Sud nije obavezivao Ujedinjeno Kraljevstvo na udovoljavanje zahtevima transseksualaca u vezi sa njihovim novim identitetom. V. tako *Ris protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 9532/81, 17/10/1986 (u vezi

Polazeći od pretpostavke da Evropska konvencija sadrži mehanizme za zaštitu ljudskih prava koji se primenjuju u uslovim društvenih promena, da njene garancije moraju da budu po svom karakteru praktične i efektivne, a ne teoretske i iluzorne, te da se svaki konkretan slučaj mora razmatrati „u svetlu trenutnih okolnosti“, Sud je našao da se na početku XXI veka u Evropi drugačije gleda na pravni položaj transseksualaca.

Po oceni Suda, u ovom slučaju radi se o tome da je jedno lice nakon promene pola postalo žena, ali da je pravni sistem i dalje tretira kao muškarca, što rađa sukob između njenog novog statusa i pojedinih aspekata njenog ličnog identiteta. Ovaj sukob između sveta realnosti i sveta prava, smešta transseksualce u anomalnu poziciju u kojoj oni razvijaju osećaj sopstvene ugroženosti i poniženosti. Zbog toga, kaže Sud, neophodno je da država koja priznaje pojedincima pravo na promenu pola putem hirurške intervencije, takođe prizna i sve pravne posledice ove fizičke promene pola.

Sušтина Konvencije, nastavlja Sud, ogleda se u poštovanju ljudskog dostojanstva i slobode. Pojam lične autonomije predstavlja temeljni princip tumačenja garancija sadržanih u članu 8, u skladu sa kojim se obezbeđuje zaštita privatne sfere života pojedinca, uključujući i pravo na stvaranje pojedinih elemenata ličnog identiteta, navodi Sud.

U novom veku prava transseksualaca na razvoj sopstvene ličnosti i na fizičku i psihičku bezbednost koju uživaju i drugi članovi društvene zajednice, ne mogu biti sporna, te država ima obavezu da izmeni svoj pravni sistem u meri u kojoj je to neophodno potrebno u cilju omogućavanja transseksualcima da uživaju svoja prava u različitim oblastima pravnog regulisanja, kao što su vođenje matičnih knjiga, porodično pravo, zapošljavanje i radni odnosi, socijalna zaštita i penzioni sistem, krivično pravo, uključujući i pravo izvršenja krivičnih sankcija i sl. Samo na taj način će se ovoj grupi ljudi omogućiti da žive svoj život na dostojanstven način u skladu sa polnim identitetom koji su sami odabrali, zaključuje Sud.

sa odbijanjem zahteva za promenom ženskog u muško ime u matičnim knjigama rođenih nakon promene pola), kao i *Kosi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 10843/84, 27/09/1990 (u vezi sa odbijanjem zahteva za promenom muškog u žensko ime u matičnim knjigama). Međutim, Sud je već 1992. godine počeo da menja svoje shvatanje o pravima ove kategorije lica. Tako je oslanjajući se na razliku između pravnog sistema Ujedinjenog Kraljevstva i Francuske, Sud u slučaju *B v. Francuske* (No. 13343/87, 25/03/1992), zauzeo stav da odbijanje priznavanja novog ženskog imena osobi koja je rođena kao muškarac, predstavlja povredu člana 8. Konvencije.

Međutim, presuda Suda u ovom slučaju ne ograničava se samo na razmatranje prava transseksualaca garantovanih članom 8, već obuhvata i povezana prava iz člana 12. Konvencije.¹¹³ Prateći ideju o tome da je u vremenu nakon usvajanja Konvencije došlo do značajnih društvenih promena, uključujući i one koje su vezane za brak, kao i do dramatičnog napretka u razvoja medicine i tehnologije, posebno u oblasti promene pola, Sud konstatuje da više nije moguće ostati na restriktivnim pozicijama zabrane transseksualcu da zaključi brak sa osobom koja ima suprotan pol od onog koji je to lice steklo nakon medicinske intervencije.

Upućujući na reči člana 12, Sud nalazi da pravo na brak nije nužno povezano sa pravom na stvaranje porodice, te da parovi koji ne mogu ili ne žele da dobiju decu i dalje zadržavaju pravo da uđu u bračnu zajednicu. Takođe, reči člana 12. koje se odnose na muškarca i ženu, po mišljenju Suda, ne podrazumevaju samo njihov biološki stečen pol. Bilo bi neopravdano tvrditi da transseksualac zadržava po članu 12. pravo da zaključi brak sa osobom sa kojom nakon medicinske intervencije deli isti pol, a da mu se ovo pravo uskraćuje ako se radi o osobi njemu suprotnog pola. Podnosilac predstave u ovom slučaju, kaže Sud, je osoba koja živi kao žena, koja je u zajednici sa muškarcem i koja želi da se uda za njega, te stoga država ima obavezu da joj omogući da uživa pravo na brak garantovano Evropskom konvencijom.¹¹⁴

d) Odnosi sa drugima

Odnosi transseksualaca sa drugima predstavljaju samo jednu u nizu tema o odnosima između pojedinaca kojima se Evropski sud bavio na temelju člana 8. Konvencije. Tako, u slučaju *Dadžon protiv Ujedinjenog*

¹¹³ Član 12. glasi: „Muškarci i žene odgovarajućeg uzrasta imaju pravo da stupaju u brak i zasnivaju porodicu u skladu sa unutrašnjim zakonima koji uređuju vršenje ovog prava.“

¹¹⁴ U vezi sa pravima transseksualaca na promenu pola, Sud je u slučaju *Van Kik protiv Nemačke* (No 35968/97, 12/06/2003), razmatrao pitanje medicinske neophodnosti promene pola i daljeg hormonskog lečenja, a u vezi sa obavezom fondova zdravstvenog osiguranja da snose troškove ove medicinske intervencije, te je našao da nije opravdano od lica tražiti da „u jednoj od najintimnijih sfera privatnog život“, dokazuje svoju rodnu orijentaciju, zatim to da je ona prouzrokovala neophodnost promene pola i primene hormonske terapije, pa čak i „istinsku prirodu“ svoje transseksualnosti, iako je poznato da njena priroda i uzroci nisu još učinjeni naučno izvesnim.

Kraljevstva,¹¹⁵ Sud je raspravljao o slučaju koji je gotovo identičan sa slučajem *Lawrence* iz prakse američkog Vrhovnog suda.¹¹⁶ Naime, radilo se o tome da je policija uz uredan nalog za pretres, ušla u stan podnosioca predstavke u cilju pronalaženja droge. Prilikom pretresa nađen je pisani materijal, uključujući i lične dnevničke beleške ovog lica, koji je direktno upućivao na to da on održava homoseksualne odnose. Pošto su u to vreme homoseksualni odnosi bili inkriminirani kao krivično delo, od podnosioca predstavke je traženo da ode u policijsku stanicu u kojoj je potom ispitivan o svom seksualnom životu.

Sud je stao na stanovište da zakonska zabrana homoseksualnih odnosa predstavlja povredu prava na poštovanje privatnog života, koji uključuje i seksualni život pojedinca. Ova inkriminacija stavlja svako lice homoseksualne orijentacije u poziciju da izabere da li će poštovati zakon i odreći se svog seksualnog života, čak i u privatnosti i sa licem koje dobrovoljno želi da stupi sa njim u seksualni odnos, ili će prekršiti zakon i time sebe izložiti krivičnoj odgovornosti. Dakle, kaže Sud, samo postojanje inkriminacije homoseksualnih odnosa po sebi predstavlja kontinuirano i direktno mešanje u privatni život pojedinaca.

Ovim slučajem započeta je čitava serija odluka koje su se odnosile na prava homoseksualaca. U slučaju *Modinos protiv Kipra*,¹¹⁷ Sud je ponovio da sama inkriminacija homoseksualnih odnosa u krivičnom zakonu predstavlja povredu člana 8. Konvencije. U slučaju *A. D. i T. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*,¹¹⁸ Sud je stao na stanovište da u zaštićenu sferu privatnog života ulazi i održavanje homoseksualnih odnosa više lica u privatnosti kuće, te da njihov krivični progon ne može biti opravdan sa stanovišta člana 8. Takođe, Sud je u nekolici slučajeva našao da je član 8. povređen inkriminacijom održavanja homoseksualnih odnosa između punoletnog lica i starijeg maloletnika.¹¹⁹

¹¹⁵ No 7525/76, 22/10/1981.

¹¹⁶ Vrhovni sud SAD se u obrazloženju svoje odluke u slučaju *Lawrence* iz 2003. godine, čak izričito pozvao na stav Evropskog suda izražen u slučaju *Dadžon*.

¹¹⁷ No 15070/89, 22/04/1993.

¹¹⁸ No 35765/97, 31/07/2000.

¹¹⁹ V. tako *H. G. i G. B. protiv Austrije*, No 11084/02; 15306/02, 02/06/2005, *Vodička i Vilfling protiv Austrije*, No 69756/01; 6306/02, 21/10/2004, *B. B. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 53760/00, 10/02/2004, *L. i V. protiv Austrije*, No 39392/98; 39829/98, 09/01/2003, *Volfmajer protiv Austrije*, No 5263/03, 26/05/2003.

U slučaju *Karner protiv Austrije*,¹²⁰ Sud je izneo stav da homoseksualni partner ima pravo da nasledi svog preminulog partnera sa kojim je živeo u dugogodišnjoj vezi. U slučaju *Salgueiro da Silva Mota protiv Portugala*, Sud je ocenio da sudsko lišavanje podnosioca predstavke roditeljskog prava, isključivo na osnovu činjenice da je on homoseksualac, predstavlja povredu prava na poštovanje privatnog života.¹²¹

Najzad, u slučaju *Smit i Grejdi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*,¹²² Sud je zauzeo stav da ispitivanje zaposlenih o njihovoj seksualnoj orijentaciji od strane poslodavca, kao i otkaz ugovora o radu isključivo zbog toga što se radi o licu homoseksualne, odnosno lezbejske orijentacije, i to bez obzira na okolnost da se radi o pripadnicima oružanih snaga, predstavlja grubu povredu njihovog privatnog života.

U tom smislu i načelno, Sud je pod okrilje člana 8. svrstao i druge odnose u profesionalnoj delatnosti, odnosno radnoj sredini. Tako je u slučaju *Njemec protiv Nemačke*,¹²³ Sud potvrdio da se zaštita privatnog života ne ograničava na život u koji drugi nemaju pristup, „unutrašnji krug“ u okviru koga pojedinac može da živi svoj život van spolnog sveta na način na koji sam to odluči, već da obuhvata i izgradnju i razvoj odnosa sa drugim ljudima. Ovo šire shvatanje privatnog života podrazumeva i profesionalne i poslovne aktivnosti, jer je sasvim prirodno da ljudi imaju priliku da razviju svoje odnose sa drugima na radnom mestu ili uopšte u vezi sa radom.

Sud je imao prilike da ponovi ovo svoje shvatanje privatnog života i u slučaju *Sidabras i Džiautas protiv Litvanije*,¹²⁴ u kome se odlučivalo o predstavi bivših službenika KGB, sovjetske tajne službe, kojima je zbog njihove prošlosti uskraćeno pravo da rade u privatnom sektoru. Povreda

¹²⁰ No 40016/98, 24/07/2003.

¹²¹ No 33290/96, 21/12/1999. Međutim, u slučaju *Frete protiv Francuske* (No 36515/97, 26/02/2002), Sud je priznao da država, na temelju slobodne procene potrebe zaštite najboljeg interesa deteta, zadržava pravo da odbije zahtev za usvojenje na osnovu činjenice da je lice koje je podnelo zahtev homoseksualac.

¹²² No 33985/96; 33986/96, 27/09/1999. Ovaj stav Suda potvrđen je i u slučajevima *Lastig-Prein i Beket protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 31417/96; 32377/96, 27/09/1999 i *Bek, Kop i Bejzli protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 48535/99; 48536/99; 48537/99, 22/10/2002.

¹²³ No 13710/88, 16/12/1992.

¹²⁴ No 55480/00; 59330/00, 27/07/2004.

prava na rad, garantovana drugim međunarodnim dokumentima, po mišljenju Suda, takođe se odražava i na privatan život.

Podnosiocima predstavke bilo je deset godina onemogućeno da se zaposle u određenim oblastima privatnog sektora. Na taj način, oni su u značajnoj meri osujećeni u razvoju svojih odnosa sa spoljašnjim svetom, a sa druge strane, time im je nametnuto ograničenje mogućnosti da svojim radom zarade za život, što se nužno odražavalo i na njihove mogućnosti uživanja u životu. Uz to, neprestano su zbog svog prošlog života bili izloženi javnom etiketiranju, što je dodatno otežavalo razvoj odnosa sa drugim ljudima. Ove okolnosti, kaže Sud, nisu uticale samo na njihovu reputaciju, već i na uživanje privatnog života zaštićenog članom 8. Konvencije.¹²⁵

Najzad, i traganje za vezom između deteta rođenog van braka i njegovog biološkog oca, takođe je po shvatanju Suda odnos između pojedinaca koji ulazi u okvir privatnog života zaštićenog članom 8. U slučaju *Mikulić protiv Hrvatske*,¹²⁶ Sud je razmatrao zahtev vanbračne devojčice da u postupku utvrđivanja očinstva sazna identitet svog oca, te je zauzeo stav da postoji direktna veza između ovog zahteva i njenog privatnog života.

Pravo na poštovanje privatnog života podrazumeva da svako može da ustanovi pojedine aspekte svog identiteta. Pristup informacijama o tim aspektima značajan je zbog njihove formativne uloge u izgradnji ličnosti čoveka. Zbog toga, zaključuje Sud, nema razloga da se iz pojma privatnog života isključi utvrđivanje pravnog odnosa između vanbračnog deteta i njegovog oca, a zatim izričito kaže:

„Privatan život...uključuje fizički i psihički integritet pojedinca, a može nekada da obuhvati i aspekte njegovog psihičkog i društvenog identiteta. Poštovanje privatnog života takođe pretpostavlja do određene mere pravo na uspostavljanje odnosa sa drugim ljudskim bićima.“

Godinu dana kasnije, Sud je u slučaju *Odievir protiv Francuske*,¹²⁷ ponovo razmatrao pitanje pristupa ličnim podacima vezanim za rođenje lica koje je sa mesec dana dato na usvojenje, pod izričitim uslovom majke da

¹²⁵ V. gotovo identičnu odluku Suda u slučaju *Rainis i Gašparavičius protiv Litvanije*, No 70665/01; 74345/01, 07/04/2005.

¹²⁶ No 53176/99, 07/02/2002.

¹²⁷ No 42326/98, 13/02/2003.

njen identitet zauvek ostane prikriven. Oslanjajući se na odluku donetu u slučaju *Mikulić*, Sud ističe da član 8. štiti pravo na razvoj i zadovoljenje sopstvene ličnosti, te da je pristup podacima o porodičnom poreklu od odlučujućeg značaja za lični identitet svakog pojedinca. Rođenje, a posebno okolnosti u kojima se jedno lice rodilo, deo su privatnog života tog lica.

Čak i za usvojeno dete, pristup podacima o poreklu i omogućavanje istraživanja porodične istorije, jesu pitanja koja se vezuju za ličnu slobodu, i time za dostojanstvo čoveka koje leži u srcu prava garantovanih Konvencijom. Međutim, kaže Sud, ovaj interes deteta mora biti u konkretnom slučaju odmeren u odnosu na interes prirodne majke deteta da prikrije svoj identitet.

Radi se, po shvatanju Suda, o odnosu dve suprotstavljene „slobodne volje“ dva pravna subjekta. Majka deteta u ovom slučaju nikad nije izrazila želju da promeni svoju odluku o napuštanju deteta, niti je izrazila želju da ga vidi, odnosno uspostavi odnos sa njim. U tom smislu, ona ima pravo na ličnu autonomiju u donošenju odluke o tome da detetu ne dozvoli da sazna podatke o njenom identitetu.

e) Fizički i psihički integritet

U vezi sa fizičkim i psihičkim integritetom ličnosti spomenutim u slučaju *Mikulić*, Sud je u brojnim odlukama isticao da se radi o dobrima zaštićenim članom 8. Konvencije. Još 1976. godine, u slučaju *Brigeman i Šojten protiv Nemačke*,¹²⁸ Evropska komisija je zauzela eksplicitan stav da trudnoća, kao i prekid trudnoće predstavljaju deo privatnog, a delom i porodičnog života. Seksualni život pojedinca je takođe deo njegovog privatnog života, a zakonska regulativa u vezi sa prekidom trudnoće, po stavu Komisije predstavlja „intervenciju“ u privatan život.

U slučaju *X i Y protiv Holandije*,¹²⁹ Sud je razmatrao pitanje obaveze države da zaštiti od silovanja devojčicu sa mentalnim invaliditetom, te je zauzeo stav da pojam privatnog života obuhvata i fizički i moralni integritet pojedinca, uključujući i njegov seksualni život. Ovaj stav Sud je

¹²⁸ No 6959/75, 19/05/1976.

¹²⁹ No 8978/80, 26/03/1985.

zauzeo i u svojoj skorašnjoj odluci u slučaju *M. C. protiv Bugarske*,¹³⁰ koji se takođe odnosio na slučaj silovanja.

U odluci Suda se, pre svega, ponavlja da obaveza države da zaštiti konvencijska prava i slobode obuhvata i obavezu sprovođenja mera koje će osigurati da pojedinci ne budu žrtve protivpravnih radnji, uključujući tu i radnje koje su počinjene od strane drugih pojedinaca. Član 8. podrazumeva određene pozitivne obaveze države, a među njima i obavezu zaštite privatnog života pojedinca, posebno od drastičnih akata kao što je silovanje, i to putem efikasnih mehanizama krivičnogprave zaštite.

Osim toga, zahtev za kažnjavanjem za krivično delo silovanja upućuje državu na uspostavljanje efikasnog postupka istrage i utvrđivanja krivične odgovornosti za ovo delo. Oslanjajući se na analizu uporednog zakonodavstva i izgrađenih međunarodnih standarda u ovoj oblasti, Sud posebno ističe da bi rigidan pristup utvrđivanju krivične odgovornosti za silovanje, na primer na temelju pravila o nužnosti dokazivanja fizičkog otpora žrtve u svakom pojedinačnom slučaju, u praksi doveo do toga da se ne može obezbediti efikasna zaštita seksualnoj autonomiji pojedinca. Pozitivna obaveza države, zaključuje Sud, odnosi se zbog toga na inkriminaciju i efikasno procesuiranje svakog nedobrovoljnog seksualnog čina, uključujući i onaj u kome se žrtva nije fizički branila.

Na sličan način Sud je obrazložio svoju odluku i u slučaju *Sandra Janković protiv Hrvatske*.¹³¹ U ovom slučaju radilo se o fizičkom napadu na samohranu majku od strane više napadača u zgradi u kojoj je ona živela. U postupku je utvrđeno da su je napadači napali u trenutku kad je nameravala da uđe u stan, da su je čupali za kosu, udarali, pljuvali i vređali, a zatim je gurnuli niz stepenice, zbog čega je zadobila fizičke povrede.

Po mišljenju Suda, ovim radnjama napadači su povredili fizički i moralni integritet podnosioca predstavke, te se zbog toga radi o povredi prava na poštovanje privatnog života garantovanog članom 8. Konvencije. Koncept privatnog života, kaže Sud, obuhvata i sferu odnosa između pojedinaca. Država dakle, ima pozitivnu obavezu zaštite pojedinca, a posebno njegovog fizičkog i psihičkog, odnosno moralnog integriteta, od fizičkog napada drugih ljudi.

¹³⁰ No 39272/98, 04/12/2003.

¹³¹ No 38478/05, 05/03/2009.

U skorašnjoj odluci Suda u slučaju *Štork protiv Nemačke*,¹³² eksplisito se potvrđuje da čak i mala povreda fizičkog integriteta pojedinca, učinjena protivno njegovoj volji, predstavlja povredu prava na poštovanje privatnog života. U slučaju *Y. F. protiv Turske*,¹³³ Sud je razmatrao pitanje prisilnog ginekološkog pregleda na osnovu zahteva policije, te je istakao stav da telo pojedinca čini najintimniji aspekt njegovog privatnog života. Zbog toga prisilna medicinska intervencija, čak i mala, predstavlja povredu prava na poštovanje privatnog života.

U slučaju *Jaloh protiv Nemačke*,¹³⁴ Sud je raspravljao o dopuštenosti prisilnog izazivanja povraćanja kod podnosioca predstavke u cilju dobijanja dokaza o učinjenom krivičnom delu. Naime, policajci su u trenutku hapšenja osumnjičenog za uličnu prodaju droge, primetili da je on progutao plastičnu vrećicu. Smatrajući da je time pokušao da prikrije dokaze o učinjenom delu, policija ga je na osnovu odluke tužilaštva odvela u bolnicu u kojoj mu je lekar na silu ugurao u stomak cevčicu, kroz koju mu je zatim ubrizgao sredstvo za izazivanje povraćanja. Osumnjičeni je ubrzo nakon toga povratio plastičnu vrećicu u kojoj je otkriveno oko 0.2 grama kokaina.

U istražnom postupku, optuženi je tvrdio da zbog prisilne medicinske intervencije više nedelja nije mogao da jede čvrstu hranu, te da mu je nos krvario. Sud je zauzeo stav da načelno gledano, Konvencija ne sprečava policiju i druge organe vlasti da u toku istrage naredе prisilnu medicinsku intervenciju na licu prema kome se sprovodi postupak. Međutim, svaki akt povrede njegovog fizičkog integriteta u cilju obezbeđivanja dokaza, mora biti izveden sa posebnom pažnjom, a naročito u pogledu neophodnosti pristupanja medicinskoj intervenciji, rizika po trenutno zdravlje ovog lica i daljih zdravstvenih posledica, načina na koji se medicinska intervencija vrši, kao i fizičkog i psihičkog bola koji on podnosi u toku intervencije, nivoa medicinskog nadzora nad njenim sprovođenjem i sl.

Po shvatanju Suda, način obezbeđivanja dokaza u konkretnom slučaju, posebno u pogledu stepena upotrebljene prisile, razlikuje se od uobičajenih istražnih metoda kod kojih se zahteva od lica da pasivno trpe narušavanje svog fizičkog integriteta, na primer u slučaju uzimanja uzor-

¹³² No 61603/00, 16/06/2005. V. slično razmišljanje Evropske komisije u slučaju *A. B. v. Switzerland*, No 20872/92, 22/02/1995.

¹³³ No 24209/94, 22/07/2003.

¹³⁴ No 54810/00, 11/07/2006.

ka krvi, vlasi ili kože, ili pak da aktivno učestvuju u prikupljanju uzorka urina, daha, glasa i sl. Nasuprot ovim dopuštenim metodama, koje po pravilu ne dovode do poremećaja normalnog funkcionisanja organizma, u konkretnom slučaju je putem prisilne medicinske intervencije izazvana patološka reakcija organizma, sa značajnim rizikom po zdravlje podnosioca predstavke.

Analizirajući uporedne pravne standarde i pozivajući se na praksu rada policije u brojnim evropskim zemljama koji u sličnim slučajevima ne koriste tehniku izazivanja povraćanja putem prisilne medicinske intervencije, već čekaju da optuženi sam izbací iz svog tela plastične i druge sadržaje, ali i na slučaj *Rochin* iz prakse američkog Vrhovnog suda, Evropski sud je zaključio da je država povredila garancije prava na privatan život iz člana 8. Konvencije.

U nizu slučajeva Sud je raspravljao i o tome da li prekomerna buka ili druge aktivnosti u prirodnoj sredini, predstavljaju povrede fizičkog i psihičkog integriteta ličnosti. Odlučujući o tome da li buka sa aerodroma predstavlja za ljude koji žive u okolini povredu člana 8, Sud je u slučaju *Heton i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*,¹³⁵ rekao da u Konvenciji nema eksplicitne garancije čiste i mirne prirodne sredine, ali da i pored toga može da se postavi pitanje povrede člana 8. ako je život pojedinca direktno i ozbiljno ugrožen stvaranjem buke ili drugim zagađenjem.

U slučaju *Lopes Ostra protiv Španije*,¹³⁶ Sud je utvrdio da je lokalna fabrika preko tri godine zagađivala okolinu gasovima, te da je ovo zagađenje uticalo na pogoršanje zdravstvenog stanja stanovništva, zbog čega je porodica podnosioca predstavke morala da se iseli sa tog područja. Po stavu Suda, ozbiljno zagađenje prirodne sredine može da utiče na dobra pojedinaca, uključujući i uživanje doma na način koji dovodi do povrede privatnog i porodičnog života, čak i bez ugrožavanja njihovog zdravlja. Propuštanje države u ovom slučaju da zaštiti stanovništvo od zagađenja koje je dolazilo iz fabrike, kvalifikovano je stoga kao povreda člana 8. Konvencije.¹³⁷

¹³⁵ No 36022/97, 07/08/2003. O istom pitanju Sud je odlučivao i u slučaju *Pauel i Rejner protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 9310/81, 21/02/1990.

¹³⁶ No 16798/90, 09/12/1994.

¹³⁷ Ovaj stav Sud je potvrdio i četiri godine kasnije u slučaju *Gvera i ostali protiv Italije* (No 14967/89, 19/02/1998), u kome je našao da je država povredila garancije prava na privatan život time što nije informisalo lokalno stanovništvo o načinu po-

Najzad, Sud se upustio i u meritorno raspravljanje ultimativnog pitanja o životu pojedinca, a naime, da li se zakonska zabrana pomaganja drugome da umre kosi sa garancijom privatnog života. U slučaju *Preti protiv Ujedinjenog Kraljevstva*,¹³⁸ radilo se o ženi oboleloj od teške i neizlečive bolesti nervnog sistema, koja je prouzrokovala rapidno slabljenje mišića, što je dalje izazvalo paralizu njenog tela, a zatim joj značajno otežalo disanje i uzimanje hrane. Uz sve ove simptome, njen mentalni i kognitivni kapacitet bio je potpuno očuvan.

U poslednjoj fazi razvoja oboljenja, a u cilju okončanja velikih duševnih patnji i osećaja poniženosti, ona je izrazila želju da samostalno odluči o tome kako će i kad umreti. Iako samoubistvo po engleskom pravu ne predstavlja krivično delo, zbog svog zdravstvenog stanja ona nije mogla samostalno da izvrši ovaj akt, te je bilo potrebno da joj drugi u tome pomogne. Na zahtev advokata da se odobri njenom suprugu da joj pomogne da umre, engleski sudovi odgovorili su negativno.

Analizirajući pravni položaj podnosioca predstavke, Evropski sud je pošao od stava da je autonomija pojedinca važan princip na temelju kojeg se tumače garancije sadržane u članu 8. U skladu sa tim, kaže Sud, pravo pojedinca da vodi svoj život u skladu sa sopstvenim odlukama, odnosi se i na one aktivnosti koje se mogu označiti kao fizički ili moralno štetne ili opasne po tog pojedinca.

Sud je zatim razmatrao situaciju u kojoj jedno lice odbija medicinski tretman. Nametanje medicinskog tretmana punoletnom licu sa očuvanim mentalnim kapacitetom, čak i ako je tretman neophodan za očuvanje njegovih životnih funkcija, predstavljalo bi povredu fizičkog integriteta ovog lica garantovanog članom 8. Konvencije. U sličnoj poziciji je, po mišljenju Suda, i podnosilac predstavke. Njene patnje i poniženje koje trpi usled napredovanja oboljenja, sve su veće, zbog čega ona zahteva da joj se omogući da to stanje okonča.

Način na koji ona želi da umre jeste odluka živog ljudskog bića i ona stoga ima pravo da zahteva da se ova odluka poštuje. Suština Evropske konvencije, nalazi Sud, sastoji se u poštovanju slobode i dostojanstva pojedinca. Bez namere osporavanja svetosti ljudskog života zaštićenog

stupanja u slučaju zagađenja okoline prouzrokovanim radom lokalne fabrike hemijskih proizvoda. V. takođe i *Kirtatos protiv Grčke*, No 41666/98, 22/05/2003.

¹³⁸ No 2346/02, 29/04/2002.

članom 2. Konvencije, Sud smatra da je upravo taj kvalitet slobodnog i dostojanstvenog života, ona vrednost koju štiti član 8.

U eri napretka tehnologije i medicine, ljudi su sve više zabrinuti zbog mogućnosti produžavanja čovekovog života u okolnostima teških oboljenja i u situacijama kad stanje u kome se čovek nalazi više ne odgovara izgrađenim idejama o sopstvenoj ličnosti i identitetu. Ako se konkretan slučaj posmatra iz perspektive „principa lične autonomije u pogledu donošenja odluka o sopstvenom telu“, Sud kaže da se ne može zaključiti da odbijanje zahteva podnosioca predstavke ne predstavlja povredu prava na poštovanje njenog privatnog života.¹³⁹

f) Porodičan život

Pravo na poštovanje porodičnog života iz člana 8. Konvencije, dopunjuje pravne garancije zaključenja braka i zasnivanja porodice iz člana 12. ovog dokumenta. Evropski sud je kroz veoma bogatu praksu primene člana 8, razvio osobeno tumačenje pojma porodični život i to u dva posebna segmenta: sa jedne strane, u odnosu između bračnih i vanbračnih partnera, a sa druge, u odnosu između roditelja i dece, odnosno između drugih lica koja čine porodicu ili se nalaze u porodičnim vezama.

U slučaju *Kigen protiv Irske*,¹⁴⁰ Sud je potvrdio da pojam porodičnog života ne obuhvata samo lica koja žive u braku, već i ostale *de facto* porodične veze u kojima partneri žive zajedno van braka. Međutim, Sud je pod pojam porodičnog života svrstao i vezu u kojoj nema vanbračnog zajedničkog života. U slučaju *Kron protiv Holandije*,¹⁴¹ radilo se o podnosiocima predstavke koji nisu živeli zajedno, ali su iz svog odnosa u toku godina izrodili čak četvoro dece.

Sud je u ovom slučaju zauzeo stav da po pravilu porodičan život vanbračnih partnera pretpostavlja zajednicu života van braka, ali da izuzetno od ovog pravila postoje situacije u kojima druge okolnosti slučaja, kao što

¹³⁹ Međutim, svestan značaja svojih odluka, a posebno u pogledu budućih slučajeva, što je eksplicitno pomenuto na kraju obrazloženja odluke, Sud ipak nije bio spreman da u ovom konkretnom slučaju zakonsko ograničenje prava podnosioca predstavke kvalifikuje kao nesrazmerno, a time i nedopušteno.

¹⁴⁰ No 16969/90, 26/05/1994.

¹⁴¹ No 18535/91, 27/10/1994.

je činjenica da su podnosioci predstavke u konkretnom slučaju iz svog odnosa dobili četvero dece, mogu da ukažu na to da je odnos između dvoje ljudi trajan, te da na taj način takođe stvara *de facto* porodične veze.

Osim toga, Sud je eksplicitno priznao postojanje porodičnog života i u situaciji u kojoj je došlo do formalnog sklapanja braka, ali ne i do *de facto* zajedničkog života. U slučaju *Abdulaziz, Kabales i Balkandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*,¹⁴² jednom od ranijih slučajeva koji su se odnosili na povredu člana 8. zbog primene imigracionih propisa, Sud kaže da „šta god drugo izraz porodica može da znači, on mora svakako da obuhvati i odnos koji je nastao iz punopravnog i istinskog braka...čak i ako porodičan život... nije još u celini uspostavljen“.

Najzad, Sud je zauzeo stav da se zaštićena sfera porodičnog života prostire i na vanbračni odnos jednog lica koje se već nalazi u formalnom braku. U slučaju *Džonston i ostali protiv Irske*,¹⁴³ Sud je razmatrao pitanje da li zakonska zabrana razvoda predstavlja povredu članova 8. i 12. Konvencije. Iako se pravne garancije iz ovih članova moraju tumačiti u svetlu novih okolnosti, te iako bračni drugovi na temelju svog privatnog i porodičnog života mogu nekad da budu oslobođeni dužnosti da žive zajedno,¹⁴⁴ pravo na razvod, kaže Sud, ne može se evolutivnim tumačenjem izvesti iz teksta Konvencije.

Međutim, po shvatanju Suda, to ne znači da u konkretnom slučaju podnosilac predstavke, njegova vanbračna partnerka i njihovo zajedničko dete, ne uživaju garancije upisane u član 8. Bez obzira na to što je podnosiocu predstavke zakonom zabranjeno da se razvede, zaključuje Sud, on sa svojom vanbračnom partnerkom živi u zajednici života već petnaest godina, zbog čega njih dvoje, kao i njihovo vanbračno dete, uživaju zaštitu na temelju garancije prava na poštovanje porodičnog života.

Tako, Sud u domen primene prava na poštovanje porodičnog života uvodi ne samo vanbračne drugove, već i njihovu decu. Naravno, odnos roditelja koji žive u braku i njihove dece Sud je uvek smatrao sastavnim delom porodičnog života. Tako je u slučaju *Gul protiv Švajcarske*,¹⁴⁵ eksplicitno rečeno da dete rođeno u braku *ipso iure* čini zajedno sa svojim

¹⁴² No 9214/80; 9473/81; 9474/81, 28/05/1985.

¹⁴³ No 9697/82, 18/12/1986.

¹⁴⁴ V. eksplicitnu potvrdu ove mogućnosti u presudi Suda još u slučaju *Ejrij protiv Irske*, No 6289/73, 09/10 1979.

¹⁴⁵ No 23218/94, 19/02/1996.

roditeljima deo zajedničke porodice. Od samog trenutka detetovog rođenja, uspostavlja se odnos između njega i njegovih roditelja koji dovodi do stvaranja trajnog oblika njihovog porodičnog života.¹⁴⁶ Ili, kao što je Sud rekao jednom drugom prilikom, „uživanje roditelja i deteta u uzajamnom odnosu, stvara temeljni elemenat porodičnog života“.¹⁴⁷

Međutim, gotovo isti pristup Sud je imao i u vezi sa položajem dece rođene van braka. U slučaju *Kigan protiv Irske*,¹⁴⁸ Sud je ponovio da se pojam „porodice“ ne vezuje samo za bračne odnose, već da obuhvata i ostale *de facto* porodične veze u kojima partneri žive u vanbračnoj zajednici. Dete rođeno iz takve veze je takođe *ipso iure* član porodice zajedno sa svojim roditeljima, i to „od trenutka svog rođenja i na osnovu same te činjenice rođenja“.

U konkretnom slučaju, veza između roditelja deteta trajala je dve godine, od čega su jednu godinu živeli zajedno. Začeće deteta bilo je u to vreme rezultat njihove namere da osnuju porodicu, pa su čak planirali i da se venčaju. Zbog toga, zaključuje Sud, između ovog deteta i njegovih roditelja postojala je veza koja je stvorila porodičan život, iako u vreme kad se ono rodilo njegovi roditelji više nisu živeli zajedno, odnosno nisu bili u vezi.¹⁴⁹

Slično tome, Sud je u skorašnjem slučaju *Lebink protiv Holandije*,¹⁵⁰ takođe stao na stanovište da pravo na poštovanje porodičnog života izuzetno obuhvata vezu između oca i njegove vanbračne ćerke čak i u odsustvu zajedničkog života. Tako, po shvatanju Suda, druge okolnosti mogu

¹⁴⁶ Ove reči Sud je preuzeo iz slučaja *Berehab protiv Holandije* (No 10730/84, 21/06/1988), u kome je zauzet stav da porodični život postoji u odnosu oca i ćerke, iako njeni majka i otac više ne žive zajedno. Ove reči su zatim ponovljene u slučaju *Hokanen protiv Finske* (No 19823/92, 23/09/1994), u vezi sa zahtevom oca da mu se omogući neposredan kontakt sa ćerkom, koja je nakon smrti svoje majke nastavila da živi sa svojom babom.

¹⁴⁷ *Olson protiv Švedske*, No 10465/83, 25/02/1988.

¹⁴⁸ No 16969/90, 26/05/1994.

¹⁴⁹ Još u slučaju *Marks protiv Belgije* iz 1979. godine (No 6833/74, 13/06/1979), Sud je govorio o jednakom položaju dece rođene u braku i van njega, te je ustanovio da postojanje različitih pravnih režima vezanih za „zakonitu“ decu rođenu u braku i „nezakonitu“, odnosno vanbračnu decu, na primer u vezi sa pravom nasleđivanja, predstavlja diskriminaciju vanbračne dece, ali i povredu prava na poštovanje njihovog porodičnog života u skladu sa članom 8. Konvencije. Dve godine ranije, Evropska Komisija je u slučaju *X i Y protiv Švajcarske* (No 7289/75; 7349/76, 14/07/1977), potvrdila da odnos između oca i njegove „nezakonite dece“ spada u zaštićenu sferu porodičnog života.

¹⁵⁰ No 45582/99, 01/06/2004.

da upućuju na to da je uspostavljena dovoljno stalna veza koja „stvara porodičan život“, kao što je način održavanja odnosa između roditelja i njegovog vanbračnog deteta, a posebno interes koji on ispoljava prema detetu, odnosno njegova posvećenost detetu.¹⁵¹

Podnosilac predstavke je u konkretnom slučaju zahtevao da mu se prizna pravo da redovno viđa svoju vanbračnu ćerku, a nadležni sud Holandije mu je ovaj zahtev odbio. Ustajući protiv ove odluke, Evropski sud je naveo da je činjenica da podnosilac predstavke nije zahtevao utvrđivanje svog očinstva, niti je ikada živio u zajednici sa svojom ćerkom i njenom majkom, ali takođe i da je ovo dete rođeno iz njegove istinske trogodišnje veze sa majkom deteta koja je prekinuta pre njenog rođenja.

Takođe, podnosilac predstavke, kaže Sud, bio je prisutan u trenutku detetovog rođenja, zatim je u prvih sedam meseci detetovog života bio formalno određen za „pomoćnog“ staraoca svojoj ćerki, a pre konačnog prekida odnosa sa majkom deteta, u vreme kad je ona imala šesnaest meseci, posećivao je svoju ćerku, menjao joj pelene i čuvao je, kao što je i nedvosmisleno izražavao brigu za njen oštećen sluh, što je sve prema odluci Suda bilo dovoljno za zasnivanje veze koja se može kvalifikovati kao porodičan život.

Dakle, zaključuje Sud, prosto krvno srodstvo, bez ostalih pravnih ili faktičkih elemenata koji ukazuju na postojanje bliskih ličnih odnosa, nije obuhvaćeno pojmom porodičnog života. Međutim, u konkretnom slučaju, uz ovo prosto krvno srodstvo postojale su u vreme prekida odnosa sa detetovom majkom određene veze između podnosioca predstavke i njegove vanbračne ćerke, koje su dovele do aktiviranja pravne zaštite prava na poštovanje porodičnog života. Zbog toga Sud smatra da odluka o odbijanju zahteva podnosioca predstavke da viđa svoje vanbračno dete, predstavlja povredu člana 8. Konvencije.

Sa odnosom dece i njihovih prirodnih roditelja, izjednačen je odnos usvojene dece i njihovih usvojlaca. U slučaju *X. protiv Francuske*,¹⁵² Evropska komisija je eksplicitno navela da iako pravo na usvojenje nije izričito garantovano tekstom Konvencije, odnos između usvojioca i usvo-

¹⁵¹ Sud se u obrazloženju ovog svog stava pozvao na slučaj *Nilund protiv Finske* (No 27110/95, 29/06/1999), u kome je rečeno da član 8. ne pruža zaštitu samo onom porodičnom životu koji je već uspostavljen, već i u situacijama kad je to opravdano, obuhvata i vezu koja može da se razvije u porodičan odnos između vanbračnog deteta i njegovog roditelja.

¹⁵² No 9993/82, 05/10/1982.

jenika je po pravilu isti onaj porodični odnos koji je zaštićen članom 8, te odluka državnog organa o odvajanju usvojenog deteta od njegovog usvojioca, predstavlja povredu prava na poštovanje njihovog porodičnog života.¹⁵³

U više navrata, Sud se bavio i pitanjem odnosa roditelja i njihove dece koja su poverena na staranje drugim licima. U slučaju *K. A. protiv Finske*,¹⁵⁴ Sud je potvrdio svoje načelno stanovište u vezi sa ovim pitanjem na sledeći način. Poveravanje deteta na staranje licima koja nisu njegovi roditelji, po pravilu predstavlja samo privremenu meru u cilju zaštite najboljih interesa deteta, čije se izvršenje mora obustaviti čim okolnosti konkretnog slučaja to dozvole. Sprovođenje ove mere trebalo bi da obezbedi mogućnost ponovnog ujedinjenja deteta sa njegovim prirodnim roditeljima. Na nadležnim organima leži obaveza da vode računa o primeni ove mere i mogućnostima ponovnog spajanja članova porodice. Posebnu pažnju trebalo bi posvetiti nesmetanom pristupu roditelja njihovom detetu, jer će mogućnost njihovog ponovnog zajedničkog života po mišljenju Suda, postepeno postajati sve manja, pa čak i nestati, ako im se ne dozvoli da se redovno viđaju.¹⁵⁵

Godinu dana kasnije, Sud je imao prilike da ponovo primeni ova pravila u slučaju *Gorgulu protiv Nemačke*.¹⁵⁶ U ovom slučaju, otac vanbračnog deteta, koje je nakon rođenja dato na staranje u hraniteljsku porodicu bez njegovog znanja i saglasnosti, zahtevao je od nadležnih organa da oduzmu dete hraniocima i da ga povere njemu kao prirodnom roditelju na staranje. Nemački sud je odbio ovaj zahtev, obrazlažući svoju

¹⁵³ Sa druge strane, Sud je u čitavom nizu slučajeva razmatrao, tzv. „proceduralne zahteve“ u vezi sa usvojenjem, odnosno pitanje obezbeđivanja saglasnosti prirodnih roditelja na zahtev za usvojenje njihove dece. V. tako *W. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 9749/82, 08/07/1987 i *P. C. i S. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 56547/00, 16/07/2002.

¹⁵⁴ No 27751/95, 14/01/2003.

¹⁵⁵ V. takođe i slučaj *K. i T. protiv Finske* (No 25702/94, 27/04/2000), u kome Sud upozorava na opasnost od kidanja veze između roditelja i njihovog deteta koje je povereno drugima na staranje, ukoliko im se ne omogući da se redovno viđaju, što bi dalje vodilo povredi njihovog prava na poštovanje porodičnog života. V. tako i *Erikson protiv Švedske*, No 11373/85, 22/06/1989 i *Olson (br. 1) protiv Švedske*, No 10465/83, 24/03/1988. O načinu održavanja odnosa između roditelja i njihove dece poverene na staranje, a u cilju ponovnog spajanja porodice v. *Olson (br. 2) protiv Švedske*, No 13441/87, 27/11/1992, kao i *Injakolo-Zenide protiv Rumunije*, No 31697/96, 25/01/2000.

¹⁵⁶ No 74969/01, 26/02/2004.

odluku potrebom zaštite interesa deteta, posebno u pogledu sprečavanja njegovog odvajanja od hranitelja sa kojima je već izgradio porodične veze. Evropski sud je zauzeo stav da je nemački sud pravilno razumeo teškoće odvajanja deteta od njegovih hranioca, ali da je propustio da sagleda dugoročne efekte potpunog odvajanja deteta od njegovog prirodnog oca koji želi i koji je sposoban da vodi računa o njemu, te da nije uopšte razmatrao mogućnost postepenog uspostavljanja njihovog odnosa, što je dovelo do povrede prava na poštovanje porodičnog života.¹⁵⁷

Najzad, Sud i Komisija su se bavili i drugim aspektima zaštite porodičnog života. Tako je još 1968. godine u slučaju *X. protiv Nemačke*,¹⁵⁸ Komisija stala na stanovište da razvedeni roditelji ne gube porodičnu vezu sa svojom decom nakon razvoda. Takođe je rečeno da porodicu lica koje je nakon razvoda ponovo stupilo u brak, čine zajedno njegova deca iz predašnjeg i potonjeg braka.¹⁵⁹

Pravo na poštovanje porodičnog života bilo je u fokusu pažnje Komisije i Suda u čitavom nizu slučajeva koji su se vezivali za pravo stranaca da uđu u zemlju i žive sa svojim porodicama,¹⁶⁰ kao i za ovlašćenje nadležnih organa da proteraju ili isporuče organima druge zemlje lica koje nema domaće državljanstvo, i na taj način mu onemoguće uživanje prava na porodičan život.¹⁶¹

Sud je takođe u više navrata potvrdio da lica na odsluženju kazne zatvora imaju pravo na poštovanje porodičnog života. U slučaju *Mesina protiv Italije*,¹⁶² Sud je našao da pravila na temelju kojih se omogućava licu na izdržavanju kazne zatvora da prima posete u cilju održavanja kontakta sa članovima svoje porodice, predstavljaju primer poštovanja prava na porodičan život. U slučaju *Klamecki protiv Poljske (br. 2)*,¹⁶³ Sud je

¹⁵⁷ V. takođe i *Hokanen protiv Finske*, No 19823/92, 23/09/1994.

¹⁵⁸ No 2699/65, 01/04/1968.

¹⁵⁹ *X. protiv Nemačke*, No 8604/79, 06/05/1980.

¹⁶⁰ V. tako slučajeve *Kamal protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 8378/78, 14/05/1980, *Abdulaziz, Kabales i Balkandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 9214/80; 9473/81; 9474/81, 28/05/1985, *Ahmut protiv Holandije*, No 21702/93, 28/11/1996 i *Gul protiv Švajcarske*, No 23218/94, 19/02/1996.

¹⁶¹ V. tako čitav niz skorašnjih slučajeva u vezi sa državljanima bivšeg Sovjetskog Saveza, a pre svega *Slivenko protiv Letonije*, No 48321/99, 09/10/2003, *Sisojeva i drugi protiv Letonije*, No 60654/00, 16/06/2005, kao i *Mikolenko protiv Estonije*, No 16944/03, 05/01/2006.

¹⁶² No 25498/94, 28/09/2000.

¹⁶³ No 31583/96, 03/04/2003.

rekao da se suštinski aspekt poštovanja prava na porodičan život lica na odsluženju kazne zatvora, vezuje za odluku zatvorskih vlasti da mu omoguće i pomognu u održavanju kontakta sa članovima svoje porodice.¹⁶⁴

g) Pravo na poštovanje doma

Pravnu zaštitu doma na osnovu člana 8, Evropski sud je u praksi učinio komplementarnom zaštiti prava svojine i drugih imovinskih interesa garantovanih članom 1, Protokola I uz Evropsku konvenciju.¹⁶⁵ Obezbeđivanje efikasne zaštite prava na poštovanje doma, nužno je u praksi Suda pretpostavljalo i oblikovanje autonomnog značenja pojma dom.

U slučaju *Gilou protiv Ujedinjenog Kraljevstva*,¹⁶⁶ Sud je stao na stanovište da administrativni uslovi koji se postavljaju vlasnicima kuće u pogledu njenog korišćenja, mogu dovesti do povrede prava na poštovanje doma. Ovaj zaključak donet je u konkretnom slučaju uprkos činjenici da vlasnici kuće u dužem vremenskom periodu nisu u njoj živeli. Sud je našao da su i pored dugogodišnjeg odsustva, oni ostali vlasnici nepokretnosti, da su nameravali da se u nju vrate, da su ostavili kompletno pokućstvo u kući, te da nisu u toku boravka van zemlje stvorili sebi drugi dom. Po mišljenju Suda, sve ove okolnosti nedvosmisleno ukazuju da se radi o njihovom domu koji uživa zaštitu na osnovu člana 8. Konvencije.¹⁶⁷

¹⁶⁴ U slučaju *Lavents protiv Letonije* (No 58442/00, 28/11/2002), Sud je zauzeo stav da dugi periodi apsolutne zabrane poseta supruge i ćerke bivšem direktoru banke koji se nalazi u zatvoru, od kojih je jedna zabrana trajala čak godinu dana i sedam meseci, predstavljaju povredu njihovog porodičnog života. U slučaju *Ploski protiv Poljske* (No 26761/95, 12/11/2002), Sud je čak stao na stanovište da odbijanje zahteva licu na odsluženju kazne zatvora za privremeni izlazak iz zatvora radi prisustva sahrani njegove majke, predstavlja povredu člana 8. Konvencije.

¹⁶⁵ Član 1. Protokola I sadrži sledeće pravilo: „*Svako fizičko i pravno lice ima pravo na poštovanje svoje imovine*“. O primeni ovog pravila u praksi Evropskog suda za ljudska prava v. Saša Gajin, „*Član 1. I Protokola uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, Standardi zaštite imovinskih interesa*“, u zborniku radova „*Promene stvarnog prava u Srbiji*“, 2005, pp. 35–47.

¹⁶⁶ No 9063/80, 24/11/1986.

¹⁶⁷ Na ovu odluku Sud se pozvao u slučaju *Bakli protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (No 20348/92, 25/09/1996), odlučujući o tome da je podnosilac predstavke smatrala svojim domom prikolice u kojima je živela i u koje je nameravala da se vrati da živi sa svojom decom, te zaključujući da se radi o pravu na poštovanje doma koje je od odlučujućeg značaja za bezbednost i dobrobit nje same i njene dece.

U slučaju *Demades protiv Turske*,¹⁶⁸ Sud je odlučivao o predstavljaču lica koje je živelo u Nikoziji, na Kipru, i kome je nakon invazije turske armije na severnom delu Kipra 1974. godine, onemogućeno korišćenje dvospratne kuće i zemljišta na obali mora pod kontrolom turskih okupacionih snaga. Kuća je pre oduzimanja bila potpuno opremljena i redovno korišćena od strane čitave porodice podnosioca predstavke i to ne samo za dane vikenda i godišnjih odmora. Osim toga, Sud je utvrdio da su njegovu kuću u međuvremenu počeli da koriste pripadnici turske armije.

Sud je zaključio da je podnositelj predstavke smatrao ovu kuću za svoj dom jer ju je pre invazije redovno koristio zajedno sa članovima svoje porodice, prijateljima i poslovnim saradnicima. Bez obzira na to što je imao i drugu nepokretnost u Nikoziji, podnosilac predstavke je delio svoje vreme boravka između dve kuće, a takođe je i razvio snažnu emotivnu vezu prema oduzetoj nepokretnosti, zbog čega je po shvatanju Suda, u konkretnom slučaju potrebno usvojiti ekstenzivno tumačenje pojma dom.

Pozivajući se na svoje ranije odluke u kojima je našao da proterivanje lica grčkog etničkog porekla sa teritorije severnog Kipra 1974. godine i zabrana povratka u njihove domove, predstavlja oblik kontinuirane povrede prava na poštovanje doma iz člana 8,¹⁶⁹ Sud je zaključio da se i u ovom slučaju radi o istovetnoj kontinuiranoj povredi prava na poštovanje doma, kao i prava na uživanje imovine koje je garantovano članom 1, Protokola I.¹⁷⁰

U slučaju *Remen i Šmit protiv Luksemburga*,¹⁷¹ Sud je razmatrao pitanje pretresa i zaplene stvari u kući i kancelariji novinara koji je optužen da je objavio informaciju o navodnoj utaji poreza jednog ministra u vladi Luksemburga, i to na osnovu dokumenta poreske službe koji je protivpravno pribavio. Postupak utvrđivanja krivične odgovornosti novinara vodio se zbog toga što je nakon objavljivanja njegovog teksta, u postupku

¹⁶⁸ No 16219/90, 31/07/2003.

¹⁶⁹ V. slučajeve *Kipar protiv Turske*, No 8007/77, 10/07/1978, i *Kipar protiv Turske*, 6780/74; 6950/75, 26/05/1975.

¹⁷⁰ Slično tome, u čitavom nizu slučajeva Sud je našao da proterivanje lica kurdске nacionalnosti iz njihovih kuća, kao i spaljivanje njihovih domaćinstava od strane turskih snaga bezbednosti, predstavljaju akte teške povrede prava na poštovanje privatnog i porodičnog života i doma, kao i prava na mirno uživanje imovine. V. tako slučaj *Hasan Ilhan protiv Turske*, No 22494/93, 09/11/2004, a pre njega *Dogan i drugi protiv Turske*, No 8803/02; 8804/02; 8805/02; 29/06/2004, *Ajder i drugi protiv Turske*, No 23656/94, 08/01/2004 i *Bilgin protiv Turske*, No 23819/94, 16/11/2000.

¹⁷¹ No 51772/99, 25/02/2003.

pred sudom bilo utvrđeno da ministar nije počinio delo koje mu je novinar stavio na teret.

Na zahtev tužioca, sudija je izdao nalog za pretres i zaplenu dokumentacije novinara u njegovom domu, uključujući i sve pripadajuće stvari u njemu i oko njega, na drugom mestu na kome se dokumentacija može naći, kao i u kolima koja mu pripadaju ili koristi. Drugi nalog za pretres i zaplenu u postupku protiv novinara obuhvatio je i poslovne kancelarije njegovog advokata. Po predstavi ovog advokata, a na osnovu odluke koja je doneta u slučaju *Njemjec protiv Nemačke*,¹⁷² Sud je našao da se zaštita prava na poštovanje doma može proširiti i na poslovne prostorije.

Najzad, pravnu zaštitu poslovnih prostorija od pretresa i zaplene stvari Sud nije ograničio samo na pojedince, već ju je obezbedio i pravnim licima. U slučaju kompanije *Kolas protiv Francuske*,¹⁷³ Sud je ponovio da francuski izraz „*domicile*“ koji se koristi za označavanje doma u francuskoj verziji teksta člana 8, ima šire značenje od engleske reči „*home*“, te da može da obuhvati i poslovni prostor.

Takođe, kaže Sud, Konvencija je „instrument koji živi“, a njen tekst mora se tumačiti u skladu sa trenutnim okolnostima. Oslanjajući se na ovo „dinamično tumačenje“, kao i na već izražen stav da pravna lica imaju pravo na naknadu neimovinske štete zbog povrede nekih prava garantovanih Konvencijom, Sud zaključuje da je došlo vreme da se u određenim okolnostima prizna da garancije člana 8. obuhvataju i „pravo na poštovanje sedišta, filijale i ostalih prostorija kompanije“.

¹⁷² No 13710/88, 16/12/1992. V. takođe i *Čepel protiv Ujedenjenog Kraljevstva*, No 10461/83, 30/03/1989.

¹⁷³ No 37971/97, 16/04/2002.

4. Dostojanstvo čoveka i opšte pravo ličnosti u nemačkom pravu

Treći uspešno razvijen pojam ljudskih prava vezuje se za praksu primene i tumačenja prva dva člana Osnovnog zakona (Ustava) Savezne Republike Nemačke iz 1949. godine. Prvi stav člana 1. sadrži sledeće pravilo:

*„Dostojanstvo čoveka je neprikosnovenno. Obaveza svake državne vlasti je da poštuje i štiti dostojanstvo čoveka.“*¹⁷⁴

Član 2. Osnovnog zakona kaže:

„(1) Svako ima pravo na slobodan razvoj svoje ličnosti, ukoliko time ne krši prava drugih i ukoliko ne postupa protivno ustavnom poretku ili protivno moralu.

*(2) Svako ima pravo na život i telesni integritet. Sloboda ličnosti je neprikosnovenno. Zadiranje u ova prava može se urediti samo zakonom.“*¹⁷⁵

Ustavni sud Nemačke (*Bundesverfassungsgericht*), kao i Savezni sud (*Bundesgerichtshof*), tumačili su ove odredbe na način koji je veoma sličan tumačenju člana 8. Evropske konvencije od strane Evropskog suda za ljudska prava, odnosno tumačenju ustavnih garancija ljudskih prava od strane Vrhovnog suda SAD – u praksi primene prvih pravila Osnovnog zakona, najviše sudske instance Nemačke izgradile su opšti pojam ljudskih prava koji je dovoljno širok da obuhvati sva pojedinačna prava i slobode, ali koji takođe predstavlja i pouzdan osnov za priznavanje i zaštitu onih prava i sloboda o kojima ustavni tekst eksplicitno ne govori.

Dva obeležja prakse Ustavnog i Saveznog suda zaslužuju posebnu pažnju. Prvo, iako je sličnost sa terminologijom i pojmovnim aparatom

¹⁷⁴ Prevod: Ljubica Tomić, u knjizi „*Osnovni zakon (Ustav) Savezne Republike Nemačke*“, 2003, p. 11.

¹⁷⁵ *Ibid.*

koji u svojim odlukama koriste američki Vrhovni sud i Evropski sud za ljudska prava veoma velika, baš kao što izuzetna sličnost postoji i u pogledu rezultata razvoja pojma ljudskih prava, nemački sudovi barataju i autohtono stečenim pojmovima, kao što su dostojanstvo čoveka i opšte pravo ličnosti. Na taj način, oni stvaraju samosvojan, odnosno originalan pravni proizvod, koji nije prosta kopija pojma ljudskih prava koji dominira u američkoj jurisprudenciji, odnosno praksi Evropskog suda za ljudska prava.

Drugo, nemački sudovi dolaze do pojma ljudskih prava neposredno nakon usvajanja Osnovnog zakona, na samom početku procesa primene i tumačenja ustavnih garancija prava i sloboda. Pojam ljudskih prava nije u nemačkom pravnom sistemu nastao kao rezultat višedecenijskog razvoja sudske prakse, već je oblikovan tako da predstavlja putokaz budućem razvoju prava ljudskih prava. Nastala na čvrstim temeljima pravila iz prva dva člana Osnovnog zakona, ova konstrukcija pojma ljudskih prava do danas u Nemačkoj služi zakonodavnoj, izvršnoj i sudskoj vlasti kao glavni orijentir u obezbeđivanju zaštite posebnim pravima i slobodama.¹⁷⁶

¹⁷⁶ U ovom drugom obeležju, krije se i pitanje na koje nije lako dati pouzdan odgovor. Kako je naime, bilo moguće da svega nekoliko godina nakon izlaska iz najmračnijeg perioda istorije zemlje, uz snažno izraženo opterećenje sopstvenom „lošom“ prošlošću, nemački pravni sistem iznedri jednu tako originalnu pravnu kreaciju kao što je pojam ljudskih prava. Kako je bilo moguće u tako kratkom periodu okončati sramno služenje totalitarnoj „apsolutnoj državi“ i započeti služenje demokratskom „apsolutnom ustavu“ (o razlikama između koncepata „apsolutne države“ i „apsolutnog ustava“ u pogledu priznavanja i zaštite ljudskih prava u Nemačkoj, v. Mattias Kumm, „*Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as a Principle and the Constitutionalization of Private Law*“, 7 German Law Journal 341 (2006)).

Kako je bilo moguće tako efikasno skratiti put od najdublje ambisa u koji je pravo bilo gurnuto za vreme Hitlerove Nemačke, do najviših visina u zaštiti ljudskih prava, i pri tome sve to postići bez pomoći sa strane. Jer, čak i da su sudije najviših instanci imali potrebu da se ugledaju na primere dobre prakse drugih, u to vreme još nije postojalo ono u šta bi se mogli zagledati. Član 8. Evropske konvencije za ljudska prava bio je tada samo „pravo na papiru“, a ne i u životu. Sa druge strane Atlantika, bilo je potrebno čekati još dugi niz godina na odluke Vrhovnog suda SAD u *Griswold* i *Roe* slučajevima.

Bez uzora u uporednom pravu, opterećeni užasom koji su ostavili iza sebe, najviši nemački sudovi izveli su tako svojevrсно „čudo“ koje nije lako objasniti. Posebno je teško razumeti ga iz perspektive jednog drugog pravnog poretka koji je takođe služio „apsolutnoj državi“, ali koji u sebi nije našao političke snage i profesionalne sposobnosti da se tako ozbiljno i brzo izdigne iznad sopstvene „loše“ prošlosti, pre svega, razbijanjem

a) Osnovna konstrukcija pojma ljudskih prava

Prvi korak u izgradnji nove pravne konstrukcije vezuje se za odluku Saveznog suda iz 1954. godine, kojom je priznato tzv. „opšte pravo ličnosti“.¹⁷⁷ Ova odluka Suda odnosila se na pitanje dopuštenosti objavljivanja neautorizovanog izmenjenog napisa, koji je kao odgovor na prethodno objavljeni tekst o nacističkoj prošlosti njegovog klijenta, advokat sačinio i u ime svog klijenta ga poslao redakciji lista. Suočen sa potrebom obezbeđivanja pravne zaštite ovoj vrsti ličnih napisa koji ne mogu da se podvedu pod kategoriju autorskog dela, i ohrabren pozivima za priznavanje pravne zaštite ličnih dobara koji su dolazili iz kruga pravnih teoretičara, Savezni sud je stao na stanovište da se u konkretnom slučaju radi o povredi opšteg prava ličnosti kao fundamentalnog prava garantovanog Osnovnim zakonom.

Sud se nije upuštao u raspravu o sferi prostiranja ovog prava, ali je neposredno odredio da je opšte pravo ličnosti utemeljeno u garancijama ljudskog dostojanstva iz člana 1, i pravu na slobodan razvoj ličnosti iz člana 2. Osnovnog zakona. Primenjujući pravilo o zaštiti opšteg prava ličnosti na konkretan slučaj, Sud navodi da je samo autor napisa ovlašćen da odluči o tome da li će i na koji način dopustiti drugima da se upoznaju sa njegovim sadržajem. Dok nedozvoljeno publikovanje privatnih zapisa predstavlja neprihvatljiv upad u zaštićenu tajnu sferu čovekovog života, zaključuje Sud, dotle objavljivanje nedozvoljeno prepravljenih ličnih napisa predstavlja povredu ličnih prava autora, i to zbog toga što ove izmene mogu kod čitaoca da dovedu do stvaranja lažne slike o njegovoj ličnosti.

Nepune tri godine kasnije, Ustavni sud daje svoj odlučujući doprinos izgradnji pojma ljudskih prava. U januaru 1957. godine, Sud donosi

sumnje u demokratiju i ljudska prava (v. o neophodnim koracima u pravnom savladavanju prošlosti u Srbiji, kod Vladimir V. Vodinelić, „*Prošlost kao izazov pravu, Srpska strana pravnog savladavanja prošlosti*“, 2002).

¹⁷⁷ BGHZ 13, 334. Pretraživanje odluka Saveznog suda donetih nakon početka 2000. godine, omogućeno je na sledećoj internet adresi: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/list.py?Gericht=bgh&Sort=3&Art=pm>. Prevodi najvažnijih odluka Saveznog suda, kao i Ustavnog suda na engleski, mogu se naći na sledećim internet adresama: <http://www.cgerli.org/index.php?id=32>, http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/toc.php, kao i <http://www.iuscomp.org/gla/archive.htm>.

odluku u *slučaju Elfes*, kojom neposredno priznaje osnovno „pravo na opštu slobodu aktivnosti“. ¹⁷⁸ Povod za ovu odluku bio je zahtev za ocenu dopuštenosti uskraćivanja pasoša članu Hrišćansko-demokratske unije i poslaniku skupštine jedne nemačke pokrajine, koji je istovremeno bio i potparol radikalne desničarske organizacije, u kom svojstvu je učestvovao na brojnim skupovima u zemlji i inostranstvu, zagovarajući ideje suprotne zvaničnoj politici Nemačke u vezi sa odbranom zemlje i ujedinjenjem dve razdvojene nemačke države.

Sud u odluci navodi da sloboda pojedinca da putuje u inostranstvo, uključujući i njegovo pravo da dobije pasoš, ne može da se izvede iz odredbe člana 11. Osnovnog zakona, zbog toga što se ova ustavna garancija odnosi na slobodu kretanja unutar zemlje. ¹⁷⁹ Međutim, kaže Sud, to ne znači da ustavna zaštita prava na izlazak iz zemlje ne može da se izvede iz osnovnog prava na opštu slobodu aktivnosti.

Po shvatanju Suda, izraz „slobodan razvoj ličnosti“ nije ograničen samo na razvoj pojedinca unutar središnje zone ličnosti koja suštinski određuje čoveka kao duhovno i moralno biće. Član 1. sadrži osnovni ustavni princip, koji zajedno sa drugim ustavnim jemstvima, reflektuje „sliku čoveka“ iz Osnovnog zakona, a time i sadržinu člana 2. Pravno gledano, član 2. jemči svakom čoveku osnovno i opšte pravo na slobodu aktivnosti. Samo su jezički razlozi, ističe Sud, naveli autore Osnovnog zakona da se opredele za izraz „slobodan razvoj ličnosti“, umesto za pravilo da je „svaki pojedinac slobodan da čini ili ne čini ono što želi“.

Uz ovo opšte pravo na slobodu aktivnosti zajamčeno članom 2, nastavlja Sud, Osnovni zakon koristi i druga ustavna jemstva u cilju zaštite samoodređenja čoveka u pojedinim sferama društvenog života. Ove posebne garancije ne dozvoljavaju državnoj vlasti da povređuje osnovna prava pojedinaca. Međutim, ako se radi o slučaju na koji ne može da se primeni neka od posebnih ustavnih garancija, pojedinac koji je suočen sa povredom svoje slobode može neposredno da se pozove na član 2. Osnovnog zakona.

Upućujući na Vajmarski ustav Nemačke iz 1919. godine, Sud ističe da je u to prošlo vreme zakonodavac mogao svojim aktima da izmeni ili

¹⁷⁸ BVerfGE 6, 32. Pretraživanje odluka Ustavnog suda omogućeno je na sledećoj internet adresi: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/index.html>.

¹⁷⁹ „Svi Nemci uživaju slobodu kretanja na teritoriji cele savezne države“, prevod: Ljubica Tomić, *op. cit.*, p. 14.

čak ukine pojedina ustavna jemstva. Osnovni zakon to ne dopušta – on je izgradio poredak koji je okrenut određenim vrednostima i koji ograničava moć državne vlasti. Ovaj poredak garantuje nezavisnost, samoodređenje i dostojanstvo svakom čoveku unutar političke zajednice.

Zakoni moraju biti u skladu sa ustavnim poretком vrednosti, odnosno sa najvišim vrednostima demokratskog poretка, a posebno principima vladavine prava i države socijalnog blagostanja. Međutim, iznad svega, zaključuje Sud, zakoni ne smeju povređivati dostojanstvo čoveka kao najvišu vrednost Osnovnog zakona, kao što ne smeju ni da ograničavaju duhovnu, političku ili ekonomsku slobodu pojedinca na način koji bi doveo do urušavanja same suštine njegove ličnosti.

Godinu dana kasnije, početkom 1958. godine, zaokružujući svoju analizu ustavnog poretка vrednosti, Ustavni sud u *slučaju Luth*,¹⁸⁰ ističe da je svrha osnovnih prava da obezbede zaštitu sferi čovekove slobode od državne vlasti. Ona predstavljaju bedem kojim se građanin štiti od države. U tom smislu opravdano je tvrditi da je cilj umetanja dela Osnovnog zakona koji sadrži garancije osnovnih prava na sam početak ustavnog teksta, bio taj da se istakne prednost dostojanstva čoveka u odnosu na moć državnog aparata.

Daleko od toga da bude vrednosno neutralan, Osnovni zakon je upravo na temelju pravila o osnovnim pravima izgradio objektivni sistem vrednosti društvene zajednice. Ovaj sistem vrednosti, insistira Sud, koji je usmeren na slobodu čoveka da se razvija u društvu, mora biti primenjen kao „ustavni aksiom“ unutar celog pravnog sistema. Prema njemu se moraju ravnati odluke zakonodavne, izvršne i sudske vlasti. Pravila privatnog prava takođe moraju biti u saglasnosti sa njim, te tako nijedno pravilo koje uređuje odnose između pojedinaca ne sme da mu protivreči.

Najzad, gotovo u isto vreme, u februaru 1958. godine, Savezni sud donosi odluku u *slučaju Herrenreiter*.¹⁸¹ Radilo se o zahtevu za zaštitu prava na lik lica koje je bilo profesionalni jahač konja, a čija je fotografija sa takmičenja u preskakanju prepreka bez njegove saglasnosti iskorišćena u reklamiranju medicinskog sredstva za poboljšanje potencije.

Ističući stav Ustavnog suda iz *slučaja Luth*, Sud navodi da se „svetost“ dostojanstva čoveka i prava na slobodan razvoj ličnosti koji su zaštićeni

¹⁸⁰ BVerfGE 7, 198.

¹⁸¹ BGHZ 26, 349.

članom 1. Osnovnog zakona, moraju poštovati i u oblasti privatnog prava od strane svakog lica. Ovo tzv. „opšte pravo ličnosti“, kaže Sud, važi i u okviru građanskog prava, i uživa zaštitu na osnovu člana 823. Nemačkog građanskog zakonika.

Ako je ranije postojala dilema u vezi sa tim da li građansko pravo priznaje i štiti pravo ličnosti, u periodu nakon usvajanja ustavnog teksta postalo je jasno da Osnovni zakon obezbeđuje sveobuhvatnu zaštitu ličnosti pojedinca i da priznaje dostojanstvo čoveka i pravo na slobodan razvoj ličnosti kao temeljne vrednosti pravnog sistema.

Članovi 1. i 2. Osnovnog zakona, nastavlja Sud, štite ono što se naziva „koncept ljudske ličnosti“. Oni u ljudskoj ličnosti prepoznaju jednu od osnovnih „nad-pravnih“ vrednosti prava. Konsekventno tome, ove odredbe neposredno se odnose na zaštitu unutrašnjeg domena ličnosti, koji predstavlja osnov za slobodno i odgovorno samoodređenje pojedinca.

Pravilo da se slika pojedinca može objaviti samo na osnovu njegovog pristanka, u suštini počiva na temeljnom principu slobode čoveka u okviru njegovog privatnog života. Razlog zabrane nedozvoljenog objavljivanja slike drugog leži u tome što ovaj akt lišava pojedinca slobode odlučivanja o ostvarenju onih interesa koji spadaju u njegovu ličnu sferu. Nedozvoljeno objavljivanje slike jednog lica, drugim rečima, predstavlja povredu njegove slobode samoodređenja, odnosno slobodnog izražavanja ličnosti, zaključuje Sud.

Ove četiri odluke najviših nemačkih sudova iz pedesetih godina prošlog veka, položile su dovoljno čvrst temelj za dalju izgradnju pojma ljudskih prava u okviru sfere prostiranja prva dva člana Osnovnog zakona. Sve do danas, ove odluke zadržavaju svoju neprikosnovenu poziciju u nemačkom pravnom sistemu zaštite prava i sloboda.

Razvoj pojma ljudskih prava koji je utemeljen u ovim odlukama, dalje je nesmetano tekao posebnim putanjama ka ostvarivanju koncepta čovekovog dostojanstva, opšteg prava ličnosti, slobodnog razvoja i samoodređenja pojedinca. Ovi pravci razvoja pojma ljudskih prava nekad su bili paralelni jedan sa drugim, ali mnogo češće su se ukrštali i preklapali, stvarajući veoma složenu, ali efikasnu mrežu pravnih standarda i principa zaštite slobode čoveka.

b) Dostojanstvo čoveka

U jednoj od poslednjih odluka vezanih za zaštitu dostojanstva čoveka koje su privukle značajnu pažnju javnosti, Ustavni sud je stavio van pravne snage odredbu Zakona o bezbednosti avio-saobraćaja koja je omogućavala oružanim snagama države da obore svaki vazduhoplov koji se koristi za izvođenje terorističkog napada. U odluci Suda iz februara 2006. godine,¹⁸² kaže se da je ova zakonska odredba nekompatibilna sa garancijom prava na život iz člana 2, stav 2, a u vezi sa garancijom dostojanstva čoveka iz člana 1. Osnovnog zakona. Ona omogućava državi da ljude koji se nalaze u vazduhoplovu, a koji ne učestvuju u izvršenju zločina, liši života u cilju spašavanja drugih ljudi. Na ovaj način taoci u avionu se stavljaju u poziciju objekta, a vrednost koju za sebe poseduju kao ljudska bića, im se odriče.

Ovom odlukom Ustavni sud je potvrdio validnost decenijama izgrađivane tzv. „objekat-formule“, po kojoj je negiranje čovekovih imanentnih vrednosti i njegovo stavljanje u položaj sredstva, odnosno objekta radi ostvarenja određenih ciljeva, nedopustivo sa stanovišta ustavnog jemstva ljudskog dostojanstva. Tako, Sud u vezi sa konkretnim slučajem otmice aviona u cilju izvršenja terorističkog napada, kaže da se putnici i članovi posade nalaze u bezizglednoj situaciji. Oni nisu u mogućnosti da na samoodređujući način, nezavisno od drugih, utiču na okolnosti sopstvenog života. Oni postaju puki objekti ne samo za izvršioci zločina, već i za samu državu koja ih stavlja u ovu poziciju objekata u cilju zaštite života drugih ljudi.

Ovim tretmanom kome su izloženi, kaže Sud, ignoriše se njihov status pojedinaca obdarenih dostojanstvom i neotudivim pravima. Lica u avionu su žrtve terorističkog akta, te tako i sami zaslužuju zaštitu države. Umesto toga, njima se odriče vrednost koju za sebe imaju kao ljudska bića. Zbog toga je ubijanje ovih ljudi i to na temelju zakonske odredbe, sasvim neprihvatljivo sa stanovišta ustavnih garancija.

Ovo je samo jedna u beskrajnom nizu odluka nemačkih sudova koje se odnose na zaštitu dostojanstva. Iako i drugi dokumenti o ljudskim

¹⁸² 1 BvR 357/05.

pravima na međunarodnom¹⁸³ i nacionalnom nivou,¹⁸⁴ sadrže garancije dostojanstva čoveka, nema nijednog uporednopravnog sistema koji na tako ekstenzivan i sveobuhvatan način štiti ljudsko dostojanstvo kao što se to čini u Nemačkoj.¹⁸⁵

¹⁸³ Obično se kaže da se garancija ljudskog dostojanstva stavlja na prvo mesto u onim dokumentima o ljudskim pravima koji su nastali neposredno nakon okončanja krvavih sukoba i sloma autoritarnih režima. Tako se u preambuli Opšte deklaracije o pravima čoveka UN iz 1948. godine, kaže:

„Pošto je priznavanje urođenog dostojanstva i jednakih i neotuđivih prava svih članova ljudske porodice temelj slobode, pravde i mira u svetu;

pošto je nepoštovanje i preziranje prava čoveka vodilo varvarskim postupcima, koji su vredali savest čovečanstva...“

U članu 1. ovog dokumenta zatim se potvrđuje:

„Sva ljudska bića rađaju se slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima“.

Međutim, i najnoviji međunarodni dokumenti o ljudskim pravima, nastali u eri mira i blagostanja, ističu značaj poštovanja ljudskog dostojanstva. Tako, u članu 1. Povelje o osnovnim pravima Evropske unije iz 2000. godine, navodi se:

„Ljudsko dostojanstvo je nepovredivo. Ono mora biti poštovano i zaštićeno.“

¹⁸⁴ I na nacionalnom nivou se pokazuje da zemlje koje su izašle iz autoritarnih porredaka po pravilu pridaju veliki značaj zaštiti ljudskog dostojanstva. Ustav Južnoafričke Republike iz 1996. godine, nastao nakon izlaska zemlje iz period aparthejda, u članu 10. sadrži sledeću garanciju:

„Svako poseduje urođeno dostojanstvo i pravo da se njegovo dostojanstvo poštuje i štiti.“

U članu 10. Ustava Španije iz 1978, koji je donet nakon rušenja diktatorskog režima generala Franka, navodi se da su „dostojanstvo ličnosti, nepovrediva urođena prava, slobodan razvoj ličnosti, poštovanje za pravo i za prava drugih, temelji političkog porredka i društvenog mira“, dok se u članu 30. Ustava post-komunističke Poljske iz 1997. godine, kaže da „urođeno i neotuđivo dostojanstvo čoveka predstavlja izvor sloboda i prava pojedinaca i građana“. I Ustav postautoritarne Srbije iz 2006. godine takođe sadrži garanciju ljudskog dostojanstva. Tako se u članu 23, stav 1. Ustava, kaže: *„Ljudsko dostojanstvo je neprikosnoveno i svi su dužni da ga poštuju i štite.“*

Međutim, ni stare i stabilne demokratije nisu propustile priliku da u svoje nove ustavne tekstove unesu garancije ljudskog dostojanstva. Tako se u članu 7. Ustava Švajcarske iz 1999. godine, kaže da „ljudsko dostojanstvo mora biti poštovano i zaštićeno“ (v. ustavne tekstove brojnih zemalja sveta na <http://www.servat.unibe.ch/law/icl/index.html>).

¹⁸⁵ Osim saveznog Osnovnog zakona, gotovo sve nemačke federalne jedinice unele su nakon Drugog svetskog rata u svoje ustavne tekstove jemstvo ljudskog dostojanstva. Iscrpne navode o tome, zatim odluke nemačkih sudova u vezi sa zaštitom ljudskog dostojanstva, kao i upućivanje na pravnu literaturu u ovoj oblasti, v. kod Peter Haberle, *„Ljudsko dostojanstvo i pluralistička demokracija“*, Politička misao, 2/06, i Vladimir V. Vođinelić, *„Pravo na ljudsko dostojanstvo“*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 5–6/89.

Jemstvo dostojanstva ličnosti u Nemačkoj na sebe preuzima tri posebne funkcije u oblasti zaštite ljudskih prava. Prva se odnosi na zaštitu samog ljudskog digniteta, bez neposrednog vezivanja za potrebu zaštite drugih prava i sloboda. Zaštitna funkcija ove vrste najvidljivija je u čistim slučajevima povrede časti pojedinca ili grupe ljudi. Klasičan slučaj povrede časti bio je predmet odlučivanja Ustavnog suda u *sporu povodom objavljivanja Straussove karikature* iz 1987. godine.¹⁸⁶

U ovom slučaju Sud je razmatrao pitanje dopuštenosti objavljivanja karikatura na kojima je Franz Josef Strauss, tadašnji predsednik vlade Bavarske, prikazan kao svinja koja upražnjava seksualne odnose sa drugim svinjama obučanim u sudijske toge. Sud je zauzeo stav da garancija slobode umetničkog stvaralaštva iz člana 5. Osnovnog zakona, ne obuhvata i one umetničke akte kojima se vređa pojedinac.¹⁸⁷

Iako nema sumnje da je u objavljenim karikaturama opredmećena slobodna kreativna aktivnost njihovog tvorca, čime su njegove unutrašnje impresije, pogledi i iskustvo izneti pred javnost, rezonuje Sud, Ustavom zajamčena sloboda umetnosti ne štiti sporna umetnička dela u konkretnom slučaju. Istina je da forma karikature podrazumeva predstavljanje jednog lica na način koji je preteran, iskrivljen ili otrgnut od realnosti, ali u ovom slučaju se u velikoj meri prešlo preko praga prihvatljivosti ovih umetničkih postupaka.

U sukobu dva aspekta opšteg prava ličnosti, jednog koji je zaštićen slobodom umetnosti, sa drugim koji se odnosi na zaštitu časti pojedinca, u konkretnom slučaju prednost se mora dati zaštiti dostojanstva. Osnovni motiv objavljivanja karikatura, obrazlaže svoju odluku Sud, bio je napad na lično dostojanstvo portretisanog lica. Na ovim crtežima nisu istaknute njegove ljudske osobine, odnosno osobenosti njegove ličnosti, već je izražen stav da portetisani ima navedene „bestijalne“ karakterne osobine i da se ponaša u skladu sa njima.

Ova namera vređanja posebno je istaknuta u prikazu seksualnog odnosa koji je doveo do daljeg obezvređivanja ličnosti portetisanog. Sve dok se zaštita opšteg prava ličnosti shvata kao direktna posledica jemstva ljudskog dostojanstva, ovakav napad na čast portetisanog, odnosno na samo

¹⁸⁶ BVerfGE 75, 369.

¹⁸⁷ U stavu 3, člana 5. Osnovnog zakona, kaže se: „*Umetnost i nauka, istraživanje i nastava slobodni su.*“ (prevod: Ljubica Tomić, *op. cit.*, p. 12).

središte njegovog dostojanstva, ne može se opravdati garancijom slobode umetnosti, zaključuje Sud.¹⁸⁸

Slično tome, Ustavni sud je u *slučaju laži o Auschwitzu* iz 1994. godine,¹⁸⁹ obezbedio zaštitu časti pripadnicima Jevrejskog naroda. Sud je zauzeo stav da objavljivanje netačnih tvrdnji ne može da se podvede pod kategoriju interesa koje je opravdano zaštititi na osnovu člana 5. Osnovnog zakona.¹⁹⁰ Tvrdnja da u okviru Trećeg rajha nije bilo progona Jevreja, kaže Sud, dokazano je da nije istinita, i to na temelju bezbrojnih svedočenja očevidaca, odluka nadležnih sudova i zaključaka istorijske nauke. Uzeta sama za sebe, ova tvrdnja zbog toga ne uživa zaštitu u okviru garancija slobode mišljenja.

Istorijska činjenica da su ljudska bića odvajana u skladu sa time ko su im preci, te da su na osnovu toga lišavani života, pretpostavlja posebnu vezu Jevreja koji žive u Nemačkoj sa njihovim sugrađanima – u ovom odnosu između njih, prošlost je i dalje sadašnjost. Deo kolektivne slike Jevreja danas, jeste da oni čine grupu sastavljenu od pojedinaca koji dele istu veru, a prema kojoj postoji posebna moralna obaveza na strani svih ostalih koji žive sa njima u društvu. Ovaj odnos predstavlja sastavni deo njihovog dostojanstva, kaže Sud.

Poštovanje te kolektivne slike za svakog od njih ponaosob, objašnjava dalje Sud, zapravo sadrži i garanciju da se ova vrsta diskriminatornog postupanja iz Drugog svetskog rata neće ponoviti. Postoji čvrsta veza između negiranja progona Jevreja i povrede njihovog dostojanstva. Izneti tvrdnja predstavlja ozbiljnu povredu prava ličnosti kojom se nastavlja sa diskriminatornim postupanjem prema grupi kojoj oni pripadaju, a samim tim i prema svakom od pripadnika grupe lično.¹⁹¹

¹⁸⁸ V. i odluku Ustavnog suda u *slučaju Stern/Strauss* (BVerfGE 82, 272) iz 1990. godine, u kojoj se povodom tvrdnje da Franz Josef Strauss nije iskreni demokrat, kaže da čast pojedinca ne uživa zaštitu u slučaju kad izražavanje mišljenja o političaru nije bilo motivisano namerom da se on uvredi, odnosno kad u sukobu mišljenja uvreda nije bila stavljena u prvi plan u odnosu na debatu koja se vodila o opštim političkim pitanjima.

¹⁸⁹ BVerfGE 90, 241.

¹⁹⁰ U stavu 1, člana 5. Osnovnog zakona, kaže se: „*Svako ima pravo na slobodno iznošenje i širenje misli rečima, pisanim putem i slikom*“ (prevod: Ljubica Tomić, *op. cit.*, p. 12).

¹⁹¹ V. takođe i odluku Ustavnog suda u *slučaju Vojnici-ubice* (BVerfGE 93, 266) iz 1995. godine, u kome je Sud zauzeo stav da je iznošenje mišljenja o tome da su vojnici ubice, pre svega zbog opštosti navedene tvrdnje, zaštićeno na osnovu člana 5. Osnovnog

Druga zaštitna funkcija ustavnog jemstva dostojanstva čoveka vezana je za ostala posebna prava i slobode. Ideja na kojoj se ona temelji izražava se stavom da se poštovanje pojedinih prava i sloboda može izjednačiti sa uvažavanjem ljudskog dostojanstva. Čovek koji uživa svoja prava, istovremeno se koristi i garancijom sopstvenog digniteta.

Onaj koji poštuje prava drugog, poštuje i njegovo dostojanstvo. Suprotno tome, povreda jednog prava ili slobode istovremeno označava i atak na dostojanstvo čoveka. U ovom drugom aspektu te ideje, povreda ljudskog dostojanstva se može posmatrati kao pravni kvalifikativ povrede prava pojedinca.

Jedan par primera iz grupe ove vrste odnosi se na povezivanje dostojanstva ličnosti i prava na život. U navedenom slučaju stavljanja van pravne snage zakonskog ovlašćenja oružanih snaga da mogu da obore oteti avion koji se koristi za izvođenje terorističkog napada, Ustavni sud je istakao da se radi o povredi prava na život u vezi sa povredom dostojanstva putnika i članova posade oteetog vazduhoplova.

Sa druge strane, Ustavni sud je našao da obaveza poštovanja imanentnog svojstva čoveka kao ljudskog bića, koja proizlazi iz člana 1. Osnovnog zakona, dolazi do izražaja i onda kad se odlučuje o odgovornosti za neželjeno rođenje deteta. Poštovanje ljudskog dostojanstva tada se nužno vezuje za poštovanje prava na život. U tom smislu, kaže Sud, u slučaju neuspele medicinske sterilizacije ili neuspelog postupka prekida trudnoće, kao i u slučaju rođenja deteta sa invaliditetom za koje je odgovoran lekar, ne može se smatrati da samo rođenje deteta kao pojedinca predstavlja štetu koja mora biti nadoknađena njegovim roditeljima. Postanje čoveka, makar on i nije bio željen, ne može se kvalifikovati kao šteta.¹⁹²

U odluci Ustavnog suda iz januara 1994. godine,¹⁹³ ističe se značaj zaštite dece, posebno njihovog nesmetanog razvoja, od primanja ideja koje zagovaraju nacionalnu mržnju, te raspiruju želju za ratom i antago-

zakona. Ovo mišljenje o svim vojnicima na svetu ne odnosi se na grupu koja se može na jednostavan način razlikovati, dok se sa druge strane, izneti stav takođe ne odnosi na svakog pripadnika bilo koje vojske pojedinačno. Neslažući se sa odlukom većine u ovom slučaju, sudija Haas je izneo stav da bi tvrdnja da su vojnici ubice, morala da se shvati tako da se odnosi na pripadnike Nemačke vojske, te da bi zbog toga, a u cilju zaštite njihove časti, morala da bude zabranjena.

¹⁹² V. odluke Ustavnog suda BVerfGE 88, 203 iz 1993. i BVerfGE 96, 375 iz 1997. godine.

¹⁹³ BVerfGE 90, 1.

nizam prema demokratiji. Pošto je ideologija nacional-socijalizma suštinski oblikovana na temelju ovih ideja, njeno propagiranje ne bi smelo da se smatra saglasnim sa osnovnim principima ljudskog dostojanstva i slobode na kojima je zasnovan Ustav. Zbog toga, kaže Sud, ono bi moralo da bude zabranjeno.

Ustavni sud je u skorašnjoj odluci iz juna 2009. godine,¹⁹⁴ našao da sloboda izbora na specifičan način definiše pravo na demokratsko samoodređenje. Pravo slobodnih i jednakih građana da putem izbora odrede svoje predstavnike u organe javne vlasti, po shvatanju Suda utemeljeno je u ljudskom dostojanstvu i kao takvo predstavlja fundamentalni elemenat principa demokratije.

U slučaju iz 1987. godine koji se odnosio na primenu pravila o pretpostavljenoj nevinosti lica čija se krivična odgovornost utvrđuje,¹⁹⁵ Ustavni sud objašnjava zašto se u svakom konkretnom slučaju moraju utvrditi činjenice izvršenja dela i krivice izvršioca. Pretpostavka nevinosti, kaže Sud, usko je povezana sa pravom optuženog da se u fer postupku odbrani od optužbi koje mu se stavljaju na teret. Ovo pravilo o pretpostavci nevinosti jeste „samoočevidna“ posledica materijalnog krivičnog pravnog poretka, čiji su sadržaj i ograničenja određeni obavezom zaštite ljudskog dostojanstva.

Saglasno ovoj opštoj konstataciji, u slučaju iz marta 2004. godine,¹⁹⁶ Ustavni sud nalazi da je upad u samo središte privatnog života lica protiv koga se vodi istražni postupak, putem tajnih snimanja njegovih razgovora u kući sa članovima porodice i najbližim prijateljima, a koji nemaju nikakve veze sa počinjenim delom, nedopustiv sa stanovišta obaveze poštovanja ljudskog dostojanstva.¹⁹⁷ U načelu, kaže Sud, prisluškivanje lica protiv koga se vodi postupak utvrđivanja krivične odgovornosti, nije samo po sebi pravno nedozvoljeno.¹⁹⁸

¹⁹⁴ 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09.

¹⁹⁵ BVerfGE 76, 1.

¹⁹⁶ 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99.

¹⁹⁷ Sud u tom smislu kaže da je dom poslednji zaklon za zaštitu ljudskog dostojanstva.

¹⁹⁸ Prema članu 13, stav 3. Osnovnog zakona, „*ukoliko određene činjenice potvrde sumnju da je neko počinio zakonom pojedinačno propisano naročito teško krivično delo, onda se na osnovu sudskog naloga, a u cilju istrage, mogu postaviti tehnička sredstva za akustični nadzor stana za koji se sumnja da u njemu boravi okrivljeni, a sve ukoliko bi*

Iako Sud stoji na čvrstom i često izraženom stavu da nije u saglasnosti sa principom dostojanstva čoveka da ga država tretira kao objekat, činjenica da je jedno lice postalo objekat istražnog postupka, ne znači da je ono time i lišeno svog dostojanstva. Međutim, dostojanstvo ovog lica može biti povređeno ako se u istrazi koriste metodi koji pokazuju da se on ne poštuje kao ličnost. Na zakonodavcu, po shvatanju Suda, leži obaveza da zabrani svaku vrstu prisluškivanja koja bi mogla da dovede do povrede dostojanstva prisluškivanog.

Sa druge strane, zaključuje Sud, akt prisluškivanja u konkretnom slučaju ne sme biti preduzet ako postoji sumnja da će dostojanstvo ovog lica biti oskrnavljeno. Tako na primer, trajno prisluškivanje u stanu ili kući izvesno bi dovelo do upoznavanja sa suštinski privatnim razgovorom prisluškivanog, čija sadržina nema veze sa učinjenim delom, kao što bi i sveobuhvatno prisluškivanje lica omogućilo izgradnju slike o celokupnosti njegove ličnosti, zbog čega bi ovi postupci prouzrokovali povredu dostojanstva lica prema kojem se primenjuju, te tako ne smeju biti dozvoljeni.¹⁹⁹

Ove dve zaštitne funkcije ustavnog jemstva ljudskog dostojanstva prisutne su i u drugim uporednopravnim sistemima.²⁰⁰ Međutim, treća zaštitna funkcija sistemsko je obeležje sudske prakse najviših nemačkih sudova. Ona se ne vezuje za pojedina prava i slobode, već za celinu ustav-

istraživanje činjeničnog stanja na drugi način bilo znatno otežano ili neuspešno“ (prevod: Ljubica Tomić, *op. cit.*, p. 17).

¹⁹⁹ Ustavni sud u ovoj odluci upozorava da obaveza poštovanja ljudskog dostojanstva na sličan način dolazi do izražaja i u vezi sa nepovredivošću komunikacije jednog lica sa njegovim sveštenikom, advokatom ili lekarom.

²⁰⁰ Verovatno nema nacionalnog pravnog sistema koji ne predviđa krivičnopravnu i građanskopravnu zaštitu od protivpravnih radnji kojima se napada na ličnu čast, kao što je uvreda, kleveta, omalovažavajuće postupanje i sl. Sa druge strane, pojedini oblici povrede drugih prava i sloboda čoveka, po pravilu se kvalifikuju i povredom ljudskog dostojanstva. Tako, u praksi primene člana 3. Evropske konvencije o ljudskim pravima, koji se odnosi na zabranu mučenja, nečovečnog i ponižavajućeg postupanja i kažnjavanja, Evropski sud u svojim odlukama insistira na obavezi zaštite ljudskog dostojanstva (v. praksu Evropskog suda u ovoj oblasti u Interightsovoj publikaciji „*Manual for Lawyers: Article 3 ECHR*“, na sledećoj internet adresi: <http://www.interights.org/view-document/index.htm?id=242>). Slično tome, u oblasti zabrane diskriminacije, često se ističe da je diskriminatorno postupanje zabranjeno zbog toga što ono dovodi do povrede dostojanstva čoveka. Tako se u prvoj i za sada jedinoj antidiskriminacionoj presudi Vrhovnog suda Srbije iz 2004. godine, u tzv. *slučaju Krsmanovača* (Rev. 229/04), kaže: „*Diskriminacija po bilo kom osnovu vređa ljudsko dostojanstvo čije su komponente čast, ugled, lični integritet i slično i takva povreda prava ličnosti uživa sudsku zaštitu...*“.

nih garancija ljudskih prava. U već navedenoj odluci Ustavnog suda u *slučaju Vojnici-ubice* iz 1995. godine,²⁰¹ kaže se da je ljudsko dostojanstvo koren svih osnovnih prava, odnosno da su u celini gledano, osnovna prava manifestacije ustavnog principa zaštite ljudskog dostojanstva.

Ovo shvatanje oslonjeno je na raniji stav Suda izražen u *slučaju Mephisto* iz 1971. godine.²⁰² U ovom slučaju, Sud je ponovio već izražen zaključak o tome da Osnovni zakon pretpostavlja postojanje jedinstvenog sistema vrednosti, te je istakao da ovaj sistem vrednosti počiva na ideji o dostojanstvu čoveka. U tom smislu, kaže Sud, dostojanstvo čoveka garantovano članom 1. Osnovnog zakona, mora se razumeti kao vrhovna vrednost koja ima funkciju kontrole nad čitavim sistemom zaštite osnovnih prava.²⁰³

U slučaju koji se odnosio na odgovornost za rođenje neželenog deteta iz 1997. godine,²⁰⁴ Ustavni sud je objasnio da čovekova društvena vrednost i zahtev za poštovanjem ličnosti pojedinca, onemogućava državu da ga tretira kao pukog piona izloženog aktima koji dovode osnovni kvalitet njegovog ljudskog bića u pitanje. Zbog toga se, kaže Sud, ljudsko dostojanstvo shvata kao temeljni ustavni princip i najviša vrednost Osnovnog zakona.²⁰⁵ Ono je imanentno svakom čoveku, i to bez obzira na njegove ostale kvalitete, postignuća ili društveni status.

Na ovaj način, Ustavni sud Nemačke izgradio je stub koji je dovoljno čvrst da na sebe preuzme težinu čitave pravne konstrukcije ljudskih prava. Ako se ljudsko dostojanstvo razume kao temeljna vrednost na kojoj počiva sistem zaštite ljudskih prava, i to zbog toga što se čovek u svim manifestacijama svoje ličnosti koje su zaštićene pojedinim pravima i slobodama, ne može tretirati drugačije nego kao ljudsko biće, i ako se dalje zbog toga garancije dostojanstva protegnu ne samo na slučajevne neposredne zaštite časti, već i na zaštitu ostalih prava i sloboda, onda se dobija jedna veoma koherentna pravna konstrukcija koja je podobna za odbranu slobode pojedinca u celini i u svim njenim delovima. Međutim, uz ovaj „stub časti“,

²⁰¹ BVerfGE 93, 266.

²⁰² BVerfGE 30, 173.

²⁰³ U svojoj odluci iz 1961. godine (BGHZ 35, 363), Savezni sud je govorio i o „svetom“ dostojanstvu ljudskog bića.

²⁰⁴ BVerfGE 96, 375.

²⁰⁵ Na drugom mestu u istoj odluci (*ibid*), Sud kaže da član 1. Osnovnog zakona sadrži garanciju temeljnog principa Ustava i najviše osnovne vrednosti slobodnog demokratskog poretka.

najviši nemački sudovi izgradili su još jedan stub, podjednako čvrst, koji se temelji na pravu koje su oni nazvali „opšte pravo ličnosti“.

c) Opšte pravo ličnosti

U *slučaju princeza Soraya* iz 1973. godine,²⁰⁶ Ustavni sud je sam objasnio nastanak opšteg prava ličnosti. Pre Drugog svetskog rata, navodi Sud, nije bilo moguće zaštititi pojedina prava ličnosti, kao što je ugled ili privatnost, u okviru građanskog prava, odnosno na osnovu Nemačkog građanskog zakonika. U tom periodu, parnični sudovi nisu blagonaklono gledali na zahteve za zaštitu ličnosti. Oslanjajući se na član 823. Građanskog zakonika, koji garantuje zaštitu u slučaju povrede života, tela, zdravlja, slobode, svojine ili „drugog prava“, u pojedinim tužbenim zahtevima isticalo se da se čast i privatnost mogu razumeti kao ta „druga prava“. Međutim, u toku celokupnog perioda Nemačkog carstva, Vajmarske Republike i Trećeg Rajha, sudovi su uporno odbijali ove argumente.

Nakon usvajanja Osnovnog zakona, koji je u svoje prve članove uneo garancije dostojanstva i slobodnog razvoja ličnosti, pristup pitanju zaštite ličnosti se izmenio. Tokom pedesetih godina XX veka, Savezni sud je na temelju ovih ustavnih jemstava odustao od uskog tumačenja odredbe iz člana 823. Građanskog zakonika, te je zauzeo eksplicitan stav da je „lično pravo“ pojedinca ono „drugo pravo“ o kome ovaj član Zakonika govori. To je značilo, zaključuje Ustavni sud, da suprotno ranijem pravu, nemački sudovi i u okviru građanskog prava obezbeđuju zaštitu ličnim pravima.²⁰⁷

Tako, opšte pravo ličnosti štiti ukupnost ličnih dobara pojedinca, kao što su život, fizički i psihički integritet, čast i ugled, privatnost, lični zapis, lik, glas, lični podatak, identitet, ime i sl. Prava pomoću kojih se

²⁰⁶ BVerfGE 34, 269.

²⁰⁷ U slučaju *Marlene Dietrich* iz 1999. godine (BGH 1 ZR 49/97), Savezni sud je ponovio da je odlukom ovog suda iz 1954. godine priznato da je opšte pravo ličnosti temeljno ustavno pravo, koje istovremeno spada i u grupu „drugih prava“ kojima se obezbeđuje zaštita u okviru člana 823. Građanskog zakonika. Još u slučaju iz 1961. godine (BGHZ 35, 363), Savezni sud je naveo da je priznanje opšteg prava ličnosti svakog čoveka, kao prava zaštićenog članom 823. Građanskog zakonika, nužna posledica izdvajanja ljudske ličnosti i njenog slobodnog razvoja u red najviših vrednosti ustavnog sistema.

obezbeđuje zaštita pojedinih ličnih dobara, nazivaju se lična prava, odnosno prava ličnosti.²⁰⁸

Između opšteg prava ličnosti i posebnih ličnih prava postoji odnos „matičnog prava“,²⁰⁹ odnosno „okvirnog prava“²¹⁰ i njegovih posebnih manifestacija.²¹¹ Dakle, pravo na privatnost, pravo na čast i druga posebna lična prava, predstavljaju emanacije opšteg prava ličnosti,²¹² jer su sadržana u ovom opštem pravu, odnosno jer se iz njega mogu izvesti.

Ovaj odnos aktivira se, pre svega, u slučajevima u kojima sud ne može da obezbedi neposrednu zaštitu pojedinih ličnih dobara zbog toga što pravni poredak ne sadrži eksplicitne garancije posebnih prava ličnosti. U tim situacijama, sud se oslanja na opšte pravo ličnosti i pruža zaštitu povređenom ličnom dobru kao konkretnom konstitutivnom elementu ličnosti čoveka.

U poslednjem u nizu od nekoliko slučajeva iz devedesetih godina prošlog veka koji su se odnosili na povredu privatnosti princeze Caroline od Monaca,²¹³ Ustavni sud je objasnio da opšte pravo ličnosti garantuje zaštitu onih elemenata ličnosti koji nisu postali objekat zaštite posebnih garancija slobode u okviru Osnovnog zakona, ali koji imaju konstitutivan značaj za ličnost čoveka kao i oni elementi koji su već zaštićeni posebnim odredbama. Opšta zaštita ličnosti u tom smislu, kaže Sud, popunjava praznine postojeće pravne zaštite pojedinca.

U konkretnom slučaju, pred Ustavni sud se postavilo pitanje opravdanosti upada medija u privatni život Caroline od Monaca. Sud je kon-

²⁰⁸ O opštem pravu ličnosti i posebnim ličnim pravima v. kod Slavica Krneta, „*Lična prava*“, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, I tom, 1978, pp. 904–913 i Vladimir V. Vodinelić, „*Pojedina lična prava*“, *ibid.*, pp. 913–925, kao i o osobenostima kategorije ličnih prava kod Vladimir V. Vodinelić, „*Lično pravo kao subjektivno pravo i kao grana prava*“, Arhiv za pravne i društvene nauke, 3/76.

²⁰⁹ V. tako Vladimir V. Vodinelić, „*Ustav i nova lična prava*“, Arhiv za pravne i društvene nauke, 2–3/91, p. 253.

²¹⁰ BGH VI ZR 373/02.

²¹¹ BGH I ZR 49/97.

²¹² BGHZ 35, 363.

²¹³ BvR 653/96, iz 1999. godine. Odluka Ustavnog suda u ovom slučaju dala je kasnije povoda princezi Carolini od Monaca da se obrati Evropskom sudu za ljudska prava u već navedenom slučaju *Fon Hanover protiv Nemačke* iz 2004. godine (No. 59320/00, 24/06/2004). Nekoliko ranijih slučajeva upada u njenu privatnost u toku devedesetih godina rešavani su pred Saveznim sudom (v. tako BGH VI ZR 223/94 i BGH NJW 1996, 1128, oba iz 1995. godine).

statovao da je pravo objavljivanja fotografija koje se odnose na njene privatne i svakodnevne aktivnosti, ograničeno pravom na sliku i garancijama zaštite privatne sfere koje predstavljaju konkretne manifestacije opšteg prava ličnosti. Pravo na sliku, kako ga Sud naziva, obezbeđuje pojedincu mogućnost da odluči o tome da li će dozvoliti drugome da načini i upotrebi fotografiju ili crtež njegovog lika.

Sa druge strane, kaže dalje Sud, zaštita privatne sfere čovekovog života određuje se na dva načina: tematski i prostorno. Tako, ona se odnosi na one informacije koje se kvalifikuju kao „privatne“ zbog sadržaja koje o pojedincu nose, ili zbog toga što se rasprava u javnosti o njima ili njihovo izlaganje javnosti smatra neprikladnim, ili zbog neželjenih posledica koje njihovo objavljivanje proizvodi po pojedinca. Tipični primeri ovih povreda privatnog života su po navodima Suda, čitanje tuđeg ličnog dnevnika, otkrivanje sadržaja poverljive komunikacije između bračnih drugova, upad u sferu seksualnosti, bolesti i sl.

Ideja o prostornoj zaštititi privatne sfere, vodila je pak Sud u pravcu obezbeđivanja zaštite pre svega za one aktivnosti koje se sprovode u domu ili drugom izdvojenom mestu, kao što je posed namenjen odmoru.²¹⁴ Aktivnosti pojedinca u ovim izdvojenim prostorima uživaju zaštitu zbog toga što je to neophodno potrebno u cilju obezbeđivanja slobodnog razvoja njegove ličnosti, posebno u periodu u kome on želi da se odmara, da bude sam, odnosno da ne bude izložen pogledima i pažnji drugih.²¹⁵

²¹⁴ U slučaju BGH VI ZR 373/02 iz 2003. godine, Savezni sud je precizirao da se zaštićena privatna sfera ne završava na ulaznim vratima kuće, već da obuhvata i posed na kome se kuća nalazi, a koji je zbog građevinskih zahvata ili specifičnosti prirodne sredine, izdvojen od pogleda drugih.

²¹⁵ Ukrštanjem ova dva kriterijuma, a posebno insistiranjem na tome da se fotografisanje i kasnije objavljivanje slika Caroline od Monaca vezuje za situacije u kojima se ona nije nalazila u svom domu ili drugom izdvojenom prostoru, Ustavni sud je došao do zaključka da je njeno pravo na poštovanje privatnog života i lika povređeno samo u onim slučajevima kada je na fotografijama prikazana sa decom, i to zbog potrebe pojačane zaštite dece, dok u slučajevima objavljivanja drugih fotografija, ona ne uživa pravnu zaštitu. Evropski sud za ljudska prava, kao što je već navedeno, u istom pitanju zauzeo je sasvim suprotan stav.

U skladu sa ovim stavom Evropskog suda, i pozivajući se na standarde zaštite privatnosti koji proizlaze iz člana 8. Evropske konvencije, Ustavni sud je u poslednjem slučaju koji se odnosio na Carolinu od Monaca iz 2008. godine (1 BvR 1602/07, 1 BvR 1606/07, 1 BvR 1626/07), istakao da štampa nema ustavom zaštićeno pravo da fotografije javne ličnosti u bilo koje vreme i na bilo koji način, čak i ako se one nalaze u javnom, odnosno neizdvojenom prostoru. Nedopušteno je, kaže Sud, pribavljanje snimaka

Obe ove komponente privatnog života, tematska i prostorna, dolaze takođe do izražaja i u slučaju u kome se postavilo pitanje dozvoljenosti prisluškivanja lica protiv koga se vodio postupak utvrđivanja krivične odgovornosti. U skorašnjoj odluci iz 2004. godine,²¹⁶ Ustavni sud je pošao od stava da je cilj prvog pravila člana 13. Osnovnog zakona, da zaštiti dom pojedinca od fizičkog prisustva drugih, posebno predstavnika javne vlasti.²¹⁷ Međutim, objašnjava Sud, nova tehnologija omogućila je upad u privatnu sferu doma i bez fizičkog prisustva. Zbog toga se postavlja pitanje na koje ustavni tekst ne daje neposredan odgovor, a naime koja je to sfera zaštite doma i privatnog života od prisluškivanja, posebno u toku istražnog postupka.

U tom smislu, kaže Sud, ovlašćenje službi bezbednosti da mogu da prisluškuju lice protiv koga se vodi istražni postupak na temelju ustavne odredbe iz člana 13, stav 3,²¹⁸ ne opravdava upad u „ekskluzivno-privatnu“, „visoko-ličnu“ sferu života pojedinca. Čovek može da razvije svoju ličnost samo ako mu je omogućeno da izrazi unutrašnja osećanja, mišljenja, odnos prema spoljnom svetu i svoja iskustva, uključujući i neverbalne manifestacije ličnih emocija i seksualnosti, i to bez straha od toga da ga službe bezbednosti u tome nadziru. Ovaj razvoj ličnosti vezuje se obično za dom – čovek može svoj stan ili kuću da koristi u privatne svrhe, na način koji sam izabere.

To ne podrazumeva po shvatanju Suda potrebu apsolutne zaštite samog prostora, već neophodnost zaštite onog postupanja pojedinca u njegovom domu pomoću koga on izražava i razvija najintimniji deo sebe. U cilju obezbeđivanja zaštite „središnjem delu privatnog života“, ne sme se prisluškivati razgovor koji u svojoj kući pojedinac vodi sa bračnim drugom, decom ili drugim bliskim osobama, osim ako postoje objektivni pokazatelji da se ovaj razgovor neposredno odnosi na izvršenje krivičnog dela. Nema sumnje, zaključuje Sud, da nisu svi razgovori u domu povezani sa središnjim delom privatnog života, međutim, u cilju zaštite dosto-

javnih ličnosti na skriveni način ili uz njihovo kontinuirano uznemiravanje, posebno u situacijama kad one opravdano pretpostavljaju da nisu izložene pogledima fotografa, kao na primer u trenucima odmora ili običnog opuštanja. Ovom odlukom, Ustavni sud se veoma približio tzv. testu razumno očekivane privatnosti iz američke jurisprudencije i prakse Evropskog suda za ljudska prava.

²¹⁶ 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99.

²¹⁷ Član 13, stav 1, kaže: „*Stan je nepovrediv*“ (prevod: Ljubica Tomić, *op. cit.*, p. 17).

²¹⁸ V. tekst ove odredbe u napomeni 198.

janstva ličnosti i privatnog života, pravni poredak definiše pretpostavku da oni to jesu.²¹⁹

U *slučaju Lebach* iz 1973. godine,²²⁰ Ustavni sud je odlučivao o dopuštenosti prikazivanja dokumentarno-igrane emisije koja se bavila ličnošću učesnika jedne od najpoznatijih pljački u posleratnoj Nemačkoj sa kraja šezdesetih godina. Radilo se o dramatičnoj provali u vojno skladište u malom mestu Lebach, prilikom koje su ubijena četiri čuvara. Bilo je planirano da se emisija premijerno emituje na državnoj televiziji u danu kad je jedan od učesnika pljačke trebalo da bude pušten iz zatvora. On je pak od suda zahtevao da zabrani prikazivanje emisije zbog povrede njegovog privatnog života, lika i imena.

Obezbeđujući zaštitu interesu društvene reintegracije podnosioca zahteva nakon odsluženja kazne zatvora, Ustavni sud je našao da potreba zaštite njegove privatnosti u konkretnom slučaju preteže nad interesom javnosti u vezi sa prikazivanjem emisije. Član 2. Osnovnog zakona, kaže Sud, garantuje svakome autonomni prostor privatnog života, u okviru koga pojedinac može da razvija i očuva svoju individualnost. Ova garancija podrazumeva pravo pojedinca da samostalno odluči da li će i u kojoj meri dozvoliti izveštavanje o pojedinim aspektima njegovog privatnog života.²²¹

Na osnovu opšteg prava ličnosti, Ustavni sud je tokom osamdesetih godina obezbedio zaštitu i pravu na lične podatke. U *slučaju Census* iz 1983. godine,²²² Sud je odlučivao o dopuštenosti prikupljanja i drugih

²¹⁹ Sud je u ovom slučaju potvrdio da pravnu zaštitu od prisluškivanja na temelju opšteg prava ličnosti, uživaju i druga lica koja su se zatekla u stanu ili kući. Takođe, Sud je potvrdio da razgovor koji je po svojoj prirodi privatnog karaktera, uživa zaštitu od prisluškivanja i ako se vodi u kancelariji ili drugom poslovnom prostoru. Osim toga, u ranijoj odluci Saveznog suda iz 1978. godine (BGHZ 73, 120), koja se odnosila na dopuštenost objavljivanja transkripta prisluškivanog razgovora između dvojice političara u veoma čitanom nedeljniku, istaknuto je da se zaštita privatne sfere i u odnosu između privatnih lica takođe obezbeđuje na temelju opšteg prava ličnosti.

²²⁰ BVerfGE 35, 202.

²²¹ Dvadesetak godina kasnije, u slučaju *Lebach br. 2* iz 1999. godine (1 BvR 348, 98), Ustavni sud je ponovo odlučivao o dopuštenosti emitovanja nove emisije o istom događaju. Ponavljajući svoje stavove o pravu na privatnost iz prvog *Lebach slučaja*, Sud je odbio zahtev dvojice drugih učesnika pljačke za zabranu emitovanja emisije, pre svega zbog toga što materijal iz emisije nije sadržavao elemente na osnovu kojih je njih bilo moguće prepoznati.

²²² 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83.

radnji obrade ličnih podataka građana Nemačke od strane savezne administracije.

Po shvatanju Suda, dostojanstvo i vrednost ličnosti čoveka, a posebno njegovo pravo na samoodređenje, čine samo središte slobodnog društva. Moderna tehnologija nosi sa sobom nove opasnosti po ličnost pojedinca, što zahteva „dinamično“, odnosno evolutivno tumačenje opšteg prava ličnosti zaštićenog članom 2, u vezi sa članom 1. Osnovnog zakona. Imperativ poštovanja samoodređenja čoveka, kaže Sud, pretpostavlja priznanje njegove samostalnosti u odlučivanju o tome šta drugi ljudi mogu da znaju o njemu.

Pojedinac ne sme biti obeshrabren da koristi svoju slobodu zbog straha da će svaka njegova aktivnost biti uskladištena u bazama podataka organa javne vlasti. Da bi se čoveku obezbedila zaštita u ovoj oblasti, nužno je iz opšteg ustavom zajamčenog prava ličnosti izvesti pravo na samoodređenje u pogledu ličnih podataka. Ovo pravo štiti pojedinca od prikupljanja, skladištenja, upotrebe i prenosa podataka o njemu za koje on nije dao saglasnost.²²³

Međutim, zaštita podataka o ličnosti sama po sebi ne može da obezbedi potpunu zaštitu pojedinca od akata pretraživanja savremenih informaciono-tehnoloških sistema i presretanja komunikacije na internetu. To

²²³ U jednom od poslednjih „velikih“ slučajeva zaštite „prava na informacijsko samoodređenje“ iz 2008. godine, Ustavni sud je stavio van pravnog prometa odredbe propisa koje su se odnosile na automatsko elektronsko prepoznavanje, registrovanje i skladištenje brojeva tablica vozila na javnim putevima (1 BvR 2074/05, 1 BvR 1254/07). Sud je našao da navedene odredbe neopravdano povređuju opšte pravo ličnosti zaštićeno članom 2, u vezi sa članom 1. Osnovnog zakona, i to u konkretnoj manifestaciji ovog prava koje Sud naziva „osnovno pravo na informacijsko samoodređenje“. U slučaju iz 2005. godine (BGH XII ZR 60/03), Savezni sud je na osnovu opšteg prava ličnosti obezbedio zaštitu za „pravo na kontrolu stavljanja drugome na raspolaganje ličnih informacija“ sadržanih u DNK strukturi pojedinca.

Sa druge strane, Savezni sud je priznavao pravo na zaštitu ličnih podataka i za njih vezanih informacija iz privatnog života, i u slučajevima kad su mediji neovlašćeno koristili ove podatke. V. tako slučaj objavljivanja u štampi razloga za razvod braka jedne javne ličnosti koji se odnosio na bračnu nevernost ovog lica, a koja činjenica je saznata iz odluke nadležnog organa o razvodu braka, u odluci iz 1999. godine (BGH VI ZR 264/98), zatim slučaj objavljivanja adrese i slike letnjikovca poznatog televizijskog novinara, zajedno sa informacijama o tome kako stići do njegovog poseda, u odluci iz 2003. godine (BGH VI ZR 373/02), kao i slučaj objavljivanja u štampi identiteta deteta Ulrike Meinhof, poznate pripadnice terorističke grupe „Crvena Armija“, iz 2006. godine (BGH VI ZR 45/05).

je zaključak Ustavnog suda u skorašnjem slučaju iz 2008. godine,²²⁴ u kome se raspravljalo o ustavnosti odredbi zakona o ustavnoj zaštiti jedne nemačke federalne jedinice. Sud je našao da se osporenim odredbama neopravdano povređuje opšte pravo ličnosti, i to u njegovoj posebnoj manifestaciji „osnovnog prava na garantovanje poverljivosti i integriteta informaciono-tehnološkog sistema“.

Sud objašnjava da je upotreba savremenih informaciono-tehnoloških sistema vitalna za slobodan razvoj mnogih ljudi. Ova upotreba istovremeno dovodi do pojave novih oblika ugrožavanja ličnosti. Nadziranje korišćenja informatičke tehnologije, kao i uvid u uskladištene podatke, što se omogućava službama bezbednosti na osnovu osporenih zakonskih odredbi, može da dovede do neželjenog osvetljavanja pojedinih aspekata ličnosti korisnika, pa čak i da omogućiti stvaranja celokupnog profila njegove ličnosti.

Postojeća zaštita ličnosti, kaže Sud, ne može da odgovori na ove nove opasnosti. Garancija iz člana 10. Osnovnog zakona,²²⁵ uspešno štiti pojedinca od presretanja elektronske komunikacije i prikupljanja podataka sadržanim u njoj, sve dok je komunikacija u toku. Međutim, ova garancija ne štiti pojedinca od pretraživanja uskladištenih podataka nakon okončanja elektronske komunikacije, ili pak od nadziranja upotrebe informatičkih sredstava bez komunikacije sa drugima.

Slično tome, ustavno jemstvo doma iz člana 13. Osnovnog zakona, ne može efikasno da se upotrebi u ovom slučaju jer ono štiti prostorni aspekt privatnosti, koji pak fizički i nije povređen ako se nadziranje i upad u informatički sistem vrše elektronskim putem. Sa treće strane, pravo na informacijsko samoodređenje takođe ne obezbeđuje dovoljnu zaštitu jer se odnosi isključivo na podatke o ličnosti korisnika, a ne i na druge podatke koji su uskladišteni u njegovom računaru ili koje on koristi u svojoj elektronskoj komunikaciji.

Zbog toga je nužno, kaže Sud, iskoristiti kapacitet opšteg prava ličnosti, a posebno njegovu „funkciju popunjavanja pravnih praznina“, i iz ovog prava izvesti novu „garanciju integriteta i poverljivosti informaciono-tehnološkog sistema“. Na temelju ovog novog ustavnog jemstva, Sud

²²⁴ 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07.

²²⁵ Član 10, stav 1. Osnovnog zakona sadrži sledeće pravilo: „*Tajnost pisma kao i tajnost pošte i telekomunikacija neprikosnovene su*“ (prevod: Ljubica Tomić, *op. cit.*, p. 14).

je zatim proglasio osporene zakonske odredbe neustavnim i stavio ih van pravne snage.²²⁶

Ustavni sud je na sličan način iskoristio kapacitet opšteg prava ličnosti i da bi obezbedio zaštitu od prikazivanja iskrivljenog lika pojedinca u fotomontaži. U odluci Suda iz 2005. godine,²²⁷ kaže se da opšte pravo ličnosti garantuje svakome pravo da za sebe odredi kako će se predstaviti javnosti. Ovo pravo ličnosti garantuje pojedincu i zaštitu od prikazivanja tehnički izmanipulisane fotografije koja se predstavlja kao autentična slika njegovog lika.

Fotografija sama po sebi sugerise autentičnost, zbog čega posmatrači po pravilu pretpostavljaju da predstavljani lik jednog lica odgovara realnosti. Ova pretpostavka se ne može smatrati opravdanom u slučaju lako izvodljive grafičke manipulacije koja stvara distorziju lika predstavljenog lica. Istina je da pravo ličnosti ne implicira i pravo pojedinca da odredi kako će ga drugi videti, ali on ipak zadržava pravo da zabrani objavljivanje fotografije na kojoj je njegov lik iskrivljen uz pomoć tehničke manipulacije.²²⁸

²²⁶ U *slučaju princeza Soraya* iz 1973. godine (BVerfGE 34, 269), Ustavni sud je veoma precizno obrazložio ovu praksu kreativnog, dinamičnog, odnosno evolutivnog tumačenja prava. On kaže da se pravo može izuzetno naći i van usvojenih pozitivno-pravnih pravila. Radi se o pravu koje predstavlja emanaciju celokupnog ustavnog poretka i koje ima za cilj „ispravljanje“ odredbi pisanog prava. Na sudiji je da „otkrije“ ove emanacije i da u okviru svoje odluke potvrdi njihovu primenu u pojedinačnom slučaju. Ustav ne ograničava sudije u primenjivanju zakonskih odredbi u granicama njihovog jezičkog značenja. Ovaj pristup pretpostavlja potpunost zakonskih pravila, koja međutim u praksi nije ostvariva. Uvid sudije u konkretan slučaj može da iznese na videlo određenu društvenu vrednost koju ustavni poredak implicitno prihvata, ali koja nije zadobila dovoljno jasan izraz u zakonskom tekstu. Odluka suda u tom slučaju može da pomogne u obezbeđivanju efektivne potvrde ove vrednosti.

Ustavni sud je i u kasnijim odlukama takođe naglašavao značaj prava stvorenog u praksi tumačenja i primene Osnovnog zakona. V. tako odluke Suda BVerfGE 66, 116 iz 1984. godine i BVerfGE 96, 375 iz 1997. godine.

²²⁷ BverfG 1 BvR 240/04.

²²⁸ Zaštitu autentičnosti nemački sudovi su na osnovu opšteg prava ličnosti obezbeđivali i u slučajevima objavljivanja izmišljenog intervjua (BGHZ 128, 1), objavljivanja netačne informacije o tome da se jedno lice bori protiv raka (BGH VI ZR 332/94), direktnog sugerisanja na naslovnoj strani netačno izvedenog zaključka da je jedno lice spremno ili da je prihvatilo da se slika nago za visoku sumu novca (NJW 1988, 737) i sl. Uopšte o pravu na autentičnost, v. kod Vladimir V. Vodinelić, „*Građanskopravna zaštita čovekovog identiteta (autentičnosti)*“, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 3/74.

Međutim, nemački sudovi su pod opšte pravo ličnosti podvodili i ona posebna prava koja su već zakonski zaštićena, i to da bi ih uzdigli na nivo ustavom zajamčenog prava, odnosno da bi im obezbedili dodatnu ustavnopravnu zaštitu. Jedno od ovih prava jeste pravo na lik, odnosno pravo na sliku kako se ono naziva u Nemačkoj, koje je zaštićeno članom 22. Zakona o umetničkim delima još iz 1907. godine.

U slučaju neovlašćenog objavljivanja fotografije osmogodišnjeg sina princeze Caroline od Monaca iz 1995. godine,²²⁹ Savezni sud je našao da se radi o povredi prava na sliku, a time i opšteg prava ličnosti deteta. Pravo na sliku, kaže Sud, predstavlja zakonom zaštićenu posebnu manifestaciju opšteg prava ličnosti. Iz prirode ovog prava proizlazi da ovlašćenje raspolaganja sopstvenom slikom pripada samo licu čiji je lik na njoj prikazan. Samo on, zaključuje Sud, može da odluči o tome da li, kad i kako će se njegova slika prikazati drugima.²³⁰

Sve što je rečeno za lik, može da se ponovi i u vezi sa zaštitom ličnog imena jednog lica. Iako je pravo na ime zaštićeno u okviru Nemačkog građanskog zakonika,²³¹ po shvatanju Ustavnog suda izraženom u odluci iz 1998. godine,²³² ovo pravo takođe spada u opšte pravo ličnosti zaštićeno članom 1, u vezi sa članom 2. Osnovnog zakona.²³³

Ime čoveka na prvom mestu ima funkciju stvaranja ličnog identiteta u pravnom poretku, na osnovu koga se pojedinac razlikuje od drugih ljudi.²³⁴ Sa druge strane, za samog pojedinca ime predstavlja izraz sop-

²²⁹ BGH VI ZR 223/94.

²³⁰ U slučaju iz 1993. godine (BGH VI ZR 23/93), Savezni sud je takođe priznao da je pravo na sliku posebna manifestacija opšteg prava ličnosti. Pravo na lik kao emanaciju opšteg prava ličnosti eksplicitno priznaje i Ustavni sud (1 BvR 620/07 iz 2007. godine).

Sa druge strane, Savezni sud je zaštitu lika na osnovu opšteg prava ličnosti protegnuo i na slučajeve komercijalne eksploatacije portreta koji su prouzrokovali štetu licu čiji je lik reprodukovano, odnosno neosnovano obogaćenje za lice koje je iskorišćavalo tuđu sliku. V. tako *slučaj Nena* iz 1986. godine (BGH VI ZR 10/86), *slučaj Fuchsberger* iz 1992. godine (BGH VI ZR 285/91), kao i *slučaj Marlene Dietrich* iz 1999. godine (BGH I ZR 49/97).

²³¹ Članovi 1617.1 i 1617a Nemačkog građanskog zakonika odnose se na ime deteta, a član 1355.4 na promenu imena nakon zaključenja braka.

²³² 1 BvR 131/96.

²³³ V. isto shvatanje Saveznog suda u odluci iz 1993 godine (BGH VI ZR 23/93).

²³⁴ U skorašnjoj odluci iz maja 2009. godine, Ustavni sud je potvrdio da je primarna uloga imena u pravnom poretku da obezbedi stvaranje ličnog identiteta (1 BvR 1155/03).

stvenog identiteta i individualnosti. Zbog toga je on ovlašćen da zahteva poštovanje i zaštitu svog imena. U tom smislu, pravo na ime podrazumeva i odluku lica da u određenim situacijama ne upotrebljava svoje lično ime ili da koristi pseudonim, odnosno da se suprotstavi zahtevu drugoga da ne koristi svoje ime.

U konkretnom slučaju, Sud je raspravljao o tome da li otac ima pravo da zahteva od svoje ćerke da ne upotrebljava prezime koje je identično njegovom prezimenu, u televizijskim emisijama i novinskim tekstovima u kojima je ćerka navodila da ju je otac u detinjstvu seksualno zlostavljao. Sud je u vezi sa tim izneo stav da lice ima pravo da izjavama o sopstvenoj prošlosti pridruži i svoje ime, jer je ono neodvojivo povezano sa životnim iskustvom lica koje ga nosi. Kad pojedinac predstavlja javnosti svoju životnu priču, onda ga druga lica mogu identifikovati prema njegovim izjavama i prema njegovom imenu. Zahtev da se ne upotrebljava ime u opisivanju najličnijih životnih događaja, zaključuje Sud, predstavlja nedopušteni atak na pravo pojedinca da bez ograničenja komunicira sa drugim, a samim tim i na njegovu ustavom zaštićenu slobodu razvoja sopstvene ličnosti.²³⁵

Telesni integritet pojedinca takođe je zaštićen opštim pravom ličnosti. U odluci Saveznog suda iz 1993. godine,²³⁶ kaže se da se zaštita čoveka od fizičkog povređivanja iz člana 823. Nemačkog građanskog zakonika, mora razumeti veoma široko. Fizičku povredu predstavlja svaki akt povrede telesnog integriteta pojedinca za koji on nije prethodno dao saglasnost. Zabranom ovog oblika povređivanja štiti se čitava sfera egzistencije i samoodređenja čoveka koja je materijalizovana u njegovom telu.

U tom smislu, kaže Sud, telo čoveka treba razumeti kao osnov ljudske ličnosti. Pravo na sopstveno telo je stoga jedna od manifestacija opšteg prava ličnosti. Pravo na samoodređenje čoveka u pogledu njegovog tela, navodi dalje Sud, posebno dolazi do izražaja u kontekstu razvoja modernih medicinskih dostignuća. U konkretnom slučaju, pitanje koje je dalo povoda za odluku Suda, odnosilo se na to da li je povređeno pravo ličnosti lica čija je zamrznuta sperma nepažnjom uništena, a koju je ovo

²³⁵ 1 BvR 131/96. Slično kao i u oblasti prava na lik, Savezni sud je na osnovu opšteg prava ličnosti štitio pojedinca i od neovlašćenog komercijalnog iskorišćavanja njegovog imena. V. tako *slučaj Nena* iz 1986. godine (BGH VI ZR 10/86) i *slučaj Marlene Dietrich* iz 1999. godine (BGH I ZR 49/97).

²³⁶ BGHZ 124, 52.

lice pre nego što se dobrovoljno podvrglo trajnoj sterilizaciji predalo na čuvanje u cilju obezbeđivanja sopstvenog potomstva u budućnosti.

U odgovoru na ovo pitanje, Sud je naveo da se sperma koju je lice zamrzlo radi stvaranja sopstvenog potomstva u budućnosti, mora posmatrati kao funkcionalan deo njegovog tela, na isti način na koji se jajne ćelije koje su iz žene izvađene u cilju dalje veštačke oplodnje, tretiraju kao funkcionalno sjedinjene sa njenim telom. Zamrznuta sperma za muškarca koji je nakon medicinske intervencije ostao sterilan, ne predstavlja manju vrednost nego što za ženu predstavljaju njene jajne ćelije koje su namanjene oplodnji van njenog tela. U pogledu ličnog integriteta i samoodređenja, a posebno u pogledu potencijala za stvaranje potomstva, opšte pravo ličnosti u obe ove situacije obezbeđuje poštovanje telesnog integriteta i za muškarca i za ženu.²³⁷

Najzad, Ustavni sud je obezbedio dodatnu zaštitu i časti pojedinca, podvođeci je pod sferu prostiranja opšteg prava ličnosti. Tako je u *slučaju objavljivanja Straussove karikature* iz 1987. godine,²³⁸ Sud priznao ustavnu zaštitu časti ne samo kao vrednosti zaštićenoj na osnovu jemstva ljudskog dostojanstva, već i kao dobra zaštićenog opštim pravom ličnosti. Slično tome, u *slučaju Vojnici-ubice* iz 1995. godine,²³⁹ Ustavni sud je izričito rekao da u okviru opšteg prava ličnosti koje je nastalo iz garancija sadržanih u članu 2, u vezi sa garancijama iz člana 1. Osnovnog zakona, čast uživa osnovnu ustavnu zaštitu.²⁴⁰

d) Slobodan razvoj ličnosti i samoodređenje pojedinca

Preduzeta analiza posebnih manifestacija opšteg prava ličnosti, nedvosmisleno ukazuje na jedan od zajedničkih elemenata sadržine ovih posebnih prava, a to je sloboda čoveka da samostalno donese odluku u vezi

²³⁷ V. takođe i odluku Saveznog suda iz 2005. godine, o pravu pojedinca da odluči o tome da li će dozvoliti analizu svog genoma (BGH ZR 60/03), kao i stav istog Suda izražen u odluci iz 1992. godine (BGH ZR 201/91), da nepažnjom izazvano ozbiljno oštećenje mozga dovodi do gotovo potpunog uništenja ličnosti oštećenog lica.

²³⁸ BVerfGE 75, 369. Sud je istakao da je postojanje opšteg prava ličnosti direktna posledica garancija ljudskog dostojanstva.

²³⁹ BVerfGE 93, 266.

²⁴⁰ U izdvojenom mišljenju u ovom slučaju (*ibid*), sudija Haas kaže da pravo na čast predstavlja izraz ličnosti pojedinca kao rezultat njegovog dostojanstva.

sa sopstvenim ličnim dobrom. Ovaj „princip samoodređenja“ kako se on naziva u nemačkoj jurisprudenciji, obezbeđuje tako pojedincu pravo da odluči o tome da li mediji mogu da izveštavaju o njegovom privatnom životu, da ne dozvoli upad državnim službenicima, novinarima i drugima u sopstveni dom, da dozvoli ili zabrani registrovanje i objavljivanje sopstvenog lika, da samostalno kontroliše s kim će i o čemu razgovarati, da se saglasi ili usprotivi prikupljanju i daljoj obradi ličnih podataka o njemu, da koristi svoje ime i da odbije zahtev drugoga da se njime ne koristi, da ne dozvoli iskrivljeno prikazivanje sopstvene ličnosti, da slobodno raspolaze delovima svog tela i sl.

U odluci Ustavnog suda iz 2004. godine u vezi sa prisluškivanjem pojedinca u njegovom domu,²⁴¹ koncizno se kaže da se princip samoodređenja odnosi na nepovredivost prava pojedinca da odredi za sebe način sopstvenog života.²⁴² Međutim, ovaj isti princip samoodređenja prisutan je i u oblasti primene ustavnog jemstva ljudskog dostojanstva.

Na nivou vezivanja garancija dostojanstva čoveka za druga posebna prava, Ustavni sud je tako u skorašnjoj odluci iz 2009. godine,²⁴³ istakao da izborno pravo, odnosno pravo izbora predstavnika vlasti, suštinski određuje pravo na „demokratsko samoodređenje“ koje je utemeljeno u ljudskom dostojanstvu. Slično tome, u odluci Ustavnog suda iz 2006. godine,²⁴⁴ kojom su stavljene van snage odredbe propisa koji je dozvoljavao obaranje otegotog aviona koji se koristi za izvođenje terorističkog akta, kaže se da je dostojanstvo putnika i članova posade vazduhoplova povređeno time što su oni, protivno svojoj volji, stavljeni u poziciju objekta, odnosno zbog toga što su ostali bez mogućnosti da na samoodređujući način, nezavisno od drugih, utiču na okolnosti sopstvenog života.

Sa druge strane, na nivou vezivanja jemstva ljudskog dostojanstva za samu suštinu pravnog poretka, Ustavni sud je objasnio da čovekova društvena vrednost i zahtev za poštovanjem njegove ličnosti, onemogućava državu da ga tretira kao „pukog piona“, dakle kao heteronomnog subjek-

²⁴¹ 1 BvR 2378/98, 1BvR 1084/99.

²⁴² U odluci Ustavnog suda iz 1984. godine (BVerfGE 60, 253), kaže se da sloboda pojedinca pretpostavlja mogućnost struktuiranja života prema sopstvenom nahođenju.

²⁴³ 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09.

²⁴⁴ 1 BvR 357/05.

ta, te da se upravo zbog toga dostojanstvo pojedinca mora razumeti kao temeljni ustavni princip.²⁴⁵

Uz ovaj princip samoodređenja, najviši nemački sudovi su veoma često isticali u prvi plan i princip slobodnog razvoja ličnosti iz člana 2. Osnovnog zakona. Dva principa ne mogu da se shvate kao nezavisni jedan od drugog. Pravo na samoodređenje formalno potiče iz ustavnih garancija prava na slobodan razvoj ličnosti.²⁴⁶ Sadržinski pak posmatrano, povreda prava na samoodređenje, nužno otežava ili onemogućava slobodan razvoj ličnosti.²⁴⁷

Objašnjavajući potrebu zaštite doma, Ustavni sud u odluci iz 2004 godine,²⁴⁸ ističe da je slobodan razvoj ličnosti moguć samo ako postoji prostorno određena sfera koju pojedinac može koristiti po svom nahođenju i u kojoj može da izrazi svoje emocije, mišljenja i odnos prema bližnjima, slobodan od straha da ga drugi neovlašćeno slušaju ili posmatraju. U odluci iz 1999. godine,²⁴⁹ koja se između ostalog odnosila na pitanje dopuštenosti objavljivanja fotografija na kojima je Carolina od Monaca prikazana zajedno sa svojom decom, Ustavni sud je zauzeo stav da je deci neophodno obezbediti dopunsku zaštitu od medija, zbog toga što izveštavanje o njihovom privatnom životu, a posebno objavljivanje njihovih fotografija, ozbiljno ugrožava razvoj ove dece u autonomne ličnosti.

Sa druge strane, kao što je već pokazano, odnos dva principa vezuje se istovremeno i za oblast prostiranja trećeg principa, koji se određuje kao princip nepovredivosti ljudskog dostojanstva. U odluci Saveznog suda u slučaju *Marlene Dietrich* iz 1999. godine,²⁵⁰ precizno se kaže da je opšte pravo ličnosti, a time i princip samoodređenja, nastalo na temelju garan-

²⁴⁵ BVerfGE 96, 375.

²⁴⁶ V. tako još odluku Ustavnog suda u slučaju *Elfes* iz 1957. godine (BVerfGE 6, 32), kao i odluku Saveznog suda iz 1954. godine (BGHZ 13, 334), prema kojoj se opšte pravo ličnosti izvodi iz garancija slobodnog razvoja ličnosti, a koje u konkretnom slučaju obezbeđuje slobodu autora teksta da samostalno odluči o tome da li će i u kom obliku komunicirati sa javnošću putem pisanog teksta.

²⁴⁷ Još u slučaju *Herrenreiter* iz 1958. godine (BGHZ 26, 349), Savezni sud je eksplicitno rekao da objavljivanje portreta jednog lica bez njegove saglasnosti, predstavlja napad na slobodu samoodređenja ovog lica, kao i na slobodno izražavanje sopstvene ličnosti, što dalje predstavlja osnov za naknadu štete koja je naneta slobodnom razvoju njegove ličnosti, garantovanom u članu 2. Osnovnog zakona.

²⁴⁸ 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99.

²⁴⁹ 1 BvR 653/96.

²⁵⁰ BGH 1 ZR 49/97.

cija člana 1. i 2. Osnovnog zakona. Ovo pravo, kaže dalje Sud, garantuje svakom licu zaštitu njegovog dostojanstva i slobodnog razvoja ličnosti.

Principi samoodređenja čoveka i slobodnog razvoja ličnosti,²⁵¹ ne koriste se međutim isključivo u kontekstu prva dva člana Osnovnog zakona. Polje njihove primene daleko je šire – ono obuhvata i ostala ustavom zajamčena prava i slobode pojedinaca. U daljem tekstu biće navedeni primeri ekstenzivne upotrebe ovih principa od strane najviših nemačkih sudova.

U oblasti slobode mišljenja i slobode štampe koje su pokrivene garancijama upisanim u član 5. Osnovnog zakona,²⁵² najviši nemački sudovi nalazili su prostora za primenu dva principa ne samo da bi, kao što je to već predstavljeno, osigurali zaštitu posebnim manifestacijama opšteg prava ličnosti, već i u cilju zaštite medija i pojedinaca koji se javno izražava-

²⁵¹ Pravni principi se u pravnoj teoriji uobičajeno razlikuju od pravnih pravila po svojoj opštosti. Pravni principi naime pretpostavljaju norme visokog stepena opštosti, dok se pravna pravila izražavaju u okviru normi nižeg stepena opštosti. O ovom, kao i o brojnim drugim kriterijumima razlikovanja između principa i pravila u nemačkoj teoriji prava, v. Robert Alexy, *op. cit.*, pp. 45–47. Sam Robert Alexy definiše pravne principe kao naredbe, dozvole, odnosno zabrane koje je potrebno ostvariti u najvećoj meri, imajući u vidu konkretne pravne i faktičke mogućnosti za to. Drugim rečima, principi se karakterišu time što zahtevi sadržani u njima mogu biti zadovoljeni u različitoj meri. Sa druge strane, pravila zahtevaju poštovanje, ne u najvećoj ili određenoj meri, već u celini. Pravila mogu samo da se poštuju ili da se prekrše. Principi mogu između sebe da se ograničavaju, dok pravila mogu da budu samo suprotstavljena jedna drugima. (*ibid.*, pp. 47–48). Konsekventno tome, on u analizi principa autonomije i dostojanstva čoveka kaže da principi nikad nisu apsolutni, a da pravila to uvek jesu (*ibid.*, pp. 62–64).

Međutim, kritički se odnoseći prema ovom kriterijumu razlikovanja, Jurgen Habermas u svom delu „*Between Facts and Norms, Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*“ (1996, pp. 260–261), upozorava na ideju koherentnosti kao immanentnu pravnom poretku. On kaže da u konkretnom slučaju mora da se odluči ko ima pravo, odnosno obavezu, čak i ako se odluka donosi uz primenu pravnih principa. Svaka odluka ima normativan karakter, a ne teleološki karakter u odnosu na željeno dobro koje se može ostvariti u određenoj meri u skladu sa okolnostima slučaja i u okviru horizonta vrednosti prema kojima se izražava naklonost. Iako pravne norme između sebe ne stvaraju statičan, već elastičan odnos, koji je pokretan i to u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja, taj dinamičan odnos se i dalje smešta u okvir koherentnog pravnog poretka koji obuhvata sve norme zajedno u jedinstven sistem i koji u svakom pojedinačnom slučaju obezbeđuje primenu samo jednog pravnog rešenja.

²⁵² Član 5, stav 1. Osnovnog zakona, sadrži sledeća pravila: „*Svako ima pravo na slobodno iznošenje i širenje misli rečima, pisanim putem i slikom, kao i pravo da se nesmetano informiše iz opštedostupnih izvora. Jamči se sloboda štampe i saopštavanja putem radija i filma. Cenzura se ne sprovodi.*“ (prevod: Ljubica Tomić, *op. cit.*, p. 12).

vaju. Tako, u *slučaju vojnici-ubice* iz 1995. godine,²⁵³ Ustavni sud objašnjava da sloboda mišljenja garantuje svakome pravo da slobodno izrazi, odnosno učini drugima dostupnim svoje mišljenje, u usmenom, pisanom ili slikovnom obliku.

Izražena mišljenja odražavaju ličnost onog lica koje se koristi ovom slobodom.²⁵⁴ Ona sadrže njegove stavove o činjenicama, idejama ili drugim licima, koji uživaju zaštitu bez obzira na to da li se mogu označiti kao racionalni ili emocionalni, čvrsto utemeljeni ili izraženi bez osnova, vredni ili bezvredni i sl.

Zaštita slobode mišljenja, dodaje Sud, ne odnosi se samo na sadržaj, već i na formu iznetog stava. Pojedinaac može svoje mišljenje izraziti na različite načine, na primer na polemičan način, kao što može da izabere i vreme i mesto za upoznavanje drugih sa sadržinom svojih stavova. Slično tome, Savezni sud u slučaju iz 1993. godine,²⁵⁵ kaže da zaštitu uživaju i stavovi koji sadrže oštru kritiku ili su izraženi na ironičan način. Sadržina i forma mišljenja, zaključuje Sud, zaštićeni su članom 5. Osnovnog zakona zbog toga što predstavljaju sastavni deo prava na samoodređenje lica koje ih izražava. U tom smislu, a prema odluci Ustavnog suda iz 1990. godine, ustavno jemstvo slobode mišljenja ima funkciju zaštite razvoja ličnosti ovog lica.²⁵⁶

Svako je slobodan da kaže šta misli, čak i ako nema ili ne može da navede pouzdan razlog za svoje mišljenje. Cilj koji se želi postići izražavanjem stavova jeste „mentalni efekat“ na okolinu, odnosno uticaj na formiranje mišljenja drugih.²⁵⁷ I upravo zbog potrebe zaštite interesa onih kojima su ovi stavovi upućeni i komplementarno garancijama slobode izražavanja mišljenja, Osnovni zakon sadrži i jemstvo slobodnog pristupa informacijama.

²⁵³ BVerfGE 93, 266.

²⁵⁴ U slučaju iz 1998. godine (1 BvR 131/96), Ustavni sud je rekao da je izražavanje mišljenja najdirektniji izraz čovekove ličnosti u društvu u kome živi. Još u *slučaju Luth* iz 1958. godine (BVerfGE 7, 198), Ustavni sud je naveo da sloboda izražavanja najneposrednije odražava ličnost pojedinca, te je istakao da se radi o čoveku najdragocenijem pravu, osnovi same slobode, „*matrix*“ slobodi, odnosno nužnom uslovu gotovo svake druge forme slobode.

²⁵⁵ BGH VI ZR 23/93.

²⁵⁶ Potvrđujući ovu funkciju člana 5. Osnovnog zakona, Ustavni sud (BVerfGE 82, 272), skreće pažnju i na to da garancija slobode izražavanja mišljenja služi i zaštiti demokratije u društvu.

²⁵⁷ V. tako odluku Ustavnog suda iz 1982. godine u *slučaju Wahlkampf* (BVerfGE 61, 1).

Ističući da poštanskim službama nije dopušteno da zadržavaju pošiljke sa štampanim publikacijama koje na adrese u Saveznoj Republici Nemačkoj stižu iz nekadašnje Nemačke Demokratske Republike, Ustavni sud u odluci iz 1969. godine,²⁵⁸ objašnjava da se tim aktom povređuje ustavom garantovano pravo pojedinca da sebe informiše. Korišćenje ovog prava preduslov je za formiranje mišljenja o pojedinim pitanjima, što dalje predstavlja osnov za slobodno izražavanje ličnog mišljenja. Elementarna je potreba čoveka, zaključuje Sud, da se što potpunije informiše kako bi proširio sopstvena saznanja, i na taj način razvio svoju ličnost.²⁵⁹

Po pravilu, pojedinac se informiše čitajući štampu, odnosno slušajući i gledajući programe radija i televizije. U tom smislu, „autonomija štampe“, kako je naziva Ustavni sud u *slučaju Spiegel* iz 1966. godine,²⁶⁰ od odlučujućeg je značaja za obezbeđivanje informacija javnosti. Ovu autonomiju uživaju jednako pojedinci-novinari i organizacije-mediji. Institucija „slobodne štampe“, po shvatanju Suda, obuhvata ne samo slobodu od pretresa kancelarija novinara i urednika, što je u ovom konkretnom slučaju dalo povod za donošenje odluke, već i slobodu osnivanja javnih glasila, slobodu pristupa profesiji novinara, zaštitu izvora informacija, kao i određene pozitivne obaveze države, a na prvom mestu obaveze obezbeđivanja dostupnosti informacija o radu državnih organa i sprečavanja monopola u objavljivanju informacija i formiranju mišljenja u javnosti.²⁶¹

²⁵⁸ BVerfGE 27, 71.

²⁵⁹ Ustavni sud navodi da čovek može da izgradi svoje mišljenje ili da se opredeli za jedan od stavova koje su drugi izrazili, samo ako poseduje sve relevantne informacije. Posedovanje informacija omogućava nezavisno opredeljivanje, kaže Sud. U tom smislu, državi nije dopušteno da utiče na prikupljanje informacija i izbor između njih. Zbog toga je pravo čoveka da sebe informiše povezano i sa demokratskim principom, jer korišćenje ovog prava neposredno omogućava pojedincu da formira mišljenje i o politici državnih organa. Posmatrano iz te perspektive, lako je razumljivo, kaže Sud, da je ovo ustavno jemstvo neposredna reakcija na praksu nacional-socijalističke države koja je ljudima uskraćivala informacije i kontrolisala izražavanje mišljenja, uključujući u to i direktnu zabranu slušanja programa stranih radio stanica, kao i čitanja literature i štampe uvezene iz inostranstva. V. slično rezonovanje Ustavnog suda po istom pitanju u drugoj odluci iz 1969. godine (BVerfGE 27, 88).

²⁶⁰ BVerfGE 20, 162.

²⁶¹ Poseban značaj sloboda štampe ima u „liberalnoj državi“, kao se izražava Sud u ovoj odluci. Ova sloboda je nerazdvojivo povezana sa demokratijom. Ako se od građana očekuje da donose političke odluke, onda im se mora omogućiti da budu svestrano informisani, kao i da odmeravaju suprostavljene stavove o političkim stvarima. Štampanje, u tom smislu, stimuliše ovu živu diskusiju. Na temelju medijskih sloboda artikulišu se

„Institucionalna autonomija“ medija obuhvata po mišljenju Ustavnog suda izraženog u *slučaju Wallraff/Bild* iz 1984. godine,²⁶² takođe i uredničku tajnu, odnosno slobodu urednika da sačuva poverljivost svog rada. Sud u ovoj odluci kaže da medijima kao organizacijama mora biti obezbeđeno pravo na slobodan razvoj u društvu.²⁶³ Najzad, u skorašnjoj odluci Ustavnog suda iz 2008. godine,²⁶⁴ neposredno se potvrđuje da sloboda štampe uključuje pravo medija da za sebe odluči koja je informacija vredna objavljivanja.

Veoma slično rezonovanje dolazi do izražaja i u oblasti slobode umetnosti i nauke, kao i tzv. akademske slobode, koje su takođe zajamčene članom 5. Osnovnog zakona.²⁶⁵ U *slučaju Mephisto* iz 1971. godine,²⁶⁶ koji se odnosio na ocenu dopuštenosti sadržaja istoimenog romana Klause Manna, Ustavni sud naglašava da umetnost predstavlja najneposredniji izraz ličnosti umetnika. U suštini umetničke aktivnosti leži kreativan proces u okviru koga umetnik odabira određeni komunikacijski medij, a zatim u neposredno saznatljivom obliku izražava ono što oseća, misli, što je naučio ili iskusio i sl. U toku ovih aktivnosti, umetnik koristi svesne i podsvesne sadržaje svoje ličnosti, koje nije moguće racionalno razdvojiti, kao i svoju intuiciju, imaginaciju i umešnost. U tom smislu, kaže Sud, sloboda sadržana u ovom jemstvu, baš kao što je to slučaj sa ostalim osnovnim pravima, utkana je u ustavnu koncepciju čoveka kao odgovornog pojedinca koji je slobodan da se razvija u društvu.²⁶⁷

različita mišljenja, te zbog toga javna glasila imaju funkciju posrednika između pojedinaca i njihovih izabranih predstavnika. Mediji objavljuju mišljenja i zahteve koji nastaju u javnoj debati, i na taj način ih prenose organima vlasti, koji su dalje u poziciji da svoje odluke, čak i u svakodnevnim situacijama, upoređuju sa mišljenjem koje o tome preovlađuje među stanovništvom.

²⁶² BVerfGE 66, 116.

²⁶³ U *slučaju Blinkfuer* iz 1969. godine, Ustavni sud je stao na stanovište da je cilj slobode štampe da olakša i obezbedi slobodno stvaranje mišljenja u javnosti, te da pozivanje na bojkot protiv određenog javnog glasila zbog njegovog sadržaja i to korišćenjem dominantnog položaja na medijskom tržištu, predstavlja nedopuštenu povredu ove slobode.

²⁶⁴ 1 BvR 1602/07, 1 BvR1606/07, 1 BvR 1626/07.

²⁶⁵ Prvo pravilo iz člana 5, stav 3. Osnovnog zakona izraženo je sledećim rečima: „*Umetnost i nauka, istraživanje i nastava slobodni su.*“ (prevod: Ljubica Tomić, *op. cit.*, p. 12).

²⁶⁶ BVerfGE 30, 173.

²⁶⁷ U *slučaju uličnog teatra* iz 1984. godine (BVerfGE 67, 213), Ustavni sud je istakao da nije moguće precizno definisati umetnost, ali da je neophodno zaštititi slobodu

Određivanje sadržaja i forme umetničke aktivnosti od strane nekog drugog lica ili države, navodi dalje Sud, ne bi moglo da prođe bez povrede prava na slobodan razvoj kreativnosti umetnika. Sloboda umetnosti pretpostavlja da je umetnik jedini „sudija“ svog dela. On slobodno odlučuje o načinu stvaranja dela, materijalima koje će upotrebiti i tehnikama upotrebe ovih materijala, a na prvom mestu, o samoj sadržini, odnosno predmetu svoje aktivnosti. Najzad, „autonomija umetnosti“, kako Ustavni sud još naziva ovu slobodu, obuhvata ne samo stvaranje, već i izlaganje, objavljivanje ili na drugi način činjenje dostupnim umetničkog dela u javnosti.²⁶⁸

Sa druge strane, ustavno jemstvo iz člana 5. Osnovnog zakona obuhvata i tzv. akademske slobode. Tako, ova garancija odnosi se na aktivnosti koje su usmerene na otkrivanje znanja i njegovo prenošenje drugima. Za one koji sprovode ove aktivnosti u potrazi za istinom, kaže Ustavni sud u *slučaju knjige o krivici za Drugi svetski rat* iz 1994. godine,²⁶⁹ važi princip „autonomne“ akademske odgovornosti, a ne „heteronomne“ pravne odgovornosti. Svako ko je akademski aktivan, objašnjava Sud, uživa zaštitu od uticaja države na proces stvaranja akademskog znanja. Efikasne ili neefikasne aktivnosti, tačni ili netačni rezultati istraživanja, mogu biti predmet samo akademske ocene. Tako, akademska sloboda, zaključuje Sud, štiti i stav manjine, kao i neuspešne pokušaje i pogrešne rezultate istraživanja.

umetnosti. Karakteristika umetničkog dela, po mišljenju Suda, jeste to da se njegova sadržina može po pravilu tumačiti na različite načine. Osim toga, sadržaj umetničkog dela ne vezuje se za njegovu pravnu kvalifikaciju, te se po shvatanju Ustavnog suda u *slučaju Mutzenbacher* iz 1990. godine (BVerfGE 83, 130), kao umetnost mora razumeti na primer i pornografski roman. U tom smislu, kaže Sud, ocena države ili drugoga u pogledu stila, kvaliteta, sadržaja ili efekta koji delo proizvodi u javnosti, sama po sebi ne može da utiče na karakter ovog dela kao umetničkog. Sa druge strane, umetničko delo može na sebe da uzme jednako brojne forme. Tako je u *slučaju Strassove karikature* iz 1987. godine (BVerfGE 75, 369), Ustavni sud našao da je satirična karikatura priznata forma umetničkog dela, dok je u *slučaju povrede državne zastave* iz 1990. godine (BVerfGE 81, 278), Sud priznao kao umetničko delo kompilaciju proze i poezije ilustrovane karikaturama i kolažima (v. takođe i druge dve odluke Ustavnog suda iz iste godine, *slučaj povrede državne himne*, BVerfGE 81, 298, i *slučaj nacističkih simbola*, BVerfGE 82, 1).

²⁶⁸ V. već navedenu odluku Ustavnog suda u *slučaju uličnog teatra* iz 1984. godine (BVerfGE 67, 213), kao i odluku Saveznog suda u *slučaju Marlene Dietrich* iz 1999. godine (BGH 1 ZR 49/97).

²⁶⁹ BVerfGE 90, 1.

Osim toga, akademske slobode štite i autonomiju fakulteta, odnosno univerziteta kao institucija. U skorašnjoj odluci iz 2008. godine,²⁷⁰ Ustavni sud je raspravljao o dopuštenosti akta teološkog fakulteta na osnovu koga je profesor koji je predavao predmet „Novi zavet“, a koji se javno odrekao hrišćanske vere, premešten na predmet „Istorija i književnost ranog hrišćanstva“. Ustavni sud je stao na stanovište da u sukobu dva oprečna interesa u konkretnom slučaju, preteže potreba zaštite prava crkve kojoj fakultet pripada na sopstveno samoodređenje, kao i prava fakulteta da očuva svoj identitet teološkog fakulteta i ostvari cilj obrazovanja novih teologa.

Nije na državi koja je nepristrasna u verskim stvarima, da donese odluku o teološkom učenju pojedinih denominacija, već je to pitanje na koje odgovor može da pruži samo verska zajednica kojoj teološki fakultet pripada. Samoodređenje crkve, kako kaže Ustavni sud,²⁷¹ povezano je sa pravom fakulteta da izgradi i očuva svoj identitet teološkog fakulteta, čiji je nastavni plan i sfera istraživanja određena u skladu sa crkvenim potrebama. Ova funkcija fakulteta da zadovolji potrebe svoje denominacije, zaključuje Sud, bila bi značajno ugrožena ako bi ključni predmet u nastavnom planu predavao profesor koji se javno odrekao veroispovesti kojoj ovaj fakultet pripada.

Primena pravila o verskim slobodama u oblasti obrazovanja došla je takođe do izražaja u odluci Ustavnog suda iz 2003. godine,²⁷² koja se odnosila na pravo učiteljice islamske veroispovesti da u toku nastave nosi hidžab, tradicionalnu maramu kojom se pokriva glava. Sud je zauzeo stav da nametanje radne obaveze uzdržavanja od nošenja hidžaba na

²⁷⁰ 1 BvR 462/06.

²⁷¹ Institucionalna autonomija crkava i drugih verskih zajednica nije neposredno zajamčena u članu 4. Osnovnog zakona koji se odnosi na verske slobode. Međutim, u članu 140. Osnovnog zakona, kaže se da će se u ovoj oblasti i dalje primenjivati pravila starog tzv. „Vajmarskog ustava“ iz 1919. godine. Tako, u članu 137. Vajmarskog ustava, bliže je uređen pravni status verskih zajednica, te se u njemu, između ostalog, mogu pročitati sledeća pravila:

„Ne postoji državna crkva.

Jemči se sloboda udruživanja u verske zajednice.

Spajanje verskih zajednica na teritoriji Rajha ne podleže nikakvim ograničenjima.

Svaka verska zajednica samostalno uređuje i upravlja svojim poslovima u okviru granica važećeg zakona.“ (prevod: Ljubica Tomić, op. cit., p. 89).

²⁷² 2 BvR 1436/02.

času, predstavlja povredu verske slobode garantovane članom 4. Osnovnog zakona.²⁷³ Ova obaveza, objašnjava Sud, stavlja učiteljicu u poziciju da odluči da li će da napusti školu ili će prestati da nosi tradicionalni deo svoje odeće.

Odredbe člana 4. Osnovnog zakona, jemče na sveobuhvatan način pravo pojedinca da veruje ili ne veruje u svom privatnom životu, ali i njegovo pravo da javno izrazi svoje versko opredeljenje. U ovu slobodu spada po mišljenju Suda i pravo pojedinca da oblikuje svakodnevno postupanje u skladu sa svojim verskim uverenjima.

Za učiteljicu u konkretnom slučaju nošenje hidžaba predstavlja samo ispunjavanje verske obaveze, dok pokoravanje pravilima oblačenja verske zajednice kojoj pripada jeste izraz njene vere. Pravo učiteljice da nosi hidžab u toku nastave zaštićeno je ustavnim jemstvima, zaključuje Sud, zbog toga što sloboda veroispovesti pretpostavlja obezbeđivanje prostora u okviru koga pojedinac može da izražava svoja verska uverenja i na taj način ostvari ličnu autonomiju.

Ovo pitanje lične autonomije u sferi religije, došlo je do izražaja i u skorašnjem slučaju iz 2009. godine,²⁷⁴ u kome je Ustavni sud odlučivao o dopuštenosti zakonskih odredbi pojedinih federalnih jedinica koje su omogućavale radnjama da ostanu otvorene i nedeljom, odnosno za vreme praznika. Sud na prvom mestu konstatuje da ustavna sloboda od rada nedeljom i za vreme praznika ima za cilj obezbeđivanje nesmetanog odmora od rada.²⁷⁵ Istovremeno, kaže Sud, ova ustavna pravila utemeljena su u verskoj, odnosno hrišćanskoj tradiciji zemlje, te u tom smislu predstavlja ju specifične garancije verske slobode.

Sloboda veroispovesti nema samo odbrambenu funkciju, već nameće i određene pozitivne obaveze, kao što je obaveza zaštite prostora u okviru koga pojedinac može da izražava svoja verska uverenja, a time i ostvari

²⁷³ Prva dva stava člana 4. Osnovnog zakona, glase:

„(1) *Neprikosnovene su sloboda vere, savesti, religioznog i ideološkog uverenja.*

(2) *Jemči se nesmetano ispovedanje vere.*“ (prevod: Ljubica Tomić, *op. cit.*, p. 12).

²⁷⁴ 1 BvR 2857/07, 1 BvR 2858/07.

²⁷⁵ Postupak ocene ustavnosti ovih zakonskih odredbi pokrenut je na zahtev pojedinih verskih zajednica, a na temelju odredbe iz člana 139. Vajmarskog ustava, koji se prema članu 140. Osnovnog zakona još primenjuje, a koja glasi: „*Nedelja i praznici koje država priznaje, ostaju zaštićeni kao dani odmora i duhovnog oporavka.*“ (prevod: Ljubica Tomić, *op. cit.*, p. 90). Sam Ustavni sud u ovom slučaju kaže da je ovo prvi put da se pred njim postavlja pitanje ustavnih garancija vezanih za nedelju i praznike.

autonomnu ličnost u sferi ideologije i religije. Zbog toga se obezbeđivanje odmora nedeljom i u vreme praznika mora razumeti i kao deo slobode veroispovesti zaštićene članom 4. Osnovnog zakona.

Međutim, objašnjava Sud, vremenom je ustavna sloboda od rada nedeljom i praznikom u značajnoj meri izgubila svoj verski, odnosno hrišćanski karakter. Sekularna funkcija ovih ustavnih garancija sastoji se u tome što one obezbeđuju svakom pojedincu mogućnost da izvan procesa rada zadovolji svoje osnovne životne potrebe. Tako, svako uživa pravo da se nedeljom i za vreme praznika odmori i da ostvari kontakt sa drugima, da se sam ili sa drugima opusti, da uživa u dokolici, da se rekreira i sl. U tom smislu, sloboda od rada nedeljom i praznikom, kaže Sud, služi slobodnom razvoju ličnosti pojedinca u korišćenju ostalih osnovnih prava van radnog vremena.

Ovaj slučaj primene principa samoodređenja i slobodnog razvoja ličnosti koji usmerava pažnju i na društveni kontekst uživanja prava i sloboda, ilustrativan je primer njihovog korišćenja u veoma širokoj oblasti pravnih garancija uspostavljanja i razvoja odnosa sa drugim ljudima. U odluci Ustavnog suda iz 1991. godine,²⁷⁶ kaže se da ustavno jemstvo slobode okupljanja iz člana 8. Osnovnog zakona,²⁷⁷ ima za cilj obezbeđivanje pojedincima mogućnosti za zajedničko izgrađivanje i izražavanje mišljenja. Ovo jemstvo čini mogućim planiranu ili spontanu komunikaciju između ljudi, bez mešanja države, kao i izražavanje rezultata ove komunikacije.

Svaki pojedinac ima pravo da se pridruži skupu. Naravno, objašnjava Sud, to ne znači da se od pojedinca zahteva da podrži ideje drugih, već on na skupu može da izrazi i svoje protivljenje, odnosno da kritikuje mišljenja koja su već izražena. Jedino što onaj koji sebe vidi u opoziciji prema skupu ne sme činiti, jeste da spreči održavanje skupa.

Poseban značaj ovog jemstva slobode okupljanja po demokratske procese vidljiv je u vreme predizborne kampanje. U odluci Ustavnog suda iz 1982. godine,²⁷⁸ koja se odnosila na pitanje dopuštenosti oštre kritike političkih protivnika na predizbornom skupu, kaže se da ustavnu

²⁷⁶ BVerfGE 84, 203.

²⁷⁷ Prvi stav člana 8. Osnovnog zakona, glasi: „*Svi Nemci imaju pravo da se okupljaju bez prijave ili dozvole na miran način i bez oružja.*“ (prevod: Ljubica Tomić, *op. cit.*, p. 13).

²⁷⁸ BVerfGE 61, 1.

ulogu učesnika u formiranju političke volje građana iz člana 21. Osnovnog zakona,²⁷⁹ političke partije vrše prvenstveno aktivnim uključivanjem u izborni proces, koji je u parlamentarnoj demokratiji najvažniji oblik formiranja ove političke volje. U periodu predizborne kampanje, objašnjava Sud, ovo ustavno pravilo igra odlučujuću ulogu u obezbeđivanju slobode izražavanja mišljenja. Kritika koju jedna stranka javno iznosi na račun druge stranke, predstavlja njen doprinos javnoj debati o političkim stvarima, i time doprinos formiranju mišljenja birača.

Sa druge strane, Ustavni sud je odlučivao i o osetljivim pitanjima odnosa između pojedinaca u oblasti pravne zaštite braka i porodice. U slučaju iz 2008. godine,²⁸⁰ Sud je raspravljao o ustavnosti odredbe Zakona o transseksualcima (*Transsexuellengesetz*, 1980), koja je dozvoljavala licu koje je promenilo pol da od nadležnog organa zahteva priznanje novog pola, ali samo pod uslovom da se to lice ne nalazi u braku. Podnosilac zahteva za ocenu ustavnosti bilo je lice koje je u to vreme živelo sa svojom suprugom u bračnoj zajednici već 56 godina i koje je sa njom dobilo troje dece. Iako je hirurškim putem promenilo pol, ovo lice nije želelo da se razvede od svoje supruge zbog toga što je sa njom i nakon ove medicinske intervencije ostalo u dobrim bračnim odnosima.

Ustavni sud je zauzeo stav da je ograničavajuća zakonska odredba neustavna. Ova odredba, objašnjava Sud, ima za cilj da omogući vršenje ustavom zajamčenog prava na samoodređenje polnog identiteta. Ona obavezuje nadležni organ da na osnovu zahteva lica koje je promenilo pol, izvrši priznanje njegovog novog pola. Međutim, ova odredba odnosi se samo na lice koje nije u braku, te na taj način stvara značajnu prepreku za ostvarenje prava na priznanje novog pola onom licu koje se nalazi u braku.

Lice koje u toku braka otkrije ili odluči da prizna svoju transseksualnost i koje se nakon toga podvrgne hirurškoj intervenciji, objašnjava Sud, nalazi se pred ličnim izborom – ako želi da dođe do odluke nadležnog organa o priznanju novog pola, moraće da se razvede, a ako zajedno sa bračnim drugom želi da ostane u braku, promena pola neće biti pravno priznata.

²⁷⁹ Prvo pravilo upisano u stav 1, člana 21. Osnovnog zakona, glasi: „*Političke stranke učestvuju u stvaranju političke volje naroda.*“ (prevod: Ljubica Tomić, *op. cit.*, p. 22).

²⁸⁰ 1 BvL 10/05.

Ako se pak ova situacija posmatra sa stanovišta ustavnog jemstva bračnih odnosa,²⁸¹ dalje razmišlja Sud, onda se pokazuje da osporena odredba ima za cilj zaštitu klasično shvaćene bračne zajednice lica različitog pola. Međutim, prisiljavanjem lica da izađe iz braka u cilju dobijanja priznanja svog novog pola, upravo se napada na strukturalno obeležje braka kao zajednice života. Time se već zasnovana bračna zajednica ostavlja bez pravne zaštite, što predstavlja povredu ustavnog jemstva braka. Zbog toga se osporena odredba stavlja van pravnog prometa, zaključuje Sud, a zakonodavac zadržava obavezu da izmeni zakon i to tako što će omogućiti bračnim drugovima ili da održe svoj brak ili da ga prevedu u status registrovane zajednice lica istog pola.

Takođe, Ustavni sud se bavio i pitanjima odnosa roditelja i dece. U već navedenom slučaju iz 2003. godine, koji se odnosio na pravo učiteljice da u toku nastave nosi hidžab,²⁸² Sud je razmatrao i pitanje da li ovaj način njenog oblačenja može da dovede do povrede prava deteta i roditelja. Prema slovu člana 6, stav 2. Osnovnog zakona,²⁸³ roditelji imaju pravo da podižu i obrazuju svoju decu, i to pravo, zajedno sa jemstvima slobode religije iz člana 4. Osnovnog zakona, pretpostavlja i slobodu odlučivanja roditelja o verskom obrazovanju dece, kao i o pogledima na svet koji se kod dece izgrađuju.

Ovo ustavno jemstvo takođe obuhvata i pravo roditelja da zaštite svoju decu od onih učenja koja oni smatraju pogrešnim ili štetnim. S tim u vezi, Sud priznaje da postoji određena tenzija između prava učiteljice da nosi hidžab, interesa države da ostane neutralna u verskim stvarima i potrebe zaštite interesa roditelja da mogu samostalno da odluče o tome koja verska učenja su prihvatljiva za njihovu decu. Međutim, kaže Sud, analiza mogućih oblika povrede interesa roditelja i dece u konkretnom slučaju, pokazuje da je stvarni rizik od nastanka povrede neznan.

Sa druge strane, po shvatanju Ustavnog suda, rizik od povrede interesa deteta bio bi veoma izražen ako se ne bi sprečila dostupnost pornografske literature deci. U slučaju iz 1990. godine,²⁸⁴ Sud kaže da zaštita

²⁸¹ Stav 1, člana 6. Osnovnog zakona, glasi: „*Brak i porodica uživaju posebnu zaštitu države.*“ (prevod: Ljubica Tomić, *op. cit.*, p. 12).

²⁸² 2 BvR 1436/02.

²⁸³ Prvo pravilo upisano u stav 2, člana 6. Osnovnog zakona, izraženo je sledećim rečima: „*Nega i vaspitanje dece jeste prirodno pravo i prioritarna dužnost roditelja.*“ (prevod: Ljubica Tomić, *op. cit.*, p. 12).

²⁸⁴ BVerfGE 83, 130.

dece od pornografije ima ustavni karakter, pre svega na osnovu garancija sadržanim u članu 6, stav 2. Osnovnog zakona. Pravo roditelja da podižu i obrazuju svoju decu, obuhvata i pravo da donesu odluku o tome koju literaturu njihova deca čitaju.

Međutim, kaže Sud, zaštita dece neposredno se oslanja i na garancije upisane u prva dva člana Osnovnog zakona. Dete ima pravo da slobodno razvija svoju ličnost. Zbog toga mu se mora obezbediti zaštita i pomoć u cilju njegovog razvoja u ličnost odgovornu za sebe u okviru društvene zajednice u kojoj živi. Ova dvostrana obaveza, zaključuje Sud, odnosi se i na zaštitu dece od seksualnih opasnosti, kao i na seksualnu edukaciju mladih.²⁸⁵

U jednom od poslednjih slučajeva u oblasti odnosa roditelja prema detetu iz 2008. godine,²⁸⁶ Ustavni sud je raspravljao o dopuštenosti novčanog kažnjavanja oca koji nije hteo da viđa svoje dete. Radilo se o licu koje je već bilo oženjeno i koje je živelo sa suprugom i njihovo dvoje maloletne dece. Iz vanbračne veze sa drugom ženom on je dobio sina, koga je priznao i za čije je izdržavanje redovno izdvajao određenu sumu novca. Međutim, on nikad nije želeo da ostvari lični kontakt sa sinom, jer bi to po njegovoj tvrdnji neizbežno dovelo do kraha njegove bračne zajednice. Uz to, u sudskom postupku koji je protiv njega pokrenut, on je tvrdio da se ne oseća povezanim sa sinom za koga je rekao da je rođen protivno njegovoj izričitoj volji. I pored toga, sud je ovo lice kaznio sa 25.000 eura zbog izbegavanja roditeljske obaveze.

Odlučujući o dopuštenosti kazne u konkretnom slučaju, Ustavni sud navodi da je obaveza roditelja da održavaju vezu sa svojom decom propisana članom 1684. Nemačkog građanskog zakonika, ali da se istovremeno radi i o ustavnoj obavezi roditelja na osnovu stava 2, člana 6. Osnovnog zakona. Dete ima ustavom zajamčeno pravo na staranje od strane njegovih roditelja.

Pravno obavezivanje oca vanbračnog deteta da održava vezu i brine o svom sinu, jeste povreda njegovog prava ličnosti. Međutim, kaže Sud, ovo ograničenje prava roditelja po pravilu je dopušteno zbog zaštite interesa samog deteta, a pre svega, zbog toga što je ovaj kontakt sa roditeljem od velikog značaja za njegov razvoj.

²⁸⁵ O obavezi zaštite mladih od propagiranja ideja koje se ne mogu prihvatiti sa stanovišta principa dostojanstva ličnosti i slobode čoveka, a naročito nacističke ideologije, Ustavni sud je govorio u svojoj odluci iz 1994. godine (BVerfGE 90, 1).

²⁸⁶ 1 BvR 1620/04.

Međutim, u konkretnom slučaju, kažnjavanje oca koji odbija da vidi svog sina ne može da ostvari cilj zaštite interesa deteta. Prinudno izvršenje obaveze roditelja pod pretnjom novčanog kažnjavanja, objašnjava Sud, ne bi bilo u najboljem interesu deteta jer bi dovelo do odnosa u kome je otac prilikom susreta sa sinom samo fizički, a ne i emocionalno prisutan, što bi dalje kod deteta stvorilo osećaj odbačenosti, a samim tim i veliku opasnost od povrede njegovih emocija i osećaja samopoštovanja sopstvene ličnosti.²⁸⁷

Najzad, Ustavni sud je takođe 2008. godine raspravljao i o pitanju ustavnosti inkriminacije dobrovoljnog seksualnog odnosa između brata i sestre.²⁸⁸ Jedan od aspekata ovog odnosa između bliskih srodnika, odnosi se i na pitanje dopuštenosti ograničavanja njihovog prava na seksualno samoodređenje. Po shvatanju Suda, kažnjavanje za krivično delo incesta predstavlja dopušteno ograničenje seksualne slobode.

Ova inkriminacija je neophodno potrebna u cilju zaštite postojećih bračnih i porodičnih odnosa, kao i sprečavanja štete po potomstvo koja može nastati iz ovog odnosa. Sa druge strane, kaže Sud, zabrana incesta odnosi se na usko određen seksualni odnos između dva bliska srodnika, te se tako ova lica u pogledu izbora seksualnih partnera ne stavljaju u bezizglednu poziciju koja bi bila nekompatibilna sa stanovišta obaveze poštovanja ljudskog dostojanstva.

e) Zaključna razmatranja

Praksa Ustavnog i Saveznog suda pokazuje da gotovo nema posebne ustavne garancije koja je ostala van domašaja članova 1. i 2. Osnovnog zakona. Vršenje prava i sloboda upisanih u ustavni katalog ljudskih prava neposredno se u praksi najviših nemačkih sudova vezuje za primenu principa slobodnog razvoja ličnosti i samoodređenja pojedinca, kao i principa nepovredivosti ljudskog dostojanstva. Na ovaj način, u pravoj mreži

²⁸⁷ Odnosi roditelja i njihove dece bili su u središtu pažnje najviših nemačkih sudova i u slučajevima kada je ovaj odnos kao deo njihovog privatnog života bio predmet medijskog izveštavanja. V. tako slučaj ćerke koja je putem medija govorila o tome kako ju je otac seksualno zlostavljao iz 1998. godine (1 BvR 131/96), kao i slučaj navođenja u medijima da je podnosilac predstave ćerka teroristkinje Ulrike Meinhof iz 2006. godine (BGH VI ZR 45/05).

²⁸⁸ 2 BvR 392/07.

isprepletanih apstraktnih principa i posebnih pravila, izgrađena je sveobuhvatna konstrukcija zaštite slobode pojedinca.

Dva su osnovna obeležja ove sofisticirane građevine. Prvo, temeljni pravni principi i posebna pravila nikad se ne koriste na isti, jednoobrazan način, što ukazuje na to da je njihov međusobni odnos veoma složenog karaktera. Tako, u konkretnim slučajevima, ustavni principi se nekad koriste samostalno, ali mnogo češće u vezi sa drugim pravilima koja se odnose na garancije pojedinih prava i sloboda. Nekad se sami principi koriste radi stvaranja novih prava i sloboda, a nekad kao sredstvo dopunske zaštite onih prava i sloboda koja su već sadržana u tekstu Osnovnog zakona ili posebnih zakona. U nekim slučajevima dominira samo jedan princip, u drugim slučajevima koriste se istovremeno više principa.

Nekad se čini da sudovi razumeju tri principa kao samostalna, a nekad kao norme koje proizlaze jedna iz druge. U *slučaju Marlene Dietrich* iz 1999. godine,²⁸⁹ Savezni sud kaže da je opšte pravo ličnosti priznato kao ustavno pravo zajamčeno članovima 1. i 2. Osnovnog zakona, te da ono garantuje zaštitu dostojanstva čoveka i prava na slobodan razvoj ličnosti. Slično tome, još u *slučaju Herrenreiter* iz 1958. godine,²⁹⁰ Savezni sud navodi da svetost ljudskog dostojanstva i slobodan razvoj ličnosti koji su zaštićeni članom 1. Osnovnog zakona, moraju biti priznati i kao opšte pravo ličnosti.²⁹¹

Ovaj složen odnos između pravila i principa, koji se često shvataju kao slojevi istog normativnog poretka i koji se po potrebi i u skladu sa okolnostima slučaja mogu pravno aktivirati samostalno ili zajedno sa ostalima, neposredno upućuje na drugo obeležje ustavne konstrukcije ljudskih prava, a to je njena celovitost. Celovitost pak režima zaštite ljudskih prava u Nemačkoj potiče od iste osnovne ideje, a to je ideja o slobodi čoveka.²⁹² U skladu sa već pokazanom složenošću pravnog siste-

²⁸⁹ BGH 1 ZR 49/97.

²⁹⁰ BGHZ 26, 349.

²⁹¹ U daljem tekstu odluke Suda, kaže se da Osnovni zakon garantuje sveobuhvatnu zaštitu ličnosti i priznaje ljudsko dostojanstvo i pravo na slobodan razvoj ličnosti kao temeljnu vrednost.

²⁹² U tom smislu, Robert Alexy zauzima stav da ustavno pravo Nemačke ne garantuje samo posebna prava pojedinca, kao što je sloboda izražavanja mišljenja, već i „opšte pravo na slobodu“ (*op. cit.*, p. 223–224). On objašnjava da je pozicija Ustavnog suda u vezi sa garancijama opšteg prava na slobodu pojedinca jednako čvrsta još od *slučaja Elfes*. Alexy kaže da je Ustavni sud do danas ostao na istom stavu da se sloboda

ma u ovoj oblasti, ideja o slobodi čoveka izražava se u odlukama najviših sudova na različite načine, ali je u njima uvek prisutna.²⁹³

Tako, nemački sudovi su već u svojim ranim odlukama iz druge polovine pedesetih godina, insistirali na tome da Osnovni zakon obezbeđuje zaštitu slobodi pojedinca. U odluci Ustavnog suda u *slučaju Elfes* iz 1957. godine,²⁹⁴ kaže se da je Osnovni zakon izgradio poredak koji je okrenut određenim vrednostima i koji ograničava javnu vlast. Ovaj poredak, nastavlja Sud, garantuje nezavisnost, samoodređenje i dostojanstvo čoveka u okviru političke zajednice u kojoj on živi.²⁹⁵

Godinu dana kasnije, Ustavni sud u *slučaju Luth*,²⁹⁶ govori o tome da je osnovni cilj ustavnih garancija zaštita sfere slobode pojedinca. Neposredno se oslanjajući na ideju o poretku koji je okrenut određenim vrednostima, Sud kaže da se radi o „ustavnom aksiomu“ koji se primenjuje u celom pravnom sistemu i koji je usmeren na jednu tačku, a to je sloboda čoveka da se razvija u društvu.

Najzad, samo mesec dana nakon donošenja odluke u *slučaju Luth*, Savezni sud daje svoju interpretaciju stava Ustavnog suda. Tako se u *slučaju Herrenreiter*,²⁹⁷ kaže da članovi 1. i 2. Osnovnog zakona štite ono što se naziva „koncept ljudske ličnosti“. Sud se ne koristi rečima „ustavni aksiom“, ali zato označava ljudsku ličnost kao „nad-pravnu“, osnovnu vrednost pravnog poretka, te ističe da prva dva člana Osnovnog zakona štite unutrašnji domen ličnosti, koji predstavlja osnov za dalje slobodno i odgovorno samoodređenje pojedinca.

Međutim, najviši nemački sudovi nisu zadržali svoju pažnju samo na izrazu, odnosno na formi ideje o slobodi čoveka, već su direktno govorili i o njenoj sadržini. Tako se u odluci Ustavnog suda u *slučaju Elfes* kaže

razvoja ličnosti mora tumačiti u najširem mogućem smislu, kao opšte pravo na slobodu. Najzad, hrabrost Ustavnog suda da zauzme ovako širok stav, uprkos brojnim osporavanjima u pravnoj teoriji, on metaforički upoređuje sa činom hvatanja bika za rogove.

²⁹³ Alexy smatra da upravo ideja o opštem pravu na slobodu omogućava uklapanje naoko divergentnih odluka Ustavnog suda u konzistentnu i logičnu celinu (*op. cit.*, p. 236).

²⁹⁴ BVerfGE 6, 32.

²⁹⁵ U nastavku teksta ove odluke, Sud izjednačava ustavom zaštićenu sferu razvoja ličnosti sa nepovredivim poljem čovekove slobode (*ibid.*).

²⁹⁶ BVerfGE 7, 198.

²⁹⁷ BGHZ 26, 349.

da se iz prva dva člana Osnovnog zakona izvodi garancija opšteg prava na slobodu aktivnosti, koju bi trebalo shvatiti kao slobodu čoveka da čini ili ne čini ono što želi.²⁹⁸

Ova sadržina opšteg prava na slobodu aktivnosti dodatno je precizirana u odluci Ustavnog suda iz 1989. godine.²⁹⁹ U njoj se kaže da sveobuhvatan karakter ustavne garancije opšteg prava na slobodu aktivnosti, pretpostavlja zaštitu svakog oblika aktivnosti, bez obzira na njen značaj u kontekstu slobodnog razvoja ličnosti pojedinca.³⁰⁰

Sloboda aktivnosti tako se manifestuje u dva posebna vida, kao sloboda da se nešto čini ili da se ne čini, na primer da se javno govori ili ne govori, da se pristupi verskoj zajednici ili da joj se ne pristupi, da se sklopi brak ili da se ostane van braka, da se dozvoli ili ne dozvoli objavljivanje fotografija iz privatnog života i sl.

Ova pojmovna dihotomija nije bitno udaljena od onog razumevanja slobode pojedinca koje se oslanja na ideju o ličnoj autonomiji. Naime, ako se apstrahuje od dva oblika manifestacije slobode aktivnosti, ili ako se od ova dva oblika pojmovno krene jedan korak unazad, ka pojedincu koji donosi odluku o tome da li će preduzeti neku aktivnost ili se od nje suzdržati, onda se stiže do ideje o autonomiji ličnosti, kao samom središtu slobode pojedinca.

Autonomija ličnosti pretpostavlja pravo čoveka da samostalno donese odluku o pitanju koje je vezano za njegovu egzistenciju. U tom smislu, autonomija pojedinca nužno obuhvata i njegovo pravo da učini ili ne učini ono o čemu je već doneo odluku.

²⁹⁸ BVerfGE 6, 32. Robert Alexy smatra da je ovim stavom Ustavnog suda određena sadržina one ideje slobode čoveka koju on skraćeno formuliše kao „opšte pravo na slobodu“ (*op. cit.*, p. 223 i dalje). Izraz „pravo na slobodu“ trebalo bi pak tumačiti u kontekstu opšte analitičke teorije prava, čiju osnovu po njemu čini trostruka podela na „pravo na nešto, slobodu i pravnu moć“ (*ibid.*, p. 120 i dalje).

²⁹⁹ 1 BvR 921/85.

³⁰⁰ U odluci Suda se dalje kaže da sveobuhvatna zaštita slobode aktivnosti ima važnu funkciju osiguranja lične slobode, te da bi svaki pokušaj sužavanja sfere zaštite upućivanjem na vrednost određene aktivnosti, vodio gubitku slobode pojedinca.

Suprotstavljajući se odluci većine, sudija Grimm ističe da se aktivnost jahanja konja u prirodi, koja je dala povod za preciziranje sadržine opšteg prava u konkretnom slučaju, ne može smatrati kao aktivnost pojedinca koja uživa ustavnu zaštitu. On kaže da se ova pravna garancija može odnositi samo na one aktivnosti koje imaju nesumnjiv značaj za razvoj ličnosti pojedinca.

Kao što je već pokazano u analizi odluka Ustavnog i Saveznog suda, ideja lične autonomije u sebe smešta sva tri principa na kojima se temelji koncept ljudske ličnosti: dostojanstvo, samoodređenje i slobodan razvoj. Pre svega, u odlukama najviših sudova termin autonomija koristi se nazimeno sa terminom samoodređenje. Dva termina se zbog toga mogu smatrati kao sinonimi koji nose isto značenje.³⁰¹

Slobodan razvoj ličnosti, sa druge strane, predstavlja formalnu ustavnu garanciju upisanu u član 2. Osnovnog zakona, iz koje je sudska praksa izvela opšte pravo ličnosti, a zajedno sa njim i princip samoodređenja. Međutim, princip samoodređenja primenjuje se i van oblasti obuhvaćene opštim pravom ličnosti, i to naporedo sa principom slobodnog razvoja ličnosti. U odlukama najviših sudova se stoga ne može naći opravdanje za stav da su dva principa odvojena jedan od drugog, ili da se sfera njihovog prostiranja ne poklapa.

Najzad, nepovredivost ljudskog dostojanstva se u nemačkom pravu razume kao ustavna garancija koja je komplementarna drugim posebnim pravima i slobodama, ali takođe i kao nerazdvojni deo opšte slobode pojedinca. Prema tzv. „formuli ljudske prirode“, kako glasi naziv za ovo shvatanje najviših sudova koje se sreće u pravnoj teoriji, princip ljudskog dostojanstva utemeljen je u razumevanju čoveka kao intelektualnog i moralnog bića sposobnog za slobodno samoodređivanje i razvijanje sopstvene ličnosti.³⁰² U tom smislu, čini se da je opravdano precizirati da se

³⁰¹ Interesantno je da je Evropski sud za ljudska prava u slučaju *Preiti protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (No 2346/02, 29/04/2002), neposredno izbegao korišćenje reči samoodređenje umesto reči autonomija. Povodom zahteva podnosioca predstavke da se prizna da pravo pojedinca na samoodređenje uključuje i njegovo pravo da okonča život, u odluci se kaže da „iako prethodna praksa nije ustanovila da je pravo na samoodređenje kao takvo sadržano u članu 8. Konvencije, Sud smatra da je pojam lične autonomije značajan princip na osnovu koga se vrši tumačenje njenih garancija“.

³⁰² V. tako Robert Alexy, *op. cit.*, pp. 233–234. Alexy koristi upravo „formulu ljudske prirode“ da bi odbranio ideju o opštem pravu na slobodu, v. tako *ibid.*, pp. 232–236. Slično razumevanje mesta ljudskog dostojanstva u ideji slobode čoveka, izražava Ronald Dworkin. Iako se pojam dostojanstva ne koristi u američkom pozitivnom pravu na sveobuhvatan način kao što se to čini u Nemačkoj, Dworkin ipak insistira na stavu da nepovredivost ljudskog dostojanstva zauzima važno mesto u ustavnom sistemu zemlje, ali i u opštoj političkoj kulturi, te dodaje:

„Od najvišeg značaja za ovu kulturu je verovanje u ljudsko dostojanstvo: u to da ljudi imaju moralno pravo – i moralnu odgovornost – da se za sebe suoče, odgovarajući na sopstvene naloge savesti i ubeđenja, sa osnovnim pitanjima koja se odnose na značenje i vrednost njihovog života“ (*op. cit.*, p. 111).

principi samoodređenja i ljudskog dostojanstva ne mogu fenomenološki odvojiti jedan od drugog, jer u svojim konkretnim pravnim manifestacijama proizlaze jedan iz drugog, oslanjaju se jedan na drugog, odnosno obuhvataju jedan drugog.

Ideju o tome da je ljudsko dostojanstvo sastavni deo slobode čoveka, razvio je još Immanuel Kant. Antropološki objašnjen samosvojan podsticaj uma čoveka da se odmetne od „glasa prirode“ i okuša u prvom slobodnom izboru, kao i razvijanje njegovih sposobnosti da „sam bira svoj životni put“, doveli su po Kantu čoveka do razumevanja samog sebe kao jedine svrhe svog postojanja.³⁰³

Ovaj prelazak iz „stanja pod starateljstvom prirode u stanje slobode“,³⁰⁴ uputio je čoveka dalje na shvatanje da su i drugi ljudi takođe sami sebi svrha. Priznanje ove jednake slobode svih, dovelo je pak nužno do dobrovoljnog ograničenja slobode svakog čoveka pojedinačno, što predstavlja uslov za stvaranje društva,³⁰⁵ u kome ljudi ostaju slobodni na taj način što jedan prema drugome ističu isti zahtev, a naime da budu priznati kao svrha sami sebi, a ne kao sredstvo za ostvarenje ciljeva drugih.³⁰⁶

Istu ideju o slobodi čoveka, ličnoj autonomiji, ili „nepovredivom domenu životnih planova“, koja u sebi obuhvata sva tri principa, sažeto je u novije vreme izrazio i Jurgen Habermas sledećim rečima:

³⁰³ Immanuel Kant, *Nagađanja o početku istorije čovečanstva*, prevod Olga Šafarik, u knjizi *Um i sloboda, Spisi iz filozofije istorije, prava i države*, 1974, p. 73.

³⁰⁴ Na ovom mestu u tekstu može se neposredno steći uvid u Kantov stav da upravo sloboda suštinski izdvaja čoveka od njegove okoline. On kaže da prelazak u stanje slobode „nije ništa drugo do prelazak iz sirovosti jednog čisto životinjskog stvorenja u čoveštvo, iz dupka instinkta, pod vodstvo uma“ (*ibid.*, pp. 75–76).

³⁰⁵ U drugom tekstu, Kant upućuje na neograničenu slobodu čoveka izvan društvene zajednice i kaže da ulaskom u društvo čovek napušta svoju „brutalnu slobodu“ (Immanuel Kant, *Ideja opšte istorije usmerene ka ostvarenju svetskog građanskog poretka*, prevod Dušica Guteša, u knjizi *Um i sloboda, Spisi iz filozofije istorije, prava i države*, 1974, p. 35).

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 75. Slično tome, još je krajem XVII veka, John Lock u svom delu *Two Treatises of Government* (II knjiga, 2. poglavlje, 6), istakao: „...ne može se pretpostaviti neka takva podređenost među nama može ovlastiti da uništimo jedan drugog, kao da smo stvoreni drugome za upotrebe, kao što niže vrste stvorenja jesu za našu“. Celokupna dela Johna Locka dostupna su na sledećoj internet adresi: http://oll.libertyfund.org/index.php?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Fperson=131&Itemid=28.

*„Ideja pravednog društva povezana je sa obećanjem emancipacije i ljudskog dostojanstva. Distributivni aspekt jednakog pravnog položaja i jednakog tretmana... je jednostavno ono što se izvodi iz univerzalnog karaktera prava koje garantuje slobodu i integritet svakome. Normativni ključ je autonomija... U pravnoj zajednici, **nijedan** nije slobodan sve dok se sloboda pojedinca može kupiti ugnjetavanjem drugoga.“*³⁰⁷

³⁰⁷ Jürgen Habermas, *op. cit.*, p. 418.

III

PRAVO LJUDSKIH PRAVA

III

PRAVO LJUDSKIH PRAVA

Istraživanje koje je preduzeto pokazuje da je moguće izgraditi pojam ljudskih prava u okviru jedinstvenog pravnog poretka. Ovaj pojam funkcionalan je u svom normativnom aspektu, jer ga je moguće primeniti u svakodnevnom pravnom životu, ali i u svom teorijskom aspektu, jer se zasniva na jedinstvenoj sveobuhvatnoj ideji.

Međutim, pravu ljudskih prava nije stalo samo do utvrđivanje temeljnog pojma ljudskih prava. Da bi se pravni režim uživanja i zaštite ljudskih prava učinio delotvornim, nije dovoljno razumeti na šta se svode prava i slobode, odnosno koji je njihov zajednički imenitelj, već je potrebno odrediti i opšta pravila koja se vezuju za praktično korišćenje pojedinih pravnih garancija.

Tri grupe ovih opštih pravila obezbeđuju neophodan normativni okvir za efikasno uživanje ljudskih prava. Prva grupa pravila odnosi se na definisanje sadržine pojedinih prava i sloboda. Pojedinaac naime može imati izvesnost u pogledu mogućnosti uživanja svojih prava samo ako zna, ili može da sazna, na šta ga pravne garancije ovlašćuju, odnosno koja je sadržina ovlašćenja koja su u ove garancije upisana. U tom pogledu, od izuzetne pomoći je ono što se naziva katalog ljudskih prava, jer on pruža mogućnost svakome da se upozna sa nazivom i sadržinom prava ili slobode, kao i sa pravnom snagom njihovih garancija.

Druga grupa pravila vezuje se za određivanje beneficijara, odnosno korisnika prava ili slobode. Obično se kaže da su beneficijari ljudskih prava svi ljudi. Međutim, u većem broju slučajeva se pokazuje da se uživanje određenih prava i sloboda ne vezuje za sve, već samo za pravom posebno određen krug lica. Pravo ljudskih prava odgovara na ovo pitanje o tome ko se smatra beneficijarom pojedinih pravnih garancija.

Najzad, treća grupa pravila upućuje na krug onih lica na čiju adresu je poslata pravna norma koja sadrži obavezu poštovanja ljudskih prava.

Kao i kod određivanja kruga beneficijara, i adresati se mogu razlikovati u pogledu obaveze koju imaju prema pravima i slobodama drugih, dakle, prema tome da li su svi ili samo neki u ovoj obavezi, ali i prema tome koja je to vrsta obaveze koja pojedinim adresatima pripada.³⁰⁸

1. Katalog ljudskih prava

Kad se kaže „ljudska prava“, onda se misli na veći broj pojedinačnih prava i sloboda koje su po pravilu sadržane u određenom pravnom dokumentu. Ova vrsta liste ljudskih prava, ili katalog prava i sloboda kako se ona još naziva, u današnje vreme potiče, pre svega, iz međunarodnih konvencija i drugih akata.³⁰⁹ Iz perspektive domaćeg pravnog poretka,³¹⁰ najpoznatiji od ovih dokumenata jesu Opšta deklaracija Ujedinjenih nacija o ljudskim pravima iz 1948, Međunarodni pakt UN o građanskim i političkim pravima i Međunarodni pakt UN o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, oba iz 1966, kao i Evropska Konvencija o ljudskim pravima iz 1950.³¹¹

Međutim, razvijene liste ljudskih prava sadrže i domaći izvori prava, a pre svega ustavni tekstovi. Ustav Srbije iz 2006. godine, gotovo polovinu od ukupno 206 članova, posvećuje materiji ljudskih prava. U taj deo ustavnog teksta uneta je i lista ustavom zajamčenih prava i sloboda.

³⁰⁸ Ove tri grupe pravila zajedno čine funkcionalno jedinstven pravni režim uživanja ljudskih prava koji se može koristiti u relanom pravnom životu. Pravno-teorijski posmatrano, još je John Austin tvrdio da pojam građanskih sloboda podrazumeva trostrani odnos: suverenu vlast koja stvara pozitivno pravo putem kojeg se dodeljuju prava i nameću obaveze, zatim lice ili lica kojima je pravo dodeljeno, kao i lice ili lica kojima je nametnuta obaveza poštovanja ovog prava (*op. cit.*, pp. 279–281).

³⁰⁹ V. o tome Tomas Burgental, „*Međunarodna ljudska prava*“, 1997.

³¹⁰ V. sveobuhvatnu zbirku međunarodnih dokumenata o ljudskim pravima u knjizi „*Međunarodno javno pravo, zbirka dokumenata*“, priredili Vidan Hadži-Vidanović, Marko Milanović, 2005.

³¹¹ Osim njih, Srbija je potpisala i ratifikovala i druge brojne dokumente u oblasti ljudskih prava. Među poslednjim ratifikovanim međunarodnim dokumentima je i Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom UN, kao i Revidirana Evropska socijalna povelja Saveta Evrope iz 2009. godine. Uopšte o zaključivanju i ratifikaciji međunarodnih ugovora, v. kod Vladimir Đurić, „*Ustav i međunarodni ugovori*“, 2007.

Skoro sedamdeset članova Ustava sadrži jemstva ljudskih prava, od kojih najveći broj navodi po nekoliko različitih garancija u jednom članu.³¹²

Osim ovog opšteg, odnosno centralnog kataloga prava i sloboda u nacionalnom zakonodavstvu, liste ljudskih prava sadrže i posebni zakonski tekstovi, na primer zakoni u oblasti slobode štampe, odnosno medijskog prava, bračnog i porodičnog prava, radnog prava, zaštite prirodne sredine i sl. Posebno brojnu listu ljudskih prava sadrže procesni zakoni koji uređuju pravni položaj lica koja se nalaze u postupku pred organom javne vlasti. Među njima se u domaćem zakonodavstvu ističe Zakonik o krivičnom postupku sa većim brojem specifičnih pravnih garancija lica lišenog slobode, odnosno lica protiv koga se vodi krivični postupak.

Sve ove liste prava i sloboda koje se vezuju za određeni pravni poredak, bilo da potiču iz međunarodnog prava ili iz ustava i drugih domaćih propisa, tek zajedno određuju sadržinu pozitivnopravnog kataloga ljudskih prava. Zbog toga je konačna lista ljudskih prava u jednom pravnom poretku jedinstvena i uvek se razlikuje od kataloga ljudskih prava koji je izgrađen u drugom pravnom poretku. Nema dva ista kataloga ljudskih prava.

Rasprava o katalogu ljudskih prava trebalo bi da se usmeri na četiri posebne teme. Prva bi se odnosila na istorijski razvoj, odnosno širenje liste zaštićenih prava i sloboda. Druga bi upućivala na pitanje o podeli ljudskih prava, a treća bi trebalo da bude posvećena analizi ciljeva radi čijih ostvarenja se sastavlja lista ljudskih prava. Najzad, četvrta tema bi se odnosila na opšta pravna pravila koja se vezuju za katalog ljudskih prava.

a) Prvi sveobuhvatni katalozi ljudskih prava

Ako se baci pogled na kataloge ljudskih prava u istorijskoj perspektivi, a posebno one koji su nastali u toku prethodna dva veka, lako se uočava kontinuirani razvoj, odnosno širenje spiska zaštićenih prava i sloboda. Prvi dokumenti o ljudskim pravima mogli su stati na jedan list papira i danas njihove uramljene kopije ukrašavaju zidove kancelarija profesora, sudija, advokata i aktivista nevladinog sektora.³¹³

³¹² Na primer član 33. Ustava, definiše čak sedam posebnih prava lica protiv koga se vodi postupak utvrđivanja krivične odgovornosti.

³¹³ Tekstovi ranih pravnih dokumenata o ljudskim pravima na srpskom jeziku, objavljeni su u knjizi „*Temelji moderne demokratije*“, *op. cit.*

Savremeni pak pravni dokumenti o ljudskim pravima često su sabrani u posebna odeljenja specijalizovanih pravnih biblioteka. Nepregledno mnoštvo međunarodnih dokumenata, kao i nacionalni izvori prava, nude nam beskrajn spisak prava i sloboda koje uglavnom nisu bile poznate pravniku koji je živio pre više od 200 godina.

Dva se pravna dokumenta mogu smatrati pravim modernim katalogima ljudskih prava. Prvi nosi naziv „*Deklaracija prava čoveka i građanina*“ i predstavlja krunu Francuske revolucije iz 1789. godine. Drugi je poznat pod nazivom „*Povelja o pravima*“ („*The Bill of Rights*“), dokument koji sadrži prvih deset amandmana na Ustav Sjedinjenih Američkih Država usvojenih 1791. godine.

Deklaracija prava čoveka i građanina broji ukupno 17 članova, od kojih većina sadrži samo jednu rečenicu. Verovatno najpoznatije jemstvo Deklaracije koje je upisano već u prvoj rečenici prvog člana, glasi:

„*Ljudi se rađaju i žive slobodni i jednaki u pravima.*“³¹⁴

Nakon ovog fundamentalnog principa slobode i jednakosti, u tekst Deklaracije upisana su i druga prava, a pre svega pravo svojine, lične sigurnosti i sloboda otpora ugnjetavanju kao prirodna i nezastariva prava čoveka. Takođe, u Deklaraciju su upisane i garancije političkog suvereniteta svih koji žive u društvu, odnosno cele nacije, garancije predstavničke demokratije, kao i principa podele vlasti i vladavine prava.

Ovaj dokument na neobično moderan način nabroja i ostala zajamčena prava i slobode i određuje njihovu sadržinu. Tako su u Deklaraciji svoje mesto našla pravila o pravima lica protiv koga se vodi krivični ili drugi postupak, a posebno pravilo o pretpostavljenoj nevinosti ovog lica, zatim pravila o slobodi uverenja i slobodi izražavanja, kao i pravila o pravu na kontrolu rada organa vlasti, uključujući i pravo da se zahteva od svakog javnog službenika da „položi račun o svom upravljanju“.³¹⁵

Gotovo u isto vreme, sa druge strane Atlantskog okeana, Američka revolucija dolazi do svog kataloga ljudskih prava, do Amandmana na Ustav SAD. Još 4. jula 1776. godine u Filadelfiji, predstavnici američkih

³¹⁴ Prevod: Pavle Nikolić, *ibid.*, p. 137.

³¹⁵ Više o donošenju i sadržini Deklaracije, kao i upućivanje na dalju literaturu v. kod Olga Popović, „*Deklaracija prava čoveka i građanina*“, *ibid.*, pp. 141–150, i Marsel Goše, „*Prava čoveka*“, u knjizi François Fureta i Mone Ozouf, *op. cit.*, pp. 815–825.

kolonija izglasali su „*Deklaraciju o nezavisnosti*“, u koju su, i to na samom početku teksta, upisali sledeće reči:

„*Mi smatramo očiglednim istinama da su ljudi stvoreni jednaki, i da ih je njihov Tvorac obdario neotudivim pravima među koje spadaju život, sloboda i traganje za srećom.*“³¹⁶

Petnaest godina kasnije, ove reči su razvijene u sveobuhvatan katalog prava. Ustav SAD je najstariji živi ustav na svetu, čiji sastavni deo čine ustavni amandmani kojima se definišu pojedina prava i slobode. Prvih deset ustavnih amandmana usvojeno je 1791. godine i oni su poznati pod nazivom „*The Bill of Rights*“.³¹⁷ Nakon njih, u kontinuitetu od dva veka, usvajani su drugi amandmani kojima se dalje širilo polje slobode pojedinca.³¹⁸

Amandman I imenuje slobodu izražavanja i slobodu religije kao takozvane „prve slobode“. Zatim se navode i ostala prava: pravo na držanje oružja i organizovanje u odbrambene formacije, tzv. „milicije“, garancije koje se vezuju za nepovredivost doma, uključujući i slobodu od ulaska vojnika u dom, kao i za slobodu od pretresa i zaplene stvari, prava lica protiv koga se vodi krivični postupak, grupa procesnih prava, a posebno pravo na porotu, sloboda od prekomernog, surovog ili drugog neopravdanog kažnjavanja, kao i opšta sloboda od uskraćivanja prava koja ustavom nisu eksplicitno zajamčena.³¹⁹

³¹⁶ Citirano prema prevodu na srpski jezik objavljenom u knjizi „*Temelji moderne demokratije*“, op. cit., p. 107.

³¹⁷ U knjizi pod naslovom „*The Complete Bill of Rights, the Drafts, Debates, Sources, and Origin*“ (edited by Neil H. Cogan, 1997), sakupljeni su svi pisani materijali relevantni za formulisanje svakog od prvih deset amandmana, uključujući i izvode iz novinskih tekstova koji sadrže najznačajnije delove rasprave koja se u javnosti vodila o sadržini ustavnih garancija ljudskih prava.

³¹⁸ V. tekst Deklaracije o nezavisnosti, Ustava SAD, kao i svih ustavnih amandmana na sledećoj internet adresi: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/charters.html>.

³¹⁹ U ranim političkim zajednicama Amerike, bilo je primera i opširnijih i modernijih kataloga ljudskih prava od onog koji je sadržan u tekstu ustavnih amandmana. Verovatno najneobičniji katalog sadržavao je pravni dokument pod nazivom „*The Massachusetts Body of Liberty*“ iz 1641. godine, koji je predstavljao zbirku pravila vezanih za pravni položaj pojedinca u odnosu prema javnoj vlasti, zatim u odnosu prema crkvenim vlastima kao i u odnosu prema drugim ljudima.

Iako je pravna forma ovog dokumenta veoma slična formi ostalih tadašnjih anglosaksonskih zakona, na samom početku teksta se veoma jasno ističe namera prikupljanja svih pravila koja se mogu odnositi na slobode pojedinca u „komonveltu“ ili „plantaži“ kolonista u Massachusettsu, kako se njihova zajednica tada još nazivala, a zatim se u

svečanoj formi, „religiozno i saglasno“, „objavljuje i potvrđuje“ da se radi o „većitom“ pravno-obavezujućem tekstu kojim se obezbeđuju slobode ljudi u odnosu na „crkve i građansku državu“.

Ovaj tekst može se stoga označiti kao pravi moderan ustavni dokument koji u više od sto odredbi sadrži sveobuhvatan katalog prava i sloboda. U prvoj njegovoj odredbi ustanovljava se princip legaliteta kažnjavanja, a zatim se u drugoj odredbi potvrđuje da sva lica pod jurisdikcijom javne vlasti uživaju ista prava. U odnosu prema organima vlasti, garantuje se zaštita privatne svojine, sticanje poslovne sposobnosti sa 21. godinom života, pravo na lov i ribolov, sloboda okupljanja, govora i podnošenja predstavi organima vlasti, zatim sloboda od protivpravnog zatvaranja, moderna procesna prava, kao što je pravo na pravično suđenje, poštovanje principa *ne bis in idem*, zaštita od mučenja u cilju pribavljanja dokaza, uključujući i slobodu od samooptuživanja, pravo na žalbu, sloboda od nečovečnog kažnjavanja, a zatim i grupa izbornih prava, uključujući i pravo na redovan godišnji izbor predstavnika javne vlasti. U međusobnim odnosima između pojedinaca, garantuje se grupa prava koje uživaju žene i deca, uključujući i njihova imovinska, odnosno nasledna prava, zatim sloboda od međusobnog ropstva, prava sluga i druga.

Sa druge strane i neočekivano, dokument obiluje pravima i slobodama koje će postati uobičajeni sadržaj kataloga ljudskih prava tek u novije vreme. Tako se garantuje zaštita osoba sa invaliditetom, dece i starih od obaveznog rada u javnom interesu, zatim ograničena poslovna sposobnost dece i osoba sa invaliditetom, sloboda žene od muževljevog nasilja, pravo na pravnu pomoć u postupcima pred organima javne vlasti, pravo na slobodan pristup podacima u posedu organa javne vlasti, pravo na materijalnu pomoć za decu, osobe sa invaliditetom i strance, odnosno došljake, pravo azila za strance, pa čak i zaštita od monopola u sferi poslovanja, kao i zaštita životinja od zlostavljanja.

U trouglu odnosa između pojedinca, države i crkava, kako se nazivaju verske zajednice, ovaj dokument formuliše princip odvojenosti javne i crkvene vlasti, uključujući i slobodu pojedinca da obavlja javnu funkciju nezavisno od eventualne zabrane verske zajednice kojoj pripada, te garantuje slobodu savesti u vezi sa svedočenjem pred organom javne vlasti, kao i pravo pojedinca da se usprotivi odluci većine u vezi sa stvarima koje se odnose na verska pitanja, uključujući i njegovo pravo da zahteva da se ovo njegovo protivljenje zabeleži u javnim knjigama. Takođe se garantuje autonomija crkava u ispovedanju vere, izboru velikodostojnika, određivanju crkvenih praznika, bogoslužjenju sveštenika i drugim pitanjima.

Međutim, na kraju dokumenta otkriva se i jedno drugo lice ove političke zajednice, koje mnogo više liči na tipičnu sliku o svetu u kome je ovaj tekst nastao. Tako se, pre svega, propisuju izuzetno stroge kazne, po pravilu smrtna, za čitav niz klasičnih krivičnih dela, kao što je ubistvo, pokušaj nasilnog obaranja vlasti, lažno svedočenje i sl. Sa druge strane, smrtna kazna se propisuje i za preljubništvo sa udatom ženom ili oženjenim muškarcem, homoseksualno ponašanje, kao i za sodomiju, odnosno opštenje sa životinjama. Najzad, smrtnom kaznom se kažnjavalo i neverovanje u Isusa Hrista, bogohuljenje i veštičarenje. V. tekst ovog dokumenta u celini na sledećoj internet adresi: http://oll.liber-typfund.org/index.php?option=com_content&task=view&id=1035&Itemid=264.

O pravnom položaju američkih kolonija u periodu pre sticanja nezavisnosti, kao i o pravu kolonija da samostalno donose svoje propise, uključujući i one koji se odnose na

Pravno-politički uticaj oba ova dokumenta na razvoj nacionalnog zakonodavstva drugih država je ogroman. Njihovo donošenje utrlo je put sastavljanju novih kataloga ljudskih prava. Ono što se tada smatralo izuzetnim, u današnje vreme je uobičajeno – u savremenom svetu gotovo da nema zemlje u čiji pravni sistem nije utkana sveobuhvatna lista prava i sloboda pojedinaca.

Ali i mnogo više od toga, dva pravna dokumenta su odlučujuće doprinela otkrivanju ideje o ljudskim pravima kao temeljnog principa na kome počiva nova pravna i politička zajednica slobodnih i jednakih pojedinaca. Posmatrano iz perspektive pozitivnog prava, ova ideja se izražava putem upisivanja pravnih garancija ljudskih prava u najviši pravni akt zemlje. Na ovaj način pravna pravila o ljudskim pravima dobijaju pravnu snagu koja se označava kao najveća. Nema drugih pravila u okviru jednog pravnog poretka za koja se može reći da imaju veću pravnu snagu.

Dakle, unošenje liste zajamčenih prava i sloboda u ustav dovodi do uzdizanja ljudskih prava na nivo osnovnog zakona. Slobode čoveka jesu konstitutivni elemenat društvene zajednice i kao takve zaštićene su u najvišem pravnom aktu. To predstavlja rezultat ozbiljno shvaćene ideje o ljudskim pravima kao temeljnom principu političke zajednice koja i danas dominira demokratskim društvima.³²⁰

b) Istorijska uslovljenost širenja liste ljudskih prava

Nakon završetka Drugog svetskog rata postalo je očigledno da ljudska prava nisu i ne mogu biti pitanje kojim se samostalno bavi svaka dr-

ljudska prava, v. kod Joseph Story, *op. cit.*, i to na sledećoj internet adresi: http://www.belcherfoundation.org/joseph_story_on_common_law_origins_of_constitution.htm.

³²⁰ Jurgen Habermas (*op. cit.*, pp. 464–465), postavlja pitanje da li „revolucija ideja“ iz 1789. godine i dalje zadovoljava našu potrebu za ideološkom orijentacijom, a zatim objašnjava da postoji samo jedan razlog koji govori u prilog značaja Francuske revolucije, a to su one ideje koje su inspirisale ustavnu demokratiju. Demokratija i ljudska prava, kaže on, zajedno čine univerzalno središte ustavne države koja je izvedena iz Američke i Francuske revolucije. Ovaj njihov univerzalni karakter, zaključuje Habermas, zadržava eksplozivnu snagu i sopstvenu vitalnost i u današnjem svetu.

Sa druge strane, ističući karakter i značaj američkog Ustava, Ronald Dworkin (*op. cit.*, pp. 6 i 38), objašnjava da ideal države u kojoj se ne vlada samo na osnovu prava, već i u skladu sa ustavnim principom zaštite ljudskih prava, predstavlja najvažniji doprinos koji je američka istorija dala političkoj teoriji, te zaključuje da se zbog toga ustavni dokument može razumeti kao „moralno jedro“ društvene zajednice u Americi.

žava za sebe. Suočene sa stravičnim ratnim i drugim zločinima, pre svega nacističke Nemačke i fašističkih država Italije i Japana, zemlje pobednice organizovale su čitavu seriju suđenja odgovornima za masovna i drastična kršenja ljudskih prava. Stavljanje van zakona i istrebljivanje ljudi prema njihovim ličnim svojstvima, ratni zločini, posebno zločini protiv civilnog stanovništva, kao i druga nedela vršena širom zemaljske kugle, postala su problem na koji je pravno reagovala tadašnja međunarodna zajednica.³²¹

Istovremeno, sazrevala je i svest o tome da su prava i slobode pojedina vrednost, odnosno dobro, koje je zajedničko čitavom čovečanstvu. Svi ljudi, ne samo oni koji žive u jednoj državi, jesu uživaoci ljudskih prava. Svim „članovima ljudske porodice“, kako se tada govorilo, moraju se garantovati ista prava i slobode.

Ova ideja inspirisala je članice Ujedinjenih Nacija da 1948. godine usvoje „*Opštu deklaraciju o pravima čoveka*“.³²² U prvoj rečenici ovog dokumenta ističe se da je priznavanje urođenog dostojanstva i jednakih i neotuđivih prava svih ljudi, temelj slobode, pravde i mira u svetu. Tekst Deklaracije čini trideset članova u kojima je sadržana prva sveobuhvatna lista ljudskih prava doneta na nivou međunarodne organizacije.³²³

Pravno-teorijski gledano, prava i slobode upisane u ovaj dokument obično se dele na ljudska prava prve i druge generacije.³²⁴ U prvu generaciju ljudskih prava svrstavaju se klasična građanska i politička prava, kao

³²¹ Verovatno najpoznatiju seriju suđenja za zločine počinjene tokom Drugog svetskog rata čine Nirnberški procesi. Svi zvanični podaci i dokumenti u vezi sa ovim procesima slobodno su dostupni na sledećoj internet adresi američke Kongresne biblioteke: http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NT_major-war-criminals.html. V. takođe i materijale o tome i dalja upućivanja na sledećoj internet adresi: <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/nuremberg/nuremberg.htm>.

³²² Za usvajanje Deklaracije glasalo je 48 država-članica, dok nijedna nije bila protiv. Osam država se uzdržalo od glasanja, među njima i Saudijska Arabija i Južnoafrička Unija. Predvođeni tadašnjim Sovjetskim Savezom, svoj glas za usvajanje Deklaracije nisu dale ni druge autoritarne tzv. „socijalističke zemlje“ tog vremena, Čehoslovačka, Poljska, Ukrajina, Belorusija i Jugoslavija. Svi dokumenti i ostali materijali vezani za usvajanje Deklaracije dostupni su na sledećoj internet adresi UN: <http://www.ohchr.org/en/udhr/pages/introduction.aspx>.

³²³ Uopšte o Deklaraciji v. kod Krysztof Drzewicki, „*Povelja Ujedinjenih nacija i Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima*“, u knjizi „*Uvod u međunarodnu zaštitu ljudskih prava*“, op. cit., pp. 103–110.

³²⁴ O svrstavanju ljudskih prava u generacije i dalje upućivanje na teorijsku literaturu, v. kod Kristijan Tomušat, „*Ljudska prava između idealizma i realizma*“, 2006, pp. 73 i dalje.

što je garancija jednakosti ljudi, odnosno sloboda od diskriminacije, zabrana ropstva, mučenja, svirepog, nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja i kažnjavanja, pravo na priznavanje pravnog subjektiviteta, pravo na sudsku zaštitu zajamčenih prava i sloboda, pravo na ličnu slobodu, prava učesnika krivičnog i drugih postupaka, pravo na privatnost, sloboda kretanja, pravo na utočište, pravo na državljanstvo, pravo na brak i osnivanje porodice, pravo na imovinu, sloboda misli, savesti i veroispovesti, sloboda mišljenja i izražavanja, sloboda okupljanja i udruživanja i pravo na učešće u upravljanju javnim poslovima, uključujući i pravo da se to čini preko slobodno izabranih predstavnika, kao i pravo na organizovanje povremenih i slobodnih izbora predstavnika državne vlasti. Ova prava i slobode upisane su u prvih dvadesetjedan član Deklaracije.

Sledećih šest veoma sadržajnih odredbi posvećeno je pravima tzv. „druge generacije“. Radi se o socijalnim, ekonomskim i kulturnim pravima, među kojima su i pravo na rad, na slobodan izbor zaposlenja, na pravične i zadovoljavajuće uslove rada, kao i na zaštitu od nezaposlenosti, pravo na jednaku platu za jednaki rad, pravo na zadovoljavajuću naknadu za rad, pravo na odmor i ograničeno radno vreme, pravo na sindikalno organizovanje i članstvo u sindikatu, pravo na životni standard koji obezbeđuje zdravlje i blagostanje pojedincu i njegovoj porodici, pravo na socijalno osiguranje, naročito u slučaju bolesti, onesposobljenosti za rad, starosti i sl, prava majke i deteta, pravo na školovanje, kao i pravo na učešće u kulturnom, umetničkom i naučnom životu zajednice, što uključuje i zaštitu naučnih, književnih i umetničkih dela.

Podela na dve generacije prava i sloboda prevashodno je uslovljena istorijskim razvojem kataloga ljudskih prava.³²⁵ Prava prve generacije su istorijski starija. Ona su nastala još na samom početku prelaska u moderno doba, u toku XVIII veka, i to pre svega kroz promenu shvatanja o odnosu između države i pojedinca. Prava druge generacije su mlađa, ona se vezuju za napore radnika i drugih grupa socijalno ugroženog stanovništva da za sebe osiguraju pogodno ekonomsko, radno, socijalno i kulturno okruženje. U tom smislu, Opšta deklaracija UN je samo sumirala dotadašnji razvojni put ljudskih prava.³²⁶

Međutim, u ovom tekstu se sa lakoćom može naslutiti potreba daljeg širenja liste ljudskih prava izvan tema kojima su se bavile garancije

³²⁵ Kristijan Tomušat kaže da je 10. decembra 1948. godine, na dan usvajanja Deklaracije UN, počelo novo poglavlje ljudske istorije (*ibid.*, p. 72).

³²⁶ *Ibid.*, pp. 74–76.

prava prve i druge generacije. Tako je na samom početku dokumenta poštovanje ljudskih prava dovedeno u direktnu vezu sa uspostavljanjem i održavanjem mira u svetu, dok je u članu 28. Deklaracije upisano da „svako ima pravo na društveni i međunarodni poredak u kojem prava i slobode...mogu biti potpuno ostvarene“. Više decenija nakon usvajanja Deklaracije, u toku sedamdesetih godina prošlog veka, sličnim rečima je opisana sadržina novopriznatog „prava na razvoj“. U okviru garancija međunarodnog prava, pravu na razvoj su se u tom kasnijem vremenskom periodu pridružila i druga dva prava, pravo na mir i pravo na zaštitu prirodne okoline, a krajem XX veka i specifični zahtevi vezani za demokratiju, dobro upravljanje i ljudsku bezbednost. U teoriji ljudskih prava ova prava se imenuju kao prava treće generacije.³²⁷

c) Bujanje ljudskih prava

U drugoj polovini XX veka dolazi do naglog širenja kataloga ljudskih prava.³²⁸ Na nivou međunarodne zajednice, spiskovi zaštićenih prava i sloboda progresivno se uvećavaju u decenijama koje slede nakon donošenja Opšte deklaracije. Pod okriljem Ujedinjenih Nacija, 1966. godine, donose se dva veoma važna opšta dokumenta o ljudskim pravima, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima³²⁹ i Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima.³³⁰

Uz prisećanje na strahote Drugog svetskog rata i suočene sa opasnostima koje sa sobom nose autoritarni komunistički režimi na istoku Evrope, zapadnoevropske zemlje usvajaju 1950. godine Evropsku kon-

³²⁷ *Ibid.*, pp. 94 i dalje. V. takođe i Alan Rosas, Martin Šajnin, „Kategorije i korisnici ljudskih prava“, u knjizi „Uvod u međunarodnu zaštitu ljudskih prava“, *op. cit.*, pp. 84–85.

³²⁸ V. uopšte o razvoju međunarodnog prava ljudskih prava nakon Drugog svetskog rata kod Krysztof Drzewicki, „Internacionalizacija ljudskih prava i njihova juridizacija“, u knjizi „Uvod u međunarodnu zaštitu ljudskih prava“, *op. cit.*, pp. 56–72.

³²⁹ Više o Paktu v. kod Manfred Novak, „Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima“, u knjizi „Uvod u međunarodnu zaštitu ljudskih prava“, *op. cit.*, pp. 115–138.

³³⁰ Više o Paktu v. kod Metju Krejvn, „Međunarodni pakt o ekonomskim socijalnim i kulturnim pravima“, u knjizi „Uvod u međunarodnu zaštitu ljudskih prava“, *op. cit.*, pp. 141–164.

venciju o ljudskim pravima, koja se u svom osnovnom tekstu odnosi, pre svega, na garancije tzv. „građanskih prava“.³³¹ Sve do današnjeg dana, tekst Konvencije je konstantno obogaćivan novim pravima sadržanim u dodatnim protokolima uz Konvenciju.³³² Po uzoru na ovaj dokument, kasnije su usvojeni i drugi regionalni dokumenti, kao što je Međuamerička konvencija o ljudskim pravima iz 1969. godine,³³³ i Afrička povelja o ljudskim i pravima naroda iz 1981. godine.³³⁴

Istovremeno, usvajaju se i dokumenti koji se odnose na pojedina prava i slobode, odnosno na grupe zaštićenih lica.³³⁵ U okviru Ujedinjenih Nacija, usvojena je još 1948. godine Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, a zatim u toku šest decenija i drugi dokumenti, kao što je Konvencija i Protokol o statusu izbeglica (1951. i 1968), konvencije o pravnom položaju lica bez državljanstva (1954), i o smanjenju broja lica bez državljanstva (1961), Konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije (1966), Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena (1979), Konvencija protiv mučenja i drugih svirepih, nehumanih ili ponižavajućih kazni ili postupaka (1984), Konvencija o pravima deteta (1989), i najzad kao jedna od poslednjih u nizu, Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom iz 2006. godine.³³⁶

³³¹ Više o nastanku, sadržini i organima ovlašćenim za primenu odredaba Konvencije, v. kod J. G. Merrills, „*Savet Evrope I: Evropska konvencija o ljudskim pravima*“, u knjizi „*Uvod u međunarodnu zaštitu ljudskih prava*“, op. cit., pp. 371–394.

³³² Tekstovi Konvencije i protokola dostupni su na sledećoj internet adresi Saveta Evrope: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=005&CL=ENG>.

³³³ Tekst ovog dokumenta dostupan je na sledećoj internet adresi: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic.TOC.htm>. Više o ovom instrumentu međunarodne zaštite ljudskih prava, v. kod Harmen van der Vilt, Vivijana Krstičević, „*Sistem OAD za zaštitu ljudskih prava*“, u knjizi „*Uvod u međunarodnu zaštitu ljudskih prava*“, op. cit., pp. 479–496.

³³⁴ Tekst ovog dokumenta dostupan je na sledećoj internet adresi: http://www.achpr.org/english/_info/charter_en.html. Više o ovom instrumentu međunarodne zaštite ljudskih prava, v. kod Kejs Flinterman, Ketrin Henderson, „*Afrička povelja o ljudskim pravima i pravima naroda*“, u knjizi „*Uvod u međunarodnu zaštitu ljudskih prava*“, op. cit., pp. 499–509.

³³⁵ V. uopšte o ovim posebnim konvencijama, kod Kejs Flinterman, Ketrin Henderson, „*Posebni ugovori o ljudskim pravima*“, u knjizi „*Uvod u međunarodnu zaštitu ljudskih prava*“, op. cit., pp. 169–188.

³³⁶ U oblasti međunarodnog krivičnog prava, u periodu nakon donošenja Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948, na nivou Ujedinjenih

Na tlu Evrope, dve organizacije odlučujuće su doprinele širenju spiska zaštićenih prava i sloboda. Sa jedne strane, to je Savet Evrope kao politička zajednica koja je nakon sloma komunističkih režima s kraja osamdesetih i početka devedesetih godina prošlog veka, u svoje članstvo primila gotovo sve evropske države.³³⁷ Pored Evropske konvencije o ljudskim pravima i protokolima uz Konvenciju kao najvažnijim izvorima ljudskih prava ove organizacije, posebno se ističu i Evropska konvencija o sprečavanju mučenja i nečovečnih ili ponižavajućih kazni ili postupaka, Okvirna konvencija za zaštitu nacionalnih manjina, Evropska povelja o regionalnim i manjinskim jezicima, Evropska socijalna povelja, ali i brojni drugi pravni dokumenti napisani u formi deklaracija ili preporuka.³³⁸

Sa druge strane, to je Evropska unija, organizacija evropskih zemalja čiji je nastanak bio vezan prevashodno za ekonomski napredak država-članica. Međutim, u svom razvoju, Evropska unija nije mogla da ostane po strani od ljudskih prava i to pre svega u onim oblastima koje su vezane za privrednu delatnost, kao što je zaštita potrošača, prirodne okoline, intelektualne svojine, u oblasti radnog i socijalnog prava i sl. Vremenom pak, komunitarno pravo EU razvilo je pravne standarde i u drugim oblastima ljudskih prava, na primer u oblasti zaštite od diskriminacije i zaštite podataka o ličnosti.³³⁹ Najzad, u Nici 2000. godine, Evropska unija

nacija usvojena je Međunarodna konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina aparthejda (1973), zatim su osnovani međunarodni krivični tribunali za bivšu Jugoslaviju (1993), i za Ruandu (1994), kao i stalni Međunarodni krivični sud (1998), da bi u poslednjih desetak godina bile usvojene konvencije o sprečavanju finansiranja terorizma (1999), protiv prekograničnog organizovanog kriminala (2000), protiv korupcije (2003), o sprečavanju akata nuklearnog terorizma (2005) i dr. Na nivou Ujedinjenih Nacija donet je i čitav niz drugih dokumenata, na primer oni koji se odnose na zaštitu učesnika i žrtava oružanih sukoba (humanitarno pravo), zaštitu prirodne okoline, zaštitu kulturnog nasleđa i sl. Tekstovi svih dokumenata Ujedinjenih nacija o ljudskim pravima dostupni su na sledećoj zvaničnoj internet adresi: <http://treaties.un.org/Pages/ParticipationStatus.aspx>.

³³⁷ V. o osnovnim ciljevima i dokumentima Saveta Evrope kod J. G. Merrills, „Unapređenje i zaštita ljudskih prava u okviru evropskih sporazuma“, u knjizi „Uvod u međunarodnu zaštitu ljudskih prava“, op. cit., pp. 357–366.

³³⁸ Podaci o ciljevima, kao i dokumenti Saveta Evrope, dostupni su na sledećoj internet adresi: <http://www.coe.int/>.

³³⁹ V. uopšte o ulozi Evropske Unije u razvoju i zaštiti ljudskih prava, kod Lorna Vuds, „Evropska Unija i ljudska prava“, u knjizi „Uvod u međunarodnu zaštitu ljudskih prava“, op. cit., pp. 453–474.

je dobila svoj prvi opšti katalog ljudskih prava pod nazivom „*Povelja o osnovnim pravima Evropske unije*“.³⁴⁰

d) Ustavnopravna lista i nacionalno zakonodavstvo

Širenje kataloga ljudskih prava na nivou međunarodnih organizacija u periodu nakon Drugog svetskog rata, odrazilo se i na uvećanje liste zaštićenih prava i sloboda na nivou nacionalnog zakonodavstva. Gotovo svi novi ustavni dokumenti sačinjeni u drugoj polovini XX veka sadrže sveobuhvatnu listu prava. U Evropi, to pre svega važi za ustave novih demokratija – od Osnovnog zakona Savezne Republike Nemačke iz 1949, i ustavnih tekstova država koje su se tokom sedamdesetih godina rešile nasleđa vojnih hunti, kao što su Španija i Portugal, preko talasa novih ustavnih dokumenata zemalja Istočne Evrope i država nastalih raspadom Sovjetskog Saveza, donetih na izlasku iz autoritarnih komunističkih režima u toku devedesetih godina, do regionalno najbližih ustava država nastalih na području bivše Jugoslavije.

Međutim, i novi ustavi drugih evropskih država doneti u periodu nakon Drugog svetskog rata, sadrže kataloge zaštićenih prava i sloboda. Tako, sveobuhvatan spisak ljudskih prava u svoje sadašnje ustave unose Belgija, Danska, Island, Italija, Holandija, Luksemburg, Norveška, Švajcarska, Turska i drugi. Velika Britanija je 1998. donela poseban zakon kojim je preuzela tekst Evropske konvencije o ljudskim pravima u nacionalni pravni sistem.³⁴¹

U periodu nakon demokratskih promena 2000. godine, Srbija je dobila čak dva ustavna dokumenta. Prvi je usvojen 2003. godine na nivou Državne zajednice Srbija i Crna Gora. Jedan njegov integralni deo, donet u formi posebnog pravnog akta, bio je posvećen isključivo ljudskim pravima – to je „*Povelja o ljudskim i manjinskim pravima i građanskim slobodama*“.

³⁴⁰ Tekst Povelje, kao i ostali materijali vezani za njen sadržaj, dostupni su na sledećoj zvaničnoj internet adresi: http://www.europarl.europa.eu/charter/default_en.htm. Uz ove dve organizacije, svakako bi vredelo istaći i ulogu Organizacije za evropsku bezbednost i saradnju (OEBS). Više o ciljevima i ulozi OEBS-a u razvoju ljudskih prava, v. kod Maria Amor, Martin Estebanez, „*OEBS i ljudska prava*“, u knjizi „*Uvod u međunarodnu zaštitu ljudskih prava*“, op. cit., pp. 425–447.

³⁴¹ V. tekstove ustavnih dokumenata svih ovih zemalja na sledećoj internet adresi: <http://www.servat.unibe.ch/law/icl/index.html>.

dama“, tzv. „*Mala povelja*“, kako se ona kolokvijalno nazivala. Drugi je donet u periodu nakon raspada Državne zajednice, krajem 2006. godine, i on predstavlja celovit ustavni tekst novokonstituisane države, Republike Srbije. U Ustavu Srbije iz 2006, na ljudska prava, grubo rečeno, odnosi se polovina ustavnih odredbi, dok je druga polovina posvećena pitanjima organizacije državne vlasti.

Osim ustavnih tekstova, katalog prava i sloboda u nacionalnom zakonodavstvu šire i posebni zakonski tekstovi posvećeni pojedinim pravima ili zaštiti pojedinih kategorija lica. Tako na primer, savremene države usvajaju posebne zakone u oblasti zaštite od diskriminacije, slobode štampe, odnosno medijskog prava, slobode religije, slobode okupljanja i udruživanja, u oblasti prava iz radnog odnosa i prava iz bračnih i porodičnih odnosa, zakone o socijalnoj i zdravstvenoj zaštiti, zaštiti potrošača, zaštiti prirodne sredine, zakonska pravila o pravu na pravnu pomoć, propise u oblasti medicinskog prava, kao što su zakoni o pravima pacijenata, o eutanaziji, genetskom inženjeringu i sl. Rečju, gotovo da nema prava i slobode o kojoj se danas ne može napisati poseban zakon.³⁴²

³⁴² Ovaj proces zakonskog regulisanja pojedinih prava i sloboda je u Srbiji započeo, ali je neophodno potrebno da se on u budućnosti nastavi. Neke sfere ljudskih prava već su dobile bogat i uglavnom moderan zakonski okvir, kao na primer sfera medijskog zakonodavstva koja broji već četiri obimna zakonska teksta, od opšteg Zakona o javnom informisanju (2003), preko Zakona o radiodifuziji (2003), do posebnih zakonskih tekstova koji se odnose na pristup informacijama u posedu organa javne vlasti (2004) i reklamiranje (2005). Međutim, uz ove tekstove potrebno je usvojiti i zakon koji bi se odnosio na zabranu monopola, odnosno slobodu konkurencije u oblasti medija.

Slično je i sa zakonskom regulativom u oblasti zabrane diskriminacije, u kojoj je pored opšteg Zakona o zabrani diskriminacije (2009), usvojen i Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom (2006), kao i Zakon o ravnopravnosti polova (2009). Uz njih, trebalo bi usvojiti i čitav paket drugih antidiskriminacionih propisa, recimo o upotrebi znakovnog jezika za gluve, o korišćenju psa vodiča za slepe, savremeni propis o lišenju poslovne sposobnosti, zatim propise koji bi obezbedili primenu principa ravnopravnosti prema seksualnoj i rodnoj opredeljenosti, kao što je zakon o transseksualnim i transrodnim osobama, kao i o istopolnoj zajednici, zatim efikasan zakon o sprečavanju rodno zasnovanog nasilja, zatim grupu propisa koja bi se vezivala za potrebu zaštite prava Roma, kao što je zakon o postupku priznavanja pravnog subjektiviteta lica koji žive bez ličnih identifikacionih dokumenata ili propis kojim se odgovara na problem neformalnih naselja i evikcija i sl.

Poseban pak problem u Srbiji stvaraju pravni propisi koji postoje, ali se ne primenjuju ili se primenjuju izuzetno ili selektivno, kao na primer zakoni o zaštiti potrošača i zaštiti prirodne sredine, kao i manjkavi pravni propisi, na primer oni u oblasti radnog

Svaki od ovih posebnih zakona po pravilu dodaje katalogu ljudskih prava nove pravne garancije. Na primer, ustavno jemstvo slobodnog pristupa informacijama u posedu organa javne vlasti,³⁴³ može se zakonom raslojiti na četiri posebna prava – na obaveštenje o tome da li organ javne vlasti poseduje traženu informaciju, na uvid u dokument koji sadrži traženu informaciju, na kopiju tog dokumenta i na pravo da se zahteva dostava kopije na adresu tražioca informacije.³⁴⁴ Slično tome, ustavom garantovana sloboda od diskriminacije,³⁴⁵ može se prevesti u zabranu čitavog niza posebnih oblika diskriminacije, među kojima je i „zabrana govora mržnje“, koja se potom dodatno reguliše posebnim propisima, i to u oblasti javnog informisanja,³⁴⁶ ali i u okviru krivičnog zakonodavstva.³⁴⁷

Ovaj proces osvajanja i širenja sfere slobode pojedinca putem umnožavanja ljudskih prava, mogao bi se načelno pratiti na tri različita koloseka: prema oblastima pravnog regulisanja, licima kojima se pruža pravna zaštita i prema izvorima prava.

Danas gotovo da nema oblasti pravnog regulisanja u kojoj nisu sadržana pravila o ljudskim pravima. Čini se kao da je ceo pravni sistem pokriven pravom ljudskih prava – od materijalnog krivičnog, građanskog i prava koji uređuje rad organa javne vlasti, do procesnih zakona, odredbe o ljudskim pravima zalaze u svaki ugao pravnog sistema.

Tako, najveći deo materijalnog krivičnog prava štiti lična dobra pojedinaca, život, fizički integritet i sl, kao i njihovu imovinu, od najtežih oblika povređivanja.³⁴⁸ Krivično procesno pravo se u dobroj meri bavi

prava i medicinskog prava. Spisak i tekstovi zakona koje je Narodna skupština Republike Srbije usvojila u poslednjoj deceniji, dostupni su na sledećoj zvaničnoj skupštinskoj internet adresi: <http://www.parlament.gov.rs/content/lat/akta/zakoni.asp>.

³⁴³ Član 51, stav 2. Ustava Srbije.

³⁴⁴ Član 5. Zakona o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja iz 2004. godine.

³⁴⁵ Član 21. Ustava Srbije.

³⁴⁶ Član 38. Zakona o javnom informisanju iz 2003. godine.

³⁴⁷ V. novo krivično delo iz člana 174. Krivičnog zakonika, koje se odnosi na zabranu javnog izlaganja poruzi lica ili grupe na osnovu njihovog ličnog svojstva, kao i novo krivično delo iz člana 387, stav 4. Krivičnog zakonika, koje se odnosi na klasičnu zabranu govora mržnje, propisano Zakonom o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz septembra 2009. godine.

³⁴⁸ V. tako Nataša Mrvić Petrović, „*Krivično pravo, opšti i posebni deo*“, 2006.

zaštitom prava lica koje je lišeno slobode, odnosno protiv koga se vodi postupak utvrđivanja krivične odgovornosti.³⁴⁹

U oblasti građanskog prava, druga polovina dvadesetog veka bila je obeležena pozitivnopravnim osamostaljivanjem ličnih prava koja se razumeju kao prava na ličnim dobrima, u koje se ubrajaju život i telesni (fizički) i psihički integritet, privatnost, lik, glas, dnevnički spis ili drugi zapis lične prirode, podatak o ličnosti, čast i ugled, autentičnost i lično ime.³⁵⁰

Osim toga, porodično pravo kao građanskopravna disciplina, vrvi od prava koja se vezuju za brak i porodične odnose, posebno za odnose između bračnih drugova i odnose roditelja i dece. U nedostatku opšteg građanskog zakonika u Srbiji, u ovu disciplinu smeštena su i pravila o drugim fundamentalnim ljudskim pravima, pre svega ona koja se odnose na pravnu i poslovnu sposobnost fizičkih lica.³⁵¹

Slično tome, radno pravo je prepuno pravila o pravima iz radnog odnosa, uključujući i pravila o uslovima rada, odmorima, štrajku, sindikalnom udruživanju i sl.³⁵² U novije vreme posebno se ističu i radnopravna pravila o zabrani diskriminacije i zlostavljanja na radu.³⁵³ Najzad, građanski procesni zakoni, pre svega oni koji se odnose na parnični i vanparnični postupak,³⁵⁴ sadrže odredbe kojima se štite ljudska prava učesnika tih postupaka – na primer, njima se uređuju opšta procesnopravna pitanja,

³⁴⁹ V. tako Momčilo Grubač, „*Krivično procesno pravo*“, 2010. Ono što je rečeno za krivično procesno pravo važi i za druge oblasti kaznenog prava, kao što je prekršajno procesno pravo.

³⁵⁰ V. tako Obren Stanković, Vladimir V. Vodinelić, „*Uvod u građansko pravo*“, 2004, pp. 120–131. Međutim, pravo ljudskih prava sve više prodiere i u oblast imovinskih prava. I to ne samo putem definisanja imovinskopravnih aspekata uživanja ili zaštite ličnih dobara, već i posredstvom priznavanja tradicionalnih imovinskih ili svojinskih interesa kao zaštićenih ljudskih prava. U tom smislu, član 58, stav 1. Ustava Srbije sadrži jemstvo mirnog uživanja „svojine i drugih imovinskih prava“. V. takođe i član 1. Protokola I uz Evropsku konvenciju.

³⁵¹ V. tako Marija Draškić, „*Porodično pravo i pravo deteta*“, 2005.

³⁵² V. tako Zoran Ivošević, „*Radno pravo*“, 2006.

³⁵³ Uz ova pravila obično se propisuju i zakonska pravila kojima se uređuje zdravstvena i socijalna zaštita pojedinih kategorija stanovništva, koja se onda sa druge strane ukrštaju sa opštim pravilima o zaštiti od diskriminacije ili pak o posebnoj zaštiti pojedinih kategorija lica, kao što su pripadnici određenih nacionalnih manjina, žene, deca i sl.

³⁵⁴ V. tako Borivoje Poznić, Vesna Rakić Vodinelić, „*Građansko procesno pravo*“, 2010.

kao što je garancija pravičnog suđenja u razumnom roku, ali i posebni postupci, kao što je postupak oduzimanja poslovne sposobnosti, postupak priznavanja pravnog subjektiviteta, postupak proglašenja jednog lica za umrlo i sl.

Danas je i oblast prava koje uređuje rad organa javne vlasti, zahvaćena plimom ljudskih prava. Od opštih propisa koji se odnose na prava državnih službenika i zaštitu ljudskih prava u postupcima pred upravnim organima,³⁵⁵ preko posebnih propisa o zaštiti ljudskih prava u radu pojedinih organa javne vlasti, na primer policije,³⁵⁶ pa do zakona kojima se uređuju specifična pitanja, kao što je pristup informacijama u posedu organa javne vlasti,³⁵⁷ skoro da nema pravnog propisa u klasično određenoj oblasti javnog državnog prava u kome nisu sadržana pravila o ljudskim pravima.

Sa druge strane, jednu od najznačajnijih novina u razvoju ljudskih prava predstavlja i tematsko osamostaljivanje pojedinih grupa prava u posebne pravne discipline, kao što su antidiskriminaciono,³⁵⁸ medijsko,³⁵⁹ medicinsko,³⁶⁰ pravo zaštite ličnih podataka,³⁶¹ ekološko pravo³⁶² i druga. Osobenost ovih posebnih prava sastoji se u tome što su njihova pravila istinski multidisciplinarnog karaktera – ona prevazilaze granice klasičnih pravnih oblasti javnog i privatnog pravo, odnosno grana prava, kao što je građansko, upravno ili krivično pravo.

Na sličan način dolazi i do osamostaljivanja pojedinih pravnih disciplina koje se vezuju za lica ili grupe lica koja dele određeno svojstvo ili

³⁵⁵ V. tako Bogoljub Milosavljević, „Upravno pravo“, 2007.

³⁵⁶ V. tako Bogoljub Milosavljević, „Ljudska prava i policija“, 2004.

³⁵⁷ V. tako Vladimir V. Vodinelić, Saša Gajin, Dejan Milneković, Nemanja Nenadić i grupa autora, „Vodič kroz Zakon o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja“, 2005.

³⁵⁸ V. tako Saša Gajin, Vladimir V. Vodinelić, Tanja Drobnjak, Borko Nikolić, „Antidiskriminaciono pravo, vodič“, 2007.

³⁵⁹ V. tako Vladimir V. Vodinelić, Vladimir Đerić, Saša Gajin, Dušan Stojković, Miloš Živković, „Pravo medija“, 1998.

³⁶⁰ V. tako Jakov Radišić, „Medicinsko pravo“, 2004.

³⁶¹ V. tako Saša Gajin, „Zaštita podataka o ličnosti, perspektive harmonizacije domaćeg prava sa pravom Evropske unije“, u knjizi „Zaštita podataka o ličnosti i poverljivi podaci“, 2005, pp. 11–42.

³⁶² V. tako Aleksandra Čavoški, „Ekološko pravo, u studiji „Harmonizacija domaćeg zakonodavstva sa pravom Evropske unije“, 2004.

status. Prava deteta,³⁶³ prava žena,³⁶⁴ prava osoba sa invaliditetom,³⁶⁵ prava nacionalnih manjina,³⁶⁶ sve ove grupe prava i sloboda danas se grupišu u posebne pravne discipline, takođe interdisciplinarnog karaktera. Stvarajući jedinstven pravni režim uživanja i zaštite prava i sloboda pojedinih kategorija lica, nove discipline tako protežu svoja pravila preko čitavog pravnog sistema.

Najzad, kombinujući prva dva osnova osamostaljivanja pravnih disciplina sa trećim osnovom, koji bi se vezivao za karakter izvora prava o ljudskim pravima, moguće je izdvojiti i ostale grupe prava. Tako su konstituisane kao posebne pravne discipline međunarodno krivično pravo,³⁶⁷ i međunarodno humanitarno pravo.³⁶⁸ Posebnu specifičnost ovoj grupi daje takođe i razvoj komunitarnog prava Evropske unije u pojedinim oblastima zaštite ljudskih prava,³⁶⁹ kao što je oblast zaštite prirodne sredine.³⁷⁰

e) Podela ljudskih prava

Lista ljudskih prava predstavlja veoma dragocenu metu moći čovekovog rasuđivanja. Skoro da nema ambicioznije napisanog pravno-teorijskog teksta o ljudskim pravima koji se ne bavi njihovom klasifikacijom ili ne upućuje na podelu prava i sloboda na pojedine grupe ili oblasti.³⁷¹ Ovom prirodnom ljudskom nagonu često ne mogu da odole ni tvorci međunarodnih dokumenata i ustavopisci.

³⁶³ V. tako Nevena Vučković Šahović, „Prava deteta i međunarodno pravo, 2000.

³⁶⁴ V. tako Zorica Mršević, „Ženska prava u međunarodnom pravu“, 1999.

³⁶⁵ V. tako Damjan Tatić, „Zaštita ljudskih prava osoba sa invaliditetom“, 2009.

³⁶⁶ V. tako Boris Krivokapić, „Zaštita manjina u međunarodnom i uporednom pravu“, 2004.

³⁶⁷ V. tako Antonio Kaseze, „Međunarodno krivično pravo“, 2005.

³⁶⁸ V. tako Konstantin Obradović, Milan Šahović, Milivoj Despot, „Međunarodno humanitarno pravo, razvoj, primena, institucije“, 2002.

³⁶⁹ V. tako Paul Craig, Grainne De Burca, „EU Law, Text, Cases and Materials“, 4th ed., 2007, Chapter 11.

³⁷⁰ V. tako Ludwig Kramer, *EC Environmental Law*, 6th ed., 2006.

³⁷¹ V. tako o teorijskoj podeli ustavom zaštićenih ljudskih prava kod Marijane Pajvančić, „Ustavno pravo, ustavne institucije“, 2003. Autorka upućuje na trinaest različitih kriterijuma koji se koriste u cilju razvrstavanja ljudskih prava (p. 117), a zatim i sama izvodi veoma složenu i osobenu konstrukciju njihove podela (p. 122).

Podela ljudskih prava u samim pravnim dokumentima vezuje se uglavnom za širenje liste zaštićenih prava i sloboda. Što je katalog prava brojniji, to ima više izgleda da će se tvorac pravnih normi odlučiti da u samom pravnom dokumentu ponudi svoje razumevanje podele ljudskih prava.³⁷² Ustav Srbije iz 2006, vrši podelu zaštićenih prava na ljudska i manjinska prava.³⁷³ Ustav Švajcarske iz 1999, sadrži podelu na osnovna prava, zatim građanska prava, među koje ubraja državljanstvo i politička prava, i treću grupu, socijalna prava. Ustav Španije iz 1978, deli odeljak ustavnog teksta koji se bavi pravima i slobodama na dva dela – prvi se odnosi na osnovna prava i javne slobode, a drugi na prava i dužnosti građana.

Među nedavno donetim međunarodnim dokumentima, posebno razvijenu podelu ljudskih prava sadrži Povelja o osnovnim pravima EU. U ovom dokumentu su pravna pravila o ljudskim pravima originalno raspodeljena u šest odeljaka koji nose nazive: I-Dostojanstvo, II-Slobode, III-Jednakost, IV-Solidarnost, V-Prava građana i VI-Pravda.

Sve ove podele uglavnom imaju za cilj puko pravno sistematizovanje materije ljudskih prava u okviru pravnog dokumenta, bez namere stvaranja specifičnih pravnih posledica razdvajanja na grupe prava. Međutim, u nekim slučajevima, svrstavanje prava i sloboda u jednu od grupa, neposredno se vezuje za osoben pravni režim njihovog uživanja ili mogućnosti zaštite.

Ranije se smatralo da se podela na tri generacije ljudskih prava ne vrši samo prema njihovoj sadržini ili hronološkom kriterijumu njihovog pojavljivanja na istorijskoj sceni, već da je ovu podelu moguće izvršiti i na temelju njihove pravne snage. Tako se govorilo da su prava prve generacije sadržana u „čvstim“ pravnim pravilima koja država mora da poštuje. Nasuprot tome, pravila o pravima druge generacije manje su pravno obavezujuća za državu jer sadrže samo tzv. „obavezu unapređivanja“ pojedini-

³⁷² Tako u Opštoj deklaraciji UN iz 1948, nije navedeno koja se prava mogu smatrati građanskim i političkim pravima, a koja socijalnim, ekonomskim i kulturnim. To razlikovanje između pojedinih prava došlo je do izražaja u pravnim dokumentima nastalim pod okriljem UN tek dve decenije kasnije, tačnije 1966, prilikom donošenja paktova o ove dve grupe prava i sloboda.

³⁷³ Odredbe o prvoj grupi sadržane su u drugom odeljku, drugog dela Ustava, koji nosi naziv „*Ljudska prava i slobode*“, dok su odredbe o manjinskim pravima sadržane u trećem odeljku istog drugog dela Ustava, koji nosi naziv „*Prava pripadnika nacionalnih manjina*“. Među onim pravima koje naziva ljudska prava i slobode, Ustav ne vrši dalju podelu na posebne grupe.

nih oblasti, a ne čvrste pravne garancije ustanovljene u korist pojedinaca, dok norme o pravima treće generacije više zagovaraju određeni društveni ideal, odnosno predstavljaju „političke ciljeve“, bez navođenja jasnih sadržaja, odnosno „obrisa“ pojedinih od njih.³⁷⁴

Posmatrano iz sadašnje perspektive razvoja ljudskih prava, sasvim je jasno da kriterijum pravne snage ili pravne obaveznosti ne bi mogao da bude iskorišćen u cilju opravdanja klasične podele prava na tri generacije. Danas naime pravila o većini prava sadržanih u sve tri generacije stvaraju jednako čvrste pravne obaveze za državu ili treća lica, baš kao što je i njihova sadržina jednako precizno određena. Zaključak o tome moguće je neposredno izvesti na osnovu upoređivanja pravnih pravila na primer o slobodi štampe, u oblasti radnih odnosa i onih koja se odnose na zaštitu prirodne sredine.³⁷⁵

Jedan od očuvanih primera izdvajanja prava i sloboda u posebnu grupu prema osobenostima pravnog režima njihovog uživanja i zaštite, predstavlja kategorija tzv. „građanskih prava“. U engleskom pravu se izraz „građanske slobode“ koristi kao difuzni pojam, čije granice nisu precizno određene, a koji obuhvata sferu slobode pojedinca koja je zaštićena prevashodno od akata državne vlasti.³⁷⁶

³⁷⁴ V. tako Kristijan Tomušat, *op. cit.*, pp. 73–76 i 93–103.

³⁷⁵ Sa druge strane, kao što se u sve tri generacije ljudskih prava koriste „čvrste“ pravne norme, tako se isto u njima koriste i norme koje spadaju u ono što se naziva „meko pravo“. U Zakonu o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom iz 2006. godine, sadržane su čvrste obaveze poštovanja načela jednakosti, na primer u pogledu uklanjanja arhitektonskih barijera, kao i preporučene mere za podsticanje ravnopravnosti osoba sa invaliditetom u pojedinim oblastima društvenog života, na primer u oblasti informisanja, vaspitanja i obrazovanja, kulturnog, sportskog i verskog života zajednice i sl.

³⁷⁶ John Austin formalno definiše građansku slobodu kao „slobodu od pravne obaveze, koja je ostavljena ili data od strane suverene vlasti svakom njenom podaniku“ (*op. cit.*, p. 268).

U praktičnoj primeni prava, klasične građanske slobode su one koje se odnose na ograničenje upotrebe sile od strane policije, na slobodu udruživanja i okupljanja, posebno u kontekstu ovlašćenja državnih organa da spreče javne nered, zatim na pitanje ograničenja slobode pojedinaca u vreme vanrednog stanja, posebno u vezi sa planiranjem i izvršenjem terorističkih napada, na slobodu izražavanja i dopuštenost zabrane distribucije informacija, ali i dopuštenost prikazivanja ili izvođenja dela filmske i pozorišne umetnosti, na ograničenje slobode izražavanja u odnosu na sud i slobode prikupljanja informacija u odnosu na rad službi bezbednosti, na slobodu religije, a posebno u vezi sa statusom verskih zajednica i pitanjima izražavanja verskog uverenja u različitim

U američkom pravu pak, ovaj pojam obogaćen je tokom šezdesetih godina prošlog veka zahtevom za priznavanje jednakosti svih ljudi, bez obzira na njihova lična svojstva, kao što je rasna pripadnost i boja kože, i to posebno u pogledu tzv. „participativnih“, odnosno političkih prava.³⁷⁷ U tom periodu, pokret za poštovanje građanskih prava bio je uglavnom usmeren na obezbeđivanje jednakog položaja afro-amerikanaca u javnoj sferi društvenog života, a pre svega u vezi sa pravom glasa, kao i pristupom javnim mestima, odnosno korišćenjem javnih službi, zapošljavanjem i sl.³⁷⁸

Nasuprot ovim shvatanjima anglo-saksonskog prava, Evropski sud za ljudska prava tumači kategoriju „građanskih prava“ na drugačiji način i daleko šire. Po slovu stava 1, člana 6. Evropske konvencije, „svako, tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama ili o kri-

društenim odnosima, na primer u vezi sa radom u državnim organima, u vezi sa verskim praznicima i sl. Takođe, građanske slobode se odnose na pitanje slobode kretanja, posebno u vezi sa ulaskom stranaca u zemlju i njihovom deportacijom, kao i na prava lica na odsluženju kazne zatvora. U manjem delu, građanske slobode tiču se odnosa pojedinaca prema drugim licima, na primer u vezi sa povredom privatnosti od strane medija, ili diskriminacijom van sfere odnosa sa državom, na primer u pružanju javnih usluga, u odnosima povodom stanovanja, u sferi zabave, reklamiranja i sl. V. o tome S. H. Bailey, D. J. Harris, B. L. Jones, „*Civil Liberties, Cases and Materials*“, 3rd ed., 1991.

³⁷⁷ U svom čuvenom govoru „*I Have a Dream*“ iz avgusta 1963. godine, Martin Luther King, Jr. (v. http://avalon.law.yale.edu/20th_century/mlk01.asp), je na stepeništu Linkolnovog spomenika u Washingtonu, istakao značaj obećanja Američke revolucije o tome da će svi pojedinci uživati jednaka prava na život, slobodu i traganje za srećom. On kaže da ne bi trebalo verovati u to da je „banka Pravde“ u Americi doživela bankrot, ali i da neće biti mira u zemlji sve dok „crncima“ ne budu priznata „građanska prava“. „Nećemo moći da budemo zadovoljni sve dok crnac u Mississippiju ne može da glasa“, objašnjava on, a zatim dodaje:

„*Sanjam o tome da moje četvoro dece jednog dana žive u naciji u kojoj neće biti ocenjivani na osnovu boje njihove kože, već na osnovu njihovog karaktera*“.

³⁷⁸ Neposredan rezultat borbe za priznavanje građanskih prava predstavljao je proces desegregacije američkog društva koji je započet usvajanjem Zakona o građanskim pravima (*Civil Rights Act*, July 2, 1964, U.S. Statutes at Large, Public Law 88-352, pp. 241-268). Ovaj Zakon imao je za cilj da obezbedi primenu principa jednakosti bez obzira na rasu i boju kože, posebno u vezi sa jednakim pravom glasa, pristupom javnim mestima, pravom na školovanje u državnim školama, sprečavanjem diskriminacije u drugim programima savezne države, kao i u vezi sa obezbeđivanjem jednakosti u zapošljavanju. Jednakost u zapošljavanju, prema slovu ovog Zakona, neposredno je obuhvatala i zabranu diskriminacije na osnovu pola. Dodatne garancije u primeni principa jednakosti u uživanju prava glasa na svim nivoima, upisane su godinu dana kasnije u Zakon o pravu glasa (*Voting Rights Act*, August 6, 1965).

vičnoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona“.³⁷⁹

Ovo pravilo pretpostavlja, između ostalog, da pojedinac uživa pravnu zaštitu na temelju člana 6. Konvencije, samo ako se u konkretnom slučaju radi o onim njegovim pravima koja se mogu izdvojiti u grupu građanskih prava. Dakle, osim tumačenja i primene drugih pravnih standarda iz navedenog pravila, kao što je „pravično suđenje“, „razumni rok“ ili „nezavistan i nepristrasan sud“, za uživanje ovog specifičnog jemstva ljudskih prava od odlučujućeg je značaja kvalifikovanje jednog prava kao „građanskog prava“.³⁸⁰

Prema ustaljenoj praksi Evropskog suda za ljudska prava, član 6. Konvencije ne određuje sadržinu nekog posebnog prava, već se odnosi samo na spor u vezi sa građanskim pravom za koje se može utvrditi da je pojedincu priznato u okviru nacionalnog pravnog sistema.³⁸¹ Pojam pak „građanskog prava“, Evropski sud tumači autonomno, bez oslonca na kvalifikaciju samog prava u nacionalnim pravnim sistemima država-članica.

Tako, u grupu građanskih prava na prvom mestu spadaju ona prava povodom kojih pravni subjekti ulaze u građanskopravne odnose. Najapstraktnije određeno, garancija iz člana 6. Konvencije obuhvata sve novčane zahteve, odnosno prava imovinskog karaktera.³⁸² U tom smislu, Sud pojam građanskih prava vezuje za spor koji se odnosi na svojinska, odnosno imovinska prava i interese koji su zaštićeni članom 1, Protokola I uz

³⁷⁹ Slično pravilo je 1966. godine upisano i u tekst stava 1, člana 14. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, u kome se kaže da „svako lice ima pravo da njegov slučaj bude raspravljan pravično i javno pred nadležnim, nezavisnim i nepristrasnim sudom, ustanovljenim na osnovu zakona koji odlučuje o osnovanosti svake optužbe podignute protiv njega u krivičnim stvarima ili o osporavanju njegovih građanskih prava i obaveza“.

³⁸⁰ V. uopšte o primeni člana 6. Konvencije kod Mark Janis, Richard Kay, Anthony Bradley, *op. cit.*, 3rd ed., 2008.

³⁸¹ V. *Kravčenko protiv Rusije*, No 34615/02, 02/04/2009, kao i *Z. i ostali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 29392/95, 10/05/2001. Prema odlukama Suda u ovim slučajevima, da bi član 6. bio primenjen, spor u vezi sa građanskim pravom mora biti „stvaran i ozbiljan“ i mora se odnositi na samo postojanje, sferu prostiranja ili način uživanja prava.

³⁸² *Kravčenko protiv Rusije*, No 34615/02, 02/04/2009.

Evropsku konvenciju,³⁸³ među kojima se kao klasična građanska prava izdvajaju pravo svojine i pravo na naknadu štete.³⁸⁴

Sa druge strane, Evropski sud je iskoristio potencijal prava imovinskog karaktera da bi proširio domašaj garancije iz člana 6. i na oblast odnosa između pojedinca i državne vlasti. Tako je Sud nakon početnog oklevanja zauzeo stav da ova pravna garancija pokriva i sporove u vezi sa novčanim zahtevima i ostalim materijalnim davanjima nastalim na temelju prava iz socijalnog osiguranja, odnosno socijalne pomoći, uključujući tu i novčanu pomoć za slučaj nezaposlenosti.³⁸⁵ Takođe, prema odlukama Suda, naknada za rad, kao i pravo na penziju, redovnu ili invalidsku, takođe ulaze u grupu građanskih prava.³⁸⁶

Najzad, u poslednjim odlukama Sud je u svom tumačenju člana 6. izašao i izvan okvira imovinskih odnosa u javnopravnoj sferi, te je tako zauzeo stav da je pravo na pristup informacijama u posedu organa javne vlasti građansko pravo koje je obuhvaćeno slobodom izražavanja iz člana 10. Evropske konvencije.³⁸⁷ Ovo proširenje domašaja pravne garancije sadržane u članu 6. Konvencije na osnovu „dinamičnog i evolutivnog pristupa“ Suda, koje čini se odražava proces koji još nije završen,³⁸⁸ najvidljivije je u oblasti radnih odnosa lica zaposlenih u organima državne vlasti.

U slučaju *Pelegrin protiv Francuske*,³⁸⁹ Sud je uzeo u obzir činjenicu da se u brojnim državama-članicama pravi razlika između državnih služ-

³⁸³ *Pridačenko i ostali protiv Rusije*, No 2191/03, 3104/03, 1609/03, 24486/03, 21/06/2007.

³⁸⁴ *Z. i ostali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 29392/95, 10/05/2001. U ovu grupu prava spada i pravo na naknadu štete koja je nastala povredom ličnih prava, na primer povredom časti pojedinca (*Goru protiv Grčke*, No 12686/03, 20/03/2009), kao i ostala prava koja se tradicionalno smeštaju u građansko pravo, kao što su prava u bračnim i porodičnim odnosima, na primer povodom utvrđivanja očinstva (v. *Rasmussen protiv Danske*, No 8777/79, 28/11/1984).

³⁸⁵ *Mečinskaja protiv Rusije*, No 42454/02, 15/01/2009.

³⁸⁶ *Pelegrin protiv Francuske*, No 28541/95, 08/12/1999.

³⁸⁷ *Kenedi protiv Mađarske*, No 31475/05, 26/05/2009.

³⁸⁸ Evropski sud i dalje stoji na stanovištu da spor oko nekih prava u odnosu pojedinca prema državi, kao na primer u vezi sa ulaskom na teritoriju zemlje, boravkom u njoj i deportacijom iz zemlje, ne može da se podvede pod kategoriju građanskih prava (v. tako slučaj *Mamatkulov i Abdurasulovic protiv Turske*, No 46827/99, 46951/99, 06/02/2003).

³⁸⁹ No 28541/95, 08/12/1999.

benika i ostalih koji su zaposleni u „privatnom sektoru“, te je potvrdio već izgrađen stav da u okvir garancija iz člana 6. ne ulaze „sporovi koji se odnose na zapošljavanje, rad i prestanak službe“ državnih službenika. Ipak, Sud je prihvatio da određeni zahtevi imovinskog karaktera državnih službenika, koji reflektuju njihov „suštinski ekonomski interes“, kao što je naknada za rad, mogu da se podvedu pod kategoriju građanskih prava.

Nezadovoljan pak neodređenošću koju sa sobom nosi standard „suštinski ekonomski interes“, a posebno problemima njegove praktične primene, Sud je u ovom sporu formulisao tzv. „funkcionalan kriterijum“ primene člana 6. na položaj državnih službenika. Ovaj kriterijum oslanja se na sadržaj i prirodu posla koji državni službenici obavljaju, a posebno na njihovo učešće u vršenju suverene vlasti države. Sud tako kaže da državni službenici između sebe dele odgovornost za obavljanje posla u javnom interesu, kao što učestvuju i u vršenju vlasti koja im je poverena javnopravnim propisima.

Zbog toga, smatra Sud, država ima opravdani interes da od ovih lica zahteva poverenje i lojalnost u međusobnom odnosu. U tom smislu, sporovi koji su isključeni iz domašaja člana 6. Konvencije odnose se na aktivnosti službenog lica vezane za obavljanje poslova u okviru organa vlasti, koji na osnovu svojih ovlašćenja štiti javni interes. Sud navodi da tipične primere ovih aktivnosti predstavljaju poslovi koje obavljaju policajci ili pripadnici vojske.³⁹⁰

Međutim, prema nedavno izraženom shvatanju Suda u *slučaju Vilho Eskelinen i drugi protiv Finske*,³⁹¹ primena ovog funkcionalnog kriterijuma u praksi nije dovela do željenog podizanja nivoa pravne sigurnosti u tumačenju člana 6. Konvencije.³⁹² Zbog toga je neophodno, kaže Sud, dalje razviti kriterijum razlikovanja konkretnih slučajeva, i to pre svega na osnovu priznavanja sličnosti pojedinih aspekata položaja zaposlenih u državnoj administraciji i onih koji su zaposleni kod privatnih poslodavaca.

³⁹⁰ U ovom slučaju Sud je spor oko penzije državnog službenika kvalifikovao kao spor u vezi sa građanskim pravom, koje je po svojoj prirodi nastalo tek nakon prekida radnog odnosa, te se zbog toga ne tiče zahteva za lojalnošću ili drugog odnosa države prema bivšem zaposlenom.

³⁹¹ No 63235/00, 19/04/2007.

³⁹² Kao jedan od primera koji potvrđuju ovu tvrdnju Sud navodi i *slučaj Kanajev protiv Rusije* (No 43726/02, 27/07/2006), u kome je primena funkcionalnog kriterijuma ostavila bez pravne zaštite aktivnog oficira Ruske mornarice koji je sa državom vodio spor u vezi sa njegovim putnim troškovima.

Prelazeći na teren onoga što se može nazvati „formalni kriterijum“, Sud ističe da je potrebno priznati da država ima interes da kontroliše pristup sudu pojedinih kategorija državnih službenika. Međutim, kaže Sud, na samoj državi leži obaveza da propisom precizno odredi krug sporova sa zaposlenima koji se ne mogu rešavati pred nacionalnim sudom. Ako ovaj propis postoji, onda Evropski sud može dalje da odlučuje o tome da li je ovo ograničenje prava na sudsku zaštitu opravdano.

Postoji dakle pretpostavka, zaključuje Sud, da se član 6. primenjuje i na sporove između državnih službenika i države. Na samoj državi leži obaveza da pokaže da je u konkretnom sporu državnom službeniku propisom ograničeno pravo da se obrati sudu, kao i da dokaže da je ovo ograničenje ustanovljeno zbog potrebe zaštite državnog interesa u vršenju ovlašćenja organa javne vlasti ili zbog potrebe očuvanja odnosa poverenja i lojalnosti između službenika i organa vlasti. Tako, kaže Sud, obični radni sporovi državnih službenika po pravilu se ne mogu u budućnosti isključiti iz domašaja garancije upisane u član 6. Konvencije

Značajna potvrda za ovaj stav Suda, već početkom 2009. istaknuta je u *slučaju Olujić protiv Hrvatske*.³⁹³ U ovom slučaju, Sud je odlučivao o predstavci bivšeg predsednika Vrhovnog suda Hrvatske, kome je na osnovu odluke nadležnog državnog organa prestala sudijska funkcija. Koristeći se novim „formalnim kriterijumom“, Evropski sud je stao na stanovište da u konkretnom slučaju podnosiocu predstavke nije bilo propisom ograničeno pravo da se obrati hrvatskom sudu, te da ovaj spor u vezi sa prestankom sudijske funkcije sa stanovišta člana 6. Konvencije, predstavlja spor koji se odnosi na njegovo građansko pravo.³⁹⁴

³⁹³ No 22330/05, 05/02/2009.

³⁹⁴ U članu 32, stav 1. Ustava Srbije iz 2006. godine, koji se odnosi na garanciju prava na pravično suđenje u razumnom roku i to pred nezavisnim i nepristrasnim sudom koji je ustanovljen na osnovu zakona, ne pominje se pojam „građanskih prava“. Naime, prema slovu ustavne odredbe, ovo pravno jemstvo se primenjuje na odlučivanje o „pravima i obavezama“ pojedinca, kao i „osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka“ prema njemu.

U skladu sa pravilima jezičkog tumačenja, moglo bi se pretpostaviti da se ova garancija odnosi samo na položaj lica prema kome se vodi postupak utvrđivanja krivične odgovornosti. U skladu sa pravilima sistemskog tumačenja, a na osnovu činjenice da je ovo ustavno jemstvo smešteno u samo središte drugih brojnih garancija vezanih za položaj lica u krivičnom postupku, ova pretpostavka bi teorijski mogla da se osnaži. Čini se međutim da ova tumačenja ustavnih pravila ipak ne bi trebalo shvatiti suviše ozbiljno,

f) Ciljevi i pravni značaj nabiranja prava i sloboda

Tri su neposredna cilja zbog čijeg ostvarenja se sastavlja lista ljudskih prava. Prvi cilj je imenovanje, odnosno dodeljivanje pravnog naziva pojedinim pravima. Drugi je određivanje sadržine prava i sloboda, a treći je obezbeđivanje pravne snage njihovom jemstvu, odnosno garancijama.

Upućivanje na pojedina ljudska prava u pravnoj komunikaciji uobičajeno se vrši korišćenjem njihovih naziva. Pravno-tehnički posmatrano, različiti su načini određivanja naziva određenog prava ili slobode u samom pravnom dokumentu. Najjednostavnije se ovaj posao može obaviti imenovanjem prava u odrednici, naslovu ili „rubrumu“ odredbe, kako se to takođe kaže, koja sadrži pravila o tom pravu. Na ovaj način se značajno doprinosi preglednosti pravnog teksta, te se čitaocu olakšava njegovo korišćenje.

Novi Ustav Srbije iz 2006, koristi pre svega ovu tehniku imenovanja ljudskih prava. Iznad odredbe koja je posvećena jednom pravu, ustavopisac upisuje i njegov naziv.³⁹⁵ Međutim, ustavopiscu su stajali na raspolaganju i drugi načini imenovanja ljudskih prava. Tako se u nekim slučajevima naziv pojedinog prava ili slobode posredno određuje upućivanjem na nedozvoljeno ponašanje, na primer govori se o zabrani diskriminacije, zabrani ropstva, položaja sličnog ropstvu i prinudnog rada, zabrani izazivanja rasne nacionalne i verske mržnje i zabrani nasilne asimilacije. Ako je to potrebno, u svim ovim slučajevima moguće je negativno određenu „zabranu“, zameniti pozitivno određenom „slobodom od“ diskriminacije, ropstva, prinudnog rada i sl.³⁹⁶

već pre svega kao povod da se još jednom uputi na trapavost i nepažnju prilikom formulisanja ustavnih odredbi i njihove sistematizacije.

O primeni garancije prava na pravično suđenje u domaćem građanskom-procesnom pravu, v. Borivoje Poznić, Vesna Rakić-Vodinelić, *op. cit.*, pp. 40–43.

³⁹⁵ Tako se u ustavnom tekstu koriste sledeći nazivi: pravo na život, pravo na slobodu i bezbednost, pravo na državljanstvo, pravo na pravnu ličnost, pravo na imovinu, izborno pravo, prava deteta, sloboda kretanja, sloboda misli, savesti i veroispovesti, sloboda mišljenja i izražavanja, sloboda medija, sloboda okupljanja, sloboda udruživanja i sl. U nekim slučajevima će tvorac ustavne norme izostaviti reči „pravo na“, ali će zadržati ostatak jezičke sintagme, kao na primer kod zaštite podataka o ličnosti, prigovora savesti, zdravstvene zaštite ili socijalne zaštite.

³⁹⁶ U kontekstu sadržine pojedinih prava, u nekim od ovih slučajeva izraz „zabrana“ može se prevesti u izraz „pravo na“, kao što se na primer zabrana diskriminacije može odrediti i kao pravo na jednakost.

Sa druge strane, ustavopisac upućuje na naziv jednog broja ljudskih prava na taj način što direktno navodi osnovnu temu pravnog regulisanja. Rubrumi pojedinih članova Ustava tako sadrže sledeće reči: dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti, pritvor, pravna sigurnost u kaznenom pravu, nepovredivost stana, tajnost pisama i drugih sredstava opštenja, crkve i verske zajednice, penzijsko osiguranje, zdrava životna sredina i sl.³⁹⁷

Za razliku od Ustava Srbije, neki od kataloga ljudskih prava izbegavaju korišćenje rubruma za označavanje pojedinih odredbi. U dokumentima ove vrste, naziv prava ili slobode moguće je odrediti konsultovanjem same sadržine pravne garancije i to najčešće prvih reči koje se u njoj koriste.³⁹⁸

Između sadržine pravne garancije i naziva prava ili slobode mora postojati odnos podudarnosti. Naziv prava reflektuje njegovu sadržinu, odnosno predstavlja ključnu reč za razumevanje sadržine pravne garancije.³⁹⁹

³⁹⁷ Iz ovih reči se dalje relativno lako može zaključiti o kojoj pravnoj garanciji je reč. Slično tome, u pogledu pojedinih prava i sloboda, posebno ako se radi o odredbi koja sadrži veći broj pravila, tema se određuje korišćenjem zbirnog naziva, te tako na primer Ustav govori o „dopunskim pravilima u slučaju lišenja slobode bez odluke suda“.

³⁹⁸ Tako pojedini članovi Međunarodnog pakta UN o građanskim i političkim pravima počinju sledećim sintagmama: pravo na život je neodvojivo od čovekove ličnosti (član 6), niko se ne može držati u ropstvu (član 8), svaki pojedinac ima pravo na slobodu i na bezbednost svoje ličnosti (član 9), priznaje se pravo mirnog okupljanja (član 21) i sl.

³⁹⁹ Pisac Ustava Srbije iz 2006. godine, u nekim slučajevima uvodi originalne nazive prava i sloboda, koji do tada nisu bili zastupljeni u pravnom saobraćaju. Tako se u rubrum člana 51. ustavnog teksta upisuje „pravo na obaveštenost“, a zatim se u dva stava ovog člana definiše sadržina dva prava koja se obično normiraju kao posebna prava. U stavu 1. ovog člana, Ustav govori o pravu svakog da bude obavešten, istinito, potpuno i blagovremeno o pitanjima od javnog značaja, kao i o obavezi javnih glasila da to pravo poštuju. U stavu 2. istog člana, govori se o pravu svakoga na pristup podacima koji se nalaze u posedu organa javne vlasti.

Na stranu proizvoljno grupisanje pod zajednički naziv tradicionalno razdvojenih prava koja podrazumevaju bitno različite pravne režime uživanja i zaštite, čime se u velikoj meri obesmišljava upotreba novih reči. Ono što zaista zabrinjava u ovom slučaju jeste proizvoljno menjanje naziva prava na slobodan pristup informacijama od javnog značaja. Naime, ovo pravo se pod navedenim nazivom nalazi u pravnom prometu zemlje već godinama, i pre i nakon usvajanja Ustava 2006. godine. Razlozi pak za promenu postojećeg naziva jednog prava i slobode morali bi biti očigledni ili bar opravdani. Prema pravilima o jeziku, stilu i načinu pisanja propisa (v. publikaciju Sekretarijata za zakonodavstvo Vlade Republike Srbije, pod nazivom „*Metodologija izrade zakona*“ iz 2002. godine, p. 48), u cilju zadovoljenja zahteva zakonodavne infor-

Sama pak sadržina pravne garancije određena je putem pravnih pravila kojima se definiše normativni okvir uživanja prava ili slobode. Pravno-metodološki posmatrano, ovaj normativni okvir se u odnosu na prava i slobode izgrađuje na tri komplementarna načina: njihovim definisanjem, zatim određivanjem sfere njihovog prostiranja, kao i propisivanjem sredstava njihove zaštite.

Pravno normiranja ljudskih prava po pravilu započinje određivanjem predmeta pravnog regulisanja.⁴⁰⁰ Ovaj cilj se može ostvariti na različitim nivoima apstrakcije pravne regulative. Tako, ustavnopravne i međunarodnopravne garancije predstavljaju, po pravilu, najapstraktnije norme o ljudskim pravima. U njima su, pre svega, sadržana pravila kojima se priznaje, garantuje, odnosno jemči, određeno pravo ili sloboda.⁴⁰¹

Sa ovog najvišeg nivoa apstrakcije, pravni poredak se spušta na nivo detaljnijeg određivanja predmeta pravnog regulisanja. Ovaj posao definisanja konkretnih pravila posebnog pravnog režima koji se vezuje za jedno pravo, obično se pravno-tehnički prepušta zakonodavcu.⁴⁰² Među-

matike, u propisima je potrebno koristiti jedinstvenu terminologiju, odnosno termine sa već utvrđenim pravnim značenjem. Istovetno pravilo sadrži i član 35. „*Jedinstvenih metodoloških pravila za izradu propisa*“, Zakonodavnog odbora Narodne skupštine Republike Srbije iz marta 2010. godine.

Sa druge strane, novi naziv ne odgovara ni samoj sadržini prava. Naime, naziv novoimenovanog prava sadržinski se ne podudara sa zakonom definisanim pravom na slobodan pristup informacijama od javnog značaja, jer se ovo zakonsko pravo ne odnosi samo na podatke koji se nalaze u posedu organa javne vlasti, već i na one podatke koji su nastali u radu ili vezi sa radom ovih organa, a uskladišteni su na drugom mestu.

⁴⁰⁰ Pravo gotovo nikad ne štiti apstraktno određenu slobodu pojedinca, već prevashodno pojedinačne manifestacije, emanacije, odnosno aspekte te slobode. Tako, pravni poredak obezbeđuje čoveku poštovanje i zaštitu njegovog dostojanstva, fizičkog i psihičkog integriteta, privatnosti, časti i ugleda, doma, imovine, braka i porodice, životne sredine, slobode mišljenja i uverenja, izražavanja, udruživanja, okupljanja, kretanja i sl. Da bi pojedinačne garancije prava i sloboda mogle da ostvare svoj cilj, neophodno je dakle na prvom mestu precizno odrediti sam predmet pravnog regulisanja.

⁴⁰¹ Ustav Srbije u tom smislu određuje da je ljudsko dostojanstvo neprikosnovenno i da su svi dužni da ga poštuju i štite, da je život čoveka neprikosnoven, da je fizički i psihički integritet nepovrediv, da svako ima pravo na ličnu slobodu i bezbednost i sl.

⁴⁰² Tako se u članu 21. Ustava Srbije na najapstraktniji način propisuje: „Zabranjena je svaka diskriminacija“. Dopunjujući ovo ustavno jemstvo, Zakon o zabrani diskriminacije iz 2009. godine precizno određuje sam pojam diskriminacije (član 2), zatim brojne pojavne oblike diskriminatornog postupanja (neposredna i posredna diskriminacija, povreda načela jednakih prava, viktimizacija, omalovažavajuće postupanje,

tim, konkretno definisanje predmeta pravnog regulisanja može da bude prepušteno i sudovima.⁴⁰³ Najzad, nekad sudovi sami koriste priliku da formulišu najapstraktnije pravne garancije ljudskih prava.⁴⁰⁴

Određivanje sfere prostiranja ili domašaja pojedinih pravnih garancija, po pravilu se vrši propisivanjem pravila o ograničenju ljudskih prava. Ova pravila o ograničenju mogu biti opšteg karaktera, te se na taj način vezuju za sva prava i slobode.⁴⁰⁵ Takođe, ona se mogu odnositi i na određene okolnosti koje opravdavaju ograničenje ljudskih prava, kao što je vanredno ili ratno stanje.⁴⁰⁶

Međutim, ograničenje ljudskih prava vrši se i putem definisanja pravila koja se vezuju za pojedina prava ili slobode. Ova pravila prvenstveno određuju razloge zbog kojih pravo ili sloboda može u konkretnom slu-

govor mržnje i sl, u poglavlju II, članovi 5–14), kao i to šta se smatra diskriminacijom u pojedinim sferama društvenog života (u postupcima pred organima javne vlasti, radnim odnosima, pružanju javnih usluga, obrazovanju i sl.), odnosno prema pojedinim kategorijama lica (prema ženama, deci, nacionalnim manjinama, osobama sa invaliditetom, seksualnim manjinama i sl, u poglavlju III, članovi 15–27).

Međutim, u nekim slučajevima će sam ustavotvorac ili tvorac opšteg međunarodnog dokumenta o ljudskim pravima, uzeti na sebe ovaj zadatak utvrđivanja konkretnijih pravila kojima se omogućava uživanje prava. Tako je u pogledu prava lica lišenog slobode, odnosno lica protiv koga se vodi postupak utvrđivanja krivične odgovornosti, u Ustav Srbije upisano čak devet opširnih članova sa velikim brojem pojedinačnih pravila (članovi 27–35). Na sličan način su u članu 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima, sabrana brojna pravila o pravu na pravično suđenje.

⁴⁰³ Kao što je već pokazano, Evropski sud za ljudska prava u primeni odredbi Evropske konvencije, detaljno određuje sadržinu pojedinih pravnih garancija, kao što je pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, doma i prepiske iz člana 8. Na sličan način postupa i Vrhovni sud SAD u primeni garancija upisanih u amandmane na američki Ustav, kao i najviši sudovi u Nemačkoj u tumačenju pojedinih odredbi o ljudskim pravima iz Osnovnog zakona.

⁴⁰⁴ Tako su najviši sudovi u Nemačkoj obezbedili priznanje opštem pravu ličnosti, kao što je i američki Vrhovni sud izveo opštu garanciju prava na privatnost iz sadržine svih ostalih ustavnih garancija.

⁴⁰⁵ Opšte pravilo o ograničenju ljudskih prava sadržano je na primer u članu 20. Ustava Srbije, u kome se kaže:

„Ljudska i manjinska prava zajamčena Ustavom mogu zakonom biti ograničena ako ograničenje dopušta Ustav, u svrhe radi kojih ga Ustav dopušta, u obimu neophodnom da se ustavna svrha ograničenja zadovolji u demokratskom društvu i bez zadiranja u suštinu zajamčenog prava“.

⁴⁰⁶ Tako, u članu 15. Evropske konvencije definišu se posebna pravila o ograničenju ljudskih prava u doba rata ili druge javne opasnosti.

čaju biti ograničena.⁴⁰⁷ Kao i kod određivanja predmeta pravnog regulisanja, i pravila o ograničenju ljudskih prava mogu da nastanu u sudskoj praksi.⁴⁰⁸

Najzad, sredstva zaštite ljudskih prava veoma često se propisuju u obliku posebnih pravnih garancija. Najapstraktniji oblik ove pravne garancije jeste priznavanje prava na sudsku zaštitu ljudskih prava.⁴⁰⁹ Sadržina ovog prava obično se dalje dopunjuje pravilima koja obezbeđuju fer postupanje u sudskoj zaštiti prava i sloboda,⁴¹⁰ kao i posebnim garanci-

⁴⁰⁷ Tako, u članu 10. Evropske konvencije kaže se da sloboda izražavanja, uključujući i slobodu medija, može biti ograničena zbog potrebe zaštite prava i sloboda drugih (na primer, od klevete ili povrede časti, od neovlašćenog zadiranja u privatnost i sl), kao i zbog potrebe zaštite nacionalne i javne bezbednosti, autoriteta sudova, morala i drugih javnih interesa (na primer, od objavljivanja informacija koje su klasifikovane kao tajne, od nedopuštenog mešanja u rad policije, tužilaštva i sudova, od objavljivanja pornografije na javnim mestima i sl.).

⁴⁰⁸ Da bi utvrdili potrebu za ograničenjem prava ili slobode u konkretnom slučaju, sudovi se redovno koriste tzv. tehnikom odmeravanja suprotstavljenih interesa. Dugotrajna, odnosno ustaljena upotreba ove tehnike u sudskoj praksi, često rezultira opštim pravilima o ograničenju ljudskih prava koja se mogu koristiti u svakom pojedinačnom slučaju. Tako Ustavni sud Nemačke redovno koristi trodelni test odmeravanja interesa (v. na primer odluku Ustavnog suda o dopuštenosti inkriminacije incestnih odnosa između brata i sestre iz 2008. godine, 2 BvR 392/07, kao i odluku ovog suda u vezi sa zabranom rada radnji nedeljom i praznicima iz 2009. godine, 1 BvR 2857/07, 1 BvR 2858/07), koji zahteva razmatranje pitanja da li se u konkretnom slučaju suprotstavljeni interes uopšte može zaštititi ograničenjem prava ili slobode (test podesnosti), zatim, da li je ograničenje prava ili slobode neophodno potrebno u cilju zaštite suprotstavljenog interesa (test neophodnosti), kao i da li je ograničenje koje se pravu ili slobodi nameće proporcionalno potrebi zaštite suprotstavljenog interesa (test proporcionalnosti).

⁴⁰⁹ Tako, član 22. Ustava Srbije iz 2006. godine, sadrži opštu garanciju prava na sudsku zaštitu ustavom zajamčenih prava i sloboda. U tekstu ove odredbe kaže se:

„Svako ima pravo na sudsku zaštitu ako mu je povređeno ili uskraćeno neko ljudsko ili manjinsko pravo zajamčeno Ustavom, kao i pravo na uklanjanje posledica koje su povredom nastale“.

U teorijskoj literaturi se ističe da se pravo na sudsku zaštitu prava i sloboda mora razumeti kao samostalno ljudsko pravo, koje se u najširem smislu može izjednačiti sa „pravom na pravosuđe u konkretnom slučaju“, kome pak sa druge strane, odgovara čitav niz specifičnih obaveza pravosudnih organa (v. tako Borivoje Poznić, Vesna Rakić Vodinelić, *op. cit.*, pp. 42–43).

⁴¹⁰ Tako, kao što je već navedeno, u cilju osiguranja fer postupanja u zaštiti prava i sloboda, član 6. Evropske konvencije sadrži garancije prava na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku, pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona.

jama koje se odnose na pravo na zaštitu ljudskih prava pred ustavnim sudom,⁴¹¹ ili pred međunarodnim sudovima i drugim institucijama.⁴¹²

Sa druge strane, pravo na zaštitu vezuje se i za pojedina prava i slobode. Opšte pravo na sudsku zaštitu tako se može konkretizovati propisivanjem posebnih tužbi koje stoje na raspolaganju beneficijarima određenog prava ili slobode.⁴¹³ Isto tako, moguće je propisati i neko drugo sredstvo zaštite koje im je ostavljeno na dispoziciju.⁴¹⁴ Takođe, beneficijarima se može staviti na raspolaganje i drugo opšte sredstvo zaštite,⁴¹⁵ ili im se pak

⁴¹¹ Tako, član 170. Ustava Srbije jemči pravo na ustavnu žalbu „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 zajamčene Ustavom“.

⁴¹² Tako, stav 2, člana 22. Ustava Srbije, kaže da „građani imaju pravo da se obrate međunarodnim institucijama radi zaštite svojih sloboda i prava zajamčenih Ustavom“.

⁴¹³ U stavu 1. člana 41. Zakona o zabrani diskriminacije iz 2009. godine, određeno je da svako ko je povređen diskriminatorskim postupanjem ima pravo da podnese tužbu sudu, a zatim se u članu 43. propisuje sadržaj ovih tužbi na sledeći način:

„Tužbom iz člana 41. stav 1. ovog zakona može se tražiti:

1. zabrana izvršenja radnje od koje pretila diskriminacija, zabrana daljeg vršenja radnje diskriminacije, odnosno zabrana ponavljanja radnje diskriminacije;
2. utvrđenje da je tuženi diskriminatorski postupao prema tužiocu ili drugome;
3. izvršenje radnje radi uklanjanja posledica diskriminatorskog postupanja;
4. naknada materijalne i nematerijalne štete;
5. objavljivanje presude donete povodom neke od tužbi iz tač. 1–4. ovog člana“.

Iako se propisivanje posebnih tužbi i drugih sredstava zaštite obično prepušta zakonodavcu, nekad i sam ustavotvorac koristi priliku da odredi njihov sadržaj. Tako se u stavu 3, člana 50. Ustava, jemči pravo na odgovor na objavljenu informaciju, kao i pravo na ispravku neistinite, nepotpune ili netačno prenete informacije.

⁴¹⁴ U zakonu o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja iz 2004. godine, tražiocu informacije o radu organa javne vlasti garantuje se pravo da u postupku po žalbi zahteva od Poverenika za pristup informacijama od javnog značaja da mu omogući vršenje njegovog prava (član 22). Tek u sledećem koraku, ako se korišćenjem ovog pravnog sredstva ne obezbedi uživanje prava na pristup informacijama, tražilac ima pravo da se tužbom obrati nadležnom sudu (član 27).

Na osnovu zakonskih izmena od septembra 2009. godine, u članu 114. Zakona o izvršenju krivičnih sankcija, garantuje se osuđenim licima pravo da se u cilju ostvarivanja i zaštite svojih prava u toku trajanja kazne zatvora, obrate podneskom načelniku ili drugom ovlašćenom licu zavoda, zatim pritužbom upravniku zavoda i najzad žalbom direktoru uprave za izvršenje krivičnih sankcija.

⁴¹⁵ Tako se u članu 36. Ustava jemči pravo na žalbu ili drugo pravno sredstvo protiv bilo koje odluke kojom se odlučuje o „pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu“. Takođe, u članu 138. Ustava, jemči se pravo na pravnu zaštitu ljudskih prava u postupku pred Zaštitnikom građana, koje se dalje detaljnije uređuje u Zakonu o

može pravno garantovati primena sredstava zaštite koje pretpostavljaju vršenje posebnih ovlašćenja organa javne vlasti.⁴¹⁶

Treći cilj pravne regulative u sastavljanju kataloga ljudskih prava jeste obezbeđivanje pravne snage samim pravnim garancijama pojedinih prava i sloboda. Naime, kao što je pokazano, pravna pravila o ljudskim pravima razbacana su po celom pravnom sistemu, ali sva ona nemaju istu pravnu snagu jer su sadržana u izvorima prava različite pravne snage. Hijerarhija pak izvora pravnih normi definisana je po pravilu u ustavnom dokumentu, kao najvišem pravnom aktu u zemlji.⁴¹⁷

Pozitivnopravno posmatrano, smeštanjem centralnog, odnosno opšteg kataloga ljudskih prava na sam vrh piramidalne konstrukcije izvora prava, u tekst ustava i međunarodni dokument, obezbeđuje se pravilima o ljudskim pravima snaga najvećeg, odnosno najvišeg pravnog autoriteta. Tako, unutar jedinstvenog pravnog sistema, nema pravila koja imaju veću

zaštitniku građana iz 2005. godine, posebno u vezi sa pravom na podnošenje pritužbe zbog povrede prava ili slobode (član 24).

⁴¹⁶ Tako se po pravilu postupak sudske zaštita ljudskih prava u oblasti krivičnog i prekršajnog prava pokreće na osnovu odluke policije, tužilaštva, nadležne inspekcije ili drugog organa javne vlasti. Sa druge strane i Zaštitnik građana (član 24. Zakona o zaštitniku građana) ili drugi sličan nezavisan organ, takođe mogu da pokrenu postupak zaštite ljudskih prava po sopstvenoj inicijativi.

⁴¹⁷ Ovaj princip hijerarhičnosti pravnog sistema izričito je određen odredbama člana 194. Ustava Srbije, koji glasi:

„Pravni poredak Republike Srbije je jedinstven.

Ustav je najviši pravni akt Republike Srbije.

Svi zakoni i drugi opšti akti doneti u Republici Srbiji moraju biti saglasni sa Ustavom.

Potvrđeni međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava deo su pravnog poretka Republike Srbije.

Potvrđeni međunarodni ugovori ne smeju biti u suprotnosti sa Ustavom.

Zakoni i drugi opšti akti doneti u Republici Srbiji ne smeju biti u suprotnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorima i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava.“

Međutim, u kontekstu primene ovog ustavnog pravila, neophodno je takođe konsultovati i pravilo sadržano u članu 16. Ustava, u kome se kaže da su opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava, kao i potvrđeni međunarodni ugovori, sastavni deo domaćeg pravnog poretka i da se neposredno primenjuju, te pravila sadržana u članu 18, u kome se kaže da se Ustavom jemče i neposredno primenjuju ljudska i manjinska prava zajamčena opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima, kao i da se odredbe o ljudskim i manjinskim pravima moraju tumačiti saglasno važećim međunarodnim standardima ljudskih i manjinskih prava i u skladu sa praksom međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje.

pravnu snagu od njih. Sva ostala pravila, zakonskog ili drugog karaktera, moraju da budu u saglasnosti sa ovim osnovnim ustavnim pravilima, odnosno pravilima upisanim u odredbe priznatog međunarodnog dokumenta.⁴¹⁸

Sa druge strane i pravno-politički posmatrano, unošenje katalog ljudskih prava u prvi deo ustavnog teksta, kao što je to na primer učinjeno u Nemačkoj 1949. godine, reflektuje osnovni sistem vrednosti na kojima počiva društvena zajednica. Ustavotvorac time nedvosmisleno izražava stav koji je prisutan još iz vremena Francuske i Američke revolucije, da su ljudska prava vrednost do koje je pravnoj zajednici najviše stalo, i zbog toga pravilima o pravima i slobodama pojedinca daje snagu najvećeg pravnog autoriteta.⁴¹⁹

g) Opšta pravila kataloga ljudskih prava

Tri se pravila vezuju za sam katalog ljudskih prava. Prvo pravilo se odnosi na nehijerarhičnost prava i sloboda, drugo pravilo se sastoji u zabrani snižavanja jednom dostignutog nivo zaštite ljudskih prava, a treće se vezuje za jemstvo onih prava koja nisu izričito navedena u katalogu ljudskih prava.

Prvo pravilo o nehijerarhičnosti ljudskih prava kaže da prava i slobode pojedinca nisu između sebe hijerarhijski struktuirane. Nema višeg i nižeg prava ili slobode. Pre svega, ovo pravilo znači da su ljudska prava

⁴¹⁸ Bez obzira na to da li se neposredno bave ljudskim pravima ili ne, pravila niže pravne snage ne smeju da povređuju, krše, odnosno budu suprotna ustavnim pravilima ili pravilima iz potvrđenog međunarodnog dokumenta. Ustavotvorac ne sprečava one koji stvaraju pravna pravila niže pravne snage da se bave ljudskim pravima. Naprotiv, nekad će ih i sam na to podsticati ili im to nalogati u cilju daljeg preciziranja uslova za vršenje ili zaštitu prava i sloboda, ali u tom slučaju niža pravna pravila moraju imati svoje utemeljenje u ustavnom, odnosno tekstu međunarodnog dokumenta. Rečju, ona moraju u svemu biti u saglasnosti sa pravnim pravilima više pravne snage. Ako se pak bave ograničenjima ljudskih prava, niža pravna pravila takođe moraju voditi računa o dopuštenosti i drugim pravilima ograničavanja propisanim u tekstu ustava ili međunarodnog dokumenta.

⁴¹⁹ Ili, kao što je rečeno u jednoj odluci Saveznog suda za radne sporove Nemačke iz 1992. godine (BAG NJW 1993, 1732), pravila o fundamentalnim ljudskim pravima iz Osnovnog zakona ne sadrže samo garancije subjektivnih prava i sloboda, već istovremeno sa sobom nose i objektivni poredak vrednosti koji se reflektuje u svim oblastima prava i koji usmerava zakonodavca i sudsku praksu.

jednaka između sebe za samog čoveka kome pripadaju. Prava i slobode predstavljaju pojedinačne manifestacije jedinstvene slobode ljudske ličnosti. Samo u svojoj ukupnosti ove emanacije čine čoveka slobodnim.⁴²⁰

Sa druge strane, i pravnom poretku je jednako stalo do svih ljudskih prava. Pravo tretira sve ljude jednako, te je sloboda jednoga, u svojoj celovitosti jednaka slobodi ostalih. Pravo jednog lica tako je jednako važno kao isto ili neko drugo pravo ostalih lica.⁴²¹

Ovu pak ideju o nehijerarhičnosti ljudskih prava trebalo bi neposredno razmotriti i u kontekstu pravne snage pravila u koja su ljudska prava upisana. Naime, ako su sadržana u istom pravnom dokumentu, na pri-

⁴²⁰ Kao što je rečeno u odluci Ustavnog suda Nemačke iz 1989. godine (1 BvR 921/85), ograničenje prava čoveka, ma kako trivijalno izgledalo (na primer, prava čoveka da jaše konja u šumi), predstavlja gubitak njegove slobode. U tom smislu Robert Alexy (*op. cit.*, p. 235), navodi da je u periodu sa početka šezdesetih godina, nakon usvajanja prvih odluka najviših nemačkih sudova kojima je priznata opšta sloboda ličnosti, deo pravne teorije komentarisao da je „apsurdno i smešno“ posmatrati pravo na hranjenje papagaja kao deo ove opšte slobode čoveka, ali da je ironijom istorije ustavnog tumačenja Osnovnog zakona, Ustavni sud dvadesetak godina kasnije zaista stao na stanovište da je hranjenje golubova na javnom mestu obuhvaćeno garancijama iste te opšte slobode.

Apstraktno gledano, svaki čovek bi za sebe mogao da izgradi sopstvenu hijerarhiju vrednosti ličnih dobara, odnosno prava i sloboda. Ili, kao što kaže John Austin u tipičnom maniru utilitarističke filozofije, svaki pojedinac je načelno najbolji sudija u pogledu sopstvenog interesa, odnosno u vezi sa procenom onoga što će mu doneti najveće zadovoljstvo ili bol (*op. cit.*, p. 106). Tako, na vrhu ove piramidalne konstrukcije najverovatnije bi svoje mesto našla ona dobra bez kojih većina pojedinaca ne može zamisliti svoju egzistenciju, na primer pravo na život i fizički i psihički integritet, ličnu bezbednost i slobodu, imovinsku sigurnost, ali i dostojanstvo ličnosti i sl.

Međutim, ova kao i ostala ljudska prava, uglavnom se uživaju na isti način na koji se koristi i vazduh koji udišemo, dakle bez ikakve ili uz krajnje ograničenu svest o njihovom značaju u trenutnim okolnostima. Tako, pojedinac obično stiče pravu predstavu o domašaju prava i njegovoj važnosti u konkretnom slučaju, onda kad se suoči sa stvarnom ili pravnom preprekom u njegovom uživanju, na primer kad mu neko povredi pravo ili kad dođe do saznanja da mu pravni poredak ne priznaje određeno pravo ili mu ne obezbeđuje uslove za njegovo uživanje. Tek tad dolazi se do punog razumevanja ideje o jedinstvu slobode pojedinca i o tome da svaki akt uskraćivanja ili ograničenja bilo kog prava i slobode, predstavlja atak na njega kao slobodnog čoveka.

⁴²¹ Na primer, odlučujući o dopuštenosti opisivanja glavnog junaka u književnom delu na veoma negativan način, Ustavni sud Nemačke je u *slučaju Mephisto* iz 1971. godine (BVerfGE 30, 173), zauzeo načelan stav da zahtev pojedinca za poštovanje njegove ličnosti u društvu u kome živi, nije od veće važnosti u odnosu na umetničku slobodu autora romana.

mer ustavu ili međunarodnoj konvenciji, sama pravna jemstva ljudskih prava su između sebe jednaka po svojoj pravnoj snazi.⁴²²

Međutim, pravni poredak može i da izdvoji određena pravila o ljudskim pravima u posebnu grupu privilegovanih pravnih normi koje nije dopušteno menjati budućim pravnim aktima. Prema tzv. „garanciji većnog pravnog važenja“ iz člana 79. Osnovnog zakona, kako se o njoj govori u sudskoj praksi u Nemačkoj,⁴²³ nisu dozvoljene izmene kojima se dira u principe utvrđene članovima 1. i 20.⁴²⁴

⁴²² Ovaj princip jednake pravne snage pravila o ljudskim pravima koja su sadržana u istom pravnom dokumentu, otvara dalje prostor za definisanje već navedenih pravila o međusobnom ograničenju prava. Dakle, pravni poredak određuje način rešavanja sukoba dva ista ili različita prava upisana u pravila iste pravne snage. Istorijski interesantan način rešavanja ovog sukoba prava bio je određen u članu 32. Srpskog građanskog zakonika iz 1844. godine, u kome se kaže:

„Ako dvojica ili više njih jednaka prava imaju, moraju se ista tako upotrebljavati, da jedno pored drugog i sva skupa u celosti opstati mogu. Ako to nije moguće, onda po količini jedno drugom treba da popušta; ako li i tako ne bi moguće bilo, onda manje većem popustiti mora“ (navedeno prema izdanju iz 1990. godine, tekst pripremili Nenad Dželebdžić i Vesna Popović);

Istovremeno, prema principu hijerarhičnosti pravnog poretka, proizlazi da pravilo o nehijerarhičnosti ljudskih prava ne mora da se primeni u slučaju sukoba dva prava koja nisu upisana u pravila iste pravne snage. Tako, ako se desi da pisac ustava zaboravi da u katalog ljudskih prava unese jedno pravo, na primer pravo na privatnost, kao što se to desilo onima koji su pisali Ustav Srbije iz 2006. godine, onda u sukobu ovog prava i drugog koje je upisano u tekst ustava, na primer slobode medija, prednost se na osnovu principa hijerarhičnosti prava, može dati ustavom zajamčenom pravu. U ovom slučaju, do izražaja dolazi upravo značaj ideje o unošenju sveobuhvatnog kataloga ljudskih prava u najviši pravni akt. Izostavljanje jednog prava ili slobode iz liste garantovanih prava, može dovesti do povrede integralne konstrukcije pravnog poretka ljudskih prava i koncepta jedinstva slobode čoveka.

⁴²³ V. tako odluku Ustavnog suda Nemačke u slučaju *Lisabonskog sporazuma* iz juna 2009. godine (2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvE 1010/08, 2 BvE 1022/08, 2 BvE 1259/08, 2 BvE 182/09).

⁴²⁴ U stavu 3, člana 79. Osnovnog zakona, kaže se:

„Nisu dozvoljene izmene ovog Osnovnog zakona kojima se dira u podelu teritorije savezne države na Zemlje, u princip učestvovanja Zemalja u donošenju zakona ili u principe utvrđene u članovima 1. i 20.“

Član 1. Osnovnog zakona u celini glasi:

„(1) Dostojanstvo čoveka je neprikosnoveno. Obaveza svake državne vlasti je da poštuje i štiti dostojanstvo čoveka.

(2) Nemački narod smatra da su nepovrediva i neotuđiva prava čoveka osnova za svaku ljudsku zajednicu, za mir i za pravедnost u svetu.

Takođe, pravni poredak može da izdvoji pojedine garancije u posebnu grupu pravila od kojih nije dopušteno odstupanje u bilo kojim realnim okolnostima, pa ni u uslovima ratnog ili uopšte vanrednog stanja. Tako, prema članu 15. Evropske konvencije, u doba javne opasnosti odstupanja nisu dozvoljena od garancije prava na život iz člana 2, osim ako se radi o zakonitim ratnim postupcima, garancije slobode od mučenja, nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja i kažnjavanja iz člana 3, garancije slobode od ropstva iz člana 4, kao i od načela legaliteta krivičnog dela i krivične sankcije iz člana 7.⁴²⁵

(3) Ovdje navedena osnovna prava vezuju zakonodavnu, izvršnu i sudska vlast kao neposredno važeće pravo.

Član 20. Osnovnog zakona glasi:

„(1) Savezna Republika Nemačka je demokratska i socijalna savezna država.

(2) Sva državna vlast potiče od naroda. Narod vrši vlast preko izbora i glasanja, kao i preko posebnih organa zakonodavne, izvršne i sudske vlasti.

(3) Zakonodavna vlast je vezana ustavnim poretom, izvršna i sudska vlast su vezane zakonom i pravom.

(4) protiv svakog ko hoće da preduzme rušenje ustavnog poretka, svi Nemci imaju pravo na otpor kada drugi način za otklanjanje navedenog ne postoji.“ (prevod: Ljubica Tomić, *op. cit.*, pp. 48, 11 i 21).

⁴²⁵ Smisao ovog pravila jeste da obezbedi poštovanje jednog broja ljudskih prava i u uslovima kad društvena zajednica, uključujući i pravni sistem zemlje u celini ili jednim delom, ne funkcioniše na uobičajeni način zbog toga što se suočava sa „javnom opasnošću“, kako se to kaže u tekstu Evropske konvencije“, na primer sa oružanim sukobima, prirodnim katastrofama i sl. (v. o tome više kod Saša Gajin, *„Zaštita ljudskih prava u uslovima vanrednog stanja“*, Pravni život, br. 9/95). Dakle, idealno posmatrano, pravni poredak bi trebalo da iz korpusa ljudskih prava izabere ona prava i slobode u pogledu čijeg uživanja, odnosno zaštite nema stvarne ili pravne smetnje i u ovim neprilikama po društvenu zajednicu. U tom smislu, spisku prava iz člana 15. Konvencije, mogla bi da se dodaju i druga prava, na primer pravo na priznavanje pravnog subjektiviteta, odnosno pravo čoveka da uvek bude priznat kao lice kome pripadaju prava i slobode, kao što na to upućuje i stav 2, člana 4. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima.

Da bi ovaj pravni režim sačuvalao smisao zbog koga je stvoren, u listu tzv. apsolutno zaštićenih prava ne bi se smela upisati i ona prava koja nije moguće uživati u uslovima vanrednog stanja ili koja sa tim stanjem nemaju nikakve veze. Međutim, čini se da je pisac Ustava Srbije postupio upravo na ovaj besmislen način. Tako je u članu 202. Ustava određeno da mere odstupanja nisu dozvoljene u vanrednom ili ratnom stanju u pogledu čak osamnaest pravnih garancija. Među njima su i one koje se odnose na garancije prava na fer suđenje, iako je dobro poznato da faktički prestanak rada sudova predstavlja jedan od klasičnih razloga ili kriterijuma za pro-

Ljudska prava zajamčena pravilima iz ove grupe, mogla bi se tako smatrati privilegovanim ili neprikosnovenim pravima i slobodama, koja ne trpe pravom dopuštena ograničenja, i po tome bi se ona razlikovala od svih ostalih prava i sloboda.⁴²⁶ To ipak ne znači da su ona važnija ili vrednija od drugih ljudskih prava, već samo to da pravno nije moguće

glašenje vanrednog stanja. Sa druge strane, ovom spisku dodat je i čitav niz pravila o verskim slobodama, iako je u samoj odredbi Ustava koja se odnosi na ove slobode (član 43, stav 4), određeno da se one mogu ograničiti zbog potrebe zaštite propisanog suprotnog javnog ili privatnog interesa, bez obzira da li se to čini u vreme vanrednog ili redovnog stanja. Slično tome, pravilo iz člana 202. Ustava kaže da se zabrana prinudnog rada mora shvatiti kao apsolutna, iako se u odredbi člana 26, stav 4, izričito dopušta nametanje obaveze prinudnog rada u uslovima ratnog ili vanrednog stanja i sl.

⁴²⁶ Čini se da ova konstatacija u potpunosti važi za slobodu od mučenja, nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja i kažnjavanja, kao i za slobodu od ropstva, odnosno ropskog položaja. Međutim, apsolutni karakter pravila o pravu na život iz člana 15. Konvencije, relativizovan je dopunskim odredbama prema kojima se lišenje života drugoga ne mora smatrati nedozvoljenim, i to ne samo ako predstavlja posledicu dopuštenog ratnog postupanja, već i ako je prouzrokovano odbranom od nezakonitog nasilja, prilikom sprečavanja bekstva lica zakonito lišenog slobode i sl. (član 1, stav 2).

Slično tome, a na temelju iskustva u vezi sa procesuiranjem nacističkih zločina nakon Drugog svetskog rata, apsolutni karakter principa zakonitosti u krivičnom pravu, relativizovan je pravilom po kome ovaj princip „ne utiče na suđenje i kažnjavanje“ za delo koje nije bilo propisano u vreme izvršenja, ali koje se smatra krivičnim delom prema opštim pravilima koje priznaju civilizovani narodi (član 7, stav 2).

Sa druge strane, „garanciju večnog pravnog važenja“ iz Osnovnog zakona, ne bi trebalo bez rezerve vezati za kategoriju prava čije ograničenje nije dopušteno. Ova garancija znači, pre svega, da označene odredbe Osnovnog zakona ne mogu u budućnosti biti promenjene. U pogledu pravila iz člana 20. Osnovnog zakona, to dalje znači da su osnovni principi na kojima se temelji demokratska država apsolutnog karaktera. U vreme vanrednog stanja, prema odredbama upisanim u poglavlje Xa. Osnovnog zakona, može se privremeno odstupiti od konkretnih pravila o nadležnostima državnih organa, ali ne i od ovih opštih principa.

Međutim, u pogledu nepovredivosti ljudskog dostojanstva, kao što je već pokazano, sudska praksa u Nemačkoj je imala prilike da primeni pravila o ograničenju ljudskih prava i na ovu fundamentalnu kategoriju, na primer kad se radi o dopuštenoj povredi časti (v. odluku Ustavnog suda u *slučaju Stern/Strauss* iz 1990. godine, BVerfGE 82, 272). Takođe, i sama tzv. „objekat-formula“ zaštite ljudskog dostojanstva može trpeti ograničenja. Tako je u slučaju koji se odnosio na ocenu ustavnosti propisa kojim se dozvoljava obaranje aviona koji se koristi za izvođenje terorističkog napada iz 2006. godine (1 BvR 357/05), Ustavni sud zauzeo eksplicitan stav da je osporeni propis ustanovljen u delu koji se odnosi na ovlašćenje za obaranje letelice u kojoj se nalaze samo napadači. U tom slučaju, kaže Sud, princip proporcionalnosti dozvoljava da se obaranjem

naći opravdanje za njihovo ograničenje u okolnostima bilo kog slučaja, čak i u uslovima ratnog ili vanrednog stanja.⁴²⁷

Drugo pravilo koje se vezuje za katalog prava i sloboda upisano je u stav 2, člana 20. Ustava Srbije, i ono glasi:

*„Dostignuti nivo ljudskih i manjinskih prava ne može se smanjivati.“*⁴²⁸

Posmatrano iz perspektive ovog pravila, pokazuje se da navodi o uvećanju kataloga ljudskih prava nemaju samo značaj istorijskog kurioziteta. Naprotiv, širenje liste zajamčenih sloboda i prava ima precizno određen pozitivnopravni značaj. On se sastoji u tome što jednom dostignuti nivo garancija ljudskih prava nije dozvoljeno snižavati naknadno donetim pravnim aktima.⁴²⁹

Afirmativno određeno, jednom ispisana lista ljudskih prava, može se u budućnosti samo dopunjavati novim pravima i slobodama. Na ovaj način, pravni poredak štiti katalog prava i obezbeđuje njegovo širenje u vremenskom kontinuitetu. Ili, drugim rečima, pravo shvata listu ljudskih prava kao polje prostiranja garantovane slobode pojedinca – granice ove jednom osvojene slobode, brane se upravo ovim čvrstim pravilom o zabrani snižavanja nivoa, od koga odstupanja nisu dozvoljena.⁴³⁰

aviona žrtvuju životi onih koji su sami sebe stavili u položaj napadača, a u cilju zaštite života napadnutih ljudi.

⁴²⁷ Sudovi često retorički označavaju pojedina prava kao „najvažnija“. Kao što je sudija Brandeis u *slučaju Olmstead*, 277 U.S. 438 (1928), kvalifikovao pravo na privatnost kao „*pravo koje se najviše vrednuje od strane civilizovanog čoveka*“, tako isto je Ustavni sud Nemačke u *slučaju Luth* iz 1958. godine (1 BVerfGE 7, 198), pozivajući se neposredno na Deklaraciju o pravima čoveka i građanina iz 1789. godine, ocenio da je sloboda izražavanja jedno od najdragocenijih prava čoveka. Međutim, istinski pravni značaj ovih kvalifikacije nije veliki – one samo skreću pažnju na vrednost pojedinih prava u konkretnom slučaju, bez upućivanja na neki „povlašćeni“ pravni režim njihovog uživanja ili zaštite u odnosu na druga prava i slobode.

⁴²⁸ U skladu sa principom vezanosti zakonodavne vlasti pravilima ustavnog karaktera, trebalo bi razumeti da pravilo o zabrani snižavanja nivoa uživanja i zaštite ljudskih prava podjednako važi i za zakonodavca, a ne samo za ustavotvorca.

⁴²⁹ Dakle, ukidanje, u celini ili u jednom delu, prava i sloboda koje su već upisane u katalog ljudskih prava, nije dozvoljeno. Ovo pravilo komplementarno je posebnom pravilu o ograničenju ljudskih prava iz stava 1. ovog istog člana 20. Ustava, a po kome se ograničenjem prava ne sme zadirati u samu suštinu prava ili slobode.

⁴³⁰ Iako se radi o čvrstom pravilu, čini se da ga sam pisac Ustava nije shvatio na dovoljno ozbiljan način. Naime, ako se ustavni katalog ljudskih prava uporedi sa tekstovima prethodnog Ustava Srbije iz 1990. godine, kao i sa Poveljom o ljudskim i

Najzad, treće pravilo govori o zabrani uskraćivanja prava i sloboda pod izgovorom da one nisu nabrojane u katalogu prava. Ovo pravilo upisano je u stav 2, člana 4. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine, i to sledećim rečima:

*„Ne priznaje se nikakvo ograničenje ili odstupanje od osnovnih prava čoveka koja su priznata ili važe u svakoj državi članici ovog pakta na osnovu primene zakona, konvencija, propisa ili običaja, pod izgovorom da ih ovaj pakt ne priznaje ili ih priznaje u manjoj meri.“*⁴³¹

Pravno-istorijski koreni ovog pravila vezuju se za IX amandman na Ustav SAD, koji glasi:

*„Nabrajanje u Ustavu izvesnih prava ne sme se tumačiti tako da se spore ili umanje druga prava koja je narod zadržao.“*⁴³²

U slučaju *Griswold v. Connecticut*,⁴³³ sudija Goldberg je zauzeo stav da se pravo na privatnost ne može osporiti na osnovu tvrdnje da ovo pravo nije upisano u tekst ustavnih amandmana, jer je baš to osporavanje ono što zabranjuje IX amandman. Pozivajući se na obrazloženje

manjinskim pravima i građanskim slobodama Državne zajednice Srbija i Crna Gora iz 2003. godine (tzv. Mala ustavna povelja), uočljivo je da pojedina prava i slobode u njemu nedostaju. Tako, zaboravljajući na jednu od garancija koje odvajaju moderno od starog društva, pisac Ustava je propustio da u listu ustavnih jemstava prepíše i slobodu od dužničkog ropstva iz stava 3, člana 14. Povelje. Takođe, kao što je već pomenuto, u Ustavu nema ni opšte garancije prava na privatni život iz člana 18. Ustava Srbije iz 1990. godine, odnosno prava na poštovanje privatnog i porodičnog života, doma i tajnosti prepiske iz stava 1, člana 24. Povelje. Ova vrsta ekstenzivne zaboravnosti, ne samo da proizvodi neželjene pravne posledice u oblasti uživanja i zaštite ljudskih prava, već stvara takođe i sumnju u pogledu istinske odgovornosti ustavotvorca prema slobodi pojedinaca, sumnju koju je u pogledu ovih deficita čini se moguće ukloniti samo dopunama ustavnog teksta.

⁴³¹ Ovo pravilo bilo je upisano i u član 8. Male ustavne povelje Državne zajednice Srbija i Crna Gora iz 2003. godine, i to na sledeći način:

„Nije dopušteno ograničavanje ljudskih i manjinskih prava zajamčenih opštegrihvaćenim pravilima međunarodnog prava, međunarodnim ugovorima koji važe u državnoj zajednici i zakonima i drugim propisima na snazi, pod izgovorom da ona nisu zajamčena ovom poveljom ili da su zajamčena u manjem obimu.“

Usled zaboravnosti pisca Ustava Srbije iz 2006. godine, i ova odredba je izostavljena iz ustavnog teksta, što samo po sebi predstavlja još jedan primer snižavanja dostignutog nivoa uživanja i zaštite ljudskih prava.

⁴³² Prevod: D. Đorđević, u knjizi *„Temelji moderne demokratije“*, op. cit., p. 123.

⁴³³ 381 U.S. 479 (1965).

ovog pravila koje je ponudio sam James Madison kao njegov principijelni autor,⁴³⁴ sudija Goldberg kaže da IX amandman ukazuje na to da sadržina ustavnih amandmana ne iscrpljuju listu ljudskih prava, odnosno da postoje i druga temeljna prava i slobode koja nisu upisana u ova ustavna pravila. U tom smislu, pravo na privatnost predstavlja jedno od tih „zadržanih“ prava iz IX amandmana. Ne mogu se prava i slobode, zaključuje on, uskratiti pojedincu samo zbog toga što nisu upisane u listu ljudskih prava.

Ovo pravilo predstavlja artikulisanu normativnu reakciju na jedno od mogućih logičkih tumačenja prava uopšte, pa tako i kataloga ljudskih prava, a naime da je dozvoljeno činiti ono što propis dopušta, a nije dozvoljeno činiti ono što on ne dopušta.⁴³⁵ Dakle, da bi se učinilo jasnim da se ovo tumačenje ne primenjuje,⁴³⁶ pravni poredak formuliše pravilo da se prava i slobode ne mogu uskratiti pod izgovorom da nisu upisane u katalog ljudskih prava.⁴³⁷

⁴³⁴ Obrazlažući potrebu usvajanja ustavnih amandmana, kao i njihov mogući sadržaj, Madison u junu 1789. godine (Cong. Register, I, 423–37), u vezi sa pravilom koje će dve godine kasnije biti upisano u IX amandman, objašnjava da jedan od prigovora usmerenih protiv ovog ustavnog dokumenta počiva na stavu da bi nabranje pojedinih prava u ustavu, dovelo do nesigurnosti u pogledu uživanja ostalih prava, te da se radi o veoma uverljivom argumentu, za koji kaže da se ipak može pobiti upravo usvajanjem pravila o „zadržanim“ pravima. V. ovaj tekst Madisona u celini na sledećoj internet adresi: <http://www.let.rug.nl/usa/P/jm4/speeches/amend.htm>.

⁴³⁵ Madison se suočava i sa drugim argumentom protiv nabranja ljudskih prava u ustavnom dokumentu, koji međutim počiva na ovim istim pravilima logičkog zaključivanja – on sa posebnom pažnjom razmatra stav za koji kaže da nije sasvim bez osnova, a naime da nije potrebno unositi amandmane u ustavni tekst zbog toga što je ustavom precizno određen delokrug rada organa vlasti, te da tako sve ono od prava što nije izričito upisano u njihova ovlašćenja, narod zadržava za sebe. Sve ono što ne potpada pod ovlašćenje države po izričitoj slovu ustavnih odredbi, činilo bi, po ovom shvatanju, sferu prostiranja prava i sloboda. U odgovoru na ovaj stav, Madison upozorava na opasnost od diskrecionih ovlašćenja države, koja mogu biti iskorišćena protiv ljudskih prava ako ih sam ustavni tekst ne zaštiti sopstvenom „barijerom“ (*ibid.*).

⁴³⁶ Ako ne zbog nečeg drugog, kaže Madison, onda zbog „povećane pozornosti“ u vezi sa mogućom primenom ovog restriktivnog tumačenja (*ibid.*). U mnoštvu internet adresa na kojima se mogu naći Madisonovi spisi, čini se da je jedna od hronološki najpreglednijih, a istovremeno i najpotpunijih, sledeća adresa: <http://www.constitution.org/jm/jm.htm>.

⁴³⁷ Apstraktno pravilo tumačenja koje bi se moglo izvesti iz IX amandmana glasi: čovek uživa ona prava i slobode koje su sadržane u pravnom propisu, kao i ona prava i slobode koje nisu sadržane u pravnom propisu. Tako bi ovo tumačenje direktno protiv-

rečilo pravilu logičkog zaključivanja po kojem afirmacija u jednom slučaju, pretpostavlja negaciju u ostalim slučajevima, a na osnovu toga i dalje, da negacija u jednom slučaju pretpostavlja afirmaciju u drugim slučajevima.

U sferi prava, ovom izvedenom pravilu tumačenja suprotstavlja se, kao što je već navedeno, jedno drugo pravilo, koje počiva na kvazi-liberalnom načinu restriktivnog tumačenja prava i koje se oslanja na navedeno pravilo logičkog zaključivanja, a koje glasi: dopušteno je sve ono što nije zakonom zabranjeno. Tako je u članu 3. Ustava Srbije iz 1990. godine, bilo eksplicitno rečeno: „U Republici Srbiji je slobodno sve što Ustavom i zakonom nije zabranjeno“.

Ova ideja bila je istaknuta još u Hobbesovom učenju. On kaže da „sloboda zavisi od ćutanja zakona“, odnosno da sloboda podanika „leži u onim stvarima koje je, prilikom regulisanja njihovih radnji, suveren propustio da propiše“, te navodi da u ovu grupu spadaju sloboda kupoprodaje i sklapanja drugih ugovora, izbora mesta stanovanja, načina ishrane, zanimanja, sloboda odgoja dece i sl. Hobbes obrazlaže ovaj „propust“ zakonodavca na sledeći način:

„Jer budući da nema nijedne države na svetu u kojoj bi bilo doneseno toliko propisa da bi bile regulisane sve radnje i sve reči ljudske, pošto je tako nešto nemoguće, nužna je posledica toga da kod svih vrsta radnji koje zakonima nisu regulisane ljudi imaju slobodu da čine ono što im njihov razum nalaže kao najkorisnije za njih“ (Thomas Hobz, „Levijatan“, prevod: Milivoje Marković, 1991, p. 215 i 221).

Upravo u odgovoru na ovo restriktivno tumačenje, a u cilju potvrđivanja značaja pravila iz IX amandmana, potrebno je istaći posebnu ulogu kataloga prava. Tako, ako je u ustavni dokument unet katalog prava sveobuhvatnog karaktera i ako su u njega upisani dovoljno opšti pravni principi, kao što je garancija slobode, slobodnog razvoja ličnosti, lične autonomije i sl, koji mogu da nadomeste izostavljanje pojedinih prava ili sloboda do kojeg nužno dolazi u njihovom nabranjanju, onda se na taj način, pozitivnopravno gledano, onemogućava uskraćivanje prava na osnovu eksplicitne zakonske zabrane, jer pravna snaga ove zabrane ne može da ugrozi opšte pravne garancije upisane u ustav ili međunarodni dokument.

Dakle, u okolnostima postojanja kompletnog kataloga osnovnih prava, država ne može da zabrani sve ono što bi ona možda nameravala da zabrani da tog kataloga nema. U tom smislu, stvaranje ustavnog kataloga ljudskih prava ima za cilj da onemogući državi da zabrani ili na drugi način spreči uživanje prava i sloboda čoveka. Kad Madison govori o „barijeri“, ili prepreci koju bi trebalo postaviti između vlasti i pojedinaca, onda on misli upravo na katalog ljudskih prava. Slično tome, kad Ronald Dworkin (*op. cit.*, pp. 14 i 21) govori o „onemogućenoj“ vlasti, onda on misli upravo na to da je vlast suštinski ograničena ustavnim katalogom ljudskih prava.

2. Beneficijari

Pitanje o tome kome pripadaju ljudska prava, u pravnoj teoriji uobičajeno nailazi na jednostavan odgovor: ljudska prava su urođena i neotuđiva prava ljudi i stoga pripadaju svima.⁴³⁸ Međutim, čini se da odgovor na pitanje „ko su to svi“, nije jednako jednostavan.

Ipak, pre razmatranja ovog pitanja, trebalo bi na prvom mestu razmisliti i o terminološkom pitanju, a naime koji generički naziv upotrebiti za ono lice koje uživa ljudska prava, da li bi valjalo koristiti termin „subjekat prava“, „titular prava“, „beneficijar prava“ ili neki drugi izraz.⁴³⁹ Tako, ako se odlučimo da koristimo termin „subjekat prava“, govorićemo više akademskim rečnikom nego rečnikom pravnika-praktičara.⁴⁴⁰ Sa druge strane, ako koristimo izraze „titular prava“ ili „imalac prava“,⁴⁴¹ bićemo u prilici da čujemo prigovore od strane pravnika-javnopravaca, onih koji se bave ustavnim, krivičnim ili upravnim pravom – oni, naime, ove termine koriste sasvim retko,⁴⁴² za razliku od njihovih kolega civilista koji te izraze redovno upotrebljavaju.

⁴³⁸ V. tako Marek Pjehovijak, „Šta su to ljudska prava? Koncept ljudskih prava i njihova vanpravna opravdanost“, u knjizi „Uvod u međunarodnu zaštitu ljudskih prava“, *op. cit.*, p. 23.

⁴³⁹ Odgovor na pitanje o izrazu koji valja koristiti, ne može uticati na materijalno-pravno određivanje da li jednom licu pravo pripada ili ne, ali svakako može otkloniti jezičku, odnosno terminološku zabunu i nerazumevanje u komunikaciji.

⁴⁴⁰ Izraz subjekat prava bi trebalo izbegavati i zbog toga što on može takođe da se dovede u neposrednu vezu sa danas već napuštenom terminologijom u okviru koje je ovaj izraz („*subject*“) korišćen za označavanje „podanika“. Tako John Austin kaže da se pravo uvek donosi od strane suverene vlasti i nameće onima koji se nalaze u odnosu podanika prema toj vlasti. Ovaj odnos uvek pretpostavlja moć suverena, kao i to da se podanici nalaze u domašaju ove moći. Ili, kako on to kaže drugim rečima, „*svako pravo... ustanovljeno je od strane superiornog prema inferiornom ili inferiornima*“ (*op. cit.*, p. 350).

⁴⁴¹ Na osnovu terminologije Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru, Obren Stanković preporučuje izraz „imaonik“ prava, jer, kaže on, građanska prava se imaju ili nemaju (*op. cit.*, p. 52).

⁴⁴² Ipak, u knjizi „Međunarodno pravo ljudskih prava“ (*op. cit.*, p. 75), u naslovu jednog odeljka koristi se baš izraz „imaoci“ prava.

Zbog toga se čini da termin „beneficijar prava“ predstavlja onaj „najmanje loš“ izbor reči, jer ovaj izraz mogu u međusobnoj komunikaciji da koriste podjednako i praktičari i teoretičari, ma iz koje pravne oblasti dolazili. Ovaj izraz takođe upućuje i na temeljno očekivanje onoga kome ljudska prava pripadaju, a to je korist, beneficija, koja se očekuje od vršenja, odnosno uživanja prava. U tom smislu, reč stranog porekla „beneficijar“, može se zameniti i domaćim izrazima „korisnik prava“ i „uživalac prava“.

Na drugom mestu, trebalo bi materijalnopravno analizirati različite položaje onih kojima ljudska prava pripadaju, i to u zavisnosti od njihovog pravnog statusa, odnosno od toga da li se radi o fizičkim ili pravnim licima, licima pod jurisdikcijom jedne države, građanima te države i sl.

Odlučujući doprinos pozitivnopravnoj izgradnji ideje o tome da ljudska prava pripadaju svim ljudima na jednak način, ponovo su dale Francuska i Američka revolucija. Sa stanovišta prava, a posebno prava koje se bavi ljudskim pravima, dve revolucije sa kraja XVIII veka, predstavljaju događaje koji će ostati zapamćeni po uzdizanju principa jednakosti ljudi na nivo najvišeg načela organizovanog društva. Prvi put u istoriji, u dva veoma različita i udaljena društva, došlo se do istog pravnog zaključka, da su svi ljudi koji zajedno žive u političkoj zajednici jednaki između sebe, da svi uživaju ista prava i slobode i da su svi jednako vezani pravom.

a) Dostignuća Francuske i Američke revolucije

Francuska se 1789. godine oslobodila ustaljenog pravnog režima nejednakosti, režima koji je podrazumevao strogu podeljenost društva na staleže, sa posebnim povlasticama rezervisanim za one koji dolaze sa vrha društvene lestvice.⁴⁴³ Prvi put u Evropi, okružena zemljama za koje su privilegije za jedne i obespravljenost drugih bila svojstva pravnog režima koji se sa stanovišta državne vlasti smatrao kao jedini normalan, poželjan i dozvoljen, Francuska revolucija na simbolima državne zajednice ispisuje, između ostalih, i reč „jednakost“.⁴⁴⁴

⁴⁴³ V. više o ovim povlasticama, kao što su pravni imunitet, poreske poštede, privilegovan pristup javnim funkcijama i sl, u tekstu Mone Ozouf, „*Jednakost*“, objavljeno u knjizi François Furet, Mona Ozouf, *op. cit.*, p. 770.

⁴⁴⁴ Krajem XVIII veka, princip jednakosti predstavljao je izvanredno civilizacijsko dostignuće. Dva veka kasnije, u Evropi i dalje postoje države koje nisu do kraja prihvatile ovo fundamentalno pravno načelo, zadržavajući posebne ustavne i zakonske privilegije za one koji dolaze iz kruga sveštenika ili plemića.

Izrazi „plemstvo“, „sveštenstvo“, „treći stalež“ i drugi, koji su odražavali iskustva starog poretka, zamenjuju se jedinstvenom rečju „građanin“, „citoyen“.⁴⁴⁵ Svi oni koji su do tada bili pravno raspoređeni po različitim društvenim grupama, postaju izjednačeni i između sebe se imenuju kao građani.⁴⁴⁶ Biti građanin u to vreme u Francuskoj, značilo je biti ljudsko biće koje je u slobodama i pravima jednako drugome čoveku.⁴⁴⁷

⁴⁴⁵ Kako se u istoriografiji primećuje, umesto množine staleža, pojavio se jedinstveni „stalež građana“ (Mona Ozouf, *op. cit.*, p. 769). V. više o istorijskom razvoju ideje o građaninu nakon Revolucije, kod Sudhir Hazareesingh, „*From Subject to Citizen, The Second Empire and the Emergence of Modern French Democracy*“, 1998. Autor navodi da je nakon Revolucije, rečnik francuskog jezika naglo obogaćen novim složenicama nastalim korišćenjem reči „građanin“. Tako se govorilo o „dobrom“, „poštenom“ i „vrlom“ građaninu, „građaninu-radniku“, „građaninu-buržuju“, „građaninu-vojniku“, pa čak i „građaninu-Predsedniku“ i „građaninu-Kralju“ (p. 10).

⁴⁴⁶ U vreme terora, kad su gotovo sva dostignuća Francuske revolucije upražnjavana na poročan, odnosno perverzan način, oni koji su bili najradikalniji, kao što su predstavnici najsiromašnijeg sloja, tzv. „Sankiloti“, razvili su i posebnu praksu „apsolutne jednakosti“, koja je podrazumevala, između ostalog, insistiranje na tome da ljudi nose istu odeću, kao i da se hleb mesi od istog brašna (tzv. „hleb jednakosti“), zatim „pedagošku praksu“ obraćanja svima na „ti“, organizovanje banketa na kojima su bogati služili siromašne, ali i pljačku dućana, krađu po kućama, pa čak i rušenje crkvenih zvonika čije je stremljenje u visinu vređalo osećaj jednakosti (Mona Ozouf, *op. cit.*, p. 776).

⁴⁴⁷ Upućujući na uzroke nastanka zahteva za društvenom jednakošću, Mona Ozouf ističe da se još u višegodišnjem periodu pre Revolucije, ideja jednakosti pretvorila u istinsku strast koja je obuzela javno raspoloženje u Francuskoj. Nasuprot društvu naslednih privilegija, za čije sticanje nije bilo potrebno uložiti nikakav trud, ljudi su počeli da se okreću ideji „meritokratske jednakosti“ koja je podrazumevala jednakost pojedinaca srazmerno njihovim individualnim sposobnostima i konkretnim postignućima u društvenoj zajednici (*ibid.*, pp. 766–767).

U vreme nakon Revolucije, kad je na red došlo pravno oblikovanje ove ideje, pokazalo se međutim, da nema saglasnosti o granicama prostiranja načela jednakosti. Nije bilo velikog spora u vezi sa većinom prava koja se svrstavaju u građanske slobode, te je tako bila propisana jednakost u vezi sa pravom na raspolaganje imovinom, pravom zaključenja braka, slobodom javnog govora, verskim slobodama, obavezom plaćanja poreza i drugih dažbina, u vezi sa kažnjavanjem za kršenje zakona i sl. Međutim, načelo jednakosti nije uspeo da ovlada sferom političkih prava, te je tako izborno pravo, kao najvažnije političko i participativno pravo, bilo vezano za imovinski cenzus.

Po shvatanju mnogih u to vreme, bio je to samo način za obnavljanje staleških privilegija i „brisanje“ siromašnih iz društvenog ugovora. Ovaj pristup kombinovanja jednakosti i nejednakosti, sa druge strane je tumačen i kao ciničan pokušaj milosrdnog udeljivanja formalne jednakosti, da bi se lakše odbio zahtev za stvarnom materijalnom jednakosti. Tako se zapravo tek u svetlu okolnosti primene ovog kompromisnog pristupa, može razumeti neuspeh u zagovaranju radikalnih ideja društvene jednakosti, kao što je ona Robespjerova da „svojina predstavlja moralno načelo“ kome se bogati moraju

Međutim, rušenje starog poretka nejednakosti nije dovelo do atomizacije društva, već do stvaranja onoga što se naziva jedinstveno „telo jednakih građana“, a to je nacija.⁴⁴⁸ Naciju čine svi građani koji žive na teritoriji zemlje, odnosno u državi.⁴⁴⁹ Njima, članovima političke zajednice, građanima države, pripadaju stoga jednaka prava i slobode.⁴⁵⁰

Vezivanje građana i nacije za suverenu državnu vlast i novi pravni poredak,⁴⁵¹ porodilo je dakle ideju o tome da je građanin beneficijar ljudskih prava.⁴⁵² Ova pravna konstrukcija izvršila je izvanredan uticaj na for-

pokoriti i koje podrazumeva, između ostalog, podelu zemlje siromašnima, kao i ukidanje privatnog vlasništva nad zemljom, predaju proizvoda u zajedničke magacine, zatim raspodelu sredstava i dobara po domaćinstvima prema principu potreba, odnosno „kapacitetu stomaka“ i sl. (v. o tome više kod *ibid.*, pp. 774–777).

⁴⁴⁸ V. tako Pirre Nora, „Nacija“, tekst objavljen u knjizi François Furet, Mona Ozouf, *op. cit.*, p. 803. Autor ističe da je upravo Francuska revolucija podarila terminu „nacija“ prepoznatljivo zgusnut i snažan naboj. O rađanju nacije uopšte i u vreme Francuske revolucije, v. na srpskom jeziku kod Aleksandar Molnar, „*Narod, nacija, rasa, Istorijsko izvoriste nacionalizma u Evropi*“, 1997.

⁴⁴⁹ Nora kaže da je nacija rođena revolucionarnim ustanovljenjem Nacionalne skupštine, koja je stvorila novi pravni okvir legitimiteta predstavništvu jednakih građana (*op. cit.*, p. 806).

⁴⁵⁰ Razmatrajući ovaj novi politički fenomen, Nora ističe „opsednutost“ građana Francuske tog vremena idejom međusobnog jedinstva. Ovo snažno osećanje je u prvom koraku doprinelo rušenju granica koje su odvajale ljude u staleže, a zatim i poništenju nepodnošljivog „braka“ između kralja i podanika i to u činu njegovog pogubljenja, koje je u to vreme bilo politički okarakterisano kao čin samootkrovenja, odnosno „nacionalnog providenja“.

Međutim, u drugom koraku, ovo osećanje nacionalnog jedinstva značajno je doprinelo iscertavanju novih granica, i to pre svega teritorijalne, koja određuje fizički prostor novog nacionalnog suvereniteta, zatim pravne, koja obezbeđuje jednakost svim pripadnicima nacije u okviru jedinstvenog pravnog poretka, i najzad, psihološke, koja naciju pretvara u utočište za svakog građanina, odnosno koja od nacije stvara simbol pripadnosti i okupljanja (*ibid.*, pp. 807–809).

⁴⁵¹ U članu 3. Deklaracije o pravima čoveka i građanina iz 1789. godine, piše da „*princip svakog suvereniteta suštinski počiva u Naciji*“, te da „*nijedno telo, nijedan pojedinac ne može vršiti vlast koja izričito odatle ne proističe*“ (prevod: Pavle Nikolić, u knjizi „*Temelji moderne demokratije*“, *op. cit.*, p. 137).

⁴⁵² „*Nikad demokratija nije bila eksplicitnija, jer nikog nije odbacivala... Samo ako nisu stranci.*“ Ovako Julija Kristeva opisuje proširivanje kruga beneficijara na sve građane u vreme Francuske revolucije, ali istovremeno upućuje i na neposredno ograničenje ove nove demokratske prakse. U članku „*Čovek, građanin, stranac, Prava čoveka i građanina*“ (Delo, 1/90, pp. 75–90), ona čitaocu predstavlja tok radikalne izmene političkog i pravnog položaja stranaca u Francuskoj tog perioda, i to od njihovog početnog punog uključivanja u politički život zajednice i odavanja počasti onima od njih koji su se „zala-gali za ljudski razum i pripremali puteve slobode“, sve do otpočinjanja revolucionarnih

miranje modernih evropskih demokratskih zajednica,⁴⁵³ u kojima ljudi i danas žive.⁴⁵⁴

ratova u toku kojih su stranci stekli status „neprijatelja Revolucije“ i na taj način postali žrtve revolucionarnog terora.

⁴⁵³ U tekstu objavljenom pod naslovom „*Citizenship and National Identity*“, Habermas objašnjava da se pravni status građanina konstituie u mreži egalitarnih odnosa uzajamnog priznavanja sa drugim građanima. Ovaj status dakle, pretpostavlja mogućnost usvajanja „mi“ perspektive svakog pojedinca u društvenoj zajednici. Zapravo, kaže Habermas, princip ustavnosti ne može da nastane u društvenoj praksi, niti sebe da izgradi kao snaga koja stvara zajednicu slobodnih i jednakih pojedinaca, sve dok se ne smesti u istorijski kontekst „nacije svih građana“.

Istorijski posmatrano, navodi Habermas, predmoderne političke zajednice koje nisu bile zasnovane na principu nacionalne države, kao na primer Rimsko, Rusko ili Otomansko carstvo, postale su vremenom nestabilne, a zatim su se raspale. Sličan položaj su imale evropske države-gradovi koje su ulazile u labave političke i državne saveze koji, osim u Švajcarskoj, nisu mogli da opstanu. Nasuprot njima, teritorijalno centralizovane države Evrope, nastale iz srednjovekovnih kraljevina, kao što su Portugal, Španija, Francuska, Engleska, Švedska, preživjele su zahvaljujući sopstvenoj transformaciji u nacionalne države.

U ovim državama je naime bio omogućen proces etničke i kulturne homogenizacije stanovništva, koji je dalje vodio u pravcu demokratizacije društva. U tom smislu, objašnjava Habermas, nacionalne države svakako zadržavaju iznad sebe „senku nacionalizma“. Nacionalna svest predstavlja moderan oblik kulturne integracije. U literalnom značenju, reč „nacija“ označava zajednicu ljudi istog porekla koji na jednoj teritoriji žive međusobno povezani zajedničkim kulturnim obrascima, kao što su jezik, običaji, tradicija i sl. Međutim, u Francuskoj revoluciji, kaže on, nacija postaje izvor državnog suvereniteta i time zadobija politički identitet demokratske zajednice.

Dodir nacionalne svesti i republikanskog ubeđenja u to vreme u Francuskoj, služio je samo kao katalizator za stvaranje moderne države. Nacionalizam istoričara i romantičara u nauci i umetnosti tog doba, predstavljao je osnov za izgradnju kolektivnog identiteta u okviru koga se rodio pojam građanina. Međutim, ovaj istorijski dodir „*demos*“ i „*ethos*“, zaključuje Habermas, bio je kratkog veka, jer odnos između njih nije konceptualnog karaktera. Pojam građanin nužno se vezuje za ideju samoodređenja u okviru političke zajednice nastale na temelju međusobnog sporazuma svih onih koji u toj zajednici žive, a ne za njihov nacionalni identitet iz koga se u konkretnim istorijskim okolnostima rađa (ovaj tekst je objavljen u knjizi Jurgen Habermas, *op. cit.*, pp. 491–515).

U tom smislu, još je John Austin istakao da pojam nacije nije konceptualno vezan za nezavisnu političku zajednicu. Nacija se odnosi na skupinu ljudi koja prevazilazi porodicu i koja je povezana krvnim srodstvom ili poreklom, i možda, kaže Austin, zajedničkim jezikom. Tako shvaćena, „nacija“ ili „*gens*“, zaključuje on, nije nužno i nezavisna politička zajednica (*op. cit.*, p. 227).

⁴⁵⁴ V. detaljnije o stvaranju nacionalnih država u Evropi u knjizi „*State Formation, Nation-Building and Mass Politics in Europe, The Theory of Stein Rokkan*“, edited by Peter Flora with Stein Kuhnle, Derek Urwin, 1999. Plastično opisujući uticaj Francuske revolucije na potonje događaje u Evropi u pogledu stvaranja modernih državnih

Sa druge strane Atlantika, u istom istorijskom periodu, formirana je nova politička zajednica Sjedinjenih Američkih Država, koja je takođe nastala na ideji jednake slobode svih onih koji u njoj žive.⁴⁵⁵ Međutim, ova zajednica nije se oslanjala i na jedinstvenu ideju nacionalne države, kao što je to bio slučaj u Francuskoj.

Čini se da su tri razloga naročito uslovila izmenu francuskog recepta. Prvo, iako je pretežan deo stanovništva Amerike tog doba bio anglosaksonskeg porekla,⁴⁵⁶ Američka revolucija nije bila motivisana željom za političkim spajanjem kolonizatora sa onima sa kojima su delili zajedničku kulturu, tradiciju i jezik, već se zasnivala upravo na suprotnoj potrebi njihovog odvajanja od Engleske monarhije.⁴⁵⁷

zajednica, Stein Rokkan kaže da je Revolucija ostavila iz sebe „tempiranu bombu: ideju nacionalne države i ideal narodnog suvereniteta“ (p. 162).

⁴⁵⁵ U Deklaraciji o nezavisnosti od 4. jula 1776. godine, eksplicitno se kaže:

„Mi smatramo očiglednim istinama da su ljudi stvoreni jednaki, i da ih je njihov Tvorac obdario neotudivim pravima među koje spadaju život, sloboda i traženje sreće“ (navedeno prema prevodu u knjizi Temelji moderne demokratije, *op. cit.*, p. 107).

⁴⁵⁶ V. o tome, kao i o etničkom sastavu stanovništva, a posebno o prisustvu i rasprostranjenosti Angloamerikanaca, Francuza, Španaca i drugih na tlu ranih Sjedinjenih Država, kod Alexis De Tocqueville, *op. cit.*, pp. 346–350.

⁴⁵⁷ U tom smislu, u prvoj rečenici Deklaracije o nezavisnosti se kaže:

„Kad u toku istorijskih događaja postane nužno za jedan narod da raskine političke veze koje su ga spajale sa drugim, i da zauzme među silama ovog svijeta posebno i ravnopravno mesto koje mu daju zakoni prirode i bog te prirode, dužno poštovanje mišljenja čovečanstva zahtijeva od njega da objavi sve ono što ga je navelo na to odvajanje.“

Zatim se u daljem tekstu dodaje:

„Istorija sadašnjeg kralja Velike Britanije, jeste istorija neprestanih uvreda i nasilja, koje su sve imale kao neposredan cilj ustanovljavanje apsolutne tiranije nad ovim Državama. Da bi ovo dokazali, mi ćemo pred nepristrasan svijet izneti činjenice.“ (navedeno prema prevodu u knjizi Temelji moderne demokratije, *op. cit.*, p. 107).

Ostali pretežni deo teksta Deklaracije, posvećen je upravo iznošenju razloga za odvajanje od Velike Britanije.

Četiri godine pre usvajanja Deklaracije o nezavisnosti, veliku pažnju u Americi, ali i u Engleskoj, izazvao je tzv. „Izveštaj o pravima kolonista“ (Samuel Adams, „*The Rights of the Colonists, The Report of the Committee of Correspondence to the Boston Town Meeting*“, Nov. 20, 1772), u kome se protestuje protiv oduzimanja imovinskih vrednosti kolonista od strane Engleske krune.

U ovom tekstu se s tim u vezi kaže da u slučaju nepodnošljive građanske ili verske represije, ljudi imaju pravo da napuste zajednicu u kojoj žive i da formiraju novu. U predgovoru Benjamina Franklina engleskom izdanju ovog izveštaja, objašnjava se da

Drugo, zajednica života tadašnjih ljudi u Americi nije imala samo građanski, već i svoj veoma izraženi verski⁴⁵⁸ i kolonijalni karakter,⁴⁵⁹ kao i lokalni, autohtoni karakter.⁴⁶⁰ Treće, neprestano naseljavanje stranaca na tlo Amerike, koje je dovelo do intenzivnog mešanja kultura, običaja i tradicija, efikasno je onemogućavalo stvaranje ideje o jednoj naciji,⁴⁶¹ a time i ograničavanje kruga beneficijara ljudskih prava na kategoriju građana.

Tako je u Americi još u periodu pre Revolucije, pravno bila poznata ideja o tome da se uživanje prava i sloboda može priznati svim licima koja se nalaze na teritoriji pod jurisdikcijom javne vlasti, stanovnicima i doseljenicima, kako se tada govorilo.⁴⁶² Više vekova kasnije, ova ideja će

jedan od glavnih razloga nezadovoljstva engleskom vlašću u Americi, predstavlja namećanje kolonijama prekomerno visokih carina i poreza, i to bez prava kolonista da učestvuju u odlučivanju o ovim nametima (v. ovaj tekst na sledećoj internet adresi: <http://history.hanover.edu/texts/adamss.html>).

⁴⁵⁸ O pravnom značaju, karakteru i izuzetnoj raznovrsnosti verskih zajednica u predrevolucionarnoj Americi, v. kod Michael W. McConnell, „*The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion*“, 103 Harvard Law Review 1410 (1990), pp. 1421–1473.

⁴⁵⁹ „Izveštaj o pravima kolonista“ (*op. cit.*), govori o tri grupe posebnih prava: prirodnim pravima kolonista kao ljudi, među kojima se izdvaja „pravedna i istinska sloboda, jednaka i nepristrasna“, zatim pravima kolonista kao Hrišćana, koja se ostvaruju na osnovu njihovih ličnih verskih uverenja, odnosno savesti, kao i pravima kolonista kao podanika, odnosno lica rođenih u Britanskoj Američkoj koloniji, kako se tada govorilo, među kojima se posebna pažnja posvećuje pravu na imovinu, koje je ograničeno novčanim nametima Engleske krunice.

⁴⁶⁰ Alexis De Tocqueville piše o tome kako je u toku Revolucije „dogma o suverenosti naroda izašla iz opštine i prigrabila vlast“ (*op. cit.*, p. 53). V. opširnije o razvijenosti i organizaciji demokratskog života u američkim opštinama tog vremena, *ibid.*, pp. 56–63.

⁴⁶¹ Habermas kaže da primer multikulturnih društava, kao što su Sjedinjene Američke Države, pokazuje da nastanak političke kulture u okviru koje se rađa ustavni princip slobode i jednakosti, ne mora da se veže za jedinstvenu naciju koja deli isti jezik ili etničko i kulturno poreklo. Demokratsko građanstvo ne mora nužno da proistekne iz principa nacionalnog identiteta, već može takođe i iz principa ustavnog patriotizma, koji ističe svest o koegzistenciji različitih, ali integrisanih formi društvenog života u istoj političkoj zajednici (*op. cit.*, p. 500).

⁴⁶² Ako se pažljivo pročita Bill of Rights, uočava se da se u tekstu prvih deset amandmana nijednom ne pominje reč „građanin“. To naravno ne znači da se u to vreme u Americi nije baratalo ovim izrazom, već samo to da se uživanje prava i sloboda garantovanih ovim amandmanima nije nužno vezivalo za građanina. Ovaj zaključak potvrđuje i odredba iz XI amandmana usvojenog 1794. godine, u kojoj se govori o građaninu,

predstavljati temeljnu inspiraciju piscima Evropske konvencije o ljudskim pravima.

b) Građani i lica pod jurisdikcijom

U skladu sa principom jednakosti, pravni poredak države garantuje uživanje prava i sloboda svim građanima. Pojam „građanin“ pak, po

ali u kontekstu pravila o podeli nadležnosti između državnih organa, odnosno o tome da se jurisdikcija federalne države ne proteže na postupke koji su započeti protiv bilo koje savezne države od strane „građana“ druge savezne države ili „građana“ ili „podanika“ strane države.

Tek u drugoj polovini XIX veka uživanje nekih prava i sloboda u amandmanima na Ustav SAD vezuje se za građanina. Tako, XIV amandman usvojen 1868. godine, definiše da su građani sva ona lica koja su rođena ili naturalizovana u Sjedinjenim Državama. Međutim, već u sledećem pravilu ovog amandmana neposredno se kaže da „*due-process*“ pravo na zaštitu života, slobode i svojine uživa „svako lice“, kao i to da princip jednake pravne zaštite obuhvata „svako lice pod jurisdikcijom“ zemlje.

U Deklaraciji o nezavisnosti izraz građanin se pominje samo jednom i to ne u kontekstu „prava građana“, već u činjeničnoj tvrdnji kojom se opisuje jedna grupa realnih događaja. Takođe i istorijski najstariji pravni dokumenti nastali na tlu Amerike, takođe su pravno poznavali ideju o tome da su uživaoci prava i sloboda „sva lica pod jurisdikcijom“, a ne uže određena kategorija građana.

Tako, „*The Massachusetts Body of Liberty*“ iz 1641. godine (*op. cit.*), pokazuje svu kompleksnost političke zajednice u ranom američkom društvu i raznolikost tzv. „mi“ perspektiva, ali takođe i potvrđuje tezu da je uživanje ljudskih prava u to vreme vezivano za sve one koji borave na teritoriji zajednice. Već u drugoj odredbi ovog dokumenta eksplicitno se kaže:

„*Svako lice pod jurisdikcijom, bez obzira na to da li je stanovnik ili stranac, uživa istu pravdu i pravo koje važi na plantaži, a koje mi ustanovljavamo i izvršavamo jedan prema drugom bez pristrasnosti i odlaganja.*“

Pravilo o tome da sva lica, stanovnici i stranci, uživaju na jednak način zajamčena prava, potom je ponovljeno na više mesta u tekstu ovog dokumenta, na primer u vezi sa ličnom slobodom, pravom okupljanja, govora i podnošenja predstavki organima vlasti i sl.

Međutim, ovaj dokument nije značajan samo zbog proširivanja kategorije beneficijara prava i sloboda, već i zbog ukazivanja na već pomenutu različitost karaktera iste društvene zajednice. Tako se pretnja smrtnom kaznom koristila i za odbranu hrišćanske verske zajednice čije su se granice podudarale sa granicama političke zajednice, te je na samom početku odeljka sa kaznenim odredbama propisano da se ovom kaznom kažnjava verovanje u nekog drugog boga, zatim veštičarenje, ali i blasfemične izjave usmerene protiv „oca, Sina i Svetog duha“.

pravilu podrazumeva čvrstu i trajnu pravnu veza između pojedinca i države,⁴⁶³ koja se naziva državljanstvo.⁴⁶⁴

Katalog garantovanih ljudskih prava tako se vezuje prevashodno za građanina, odnosno državljanina. Međutim, prema članu 17. Ustava Srbije, strancima se takođe garantuju sva prava i slobode, osim onih, kako kaže ova odredba, koje po samom Ustavu i posebnim zakonima pripadaju samo državljanima Srbije.⁴⁶⁵

⁴⁶³ U slučaju iz 2005. godine u kojem je tzv. „*European Arrest Warrant Act*“ proglašen neustavnim (2 BvR 2236/04), Ustavni sud Nemačke je naveo da status građanina podrazumeva poseban oblik vezivanja za pravni sistem zemlje, odnosno poseban odnos između pojedinca i slobodne demokratske zajednice iz koje on, po pravilu, ne može da bude isključen.

U tom smislu, Habermas ističe da se pomoću pojma građanin definiše članstvo čoveka u određenoj državnoj zajednici, odnosno uspostavlja odnos između pojedinca i političke zajednice čije je postojanje priznato u međunarodnom pravu. Bez obzira na unutrašnje ustrojstvo države, ova pripadnost, ili „članstvo“ onih koji žive na njenoj teritoriji, obezbeđuje socijalno definisanje političke zajednice (*op. cit.*, pp. 496–497).

Slično tome, u učenju Johna Austina pozitivnopravni poredak nezamisliv je bez ideje o „članstvu“ pojedinca u nezavisnoj političkoj zajednici. Tako, on kaže:

„Svako pozitivno pravo...ustanovljeno je od strane suverenog pojedinca, ili suverenog tela pojedinaca, prema članu ili članovima nezavisne političke zajednice u kojoj je taj pojedinac ili telo suveren ili vrhovni“ (*op. cit.*, p. 132).

Austin na drugom mestu precizira da se ovaj „subjekat-član“ vezuje za nezavisnu političku zajednicu rođenjem na njenoj teritoriji, rođenjem od roditelja koji su subjekti-članovi zajednice ili naturalizacijom. Međutim, on istovremeno teorijski dopušta mogućnost da i stranac bude subjekat-član jedne nezavisne političke zajednice, ostajući istovremeno i subjekat-član neke druge nezavisne političke zajednice (*op. cit.*, pp. 356–357).

⁴⁶⁴ Ovaj pravni odnos koji državljanstvo pretpostavlja, a posebno sticanje i gubitak državljanstva, po pravilu predstavlja samostalan predmet pravnog regulisanja u oblasti ljudskih prava. Tako, u stavu 4, člana 38. Ustava Srbije, navodi se da dete rođeno u Republici Srbiji stiče domaće državljanstvo, ako nisu ispunjeni uslovi da stekne državljanstvo druge države. U stavu 3. ovog člana, takođe se kaže da domaći državljanin ne može protivno svojoj volji biti lišen državljanstva, niti prava da svoje državljanstvo promeni.

Ustav takođe kaže u stavu 1. ovog člana, da se ostala pitanja vezana za sticanje i prestanak državljanstva uređuju zakonom. Ovaj ustavni nalog ispunjen je usvajanjem Zakona o državljanstvu iz 2004. godine, u čijem prvom članu piše da „građani Republike Srbije imaju državljanstvo Republike Srbije“. Oni pak koji nemaju državljanstvo Republike Srbije, prema članu 3. Zakona o strancima iz 2008. godine, označavaju se kao stranci. O državljanstvu u kontekstu ljudskih prava, v. kod Vida Čok, „*Pravo na državljanstvo*“, 1999.

⁴⁶⁵ Tako je u oblasti slobode od diskriminacije ovo isto pravilo ponovljeno u stavu 2, člana 3. Zakona o zabrani diskriminacije iz 2009. godine.

Dakle, beneficijari ljudskih prava su građani države, kao i sva druga lica koja se nalaze pod njenom jurisdikcijom.⁴⁶⁶ Ovo pravilo neposredno je formulisano u članu 1. Evropske konvencije o ljudskim pravima rečima da države-potpisnice „jemče svakome u svojoj nadležnosti“ ljudska prava sadržana u ovom pravnom dokumentu.⁴⁶⁷

Međutim, kao što sam Ustav kaže, ovo pravilo nije apsolutnog karaktera, jer pravni poredak izuzetno dopušta mogućnost da beneficijari pojedinih prava budu samo domaći državljani. Tako je prema izričitim ustavnim odredbama uživanje nekih prava neposredno rezervisano za građane zemlje. Među njima su i ona prava koja se vezuju za sam odnos državljanstva,⁴⁶⁸ zatim slobode ulaska i izlaska sa teritorije ze-

⁴⁶⁶ Jurisdikcija države označava pravni prostor u okviru koga njeni organi vrše efektivnu vlast, odnosno prostor pozitivnopravnog važenja jednog pravnog poretka. Ovaj prostor može da bude određen po teritorijalnom i personalnom principu. Tako, još je Kelsen pravio razliku između prostornog i personalnog važenja prava i to na sledeći način:

„Ono što se naziva ‘elementima’ države: državna vlast, državna oblast i državni narod, nije ništa drugo nego to važenje državnog poretka po sebi, kao i oblast prostornog i personalnog važenja tog poretka.“ (Hans Kelsen, „Čista teorija prava“, prevod: Danilo N. Basta, 1998, p. 81).

Prema „teritorijalnom principu“, ovaj prostor obuhvata, po pravilu, čitavu teritoriju zemlje, kao i teritoriju na kojoj se nalaze njena diplomatska i konzularna predstavništva u inostranstvu, kao i vazduhoplove, brodove i ostala plovila registrovana kod domaćih državnih organa, bez obzira da li se ovi vazduhoplovi i plovila nalaze u domaćem vazdušnom prostoru, odnosno domaćim teritorijalnim vodama ili van njih. Za sve one koji se fizički nalaze u nekom od navedenih prostora, kaže se da su lica pod jurisdikcijom zemlje, odnosno u nadležnosti države.

Po „personalnom principu“, pod nadležnošću organa jedne države nalazi se i lice koje fizički ne boravi u nekom od prethodno navedenih prostora, ali je započelo ili je na drugi način postalo učesnik nekog pravno uređenog postupka koji vodi organ javne vlasti te države, na primer lice koje je optuženo za krivično delo ili se u toku postupka utvrđivanja krivične odgovornosti drugih, pojavljuje kao svedok i sl., zatim lice koje je podnelo tužbu sudu ili je tuženo zbog povrede imovinskih ili neimovinskih prava i interesa, lice koje učestvuje u upravnom postupku, kao što su podnosioci zahteva za dobijanje dozvole ulaska u zemlju ili dozvole boravka i sl. V. u tom smislu kod Vojin Dimitrijević, Dragoljub Popović, Tatjana Papić, Vesna Petrović, *op. cit.*, p. 75.

⁴⁶⁷ Isto pravilo sadržano je i u stavu 1, člana 2. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine, u kome se kaže da se države-potpisnice „obavezuju da poštuju i garantuju svim licima koja se nalaze na njihovoj teritoriji i koja potpadaju pod njihovu nadležnost“ prava koja su upisana u tekst ovog dokumenta.

⁴⁶⁸ Član 38. Ustava, govori o pravu na državljanstvo, kao i o slobodi od oduzimanja državljanstva ili sprečavanja promene državljanstva.

mlje⁴⁶⁹ i njima komplementarna sloboda od proterivanja,⁴⁷⁰ aktivno i pasivno biračko pravo i sl.⁴⁷¹

Sa druge strane pak, pravni poredak obezbeđuje uživanje određenih prava samo strancima, a ne i domaćim državljanima. Jedan od najpoznatijih primera ove grupe prava jeste pravo stranca na azil, ili utočište kako ga imenuje Ustav Srbije.⁴⁷² Beneficijari ostalih prava i sloboda, prema principijelnoj odredbi Ustava, jesu sva lica pod jurisdikcijom države, njeni građani, kao i stranci.⁴⁷³

⁴⁶⁹ U stavu 1, člana 39. Ustava, jemči se sloboda izlaska iz zemlje i ulaska na teritoriju zemlje za domaće državljane.

⁴⁷⁰ U stavu 2, člana 38. Ustava, jemči se sloboda od proterivanja iz zemlje za domaće državljane.

⁴⁷¹ Stav 1, člana 52. Ustava, kaže da pravo da bira i bude biran ima samo državljanin Srbije.

⁴⁷² Prema članu 57. Ustava, ovo pravo ima lice stranog državljanstva koje osnovano strahuje da će u svojoj ili zemlji u kojoj boravi biti izloženo progonu zbog svojih ličnih svojstava, kao što su rasa, pol, veroispovest, nacionalna pripadnost, političko uverenje i dr. Ulazak i izlazak stranaca iz zemlje, kao i sloboda stranaca od proterivanja, uređena je u okviru posebnog pravnog režima iz stava 3, člana 39. Ustava. Postoje i druga prava koja se garantuju pojedinim kategorijama stranaca, na primer prema članu 7. Zakonika o krivičnom postupku iz 2006. godine, stranac koji je lišen slobode ima pravo na kontakt sa diplomatsko-konzularnim predstavnikom države čiji je državljanin, odnosno sa predstavnikom međunarodne organizacije ako se radi o izbeglicama ili licima bez državljanstva.

⁴⁷³ Kao što je već navedeno, prema članu 17. Ustava Srbije, „stranci, u skladu sa međunarodnim ugovorima, imaju u Republici Srbiji sva prava zajamčena Ustavom i zakonom, izuzev prava koja po Ustavu i zakonu imaju samo državljani Republike Srbije“. Na prvi pogled, čini se da je ova odredba Ustava sasvim na tragu pravila o licima pod jurisdikcijom Evropke konvencije – ona kaže da su stranci načelno izjednačeni sa domaćim državljanima u pogledu uživanja prava i sloboda.

Ipak, nakon pažljivog čitanja pokazuje se da ovo rešenje pati od fundamentalne pravne greške, a to je da se ne može sa sigurnošću utvrditi pravo značenje ustavne odredbe. Naime, ona se zbog umetnute rečenice „u skladu sa međunarodnim ugovorima“, može tumačiti na više načina. Ciljno i sistemski tumačeno, a u skladu sa obavezama naše države nastalim nakon ratifikacije Evropske konvencije o ljudskim pravima, kao i odredbom iz člana 18. Ustava koja upućuje na tumačenje odredbi o ljudskim pravima u korist unapređenja vrednosti demokratskog društva, i to saglasno važećim međunarodnim standardima i praksi međunarodnih institucija, ovo pravilo bi podrazumevalo da se strancima garantuju prava sadržana u međunarodnim ugovorima, kao i prava sadržana u Ustavu i zakonima, osim onih prava koja su rezervisana samo za domaće državljane. Ako se prihvati ovo tumačenje, onda bi se moglo reći da umetnuta rečenica „u skladu sa međunarodnim ugovorima“, trapavo jezički odvaja međunarodne od unutrašnjih izvora ljudskih prava.

Međutim, na teritoriji koja se nalazi pod jurisdikcijom jedne države, beneficijari pojedinih ljudskih prava mogu biti i oni koji nisu državljani te države, niti se nalaze pod njenom jurisdikcijom po bilo kom osnovu. U tom smislu se pravne garancije poštovanja određenih prava i sloboda iz jednog pravnog poretka, protežu u bukvalnom smislu te reči na sva lica na planeti.⁴⁷⁴ Najčešće se radi o beneficijarima onih prava koja se mogu povrediti iz druge države ili drugog kraja sveta, odnosno upotrebom teh-

Međutim, prema jezičkom tumačenju, strancima se, u skladu sa međunarodnim ugovorima, garantuju samo ona prava koja su sadržana u Ustavu i zakonima, a ne i druga prava. Izraz „međunarodni ugovori“ upućivao bi u tom smislu na primer na međunarodne ugovore kojima se odustaje od uslova reciprociteta u pogledu uživanja prava stranaca, ili na međunarodne ugovore kojima se garantuje uživanje prava stranim državljanima pod jednakim uslovima kao i domaćim državljanima, kao što je pravo na pristup domaćem sudu bez obaveze polaganja tzv. „aktorske kaucije“, odnosno iznosa novca koji tužilac stranog državljanstva mora da položi kao garanciju za slučaj da izgubi spor o svom pravu koji je sam pokrenuo i koji vodi pred domaćim sudom.

Ovaj deficit u ustavnom tekstu, a naime da se ne može sa sigurnošću razumeti značenje jedne od fundamentalnih odredbi o beneficijarima ljudskih prava, svakako ne bi mogao da posluži kao primer odgovornog odnosa ustavopisca prema pravu ljudskih prava. Pre nego što dođe do izmene ove odredbe i u nedostatku njenog autentičnog tumačenja, moglo bi se ipak ponuditi tumačenje koje je trenutno najbliže pravnom životu, a koje predstavlja kombinaciju navedena dva pristupa. Naime, za najveći broj Ustavom zajamčenih prava može se reći da neposredno pripadaju kako domaćim, tako i stranim državljanima. U pogledu drugih prava koja su izričito navedena, na primer izbornog prava ili prava na utočište, Ustav razlikuje položaj domaćih državljana i onih koji to nisu, ali u tome uglavnom nema ničega što je suprotno savremenim pravnim rešenjima.

To bi bilo opšte pravilo, od koga se u našem pravnom sistemu odstupa u vezi sa beneficijarima pojedinih prava. Tako je u skladu sa drugim navedenim tumačenjem moguće razumeti na primer odredbu Ustava o pravima stranaca u vezi sa sticanjem svojine na nepokretnim stvarima. Naime, član 85. Ustava određuje da „strana fizička i pravna lica mogu steći svojinu na nepokretnostima, u skladu sa zakonom ili međunarodnim ugovorom“. Poznato je da Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa dozvoljava strancima da kupe ili naslede nepokretnosti samo pod uslovom uzajamnosti, odnosno reciprociteta ili na osnovu prethodno dobijene saglasnosti nadležnog državnog organa (članovi 82–83). Prema slovu člana 17. Ustava, od ovih zakonskih pravila, dakle od uslova uzajamnosti ili saglasnosti, može se odstupiti ako je to predviđeno u međunarodnom ugovoru.

⁴⁷⁴ Ovo pravilo o tome da su svi pravni subjekti na planeti beneficijari pojedinih prava, delom je već sadržano u pravilu o licima pod jurisdikcijom. Tako se u članu 6. Zakona o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja iz 2004. godine, kaže da se prava iz ovog zakona uživaju bez obzira na državljanstvo i prebivalište, odnosno boravište. Dakle, svako lice na planeti može da pokrene postupak za pristup javnim informacijama pred bilo kojim organom javne vlasti u Srbiji, i na osnovu toga po personalnom principu ulazi u kategoriju lica pod jurisdikcijom zemlje.

ničkih sredstava komunikacije čiji se domašaj ne ograničava na teritoriju jedne zemlje, na primer u slučaju neovlašćenog objavljivanja podataka iz intimnog života putem interneta ili drugih medija.

Tako se pokazuje da se prava ličnosti, odnosno prava na pojedinim ličnim dobrima, kao što su dostojanstvo uopšte, odnosno pojedine njegove manifestacije, na primer čast i ugled, zatim privatnost, koja obuhvata privatan život, lični zapis, lik, glas, prepisku i sl, zatim lični podaci, ime, autentičnost i sl, moraju poštovati, bez obzira na to da li se radi o dobrima domaćeg državljanina, lica pod jurisdikcijom zemlje ili nekog trećeg lica. Niko nema pravo da vređa drugog, neovlašćeno obrađuje njegove lične podatke, lažno ga predstavlja pred drugima i sl, i ova prava ličnosti garantovana su u okviru pravnog poretka zemlje svakom licu na planeti.⁴⁷⁵

c) Organizacije i beneficijari kolektivnih prava

Osim fizičkih lica, pojedinaca, beneficijari pojedinih prava i sloboda iz korpusa ljudskih prava mogu biti i organizacije, među kojima su i one koje imaju svojstvo pravnog lica, kao što su političke stranke, sindikati, verske organizacije, nevladine organizacije, profesionalna, odnosno strukovna udruženja, zadužbine, fakulteti i univerziteti, ali i preduzeća i drugi subjekti privrednog prava.

Prava i slobode koje se odnose na ove beneficijare mogu se podeliti u dve osnovne grupe. Prva se vezuje za slobodu pojedinaca i drugih prav-

⁴⁷⁵ U navedenim slučajevima prava se garantuju svima, pre svega, zbog toga što je to pravno moguće. Drugim rečima, kad se radi o navedenim pravima ličnosti, ne bi bilo opravdano ograničiti krug beneficijara samo na lica pod jurisdikcijom zemlje i pravno dozvoliti povredu prava na privatnost, na čast i ugled i sl, svih ostalih lica. To rešenje ne bi imalo pravnog smisla.

Ovaj princip univerzalnosti jemstva ličnih prava, otvara međutim dalje posebno i veoma složeno pravno pitanje iz oblasti međunarodnog kolizionog prava, a naime pravo čije države je merodavno za određivanje garancije jednog prava, odnosno njegove sadržinu, kao i sadržine mehanizma zaštite povređenog prava. O ovim temama, kao i o teškoćama u primeni klasičnih kolizionih pravila koja se vezuju za mesto prebivališta, boravišta, odnosno sedišta beneficijara i lica koje je njegovo pravo povredilo, zatim mesto izvršenja radnje povrede prava i mesto njegove povrede, odnosno nastanka posledice povrede, v. više kod Vladimir V. Vodinelić, „*Međunarodno privatno pravo ličnosti*“, 2003.

nih lica da mogu da osnuju jednu organizaciju, a druga za slobode same organizacije.⁴⁷⁶

Načelno pravilo o opštoj slobodi udruživanja sadrži član 55. Ustava Srbije.⁴⁷⁷ Međutim, ustavni tekst sadrži i pravila o slobodi osnivanja pojedinih organizacija, i to političkih stranaka,⁴⁷⁸ organizacija verskog karaktera,⁴⁷⁹ javnih glasila, a posebno televizijskih i radio stanica,⁴⁸⁰ zdravstvenih i socijalnih fondova,⁴⁸¹ škola i univerziteta,⁴⁸² kao i saveta nacionalnih manjina.^{483, 484}

⁴⁷⁶ Vladimir Vodinelić objašnjava da je pravna sfera egzistencije organizacije razdvojena od pravne sfere postojanja fizičkih lica koja su je osnovala ili su njeni učesnici. Organizacija, u tom smislu, vodi od njih odvojeni, „samostalan pravni život“ (v. tako u knjizi „Uvod u građansko pravo“, *op. cit.*, p. 72). U ranijoj teoriji prava polazilo se od stava da svaku organizaciju čine ljudi, te se zatim iz ovog stava izvodio zaključak o tome da se prava i obaveze organizacije ne mogu shvatiti drugačije nego kao prava i obaveze koje pripadaju ljudima koji čine tu organizaciju. U tom smislu, Kelsen je govorio da pravno lice nema prirodno-realnu egzistenciju, da je u njemu jedino realno ljudsko ponašanje koje je regulisano pravom, te da se stoga obaveze i prava pravnog lica „moraju razložiti na obaveze i prava ljudi“ (Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 42).

⁴⁷⁷ U stavu 1, člana 55 Ustava, kaže se: „Jemči se sloboda političkog, sindikalnog i svakog drugog udruživanja i pravo da se ostane izvan svakog udruženja“. U stavu 2. ovog člana, kaže se da se udruženja osnivaju bez prethodnog odobrenja, uz upis u javni registar.

⁴⁷⁸ U stavu 2, člana 5. Ustava, ističe se da je osnivanje političkih stranaka slobodno.

⁴⁷⁹ U stavu 2, člana 44. Ustava, jemči se crkvama i verskim zajednicama pravo da osnuju versku školu, kao i socijalnu i dobrotvornu ustanovu.

⁴⁸⁰ U stavu 1, člana 50. Ustava, garantuje se sloboda osnivanja novina i drugih „sredstava javnog obaveštavanja“, a u stavu 2. istog člana, kaže se da se televizijske i radio stanice osnivaju u skladu sa pravilima posebnog zakona.

⁴⁸¹ U stavu 4, člana 68 i stavu 5. člana 69 Ustava, kaže se da se osnivanje zdravstvenih fondova i fondova socijalnog osiguranja uređuje posebnim zakonima.

⁴⁸² U stavu 4, člana 71. Ustava, navodi se da se osnivanje škola i univerziteta uređuje posebnim zakonima.

⁴⁸³ U stavu 4, člana 75. Ustava, garantuje se pripadnicima nacionalnih manjina pravo na osnivanje nacionalnih saveta u skladu sa odredbama posebnog zakona.

⁴⁸⁴ Osnivanje navedenih i ostalih organizacija, bliže se uređuje zakonom. Tako je samo u 2009. godini u Srbiji donet opšti Zakon o udruženjima i Zakon o nacionalnim savetima nacionalnih manjina, zatim novi Zakon o političkim strankama, Zakon o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja koji se odnosi na osnivanje predškolskih ustanova, kao i osnovnih i srednjih škola, i dr. Posebni zakoni takođe uređuju pitanje osnivanja verskih zajednica, preduzeća, sportskih klubova i sl. V. uopšte o osnivanju i karakteru udruženja i ustanova, a posebno o pravnim licima, kod Vladimir V. Vodinelić, *op. cit.*, pp. 70–100.

Druga grupa pravila odnosi se na prava same organizacije.⁴⁸⁵ Sa stanovišta prava o ljudskim pravima, najznačajnija su ona prava koja se odnose na garancije autonomnog položaja organizacije, kao što je pravo organizacije da samostalno odluči o cilju organizovanja,⁴⁸⁶ programu aktivnosti, unutrašnjoj politici ili doktrini organizacije,⁴⁸⁷ prijemu i otpuštanju iz članstva, kao i o statusu člana u organizaciji,⁴⁸⁸ i sl.⁴⁸⁹ Pojedina od ovih autonomnih prava nisu samosvojna prava organizacija, već ih one uživaju na sličan ili identičan način kao i fizička lica.⁴⁹⁰

Sa druge strane pak, uživanje nekih od prava vezano je samo za određene organizacije. Tako, pravo na podnošenje tzv. „organizacijske tužbe“ za zaštitu od diskriminacije, priznaje se samo organizacijama za zaštitu ljudskih prava i prava diskriminiranih kategorija lica,⁴⁹¹ nacionalnim sa-

⁴⁸⁵ Statusno pravo organizacija, a posebno pravnih lica, veoma je razvijeno. Vladimir Vodinelić (*ibid.*, pp. 86 i dalje), navodi da se samo u pogledu pravnih lica mogu razlikovati sledeći elementi njihove pravne egzistencije – organizacija, organi, cilj, imovina, ime, sedište, državljanstvo, kao i pravna, poslovna i deliktna sposobnost pravnog lica. U vezi sa svakim od ovih elemenata, pravni poredak sadrži posebnu grupu pravnih pravila.

⁴⁸⁶ Na primer, cilj organizacije može biti informisanje javnosti, izražavanje verskih uverenja, učešće na izborima, zaštita prava radnika, dobrotvorni rad, zajednički lov i sl.

⁴⁸⁷ Politička partija se tako identifikuje sa svojim političkim programom, verska zajednica sa svojim verskim učenjem, nevladina organizacija sa aktivnostima koje sprovodi i sl.

⁴⁸⁸ Sama organizacija po pravilu određuje ko i pod kojim uslovima može da postane njen član, kao što samostalno odlučuje i o prestanku članstva i statusu njenih članova.

⁴⁸⁹ U vezi sa pojedinim organizacijama, i sam Ustav govori o njihovom autonomnom položaju. Tako se u članu 44. Ustava, govori o odvojenosti verskih zajednica od države i autonomiji verskih zajednica u vezi sa uređivanjem pitanja unutrašnje organizacije, verskih poslova i obreda. Slično tome, u članu 50. Ustava, kaže se da u Republici Srbiji nema cenzure, čime se jemči uređivačka autonomija javnih glasila. U članu 72. Ustava, eksplicitno je zajamčena autonomija univerziteta, visokoškolskih i naučnih ustanova, a posebno u pogledu odlučivanja o unutrašnjem uređenju i radu.

⁴⁹⁰ Tako, zabrana diskriminacije odnosi se podjednako na pojedince i organizacije, organizacija ima svoj ugled, ona ima pravo da stiče svojinu i druga imovinska prava, garancije nepovredivosti doma i tajnosti pisama i drugih sredstava komuniciranja važe jednako i za organizaciju, organizacija ima pravo da se obrati organu javne vlasti sa zahtevom za pristup informacijama, organizacija ima pravo da organizuje okupljanje u zatvorenom i na otvorenom prostoru, pravo na pravnu zaštitu povređenog prava ili pravom priznatog interesa pripada i organizaciji i sl.

⁴⁹¹ V. član 46. Zakona o zabrani diskriminacije iz 2009.

vetima se poverava odlučivanje u čitavom nizu pitanja od značaja za kulturu, a posebno za jezik i informisanje nacionalne manjine,⁴⁹² kolektivne ugovore o radu zaključuju reprezentativni predstavnici sindikata i udruženja poslodavaca⁴⁹³ i sl.

Najzad, u nekim slučajevima pravni poredak omogućava kolektivno uživanje prava i sloboda prostoj grupi fizičkih lica, koji se nalaze izvan formalne organizacije. Tako Ustav jemči pojedincima slobodu okupljanja, uključujući i pravo na organizovanje zborova i demonstracija,⁴⁹⁴ kao što sa druge strane garantuje zaposlenima pravo na štrajk.⁴⁹⁵ U vezi sa pravima pripadnika nacionalnih manjina, Ustav eksplicitno navodi da oni svoja kolektivna prava uživaju zajedno sa drugim pripadnicima manjinske zajednice.⁴⁹⁶

d) Princip jednakosti, prirodni beneficijari i društvene vrednosti

Pravni poredak garantuje svim beneficijarima jednak pravni položaj. Svi uživaju prava iste sadržine i jednaku zaštitu svojih prava. Načelno dakle, pravo ne pravi razliku između beneficijara, ono ne tretira lica različito u zavisnosti od njihovih ličnih svojstava. Stavljanje jednih beneficijara u gori položaj ili drugih u bolji položaj, i to zbog njihove boje kože, nacionalne pripadnosti, verskog ili političkog ubeđenja, invalidite-

⁴⁹² V. članove 18, 20. i 21. Zakona o nacionalnim savetima nacionalnih manjina iz 2009.

⁴⁹³ V. član 244. i dalje Zakona o radu iz 2005.

⁴⁹⁴ V. član 54. Ustava. Ovo pravo pojedinac ne uživa nezavisno od drugih, već uvek zajedno sa drugim beneficijarima, na kolektivan način.

⁴⁹⁵ V. član 61. Ustava. I pravo na štrajk se po pravilu uživa kolektivno, od strane više fizičkih lica, bez obzira na to ko je organizator štrajka, sindikat ili grupa radnika.

⁴⁹⁶ Prema stavovima 1. i 2, člana 75. Ustava, pripadnici nacionalnih manjina ostvaruju individualno svoja individualna manjinska prava, kao što je sloboda od diskriminacije na osnovu pripadnosti manjinskoj grupi, dok na kolektivan način učestvuju u odlučivanju ili sami odlučuju o pojedinim pitanjima vezanim za svoju kulturu, obrazovanje, informisanje i upotrebu jezika. Primeri ovog kolektivnog uživanja prava nacionalnih manjina su upotreba simbola nacionalne manjine na javnom mestu, korišćenje svog jezika i pisma u određivanju naziva trgova, ulica ili mesta, negovanje, razvijanje i izražavanje nacionalne, etničke, kulturne i verske posebnosti i sl. (v. stav 1, člana 79. Ustava).

ta, pola, seksualne opredeljenosti, društvenog statusa, uzrasta, izgleda i sl, nije pravno dopušteno.⁴⁹⁷

Sloboda od diskriminacije, odnosno pravo na jednaku slobodu, ukazuje na to da je svako lice slobodno da uživa i štiti svoja ljudska prava kao i svi drugi u društvenoj zajednici u kojoj živi. Pravo na jednakost predstavlja tako osobeno pravno jemstvo slobode pojedinca – uživanje ovog prava pretpostavlja jednake garancije svih ostalih prava i sloboda, odnosno pravom priznatu mogućnost njihovog uživanja i zaštite, bez obzira na lično svojstvo beneficijara. Povreda pak pravne jednakosti nužno vodi gubitku slobode pojedinca, koji upravo zbog akta diskriminacije ne može da uživa ili štiti svoja ljudska prava. Sloboda od diskriminacije se u tom smislu razume kao sastavni deo opšte slobode svakog lica.⁴⁹⁸

⁴⁹⁷ U prva tri stava člana 21. Ustava, ovaj princip jednakosti određen je sledećim rečima:

„Pred Ustavom i zakonom svi su jednaki.

Svako ima pravo na jednaku zakonsku zaštitu, bez diskriminacije.

Zabranjena je svaka diskriminacija, neposredna ili posredna, po bilo kom osnovu...”

Slično tome, u stavu 1, člana 4. Zakona o zabrani diskriminacije iz 2009. godine, kaže se:

„Svi su jednaki i uživaju jednak položaj i jednaku pravnu zaštitu, bez obzira na lična svojstva.”

Ostalim odredbama Zakona o zabrani diskriminacije određuje se opšti pojam diskriminacije, kao i različiti oblici koje diskriminatorsko postupanje može na sebe uzeti u konkretnim slučajevima, kao što je neposredna i posredna diskriminacija, povreda načela jednakih prava i sloboda, viktimizacija, omalovažavajuće postupanje, govor mržnje i udruživanje radi vršenja diskriminacije i sl.

Zabranu diskriminacije propisuju i svi međunarodni dokumenti o ljudskim pravima, na primer član 14. Evropske konvencije o ljudskim pravima, član 2. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima i sl. Takođe, zabranu diskriminacije u uživanju i zaštiti pojedinih prava propisuju i zakonski tekstovi, na primer Zakon o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja iz 2004. godine (članovi 6. i 7), Zakon o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja iz 2009. godine (član 6), Zakon o radu iz 2005. godine (članovi 18–23), Krivični zakonik (član 128. i drugi članovi) i sl. Pojedini zakoni pak, u celini su posvećeni zabrani diskriminacije pojedinih kategorija lica, na primer Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom iz 2006. godine i Zakon o ravnopravnosti polova iz 2009. godine. Više o samoj diskriminaciji v. kod Saša Gajin, *„Pojam, oblici i slučajevi diskriminacije”*, u knjizi *„Antidiskriminaciono pravo, vodič”*, *op cit*, pp. 11–39.

⁴⁹⁸ U tom smislu, Ronald Dworkin kaže da su sloboda i jednakost „sasvim iste vrline“, odnosno da predstavljaju dva aspekta istog idela (*op. cit.*, p. 29). Suprotno tome, Robert Alexy insistira na stavu da „opšte pravo na jednakost“, kako on naziva pravo na

jednakost, ne spada u okvir „opšteg prava na slobodu“ (*op. cit.*, pp. 256–257, 277, 285), te da stoga garancija jednakosti iz člana 3. Osnovnog zakona („*Svi ljudi su pred zakonom jednaki*“, prevod: Ljubica Tomić, *op. cit.*, p. 11), nije uključena u sferu prostiranja opšte slobode ličnosti iz člana 2. Osnovnog zakona. Na najopštiji način on kaže da ispitivanje slučaja povrede slobode ne obuhvata i razmatranje pitanja jednakosti, i *vice versa*. Eksplicirajući dalje ovu tezu, Alexy navodi da postupanje države može da ograniči slobodu, ali ne i jednakost, u slučaju kad su svi na jednak način ograničeni u svojoj slobodi. Ovaj stav je sasvim razumljiv i on ukazuje na to da je domašaj opšteg pricipa slobode širi od domašaja principa jednakosti.

Sa druge strane, Alexy iznosi stav da bi pravo na jednakost moglo da se smatra delom prava na slobodu samo ako bi se svaki akt povrede prava pojedinca smatrao povredom principa jednakosti, „nezavisno od upoređivanja“ sa statusom drugih, odnosno apstrahujući od ličnog svojstva beneficijara. Čini se da je i ovaj stav razumljiv već sam po sebi – da bi akt kršenja ili uskraćivanja prava zaslužio kvalifikativ diskriminatorске povrede, nije dovoljno da postoji prosta povreda prava, već je neophodno i to da je protivpravna radnja učinjena na osnovu ličnog svojstva beneficijara. I na ovom primeru se pokazuje da je sfera prostiranja opšte slobode šira od sfere prostiranja prava na jednakost.

Međutim, na trećem mestu, Alexy eksplicitno kaže da postoji povreda jednakosti, ali ne i slobode onda kad „različiti oblici tretmana uzevši pojedinačno ne povređuju slobodu, ali su diskriminatorски u poređenju jedan sa drugim“. Nažalost, autor se nakon iznošenja svog stava zaustavlja u argumentaciji i ne navodi konkretan primer za ovaj apstraktno zamišljen slučaj (*op. cit.*, pp. 256–257).

U delu teksta koji se odnosi na razmatranje odnosa između faktičke i pravne jednakosti, kao i „paradoksa jednakosti“, kako karakteriše ovaj odnos, Alexy se ponovo dotiče i teme odnosa između slobode i jednakosti. On izričito kaže da se njome neće bliže baviti, ali da bi pažljiva analiza pokazala da su dva pravna principa delom nužno povezana, delom međusobno suprotstavljena, a delom komplementarna jedan drugom (*ibid.*, p. 277).

Najzad, u delu teksta koji se odnosi na razmatranje prava jednakosti kao subjektivnog prava, čini se da se ipak može naslutiti razlog njegovog protivljenja ideji o tome da je pravo na jednakost deo opšte slobode pojedinca. Naime, on kaže da je lako izneti prigovor protiv stava da se princip jednakosti ogleda u principu slobode, upućivanjem na primere prava koja pripadaju tzv. „pozitivnom statusu“ pojedinca, kao što je pravo na socijalnu pomoć. Naime, prema teorijskom shvatanju koje i sam Alexy zastupa, opšte pravo na slobodu ima karakter negativne slobode, na osnovu koje beneficijar može da zahteva od svih drugih da se uzdrže od smetanja njegove slobode aktivnosti. U sferu prostiranja ove slobode ne ulaze prava „pozitivnog statusa“ pojedinca, kao što je pravo korisnika socijalne pomoći da zahteva od države da participira u troškovima zakupa stana. Ako se država ponaša diskriminatorски, te zbog ličnih svojstava beneficijara odluči da mu ne pruži socijalnu pomoć, ona vrši povredu prava na jednakost, ali ne i prava na slobodu, zato što pravo na slobodu ne obuhvata i prava „pozitivnog statusa“ (*ibid.*, p. 285).

Čini se da se ovo razlikovanje prava i sloboda negativnog i pozitivnog statusa, više odnosi na teorijsko razlikovanje prirode obaveze adresata pravne norme koja sadrži ga-

ranciju prava ili slobode. Tako, i veoma uproščeno rečeno, na osnovu prava „negativnog statusa“ beneficijar može da zahteva od drugih uzdržavanje od činjenja, na primer da ga ne prisluškuju ili da ne čine štetu na njegovoj stvari. Suprotno tome, na osnovu prava „pozitivnog statusa“, beneficijar može da zahteva od drugih određeno činjenje, na primer od državnog organa da mu dostavi informaciju o svom radu ili da mu isplati novčani iznos na ime socijalne pomoći i sl.

Međutim, ova razlika ne ostavlja nužno, ili „konceptualno“ kako bi to Habermas rekao, prava pozitivnog statusa izvan sfere prostiranja slobode pojedinca, već više incidentno, u zavisnosti od toga kako su ova prava tretirana u zakonodavstvu jedne zemlje. Ako se na primer pravo iz socijalnog osiguranja razume po svom karakteru kao jednako drugim ljudskim pravima, posebno u pogledu njegovog uživanja i pravne zaštite, onda nema opravdanog razloga za izdvajanje ovog prava iz opšte slobode pojedinca, a time ni razloga za izdvajanje prava na jednakost. Ako se pak ovim pravima pozitivnog statusa ne priznaje karakter pravih ljudskih „prava“, već se o njima govori kao o socijalnim „privilegijama“, „prinadležnostima“ i sl, onda se time otvaraju vrata za teorijske diskusije u kojima se može tvrditi ono što tvrdi Alexy, ali se može tvrditi i suprotno.

Tako, raspravljajući o nedostacima „teorije sfera“ izražene u nemačkoj teoriji prava, Habermas ističe da podela na unutrašnju, privatnu sferu slobode pojedinca, zaštićenu klasičnim slobodama građanskog prava koje se odnose na ličnost, svojinu, ugovaranje i sl, i „javnu“ sferu njegovog života u društvenoj zajednici, koja je utemeljena u zahtevu za socijalnom pravdom, „članstvom“ u društvu i društvenom odgovornošću, nije teorijski opravdana, pre svega, zbog toga što sama po sebi nije zasnovana na pravnim kriterijumima, već „društvenim indikatorima“. Ovom podelom, kaže on, čak se sugerše jedan „dublji, socio-etički koncept ličnosti“, koji strogo posmatrano i ne može da bude pravno shvaćen. Da bi se udovoljilo novim zahtevima za socijalnim pravima u okviru modela države društvenog blagostanja, bilo je stoga potrebno teorijski stvoriti novu vrstu prava, različitu od klasičnih prava koja se odnose na privatnu sferu.

Međutim, objašnjava Habermas, celovit status pravnog subjekta koji proizlazi iz lične autonomije pojedinca, nije utemeljen samo u sferi njegovog privatnog života u sociološkom smislu te reči. Status pravnog subjekta nužno se uspostavlja na temelju svih onih prava koja se odnose na aktivnosti i uslove života pojedinca, bez obzira na to iz koje „sfere“ oni potiču. U tom smislu, pravno razgraničenje „nepovredivog domena privatnih životnih planova“ pojedinca, kaže Habermas, ne mora se dovoditi u vezu sa drugim principima, kao što je socijalna pravda ili društvena odgovornost. Naime, ako se govori samo o socijalnim pravima, onda se garantovanje ovih prava i sa tim povezano ograničavanje klasičnih građanskih sloboda, na primer imovinskih, neposredno izvodi iz principa suštinske jednakosti svih. Privatna autonomija, u smislu opšteg prava na jednaku slobodu, zaključuje Habermas, podrazumeva univerzalno pravo na jednakost, na osnovu normi koje garantuju „substancijalnu“ pravnu jednakost svih (*op. cit.*, pp. 400–401).

I sam Kelsen je izričito ustajao protiv „teorije sfera“, i to pre svega, zbog toga što se po njegovom mišljenju time nameće ideološki motivisana, ali teorijski potpuno neodrživa podela na javno i privatno pravo. On kaže da nema dualizma autokratskog javnog prava i demokratskog privatnog prava jer je u obe „sfere“ vidljivo da postoji isto učešće u stvaranju prava, sa jedne strane organa vlasti, sa druge strane, autonomnih subjekata, kao i

Međutim, princip jednakosti ne podrazumeva i to da svako pravo ili slobodu uživaju svi beneficijari. Pravni poredak nikad ne garantuje svim beneficijarima sva ljudska prava. Kao što je već pokazano, samo u po-

da se to stvaranje prava vrši uvek na osnovu postojećih pravnih normi, odnosno u okviru jedinstvenog pravnog poretka. Na taj način, kaže Kelsen, prevladava se dualitet koji se teorijski apsolutizuje, a koji pretpostavlja međusobno „ekstrasistemska“ suprotstavljanje prava i neprava, odnosno prava i države (Hans Kelsen, *op. cit.*, pp. 72–73).

Ako se ovo pitanje odnosa između slobode i jednakosti razmotri pak sa stanovišta skorašnjih odluka Ustavnog suda Nemačke, čini se da ključni Habermasovi argumenti dobijaju nešto veći značaj u odnosu na one koje iznosi Alexy. Tako, u slučaju koji se odnosio na obezbeđivanje prava na pravnu pomoć, dakle, klasičnog prava „pozitivnog statusa“, Ustavni sud Nemačke je u odluci iz 2008. godine (1BvR 2310/06), istakao da se pravo pojedinca da zahteva od države pravnu pomoć u postupku koji se vodi pred organom javne vlasti, neposredno zasniva na „standardu jednakosti pravne zaštite“, a da ovaj standard pak potiče iz principa države društvenog blagostanja, principa vladavine prava, kao i opšteg principa jednakosti. Na taj način se, saglasno Habermasovom stavu, pokazuje da se prava „pozitivnog statusa“ mogu direktno vezati za princip jednakosti, a ne samo posredovanjem socijalnih principa.

Sa druge strane, Ustavni sud je u skorašnjoj odluci takođe iz 2008. godine, koja se odnosila na ocenu ustavnosti nametanja jednake zabrane pušenja u ugostiteljskim objektima (1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08), eksplicitno potvrdio da povreda načela substancijalne jednakosti, na kojoj Habermas insistira, neposredno dovodi do povrede slobode beneficijara. Tako, Sud je ocenio da zakonska obaveza podela prostora u ugostiteljskim objektima na pušački i nepušački deo, predstavlja povredu substancijalne jednakosti zbog toga što stavlja u faktički neravno prava položaj vlasnike malih, često jednodimenzionalnih ugostiteljskih objekata, koji se fizički ne mogu podeliti na dva dela. Po oceni Suda, time se protivno članu 3. Osnovnog zakona, vlasnici ovih ugostiteljskih objekata stavljaju u neravno prava položaj na tržištu, što predstavlja povredu njihove slobode vršenja zanimanja.

Ustavni sud je takođe istakao da se princip jednakosti vezuje za celovito shvaćen pravni status pojedinca. Tako je u odluci iz 2009. godine (1 BvR 121/09), Sud zaključio da uskraćivanje prava na nasleđivanje penzije preživlom partneru iz registrovane istopolne zajednice, stavlja one koji su odlučili da žive u homoseksualnoj zajednici u neravno prava položaj u odnosu na braćne heteroseksualne partnere kojima se ovo pravo priznaje. Ovom odlukom Suda, pozitivno pravo se potvrđuje Habermasov stav da se prava iz unutrašnje, privatne i spoljašnje sfere života, moraju shvatiti kao delovi celovitog pravnog statusa pojedinca.

Najzad, ovim skorašnjim odlukama trebalo bi pridružiti i odluku Ustavnog suda iz 1992. godine (BVerfGE 85, 191), u kojoj se povreda načela jednakosti iz člana 3, dovodi u direktnu vezu sa opštom slobodom ličnosti iz člana 2. Osnovnog zakona. Tako, ocenjujući da zakonska zabrana noćnog rada žena u fabrikama predstavlja povredu principa jednakosti, Ustavni sud je eksplicitno naveo da novčano kažnjavanje poslodavca koji ne poštuju ovu zakonsku zabranu, predstavlja povredu opšte slobode ovog lica zajamčene članom 2. Osnovnog zakona.

gledu nekih prava i sloboda može se reći da su beneficijari sva lica. U pogledu većine drugih prava i sloboda, beneficijari nisu svi, već određene kategorije lica.

Tako, pojedina ljudska prava privlače prirodna ili pravna svojstva beneficijara, njihov položaj ili status, kao i karakter odnosa u kojem se nalaze. Primera radi, prirodna svojstva deteta i njegov položaj u porodici, kao i karakter odnosa koji postoji između njega i njegovih roditelja, privlači posebnu grupu prava, među kojima su pravo deteta da živi sa svojim roditeljima i da se roditelji o njemu staraju, zatim sloboda od zloupotrebe odnosa dominacije, a posebno od fizičkog i psihičkog zlostavljanja ili ekonomskog iskorišćavanja i sl. Takođe, ovaj odnos privlači posebna prava roditelja da žive sa svojim detetom, da se brinu o njemu, da ga podižu, vaspitaju, staraju se o njegovom obrazovanju i sl.⁴⁹⁹

Primeri ove vrste privlačenja prava i sloboda vidljivi su širom pravnog sistema. Tako se jedna grupa prava vezuju za fizička svojstva beneficijara, na primer od uzrasta zavisi da li će jedno lice uživati izborno pravo, pravo na brak, pravo na rad i sl. Druga grupa prava vezuje se za delatnost beneficijara, na primer medijska prava se garantuju, pre svega, novinarima i urednicima. Treća grupa se vezuje za karakter odnosa u kome se beneficijar nalazi, na primer prava iz radnog odnosa pripadaju zaposlenima. Četvrta grupa se vezuje za pravni položaj beneficijara, na primer lica lišena slobode i ona protiv kojih se vodi postupak utvrđivanja krivične odgovornosti imaju pravo na branioca, pravo da se brane ćutanjem, pravo na fer suđenje i sl. U svim navedenim i brojnim drugim slučajevima, pravni poredak vezuje uživanje i zaštitu prava za one koji bi se mogli nazvati

⁴⁹⁹ Dokazujući neprihvatljivost teze o izjednačavanju pozitivnopravnog odnosa sa prirodnim zakonima, John Austin razmatra upravo ovaj odnos između roditelja i dece. On kaže da se može prihvatiti kao tačno ono što je još u doba starog Rima poručivao Ulpian, a naime da ljudi dele sa životinjskim svetom prirodne instinkte koji rukovode roditelje da se staraju o podizanju svoje dece. Međutim, smatra Austin, nije opravdano poistovećivati ova prirodna prava roditelja (*ius naturale*), kako ih Ulpian naziva, sa pozitivnim pravom. Pravo koje reguliše odnose između roditelja i dece, nastavlja on, uglavnom je nastalo na osnovu priznavanja prirodnog, odnosno instinktivnog odnosa koji između njih postoji. Ipak, ništa ne bi bilo apsurdnije od toga da se u istu ravan sa pravom postave sami uzroci koji dovode do rađanja pravnih normi. Ako su ljudski instinkti „pravo“, i to zbog toga što uzrokuju pravnu regulativu, zaključuje Austin, onda gotovo da nema radnje ili unutrašnjeg osećanja vezanog za ljudski um, kao ni spoljašnjeg objekta, za koje se ne može reći da su pravo, odnosno predmet nauke o pravu (*op. cit.*, p. 177).

„prirodni beneficijari“, dakle za lica koja po prirodi svojih ličnih svojstava, položaja i odnosa u kojima se nalaze, privlače određena prava i slobode.⁵⁰⁰

To ipak ne znači da se pravo u potpunosti oslanja na ideju o „prirodnom beneficijaru“, odnosno da je po sebi indiferentno prema pitanju kome pripadaju ljudska prava. Naprotiv, vezivanje prava i sloboda za pojedine kategorije beneficijara vrši se i na temelju ideološke, odnosno vrednosne orijentacije samog pravnog poretka.⁵⁰¹

⁵⁰⁰ Pravni značaj ovog odnosa privlačenja postaje očigledan u situaciji kad pravni poredak omaškom prizna jedno pravo licu koje ne može biti njegov prirodni beneficijar. Tako se u stavu 1, člana 63. Ustava Srbije, kaže da „svako“ ima pravo da slobodno odluči o rađanju dece, čime se zapravo otvara pitanje određivanja kruga beneficijara ovog prava. Po pravilu, odluka o rađanju dece, odnosno o tome da li će se dete roditi ili ne, pripada ženi, a ne i muškarcu sa kojim je ona začela dete ili bilo kom drugom licu. Sistemskim tumačenjem ove ustavne odredbe, posebno u vezi sa članom 5. Porodičnog zakona iz 2005. godine, koji ovo pravo eksplicitno priznaje samo ženi, može se zaključiti da se radi o običnoj grešci ustavopisca. Svako suprotno tumačenje, a naime da ovo pravo pripada i muškarcu, državi, nekoj organizaciji ili drugom licu, moralo bi da se oslani na izričitu ustavnu odredbu, kao i na poseban, unapred propisan pravni režim uživanja ovog prava od strane tih drugih lica, i to upravo zbog toga što bi se time izmenio režim „prirodnog“ uživanja ovog prava.

⁵⁰¹ Kao što je već navedeno, u *slučaju Luth* iz 1958. godine (BverfGE 7, 198), Ustavni sud Nemačke je istakao stav da ustavni sistem nije vrednosno neutralan, te da vrednosti sadržane u njemu prekrivaju ceo pravni poredak zemlje. Ovaj stav Ustavnog suda kasnije je nebrojeno puta ponovljen u nemačkoj jurisprudenciji (v. na primer BverfGE 25, 256 i BAG NJW 1993, 1732).

Kao što je međutim dobro poznato, Hans Kelsen je shvatao pravo kao „čisto pravo“, tj. pravo koje je oslobođeno od ideoloških, odnosno vrednosnih elemenata. Po njegovim rečima, čista teorija prava „hoće da pravo prikaže onakvim kakvo jeste“, a ne da ga vrednuje. Kao nauka, objašnjava Kelsen, ova teorija usmerena je samo na to da pojmi suštinu prava pomoću analize njegove strukture.

Ipak, Kelsenovo apstrahovanje od vrednosnih sadržaja, nikako ne podrazumeva to da oni nemaju uticaja na pravo, već samo i isključivo to da sam Kelsen odbija da se tim elementima bavi u nauci o pravu. U tom smislu, čista teorija prava, kaže on, stoji u „najoštrijoj suprotnosti“ prema onoj pravnoj nauci koja ima ideološki karakter. Upoređujući svoju teoriju sa naukom o prirodnim zakonima, Kelsen objašnjava:

„Ako prirodni zakon kaže: ako A jeste, i B mora da bude, onda pravni zakon kaže: ako A jeste, i B treba da bude, a da time ništa nije kazano o vrednosti, to jest o moralnoj i političkoj vrednosti te povezanosti.“

To „trebanje“, kao pravna kategorija, nastavlja on, ima samo formalan karakter i ostaje primenjivo na bilo koji sadržaj upisan u pravnu normu. Time se po Kelsenovom shvatanju čuva „radikalna antiideološka“, odnosno „realistička tendencija“ čiste teorije prava (Hans Kelsen, *op. cit.*, pp. 19–20 i 23–24).

Tako će u nekim slučajevima izbor beneficijara zavisiti od preovlađujućeg moralnog, religioznog ili političkog standarda u jednom društvu.⁵⁰² Na taj način, pomoću ideološke matrice, mogu se objasniti razlike koje

Nasuprot Kelsenu, i polazeći od svoje „čiste teorije države“, kako se čini da bi se ona mogla nazvati, John Austin ne pristaje na stav o tome da je postupanje suverene vlasti potrebno razumeti kao postupanje koje je ispražnjeno od vrednosnih sudova. On kaže da je suveren svakako potpuno pravno slobodan u određivanju sadržine pravne norme, ali da to ne znači da nije vezan moralnim standardima društva, kao i božanskim zakonima, koji ga u pogledu konkretnog pitanja mogu omesti u nameri izmene prava (*op. cit.*, p. 268).

Na drugom mestu, Austin čak pokušava da ustanovi kriterijume na osnovu kojih se može meriti ovaj uticaj moralnih standarda društva na suverena. Tako, on kaže da uticaj na suverena uglavnom zavisi od dva faktora: prvo, od broja konkurentnih ideja o cilju prava o kojima veći broj ljudi misli slično ili isto, i drugo, od stepena preciznosti i jasnoće sa kojom oni razumeju ove ideje. Što je veći broj konkurentnih ideja i što je veći stepen preciznosti i jasnoće sa kojom su ove ideje shvaćene, to će suveren biti više ograničen, odnosno kontrolisan moralnim standardima društva (*op. cit.*, p. 322).

⁵⁰² Školski primer izbora beneficijara na temelju preovlađujućih stavova o društvenim vrednostima, pruža razmatranje pitanja zabrane incestnih odnosa. U slučaju iz 2008. godine (2 BvR 392/07), Ustavni sud Nemačke ocenio je da je inkriminacija seksualnih odnosa između rođenog brata i sestre u saglasnosti sa Osnovnim zakonom, pre svega, zbog toga što su ciljevi koji se žele ostvariti ovom zakonskom zabranom, pravno dopušteni, odnosno u skladu sa ustavnim tekstom. U obrazloženju svoje odluke, Sud navodi četiri posebna cilja inkriminacije incestnih odnosa.

Prvo, imajući u vidu empirijska istraživanja, zakonodavac je želeo da zaštiti porodicu. Incestni odnosi, naime, nanose ozbiljnu štetu porodici jer dovode do preklapanja društvenih i porodičnih uloga i veza, a posebno do dezorijentacije dece rođene iz takvih odnosa, zbog čega ona teško pronalaze svoje mesto u odnosu prema članovima svoje porodice. Sve ove štetne posledice uzevši zajedno, dovode do porodičnih odnosa koji ne mogu da se uklope u „sliku o porodici“, koja pak predstavlja osnov za pravnu zaštitu porodice u članu 6. Osnovnog zakona. Drugo, uzimajući u obzir posebno složenu vrstu zavisnosti koja postoji u odnosima između članova porodice, cilj zakonodavca može da bude i zaštita seksualnog samoodređenja. Naime, u nekim slučajevima incestnih odnosa, bilo bi veoma teško utvrditi da li se radi o dobrovoljnom seksualnom činu brata i sestre ili o zloupotrebi odnosa zavisnosti koji između njih postoji.

Treće, na temelju eugeničkih istraživanja, opravdano je pretpostaviti da rizik od štete po dete koja bi nastala zbog incestnih odnosa ne može biti isključen. Medicinska i antropološka istraživanja, kaže Sud, potvrđuju da postoji poseban rizik da bi dete rođeno iz odnosa brata i sestre moglo da ima genetske deficite koji nastaju akumulacijom naslednih faktora, te tako upravo ova potreba zaštite deteta opravdava inkriminaciju. Najzad, na četvrtom mestu, inkriminacija incestnih odnosa se može opravdati i sa osloncem na ustaljena društvena uverenja, koja postoje i u kulturama drugih društava, a naime da se radi o odnosima koji vređaju preovlađujuću ideju o porodici i tako protivreče onome što se naziva „javno zdravlje“. U tom smislu, inkriminacija ovih odnosa

postoje između država u pogledu priznavanja homoseksualnih brakova i uopšte prava homoseksualaca, pravnog razlikovanja bračne i vanbračne dece, privilegija pojedinih verskih zajednica, odnosa prema nacionalnim manjinama i sl.⁵⁰³

Međutim, bez obzira na to da li se vezivanje prava i sloboda za pojedina lica vrši sa osloncem na ideju o prirodnim beneficijarima ili na preovlađujuće vrednosne standarde, ono u svakom konkretnom slučaju mora biti pravno dopušteno. Kao što je već istaknuto, pravno nedopušteno razlikovanje beneficijara predstavlja diskriminatorsko ograničavanje ili uskraćivanje njihovih prava i sloboda.

Nikome, pa ni zakonodavcu nije dopušteno da vrši akte diskriminacije. Da bi se učinilo izvesnim pak šta predstavlja diskriminatorsko postupanje, pravni poredak stavlja na raspolaganje adresatima, dakle svima onima koji imaju obavezu poštovanja načela jednakosti, čitav niz preciznih pravnih pravila pomoću kojih se može pravno kvalifikovati različit tretman pojedinih lica i grupa.⁵⁰⁴ Na njima leži obaveza da primene ova

reflektuje određene vrednosti pravnog sistema, a posebno funkciju stabilizacije poremećenih odnosa u društvu.

Ocenjujući dalje da li postoje uslovi za ograničenje prava koji se odnose na podesnost, neophodnost i proporcionalnost, Ustavni sud navodi da inkriminacija zadovoljava ove uslove zbog toga što je usmerena samo prema polnom odnosu kao centralnom aspektu incestnih odnosa između brata i sestre, koji bi u nedostatku zabrane doveo do poremećaja porodičnih odnosa i drugih već navedenih posledica.

Međutim, na složenost pitanja izbora beneficijara prava i sloboda na temelju vrednosti koje gaji društvena zajednica, ukazao je u ovom slučaju sudija Hassemmer u svom izdvojenom mišljenju. Neslažući se sa odlukom većine, on izražava sumnju u pogledu tvrdnji Suda da je cilj inkriminacije zaštita porodice. Inkriminacijom, kaže on, obuhvaćeni su samo potpuni polni odnosi, a ne i drugi seksualni odnosi između brata i sestre. Zabrana takođe ne obuhvata i homoseksualne odnose između braće i sestara, kao ni seksualne odnose između braće i sestara koji nisu u krvnom srodstvu. Zbog toga se čini da je ova zakonska zabrana puki proizvod preovlađujućeg moralnog opredeljenja društva. Ipak, izgradnja ili očuvanje društvenog konsenzusa u pogledu pojedinih vrednosti, zaključuje sudija Hasserman, ne može biti neposredan cilj krivičnopravnih odredbi.

⁵⁰³ U složenim društvenim zajednicama, kao što je Amerika, vrednosni standardi razvijeni u pojedinim područjima zemlje mogu biti toliko različiti da uslovljavaju rađanje direktno suprotnih pravnih režima uživanja pojedinih prava, te tako može doći do toga da je na primer pravo na sklapanje braka u nekim saveznm državama priznato i istopolnim parovima, dok u drugima nije.

⁵⁰⁴ Nije svako pravljenje razlike diskriminacija. Nekad će biti veoma jednostavno oceniti da li je različit tretman dopušten ili ne. Smeštanje pušača u odvojeni deo resto-

pravila i na taj način izbegnu nedozvoljeno pravljenje razlike u konkretnom slučaju.

rana u cilju zaštite ostalih gostiju od posledica pasivnog pušenja, predstavljalo bi primer dozvoljenog postupanja. Nasuprot tome, upućivanje Roma u poseban deo restorana koji je namenjen samo njima, da bi se izbeglo njihovo mešanje sa ostalim gostima, ili zabrana ulaska Roma na javni bazen (v. navedenu presudu Vrhovnog suda Srbije u slučaju „Krsmanovača“ iz 2004. godine), predstavljali bi nesumnjivo akte diskriminacije.

Međutim, u brojnim drugim slučajevima nije tako lako odrediti da li se radi o diskriminatorskom postupanju. Recimo, u već pomenutim slučajevima o kojima je raspravljao Ustavni sud Nemačke, odgovor na pitanje da li zabrana noćnog rada za žene koje su zaposlene u fabrikama, predstavlja diskriminaciju ili ne (BVerfGE, 85, 191), ili ocena o tome da li formalno jednaka obaveza nametnuta svim vlasnicima ugostiteljskih objekata da podele prostor objekta na pušački i nepušački deo predstavlja povredu principa suštinske jednakosti (1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08), zahteva veoma složenu pravnu analizu.

Zbog toga je unutar pravnog poretka formulisan čitav niz pravila pomoću kojih je moguće oceniti prirodu različitog tretmana. Pošto diskriminacija pretpostavlja ograničavanje ili uskraćivanje prava i sloboda na osnovu ličnog svojstva, opšti test dopustivosti ograničenja ljudskih prava primenjuje se i u ovoj oblasti. Tako, da bi se smatrao dozvoljenim, različit tretman u konkretnom slučaju mora da zadovolji uslove legalnosti, legitimnosti i proporcionalnosti u širem smislu, koji pak obuhvata i posebnu ocenu podesnosti, neophodnosti i srazmernosti u užem smislu. Ovaj opšti test se dalje prilagođava materiji zabrane diskriminacije i koristi se u propisivanju brojnih drugih pravnih pravila.

Na primer, Zakon o zabrani diskriminacije iz 2009. godine, sadrži opšte pravilo o tome da je nedopušteno svako neopravdano pravljenje razlike na osnovu bilo kog ličnog svojstva jednog lica (član 2). U vezi sa povredom načela jednakih prava i obaveza, Zakon o zabrani diskriminacije kaže da se smatra nedopuštenim uskraćivanje prava ili namećanje obaveza na osnovu ličnog svojstva lica ili grupe, ako su cilj ili posledica ovih mera neopravdani, kao i ako ne postoji srazmera između ovih mera i cilja koji se pomoću njih ostvaruje (član 8). U vezi sa posrednom diskriminacijom, Zakon kaže da se radi o ovom posebnom obliku diskriminacije ako se lice ili grupa na osnovu ličnih svojstava stavljaju u nepovoljniji položaj aktom, radnjom ili propuštanjem koje je samo prividno zasnovano na načelu jednakosti (član 7). Ova odredba Zakona tako usmerava pažnju na stvarnu nameru adresata, ali ona u daljem tekstu potvrđuje i da se neće smatrati da postoji ovaj oblik diskriminacije ako su preduzete mere opravdane zakonitim ciljem, pod uslovom da su sredstva za postizanje tog cilja primerena i nužna.

Zakon sadrži i pravila (članovi 5–27), pomoću kojih se može oceniti da li postoji diskriminacija ako je različit tretman vezan za druge posebne oblike (viktimizacija, govor mržnje, omalovažavajuće postupanje, teški oblici diskriminacije i sl.), ili se vrši prema određenim kategorijama lica (ženama, deci, seksualnim manjinama, osobama sa invaliditetom i sl.), odnosno u pojedinim segmentima života društvene zajednice (u postupcima pred organima javne vlasti, u radnim odnosima, u pružanju javnih usluga, u vaspitanju i obrazovanju i sl.).

3. Adresati

Razmatranje obaveznosti poštovanja ljudskih prava u osnovi se svodi na pitanje o adresatima i sadržini njihove obaveze. Kad god postoji pravna garancija prava ili slobode, očekivano se postavlja pitanje o tome ko je pravno vezan tom garancijom.⁵⁰⁵ Beneficijar ima opravdani interes da zna ko su adresati, odnosno ko su ti koji imaju obavezu poštovanja njegovih ljudskih prava. Ali, i više od toga, on ima opravdani interes da zna u čemu se sastoji ova obaveza adresata.

Po svojoj sadržini, obaveza poštovanja ljudskih prava najčešće upućuje adresata na uzdržavanje od akta povrede prava i slobode. Ova obaveza, obično se kaže, ima negativni karakter ili prirodu, jer se njena sadržina

Kao što je navedeno, pored ovih opštih, pravila o nedopuštenom različitom tretmanu sadrže i drugi posebni antidiskriminacioni zakoni, kao i antidiskriminacione odredbe zakona kojima se uređuju posebne pravne oblasti, na primer rad i zapošljavanje, javno informisanje, pristup javnim informacijama i sl. Zbog svoje preciznosti u definisanju zabrane različitog tretmana, među ovim pravilima izdvajaju se odredbe krivičnog zakonodavstva.

Tako se u članu 174. Krivičnog zakonika propisuje zabrana diskriminatorne povrede ugleda, te se kaže da ovo delo čini onaj koji javno izloži poruzi bilo koje lice ili grupu zbog njihovog ličnog svojstva. U stavu 4, člana 387. KZ, inkriminiše se govor mržnje, odnosno podstrekavanje mržnje, diskriminacije ili nasilja protiv lica ili grupe koja deli bilo koje lično svojstvo, dok se u stavu 5. istog člana, sakcioniše iznošenje pretnji da će se protiv lica ili grupe koja deli bilo koje lično svojstvo izvršiti neko drugo nedozvoljeno delo za koje je zaprećena kazna veća od četiri godine zatvora i sl.

⁵⁰⁵ John Austin objašnjava da bi slobode pojedinaca bile gotovo neupotrebljive da oni nisu zaštićeni u njihovom uživanju obavezama poštovanja ovih sloboda koje su pravom nametnute ostalima. Politička ili građanska sloboda, kaže on, uvek ide zajedno sa pravom na nju, kojem pak odgovara obaveza drugih da ovo pravo ne povređuju. Na primer, navodi Austin, čovek je pravno slobodan da se kreće iz jednog mesta u drugo. Međutim, ova njegova sloboda bila bi „za žaljenje“, da pravna obaveza njenog poštovanja ne sprečava druge da ga napadnu i zatvore (*op. cit.*, pp. 270–271). Na drugom mestu, Austin objašnjava odnos između beneficijara i adresata na primeru vršenja svojinskih prava. On kaže da pravo na korišćenje kuće za sobom povlači obavezu uzdržavanja od uznemiravanja u njenom korišćenju koja leži na svim drugim licima (*op. cit.*, p 286).

sastoji u nečinjenju, u nepreduzimanju radnje, odnosno uzdržavanju od akta. Međutim, dužnost poštovanja ljudskih prava može da ima i pozitivni karakter i to onda kada se od adresata zahteva upravo preduzimanje određenje radnje, odnosno činjenje ili donošenje akta, na primer obezbeđivanje vršenja prava ili pružanje pravne zaštite licu kome su prava povređena. Za ove obaveze se kaže da su pozitivne obaveze poštovanja i zaštite prava i sloboda.

Analiza pak ovih pitanja, usmerava pogled i na pravu adresu u pogledu izvršavanja obaveze poštovanja i zaštite ljudskih prava. Za razliku od obilja terminoloških nedoumica vezanih za beneficijara, čini se da onome ko razmišlja o ljudskim pravima ne stoji na raspolaganju široki dijapazon izraza kojima se alternativno može označiti adresat. Umesto reči stranog porekla, nude se samo opisni izrazi, kao što su „pravno-obavezano lice“, „lice na koje se odnosi pravna norma“ i sl. U tom smislu, korišćenjem izraza „adresat“ neposredno se upućuje na osnovni sadržaj teme o kojoj se raspravlja, ali se takođe i izbegavaju nezgrapne sintagme kojima se teško jezički barata.

a) Država kao adresat

Obaveza poštovanja i zaštite ljudskih prava na prvom mestu pripada državi, odnosno organima koji vrše javnu vlast. U članu 1. Evropske konvencije o ljudskim pravima kaže se da visoke strane ugovornice, dakle države-potpisnice, jemče svakome u svojoj nadležnosti prava i slobode sadržane u ovom dokumentu.⁵⁰⁶

⁵⁰⁶ Slično tome, u stavu 1, člana 2. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, kaže se da se države-članice ovog pakta „*obavezuju da poštuju i garantuju svim licima koja se nalaze na njihovoj teritoriji i koja potpadaju pod njihovu nadležnost, prava priznata ovim paktom*“.

Nažalost, Ustav Srbije iz 2006. godine, ne sadrži slično opšte eksplicitno pravilo o obavezama države u pogledu poštovanja ljudskih prava. Ipak, ova obaveza se na posredan način može izvesti, pre svega, iz člana 1. Ustava, koji određuje da je Republika Srbija „država zasnovana na ljudskim i manjinskim pravima i slobodama“.

Za razliku od novog Ustava, prethodni ustavni dokument, tzv. Mala ustavna povelja, sadržavala je dva opšta pravila o obavezama poštovanja ljudskih prava. Tako je u stavovima 1. i 3, člana 2. ovog dokumenta bilo upisano:

„Svako ima obavezu da poštuje ljudska i manjinska prava drugih.

Ljudska i manjinska prava zajamčena ovom poveljom neposredno se uređuju, obezbeđuju i štite ustavima, zakonima i politikom država članica.“

Istorijski posmatrano, pravo ljudskih prava prvenstveno je imalo funkciju da zaštiti građane od akata državne vlasti. Još od XIII veka, kad je usvojena „*Magna Carta Libertatum*“, ograničenje apsolutne vlasti suverena predstavljalo je osnovni cilj ili svrhu postojanja pravnih pravila kojima se jemče prava pojedinaca. Ova temeljna ideja o zaštiti slobode čoveka od samovolje državne vlasti, kasnije se posebno ističe u čitavom nizu engleskih pravnih dokumenata iz XVII veka, kao što su „*The Petition of Rights*“ iz 1628. godine, „*Habeas Corpus Act*“ iz 1679. godine i „*Bill of Rights*“ iz 1688. godine.⁵⁰⁷

Propuštanjem pak da definiše izričito pravilo o obavezi države da poštuje ljudska prava, ustavotvorac je još jednom snizio dostignuti nivo zaštite ljudskih prava.

⁵⁰⁷ A. V. Dicey, u svom delu „*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*“ (5th ed., 1897, p. 176), kaže da je ovim dokumentima osigurana „suprematija“ ili „vladavina“ prava u obezbeđivanju sloboda pojedinaca. Ovaj odnos između principa vladavine prava i zaštite ljudskih prava istaknut je i u članu 3. Ustava Srbije, u kome se kaže da je vladavina prava osnovna pretpostavka ustavnog dokumenta, da počiva na neotuđivim ljudskim pravima, kao i da se ostvaruje ustavnim jemstvima ljudskih i manjinskih prava.

Međutim, teorijska rasprava o odnosu između dva principa, istorijski nije mogla da zaobiđe i treći princip, a naime princip suvereniteta vlasti. Zaključujući diskusiju o supremaciji državne vlasti, John Austin insistira na ideji da je pozitivno pravo tvorevina suverena, te da se iz ove ideje neposredno mogu izvesti dva stava. Prvo, suveren u svom kapacitetu suverene vlasti ne može biti pravno obavezan. Odatle se kao drugi izvodi stav da suveren u svom kapacitetu suverene vlasti ne može imati ni prava protiv svojih podanika. Tako se može reći da je u Austinovoj teoriji pojam suverene vlasti u potpunosti očišćen od pravnih elemenata. Austin u tom smislu kaže:

„U odnosu prema pozitivnom pravu, suverena politička vlast koja je ustanovljena ili postoji, nije ni zakonita niti nezakonita: u odnosu na pozitivno pravo, ona nije ispravna ili neispravna, nije pravedna niti nepravedna. Ili (menjajući izraz) suverena politička vlast koja je ustanovljena ili postoji, nije legalna niti ilegalna.“ (op. cit., pp. 346, 358 i 360).

Ova ideja o pravno neobavezanoj suverenoj državnoj vlasti, bila je preuzeta, zatim banalizovana i na kraju zloupotrebljena od strane istorijski brojnih autoritarnih režima. Nažalost, u tom banalnom obliku prihvaćena je i u nekim veoma korišćenim udžbenicima osnova prava u Srbiji (v. tako Radomir D. Lukić, Budimir P. Košutić, Dragan M. Mitrović, „*Uvod u pravo*“, 2001, p. 353).

Istovremeno, ostaci ove banalno shvaćene ideje mogu se primetiti i u domaćem zakonodavstvu. Tako se u stavu 2, člana 22. Zakona o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja iz 2004. godine, eksplicitno kaže da tražilac informacije nema pravo na žalbu na negativnu odluku o zahtevu za pristup informacijama ako je informacija tražena od najviših organa državne vlasti. Izgleda da je tvorac ovog uporednopravno jedinstvenog rešenja, bio inspirisan upravo idejom o pravno neodgovornoj, ili preciznije rečeno, slabije pravno odgovornoj najvišoj državnoj vlasti (v. raspravu o shvatanju da je

Pod državom kao adresatom razume se jedinstveni aparat državne, odnosno javne vlasti. Ovu vlast vrše pojedini organi razvrstani u grane javne vlasti⁵⁰⁸ i to na svim nivoima teritorijalnog organizovanja.⁵⁰⁹ Uz

u sferi javnog prava država manje vezana pravom, te da uživa veću slobodu od zakonskih normi, kod Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 74).

Sa svoje strane, Dicey priznaje da se na prvi pogled čini kao da je princip suprematije državne vlasti u opoziciji prema principu vladavine prava, ali kaže da ove suprotnosti zapravo gotovo da nema u praksi. U realnom životu, objašnjava on, volja Parlamenta može biti izražena samo u formi zakona, odnosno pravnog akta, te tako princip suverenosti Parlamenta podržava suprematiju zakona, kao što i dominantan i rigidno prihvaćen princip zakonitosti od strane institucija sistema, a posebno sudova, podstiče primenu zakona i na taj način jača autoritet Parlamenta, odnosno osnažuje princip parlamentarne suverenosti (*op. cit.*, pp. 336 i dalje) I Kelsen je, polazeći od ideje o identitetu države i prava, insistirao na stavu da se „svaka manifestacija državnog života, svaki akt države, može pojaviti ne drukčije nego kao pravni akt, kao akt stvaranja ili izvršavanja pravnih normi“ (*op. cit.*, p. 79).

V. više o istorijskoj primeni navedenih dokumenata u engleskom pravu, kod Dicey, *op. cit.*, pp. 197 i dalje. O ovim dokumentima na srpskom jeziku, v. kod Lidija Basta, „Politika u granicama prava“, 1984, pp. 26–36. Kao važeći izvori prava, *Habeas Corpus Act* i *Bill of Rights* dostupni su na sledećoj internet adresi: <http://www.statutelaw.gov.uk/>, a prevedeni su i u knjizi „Temelji moderne demokratije“, *op. cit.*

⁵⁰⁸ Kelsen je govorio da je država aparat ili sistem organa koji funkcionišu na osnovu principa podela rada (*op. cit.*, p. 80). U stavu 2, člana 4. Ustava Srbije kaže se da „uređenje vlasti počiva na podeli vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku“. Ovom klasifikacijom obuhvaćeni su tako klasični državni organi, kao što je Narodna skupština, Predsednik Republike, Vlada i ministarstva, sudovi opšte i posebne nadležnosti i sl.

Nažalost, ovom odredbom ustavni sistem zemlje privremeno je zaustavljen u svom daljem razvoju ka priznavanju četvrte grane vlasti, koju čine brojni nezavisni i samostalni organi, već konstituisani na osnovu posebnih zakona i pravno operacionalni uglavnom u oblastima vezanim za vršenje i zaštitu ljudskih prava, kao i kontrolu rada ostalih organa javne vlasti.

Tako su u oblasti vršenja i zaštite ljudskih prava konstituisani Zaštitnik građana, Poverenik za slobodan pristup informacijama od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti, Povernik za zaštitu ravnopravnosti, Republička radiodifuzna agencije, Komisija za zaštitu konkurencije i drugi. U kontroli rada organa javne vlasti posebnu ulogu imaju Državna revizorska institucija, Agencija za borbu protiv korupcije, Visoki savet sudstva i drugi.

O ovim nezavisnim organima, koji po sebi ne mogu da se svrstaju u jednu od tri klasične grane vlasti, Ustav ne sadrži posebne odredbe. Jedini „novi“ nezavisni organi koji po svojim osobenostima pripadaju četvrtoj grani vlasti, a koji su izričito pomenuti u ustavnom tekstu, jesu Zaštitnik građana (član 138) i Visoki savet sudstva (članovi 153–155).

⁵⁰⁹ Organi javne vlasti nisu obrazovani samo na nivou centralne, republičke državne vlasti, već i na nižim nivoima teritorijalnog organizovanja, pre svega na nivou autonomne pokrajine i lokalne samouprave. Prema članu 179. Ustava, autonomne po-

ove organe, obaveza poštovanja ljudskih prava vezuje se i za organizacije kojima su poverena javna ovlašćenja.⁵¹⁰

Obaveza poštovanja i zaštite ljudskih prava organa javne vlasti spada u njihovu nadležnost, odnosno delokrug.⁵¹¹ Pravna pravila o nadležnosti or-

krajine i jedinice lokalne samouprave, dakle opštine i gradovi, samostalno propisuju uređenje i nadležnost svojih organa javne vlasti. Takođe, prema stavu 1, člana 137. Ustava, zakonom se može poveriti vršenje određenih poslova iz nadležnosti Republike, organima vlasti na nivou autonomne pokrajine ili lokalne samouprave.

⁵¹⁰ Javnu vlast ne vrše samo organi državne vlasti, odnosno organi autonomne pokrajine i lokalne samouprave. Prema stavu 2, člana 137. Ustava, zakonom se pojedina javna ovlašćenja mogu poveriti i preduzećima, ustanovama, organizacijama i pojedincima. Tako su komunalna preduzeća, na primer gradsko zelenilo, zatim preduzeća koja se brinu o javnim putevima, vodovodu, kanalizaciji i sl, snabdevena brojnim ovlašćenjima koja podrazumevaju javnopravni odnos vlasti, kao što su ovim ovlašćenjima snabdevene i školske i zdravstvene ustanove, javni radio-difuzni servis, centralna biblioteka, inženjerska, lekarska i advokatska komora i sl.

⁵¹¹ Svaki organ javne vlasti dužan je da poštuje ljudska prava, odnosno pruži zaštitu u slučaju njihove povrede, u okviru svoje pravom propisane nadležnosti, odnosno delokruga. Nekad se obaveza poštovanja i zaštite ljudskih prava propisom precizno vezuje za pojedine adresate. Tako se u Zakonu o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja obaveza poštovanja ove slobode vezuje za sve organe javne vlasti, zatim za organizacije kojima je povereno vršenje javnih ovlašćenja, kao i za pravna lica koje je osnovao ili koje finansira u celini ili pretežnim delom neki od organa javne vlasti (član 3), dok se obaveza zaštite vezuje za Poverenika za slobodan pristup informacijama u postupku po žalbi tražioca informacije (član 22), kao i za Upravni sud u postupku zaštite prava na pristup informacijama u upravnom sporu (član 27).

Nekad se pak krug adresata određuje na opšti način. Tako se u Zakonu o zabrani diskriminacije kaže da su svi, dakle i svi organi javne vlasti, dužni da poštuju načelo jednakosti (stav 1, član 4), dok se sudska nadležnost za zaštitu od diskriminacije vezuje za mesnu nadležnost svih osnovnih sudova (član 42).

Uz pravila o nadležnosti organa javne vlasti, po pravilu se formulišu i posebna pravila postupka ili se pak upućuje na opšta procesna pravila po kojima je adresat dužan da postupi u obezbeđivanju vršenja prava ili slobode, odnosno u njihovoj zaštiti. Tako je Zakon o slobodnom pristupu informacijama propisao niz specifičnih pravila koje adresat mora primenjivati u obezbeđivanju pristupa javnim informacijama (članovi 15–20), ali je i uputio na primenu opštih pravila o upravnom postupku u vezi sa pitanjima postupka na koja sam zakon ne pruža odgovor (član 21).

Princip legaliteta u određivanju nadležnosti i postupka, podrazumeva da organu javne vlasti nije dozvoljeno da krši pravila o svojoj nadležnosti, kao i da postupka mimo pravila propisanog postupka obezbeđivanja vršenja i zaštite ljudskih prava. Pojava koja se naziva „zloupotreba položaja i ovlašćenja“ u radu organa javne vlasti, na primer prekoračenje ovlašćenja ili postupanje mimo njih ili suprotno njima, može tako sama za sebe da predstavlja povredu ljudskih prava. Tipičan slučaj zloupotrebe ove vrste jeste

gana javne vlasti neposredno se pak vezuju za pravila o jemstvima ljudskih prava i njihovim beneficijarima – nadležnost organa javne vlasti određuje se, između ostalog, u odnosu na ona prava i slobode koje su beneficijarima zajamčene unutar pravnog sistema. Ako pravni poredak jemči jednom licu pravo ili slobodu, mora postojati nadležan organ javne vlasti na kome leži obaveza poštovanja, odnosno zaštite ovog prava ili slobode.⁵¹²

prikupljanje podataka o ličnosti i njihovo korišćenje od strane službi bezbednosti bez saglasnosti lica na koje se odnose i bez zakonskog ovlašćenja ili uz prekoračenje ovlašćenja. Sa druge strane, povreda pravila postupka, gotovo uvek će voditi ka povredi samog prava ili slobode, i to onemogućavanjem njihovog vršenja, odnosno uskraćivanjem zaštite u slučaju njihove povrede. O načelu legaliteta u radu organa javne vlasti, kao i o oblicima zloupotrebe položaja i ovlašćenja organa javne vlasti, v. više kod Bogoljub Milosavljević, „*Upravno pravo*“, 2007, pp. 67–83.

⁵¹² Država dakle obezbeđuje poštovanje i zaštitu prava zajamčenog u okviru pravnog sistema zemlje. Kelsen je govorio da pravni poredak sam ograničava svoje važenje na određeni prostor i određene predmete, te „da ne pretenduje da važi svugde i da ne obuhvata sve ljudske odnose“ (*op. cit.*, p. 78).

Tako, obaveza zaštite prava po pravilu sledi obavezou poštovanja prava. Ako pravo koje pravni poredak jemči nije poštovano, odnosno ako je povređeno, država je dužna da beneficijaru obezbedi pravnu zaštitu. Ovu svoju obavezou zaštite država zadržava u tri različita slučaja. Prvo, ako je isključivo ona u obavezi da poštuje pravo ili slobodu, na primer samo je sud dužan da poštuje garancije prava na suđenje u razumnom roku. Drugo, u slučaju koji se u pravnom životu najčešće ponavlja, ako obavezou poštovanja prava deli sa drugim adresatima, na primer pravne garancije u vezi sa obradom podataka o ličnosti vezuju i organe javne vlasti, ali i sve ostale. Treće, država može biti adresat obaveze zaštite i u slučaju kad ona sama nije u obavezi poštovanja prava, na primer obaveza objavljivanja odgovora na informaciju leži na odgovornom uredniku, ali ako on odgovor ne objavi, lice čije je pravo time povređeno može da se obrati sudu i zahteva zaštitu.

U izuzetnim slučajevima pravo izlazi izvan okvira sopstvenog poretka time što propisuje tzv. „univerzalnu nadležnost“ domaćih organa. Ovi slučajevi zastupljeni su naročito u oblasti krivičnog prava. Naime, pravilo je da se nadležnost za utvrđivanje krivične odgovornosti vezuje za teritoriju na kojoj je delo izvršeno ili za državljanstvo počinioca dela, a na temelju tzv. „principa aktivnog državljanstva“. Vremenom, nadležnost organa gonjenja se širila prema državljanstvu žrtve krivičnog dela i to na osnovu tzv. „principa pasivnog državljanstva“. Međutim, moderne tendencije razvoja krivičnog prava, posebno u odnosu na zaštitu od najtežih zločina, kao što su ratni zločini, genocid i sl, idu u pravcu proširivanja nadležnosti za utvrđivanje odgovornosti i za ona dela koja nisu izvršena na tlu države koja prihvata ovako proširenu nadležnost, odnosno za dela kod kojih počilac i žrtva nisu domaći državljani.

Po ovom „načelu univerzalnosti“ gonjenja za krivično delo propisano međunarodnim dokumentom (tzv. „međunarodni zločin“), država je ovlašćena da pokrene postupak utvrđivanja krivične odgovornosti ako joj je lice koje je okrivljeno za ovo delo do-

Međunarodne organizacije, na koje su države prenele deo svoje nadležnosti, odnosno koje su osnovane od strane država, takođe imaju obavezu poštovanja i zaštite ljudskih prava. Osnovni cilj nastanka brojnih međunarodnih organizacija jeste upravo nadzor nad poštovanjem ljudskih prava i njihova zaštita.⁵¹³ Međutim, međunarodna organizacija, a supsidijarno i država-članica, zadržavaju poziciju adresata i u odnosu na postupanje same organizacije.⁵¹⁴

stupno, dakle, ako se nalazi na njenoj teritoriji. Ovu tzv. „užu koncepciju“ univerzalne nadležnosti prihvatile su na primer Austrija, Nemačka, Švajcarska i Francuska. Sa druge strane, neke zemlje, kao što su Španija i Belgija, prihvatile su tzv. „širu koncepciju“ određivanja univerzalne nadležnosti, koja dozvoljava pokretanje postupka utvđivanja krivične odgovornosti i prema licima koja su okrivljena za međunarodne zločine, a koja nisu dostupna organima te zemlje.

Najzad, država može biti adresat obaveze poštovanja ljudskih prava i van teritorije na kojoj vrši vlast. Tako, u praksi primene međunarodnog prava, brojni su primeri odgovornosti države za akte kršenja ljudskih prava svojih ili tuđih državljana, od strane njenih organa, najčešće vojnih ili službi bezbednosti, na teritoriji druge države. V. više o tome kod Antonio Kaseze, *op. cit.*, pp. 8–10, 13–16 i 333–346.

⁵¹³ Funkcija praćenja poštovanja i zaštite ljudskih prava na nivou međunarodne zajednice označava se u članu 18. Ustava Srbije, kao „nadzor nad sprovođenjem“ pravila o ljudskim pravima. Slično tome, u teoriji međunarodnog javnog prava, zajedničkim nazivom „međunarodni nadzor nad poštovanjem ljudskih prava“ označava se praćenje poštovanja, kao i zaštita prava i sloboda. V. o ovoj terminologiji i uopšte o mehanizmima nadzora kod Vojin Dimitrijević, Dragoljub Popović, Tatjana Papić, Vesna Petrović, *op. cit.*, pp. 369–407 i 412–418 i kod Kristijan Tomušat, *op. cit.*, pp. 155–352.

⁵¹⁴ Pitanje o obavezi poštovanja ljudskih prava može se postaviti u pogledu svih aktivnosti međunarodne organizacije, i to bez obzira da li se radi o pravima angažovanih u organizaciji ili pravima trećih lica, onih prema kojima organizacija postupa. V. o tome više kod Tatjana Papić, „*Odgovornost međunarodnih organizacija: pitanje pripisivosti protivpravnog akta*“, doktorska disertacija, 2010.

Pravilo o subsidijarnoj odgovornosti države neposredno je formulisano u odluci Evropskog suda za ljudska prava u slučaju *Metjus protiv Ujedinjenog Kraljevstva* iz 1999. godine (No 24833/94, 18/02/1999), u kojoj je rečeno da onda kad je pravo povređeno u oblasti u kojoj je država prenela svoju nadležnost na međunarodnu organizaciju, država ipak zadržava obavezu zaštite prava pod uslovom da sama organizacija nije preuzela ovu obavezu njegovog poštovanja i zaštite. Povod za odluku Suda u slučaju *Metjus* predstavljao je akt onemogućavanja građanki Gibraltara da učestvuju na izborima za Evropski parlament.

U tom kontekstu, vredno je pomenuti da i same međunarodne organizacije pravno mogu da pristupe kolektivnim instrumentima zaštite ljudskih prava na nivou međunarodnog prava. Tako je u članu 6. Lisabonskog ugovora o Evropskoj uniji iz 2007. godine, rečeno da će EU pristupiti Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, te da će osnovna prava koja su garantovana ovom Konvencijom i koja su nastala iz ustavne tradi-

b) Fizička i pravna lica kao adresati

Obraveza poštovanja ljudskih prava neposredno se vezuje i za fizička i pravna lica. Svako je dužan, a ne samo država, da poštuje prava drugih lica. Sa stanovišta pravnog poretka, odnos između pojedinaca povodom ljudskih prava ne smatra se pravno-slobodnom privatnom stvari tih pojedinaca, već pravnim odnosom na koji se primenjuju pravna pravila o ljudskim pravima.⁵¹⁵

Kao i kad se radi o obravezi države, Ustav Srbije ne sadrži opšte pravilo o obravezi fizičkih i pravnih lica da poštuju prava i slobode drugih. Na posredan način, međutim, ovu obravezu moguće je izvesti iz ustavnih odredbi koje se odnose na jemstva pojedinih prava, a posebno iz garancije dostojanstva i slobodnog razvoja ličnosti. Tako, u članu 23. Ustava, kaže se:

cije zajedničke za sve zemlje članice, činiti opšte principe prava Evropske unije (Official Journal 2007/C 306/01). V. više o „opštim principima prava“, uključujući i one principe koji se odnose na ljudska prava, kao izvoru prava EU, kod Paul Craig, Grainne de Burca, *„EU Law, Text, Cases, and Materials“*, 2nd ed., 1998, pp. 175 i dalje.

Na samom početku 2011. godine, Evropska unija je ratifikovala svoj prvi dokument o ljudskim pravima međunarodnog karaktera, Konvenciju UN o pravima osoba sa invaliditetom. EU je potpisala Konvenciju još u martu 2007. godine, a zatim je to učinilo i svih 27 država-članica. Na osnovu čina ratifikacije, EU je postala prva međunarodna organizacija koja je stekla formalni status članice-ugovornice Konvencije (v. o tome više na: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/11/4>).

⁵¹⁵ Gotovo da ne postoji sfera odnosa između pojedinaca koja izmiče pravnoj regulativi u oblasti ljudskih prava. Evo nekih primera: u oblasti radnih odnosa, direktor, rukovodilac, starešina ili drugi nadređeni, u obravezi je da poštuje prava zaposlenih iz radnog odnosa, kao što su zaposleni dužni da se uzdrže od uznemiravanja i drugih oblika povrede prava svojih kolega; javna glasila dužna su da se uzdrže od povreda prava lica na koje se odnose informacije, na primer od upada u njihovu privatnost, dok je odgovorni urednik dužan da poštuje pravo na izražavanje i druga prava novinara; pružaoci javnih usluga, na primer advokati, lekari, farmaceuti, prodavci, serviseri, kuriri, poštar, taksisti i drugi, dužni su da se uzdrže od diskriminacije ili uvredljivog ponašanja prema onima sa kojima stupaju u odnose povodom svoje profesionalne delatnosti; obraveza uzdržavanja od fizičkog ili psihičkog zlostavljanja jednako postoji u odnosu između bračnih drugova, kao i u odnosu roditelja prema deci; učitelji, nastavnici i profesori dužni su da se sa poštovanjem odnose prema učenicima i studentima, a posebno da se uzdrže od iskorišćavanja položaja subordinacije prema njima; u stambenoj zgradi svi stanari dužni su da se uzdrže od povrede privatnosti ostalih, uključujući tu i uzdržavanje od uznemiravanja glasnom muzikom ili lupnjavom, kao i uzdržavanje od neovlašćenog prodiranja u tuđi stan, prisluškivanja, virenja, uzimanja tuđih pisama i sl. Ono što je rečeno za pojedince kao adresate, važi i za pravna lica. Ljudska prava dužna su da poštuju preduzeća, udruženja, zdravstvene ustanove, škole i fakulteti i dr.

„Ljudsko dostojanstvo je neprikosnoveno i svi su dužni da ga poštuju i štite. Svako ima pravo na slobodan razvoj ličnosti, ako time ne krši prava drugih zajamčena Ustavom.“

Ako se ova jemstva ljudskog dostojanstva i slobodnog razvoja ličnosti shvate najšire, na način na koji to čini Evropski sud za ljudska prava ili kako se o tome razmišlja u nemačkoj jurisprudenciji, a naime da ona obuhvataju i garancije svih drugih prava i sloboda, onda se može zaključiti da ove ustavne odredbe impliciraju obavezu svih, uključujući i fizička i pravna lica, da poštuju ljudska prava pojedinca.⁵¹⁶

⁵¹⁶ Čini se da nema pozitivnopravne prepreke za ovako široko tumačenje navedenih ustavnih jemstava u pravnom sistemu Srbije. Iako je praksa primene člana 23. Ustava gotovo nepostojeća, druga ustavna pravila sugerišu ovaj način pravnog zaključivanja. Tako, u članu 19. Ustava, neposredno se i na opšti način određuje da ustavna jemstva ljudskih prava imaju za svrhu očuvanje ljudskog dostojanstva i ostvarenje pune slobode i jednakosti svakog pojedinca, čime se afirmiše ideja o sveobuhvatnosti principa dostojanstva i slobode ličnosti. Sa druge strane, u prilog širem tumačenju prihvaćenom od strane Evropskog suda za ljudska prava, govori i pravilo iz stava 4, člana 18. Ustava, u kome se kaže da se odredbe o ljudskim pravima tumače saglasno važećim međunarodnim standardima poštovanja i zaštite ljudskih prava, kao i praksi međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje. Naravno, uz opšta ustavna pravila, u prilog ovom tumačenju mogu se navesti i brojni primeri primene garancija pojedinih prava i sloboda koja je na osnovu eksplicitnih pravila posebnih zakona omogućena i u tzv. horizontalnim odnosima između pojedinaca (na primer u oblasti zabrane diskriminacije, medijskog prava, zaštite podataka o ličnosti i sl.).

Sa druge strane, čini se da i dvostruki deficit ustavnog teksta u određivanju države i drugih lica kao adresata, takođe ne ometa izvedeno pravno zaključivanje. Nasuprot tome, deficit u određivanju kruga adresata koji se u ustavnom tekstu Nemačke vezuje samo za treća lica, zahtevao je veoma složenu intervenciju Ustavnog suda. Naime, u stavovima 1. i 3, člana 1. Osnovnog zakona, navedeno je:

„Dostojanstvo čoveka je neprikosnoveno. Obaveza svake državne vlasti je da poštuje i štiti dostojanstvo čoveka.

Ovde navedena osnovna prava vezuju zakonodavnu, izvršnu i sudsku vlast kao neposredno važeće pravo.“ (prevod: Ljubica Tomić, *op. cit.*, p. 11)

Da bi omogućio izvođenje opšteg zaključka o tome da ustavna jemstva vezuju i ostale adresate, a ne samo državu, kako neposredno sugerise tekst navedenih pravila, Ustavni sud Nemačke bio je prinuđen da već u početnom periodu primene Osnovnog zakona, pravno utemelji horizontalno dejstvo garancija zajamčenih prava i sloboda. U odluci Suda u *slučaju Luth* iz 1958. godine (BVerfGE 7, 198), artikuliše se u tom smislu ideja o „efektu radijacije“, odnosno zračenju ustavnih pravila o ljudskim pravima na ceo pravni sistem zemlje. Sud polazi od stava da je osnovna svrha ustavnih jemstava da zaštite ličnu slobodu pojedinca od povreda javne vlasti. Ustavne garancije Sud tako označava kao bedem koji je podignut u odbrani pojedinca protiv države.

Međutim, sa stanovišta međunarodnih dokumenata, odgovor na pitanje o neposrednoj primeni garancija ljudskih prava u odnosima između fizičkih i pravnih lica, nije sasvim jednostavan. U vezi sa pravima garantovanim Evropskom konvencijom o ljudskim pravima, preovlađuje stav da je jedino država-članica neposredno vezana obavezom njihovog poštovanja. Naime član 1. Konvencije eksplicitno navodi da je država obavezna da jemči konvencijska prava i slobode svakome ko se nalazi u njenoj nadležnosti.⁵¹⁷

Međutim, ističe Sud, daleko od toga da bude vrednosno neutralan, u delu teksta koji se odnosi na ljudska prava Ustav izgrađuje objektivni sistem vrednosti, čije središte čini pravo pojedinca da se slobodno razvija u društvu. Ovaj sistem vrednosti primenjuje se kao „ustavni aksiom“ u celom pravnom sistemu na taj način što usmerava rad zakonodavca, uprave i sudova.

On se po prirodi stvari, kaže Sud, primenjuje i u oblasti privatnog prava – nijedno pravilo privatnog prava ne može da mu protivreči, odnosno sva pravila privatnog prava moraju da budu formulisana u skladu sa njim. Na Ustavnom sudu leži obaveza da oceni da li je ovaj „efekat radijacije“ ustavnog sistema vrednosti došao do izražaja u definisanju konkretnog pravila zakona ili donošenju odluke redovnog suda o odnosu između pojedinaca.

Na osnovu ove odluke u *slučaju Luth*, „pravilo o horizontalnom efektu“ ili „efektu na treću stranu“, kako se zračenje ustavnog sistema vrednosti još naziva, nebrojeno puta je primenjeno u praksi sudova u Nemačkoj. V. na primer odluke Ustavnog suda: BVerfGE 27, 71 iz 1969. godine, BVerfGE 61, 1 iz 1982. godine, BVerfGE 67, 213 iz 1984. godine, BVerfGE 81, 278 iz 1990 i BvR 653/96 iz 1999. godine; kao i odluke Saveznog suda: BGHZ 35, 363 iz 1961. godine i BGH XII ZR 60/03 XII iz 2005. godine; i odluku Saveznog suda za radne sporove: BAG NJW 1993, 1732 iz 1992. godine. Teorijska razmatranja ideje o efektu radijacije v. kod Robert Alexy, *op. cit.*, pp. 352 i dalje.

⁵¹⁷ Ovu obavezu država ne može preneti na druga lica. Ona se po pravilu može ispuniti ili formalnim preuzimanjem, odnosno inkorporiranjem Konvencije u domaći pravni sistem ili usvajanjem ustavnih i zakonskih garancija prava navedenih u tekstu Konvencije (v. o tome Mark Janis, Richard Kay, Anthony Bradley, *op. cit.*, pp. 488–490 i Vojin Dimitrijević, Dragoljub Popović, Tatjana Papić, Vesna Petrović, *op. cit.*, pp. 76–79). U tom smislu, Ustav Srbije sadrži posebne odredbe koje govore o tome da pravila međunarodnih ugovora čine sastavni deo unutrašnjeg pravnog poretka zemlje. Prema stavu 2, člana 16, opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni su deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuju. Slično tome, stav 2, člana 18, kaže da se Ustavom jemče i kao takva neposredno primenjuju ljudska prava zajamčena opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima. Po treći put ovo pravilo ponavlja i stav 3, člana 194. Ustava.

Tako, u domenu primene Evropske konvencije, obaveza drugih lica, pojedinaca i organizacija, da poštuju konvencijska prava i slobode iz člana 1, može proizaći samo

Druga grupa pravila međunarodnog prava pak, sadržana je u odredbama brojnih međunarodnih dokumenata koje su adresovane direktno na fizička lica. Po pravilu, radi se o odredbama koje se odnose na definisanje tzv. međunarodnih krivičnih dela, kao i utvrđivanje krivične odgovornosti za njihovo vršenje. Na temelju ovih odredbi dakle, neposredno se pojedincima zabranjuje vršenje određenih dela, kao što su genocid, ratni zločini, zločin protiv čovečnosti i sl, ili se utvrđuju uslovi za precesuiranje izvršilaca ovih dela pred međunarodnim, odnosno nacionalnim telima.⁵¹⁸

iz pravila nacionalnog pravnog poretka. Još je Kelsen objašnjavao ovaj oblik posrednog obavezivanja na sledeći način:

„Da međunarodno pravo obavezuje i ovlašćuje države, to samo znači: da pojedince ne obavezuje i ne ovlašćuje – kao pravni poredak pojedinačne države – neposredno, već samo posredno, posredovano pravnim poretkom pojedinačne države (čiji je personifikovani izraz, razume se, samo 'država')“ (op. cit., p. 86).

Ovaj pristup problemu poštovanja prava i sloboda garantovanih Konvencijom, afirmisan je i u praksi njene primene. Na primer, u slučaju *X i Y protiv Holandije* (No 8978/80, 26/03/1985), Evropski sud za ljudska prava je u kontekstu primene člana 8. Konvencije, naveo da je cilj ove odredbe da zaštiti pojedinca od samovoljnog povređivanja privatnosti od strane javne vlasti. Međutim, kaže Sud, država-članica ne ispunjava sve svoje preuzete obaveze na osnovu člana 1. Konvencije, prostim uzdržavanjem od povrede prava pojedinca. Uz ovu negativnu obavezu, objašnjava Sud, država preuzima i određene pozitivne obaveze, među kojima je i usvajanje mera neophodnih za obezbeđivanje poštovanja privatnog života, čak i u sferi odnosa između samih pojedinaca (v. o ovom pitanju opširno kod P. van Dijk, G. J. H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 2nd ed., 1990, pp. 15–20).

Isti zaključak bi se mogao izvesti i u vezi sa obavezama poštovanja ljudskih prava sadržanim u drugim međunarodnim dokumentima, kao što su Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima Ujedinjenih nacija iz 1966. godine.

⁵¹⁸ Kelsen je objašnjavao da postoje „zamašni izuzeci“ od pravila da međunarodno pravo vezuje pojedince samo na posredan način. On kaže da taj izuzetan slučaj postoji kad odredba međunarodnog dokumenta neposredno obavezuje pojedinca na taj način što određuje „ne samo ono što treba učiniti ili propustiti, nego i koja ljudska individua treba da izvrši ponašanje koje je međunarodnopravno zapovedeno ili zabranjeno“. U tom smislu, zaključuje Kelsen, pojedinci se u ovim slučajevima pojavljuju kao subjekti međunarodnog prava (op. cit., pp. 86–87).

Tako, prema članu IV Konvencije UN o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. godine, odredbe Konvencije neposredno se primenjuju na lica koja učine delo genocida ili druga navedena kažnjiva dela, „bez obzira da li upravljaju državom, obavljaju funkcije ili su obični pojedinci“. Slično tome, odredbama Statuta Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju iz 1993. godine, utvrđuje se da ovaj Tribunal ima nadležnost nad fizičkim licima protiv kojih se vodi postupak zbog teške

Najzad, obaveza poštovanja ljudskih prava u odnosima između pojedinaca usmerava ponovo pažnju na pravila o ograničenju prava. Naime, teorijski posmatrano, obaveza poštovanja prava ili slobode jednog lica, pretpostavlja ograničenje u vršenju, odnosno uživanju prava ili slobode drugog lica.⁵¹⁹ Tako, izraženo u formi pravnog pravila, pojedinci i organizacije dužni su da poštuju prava drugih lica i onda kad vrše svoja prava, ili drugim rečima, vršenjem sopstvenog prava, oni ne smeju povrediti prava drugih.⁵²⁰

povrede Ženevskih konvencija iz 1949. godine, kršenja zakona i običaja ratovanja, genocida ili zločina protiv čovečnosti (član 6). Takođe se eksplicitno ističe da su lica koja su planirala, podstrekavala, naredila, učinila ili na drugi način pomagala izvršenje ovih dela, individualno odgovorna, te da njihov eventualni službeni položaj u vreme izvršenja dela ne može doprineti oslobođanju od krivične odgovornosti (član 7). Skoro identične odredbe o krivičnoj odgovornosti pojedinaca sadrži i član 25. Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda iz 1998. godine. V. opširno o međunarodnim krivičnim delima i utvrđivanju individualne odgovornosti za povrede međunarodnog prava, kod Antonio Kaseze, *op. cit.*

⁵¹⁹ U ispunjavanju obaveze poštovanja prava drugih, pojedinac je veoma često prinuđen da trpi ograničenje svog prava ili slobode. Na primer, sloboda novinara da objavljuje informacije o pojedincima, ograničena je obavezom poštovanja prava na privatnost ili prava na čast i ugled lica na koje se odnosi informacija. Pravo stanara stambene zgrade da glasno sluša muziku u svom stanu, ograničeno je slobodom od uznemiravanja bukom onih koji stanuju u susednim stanovima i sl. U ovim slučajevima radi se o sukobu prava različite, odnosno iste normativne sadržine, koji se razrešava primenom već navedenih pravila o ograničenju prava.

⁵²⁰ Ovo pravilo se na poetičniji način može izraziti i sledećim rečima: „sloboda čoveka ograničena je jedino slobodama drugih“. Jezički drugačije ono je izraženo i u stavu 2, člana 23. Ustava, u kome se kaže da „svako ima pravo na slobodan razvoj ličnosti, ako time ne krši prava drugih“. Slično tome, u članu 17. Evropske konvencije, kaže se:

„Ništa u ovoj Konvenciji ne može se tumačiti tako da podrazumeva pravo bilo koje države, grupe ili lica da se upuste u neku delatnost ili izvrše neki čin koji je usmeren na poništavanje bilo kog od navedenih prava i sloboda ili na njihovo ograničavanje u većoj meri od one koja je predviđena Konvencijom.“

Sva ova pravila se uobičajeno pravno prevode u tzv. „zabranu zloupotrebe prava“. Pravilo o zabrani zloupotrebe prava upućuje preciznu poruku adresatima, na primer: zabranjeno je koristiti svoje pravo u cilju, odnosno sa namerom povrede prava drugih, ili, zabranjeno je koristiti svoje pravo protivno cilju radi čijeg ostvarenja je pravom garantovano, ili, ne mogu se zaklanjati iza svojih prava oni čiji je isključivi ili pretežni motiv da vršenjem svog prava povrede prava drugih itd.

Tako na primer, ne može se zaklanjati iza garancije slobode izražavanja, odnosno slobode štampe onaj ko govori tzv. „govorom mržnje“, tj. ko navodi druge na diskriminaciju, mržnju ili nasilje prema pojedincima ili grupama koji dele određeno lično

c) Priroda obaveze

Od adresata se prvenstveno zahteva da se uzdrži od povrede prava ili slobode, odnosno da ne učini ništa što bi ugrozilo beneficijara u uživanju prava. Od njega se slikovito rečeno traži da „ostavi beneficijara na miru“, odnosno rečeno jezikom građanskog prava, od njega se traži „nečinjenje“. Sadržina ove obaveze ima negativan karakter, te se zato i ona sama naziva negativna obaveza.⁵²¹

svoјstvo, kao što je nacionalna pripadnost, etničko poreklo, versko ili političko uverenje, pol, seksualna opredeljenost i sl. Takođe, ne mogu se zaklanjati iza garancije slobode udruživanja oni koji osnivaju udruženje u cilju širenja rasističkih, fašističkih, nacističkih i drugih totalitarnih ideja ili mišljenja, ili u cilju preduzimanja radnji usmerenih na rušenje demokratije i pravnog poretka ljudskih prava i sl.

Međutim, navedeni slučajevi zloupotrebe prava ne iscrpljuju listu nedopuštenih oblika vršenja prava. Vladimir V. Vodinić u svojoj knjizi *„Takozvana zloupotreba prava“* (1997), nabraja čak osam različitih vidova zloupotrebe prava, i to: protivciljno, nemoralno, šikanozno, beskorisno, nesrazmerno, neprimereno, protivrečno i nepravilno vršenje prava (pp. 58–95). Da bi zabrana zloupotrebe prava zadržala svoj opšti karakter, odnosno da bi se obezbedila sveobuhvatna zaštita od svih vidova zloupotrebe prava, Vodinić predlaže usvajanje izričitog pravnog pravila koje bi glasilo: „Zloupotreba prava se pravno ne štiti“ (p. 113).

Međutim, da bi ovaj pravni fenomen bio pravilno teorijski shvaćen, potrebno je, kaže Vodinić, razumeti da se pravo ne može pravno zloupotrebiti. Jer, objašnjava on, ako neko ima pravo, onda pravilo o dopuštenom vršenju prava predstavlja običan pleonazam. Suprotno tome, pravilo o nedopuštenom vršenju prava jeste zapravo pravilo koje je suprotno samo sebi, jer pravo uvek pretpostavlja dopuštenje, odnosno ovlašćenje za njegovo vršenje, te tako ovo pravilo govori o tome da prava uopšte nema, da ono ne postoji. Vodinić u tom smislu zaključuje:

„A, kad se postavi pitanje da li je posredi zloupotreba prava, da li je neko zloupotrebio pravo, u stvari se pita da li je neko uopšte titular prava, ima li on uopšte pravo ili ne, a ne da li pravo koje ima sme da vrši. Zloupotreba prava je drugo ime za nepostojanje prava, a ne za ovakvo ili onakvo vršenje prava. A norme o zabrani zloupotrebe prava nisu norme o zabrani vršenja prava, nego o nemanju prava, o vršenju neprava.“ (p. 224).

⁵²¹ Ovaj osnovni pristup obavezama adresata se u uporednom pravu imenuje i kao tzv. *„the hands-off approach“*. Tako, adresat ispunjava svoju negativnu obavezu ako ne liši lice života, odnosno ako ne povredi njegov fizički ili psihički integritet, na primer ako ga ne udara, fizički ne povređuje, ne izlaže mučenju, ne uznemirava verbalno ili gestovima, ne vređa, ne omalovažava i sl; ako ne utiče na novinara i urednika javnog glasila da objavi ili ne objavi određenu informaciju; ako se uzdrži od neovlašćenog snimanja glasa ili lika jednog lica, odnosno ako bez odobrenja ne objavljuje u javnosti fotografije, video zapise, zapise glasa, dnevnike i druge lične zapise jednog lica; ako ne

Međutim, nekad pravni poredak od adresata obaveze poštovanja ljudskih prava zahteva preduzimanje radnje, odnosno činjenje ili donošenje akta. U ovim slučajevima, od adresata se ne traži da se uzdrži od činjenja, već upravo suprotno tome, da učini ono na šta ga pravna pravila obavezuju. U skladu sa prirodom ove obaveze, tada se kaže da adresati imaju pozitivnu obavezu. Ona može da se veže za sve kategorije adresata, dakle za državu, kao i za ostala lica.⁵²²

sprečava lice da izražava svoja verska uverenja, ako ga ne uznemirava prilikom verskog obreda, ako ga ne tera da se izjašnjava o svojoj veroispovesti, ako ga ne kažnjava zbog usvojenog ili izraženog verskog uverenja ili ga ne prisiljava da promeni svoju veru i sl; ako ne ometa uredno prijavljen skup, ako ne sprečava drugog da govori na skupu, ako se ne obračunava sa učesnicima skupa, ako ne izaziva nered na skupu, ako ne sprečava javnu procesiju kroz grad i sl; ako ne zagovara ili raspiruje mržnju, nasilje i diskriminaciju prema pojedincima ili grupama koji dele određeno lično svojstvo, ako ne govori tzv. „govorom mržnje“, ako ne ispisuje rasističke grafite, ako ne oštećuje verske objekte, ako ne skrnavi grobove pripadnika nacionalnih manjina i sl.

U kontinentalno-pravnom sistemu evropskih zemalja, pravila kojima se jemče pojedina prava i slobode uglavnom ne upućuju i na oblik nečinjenja koje se od adresata zahteva u konkretnom slučaju. Međutim, u oblasti kaznenog prava, princip legaliteta protivpravne radnje zahteva precizan opis bića prekršaja ili krivičnog dela, a time i opis onoga što je zabranjeno činiti, odnosno onoga što se zahteva od adresata da ne učini. Tako se u stavu 1. člana 34. Ustava, kaže da se niko ne može oglasiti krivim za delo koje propisom nije predviđeno kao kažnjivo. Nasuprot tome, u anglosaksonskom pravu, princip legaliteta dela važi i u oblasti građanskog prava (v. o tome kod William Lloyd Prosser, *op. cit.*).

Ipak, čini se da princip propisanosti protivpravne radnje sve više prodire i u kontinentalno građansko pravo ljudskih prava. Tako se na primer u dva posebna antidiskriminaciona propisa, Zakonu o zabrani diskriminacije (2009) i Zakonu o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom (2006), posebno propisuju pojedini oblici diskriminacije, ali se takođe neposredno zabranjuje i diskriminacija u pojedinim slučajevima koji se vezuju za određene kategorije lica, odnosno za različite oblasti društvenog života. Slično tome, u Zakonu o javnom informisanju (2003), neposredno se propisuju slučajevi dozvoljenog, a samim tim i pravno nedopuštenog objavljivanja informacija iz privatnog života u javnim glasilima.

⁵²² Pozitivne obaveze koje se vezuju za pojedince i organizacije ređe su prisutne u pravnom poretku od onih pozitivnih obaveza koje se vezuju za samu državu. Evo nekih primera tih obaveza. Prema članu 42. Ustava, lice o kome se obrađuju lični podaci ima pravo da zahteva od obrađivača, na primer banke, robne kuće, poslodavca ili drugog lica, da ga obavesti o prikupljenim podacima, dok u skladu sa posebnim zakonom o zaštiti ličnih podataka, može da zahteva i druge radnje u vezi sa obrađivanjem podacima, kao što su ispravka netačnih ili nepotpunih podataka, njihovo ažuriranje, brisanje i sl. Slično tome, prema članu 50. Ustava, svako lice ima pravo na odgovor i ispravku neistinite, nepotpune ili netačno prenete informacije, a odgovorni urednik je dužan da ovaj

Pozitivne obaveze države, odnosno organa javne vlasti su složenijeg karaktera. Pre svega, one su utemeljene u principu legaliteta.⁵²³ Zatim, zapovest upućena organu javne vlasti može da sadrži pozitivnu obavezu ili u pogledu vršenja ili u pogledu zaštite određenog prava i slobode.

Kad se radi o vršenju ljudskih prava, organ javne vlasti može imati dve vrste obaveza. Prva se vezuje za omogućavanje vršenja prava u konkretnom slučaju, i ove obaveze su po svom karakteru gotovo identične pozitivnim obavezama drugih adresata.⁵²⁴ Druga vrsta obaveza odnosi se na stvaranje opštih zakonskih, ili uopšte pravnih uslova za uživanje prava

odgovor, odnosno ispravku objavi u skladu sa zakonskim pravilima. Prema članu 65. Ustava, roditelji imaju dužnost da izdržavaju, vaspitaju i obrazuju svoju decu.

U posebno teškim slučajevima, ogrešenje o pozitivne obaveze može da bude kvalifikovano i kao krivično delo. Prema Krivičnom zakoniku Srbije, ta dela, ilustracije radi, izvršice onaj: ko napusti nemoćno lice koje mu je povereno ili o kome je dužan da se stara i to u stanju ili prilikama opasnim za život ili zdravlje, na primer roditelj koji ne brine o svojoj bebi ili bolesnom detetu (član 126); ko ne pruži pomoć licu koje se nalazi u neposrednoj opasnosti za život, a mogao je da pruži pomoć bez opasnosti za sebe ili drugog, na primer onaj koji propusti da dobaci davljeniku pojas za spasavanje (član 127); lekar koji odbije da ukaže lekarsku pomoć licu koje se nalazi u životnoj opasnosti ili opasnosti da pretrpi tešku telesnu povredu ili teško narušavanje zdravlja (član 253); vozač motornog vozila ili drugog prevoznog sredstva koji ostavi bez pomoći lice koje je tim prevoznim sredstvom povređeno (član 296).

⁵²³ U članu 198. Ustava neposredno se navodi da „pojedinačni akti i radnje državnih organa, organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja, organa autonomnih pokrajina i jedinica lokalne samouprave, moraju biti zasnovane na zakonu“. Dakle, bez obzira da li preduzimaju materijalne, fizičke radnje ili donose pravne akte, organi javne vlasti moraju da postupaju u skladu sa zakonom, odnosno sa osloncem na zakonsku zapovest ili ovlašćenje za njihovo preduzimanje ili donošenje.

⁵²⁴ Organ javne vlasti može tako imati obavezu da svojim činjenjem u konkretnom slučaju neposredno omogućujući beneficijaru uživanje garantovanih prava i sloboda. Na primer, prema Ustavu Srbije, organi javne vlasti dužni su: da lice lišeno slobode obaveste o razlozima lišenja slobode (član 27), da ga obaveste da ima pravo da ništa ne izjavljuje (član 28), zatim da lice protiv koga je pokrenut postupak pred sudom obaveste o prirodi i razlozima dela za koje se tereti i o dokazima prikupljenim protiv njega (član 33), kao i da mu obezbede besplatnog prevodioca ako ne govori ili ne razume jezik na kome se vodi postupak protiv njega, odnosno besplatnog tumača ako je slep, gluv ili nem (član 32).

Osnovna razlika u odnosu na pozitivne obaveze drugih lica, sastoji se u tome što se od organa javne vlasti pored preduzimanja materijalne radnje, često zahteva i donošenje određenog pojedinačnog pravnog akta kojim se omogućava ostvarivanje prava ili slobode (na primer, emitovanje radio i televizijskog programa pretpostavlja složenu proceduru dobijanja dozvole za emitovanje programa na određenoj frekvenciji, brak se zaključuje u

putem usvajanja pravnih pravila o vršenju prava. Ove pozitivne obaveze dolaze do izražaja u slučaju kad se jemstvo prava ne može primeniti neposredno, bez pomoći drugih, posebnih pravnih pravila.⁵²⁵

posebnoj pravnoj formi, a uz aktivno učešće predstavnika nadležnog državnog organa, osnivanje visokoškolskih ustanova podleže postupku akreditacije i sl.).

⁵²⁵ U članu 18. Ustava Srbije, kaže se da se odredbe o ljudskim pravima koja su zajamčena ovim dokumentom neposredno primenjuju. To znači da je beneficijaru omogućeno da svoja prava i slobode uživa direktno na osnovu samog teksta Ustava – nije potrebno usvojiti posebna zakonska ili druga pravila da bi jedno lice moglo da se koristi garancijama prava na život, fizičkog ili psihičkog integriteta, ličnog dostojanstva ili garancijama slobode i bezbednosti i sl.

Ovo je osnovno pravilo koje trpi značajno odstupanje u pojedinim slučajevima. Naime, mogućnost vršenja određenih prava i sloboda nužno zavisi od toga da li postoje posebna pravna pravila na koje se beneficijar može osloniti. Beneficijar drugim rečima, ne može, ili može samo sa teškoćama da uživa određena prava i slobode, ako nema zakonskih ili drugih pravila koja će mu to omogućiti. U tom smislu bi trebalo razumeti i odredbu stava 2, člana 18. Ustava, koja kaže da se zakonom može propisati način ostvarenja ljudskih prava ako je to samim ustavnim tekstom predviđeno ili ako je to neophodno za ostvarenje pojedinog prava ili slobode. Evo nekih primera: u članu 42. Ustava, jemči se pravo na zaštitu podataka o ličnosti, ali se istovremeno upućuje na zakon koji uređuje pitanje obrade podataka o ličnosti, ovlašćenja lica na koje se podaci odnose, kao i pitanje pravnih mehanizama zaštite povređenog prava; u pogledu slobode osnivanja i rada javnih glasila, član 50. Ustava neposredno upućuje na zakonske odredbe, posebno u vezi sa javnim glasilima u oblasti radiodifuzije, za koje važi strog pravni režim dobijanja dozvole za emitovanje televizijskog i radio programa; u članu 51. Ustava, jemči se pravo na pristup informacijama od javnog značaja i eksplicitno navodi da se pristup informacijama u posedu organa javne vlasti vrši po odredbama posebnog zakona; aktivno i pasivno biračko pravo, odnosno pravo pojedinca da bude biran ili da bira svoje predstavnike u organe vlasti, jesu Ustavom zajamčena prava iz člana 52, za čije ostvarenje se beneficijar mora obratiti posebnom zakonskom tekstu.

I u pogledu uživanja većine drugih prava i sloboda, ustavni tekst upućuje beneficijare na posebne zakone. Evo njihovog popisa: pravo na upotrebu jezika i pisma (član 10), pravo na pravično suđenje (član 32), posebna prava okrivljenih u postupku utvrđivanja krivične odgovornosti (član 33), pravo na rehabilitaciju i naknadu štete (član 35), pravo na državljanstvo (član 38), sloboda kretanja stranaca (član 39), prava verskih zajednica (član 44), pravo na prigovor savesti (član 45), sloboda udruživanja (član 55), pravo na utočište stranaca (član 57), pravo nasleđivanja (član 59), pravo na rad (član 60), pravo na štrajk (član 61), prava iz bračnih i porodičnih odnosa (član 62), prava deteta (član 64), prava na posebnu zaštitu porodice, majke, samohranog roditelja i deteta (član 66), pravo na pravnu pomoć (član 67), prava na zdravstvenu (član 68) i socijalnu zaštitu (član 69), pravo na penzijsko osiguranje (član 70), pravo na osnivanje škola i univerziteta (član 71), autonomija univerziteta (član 72), autorska prava (član 73), prava pripadnika nacionalnih manjina (član 75), kao i pravo stranaca na sticanje svojine (član 85).

Na sličan način moguće je napraviti razliku između dve vrste obaveza organa javne vlasti u pogledu zaštite ljudskih prava. Na prvom mestu, organ javne vlasti dužan je da zaštiti beneficijara u uživanju prava ili slobode u konkretnom slučaju, i to bilo pre, u toku ili nakon nastanka stanja povrede prava.⁵²⁶ Na drugom mestu, država je dužna da beneficijaru stavi na raspolaganje mehanizme pravne zaštite povređenog prava ili slobode.⁵²⁷

Međutim, i za veći broj drugih prava koja nisu direktno dovedena u vezu sa zakonskim tekstovima, važi pravilo da će beneficijar u njihovom korišćenju biti upućen na posebna pravna pravila van odredbi Ustava. To će, na primer, biti slučaj sa uživanjem prava na pravnu ličnost (član 37), koje podrazumeva pravo upisa u matičnu knjigu rođenih, kao i sa ostvarenjem drugih prava iz ove grupe, na primer prava na promenu ličnog imena, koja se ne mogu vršiti bez precizne zakonske regulative. Pravo na prekid trudnoće (član 63), ostvaruje se po posebnim zakonskim pravilima. Pravo na zdravu životnu sredinu (član 74), ne može se uživati bez sveobuhvatne pravne regulative koja često broji desetine ili čak stotine zakonskih i podzakonskih tekstova. U svim ovim slučajevima, od države se zahteva da ispuní svoju pozitivnu obavezu koja se sastoji u usvajanju pravnih pravila kojima se omogućava vršenje pojedinih prava i sloboda.

⁵²⁶ Kao što je već navedeno, samo unošenje jemstava ljudskih prava u ustavni tekst podrazumeva obavezu za organe javne vlasti da zaštite garantovana prava i slobode. Upravo pravna konstrukcija „ustavom zajamčenih prava“, ima za cilj da uputi poruku svima da država stoji iza ljudskih prava, odnosno da će obezbediti zaštitu beneficijaru čija su prava i slobode ugrožene ili povređene.

Što se tiče zaštite u konkretnom slučaju, organi javne vlasti, na prvom mestu, dužni su da preduzmu određene materijalne radnje u cilju zaštite beneficijara čijim pravima i slobodama pretila povreda ili su radnje povrede u toku. Tako, policija je dužna da zaštiti lica i imovinu od huliganskih napada fudbalskih navijača, kao što je dužna da zaštiti i romsko naselje od napada koji pretili njegovim stanovnicima ili uredno prijavljeni skup homoseksualaca od fizičkog napada na učesnike skupa.

Sa druge strane, organi javne vlasti dužni su da pokrenu mehanizme pravne zaštite ugroženog ili povređenog prava, i to na zahtev beneficijara, drugog ovlašćenog lica ili na osnovu sopstvene odluke. Ovi mehanizmi zaštite stavljaju se u pogon ako je povreda prava ili slobode već pretrpljena, odnosno ako su radnje povrede u toku, ali i kao preventivna sredstva zaštite, ako povreda prava tek predstoji. Tako, policija ima obavezu da sprovede istražne radnje o krivičnom delu kojim su povređena ljudska prava, a zatim javni tužilac ima obavezu da pred sudom pokrene postupak utvrđivanja krivične odgovornosti učinioca ovog dela. Takođe, sud ima obavezu da postupi po tužbi za zaštitu ljudskih prava podnetu od strane beneficijara ili drugog ovlašćenog lica, bez obzira da li se radi o tužbi zbog pretrpljene povrede ili tužbi za sprečavanje povrede koja predstoji ili je u toku, ili pak o zahtevu za izricanje privremene mere zbog opasnosti nastanka povrede prava i sl.

⁵²⁷ Na nivou obezbeđivanja mogućnosti pravne zaštite, država ima obavezu da putem pravnih pravila stvori delotvorne i sveobuhvatne mehanizme pravne zaštite ljudskih

Međutim, postoji i treća vrsta pozitivnih obaveza države. To su obaveze koje se sastoje u preduzimanju mera usmerenih na unapređivanje pravnog režima uživanja i zaštite pojedinih prava i slobode, posebno u domenu rada organa javne vlasti.⁵²⁸

prava koji se mogu koristiti u konkretnom slučaju. Ti mehanizmi pravne zaštite prisutni su u svakoj oblasti prava, od građanskopravnih tužbi, preko krivičnopravne, radnopravne i porodičnopravne zaštite, do zaštite pred ustavnim i međunarodnim sudom.

Ozbiljno razumevanje ljudskih prava, dakle, zahteva od pravnog poretka da beneficijaru i nadležnim organima stavi na raspolaganje sveobuhvatan korpus mehanizama pravne zaštite prava i sloboda. Čini se da primer zaštite od diskriminacije, može da pokaže sve mogućnosti ovog pristupa. Tako, prema članovima 43–44. Zakona o zabrani diskriminacije, nadležnom sudu se može podneti zahtev za pravnu zaštitu ako je diskriminatorski postupak već učinjen, ako je on u toku ili ako njegovo izvršenje tek predstoji ili se ponavlja. Zahtev sudu može podneti diskriminisano lice, ali prema članu 46. Zakona, to mogu učiniti i druga lica, na primer nevladina organizacija koja se bavi zaštitom ljudskih prava i prava diskriminisanih lica, kao i Poverenik za zaštitu ravnopravnosti (v. više o građansko-pravnoj zaštiti od diskriminacije kod Vladimir V. Vodinelić, „*Tužbe za zaštitu od diskriminacije*“, u knjizi „*Antidiskriminaciono pravo, vodič*“, *op. cit.*, pp. 41–74).

Sa druge strane, na osnovu člana 35. Zakona o zabrani diskriminacije, lice koje smatra da je pretrpelo diskriminaciju, kao i drugo lice, može pritužbom pokrenuti postupak zaštite pred samim Poverenikom. Osim prava na tužbu, sam Poverenik ima prema članu 33. Zakona, pravo da podnese prekršajnu prijavu ako smatra da je diskriminatorskim postupanjem počinjen prekršaj propisan ovim zakonom. Najzad, u nizu slučajeva diskriminacije koji se mogu okvalifikovati kao krivična dela, postupak utvrđivanja krivične odgovornosti odvija se po posebnim pravilima krivičnog procesnog prava. Uz ovu represivnu reakciju, svakako bi trebalo dodati i one propisane mehanizme policijske zaštite koji se aktiviraju u slučaju kad se radi o radnjama diskriminacije koje su u toku, a koje predstavljaju akte veće društvene opasnosti (na primer, prebijanje učesnika skupa homoseksualaca) ili pak manje društveno opasne akte (na primer ispisivanje diskriminatorskih grafita). Naravno, u posebnim zakonima sadržani su i drugi mehanizmi zaštite od diskriminatorskog postupanja (na primer od diskriminacije u radu, u sferi javnog informisanja, u bračnim i porodičnim odnosima, u vršenju prava u oblasti obrazovanja i vaspitanja, socijalne i zdravstvene zaštite i sl.).

Od značaja za položaj države u odnosu na ovu vrstu obaveze, jeste pravilo da se država ne može osloboditi obaveze stvaranja mehanizama pravne zaštite – ako ovih mehanizama nema ili ako su oni nedelotvorni, dakle, ako su neupotrebljivi u okolnostima konkretnog slučaja, ako ne daju rezultate, ako nisu podobni da zaštite beneficijara, sama država preuzima odgovornost za povredu prava i sloboda pojedinaca. Kao što je već navedeno, ovo pravilo neposredno je formulisano u sistemu Evropske konvencije o ljudskim pravima (v. više o tome P. van Dijk, G. J. H. van Hoof, *op. cit.*, pp. 81–98).

⁵²⁸ Odredbe o ovim obavezama često se označavaju kao tzv. „meko pravo“ („*soft-law*“), za čije nepoštovanje nije propisana određena kazna ili druga pravna sankcija. Pravila mekog prava veoma su prisutna u međunarodnom pravu, jer često predstavljaju op-

timalno rešenje za onu vrstu pravne regulative oko čije pravne snage ne postoji potpuna saglasnost u međunarodnoj zajednici (v. o tome kod Kristijan Tomušat, *op. cit.*, pp. 84, i Vojin Dimitrijević, Dragoljub Popović, Tatjana Papić, Vesna Petrović, *op. cit.*, p. 67).

Međutim, ova pravila prisutna su i u nacionalnim pravnim sistemima. Tekst Ustava Srbije obiluje pravilima mekog prava. Evo nekih primera: u pogledu prava na pravnu jednakost, odnosno zabranu diskriminacije, Ustav propisuje da je država dužna da razvija politiku jednakih mogućnosti za muškarce i žene (član 15), kao i da merama u obrazovanju, kulturi i javnom obaveštavanju, podstiče razumevanje, uvažavanje i poštovanje razlika koje postoje zbog posebnosti etničkog, kulturnog, jezičkog ili verskog identiteta građana (član 48); u delu ustavnog teksta posvećenog pravima nacionalnih manjina, navedene su sledeće obaveze: pri zapošljavanju u državnim organima, javnim službama, organima autonomne pokrajine i jedinicama lokalne samouprave, mora se voditi računa o nacionalnom sastavu stanovništva i odgovarajućoj zastupljenosti pripadnika nacionalnih manjina (stav 2, član 77); u oblasti obrazovanja, kulture i informisanja, država podstiče duh tolerancije i međukulturnog dijaloga i preduzima efikasne mere za unapređenje uzajamnog poštovanja, razumevanja i saradnje među svim ljudima koji žive na teritoriji zemlje, bez obzira na njihov etnički, kulturni, jezički ili verski identitet (član 81); u vezi sa pravima na zdravstvenu i socijalnu zaštitu, Ustav određuje da Republika Srbija pomaže razvoj zdravstvene i fizičke kulture (stav 4, član 68), i da se stara o ekonomskoj sigurnosti penzionera (stav 2, član 70); najзад, u pogledu slobode naučnog i umetničkog stvaranja, Ustav kaže da Republika Srbija podstiče i pomaže razvoj nauke, kulture i umetnosti (stav 3, član 73).

Osim ovih odredbi ustavnog karaktera, pravila o obavezama organa javne vlasti u vezi sa preduzimanjem posebnih mera sadrže i zakoni koji se odnose na pojedina prava i slobode. Tako na primer, u Zakonu o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom iz 2006. godine, čitavo IV poglavlje (članovi 32–38), posvećeno je merama za podsticanje ravnopravnosti osoba sa invaliditetom, među kojima su i one koje se odnose na podsticanje osnivanja službi podrške osobama sa invaliditetom, stvaranje pristupačnog okruženja, zatim mere za obezbeđivanje pristupa informacijama, mere za obezbeđivanje ravnopravnosti u postupcima pred organima javne vlasti i u oblasti vaspitanja i obrazovanja, mere za obezbeđivanja učesća u kulturnom, sportskom i verskom životu zajednice, kao i aktivnosti usmerene ka stvaranju jednakih mogućnosti za osobe sa invaliditetom.

Slično tome, poglavlje VI Zakona o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja iz 2004. godine (članovi 37–43), sadrži pravila o obavezama preduzimanja mera usmerenih na unapređivanje javnosti rada organa javne vlasti, a posebno onih koje su vezane za objavljivanje informatora o radu organa javne vlasti, održavanje nosača informacija o njihovom radu, obuci zaposlenih u pogledu njihovih zakonskih obaveza, kao i u pogledu podnošenja redovnih godišnjih izveštaja.

Za nepostupanje po nekim od ovih obaveza, Zakon propisuje prekršajnu kaznu. Za nepoštovanje drugih obaveza ova kazna nije propisana. Međutim, odsustvo kazne ne znači da je organima javne vlasti dozvoljeno da postupe suprotno naredbama pravnog poretka – ako ne ispune svoje pozitivne obaveze, makar one proizlazile iz odredbi „mekog prava“, organi javne vlasti postupaju protivno propisanim obavezama, odnosno nezakonito.

IV

UTEMELJENJE LJUDSKIH PRAVA

IV

UTEMELJENJE LJUDSKIH PRAVA

Prethodne studije pokazale su da je moguće izgraditi teorijski i normativno funkcionalan pojam ljudskih prava u okviru pozitivnopravnog poretka uživanja prava i sloboda, koji je pak ispunjen konkretnim pravnim pravilima vezanim za sadržaj ovih prava i sloboda, njihove beneficijare, kao i za lica koja su u obavezi da ih poštuju. Ostalo je još da se razmotri pitanje pravnog utemeljenja ljudskih prava.

Ovo pitanje izjednačava se sa pitanjem o nužnosti ljudskih prava. Da li su ljudska prava i slobode nužan sastavni deo pozitivnopravnog sistema. Ako se kaže da jesu, postavlja se pitanje koji je to pravni sistem, kako se on naziva, odnosno kako izgleda. To su teme koje će se razmatrati u ovom poslednjem delu istraživanja.

Prvo će biti predstavljene klasične teorije čistog prava i države. Zatim će argumenti u prilog pravnog utemeljenja ljudskih prava slediti teorije društvenog ugovora. Najzad, pravni poredak ustavnih demokratija tumačiće se tako da on nužno obuhvata i ljudska prava.

1. Čiste teorije prava i države

„Čiste“ teorije prava i države insistiraju na pravnom razumevanju pravnog poretka uopšte, a time i ljudskih prava kao njegovih sastavnih elemenata. Dva na prvi pogled slična, ali ipak između sebe bitno različita pozitivnopravna tumačenja države i prava, privlače posebnu pažnju. Prvo je sadržano u Kelsenovoj „Čistoj teoriji prava“, a drugo u Austinovoj „čistoj“ teoriji države.

a) Kelsenova „Čista teorija prava“

U svojoj „Čistoj teoriji prava“, Kelsen se bavio pozitivnim pravom, očišćenim od ideoloških, odnosno vrednosnih elemenata.⁵²⁹ Početkom XX veka, on je smatrao da je najzad došlo vreme u kojem se pravo može posmatrati kao autonomna pojava utemeljena u sopstvenim zakonitostima, koja predstavlja predmet samostalne nauke o pravu, a ne pojava za čije razumevanje je potrebno obratiti se pravnoj metafizici, dakle onome što je ostalo sa one strane prava, vanpravnome, bio to Bog, priroda ili obična politička ideologija.⁵³⁰

Kelsen polazi od stava da čista teorija prava jeste opšta teorija pozitivnog prava.⁵³¹ Ova teorija ima za cilj da sazna svoj predmet, odnosno da odgovori na pitanje „šta i kakvo pravo jeste“, a ne na pitanje kakvo bi pravo trebalo da bude.⁵³² U tom smislu, on na prvom mestu odvaja pravo od prirode – „pravo je društveni fenomen, a društvo je predmet potpuno različan od prirode“.⁵³³

⁵²⁹ U predgovoru prvog izdanja „Čiste teorije prava“ iz 1934. godine, on piše da je prošlo više od dve decenije otkako je započeo sa razvojem svoje teorije „očišćene od svake političke ideologije i svih elemenata prirodnih nauka“, teorije koja je „svesna svoje osobečnosti stoga što je svesna vlastite zakonitosti svoga predmeta“ (Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 7).

⁵³⁰ Na drugom mestu u predgovoru, Kelsen kaže:

„Spor se uitinu ne vodi o položaju jurisprudencije u okviru nauke i konsekvencijama koje iz toga proizlaze – kao što se, naravno, čini; nego se vodi o odnosu pravne nauke prema politici, o brižljivom odvajanju jedne od druge, o odustajanju od ukorenjene navike da se u ime nauke o pravu, dakle pozivanjem na jednu objektivnu instancu, zastupaju politički zahtevi koji mogu da imaju krajnje subjektivan karakter, čak i kada, u najboljoj veri, nastupaju kao ideal neke religije, nacije ili klase.“ (*ibid.*, p. 8).

⁵³¹ Dakle, ona nije interpretacija posebnih nacionalnih ili međunarodnih poredaka, već opšta teorija prava kao takvog (*ibid.*, p. 11).

⁵³² Ova teorija je „pravna nauka, a ne pravna politika“. Osnovni metodološki princip nauke o pravu jeste oslobađanje od svih onih elemenata koji su pravu strani i usmeravanje analize na predmet istraživanja koji je „egzaktno određen kao pravo“ (*ibid.*).

⁵³³ *Ibid.* On kaže da se pravo mora „najjasnije odvojiti od prirode“, ali da to nije lak zadatak jer se čini da se pravo „bar jednim delom svog bića“ nalazi u oblasti prirode, odnosno da ima „potpuno prirodnu egzistenciju“. Kelsen dalje objašnjava:

„Ako se, naime, analizuje bilo koje od činjeničnih stanja označenih kao pravo, kao, recimo, neka odluka parlamenta, neki upravni akt, neka sudska presuda, pravni posao, delikt, onda se mogu razlikovati dva elementa: jedan je čulno opažljiv akt koji je sadržan u vremenu i prostoru, neki spoljašnji događaj, većinom ljudsko ponašanje;

Pravna norma je po Kelsenu „kategorija koja nema primene u oblasti prirode“. Za razliku od prostorne i vremenske dimenzije „bivstva“ prirodne stvarnosti, specifična egzistencija pravne norme se određuje pomoću njenog prostornog i vremenskog „važenja“.⁵³⁴

Sa druge strane, pošto je pravo „duhovna, a ne prirodna realnost“, potrebno je odvojiti ga od drugih normativnih duhovnih „fenomena“, a pre svega morala. Kelsen kaže da se zahtev da pravo mora da bude moralno „razume sam po sebi“, ali da se ipak mora odbaciti ideja o tome da je pravo nužno opravdati kao ispravno, odnosno dobro. Naime, ako se pravo shvati kao moralna kategorija, ono „znači koliko i pravda“ – to je „izraz za apsolutno ispravan socijalni poredak, poredak koji svoj cilj savršeno postiže time što sve zadovoljava“.⁵³⁵

Međutim, ako se pravda shvati i kao apsolutna vrednost, onda se njena sadržina ne može odrediti pomoću Čiste teorije prava. Sadržina ideje pravde ima transcendentalni karakter u odnosu na sadržinu prava, ona naime leži sa one strane pravne norme, ona predstavlja neki različit, viši, odnosno idealni normativni poredak, te tako izmiče saznanju pravne nauke.

Ovaj dualizam između prava i pravde zadržava svoj metafizički karakter i koristi se u funkciji opravdavanja prava. Tako, u zavisnosti od ideološkog karaktera „tendencije sa kojom se nastupa“, „optimistično“ ili „konzervativno“ se tvrdi da je pravni poredak u saglasnosti sa idealom pravednog društva, odnosno „pesimistično“ ili „revolucionarno“ se tvrdi da je sa njim u suprotnosti, da mu protivreči ili da ga negira.⁵³⁶

drugi je smisao koji je sadržan u tom aktu ili događaju ili za njih prijanja, neko specifično značenje“ (ibid., p. 12).

⁵³⁴ Pošto norma nije prirodna činjenica, ona sama se ne nalazi u prostoru i vremenu (*ibid.*, p. 14).

⁵³⁵ *Ibid.*, p. 17.

⁵³⁶ Sa stanovišta racionalnog saznanja, kaže Kelsen, postoje samo interesi i sukobi interesa koji se rešavaju na temelju pravnih normi na taj način što se ili „jedan interes zadovoljava protiv drugog, na račun drugog“, ili se „ostvaruje poravnanje, kompromis između suprotnih interesa“. Ako bi, nastavlja on, postojala jedna pravda na koju bi mogli da se pozovemo kad hoćemo da ostvarimo određene interese protiv drugih, onda bi pozitivno pravo izgubilo smisao svog postojanja. Postavljena nasuprot apsolutno dobrom društvenom poretку, delatnost zakonodavca bi u tom slučaju, metaforički se izražavajući, predstavljala „glup pokušaj veštačkog osvetljavanja pri najjasnijoj sunčevoj svetlosti“ (*ibid.*, pp. 18–19).

Čista teorija prava odbija da pođe ovim putem koji vodi van prava, sa one strane pravne norme. Ona ima potrebu da pravo „prikaže onakvim kakvo jeste, ne legitimirajući ga kao pravedno ili diskvalifikujući ga kao nepravedno“. Ona se pita o „stvarnom i mogućnom, a ne o ispravnom pravu“.⁵³⁷

Formalno posmatrano, pravnom normom izražava se jedan normativan stav. Prirodne pojave, nastavlja Kelsen, u sebi sadrže prirodni zakon da ako A jeste, onda B mora da bude, dok pravne norme sadrže normativan stav da ako A jeste, onda B treba da bude.⁵³⁸ Ovaj normativan stav odvojen je tako od sveta prirode, objašnjava on, ali je takođe i ispražnjen od „moralnih ili političkih vrednosti“.⁵³⁹

Sadržinski pak, „specifična razlika prava“ sastoji se u tome što pravna norma naređuje prinudu. Pravna norma je prinudna norma jer za određeno ljudsko ponašanje koje se pravno kvalifikuje kao protivpravno, vezuje reakciju pravnog poretka koja se sastoji u prinudi.⁵⁴⁰

Ovaj „poredak prinude“ može se po Kelsenu razumeti i kao osobena „socijalna tehnika“ koja obezbeđuje poželjno društveno stanje.⁵⁴¹ Među-

⁵³⁷ Kelsen kaže:

„Kao nauka, sebe ne smatra obaveznom ni na šta drugo doli da pozitivno pravo pojmi u njegovoj suštini i da ga razume pomoću analize njegove strukture. Ona naročito odbija da služi bilo kojim političkim interesima na taj način što će im isporučivati ideologije posredstvom kojih se postojeći društveni poredak legitimira ili diskvalifikuje“ (*ibid.*, p. 19).

⁵³⁸ To povezivanje A i B u svetu prava nema značaj povezivanja uzroka i posledice kao kod prirodnih pojava. Tako, kaže Kelsen, „kazna ne dolazi posle delikta kao posledica nekog uzroka; spajanje tih dveju činjeničnih stanja, koje je potpuno različito od kauzalnosti, jeste ono što stvara zakonodavac“ (*ibid.*, p. 22–23).

⁵³⁹ Kelsen zatim dodaje:

„...to ‘trebanje’– kao kategorija prava – znači samo specifičan smisao u kojem pravni uslov i pravna posledica pripadaju jedno drugom u pravnom stavu. Ta kategorija prava... ima čisto formalan karakter. Ona ostaje primenjiva ma koji sadržaj imala tako povezana činjenična stanja, ma koje vrste bili akti koje treba pojmiti kao pravo. Nijednoj društvenoj stvarnosti se, zbog njene sadržinske uobličivosti, ne može osporiti spojivost sa tom kategorijom prava... Upravo time ona čuva svoju radikalnu antiideološku tendenciju; zbog čega baš u ovoj tački nastaje najžešći otpor od strane tradicionalne teorije prava koja teško može da podnese da poredak Sovjetske republike sasvim isto treba, kao pravni poredak, pojmiti kao i poredak fašističke Italije ili poredak demokratsko-kapitalističke Francuske.“ (*ibid.*, p. 24).

⁵⁴⁰ *Ibid.*, pp. 24–25.

⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 26. On ipak priznaje da motiv za postupanje u skladu sa pravnim pravilima nije uvek strah od kazne ili druge pravne reakcije, već da se ljudi pokoravaju

tim, poredak prinude kao socijalna tehnika, sam po sebi takođe je ispranjen od vrednosnih elemenata – on se može upotrebiti za ostvarivanje poželjnog društvenog stanja bilo kog ideološkog sadržaja.⁵⁴²

Pravo, koje je na ovaj način formalno i sadržinski oslobođeno od „etičko-političkih sudova vrednosti“, jeste objektivno i celovit normativan poredak.⁵⁴³ Pravni poredak stoga ne trpi dualizam objektivnog i subjektivnog prava, javnog i privatnog prava ili dualističko razlikovanje države i prava.⁵⁴⁴

Pojam subjektivnog prava, kao što je pravo svojine,⁵⁴⁵ kao ni pojam pravnog subjekta ili lica, ne mogu postojati nezavisno, odvojeno ili iznad objektivnog pravnog poretka. Kelsen kaže da nisu u pravu oni koji objektivnom heteronomnom poretku „normi obvezivanja, čak prinude“, suprotstavljaju svet „slobode u smislu samoodređenja ili autonomije“ lica koje uživa svoja subjektivna prava.⁵⁴⁶

Opšta teorija prava suprotstavlja se ideološki motivisanoj ideji da su privatna, subjektivna prava, nastala pre ili nezavisno od pravnog poretka, da ona sadrže više vrednosti na osnovu kojih se uzdižu iznad pravnog poretka, odnosno da se pojam pravnog poretka postepeno apstrahovanjem izgradio iz shvatanja o postojećim subjektivnim pravima.⁵⁴⁷ Sa dru-

pravu i zbog verskih i moralnih stavova, obzirnosti prema društvenim običajima, odnosno bojazni od društvene „izopštenosti“, kao i zbog nedostatka bilo kakvog podstreka na protivpravno ponašanje (*ibid.*, p. 28).

⁵⁴² Jer, kaže Kelsen, Čista teorija prava „ne posmatra svrhu koja se pravnim poretkom sledi i postiže, ona posmatra jedino sam pravni poredak“ (*ibid.*, pp. 28–29).

⁵⁴³ Čistu teoriju prava Kelsen naziva objektivističko-univerzalističkom, jer se ona „odnosi na celinu prava i nastoji da svaki pojedini fenomen shvati u sistematskoj povezanosti sa svima drugima, da u svakom delu prava shvati funkciju celine prava“, te se zato njeni stavovi mogu označiti i kao „organsko shvatanje prava“ (*ibid.*, p. 45).

⁵⁴⁴ *Ibid.*, p. 33.

⁵⁴⁵ Za pravo svojine, Kelsen kaže da je „prototip“ kategorije subjektivnih prava (*ibid.*, p. 34).

⁵⁴⁶ *Ibid.*, pp. 34–35.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, p. 34. Kelsen smatra da se ideološka funkcija subjektivnih prava sastoji u tome što se pomoću ovih pravnih kategorija pokušava zaštititi od promena pravni poredak koji jemči „instituciju privatne svojine“. U tom smislu, on eksplicitno navodi:

„Misao o jednom pravu koje je različito od objektivnog prava i u svojoj egzistenciji od njega nezavisno, ali koje nije manje, nego je, može biti, čak više 'pravo' od onoga, treba da instituciju privatne svojine zaštititi od ukidanja putem pravnog poretka. Nije teško razumeti zbog čega se ideologija subjektivnog prava vezuje za etičku vrednost individualne slobode, autonomne ličnosti, ako je u tu slobodu svagda uključena i svojina.

ge strane, objašnjava Kelsen, pojam lica, kao i njegova autonomija, pate od svojevrstne pravne „fiktivnosti“. Čak i u kontekstu građanskopravnog ugovora, autonomija lica postoji „samo u vrlo ograničenom i nepravom smislu“. Naime, niko ne može sam sebi priznati prava zbog toga što pravo jednog lica postoji samo ako postoji obaveza drugog lica, a taj pravni odnos nastaje na osnovu saglasnog ispoljavanja njihovih volja i to samo u okviru objektivnog pravnog poretka.⁵⁴⁸

U pravnom odnosu između jednog lica koje ima subjektivno pravo i drugih koji su dužni da to pravo poštuju, nije opravdano prednost dati samo ovlašćenju, a obavezu „tretirati maćehinski“.⁵⁴⁹ Čista teorija prava shvata pravnu obavezu kao „suštinsku funkciju objektivnog prava“. Pravna norma, „pravni stav“ kako kaže Kelsen, nužno i uvek stvara, „statuira“, pravnu obavezu, a nekad i ne nužno, može da stvori i ovlašćenje.⁵⁵⁰

Ovlašćenje, odnosno subjektivno pravo, ne stoji nasuprot objektivnom pravu kao nešto što je od njega nezavisno, jer ono postoji samo „pošto ga i ako ga normira objektivno pravo“.⁵⁵¹ Propisivanje ovlašćenja bi se uz to moglo shvatiti i kao posebna tehnika pravne regulative, kojom se

Poredak koji čoveka ne priznaje kao slobodnu ličnost u tom smislu, a to znači poredak koji ne jamči subjektivno pravo – takav poredak uopšte ne treba smatrati pravnim poretkom“ (ibid., pp. 35–36).

⁵⁴⁸ *Ibid.*, p. 35.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 37. Kelsen objašnjava da ovaj pristup takođe ima naglašen ideološki karakter. Ako se, kaže on, uporno održava shvatanje da je ovlašćenje vlasnika identično subjektivnom pravu, da ono ima primarni karakter, te da nije prost „refleks obaveza drugih“, uprkos izričitom stavu da pravo svojine podrazumeva odnos između vlasnika i svih drugih lica koji imaju obavezu „da vlasniku ne škodi u njegovoj mogućnosti raspolaganja nekom stvari“, onda se to čini zbog toga što se isticanjem vlasti lica prema stvari može prikriti legitimirajuća „socijalnoekonomska funkcija“ ovog shvatanja (*ibid.*, p. 36).

⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 38. Čista teorija prava definiše pravnu obavezu na sledeći način: „čovek je na neko određeno ponašanje pravno obavezan utoliko što je suprotnost toga ponašanja u pravnoj normi propisana kao uslov za neki akt prinude kvalifikovan kao posledica neprava“. Po Kelsenovom shvatanju, na ovaj način se pojam pravne obaveze u potpunosti „emancipuje“ od pojma moralne obaveze.

Nasuprot obavezi, ovlašćenje postoji ako je pravni poredak stavio na raspolaganje sredstva pravne reakcije onome čiji su interesi povređeni postupanjem suprotno predviđenoj obavezi. Doslovno preneto, „ovlašćenje postoji onda kada je među uslove posledice neprava primljena izjava volje onoga ko je činjeničnim stanjem neprava povređen u svojim interesima, izjava volje koja je usmerena na tu posledicu neprava i koja se predaje u formi tužbe ili žalbe“ (*ibid.*, pp. 37–38).

⁵⁵¹ *Ibid.*, p. 38.

pravo može ali i ne mora služiti. Na primer, kaže Kelsen, krivično pravo pokazuje da povređene interese pojedinca i bez njegovog ovlašćenja može efikasno zaštititi sama država na taj način što stavlja „u pokret postupak u kojem treba da se realizuje posledica neprava“, odnosno odredi kazna za nepoštovanje obaveze.⁵⁵²

Međutim, nastavlja on, ono što pravno karakteriše ovlašćenje jeste zapravo to da ono pretpostavlja odobrenje za učešće u stvaranju prava. Naime, tužba ili žalba zbog povrede interesa, odnosno zbog nepostupanja po propisanoj obavezi, „primaju“ se kao suštinski, sastavni deo postupka u kojem se stvara pojedinačna norma sudske odluke u konkretnom slučaju.⁵⁵³

Ovo isto odobrenje za učešće u stvaranju prava vidljivo je i kod tzv. „političkih prava“. Njihovim korišćenjem može se uticati na „stvaranje državne volje“, odnosno može se učestvovati u stvaranju zakona, kao opšteg pojavnog oblika pravnih normi koje sačinjavaju pravni poredak.⁵⁵⁴

Po toj osobenosti i „subjektivno privatno pravo“ može da se shvati kao političko pravo, jer ono takođe omogućava učešće u stvaranju državne volje.⁵⁵⁵ Političko ovlašćenje „u užem smislu“ jemči „sudelovanje“ u stvaranju opšte pravne norme, dok „privatnopravno ovlašćenje“ obezbeđuje „sudelovanje“ u stvaranju pojedinačne norme.⁵⁵⁶

⁵⁵² Kelsen kaže da pravno ovlašćenje implicira „specifičnu tehniku kapitalističkog pravnog poretka“, koji je izgrađen na instituciji privatne svojine i „zato naročito uzima u obzir individualne interese“. Ukidanjem dualizma između subjektivnog i objektivnog prava, vraćanjem pojma ovlašćenja u okvir objektivnog pravnog poretka, odnosno „redukcijom subjektivnog prava na objektivno pravo“, isključuje se i „svaka ideološka zloupotreba“ kategorije ovlašćenja koja je bila istorijski uslovljena „stvaranjem kapitalističkog prava“ (*ibid.*, pp. 38–39).

⁵⁵³ *Ibid.*, p. 39.

⁵⁵⁴ Kad se kaže „državna volja“, onda se misli na personifikaciju pravnog poretka. Ovlašćenje za učešće u stvaranju zakona jeste po Kelsenu „suštinsko obeležje demokratiskog oblika države“, koje se može vršiti neposredno, od strane naroda, ili posredno, putem izabranih predstavnika u parlamentu (*ibid.*, p. 39).

⁵⁵⁵ Ta državna volja, kaže Kelsen, ne izražava se manje u pojedinačnoj normi sudske odluke, nego u opštoj normi zakona. U oba slučaja, korišćenjem ovlašćenja vrši se „funkcija stvaranja prava“ (*ibid.*, p. 40).

⁵⁵⁶ Kelsen zatim zaključuje analizu političkih ovlašćenja sledećim rečima:

„Ako se subjektivno pravo (u smislu ovlašćenja), posmatra kao posebno uobličeno funkcije stvaranja prava, onda sasvim iščezava svaka suprotnost između objektivnog i subjektivnog prava; i onda se posebno jasno pokazuje primarni karakter pravne obaveze u odnosu na sekundarni karakter ovlašćenja. Dok se ona prva pojavljuje kao istinska

Sa druge strane, vraćanjem subjektivnog prava u okvir objektivnog pravnog poretka, „oslobađa se put da se u pojmu pravnog subjekta ili lica prepozna samo jedno veštačko misaono pomagalo“. Naime, izraz „lice“ ne može se svesti na čoveka kao biološko biće, jer ono predstavlja samo „personifikujući jedinstven izraz za svežanj pravnih obaveza i ovlašćenja“.⁵⁵⁷ Dakle, ovaj „svežanj obaveza i ovlašćenja“ nije ništa drugo nego deo objektivnog pravnog poretka.⁵⁵⁸

U skladu sa ovim razumevanjem pojma pravnog subjekta, pravni odnos se može precizno odrediti kao:

„Odnos između dva činjenična stanja, od kojih se jedno sastoji u ljudskom ponašanju statuiranom kao pravna obaveza, a drugo u ljudskom ponašanju statuiranom kao ovlašćenje.“⁵⁵⁹

Pravo, odnosno pravni poredak se tako pokazuje kao celovit sistem posebnih pravnih normi. Mnoštvo pravnih normi čini sistem, odnosno jedinstven poredak, „onda kada se njihovo važenje može svesti na jednu jedinu normu kao poslednju osnovu tog važenja“.⁵⁶⁰

i bezizuzetna funkcija svake pravne norme, ovo drugo se – kao privatnopravno ovlašćenje – pojavljuje ili samo kao institucija kapitalističkog ili – kao ‘političko’ ovlašćenje – samo kao ustanova demokratskog pravnog poretka.“ (ibid., p. 40).

⁵⁵⁷ Kad se kaže „čovek“, onda se ne misli na pravni, već na „biološko-fiziološki pojam“. Pravo ne obuhvata čoveka u ovom njegovom biološko-fiziološkom totalitetu, odnosno ne obuhvata ga u svim njegovim duševnim i telesnim funkcijama. Pravni poredak „statuira“ kao obavezu ili ovlašćenje samo određene ljudske akte. U tom smislu, pomoću pravnog pojma lica izražava se jedinstvo „mnoštva prava i obaveza“, odnosno jedinstvo mnoštva pravnih normi kojima se oni „statuiraju“. Izraz „fizičko lice“ jeste „personifikovani izraz jedinstva normi koje regulišu ponašanje nekog čoveka“ (ibid., pp. 40–41).

⁵⁵⁸ Na ovaj način rešava se i „prividna antinomija između individue i zajednice“. Kelsen kaže:

„Sa stanovišta objektivnog poretka ili zajednice koja je njime konstituisana, uopšte ne postoji samostalna individua... U obzir dolaze samo njeni akti koji sačinjavaju sadržinu tog poretka, to jest akti regulisani tim poretkom; što se može izraziti i rečima: da je individua za to razmatranje egzistentna samo kao nesamostalan sastavni deo zajednice. Individua kao samostalna celina jeste ista ideologija slobode kao i specifična pravna kategorija lica. A kao ova, tako i ona ima funkciju da podigne bedem protiv pretenzija socijalnog poretka koji konstituiše zajednicu, pretenzija koje nisu spojive sa izvesnim interesima i koje idu odveć daleko. Individua koja se prema zajednici nalazi u tobože nerešljivom konfliktu nije ništa drugo nego ideologija u borbi određenih interesa protiv njihovog ograničavanja kolektivnim poretkom.“ (ibid., p. 44).

⁵⁵⁹ Ibid., p. 45.

⁵⁶⁰ Ibid., p. 46.

Osnovna norma pak jeste „osnovno pravilo po kojem se stvaraju norme pravnog poretka“.⁵⁶¹ Pravne norme „ne važe na osnovu svoje sadržine“, jer one mogu imati bilo koju sadržinu.⁵⁶² One se stoga ne mogu logičkom dedukcijom sadržinski izvesti iz osnovne norme, već se moraju formalnopravno stvoriti u postupku „propisivanja“, i to upravo na temelju osnovne norme.⁵⁶³

Osnovna norma jeste „hipotetička osnova“, te u tom smislu, pravni poredak koji počiva na osnovnoj normi važi pod pretpostavkom da ona sama važi. Međutim, kaže Kelsen, osnovna norma ne važi kao pozitivno-pravna norma, jer se ona sama ne stvara u pravnom postupku. „Ona nije postavljena“, već se njeno postojanje pretpostavlja kao uslov propisivanja prava, odnosno kao uslov pozitivnopravnog poretka.⁵⁶⁴

⁵⁶¹ Kelsen kaže da se tu radi o „ustanovljavanju osnovnog činjeničnog stanja stvaranja prava“ (*ibid.*, p. 47).

⁵⁶² Kelsen kaže da ne postoji ljudsko ponašanje koje bi na osnovu svoje sadržine „bilo isključeno da postane sadržina neke pravne norme“. Drugim rečima, kaže on, važenje pravne norme „ne može se dovesti u pitanje“ time što se ističe da njena sadržina ne odgovara nekoj višoj, na primer moralnoj vrednosti.

⁵⁶³ *Ibid.*, p. 47. Osnovnu normu bi trebalo razumeti kao formalnopravni osnov za nastanak ostalih normi u postupku njihovog „propisivanja“, odnosno donošenja ili usvajanja. Pomoću ovog stava moguće je razumeti Kelsenovu tvrdnju da je osnovna norma „polazište jednog postupka“, te da ona ima „sasvim formalno-dinamičan karakter“. Pravo, kaže on, važi samo kao propisano, odnosno pozitivno pravo.

U ovom formalnom elementu se istovremeno vidi i razlika između pozitivnog prava i prirodnog prava. Naime, norme prirodnog prava se mogu na osnovu svoje sadržine dedukcijom izvesti iz osnovne norme koja se smatra samoevidentnom takođe na osnovu svoje sadržine, i to kao izraza božije volje, prirode ili čistog uma. Nasuprot tome, pravne norme se ne mogu dedukcijom izvesti iz osnovne norme, već se mogu samo propisati na osnovu njenog pravnog važenja. Dakle, pravne norme se pravno, a ne logički ili sadržinski izvode iz osnovne norme, jer ona predstavlja formalnopravni osnov za njihovo propisivanje.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 48. Kelsen objašnjava da se u potrazi za osnovnom normom može ići u prošlost, od pozitivnog ustava do istorijski prvog ustava „koji je proglasio neki pojedinačni uzurpator ili nekako stvoren kolegijum“. On zatim kaže:

„Da ono što je istorijski prvi ustavotvorni organ izjavio kao svoju volju koja treba da važi kao norma, to je osnovna pretpostavka od koje polazi svako saznanje pravnog poretka koje počiva na tom ustavu. Prinudu treba propisati pod uslovom i na način koji određuje prvi ustavotvorac ili instance koje je on delegirao: to je šematska formulacija osnovne norme nekog pravnog poretka (u smislu pravnog poretka kakve pojedine države, o kojem je ovde ponajpre jedino reč).“

Par pasusa nakon toga, Kelsen objašnjava da značaj osnovne norme postaje vidljiv u revolucionarnom stvaranju novog pravnog poretka. Kad stari poredak prestane da

Sistem pozitivnog prava pretpostavlja hijerarhičnost, odnosno „stup-njevitost“ poretka različitih slojeva pravnih normi, među kojima postoji odnos, „prostorna slika“ kako kaže Kelsen, nadređenosti i podređenosti. Pravo naime, reguliše sopstveno stvaranje, „i to na taj način što jedna norma reguliše postupak u kojem se stvara druga norma, a – u različitom stepenu – i sadržinu norme koju treba stvoriti“.⁵⁶⁵ Pozitivnopravno posmatrano, viša pravna norma predstavlja pravni osnov, ili „osnov va-ženja“, kako se izražava Kelsen, za propisivanje, odnosno stvaranje niže pravne norme.⁵⁶⁶

Jedno od ključnih pitanja koje se vezuje za ovaj proces „samostvara-nja prava“ jeste ono koje se odnosi na „različite metode stvaranja prava“, odnosno na to ko je ovlašćen da stvara, odnosno učestvuje u stvaranju prava. Dakle, potrebno je razmotriti da li je čovek koga pravna norma

postoji, a novi „počne da bude delotvoran“, onda se pretpostavlja „jedna nova osnovna norma“, koja više ne „delegira“ na primer monarha kao autoritet koji stvara pravo, već samo revolucionarnu vladu. Sadržina pak ove osnovne norme „ravnace se“ prema onom „činjeničnom stanju u kojem se stvara taj poredak kojem do izvesnog stepena odgovara stvarno ponašanje ljudi na koje se on odnosi“ (*ibid.*, pp. 48–49).

⁵⁶⁵ U tom smislu, pravo zadržava osnovnu odliku samoreferentnog sistema. Ova osobenost prava kasnije će u toku XX veka biti prihvaćena kao osnova za izgradnju tzv. „teorije sistema“. V. više o tome kod Jurgen Habermas, *op. cit.*, pp. 49 i dalje.

⁵⁶⁶ Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 52. Dakle, pravna norma niže pravne snage, ne može biti stvorena bez oslonca na sadržinu pravne norme više pravne snage. Ako materijalno-pravno i formalnopravno viša pravna norma ne dozvoljava stvaranje norme niže pravne snage, onda ona pravno ne može da nastane. Kelsen objašnjava ovaj pravni fenomen na primeru samog ustava zemlje, na sledeći način:

„Pod pretpostavkom osnovne norme...pozitivnopravno najviši stupanj predstavlja ustav – uzet u materijalnom smislu reči – čija se suštinska funkcija sastoji u tome da odredi i sadržinu budućih zakona; i pozitivni ustavi čine to ne retko tako što izvesne sadržaje propisuju ili isključuju. U prvom slučaju, većinom postoji samo obećanje zakona koje treba doneti, pošto se već iz pravno-tehničkih razloga za izostanak zakona propisane sadržine ne može valjano vezati sankcija. Nasuprot tome, ustavom se delotvornije mogu sprečiti zakoni određene sadržine. Katalog osnovnih sloboda i prava, koji čini tipičan sastavni deo modernih ustava, u suštini nije ništa drugo nego jedno takvo negativno određenje. Ustavno jemčenje jednakosti pred zakonom ili slobode ličnosti, savesti itd, nije ništa drugo nego zabrana onih zakona koji podanike u izvesnim odnosima tretiraju nejednako ili zadiru u neku određenu sferu slobode. Takve zabrane mogu se pravno-tehnički učiniti delotvornim time što će se donošenje protivustavnog zakona staviti pod ličnu odgovornost određenih organa koji učestvuju u tom donošenju – šefa države, ministara – ili će biti data mogućnost osporavanja i ukidanja takvih zakona.“ (*ibid.*, p. 53).

obavezuje, ovlašćen da učestvuje u njenom stvaranju, ili se pravno obavezivanje čoveka vrši bez ili suprotno njegovoj volji.⁵⁶⁷

Na temelju ovog razlikovanja položaja čoveka, razvio se dualizam javnog i privatnog prava. Sa jedne strane, pravni poredak priznaje suverenim državnim organima ovlašćenje, odnosno „sposobnost“ kako Kelsen kaže, da „podanike obavezuju jednostranom izjavom volje (zapovešću)“.⁵⁶⁸ Sa druge strane, u ugovornom odnosu, ili u pravnom poslu privatnog prava uopšte, pojedinačna norma koja obavezuje stvara se na osnovu učesća onih koji zaključuju ugovor, odnosno ulaze u pravni odnos.⁵⁶⁹

Međutim, u razlici između javnog i privatnog prava, Čista teorija prava vidi samo razliku između dva metoda stvaranja prava putem individualizacije opštih zakonskih normi koje su sadržane jednom u „upravnom zakonu“, drugi put u „građanskom zakoniku“. Sa univerzalističkog stanovišta „koje je usmereno na celinu pravnog poretka kao na takozvanu volju države“, privatni pravni posao i državna zapovest jesu zajedno „jedno činjenično stanje stvaranja prava koje se može uračunati jedinstvu pravnog poretka“.⁵⁷⁰

⁵⁶⁷ Kelsen kaže da se kod ovog pitanja radi o pojavnj razlici koja se obično označava kao autonomija i heteronomija, odnosno razlika između demokratije i autokratije, ili republike i monarhije (*ibid.*, p. 71).

⁵⁶⁸ *Ibid.*, p. 72. Tipičan primer ovog javnopravnog odnosa je „upravna zapovest“, odnosno odluka organa uprave kojom se „adresat norme pravno obavezuje na ponašanje saobrazno zapovesti“. Odnos između države i podanika, objašnjava Kelsen, jeste tipičan javnopravni odnos, jer pretpostavlja odnos između nadređenog i podređenog pravnog subjekta (*ibid.*).

⁵⁶⁹ *Ibid.*, p. 72. Privatno pravo pretpostavlja odnos između koordinisanih, „pravno jednako vrednih subjekata“. U tom smislu, kaže Kelsen, ovaj odnos se označava i kao pravi, istinski „pravni odnos“, suprotstavljen javnopravnom odnosu „vlasti“ ili „vladavine“. Naime, kod javnopravne zapovesti, obavezani subjekat nema nikakvog udela u stvaranju obavezujuće norme, te je to, kaže Kelsen, tipičan slučaj „autokratskog“ stvaranja prava. Privatnopravni ugovor, nasuprot tome, „predstavlja izrazito demokratski metod stvaranja prava“ (*ibid.*, pp. 72–73).

⁵⁷⁰ *Ibid.*, p. 73. Na taj način, kaže Kelsen, Čista teorija prava relativizuje ovaj dualizam i razliku između javnog i privatnog prava pretvara iz ekstrasistemske razlike između prava i neprava, odnosno između prava i države, u intrasistemske razliku u metodologiji stvaranja prava unutar jedinstvenog pravnog poretka. Nekoliko pasusa kasnije, a na osnovu ovih metodoloških postavki, Kelsen ponovo objašnjava ideju da i privatna prava imaju karakter političkih prava. On kaže:

„Već je...pokazano da čitava ta suprotnost između ‘političkoga’ i ‘privatnoga’ ne postoji na području subjektivnog prava, da su privatna prava u istom smislu politička

Dualizam javnog i privatnog prava pretpostavlja takođe dualizam države i prava. Kao što teorija privatnog prava vidi pojedinca sa njegovim subjektivnim pravima kao nešto što „logički i vremenski prethodi objektivnom pravu“, tako i teorija državnog prava „prihvata“ da je država „kao subjekat htenja i delanja“, nezavisna od prava i da je čak nastala pre nje-ga.⁵⁷¹ Ideološka funkcija ovog stava ima „izvanredan značaj“ sa stanovišta pravnog opravdanja države.

Tako, država se shvata kao različita od prava kako bi se opravdala pravom koje sama stvara. Pravo, kaže Kelsen, može da opravda državu ako se razume kao ispravan i pravedan poredak koji je suštinski različit od države i suprotan njenoj „izvornoj prirodi“, odnosno samoj vlasti. Stvaranjem prava i na osnovu njega, država se od „pukog fakta sile“ pretvara u pravnu državu.⁵⁷²

Međutim, Čista teorija prava shvata državu kao pravni poredak prinude.⁵⁷³ Država se može označiti kao pravni poredak kad pravo „zarad stvaranja i izvršenja normi koje ga čine, ustanovi izvesne organe koji funkcionišu na osnovu podele rada“.⁵⁷⁴ Sve dok iznad državnog pravnog

prava kao i ona koja se, obično, jedino tako označavaju, pošto i jedna i druga, iako na različit način, dopuštaju učešće u stvaranju državne volje, a to znači u političkoj vlasti. Principijelnim razlikovanjem između jedne sfere, to jest političke, i jedne privatne, to jest nepolitičke, pravne sfere, treba da se spreči saznanje da 'privatno' pravo koje je stvoreno u ugovoru o pravnom poslu nije manje poprište političke vlasti nego javno pravo koje je stvoreno u zakonodavstvu i upravi. Ono što nazivamo privatnim pravom jeste, posmatrano sa stanovišta funkcije koju taj deo pravnog poretka ima u sklopu celine prava, samo posebna, kapitalističkom privrednom poretku odgovarajuća pravna forma ekonomske proizvodnje i raspodele proizvoda; dakle, jedna eminentno politička funkcija, funkcija vlasti. Socijalističkom privrednom poretku bila bi adekvatna drukčija pravna forma, ne autonomno-demokratska, kakvu predstavlja današnje privatno pravo, nego – verovatno – heteronomno-autokratska, pravna forma koja bi bila bliža pravnoj formi našeg današnjeg upravnog prava. Da li bi to bilo bolja ili pravednija forma regulisanja, ostaje ovde otvoreno. To Čista teorija prava neće i ne može da odluči“ (ibid., pp. 74–75).

⁵⁷¹ Ibid., p. 76.

⁵⁷² Ibid., p. 77.

⁵⁷³ Ibid. Kelsen kaže:

„Saznanje države koje je oslobođeno od ideologije i time od svake metafizike ne može se drugačije dokopati njene suštine nego tako što će tu socijalnu tvorevinu pojmiti kao poredak ljudskog ponašanja. Bliže istraživanje pokazuje da je to socijalni poredak prinude i da taj poredak prinude mora biti identičan sa pravnim poretkom, pošto su to isti akti prinude koji karakterišu oba ta poretka i pošto jednu te istu socijalnu zajednicu ne mogu konstituisati dva različita poretka.“ (ibid.).

⁵⁷⁴ Ibid.

poretka, zaključuje Kelsen, „nema još nikakvog višeg, sama je država najviši, suvereni pravni poredak ili pravna zajednica“.⁵⁷⁵

Tako, čini se da je Kelsenova teorija sama po sebi jedno izvanredno pravno dostignuće. Uporna u oslobađanju od nepravinih elemenata, ona odgovara na pravna pitanja koristeći se pojmovima i kategorijama samog prava. Kelsen izgrađuje teoriju prava, odnosno nauku o pravu kako bi to on sam rekao, kao autonomnu disciplinu koja je sposobna da se samostalno bavi svojim predmetom, bez pomoći drugih teorijskih, odnosno naučnih disciplina.⁵⁷⁶

Put ka ostvarenju „svetog“ cilja apsolutne samorefleksije prava, za Čistu teoriju prava bio je ipak opterećen, sa jedne strane, nedovoljno preciznim razlikovanjem samog prava, što je rezultiralo teorijski netačnim, odnosno neodrživim tvrdnjama. Naime, u pokušaju da odvoji pravo od materijalnih stvari, odnosno prirode, kako je to sam govorio, Kelsen je očiglednu razliku između dva sveta, čak i u vezi sa svojim ključnim teorijskim stavovima, nekad propuštao da vidi ili naglasi.⁵⁷⁷

⁵⁷⁵ *Ibid.*, p. 78. Osim toga, kaže Kelsen, pokazuje se da se sama država svodi na pravni poredak i po tome „što se svaka manifestacija državnog života, svaki akt države“, ne može shvatiti drugačije nego kao pravni akt stvaranja ili izvršavanja pravnih normi (*ibid.*, pp. 78–79). Najzad, među poslednje Kelsenove refleksije o dualizmu države i prava ubrajaju se i sledeće dve rečenice:

„Posmatran sa saznanjoteorijskog stanovišta, dualizam lica države i pravnog poretka dolazi tada u paralelu sa jednako protivrečnim dualizmom Boga i sveta. Pravnodržavnopolitička ideologija pojavljuje se samo kao položnica i zamena teološko-relijijske ideologije koja je s njom podudarna u svim suštinskim tačkama“ (*ibid.*, p. 82).

⁵⁷⁶ Pravno-teorijski imperativ koji nalaže da se pravo mora objasniti samim pravom, a ne nečim što je vanpravno, što se nalazi sa one strane prava, jeste ključni dogmatski argument Čiste teorije prava. Protiv ovog argumenta nije moguće teorijski ustati iznutra, „intrasistemski“ kako Kelsen kaže, odnosno iz pozitivnopravne pozicije. Da bi se on pobio, potrebno je izaći izvan prava, čime se zapravo samo potvrđuje njegova teorijska validnost.

Tako, moguće je tvrditi da Kelsenov anti-ideološki stav o pravu otkriva njegovu ideološku poziciju. Zaista, svako protivljenje mešanju ideologije i prava u sebi sadrži tom protivljenju imanentan ideološki stav. Drugim rečima, kad Kelsen kaže da on odbija da prekorači granicu koja deli svet prava od sveta drugih normativnih, odnosno vrednosnih sistema, onda on time izražava jedan po sebi ideološki stav. Međutim, ova ideološka pozicija se savršeno ne tiče Čiste teorije prava, jer od nje ne zavisi razumevanje samog prava. U tom smislu, Čista teorija prava bi mogla da bude ugrožena samo ako se pokaže da pravno nije moguće objasniti pravo, odnosno da je za razumevanje prava neophodno koristiti vanpravne stavove.

⁵⁷⁷ Već na samom početku teksta, vidljivo je da Kelsenova linija razgraničenja nije sasvim oštra. On kaže: „Pravo je društveni fenomen, a društvo je predmet potpuno različan od prirode“. Ako se međutim uzme u obzir činjenica da pravo jeste istinski

Slično tome, u nekim delovima Čiste teorije prava, razlika između prava i ideologije i drugih „duhovnih fenomena“, sasvim se gubi ili postaje slabo vidljiva.⁵⁷⁸ Sa druge strane, sam Kelsen je patio od naučnog voluntarizma, osobenosti koja je često svojstvena onim teoretičarima koji

„društveni fenomen“, jer ne postoji van društva, ali da društvo nije „potpuno“ različito od prirode, jer je pojam društva nezamisliv bez ljudi i ostalih materijalnih, odnosno „prirodnih“ elemenata koji ga čine, onda se Kelsenovo insistiranje na razgraničenju dva sveta inicijalno može samo naslutiti, ali se ne može najbolje razumeti.

Nekad se čini da je ovaj nedostatak pouzdanog teorijskog zaključivanja prouzrokovao samo nesrećnim izborom reči, odnosno upotrebom neadekvatne terminologije, te da se ne radi o stvarnom, suštinskom nedostatku. Tako, Kelsen na početku teksta pokušava da učini vidljivom razliku između prava i materijalnog sveta njegovog stvaranja, te u svoju analizu unosi tvrdnju da je potrebno poći od odluke parlamenta, upravnog akta ili sudske presude kao „činjeničnog stanja označenog kao pravo“.

Naravno, u brojnim stavovima Kelsen nedvosmisleno i precizno razlikuje dva sveta, kao kad kaže da pravna norma nije prirodna činjenica. Međutim, u objašnjavanju nekih drugih ključnih pravnih pojmova, konfuzan stav se ponovo pojavljuje. Tako, on definiše pravni odnos kao odnos između dva „činjenična stanja“, i to ljudskog ponašanja koje je statuirano kao obaveza, kao i ljudskog ponašanja koje je statuirano kao ovlašćenje. U tom kontekstu, on kaže da pravni poredak „statuira“ akte čoveka kao obavezu ili ovlašćenje, te da akti čoveka sačinjavaju sadržinu pravnog poretka, odnosno da su njime regulisani.

Čak i prilikom određivanja pojma „osnovne norme“, Kelsen alternativno koristi dva stava. Po jednom, radi se o osnovnom pravilu po kojem se stvaraju pravne norme, ali po drugom, radi se o „ustanovljavanju činjeničnog stanja stvaranja prava“. Pri kraju teksta, on objašnjava privatnopravni ugovor i državnu zapovest takođe kao činjenično stanje stvaranja prava koje se može uračunati jedinstvu pravnog poretka.

⁵⁷⁸ Dok bezbrižno prihvata ideološku poziciju „po sebi“, koja, kao što je već navedeno, ne ruši Čistu teoriju prava iznutra, Kelsen u nekim delovima teksta ipak zauzima i ideološku poziciju „za sebe“, koju čini se nije lako razumeti iz perspektive njegovog načelnog antiideološkog pristupa. Tako, na samom početku teksta, Kelsen se bavi razlikom između prava i morala. On kaže da moral ne može da legitimise, odnosno opravda pravo, kao što ne može ni da mu oduzme legitimnost, odnosno da ga moralno opovrgne i to pre svega, zato što moralni ideali, na primer pravde, leže sa one strane prava, izvan pravnog poretka. Međutim, on istovremeno priznaje da se zahtev da pravo bude moralno, „razume sam po sebi“. Pravo se može shvatiti kao izraz za apsolutno ispravan socijalni poredak i to zbog toga što svoj cilj savršeno postiže time što sve zadovoljava, što ga po Kelsenu izjednačava sa idealom pravednog.

U objašnjavanju nekih pravnih fenomena, Kelsen takođe uvodi vanpravne, „ideološke“ stavove. Tako, kad govori o pravu kao poretku prinude, on kaže da se pravo može razumeti i kao socijalna tehnika kojom se obezbeđuje poželjno društveno stanje. Koje je to poželjno stanje, kaže on, to Čistu teoriju prava ne zanima. Međutim, kad se radi o funkcionisanju te socijalne tehnike, o tome kako ona postiže to poželjno stanje, Kelsen odgovara da se ovo delovanje prava ne može objasniti samo strahom od kažnja-

su dovoljno hrabri da pokušaju da izgrade svoj „sistem“, da jedinstvenim pogledom obuhvate celokupan predmet svog istraživanja i koji se zbog toga nazivaju najveći.⁵⁷⁹

vanja, već i verskim i moralnim stavovima pojedinaca, njihovom obzirnošću prema društvenim običajima, kao i nedostatkom podstreka na protivpravno ponašanje.

Neki pravni fenomeni objašnjavaju se na metodološki protivrečan način. Tako se obaveza pravno shvata kao nužna, „bezizuzetna funkcija“ svake pravne norme, dok se ovlašćenje vanpravno razume kao „institucija“ kapitalističkog sistema ili kao „ustanova demokratskog pravnog poretka“. Metodološka protivrečnost u zaključivanju primetna je i u određivanju osnovne norme. Ona se razume kao „osnovno pravilo po kojem se stvaraju norme pravnog poretka“, kao formalnopravni osnov za nastanak ostalih normi. Osnovna norma je polazište postupka stvaranja pravnih normi, ona ima formalno-dinamičan karakter, dakle, na osnovu njenog pravnog važenja, propisuju se, nastaju, druge pravne norme.

Međutim, kaže Kelsen, osnovna norma ne važi kao pozitivnopravna norma jer ona sama nije stvorena u pravnom postupku. Ona naime, nije postavljena, već pretpostavljena kao uslov pozitivnopravnog poretka. U tom smislu, ona je hipotetička osnova pravnog poretka. Ona je naučna hipoteza jer nauka o pravu ne može pravno da je objasni, te tako mora da se zadovolji time što je samo pretpostavlja.

Na ovaj način se već na nivou naučne hipoteze eksplicitno izlazi iz sveta prava, te se ceo pravni poredak objašnjava osnovnom normom koja nije nužan sastavni deo tog poretka, već dolazi izvan prava. Dakle, pravni poredak nastaje na temelju nečega što nije sasvim pravno, odnosno nije uopšte pozitivnopravno.

Pitanja pak o tome koja je sadržina ove osnovne norme, kao i o načinu na koji je ona nastala, vode Čistu teoriju sve dalje od samog prava. Tako, Kelsen objašnjava da se u traganju za sadržajem osnovne norme mora ići do istorijski prvog ustava, a zatim izaći van prava da bi se došlo do „volje“ prvog ustavotvornog organa, nekog uzurpatora, nekako stvorenog kolegijalnog organa, odnosno revolucionarne vlade, na temelju koje volje se zapravo stvara pravni poredak. Na taj način se čini ne samo formalan, već i sadržinski odlučujući iskorak izvan prava u objašnjavanju samog prava, što samo po sebi nije dogmatski, odnosno metodološki opravdano.

⁵⁷⁹ Tehnika naučnog voluntarizma može se sastojati u svesnom metodološki pogrešnom izboru predmeta istraživanja ili pojedinih njegovih aspekata, odnosno perspektiva njegovog posmatranja, a u cilju dokazivanja jedne tvrdnje. Tako, da bi „naučno“ utemeljio svoj stav, Kelsen nekad neopravdano prelazi sa jednog na drugi nivo apstrakcije pravnog mišljanja. Na primer, kad se bavi određivanjem suštine prava i pravne norme, on uživa u nadmoći svog aspraktnog mišljenja, te ističe da je ono „trebanje“ koje definiše pravo, zajedničko za svaki pravni poredak, te da je do te mere ispražnjeno od ideoloških elemenata, da je Čistoj teoriji potpuno svejedno da li se radi o „trebanju“ pravnog poretka komunističkog Sovjetskog Saveza, fašističke Italije ili demokratske Francuske.

Međutim, kad je potrebno objasniti princip hijerarhičnosti pozitivnog prava, odnosno sistem hijerarhije pravnih akata, a posebno to da najviši pravni akt određuje sadržinu zakona i drugih nižih pravnih akata, onda se Kelsen spušta na nivo pravnog

Ipak, čini se da se jedan od najneobičnijih Kelsenovih metodoloških propusta sastoji u tome što on nije na opšti način odredio prirodu prava kao duhovne tvorevine, odnosno tvorevine volje, koja nikad nema materijalni, već uvek i samo idealni karakter.⁵⁸⁰ Pravo je naime, čista duhovna

poretka ustavnih demokratija, i to samo zbog toga što je pravno nemoguće objasniti kako ustavne garancije ljudskih prava mogu da zabrane bilo šta zakonodavcu i drugim državnim organima u komunističkom ili fašističkom pravnom poretku.

Slično tome, niz tvrdnji u vezi sa subjektivnim pravima i ovlašćenjima „dokazuju“ se tako što se iz čitavog korpusa garancija ljudskih prava prvo izdvajaju dva prava, pravo svojine i pravo na učešće u izborima. Zatim se ovlašćenje vlasnika stvari vezuje samo za pravnu reakciju na povredu njegovog interesa. U tom smislu, ovlašćenje se shvata kao izjava volje koja se u slučaju povrede interesa predaje u formi žalbe ili tužbe. Ostaje pri tom otvoreno pitanje šta je sa ovlašćenjima vlasnika pre nego što pretrpi povredu svojih interesa, na primer da koristi stvar ili da sa njom raspolaze, da li ona pravno postoje ili se ovlašćenja vlasnika iscrpljuju u pravu na pravnu zaštitu njegovog imovinskog interesa.

Najzad, da bi se pokazalo da je svako ovlašćenje zapravo političko pravo, jer pretpostavlja pravo na učešće u stvaranju prava, biračko pravo se izjednačava sa pravom na podnošenje žalbe ili tužbe zbog povrede imovinskog interesa. Međutim, samo biračko pravo se ne vezuje za povredu prava i njegovu zaštitu, već se posmatra isključivo kao materijalnopravno ovlašćenje da se bira, odnosno bude biran za predstavnika vlasti. Tako se sadržaj ovlašćenja dva prava metodološki pogrešno i teorijski samovoljno određuje jednom nakon povrede zaštićenog interesa, a drugi put nezavisno od akta povrede.

Pri tom naravno, ostaje otvoreno i pitanje ostalih subjektivnih prava, recimo slobode ličnosti i slobode savesti, koje Kelsen u drugom delu teksta i drugim povodom izričito pominje – da li se i ova prava mogu nazvati političkim pravima, i ako mogu, da li u svom osnovnom materijalnopravnom ili samo u pravnozaštitnom aspektu, odnosno da li se ona pravno priznaju tek pošto je došlo do njihove povrede ili i pre toga.

⁵⁸⁰ Na samom početku teksta, Kelsen doduše kaže da je pravo „duhovna realnost“, ali to određenje nije potpuno jer se iz njega ne vidi sasvim precizno specifičnost prava, a naime da se radi o duhovnoj tvorevini čoveka, proizvodu ljudskog duha, odnosno čovečije volje. Ako već postoji potreba da se pravo odvoji od drugih normativnih tvorevina, za koje se često kaže da su nastale Božijom voljom, nužnošću prirodnih zakona ili njihovom kombinacijom, onda je na prvom mestu važno uputiti na to da je pravo proizvod ljudskog duha.

Sa druge strane, Kelsen je takođe propustio priliku da pravo odredi kao idealnu, a ne ideološku tvorevinu. Tako, Kelsen na jednom mestu analizira odnos između prava kao normativnog poretka i „realnosti stvarnog događanja“ (*ibid.*, p. 31). On kaže da bi u tom odnosu materijalni svet trebalo da odgovara nalogu normativnog sveta, a onda na eksplicitan način zaključuje da se zbog toga pravo može kvalifikovati kao „ideologija“. Umesto da podvuče jasnu razliku između materijalnog sveta i idealnog sveta pravnih normi pomoću kojih se taj materijalni svet normativno uređuje, i na taj način ostane veran svojoj antiideološkoj poziciji, Kelsen se odlučuje za idejno konfuzno i teorijski neproduktivno izjednačavanje prava i ideologije.

tvorevina koja nema egzistenciju u materijalnom svetu. Kao i neke druge vrste duhovnih tvorevina, na primer muzika ili poezija, pravo je idealnog, a ne materijalnog karaktera.⁵⁸¹ Osim toga, ono sa drugim normativnim sistemima, kao što je moralno ili versko učenje, politička ideologija i sl, takođe deli istu prirodu idealne pojave.⁵⁸²

⁵⁸¹ To ne znači da pravo, kao što je to slučaj i sa ostalim duhovnim tvorevinama, ne može biti zapisano na nekoj materijalnoj podlozi, odnosno oblikovano u njoj, već samo to da ono postoji nezavisno od materijala u koji je upisan sadržaj pravnih normi. Dakle, za pravilno razumevanje i primenu prava, od odlučujućeg značaja je da se dva sveta, svet prava i materijalni svet, drže što je moguće dalje jedan od drugog. Na taj način se lako izbegava njihovo mešanje, te će se tako u raspravi i glasanju o jednom zakonu, videti samo pravom uređen potupak usvajanja zakona, dok će se tek u tekstu usvojenog i objavljenog zakona videti pravo koje je u njemu sadržano. Slično tome, privatnopravni ugovor i državna zapovest neće se razumeti kao „činjenično stanje stvaranja prava“, već kao samo pravo, a obaveza i ovlašćenje se neće shvatati kao činjenična stanja ili ljudska ponašanja, već kao pravne norme koje se primenjuju na ljudsko ponašanje i sl.

Nema teorijske prepreke da se u tom smislu i osnovna norma shvati kao pravo, a ne kao deo vanpravnog sveta, kao činjenica volje ili kao „ustanovljavanje činjeničnog stanja stvaranja prava“. Volja koja je u nju upisana mora imati normativan karakter, što proizlazi iz Kelsenovog učenja o osnovnoj normi, dok formu te volje ne mora da čini jednostrana izjava uzurpatora ili revolucionara, već ona takođe može da predstavlja i izraz volja onih koji samostalno i sporazumno formiraju političku zajednicu u kojoj nameravaju da žive. Taj sporazum postao bi tako zajednička normativna duhovna tvorevina onih koji su mu pristupili, baš kao što je građanskopravni ugovor zajednička normativna duhovna tvorevina njegovih autora.

U tom smislu, i sam Kelsen je razmišljao o paraleli između društvenog ugovora i osnovne norme (v. o tome, kao i o posebnim tumačenjima osnovne norme, ali i o tome kako je Kelsen došao do ideje o osnovnoj normi, kod Robert Valter, „*Tri priloga Čistoj teoriji prava*“, prevod: Danilo N. Basta, 1999).

⁵⁸² Razumevanje prava kao normativne duhovne tvorevine, pretpostavlja egzistenciju drugih sličnih tvorevina. Pluralitet normativnih stavova u ljudskom društvu se ne može izbeći – on postoji zbog toga što ljudi imaju potrebu da stvaraju normativne duhovne tvorevine, moralne, verske, političko-ideološke, lične i sl.

Međutim, to ne znači da je u raspravama o pravu, pravna teorija nužno upućena na ove druge normativne sisteme. Činjenica da je sadržina pravne norme identična, različita ili suprotna sadržini neke vanpravne norme, sama po sebi ne oduzima teoriji prava predmet njenog istraživanja. U vezi sa jednom normom, ona tu činjenicu može da potvrdi, ali može od nje i da apstrahuje.

Predmet istraživanja teorije prava je nužno pravni poredak, odnosno pravne kategorije. Dokle god može pravno da objasni predmet svog istraživanja bez pomoći drugih normativnih sistema, teorija prava zadržava svoj apsolutno autonomni karakter. Ako je pak u objašnjavanju prava prinuđena da se izuzetno veže za vanpravne sadržaje, na primer religijske, moralne, političke i sl, onda ona zadržava relativno autonoman karakter.

Međutim, ono po čemu je Čista teorija prava značajna sa stanovišta ljudskih prava, jeste to što ona u sebi sadrži sve one elemente koji su potrebni za pozitivnopravno utemeljenje ljudskih prava. Tako, kao što je već pokazano, Kelsen govori o tome da je pozitivnopravni poredak apsolutno pravedan po sebi, jer ima kapacitet da zadovolji sve, ističe ovlašćenja pojedinaца da učestvuju u stvaranju opštih i pojedinačnih normi pravnog poretka, zatim objašnjava da pravni poredak nastaje iz akta volje i tumači državu kao sastavni deo tog pravnog poretka, a ne nadpravnu vlast, te najzad, razume ustavnu demokratiju kao poredak koji državi zabranjuje da povređuje ustavna jemstva prava i sloboda.

Ako se ovo njegovo učenje uporedi sa drugim, ranijim „čistim“ teorijama prava i države, onda se uviđa do koje mere se Kelsen približio mogućnosti pozitivnopravnog utemeljenja ljudskih prava.

b) Austinova „čista“ teorija države

Stotinak godina pre Kelsena, engleski pravni filozof John Austin, u delu „*The Province of Jurisprudence Determined*“, razvija svoju analitičku teoriju prava i države.⁵⁸³ Austin barata pojmom „pozitivno pravo“ već od samog početka teksta,⁵⁸⁴ te ističe da se mora razlikovati „nauka o pravu kakvo ono jeste“ od „nauke o pravu kakvo bi ono trebalo da bude“, koja predstavlja samo jedno odeljenje „nauke o etici“.⁵⁸⁵

Pri određivanju pojma „pozitivno pravo“, kaže Austin, implicitno se određuje i pojam suverenosti, zajedno sa njemu pripadajućim pojmom

⁵⁸³ John Austin, *op. cit.*; U predgovoru Austinove knjige objavljene 1971. godine, H. L. A. Hart ističe teorijsku vezu između njegovog i potonjeg Kelsenovog učenja (*ibid.*, pp. xi i xvii). Vidi više o Austinovom učenju kod Dušan Vranjanac, „*Džon Ostin, Imperativni model pravnog pozitivizma*“, 2000.

⁵⁸⁴ John Austin, *op. cit.*, p. 1.

⁵⁸⁵ Nauku o pravu kakvo ono jeste, Austin naziva „*the science of jurisprudence*“, a nauku o pravu kakvo bi ono trebalo da bude, „*the science of legislation*“ (*ibid.*, p. 6). Interesantno je da je Kant u svom delu iz 1796. godine, „*The Philosophy of Law: An Exposition of the Fundamental Principles of Jurisprudence as the Science of Right*“, (trans. W. Hastie, 1887), praktičnom znanju advokata i pravnika uopšte o pozitivnom pravu, koje je nazivao „*jurisprudentia*“, pretpostavljao „čistu“ Nauku o pravu („*jurisscientia*“), koja se bavi filozofskim i sistemskim znanjima i iz koje svi principi pozitivnog prava moraju biti izvedeni od strane pravnika praktičara (p. 43). U daljem tekstu će se koristiti prevod glavnog naslova ovog Kantovog dela na srpski jezik, te će se na njega upućivati kao na „*Filozofiju prava*“.

nezavisne političke zajednice. Tako, pozitivno pravo se definiše na sledeći način:

*„Svako pozitivno pravo ili svako pravo jednostavno i striktno tako nazvano, ustanovljeno je od strane suverene osobe ili suverenog tela osoba, prema članu ili članovima nezavisne političke zajednice u kojoj je ta osoba ili telo suvereno ili vrhovno. Ili (menjajući izraz) ono je ustanovljeno od strane monarha ili suverenog broja [osoba], prema osobi ili osobama [koje su] u odnosu podaništva prema njegovom tvorcu.“*⁵⁸⁶

Ideja prava podrazumeva dakle, odnos moći između politički „superiornih“ i politički „inferiornih“ članova nezavisne političke zajednice. Najopštije posmatrano, kaže Austin, pravo je pravilo kojim se rukovodi inteligentno biće i koje je postavljeno od strane inteligentnog bića koje ima moć nad njim. Pravila pozitivnog prava ustanovljena su od strane politički superiornih, suverenih, odnosno onih koji vrše vrhovnu vlast u nezavisnoj političkoj zajednici.⁵⁸⁷

Odnos superiornosti se shvata kao odnos moći. Ko god može da obaveže druge da postupaju po njegovoj volji, taj je superioran u odnosu na te druge. Pojam superiornosti, kao uostalom i pojam obaveze i sankcije, sadržan je u pojmu naredbe. Jer, objašnjava Austin, superiornost je moć da se ishodi postupanje na osnovu volje. Taj izraz volje, zajedno sa moći i ciljem njenog sprovođenja, čine konstitutivne elemente naredbe.⁵⁸⁸ U tom smislu, pravo bi se moglo smatrati vrstom naredbi.⁵⁸⁹

Jedino je moć ili superiornost Boga apsolutnog karaktera. Božije zakone daje sam Bog svojim ljudskim bićima.⁵⁹⁰ Neki od ovih zakona su otkriveni ili proglašeni, i to putem „reči Božije“, odnosno jezikom ljudi. Drugi Božiji zakoni i njihova pravila moraju se otkriti u „prirodnom pravu“, „zakonu prirode“, „zakonima koji se pokazuju ljudima putem pri-

⁵⁸⁶ John Austin, *op. cit.*, p. 9.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, pp. 9–11. Austin naglašava značaj kategorije inteligentnog bića za razumevanje prava, te kaže da kad inteligencije nema ili je suviše ograničena da bi se mogla nazvati razumom, kao što je to slučaj kod biljnog i životinjskog sveta, ne postoje uslovi za primenu prava (*ibid.*, p. 12).

⁵⁸⁸ *Ibid.*, pp. 24–25.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 26.

⁵⁹⁰ Za razliku od dužnosti koje nameće „pravo ljudi“, dužnosti koje proizlaze iz Božijeg zakona mogu se nazvati „religijske obaveze“. Povreda ovih dužnosti naziva se „greh“, u odnosu na koji se izriče „religijska sankcija“ (*ibid.*, p. 34).

rodnog ili umnog prosvetljenja“, „zakonima koji su propisani ili diktirani od strane prirodne religije“ i sl.⁵⁹¹

Božiji zakoni predstavljaju „meru ili test“ pozitivnog prava ljudi. Prema njima se meri, ocenjuje, da li su zakoni doneti od strane ljudi dobri ili loši, vredni hvale ili pokude, odnosno onakvi kakvi bi trebalo da budu.⁵⁹² Međutim, obe ove kategorije zakona smatraju se pozitivnim zakonima, jer postoje na osnovu „pozicije“, odnosno institucije njihovih tvoraca.

Od ove dve kategorija pozitivnih zakona razlikuje se pozitivan moral koji je karakterističan za određeno doba ili za određeno društvo.⁵⁹³ On se uspostavlja na osnovu „opšteg mišljenja“ pojedinih društvenih grupa ili celog društva.⁵⁹⁴ Ova „pozitivna moralna pravila“ su, objašnjava Austin, takođe pravila ljudi, ali ona nikad ne predstavljaju direktne ili indirektne naredbe politički superiornog suverena.⁵⁹⁵

Među moralnim pravilima su i ona koja su stvorena od strane ljudi koji žive u „negativnom stanju“, koje se može nazvati i „prirodno stanje“ ili „stanje anarhije“. To su ljudi koji ne žive zajedno kao suvereni i podanici u nezavisnoj političkoj zajednici.⁵⁹⁶ Oni sebi mogu određivati pozitivna pravila, ali ih zbog nedostatka moći ne mogu jedan drugom

⁵⁹¹ *Ibid.*, pp. 34–35. Neki od Božijih zakona postaju ljudima poznati na osnovu „otkrovenja“, a drugi prosvetljenjem od strane prirode ili razuma (*ibid.*). Na drugom mestu u tekstu, Austin kaže da izrazi „zakoni prirode“ i „prirodno pravo“, često označavaju Božije zakone (*ibid.*, p. 129).

⁵⁹² *Ibid.*, pp. 124. i 127. Zakoni ljudi su dobri ili loši u meri u kojoj odgovaraju Božijim zakonima (*ibid.*, p. 128). Slično tome, na drugom mestu u tekstu, Austin objašnjava da se jedino prema Božijim zakonima meri „moralna ispravnost“. Upoređivanjem sa pravilima ovih zakona, bez obzira na to da li su saznati prosvetljenjem ili glasom otkrovenja, kaže on, čovek procenjuje da li su njegovi postupci moralno „dobri“ ili „loši“ (*ibid.*, p. 167).

⁵⁹³ *Ibid.*, p. 125.

⁵⁹⁴ Nekad će ovaj moral biti uspostavljen na nivou određene profesije ili zanimanja, nekad na nivou grada ili provincije, a nekad čak i između različitih društava. On uglavnom nema poseban naziv, osim u retkim slučajevima, kao na primer kad se kaže „pravila časti“ ili „kodeks časti“ (*ibid.*, p. 140).

⁵⁹⁵ *Ibid.*, p. 134. Pozitivni zakoni, za razliku od pozitivnih moralnih pravila, uvek sadrže naredbe koje imaju određeni izvor nastanka (*ibid.*). Dakle, pozitivno pravo se prepoznaje prema tri specifična obeležja: suverenoj vlasti, podanicima i nezavisnoj političkoj zajednici (*ibid.*, p. 132).

⁵⁹⁶ *Ibid.*, p. 135. Na drugom mestu u tekstu, Austin kaže da se radi o „prirodnoj“, a ne „političkoj“ zajednici ljudi (*ibid.*, p. 208).

nametati, odnosno silom sprovoditi. Ova pravila tako ne spadaju u grupu pozitivnih pravnih, već pozitivnih moralnih pravila.⁵⁹⁷

Od pravila koja potiču iz prirodnog stanja ljudi, razlikuju se pravila koja su ustanovljena od strane „podanika kao privatnih osoba“. Njima je suveren poverio pravo ustanovljavanja pravnih pravila, dakle određivanja pravnih obaveza, koje su dalje snabdevene pravnom sankcijom. Zbog toga ova druga grupa pravila ima pozitivnopravni karakter, koji na posredan način proizlazi iz prava koje je ustanovio sam suveren.⁵⁹⁸

Sadržaj pozitivnopravnih pravila ljudi, Božijih pravila i moralnih pravila, nekad se podudara, nekad se razlikuje, a nekad se međusobno suprotstavlja.⁵⁹⁹ Međutim, bez obzira na to da li su saglasna ili suprotstavljena drugim pravilima, pravila pozitivnog prava ljudi obavezuju. Pravo ljudi koje važi, odnosno „postoji“, kako Austin kaže, jeste pravo, bez obzira na to da li nam se ono sviđa, da li odgovara nekom standardu, da li mislimo da bi trebalo da bude drugačije, da li je suprotno Božijem zakonu i sl.⁶⁰⁰

Pozitivno pravo ljudi je, nastavlja Austin, uvek ustanovljeno od strane suverena.⁶⁰¹ U odnosu prema njemu, ostali članovi društva su podani-

⁵⁹⁷ *Ibid.*, pp. 138–139.

⁵⁹⁸ *Ibid.*, p. 136. Austin kaže da se pravila ustanovljena od strane „privatnih podanika“ često nazivaju autonomnim pravilima, zbog toga što su nastala na osnovu autonomnog položaja njihovih tvoraca. Autonomna pravila („*autonomic*“ ili „*autonomical*“, kako on kaže), stvorena su od strane podanika u korišćenju njihovih prava, koja pak oni mogu ali i ne moraju da uživaju. Drugim rečima, ona se nazivaju autonomnim zbog toga što je stvaranje ovih pravila pravom stavljeno na dispoziciju njihovim tvorcima, a ne u njihovu pravnu obavezu.

Jasno je međutim, kaže Austin, da se izraz „autonomni“ ne može vezati isključivo za ovu grupu pravila, te da se njime može kvalifikovati svako pravo koje nije nastalo na osnovu pravne obaveze njegovog tvorca. U tom smislu, ovaj izraz se upotrebljava i za označavanje prava koje je stvorio monarh ili drugi suveren, jer nezavisnost od pravne obaveze leži u samom središtu pojma suvereniteta (*ibid.*, p. 138).

⁵⁹⁹ *Ibid.*, p. 159.

⁶⁰⁰ *Ibid.*, p. 184. Reći da zakon ljudi ne obavezuje zbog toga što protivreči Božijem zakonu, smatra Austin, jeste potpuno bez smisla. I najštetniji zakoni, samim tim oni koji su najviše suprotstavljeni Božijoj volji, primenjuju se od strane sudova. (*ibid.*, p. 185). Zatim, Austin kaže:

„*Proklamovati na opšti način da su svi zakoni koji su štetni ili suprotni Božijoj volji, nevažeci i da se neće tolerisati, jeste propovedanje anarhije, neprijateljsko i opasno po pametnu i blagu vlast, jednako kao i po glupu i gorku tiraniju*“ (*ibid.*, p. 186).

⁶⁰¹ Ono je ustanovljeno od strane iste „institucije“ suverena, čak i ako je nastalo ranije, u prošlosti. U tom smislu, zakonodavac nije onaj autoritet koji je stvorio zakon, već onaj pod čijim autoritetom zakon ostaje da važi kao pravo (*ibid.*, p. 193).

ci.⁶⁰² U tom smislu, društvo je samo uslovno nezavisno – strana koja je istinski nezavisna jeste suvereni deo društva, a ne celo društvo.⁶⁰³ Dakle, svaka nezavisna politička zajednica deljiva je na dva dela, na deo koji čine članovi zajednice koji su suvereni i deo koji čine članovi zajednice koji su podanici.⁶⁰⁴

Ako je suveren političke zajednice jedan čovek, onda se radi o monarhiji. Ako više pojedinaca zauzimaju položaj suverena, onda se radi o aristokratiji u najopštijem smislu te reči. Ako je u odnosu na ukupan broj članova zajednice, broj suverenih pojedinaca srazmerno veći, onda se radi o demokratiji.⁶⁰⁵

Tako, iz osobenosti pozitivnog prava, kao i iz prirode suvereniteta i nezavisne političke zajednice, izvodi se zaključak da moć suverenog pojedinca ili tela „nije podobna“ da bude pravno ograničena.⁶⁰⁶ Tvorac zakona ili bilo koji njegov sledbenik, može da ukine zakon na osnovu svoje volje. Ako zakon važi, ako nije ukinut, objašnjava Austin, suveren nije pravnim ili političkim sankcijama prinuđen da ga poštuje. Ako bi pak on

⁶⁰² Drugim rečima, pozicija tih ostalih članova društva u odnosu prema njima superiornom ili superiornima, jeste „stanje podaništva“ ili „zavisnosti“, a sam odnos između njih jeste odnos suverena i podanika ili odnos suverenosti i podaništva (*ibid.*, p. 194).

⁶⁰³ *Ibid.*, p. 194.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, p. 217. Austin kaže da nije nemoguće zamisliti postojanje nezavisne političke zajednice u kojoj suverenost pripada celoj zajednici, odnosno svim članovima zajednice, ali da stvarna mogućnost zasnivanja takve zajednice gotovo da ne postoji. On objašnjava da bi osnovni uslov za stvaranje ove zajednice bio taj da su svi njeni članovi punoletni i „zdrave pameti“. Međutim, kaže on, u svakom pojedinačnom društvu mnogi članovi zajednice su „prirodno nekompetentni“ da vrše suverenu vlast. Ipak, teorijski gledano, pošto vlast svih nije nemoguće zamisliti, opravdano je reći da svakim društvom vlada jedan, odnosno više članova društva, „čiji se broj kreće u rasponu od jedan do svi“ (*ibid.*).

⁶⁰⁵ Za razliku od demokratije, u oligarhijskoj zajednici broj onih koji vrše suverenu vlast je izuzetno mali, dok je u aristokratskoj zajednici u užem smislu, taj broj „mali, ali ne ekstremno mali“ kao u oligarhijskoj zajednici (*ibid.*, p. 219).

U Velikoj Britaniji, objašnjava Austin, suverenost leži u tripartitnom telu koje čine kralj, lordovi i članovi donjeg doma Parlamenta. Međutim, striktno gledajući, članovi donjeg doma Parlamenta samo su poverenici tela koje ih je izabralo, odnosno postavilo na njihov položaj, te tako suverenost zapravo leži u kralju, plemstvu i biračkom telu (*ibid.*, p. 231).

⁶⁰⁶ *Ibid.*, p. 254. Austin kaže da su monarsi i drugi suvereni pokušavali da pravno obavežu sebe ili svoje sledbenike u vlasti, ali da se ipak pokazalo da princip pravno neograničene suverene moći važi univerzalno i bez izuzetka (*ibid.*).

bio na to prinuđen, onda bi to značilo da se suveren nalazi u odnosu potčinjenosti prema višem, odnosno prema njemu superiornom suverenu.⁶⁰⁷

Međutim, moć suverena nije podobna da bude pravno ograničena samo u njenom „kapacitetu“, kako Austin kaže, suverene vlasti. Drugim rečima, suveren se ne može pravno ograničiti u svom svojstvu suverena, ali su pojedinci koji ulaze u sastav suverenog tela vezani zakonom. Dakle, iako je suvereno telo slobodno od pravnih i političkih obaveza, svi pojedinci koji ulaze u sastav tog tela mogu biti pravno obavezani zakonom čiji je tvorac upravo to telo čiji su oni članovi.⁶⁰⁸

Sloboda od pravne vezanosti međutim, ne podrazumeva i apsolutno neograničenu vlast suverena. Ako se razmotri obaveznost pravila o političkim pravima, odnosno građanskim slobodama, onda se može zaključiti da je suveren pravno slobodan da ih ukine na osnovu svoje slobodne volje ili ocene. Ipak, kaže Austin, suveren je samo pravno slobodan da to učini, ali on može biti sprečen da tako postupi zbog toga što pozitivna moralna pravila ili Božiji zakoni govore protiv ukidanja građanskih sloboda.⁶⁰⁹

Nastavljajući svoje razmišljanje o „čistoj“ državi, Austin objašnjava da suveren u svom „kapacitetu“ suverene vlasti, nije pravno obavezan, ali da

⁶⁰⁷ *Ibid.*, p. 255.

⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 261. Ovo je nivo Austinove analitičke teorije koji u najboljem svetlu predstavlja njegovu „čistu“ teoriju države. Naime, neograničenu moć suverena Austin nije shvatio na banalno-autoritaran način, već se sofisticirano razmišljajući trudio da apsolutni karakter njegove vlasti logički nužno izvede iz same prirode suverena, kao i prirode odnosa koji postoji između njega i podanika. U tom smislu, da bi se objasnila ideja o pravno neograničenoj suverenoj vlasti, nije bilo nužno razumeti da su pojedinci koji čine suvereno telo takođe slobodni od pravnih obaveza, što Austin u potpunosti prihvata. Tako, u tekstu koji sledi eksplikaciju ove njegove centralne ideje, on upravo insistira na pravnoj obavezanosti članova suverenog tela.

Na primer, on izričito kaže da je pravo ustanovljeno od strane suverenog tela prema njegovim članovima, „istinski“ pozitivno pravo. Ono je pozitivno pravo uprkos tome što se nameće kao obaveza onima koji su članovi tela koje ga je stvorilo (*ibid.*, p. 263). Na drugom mestu u tekstu, Austin objašnjava da i sam kralj, kao i članovi oba doma Parlamenta, mogu da budu pravno odgovorni, odnosno kažnjeni aktom samog Parlamenta ako izađu izvan granica svojih ustavom određenih ovlašćenja (*ibid.*, p. 264). Na trećem mestu, Austin dokazuje da maksima engleskog prava da je „kralj nesposoban da postupi neispravno“, ne znači da on lično nije pravno i politički odgovoran za svoje postupke (*ibid.*, pp. 266–267).

⁶⁰⁹ *Ibid.*, p. 268. Austin naglašava da se upravo u ovom elementu odgovornosti prema moralnim ili Božijim pravilima, može razlikovati slobodna zajednica od „despotske“ vlasti (*ibid.*).

on takođe nema ni pozitivna, odnosno zakonska prava prema svojim podanicima. Svako zakonsko pravo je tvorevina pozitivnog prava. Ovo pravo nužno odgovara obavezi stvorenoj tim istim pozitivnim pravom, koja leži na osobi ili osobama koje se razlikuju od osobe koja ima pravo. Stoga svako zakonsko pravo pretpostavlja tri različite strane: suverenu vlast koja ustanovljava pozitivno pravo, osobu kojoj je na osnovu pozitivnog prava dato neko pravo, kao i osobu kojoj je na osnovu pozitivnog prava nametnuta obaveza poštovanja tog prava.⁶¹⁰

Najzad, Austin objašnjava i poreklo suverene državne vlasti, koje on dovodi u neposrednu vezu sa „uobičajenom ili trajnom poslušnošću“ većine članova nezavisne političke zajednice prema kralju ili suverenom telu.⁶¹¹ Dakle, postojanje svake vlasti zavisi od uobičajene poslušnosti koju ta vlast dobija od pretežnog dela članova zajednice.⁶¹² Međutim, ova poslušnost je dobrovoljna ili slobodna, jer poslušna strana „pristaje“ da sluša zapovesti. Poslušna strana želi svoju poslušnost, saglasna je sa njom, i to zbog nekog sopstvenog motiva, odnosno razloga za to.⁶¹³

Pošto svaka vlast traje na osnovu poslušnosti naroda, te pošto je ova poslušnost dobrovoljna, zaključuje se da svaka vlast traje na osnovu saglasnosti naroda, odnosno pretežnog dela zajednice. Ako im se vlast sviđa, članovi zajednice se odlučuju na to da joj se dobrovoljno potčine, odno-

⁶¹⁰ *Ibid.*, pp. 277–281. Suverena vlast ne može da dobije pravo na osnovu zakona koje sama ustanovljava prema svojim podanicima. Svako pravo stiče se na osnovu moći ili snage drugoga, tj. na osnovu pozitivnog prava, kao i na osnovu obaveze poštovanja tog prava koju nameće taj drugi. Dakle, ako suveren ima zakonska prava prema svojim podanicima, onda to znači da su ta prava tvorevina pozitivnog prava ustanovljenog od strane treće osobe ili tela. Ali pošto je svako pozitivno pravo ustanovljeno od strane suverene vlasti prema osobama koje se nalaze u odnosu podaništva prema njoj, ta treća osoba ili telo su suvereni u zajednici čija sopstvena suverena vlast ima zakonska prava: to će reći, članovi zajednice su podanici svom suverenu, a takođe su podanici i suverenu koji za sebe ima pravo, što je nemoguće, odnosno apsurdno tvrditi (*ibid.*, pp. 284–285).

⁶¹¹ *Ibid.*, p. 293–294. U skladu sa svojom utilitarističkom orijentacijom, Austin dalje kaže da je ovako objašnjeno poreklo suverene vlasti, povezano sa svrhom ili ciljem njenog postojanja, a to jeste, ili bi trebalo da bude, „najveće moguće unapređivanje ljudske sreće“ (*ibid.*, p. 294).

⁶¹² *Ibid.*, p. 302. Austin u tom smislu ne govori o egzaktno utvrđenoj većini („majority“), na primer natpolovičnoj ili na drugi način kvalifikovanoj većini, već o dominantnom ili pretežnom delu („bulk“) članova zajednice.

⁶¹³ Nevoljno pristajanje na zapovest, ili ono koje je posledica primene fizičke sile, nije poslušnost ili pokoravanje. Na primer, kad je čovek osuđen na kaznu zatvora i bačen u tamnicu, ne može se reći da je on dobrovoljno poslušao naredbu ili joj se pokorio (*ibid.*, p. 302).

sno da se saglase sa njenim postojanjem. Dakle, u svakoj nezavisnoj političkoj zajednici narod se odlučuje da zbog nekog razloga bude redovno poslušan prema svojoj vlasti. Ako bi pretežan deo zajednice prestao da bude redovno, odnosno uobičajeno poslušan prema svojoj vlasti, ta vlast bi prestala da postoji.⁶¹⁴

Trajanje državne vlasti na osnovu saglasnosti naroda tesno je povezano sa njenim nastankom na temelju ove iste saglasnosti. Svaka državna vlast iznikla je iz saglasnosti naroda, odnosno pretežnog dela prirodnog društva. Ovaj pretežan deo naroda, sebe je slobodno, odnosno dobrovoljno podredio tek obrazovanoj političkoj vlasti. Oni su za to podređivanje imali određeni motiv, ili kako kaže Austin, oni su želeli da se podrede političkoj vlasti.⁶¹⁵

U ovoj tački Austin se već sasvim približava ideji o društvenom ugovoru. On kaže da postoje teorijska shvatanja o tome da je nastanak svake nezavisne političke zajednice, odnosno institucije koja se označava kao „*polis*“ ili „*civitas*“, vezan za udruživanje svih njenih budućih članova. Tako se smatra da državna zajednica nastaje sporazumom budućih članova zajednice i predstavlja osnov na kome ona kasnije počiva, odnosno traje.

Kao nužan izvor nezavisne političke zajednice, odnosno kao nužan uslov koji prethodi njenom formiranju, ovaj sporazum se naziva „originalan pakt ili ugovor“. Kao osnov na kome ova zajednica dalje počiva, on se naziva „*pactum civile fundamentale*“.⁶¹⁶ Međutim, kaže Austin,

⁶¹⁴ *Ibid.*, p. 303.

⁶¹⁵ *Ibid.*, p. 305.

⁶¹⁶ *Ibid.*, pp. 308–309. Austin objašnjava da proces stvaranja ovog sporazuma, odnosno formiranja nezavisne političke zajednice, prolazi kroz tri odvojene faze. Prvo, budući članovi zajednice zajednički odlučuju da se ujedine u nezavisnu političku zajednicu. U ovoj fazi oni određuju osnovni cilj svog udruživanja, zajedno sa ostalim podređenim posebnim ciljevima.

Autori se, kaže Austin, razlikuju u odnosu na razumevanje sadržine ovog osnovnog cilja. Oni koji su skloni utilitarističkom shvatanju, smatraju da je krajnji cilj zajednice unapređivanje čovekove sreće. Drugi, koji, kako on kaže, često dolaze iz Nemačke, smatraju da je osnovni cilj političke vlasti „proširivanje preko cele zemlje, ili preko njenih čovečijih stanovnika, carstva prava ili pravde“.

Čini se, kaže Austin, da je ovo pravo ili pravda o kojoj oni govore, apsolutnog karaktera, odnosno da se radi o večnoj i nepromenjivoj kategoriji. Takođe, čini se da ova kategorija nije tvorevina prava, da je pravu spoljašnja, da postoji nezavisno od bilo kog prava, te da predstavlja test ili meru svakog prava i morala. Konsekventno tome,

protiv ovog učenja o društvenom ugovoru može se izneti čitav niz prigovora.⁶¹⁷

Prvo, navodi on, da bi se objasnio odnos između suverena i podanika, nije neophodno obratiti se hipotetičkom društvenom ugovoru. Dovoljno je neposredno uputiti na „postojeći i očigledan“ izvor pravila o tom odnosu, a to su Božiji zakon, pozitivno pravo i pozitivna moralna pravila.⁶¹⁸ Pošto ova tri izvora pravila već postoje, sama ideja o društvenom ugovoru je izlišna.⁶¹⁹

Drugo, svaki sporazum koji pravno obavezuje izvodi svoju pravnu snagu iz pozitivnog prava. Precizno govoreći, nije sporazum taj koji pravno obavezuje, odnosno koji stvara obaveze, već samo pravo obavezuje putem sporazuma. Pravo naime određuje da će pojedine pravne obaveze proizlaziti iz zaključenog sporazuma. Konsekventno tome, ako se kaže da je suverena vlast pravno obavezana društvenim ugovorom, onda se priznaje da ova pravna obaveza vlasti jeste zapravo tvorevina pozitivnog prava.⁶²⁰

ona nije tvorevina Božijeg zakona, već „nešto savršeno samo-postojeće“, čemu pravo odgovara ili bi trebalo da odgovara. „Ja“, kaže Austin, „stoga ne mogu da je razumem, i ne pristupam njenom objašnjavanju“.

Drugo, odlučni u nameri da se ujedine, budući članovi zajednice zajednički određuju „ustav svoje suverene političke vlasti“, odnosno osobu ili telo koje će biti nosilac suverenosti. Treće, ovaj proces formiranja nezavisne političke zajednice okončava se uzajamnim izražavanjem i prihvatanjem obećanja, i to između „suverena u nastanku“ i „podanika u nastanku“, kao i između samih „podanika u nastanku“ međusobno.

Obećanje je usmereno na zajednički određen predmet sporazuma. Suveren na opšti način obećava da će se u vršenju svoje vlasti rukovoditi vrhovnim ciljem političke zajednice, a podanici obećavaju da će mu predati kvalifikovanu uslovnu poslušnost u cilju dostizanja ove vrhovne svrhe zajednice. Izraz volje članova zajednice na osnovu kojeg se oni ujedinjuju u nezavisnu političku zajednicu, Austin naziva „*pactum unionis*“. Njihovo određivanje ustavnog uređenja, odnosno strukture suverene političke vlasti, naziva „*pactum constitutionis*“ ili „*pactum ordinationis*“. Najzad, uzajamno izraženo obećanje suverena i podanika, on naziva „*pactum subjectionis*“ (*ibid.*, pp. 309–311).

⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 314.

⁶¹⁸ *Ibid.*, pp. 314–315.

⁶¹⁹ *Ibid.*, p. 315. Naime, iako društveni ugovor prethodi formiranju političke zajednice, on ipak ne bi mogao sveobuhvatno da obaveže originalne i potomje podanike i suverene, ili da istovremeno obaveže pravno, religijski i moralno (*ibid.*).

⁶²⁰ *Ibid.*, pp. 315–316. Austin na najopštiji način određuje da svaki sporazum koji obavezuje, crpi svoju pravnu snagu iz prava. Ako pravno obavezuje, važenje sporazuma se izvodi iz pozitivnog prava. Ako religijski ili moralno obavezuje, njegovo važenje se izvodi iz Božijeg zakona ili moralnih pravila (*ibid.*, p. 316).

Treće, „hipoteza o društvenom ugovoru“ nije obična fikcija, već „fikcija koja se graniči sa nemogućim“. Naime, objašnjava Austin, svaki ugovor pretpostavlja obećanje jedne ili obe strane, kao i prihvatanje tog obećanja. Obećanje bez prihvata naziva se ponuda.⁶²¹ Prema hipotezi društvenog ugovora, suveren se obavezuje da će vladati u cilju ostvarenja osnovne svrhe političke zajednice, kao što se i podanici obavezuju da će biti poslušni prema suverenu koji vlada u skladu sa ovim vrhovnim ciljem.

Prema opštim pravilima ugovornog prava, uzajamna obećanja ne mogu postati ugovor pre nego što se prihvate.⁶²² Međutim, podanici ne mogu da prihvate obećanje suverena ako ne razumeju njegovu sadržinu.⁶²³ Činjenica je pak, da u svakom društvu velika većina članova nema određena saznanja o tome šta je krajnji cilj njihove zajednice.⁶²⁴ Zbog toga se može reći da oni ne mogu da razumeju predmet obećanja, te da ga tako ne mogu ni prihvatiti.

Ako se ostave po strani pravno-tehnički aspekti prigovora koje iznosi,⁶²⁵ čini se da su Austinovi teorijski stavovi o društvenom ugovoru postali žrtve njegove „čiste“ teorije države. Tako, na prvom mestu, stav

⁶²¹ *Ibid.*, 328–331.

⁶²² *Ibid.*, pp. 333–334.

⁶²³ Dok ne razumeju predmet ugovora, oni ne mogu u sebi da razviju neko određeno očekivanje od tog ugovora, a dok ne razviju to očekivanje, oni ne mogu lako da prihvate učinjeno obećanje (*ibid.*, p. 334).

⁶²⁴ Da bi opravdao svoju tezu o većini koja ne shvata predmet obećanja, Austin posebno pominje kategorije neukih i maloletnih podanika (*ibid.*). U nastavku teksta, on u ovom kontekstu pominje i kategoriju onih koji su „bolesni umom“, te nastavlja tvrdnjom da nema istorijskih dokaza da je u bilo kojoj zajednici zaključen ovaj sporazum. Čak i u onim zajednicama koje su usvojile svoj ustav, kao što su Sjedinjene Američke Države, samo je mali deo stanovništva učestvovao u njegovom stvaranju, kaže on. Uz to, navodi Austin, ustavno ustrojstvo suverene vlasti nije moguće odrediti u jednom aktu i u jednom vremenskom trenutku. Suverenu vlast nisu ustrojili prvobitni, „originalni“ članovi društva, već je ovo ustavno ustrojstvo proizvod rada čitavog niza autora, uključujući i originalne članove, ali i mnoge generacije njihovih sledbenika (*ibid.*, pp. 336–337).

⁶²⁵ Posebno se svojom neodređenošću ističu oni aspekti njegovih stavova koji se odnose na pojedine kategorije lica, kao što su neuki, maloletnici i duševno obolela lica, kao i oni koji se odnose na pretežnu većinu stanovništva koja ne može da razume predmet obećanja suverena. Sa druge strane, tvrdnja o tome da je u stvaranju američkog Ustava učestvovao neznatan broj stanovnika, ne odgovara istorijski potvrđenim činjenicama o višedecenijskoj najšire organizovanoj javnoj debati o budućem ustavnom ustroju SAD (v. o tome dokumente uskladištene u Kongresnoj biblioteci SAD, na sledećoj internet adresi: <http://www.loc.gov/index.html>).

o tome da podanici ne mogu da razumeju predmet obećanja suverena, sasvim je prihvatljiv ako se izvodi iz pretpostavke da je predmet tog obećanja apstraktno određeno unapređivanje sreće ili dostizanje pravde. Dakle, ako je osnovni cilj državne vlasti određen na najapstraktniji mogući način, onda se on zaista ne može lako razumeti.⁶²⁶

Međutim, već u Austinovo vreme bili su poznati drugi, teorijski konkretniji i ljudima razumljiviji pristupi ovom pitanju, koji su istovremeno bili i istorijski potvrđeni. Gotovo dva veka ranije, Lock i Hobbes, koje je Austin veoma cenio,⁶²⁷ razvili su ideju o tome da je osnovni predmet društvenog ugovora očuvanje slobode čoveka. Kant, čije je učenje zajedno sa učenjem ostalih nemačkih teoretičara Austin proučavao za vreme svog boravka u Nemačkoj, takođe je smatrao da predmet društvenog ugovora

⁶²⁶ Apstraktni pojmovi su sami po sebi teško razumljivi, jer se baratanjem sa njima aktivira sposobnost apstraktnog mišljenja koja nije u jednakoj meri razvijena kod svih ljudi. Tako na primer, veoma je teško razumeti kad se kaže da je osnovni cilj državne vlasti obezbeđivanje pravde. Međutim, nije teško shvatiti ideju da svako lice ima pravo da bude pravedno tretirano u zajednici u kojoj živi. Tako, iz „ja“ ili „mi“ perspektive prvog lica jednine, odnosno množine, lako je razumeti zahtev za pravednim društvom.

Slično je i sa unapređivanjem sreće. Zaista se teško može razumeti obećanje suverena da će svoju državnu vlast vršiti u cilju unapređivanja sreće „svojih podanika“. Sam Austin je naime objašnjavao da je svaki pojedinac najbolji sudija u pogledu procene onoga što će mu doneti najveće zadovoljstvo (*ibid.*, p. 106).

Ako se pak izmeni tačka gledišta, pokazuje se da se traganje za srećom sasvim lako može razumeti iz „ja“ perspektive slobode samog pojedinca. Tako je u „Deklaraciji o nezavisnosti“ iz 1776. godine, rečeno da je očigledna istina da su ljudi obdareni neotudivim pravima među koje spadaju život, sloboda i traženje sreće.

U slučaju *Whitney v. People of California* (274 U.S. 357), iz 1927. godine, sudija Brandeis se o tom pitanju izrazio sledećim rečima, koje će kasnije biti nebrojeno puta ponovljene u američkoj jurisprudenciji:

„Oni koji su izvojevali našu nezavisnost verovali su da je krajnji cilj države da učini ljude slobodnim da razviju svoje sposobnosti... Oni su vrednovali slobodu jednako kao cilj i kao sredstvo. Oni su verovali da je sloboda tajna sreće i da je hrabrost tajna slobode.“

Odgovor pak na ovu Austinovu primedbu, odnosi se samo na pitanje razumljivosti obećanja suverena o unapređivanju sreće podanika, a ne i na osnovnu utilitarističku tezu da je moralno ispravan akt, odnosno politika, ona koja stvara najveću sreću za pripadnike društvene zajednice (v. u najkraćem o idejama utilitarističke filozofije, kao i upućivanje na dalju literaturu, kod Will Kymlicka, „*Contemporary Political Philosophy, An Introduction*“, 1997, p. 9 i dalje).

⁶²⁷ V. o tome kod Dušan Vranjanac, *op. cit.*, p. 15 i dalje.

jeste obezbeđivanje slobode pojedinca.⁶²⁸ Iskustva Francuske i Američke revolucije koje su iznikle iz ideje jednake slobode svih, a koje je Austin mogao da posmatra već sa lagodne vremenske distance, istorijski su potvrdivala validnost teorija o društvenom ugovoru.⁶²⁹

Drugo, Austin kaže da svaki sporazum izvodi svoju pravnu snagu iz pozitivnog prava. Međutim, ako se pravo shvati idealno, kao normativna duhovna tvorevina, onda se „intrasistemi“, kako bi to Kelsen rekao, iz samog prava, ne može dokazati da pozitivno pravo teorijski nužno prethodi ugovoru, kao ni to da ugovor prethodi pravu, jer se radi samo o dve različite forme iste normativne supstance, koje pravno mogu nastati, odnosno nastaju jedna iz druge. Drugim rečima, pravno je moguće da se ugovor zaključi u okviru jednog određenog pozitivnopravnog poretka, baš kao što je moguće ugovorom stvoriti novi, do tad nepostojeći pozitivnopravni poredak.

U kontekstu rasprave o društvenom ugovoru, može se dakle zaključiti da se odnos pravnog poretka i ugovora iscrpljuje u tome što oni mogu pravno da se izvedu jedan iz drugoga, odnosno što mogu pravno da objasne jedan drugog. Da bi se, suprotno tome, dokazalo da pravni poredak prethodi ugovoru, te da tako nije ni nastao na osnovu ugovora, mora se izaći izvan prava, kako bi se oslonac za ovu tvrdnju našao u nekoj vanpravnoj pretpostavci. Austin to čini koristeći se pretpostavkom o suverenoj državnoj vlasti koja nije vezana pravom, koja se nalazi iznad prava, odnosno koja sama prethodi pravu jer je njegov jedini tvorac.⁶³⁰

⁶²⁸ U jednoj napomeni uz razmatranje nemačkih teorijskih učenja o društvenom ugovoru, Austin kaže da je on zadivljen nemačkom literaturom, kao i da duboko poštuje nemačku nauku, ali da u ovom pitanju može samo da „žali naklonost Nemačke filozofije ovoj neodređenoj i zamagljenoj apstrakciji“ (John Austin, *op. cit.*, p. 343).

⁶²⁹ Ova iskustva takođe su potvrdivala masovnost učešća u stvaranju novog pravnog poretka, kao i to da novi pravni sistemi nisu nastajali preko noći, već da su se radali u dužem vremenskom kontinuitetu. Međutim, ljudi su i pre velikih revolucija stvarali društvene ugovore. Kao što je pokazano na primeru tzv. „*The Massachusetts Body of Liberty*“ iz 1641. godine, rane političke zajednice u Americi formirane su na osnovu društvenog ugovora ispunjenog pravilima pravnog, religijskog i moralnog karaktera.

⁶³⁰ Tako, u skladu sa svojim učenjem o pravnoj obavezi, Austin kaže da bi postojanje društvenog ugovora impliciralo da je obavezu koja za državu proističe iz ovog ugovora, ustanovila neka druga i viša suverena vlast. Država koja je obavezana društvenim ugovorom nalazila bi se stoga u odnosu podaništva prema tom višem suverenu.

Sa druge strane, obaveza podanika koja proizlazi iz društvenog ugovora, takođe bi pravno postojala na osnovu pozitivnog prava ustanovljenog od strane njihovog suverena.

Najzad, ovu ideju o suverenoj vlasti Austin nije teorijski izmislio. U vreme kad je on stvarao svoju „čistu“ teoriju države, ideja o supremaciji vrhovne vlasti već je bila duboko ukorenjena u pravnom sistemu zemlje u kojoj je živio. Ona je, drugim rečima, za njega bila zadata kao realan, postojeći, živi pravni fenomen.⁶³¹

Umesto da državu shvati kao proizvod prava, Austin je tako pošao za tada preovlađujućim shvatanjem da je pravo proizvod države. U tom smislu, on ne smatra da se suverena državna vlast može objasniti pravom, a konsekventno tome ni društvenim ugovorom, već samo nečim što dolazi izvan prava, a to je po mišljenju koje je nasledio od klasične engleske filozofije države i prava, volja Boga, odnosno zakon prirode. Ako se dakle pretpostavi da ovi božanski i prirodni metafizički elementi postoje, onda se zaista može tvrditi da je društveni ugovor nepotreban, odnosno izlišan.

c) Princip supremacije vrhovne državne vlasti

U slučaju *Edinburg and Dalkeith Railway Company v. John Wauchope* iz 1842. godine,⁶³² Lord Campbell objašnjava vezanost sudova pravnim aktima usvojenim od strane Parlamenta i insistira na tome da sudovi nisu ovlašćeni da razmatraju pitanja o nastanku zakona, o tome šta je bilo pre njegovog nastanka, o različitim verzijama zakona u toku usvajanja u Parlamentu i sl. Jedino na šta su oni ovlašćeni jeste da primenjuju odredbe

Ako bi se reklo da su podanici obavezani samo ugovorom, a ne i pozitivnim pravom na osnovu kojeg je ovaj ugovor zaključen, onda bi to značilo da su oni obavezani ugovorom svom suverenu sa kojim su zaključili ugovor, kao i pozitivnim pravom drugog suverena na osnovu kojeg je ugovor zaključen (*ibid.*, p. 316).

Raspravljajući o Austinovom shvatanju i opisujući položaj suverena prema njegovoj „čistoj“ teoriji države, Hart kaže da „suveren stvara zakon za svoje podanike i to čini iz pozicije izvan svakog prava“ (H. L. A. Hart, *op. cit.*, p. 64).

⁶³¹ Kao pozitivista, on nije želeo da se teorijski odmakne od realnog pravnog života zajednice u kojoj je živio. Kao teoretičar, on verovatno nije shvatao da živi u zajednici čiji je pravni poredak u to vreme već bio evolutivno prevaziđen, odnosno da su istorijski posmatrano, već nastali drugi napredniji i razvijeniji oblici pravnih sistema. Na jednom mestu u tekstu, Austin opisuje pravni poredak ustavne demokratije, a zatim kaže da on ne pretenduje na to da afirmiše ove „vanredne i spoljne“ ustanove kao dobre i korisne, već da samo tvrdi da su one moguće, kao i to da u pojedinim političkim zajednicama one postoje (John Austin, *op. cit.*, p. 233).

⁶³² [1842] UKHL J12.

sadržane u zakonu koji je usvojen u oba doma Parlamenta i koji je nakon toga potpisan kraljevskim ukazom.

Krajem XIX veka, princip suverenosti Parlamenta pravno je uobličio A. V. Dicey u svom delu „*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*“. On kaže da je suverenost Parlamenta dominantan princip političkih institucija u Velikoj Britaniji.⁶³³ Sam Parlament čine monarh i dva parlamentarna doma, Dom lordova i Dom naroda.⁶³⁴ Princip suverenosti Parlamenta, Dicey određuje na sledeći način:

*„[Ovaj princip] znači da... ovako definisan Parlament ima na osnovu Engleskog ustava pravo da stvori ili ukine bilo koji zakon, a takođe i da nijednoj osobi ili telu nije na osnovu engleskog prava priznato pravo da prepravi ili stavi van snage zakonodavstvo Parlamenta.“*⁶³⁵

Ova definicija neposredno upućuje na dva posebna aspekta principa suverenosti. Pozitivno posmatrano, sudovi poštuju i primenjuju svaki pravni akt Parlamenta koji stvara novo pravo, odnosno ukida ili menja postojeće. Negativno posmatrano, nema osobe ili tela koje ima ovlašćenje da stvori pravilo kojim se menja ili stavlja van snage pravni akt Parlamenta, odnosno pravilo koje bi sudovi primenili ako je ono suprotno pravnom aktu Parlamenta.⁶³⁶

Prema već klasičnim određenjima principa suverenosti, Dicey navodi da je moć i nadležnost Parlamenta tako „transcedentna i apsolutna“, da ne može biti ograničena bilo u vezi sa predmetom pravnog regulisanja ili u vezi sa licima na koja se odnosi. U tom smislu, on takođe govori i o „svemoći“ Parlamenta.⁶³⁷

Sa druge strane, Dicey objašnjava da su istorijski gledano, propali svi pokušaji pojedinih delova suverenog tela da jedno drugom oduzmu zajedničko zakonodavno ovlašćenje.⁶³⁸ Oslanjajući se neposredno na Au-

⁶³³ A. V. Dicey, *op. cit.*, p. 37.

⁶³⁴ Ova tri tela, kaže on, nazivaju se „Kralj u Parlamentu“ (*ibid.*).

⁶³⁵ *Ibid.*, p. 38.

⁶³⁶ *Ibid.*

⁶³⁷ *Ibid.*, pp. 39–41. Kaže se takođe da Parlament može da učini sve što je prirodno moguće, kao i da ono što Parlament može da učini, nijedan drugi svetovni autoritet ne može. Često se citira i ironično objašnjenje da Parlament može sve da učini, osim da pretvori ženu u muškarca i muškarca u ženu (*ibid.*). Dicey na drugom mestu u tekstu kaže da je apsolutni karakter ovog principa suverenosti, stvorio od njega „dogmu“ (*ibid.*, 67).

⁶³⁸ *Ibid.*, p. 48.

stinovu teoriju, Dicey zatim kaže da moć Parlamenta pravno nije ograničena ni obavezom poštovanja moralnih pravila ili Božanskih zakona.⁶³⁹ Najzad, navodi on, doživeli su neuspeh i svi pokušaji zakonskog ograničavanja ovlašćenja samog Parlamenta na osnovu eksplicitnih pravila koja bi obavezivala budućeg zakonodavca.⁶⁴⁰

⁶³⁹ *Ibid.*, p. 59. On dalje eksplicira svoje protivljenje ideji da sudija, kao „eksponent moralnog učenja“, može da stavi zakonsko pravilo van snage, te kaže da je istina da postoji pretpostavka o tome da Parlament ne namerava da povredi moralna pravila, odnosno da sudija tumači zakon na način koji je u saglasnosti sa moralnim pravilima. Međutim, zaključuje Dicey, engleski sudovi u svom radu jednodušno polaze od principa da je i pravo za koje se kaže da je loše, *ex hypothesi* pravo i da ga zbog toga moraju primenjivati (*ibid.*, p. 60).

Interesantno je da je u zastupanju ideje o pravno neograničenom ovlašćenju suverene vlasti, Dicey našao i prostor za dalje čišćenje Austinove „čiste“ teorije države. Usmeravajući pažnju na Austinovu tvrdnju da suverenost Donjeg doma Parlamenta leži zapravo u onima koji su izabrali njegove članove, Dicey kaže da je to samo politički tačno, ali ne i pravno. Naime, objašnjava on, birači na izborima politički izražavaju svoju volju, međutim, sudovi u svom radu nemaju saznanje o ovoj njihovoj volji jer ona do njih ne dopire. „Sudije ništa ne znaju o bilo kojoj volji naroda, osim ako je ta volja izražena u aktu Parlamenta“ (*ibid.*, pp. 70–71) I Hart je objašnjavao protivrečnosti ovog Austinovog shvatanja, ali iz filozofske, a ne pravne perspektive. On kaže da bi prihvatanje Austinove konstrukcije podrazumevalo pristajanje na stav da su podanici suvereni sami sebi, odnosno da bi to vodilo brisanju razlike koja postoji između njih i suverena (v. tako H. L. A. Hart, *op. cit.*, p. 72–74).

⁶⁴⁰ Dicey kaže da se pitanje o tome zašto Parlament nikad nije uspeo u nameri da sam ograniči sopstveni zakonodavni autoritet, može razmatrati sa logičkog i sa istorijskog stanovišta. Logički, sve dok zadržava svoju suverenu moć, suveren ne može ni da je ograniči. Svaki akt Parlamenta može biti ukinut i nema ničega što može da umanjí autoritet Parlamenta kome je nametnuto ograničenje u odnosu na autoritet Parlamenta koji to ograničenje nameće. U tom smislu, kaže Dicey, pojam „ograničene suverenosti“ jeste protivrečnost po sebi.

Sa druge strane, on kaže da je princip suverenosti Parlamenta istorijski potvrđen u brojnim slučajevima, a da razlog za to leži duboko u istoriji engleskog društva, kao i u neobičnosti razvoja njegovog ustavnog ustrojstva. Naime, još od normanskog osvajanja ostrva, objašnjava Dicey, engleskim društvom je uvek vladao apsolutni zakonodavac. Na početku je to bio sam monarh, ali je u toku razvoja ustavnog prava ovlašćenje za donošenje zakona postepeno prelazilo na Parlament, te je tako sad „Kralj“ odnosno „Kraljica u Parlamentu“ nosilac suverenosti (A. V. Dicey, *op. cit.*, pp. 65–66).

Međutim, kao i Austin, Dicey ipak prihvata da postoje određena vanpravna ograničenja suverene vlasti Parlamenta. Prvo, postoji mogućnost ili čak izvesnost da bi podanici u velikom broju mogli da odbiju da poštuju određene zakone, te je realna moć suverena uvek ograničena ovom mogućnošću nastanka otpora naroda. Drugo, interna ograničenja suverenosti Parlamenta prouzrokovana su ličnim svojstvima i sposobnostima onih lica koja su članovi suverenih tela, odnosno koja vladaju (*ibid.*, pp. 73–76).

Ovako određen, princip parlamentarne suprematije i dalje preovlađuje u pravu Velike Britanije. U čitavom nizu odluka najviših sudova, pojedini aspekti ovog principa vidno se ističu. Tako, u slučaju *British Railways Board and others v. Pickin* iz 1974. godine,⁶⁴¹ Lord Reid objašnjava:

*„Ideja da je sud ovlašćen da ignoriše odredbu sadržanu u aktu Parlamenta... mora da se čini čudnom i iznenađujućom svakome ko ima bilo kakvo znanje o istoriji i pravu našeg Ustava... U ranije vreme čini se da su mnogi naročito obrazovani pravnici verovali da bi akt Parlamenta mogao da se ne poštuje ako je protivan Božijem zakonu ili zakonu prirode ili prirodnoj pravdi, ali od kako je suprematija Parlamenta konačno demonstrirana u Revoluciji iz 1688. godine, svaka ideja te vrste je napuštena.“*⁶⁴²

U skorašnjoj odluci u slučaju *Jackson and others v. Her Majesty's Attorney General* iz 2005. godine,⁶⁴³ Lord Bingham decidno ponavlja da je suprematija „Kruna u Parlamentu“ osnova Britanskog ustava. „Kruna u Parlamentu“ nije vezana usvojenim ili kodifikovanim Ustavom. Ona može da stvori ili poništi svaki zakon koji želi. Zakon, zaključuje on, koji je formalno usvojen u Parlamentu, uživa najviši pravni autoritet.⁶⁴⁴

⁶⁴¹ [1974] HL/PO/JU/4/3/1250.

⁶⁴² Direktno se oslanjajući na reči Lorda Campbella u slučaju *Wauchope* iz 1842. godine, on kaže da je funkcija suda da primeni akt usvojen od strane Parlamenta. U istom slučaju, Lord Morris pridružuje se Lordu Reidu i kaže da kad se akt Parlamenta usvoji, sudovi mogu da se bave pitanjem njegovog tumačenja, ali ne i pitanjem da li je on morao da postane zakon.

Lord Wilberforce ističe da je ideja o tome da bi akt Parlamenta mogao da bude proglašen nevažećim ili bez dejstva od strane suda, i to zbog toga što su postojale određene nepravilnosti u vezi sa njegovim usvajanjem, ili zbog toga što je on usvojen na prevaru i sl, bila konstantno odbijana od strane najviših sudova još od 1842. godine. Sredstvo za ispravljanje onog što je pogrešno učinjeno u Parlamentu, ne može se tražiti od suda, već se mora dobiti od samog Parlamenta.

Lord Simon takođe objašnjava da je suverenost Parlamenta jedna od ustavnopravnih osobenosti sistema parlamentarne demokratije. Suprotno onome što su neki tvrdili pre XVIII veka, kao i u opreci prema nekim drugim demokratskim sistemima, zaključuje on, suverenost Parlamenta pretpostavlja da sudovi nemaju ovlašćenje da stave van snage usvojeni zakon.

⁶⁴³ [2005] UKHL 56.

⁶⁴⁴ On kaže da se autoritet odluke u slučaju *Pickin* iz 1974. godine, kao ni odluke u slučaju *Wauchope* iz 1842. godine, ne može dovoditi u pitanje. Pridružujući se ovom mišljenju, Lord Nicholls kaže da se čini da bi ocena validnosti zakona od strane suda povredila fundamentalni ustavni princip da sud ne gleda izvan granica samog zakona i ne ispituje okolnosti pod kojima je zakon usvojen. To su poslovi samog Parlamenta, a ne

Međutim, u ovom slučaju primetna su bila takođe i mišljenja koja se značajno razlikuju od klasičnih shvatanja suprematije Parlamenta. Tako, Lord Steyn tvrdi da Ujedinjeno Kraljevstvo nema „nekontrolisani ustav“, te da to postaje sasvim vidljivo ako se pitanje suprematije Parlamenta razmatra u „evropskom kontekstu“. ⁶⁴⁵ Nastavljajući ovu misao, Lord Hope neposredno kaže:

*„Suverenost Parlamenta dominira našim ustavom. Međutim, suverenost parlamenta više nije, ako je ikad bila, apsolutna. Ona nije nekontrolisana... Korak po korak, postepeno ali sigurno, engleski princip apsolutne zakonodavne suverenosti Parlamenta...postaje uslovljen.“*⁶⁴⁶

Ova nova shvatanja suverenosti Parlamenta posebno su došla do izražaja u slučaju *R v. Her Majesty's Attorney General and others* iz 2007. godine.⁶⁴⁷ Dovodeći princip suverenosti Parlamenta u direktnu vezu sa potrebom zaštite ljudskih prava, Lord Brown kaže da je svakako potrebno obezbediti određeni stepen poštovanja odluke koju su nakon debate usvojili demokratski izabrani predstavnici naroda. Međutim, kaže on, demokratski proces rasprave i odlučivanja je samo neophodan, ali ne i dovoljan uslov za zaštitu ljudskih prava, i to pre svega zbog toga što većina koja donosi odluku nekad zloupotrebljava svoju moć.⁶⁴⁸

suda, potvrđuje on. Po njegovom shvatanju, ovaj princip predstavlja refleksiju pravila sadržanog u „Povelji o pravima“ iz 1689. godine, koje kaže da postupak usvajanja zakona u Parlamentu ne može biti predmet rasprave pred sudom.

⁶⁴⁵ Evropska konvencija o ljudskim pravima koja je inkorporirana u domaći pravni sistem posebnim aktom Parlamenta, kaže on, stvorila je novi pravni poredak. Ne radi se pri tom, objašnjava on, o običnoj multilateralnoj konvenciji međunarodnog prava, već o pravnom poretku koji pretpostavlja obavezu Ujedinjenog kraljevstva da zaštiti ljudska prava, i to ne u odnosima sa drugom državom, već unutar sopstvene jurisdikcije. Iako, kako kaže, suprematija Parlamenta i dalje predstavlja opšti ustavni princip, Lord Steyn zaključuje:

„Klasično Diceyevo shvatanje doktrine suprematije Parlamenta, čisto i apsolutno kao što je nekad bilo, može se videti da nije očuvano u modernom Ujedinjenom Kraljevstvu.“

⁶⁴⁶ U daljoj analizi, on kaže da je ovaj princip uslovljen sa jedne strane pravom Evropske unije, a sa druge Evropskom konvencijom o ljudskim pravima.

⁶⁴⁷ [2007] UKHL 52. Ovaj slučaj predstavlja zapravo nastavak spora pred najvišim sudovima Ujedinjenog Kraljevstva o zakonskoj zabrani lova na lisice, koji je započet u slučaju *Jackson and others v. Her Majesty's Attorney General* iz 2005. godine.

⁶⁴⁸ Kao primer za ovu svoju tvrdnju o zloupotrebi moći većine, on navodi nekađanje kriminalizovanje homoseksualnih odnosa.

Sa druge strane, Baroness Hale neposredno skreće pažnju na staro Hobbesovo pravilo o tome da je dozvoljeno sve ono što nije izričito zabranjeno. Ona objašnjava da sve dok Evropska konvencija o ljudskim pravima nije bila preuzeta u domaći pravni sistem na osnovu „Zakona o ljudskim pravima“ („*The Human Rights Act*“) iz 1998. godine, svako je mogao da radi ono što želi pod uslovom da nema zakona koji mu zabranjuje da to čini.

Međutim, Zakon o ljudskim pravima prvi put daje pojedincu prava koja on može da istakne protiv države. Danas, kaže ona, državnim organima i njihovim funkcionerima nije dopušteno da postupaju protivno pravilima Evropske konvencije. Ako Parlament usvoji zakon koji sadrži odredbe koje mogu da protivreče konvencijskim pravilima o ljudskim pravima, sud i ostali koji ga primenjuju, moraju, ako je to moguće, da ga tumače na način koji je u skladu sa odredbama Evropske konvencije.⁶⁴⁹ Na kraju, ona dodaje sledeće reči:

„Svrha ovih instrumenata [zaštite] ljudskih prava je u tome da postave određena ograničenja u odnosu na to šta demokratski izabrani Parlament može da čini: da zaštite prava i slobode pojedinaca i manjina protiv volje onih za koje se uzima da predstavljaju većinu. Demokratija je volja naroda, ali narod ne može da želi da povređuje ona prava i slobode koje predstavljaju temelj same demokratije.“

⁶⁴⁹ Značaj ovog pravila ona je istakla i u slučaju *Jackson and others v. Her Majesty's Attorney General* iz 2005. godine. Uz to, ona je tada skrenula pažnju i na ideju, za koju je rekla da bi je trebalo ostaviti za neko drugo vreme, o tome da bi Parlament mogao sam da redefiniše princip svoje suverenosti na taj način što bi u određenim stvarima zahtevao kvalifikovanu većinu za odlučivanje, a u drugim stvarima čak i referendumsko izjašnjavanje naroda.

Ideju o tome da bi sam Parlament mogao da ograniči svoju suverenost, zagovara još od sredine XX veka H. L. A. Hart. On kaže da ograničenje suprematije Parlamenta, za koje smatra da bi se moglo nazvati „ustavnim“, posebno u vezi sa zaštitom prava i sloboda pojedinaca, ne bi nametalo „pravnu obavezu“ suverenoj vlasti, već bi je samo „pravno onemogućavalo“ (v. H. L. A. Hart, *op. cit.*, p. 68).

Ova pak ideja o potrebi ograničenja suverene vlasti putem usvajanja ustavnog kataloga ljudskih prava, u poslednjih pedesetak godina bila je živa tema rasprave teoretičara prava i samih pravnika u Velikoj Britaniji. Između ostalih, Dworkin ju je branio tokom devedesetih godina XX veka, neposredno pozivajući državu da preuzme u svoj pravni sistem Evropsku konvenciju o ljudskim pravima (v. Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 352 i dalje). V. više o raspravi iz druge polovine XX veka o tome da li je Velikoj Britaniji potreban ustavni katalog prava i sloboda, kod Saša Gajin, „*Diskusija povodom pitanja da li Velika Britanija treba da ima Bill of Rights*“, Strani pravni život, br. 2–3/94, pp. 69–82.

2. Originalne teorije društvenog ugovora

Teorije društvenog ugovora odgovaraju na pitanje o poreklu države i pravnog poretka. One su naime izgradile stav o tome da se svrha stvaranja političke zajednice i njenog pravnog poretka, sastoji u očuvanju jednake slobode svakog člana ove zajednice. Moderne teorije društvenog ugovora plod su teorijskog razmišljanja Johna Locka i Thomasa Hobbesa iz druge polovine XVII veka.

a) Učenje Johna Locka

Svoje delo „*Dve rasprave o vladi*“,⁶⁵⁰ John Lock započinje sledećim rečima:

*„Ropstvo je tako jadno i bedno čovekovo stanje... da je teško zamisliti da bi Englez, a kamoli gospodin, trebalo da se zalaže za njega.“*⁶⁵¹

U tekstu koji neposredno sledi, postaje sasvim jasno da je osnovni motiv za pisanje ovog dela Lock našao u potrebi suprotstavljanja ideji o apsolutnoj vlasti monarha, iz koje se dalje izvodi i ideja o tome da čovek po svojoj prirodi nije slobodan.⁶⁵²

Tako, Lock započinje obrazlaganje svog stava o prirodnoj slobodi čoveka odgovarajući na tvrdnju da se sloboda ljudskog roda ne može zamisliti ako se istovremeno ne odbaci i ideja o stvaranju Adama. On kaže da

⁶⁵⁰ John Lock, *op. cit.* Lockovo delo objavljeno je i na srpskom jeziku (v. John Locke, „*Dve rasprave o vladi*“, prevod: Kosta Čavoški i Nazifa Savčić, 1978), i na ovaj prevod se upućuje u daljem tekstu.

⁶⁵¹ *Ibid.*, knjiga I, p. 137.

⁶⁵² *Ibid.*, pp. 138. i 140. Lock prepoznaje protivnika sa čijim idejama o neslobodi čoveka se u svom delu obračunava, u ličnosti Roberta Filmera, autora teksta pod nazivom „*Patriarcha, Održana prirodne vlasti kraljeva od neprirodne slobode naroda*“, *ibid.*, pp. 55–132.

ideja prirodne slobode pretpostavlja negaciju Adamovog postanja samo ako se pođe od stava da je na osnovu svemoći samog Boga, odnosno rukom Božijom, Adam stekao svoju egzistenciju ali i „suverenost nad svime“.⁶⁵³

Međutim, objašnjava Lock, to što je stvoren neposredno na osnovu moći Boga, ne znači da je Adam dobio i moć nad drugim ljudima, nad svojom decom, nad ljudskim rodom uopšte, odnosno da je postanjem dobio položaj monarha ili vladara.⁶⁵⁴ Na prvom mestu, on nije od Boga dobio „privatan posed“ nad životinjama i drugim nižim živim bićima, već samo pravo nad njima koje deli sa svim drugim ljudima, te se tako zaključuje da Adam nije postao monarh na osnovu svojih svojinskih prava.⁶⁵⁵

Takođe, Adam nije stekao suverenu vlast nad drugima time što je sebi potčinio Evu. Jer, kaže Lock, kažnjavajući Evu, Bog nije Adamu prepuštao svoju vlast nad njom, već je odredio njenu sudbinu.⁶⁵⁶ Ali, nastavlja on, čak i da ova vrsta potčinjenosti postoji, ona bi po svojoj prirodi bila zajednička za sve žene u odnosu prema njihovim muževima. Dakle, ako bi se smatralo da potčinjavanje Eve predstavlja osnov monarhističke moći i izvor vlasti, onda bi na svetu bilo onoliko monarhija koliko ima muževa.⁶⁵⁷

⁶⁵³ *Ibid.*, p. 146.

⁶⁵⁴ *Ibid.*

⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 152. Dalje u tekstu, Lock objašnjava da šta god mu je Bog podario, to nije učinio samo njemu, Adamu, isključujući sve ostale ljude. Koji god posed Adam imao, to nije bio njegov „privatan posed“, već zajednički posed ljudskog roda. Nakon minuciozne analize Svetog pisma, Lock zaključuje da je čovek stekao posed nad ostalim živim bićima kao stvorenje načinjeno po liku svog Tvorca, te da se taj posed ne vezuje za nekog pojedinca individualno, već za ljudski rod u celini, za sve ljude kao „glavne stanovnike“ na zemlji (*ibid.*, p. 162).

Međutim, nastavlja Lock, čak i kad bi se reklo da je Adam postao jedini sopstvenik svega na zemlji, postavila se pitanje šta bi to značilo za njegovu suverenost, odnosno kako bi se iz ove činjenice mogao izvesti zaključak da on stiče moć nad ostalim ljudima. Kako se može objasniti da posed nad zemljom obezbeđuje čoveku „suverenu arbitrarnu vlast“ nad životima drugih ljudi. Jer, kaže on, zna se da Bog nije ostavio čoveka na milost drugome da može da ga umori (*ibid.*, p. 163).

⁶⁵⁶ *Ibid.*, p. 166. Da li bi na osnovu ove sugestije o potčinjenosti Eve kao izvoru suverene vlasti, pita Lock, kraljice Engleske, da su se udale za nekog od svojih podanika, bile u politički potčinjenom položaju u odnosu na njih.

⁶⁵⁷ *Ibid.*, p. 167.

Najzad, Adam nije svoju suverenu vlast izveo ni iz očinstva nad svojom decom. Nemaju pravo oni koji kažu da otac ima vrhovnu vlast nad svojom decom, apsolutnu moć nad njihovim životom i smrti, i to zbog toga što im je on podario život.⁶⁵⁸ Jer, po Svetom pismu, otac i majka zajedno stvaraju svoju decu.⁶⁵⁹ Ali i više od toga, ne sme se zaboraviti, napominje on, da je Bog tvorac života, odnosno da svako biće živi samo u njemu. Bog je istinski kralj zato što je on tvorac svih nas.⁶⁶⁰

Ali čak i da je Adam stekao suverenu vlast nad svojom decom po osnovu očinstva, pitanje je kako je moguće shvatiti vlast njegove dece nad decom koju su oni stvorili.⁶⁶¹ Jer, ako Adam stiće kraljevsku vlast na osnovu očinske vlasti, onda i njegova deca stiču istu kraljevsku vlast nad svojom decom i to po istom osnovu, te se tako može zaključiti da ima onoliko kraljeva koliko ima i očeva.⁶⁶²

Osim toga, postavlja se i pitanje šta se dešava sa apsolutnom Adamovom vlašću nakon njegove smrti. Ako se pođe od pretpostavke da je on jedini vlasnik svega na zemlji, onda bi se moglo reći da ovo vlasništvo prelazi na njegovog prvorodenog sina. Međutim, Adamova apsolutna očinska vlast ne može da se prenese na drugoga, kao što je to moguće učiniti sa pravom svojine. Ako je svaki čovek podanik onome koji ga je rodio, onda se zaključuje da čovek ne može biti podanik svom bratu ili nekom drugom licu, već samo svom ocu.⁶⁶³

⁶⁵⁸ *Ibid.*, p. 169.

⁶⁵⁹ *Ibid.*, p. 172.

⁶⁶⁰ *Ibid.*, p. 170–171. Roditelji, kaže Lock, ne mogu imati prava u odnosu na svoju decu, kao što ih ima Bog u odnosu na ljude (*ibid.*). Ne može se, kaže dalje on, uzeti kao valjan dokaz tvrdnje o apsolutnoj vlasti očeva ni to što neki od njih prodaju svoju decu. „Skrovišta lavova i brlozi vukova ne znaju za takvu surovost“, objašnjava Lock, a zatim se pita:

„Zar nam Bog nije zabranio...da oduzmemo život bilo kom čoveku...I da li nam je Bog dopustio da uništimo one koje nam je dao da se o njima brinemo i staramo, i zar na osnovu zapovesti prirode i razuma, kao i na osnovu svoje izrečene naredbe, ne zahteva od nas da ih čuvamo.“ (*ibid.*, p. 173).

⁶⁶¹ *Ibid.*, p. 181. Adam može da zadrži apsolutnu moć nad svojom decom i nad svojim unucima, ali se onda ne može razumeti vlast njegove dece nad njegovim unucima (*ibid.*). U ovom kontekstu, Lock postavlja i pitanje da li bi na osnovu svoje apsolutne vlasti deda mogao da oslobodi unuka obaveze poštovanja njegovog oca koja proizlazi iz pete Božije zapovesti (*ibid.*, p. 177).

⁶⁶² *Ibid.*, 183.

⁶⁶³ *Ibid.*, p. 185. Osim, kaže Lock, „ako se ne pretpostavi da čovek može da ima pravo na nešto bez činjenja onoga na čemu se to pravo jedino zasniva“ (*ibid.*).

Na osnovu ovih sažetih argumenata, ali i mnogih drugih koje je izneo u Prvoj raspravi o vladi,⁶⁶⁴ Lock zaključuje da suverena vlast monarha ne može da se izvede iz Adamovog privatnog vlasništva i njegove očinske vlasti.⁶⁶⁵ Da bi se politička vlast razumela, kao i da bi se shvatio njen izvor, kaže on, potrebno je razmotriti u kakvom se stanju ljudi nalaze po svojoj prirodi.⁶⁶⁶

Ovo prirodno stanje ljudi, ističe Lock, jeste stanje „savršene slobode“ u kojem ljudi postupaju samostalno, nezavisno jedni od drugih, u vezi sa stvarima koje poseduju i sopstvenom ličnošću.⁶⁶⁷ Ovo stanje je takođe i stanje jednakosti, u kome moć i vlast pripada jednako svima, odnosno u kome niko nema više nego drugi.⁶⁶⁸

Lock dalje objašnjava da prirodnom stanju rukovodi zakon Prirode. Razum, koji predstavlja taj zakon, uči ljude da su oni međusobno jednaki i slobodni, ali da takođe ne smeju da čine povredu tuđeg života, zdravlja, slobode i svojine. Jer, kaže on, svi ljudi su delo jednog svemoćnog i beskrajno mudrog Tvorca, svi su sluge jednog suverenog Gospodara, svi su došli na svet njegovom zapovešću i na osnovu njegove namere, svi ljudi su njegova svojina, te zbog toga traju po njegovoj, a ne nečijoj tuđoj volji.⁶⁶⁹

⁶⁶⁴ Cela I knjiga, stotinak stranica teksta u citiranom domaćem izdanju, posvećena je opovrgavanju ideje o prirodnoj apsolutnoj vlasti monarha, koja se pak izvodi iz prvobitnog Adamovog suvereniteta. U ovoj analizi, istaknuti su samo neki od brojnih argumenata sa kojima je Lock baratao. Da bi se stekla prava predstava o bogatstvu Lockovih teorijskih zapazanja, njegovoj lucidnosti i duhovitosti, potrebno je naravno pročitati celokupno ovo njegovo delo.

⁶⁶⁵ *Ibid.*, knjiga II, p. 9.

⁶⁶⁶ *Ibid.*, p. 11.

⁶⁶⁷ *Ibid.* Na drugom mestu u tekstu, Lock objašnjava da je ova sloboda čoveka, odnosno „sloboda postupanja prema vlastitoj volji“, utemeljena u njemu kao biću obdarenom razumom, koji jedini može da ga uputi u onaj zakon na osnovu koga će se on upravljati, tj. znati u kojoj meri je prepušten svojoj slobodnoj volji (*ibid.*, p. 40).

⁶⁶⁸ *Ibid.*, p. 11.

⁶⁶⁹ *Ibid.*, p. 12. Na drugom mestu u tekstu, Lock odgovara na prigovor da ljudi nikad nisu živeli u prirodnom stanju, i upućuje na reči engleskog sveštenika Richarda Hookera iz njegovog dela „*Lawes of Ecclesiastical Polity*“ sa kraja XVI veka, koji objašnjava da su se ljudi između sebe dogovorili „šta da čine ili ne čine“, jer niko nije mogao da samostalno sebi pribavi „potrebno obilje stvari koje su nužne za onakav život kakav naša priroda zahteva, život primeren dostojanstvu čoveka“, a koji zatim dodaje:

„Stoga, da bismo nadomestili ove nedostatke i nesavršenosti, koji su u nama kad živimo sami i jedino za sebe, mi smo po prirodi skloni da težimo zajedništvu i druženju sa drugima. Ovo je bio uzrok prvobitnog ujedinjavanja ljudi u politička društva“

Staranje o primeni ovog prirodnog zakona prepušteno je svim ljudima. Svako ima pravo da kazni onoga koji dira u tuđa prava ili nanosi štetu drugome.⁶⁷⁰ Ipak, da bi se izbegla „pometnja i nered“ do kojih dolazi zbog toga što svako ima pravo da bude sudija i da kažnjava i u svojoj i u tuđoj stvari, potrebno je imati „građansku vladu“. Bog je, kaže Lock, ustanovio vladu da bi ograničio pristrasnost i nasilje ljudi.⁶⁷¹

Za razliku od prirodnog stanja, stanje rata je „stanje neprijateljstva i razaranja“. ⁶⁷² Kad neko rečju ili činom, objašnjava Lock, izrazi nameru da posegne za životom drugog čoveka, onda oni između sebe ulaze u stanje rata. Po osnovnom prirodnom zakonu „brižljivog očuvanja sebe samog“, čovek ima pravo da uništi onoga koji vodi rat protiv njega. Drugim rečima, kaže Lock, pravično je i razumno prihvatiti da čovek može da uništi onoga koji mu preti uništenjem.⁶⁷³

Osim toga, stanje rata nastaje i onda kad čovek pokušava drugoga da stavi pod svoju apsolutnu vlast. Lock obrazlaže ovaj svoj stav na sledeći način:

„Jer, imam razloga da zaključim da bi me onaj ko bi me doveo pod svoju vlast bez moje saglasnosti upotrebljavao kako mu je volja, a takođe me i uništio kad mu to padne na pamet; jer niko ne može da me ima u svojoj apsolutnoj vlasti, sem ako me na to silom ne prinudi, što je protivno pravu

(v. izvorni tekst ovog citata u Knjizi I, odeljak 10, p. 239, odnosno celo Hookerovo delo na sledećoj internet adresi: <http://anglicanhistory.org/hooker/>).

⁶⁷⁰ John Lock, *op. cit.*, p. 13.

⁶⁷¹ *Ibid.*, p. 16. Građanska vlada je, objašnjava Lock, „odgovarajuće sredstvo za neugodnosti prirodnog stanja, koje svakako moraju biti velike kad ljudi mogu da budu sudije u svom vlastitom slučaju“. Tako, nastavlja on svoje obrazloženje, onaj koji je bio toliko nepravedan da „svom bratu“ nanese štetu, teško će biti toliko pravedan da zbog tog čina osudi samog sebe. Osim toga, nije razumno očekivati da ljudi mogu biti sudije sami sebi, jer će ih i samoljublje učiniti pristrasnim prema sebi i svojim prijateljima. Takođe, može se desiti da ih njihova „rđava priroda“, strast ili osveta, odvede „suviše daleko u kažnjavanju drugih“ (*ibid.*).

⁶⁷² *Ibid.*, p. 18. U drugom delu ovog poglavlja o stanju rata, Lock objašnjava da prirodno stanje ne bi trebalo mešati sa stanjem rata, jer su oni „toliko daleko jedno od drugog kao što je stanje mira, dobre volje, uzajamne pomoći i održanja daleko od stanja neprijateljstva, zlobe, nasilja i uzajamnog uništenja“ (*ibid.*, p. 19).

⁶⁷³ *Ibid.*, p. 18. Čovek ima pravo da uništi napadača kao što ima pravo da ubije vuka ili lava, jer napadač nije „obavezan opštim zakonom uma“ i ne prihvata se „nikakvog drugog pravila sem sile i nasilja“, te se zbog toga može nazvati divljom zver, onim „opasnim i štetnim“ stvorenjem koje će ga uništiti ako se nađe „u njegovoj vlasti“ (*ibid.*).

*moje slobode, tj. da me učini robom. Biti slobodan od takve sile je jedina sigurnost mog održanja; i um mi nalaže da smatram neprijateljem mog održanja onoga ko bi uzeo tu slobodu koja je štit mog održanja; tako da onaj ko pokuša da me porobi, time stavlja sebe u stanje rata sa mnom.*⁶⁷⁴

Ako čovek koji je suočen sa silom ili pretnjom od strane drugoga, ne nalazi nekog višeg kome može da se obrati za pomoć, on neizbežno ulazi u stanje rata.⁶⁷⁵ Da bi izbegli ovo stanje rata, ljudi su odlučili da izađu iz prirodnog stanja i uđu u „društvo“ u kome postoji „vlast“, odnosno „sve-tovna moć“, koja može da reši sukob između njih.⁶⁷⁶

Osim toga, objašnjava Lock, čak i kad bi hteo da stavi sebe pod apsolutnu vlast drugoga, čovek ne može da se „rastane“ od svoje slobode i da od sebe načini roba. Naime, pravilo je da niko ne može drugome da preda više vlasti nego što je sam ima. Pošto nema vlast nad svojim životom, čovek ne može ugovorom ili na osnovu svoje jednostrano izražene volje, sam sebe da „učini nečijim robom“.⁶⁷⁷

Dakle, zaključuje Lock, prirodna sloboda pretpostavlja slobodu od bilo kakve vlasti na zemlji. Sloboda u društvu pak, pretpostavlja da je čovek slobodan od apsolutne, nestalne, neizvesne i nepoznate arbitrerne volje drugog čoveka. Ljudi su ušli u društvo i stvorili zemaljsku vlast da bi izbegli stanje rata i ropstvo, te tako „sloboda ljudi pod vladom“ podrazumeva „postojano pravilo“ po kome se živi i koje je zajedničko svakome. Ovo pravilo donosi zakonodavna vlast, u skladu sa ovlašćenjima koja su joj data saglasnošću ljudi koji formiraju društvo.⁶⁷⁸

Pravo ljudi na fizičko samoodržanje, kaže dalje Lock, pretpostavlja takođe i to da prirodni um, odnosno Božije otkrovenje, upućuje ljude na

⁶⁷⁴ *Ibid.* Lock dalje kaže da je sloboda „osnov svega drugog“, te da se nužno pretpostavlja da onaj koji pokušava drugome da oduzme slobodu, pokušava zapravo da mu oduzme sve, te da zbog toga nastaje stanje rata (*ibid.*).

⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 19.

⁶⁷⁶ *Ibid.*, p. 20. Lock dalje kaže da tamo gde nema sudije na zemlji, čoveku ostaje samo još da se obrati Bogu na nebu, u kom slučaju čovek zadržava položaj sudije „u svojoj vlastitoj savesti“, po kojoj će i odgovarati „onog velikog dana vrhovnom Sudiji svih ljudi“ (*ibid.*, p. 21).

⁶⁷⁷ *Ibid.*, pp. 21–22.

⁶⁷⁸ *Ibid.*, p. 21. Lock u tom smislu kaže da čovek u društvu zadržava slobodu da „postupa prema vlastitoj volji u svim stvarima gde pravilo ne postoji“. Ovaj njegov stav veoma je blizak već pomenutom Hobbesovom pravilu o tome da je čoveku dozvoljeno da čini sve ono što nije zabranjeno.

to da oni mogu da koriste sve ono što im priroda pruža u cilju osiguranja svog opstanka.⁶⁷⁹ Iako je sva zemlja i ono što je na njoj zajedničko dobro svih ljudi, njihova upotreba je nužno povezana sa prisvajanjem onog dela tog dobra koje je svakome čoveku pojedinačno od koristi za njegovo samoodržanje.⁶⁸⁰

Čovek stiče pravo svojine na pojedinim dobrima na osnovu svog rada. Svaki čovek, navodi Lock, zadržava isključivo za sebe pravo nad svojom ličnošću. „Rad njegovog tela“ i „delo njegovih ruku“ su zbog toga samo njegovi. Koristeći se prirodnim dobrima, čovek ih prisvaja za sebe, i to na osnovu toga što upotrebljava svoje ruke. Drugim rečima, on prirodnim dobrima „pridodaje svoj rad“, dakle nešto što je njegovo, i na taj način ta dobra pretvara u svoje vlasništvo.⁶⁸¹

Bog je čoveku dao svega u izobilju, ali takođe „ništa nije stvorio da čovek pokvari ili uništi“. Naime, onaj isti zakon koji obezbeđuje čoveku svojinu na prirodnim dobrima, ograničava takođe i pravo na prisvajanje dela tih dobara, i to u skladu sa merom zadovoljenja čovekovih životnih potreba. Dakle, čovek može da prisvoji onoliko prirodnih dobara koliko sam može da ih uživa, odnosno „upotrebi radi neke životne koristi pre nego što se pokvari“. Sve što prevazilazi njegove potrebe, „veće je od njegovog udela i pripada drugima“.⁶⁸²

Tako, pravilo je da „prekoračenje granica čovekove pravične svojine“ podrazumeva „beskorisno propadanje“ stvari koje je čovek prisvojio, a ne prosto gomilanje poseda. Međutim, čovek ne povređuje prirodni zakon

⁶⁷⁹ *Ibid.*, p. 23. Ljudi, kaže Lock, po prirodnom umu shvataju da imaju „pravo da jedu, piju i druge takve stvari koje im priroda pruža radi njihovog opstanka“, dok na osnovu otkrovenja razumeju da je Bog darivao zemlju Adamu i Noju kao „sinovima čovečijim“, odnosno da je zemlju prepustio ljudima kao njihovo „zajedničko“ dobro (*ibid.*).

⁶⁸⁰ Plod ili divljač, objašnjava Lock, moraju da budu njegovi, „tako da drugi ne može da polaže pravo na taj plod ili divljač pre nego što oni mogu da mu učine neko dobro radi održavanja njegovog života“ (*ibid.*).

⁶⁸¹ *Ibid.*, p. 24. Lock ovaj svoj stav o prisvajanju prirodnih dobara obrazlaže i sledećim rečima:

„Rad koji je bio moj ustanovio je moju svojinu na njima izuzimajući ih iz zajedničkog stanja u kome su se nalazila“ (*ibid.*).

Na drugom mestu, Lock objašnjava da je rad čoveka stvorio razliku između zajedničkog i prisvojenog dobra, jer je ovom drugom dodao nešto više od onoga što je priroda prvobitno stvorila (*ibid.*). Dalje u tekstu, Lock kaže da rad „utiskuje“ razliku vrednosti u svaku stvar (*ibid.*, p. 30).

⁶⁸² *Ibid.*, p. 25.

ako prikuplja za sebe trajne stvari, „onoliko koliko mu volja“, na primer „metal čija mu je boja draga“ ili dijamante i sl.⁶⁸³ U ovom aspektu prisvajanja pak, pojavljuje se među ljudima novac. Lock objašnjava svoju ideju o pojavi novca na sledeći način:

*„I tako je došlo do toga da se kao novac upotrebljava neka trajna stvar koju ljudi mogu da sačuvaju bez propadanja i koju bi, na osnovu uzajamne saglasnosti, ljudi mogli uzeti u zamenu za odista korisna ali kvarenju sklona sredstva za život“.*⁶⁸⁴

Iako „meru vrednosti“ zlata i srebra dobrim delom određuje rad čoveka, kaže Lock, ljudi su ipak morali da se o njihovoj vrednosti saglase, jer su ove stvari, same za sebe, od male koristi za čovekov život u odnosu na hranu, odeću, sredstva za prevoz i sl.⁶⁸⁵

Tako, Bog je napravio od čoveka stvorenje kojem „nije dobro da bude sam“. Čovek se nagoni da uđe u društvo onim „nužnostima, umesnostima i sklonostima“ koje mu je prirodni zakon, odnosno Bog nametnuo. Takođe, objašnjava Lock, Bog je čoveka snabdeo razumom i jezikom da bi ovo društvo produžio i u njemu uživao.⁶⁸⁶

Uslov za nastanak političkog društva jeste formiranje zajedničke vlasti. Lock ističe da političko društvo postoji samo ako se svaki član društva odrekao svoje prirodne vlasti i predao je „u ruke zajednice“, kojoj pak može da se obrati u cilju obezbeđivanja zaštite na osnovu zakona koji je ova zajednica ustanovila. Nema političkog društva bez vlasti koja čuva svojinu svih i kažnjava za nedela članove društva.⁶⁸⁷

⁶⁸³ *Ibid.*, p. 33.

⁶⁸⁴ *Ibid.* Na drugom mestu u tekstu, Lock kaže da su ljudi „pronašli način kako čovek može pošteno da ima više zemlje nego što sam može da koristi prinos sa nje dobijajući u zamenu za suvišak zlato i srebro, koji se mogu zgrtati ne nanoseći štetu drugome, jer se ovi metali ne kvare i ne propadaju u rukama vlasnika“ (*ibid.*, p. 34).

⁶⁸⁵ *Ibid.*

⁶⁸⁶ *Ibid.*, p. 47.

⁶⁸⁷ *Ibid.*, p. 51. Lock takođe kaže:

„Oni koji su sjedinjeni u jednom telu i imaju zajednički ustanovljeni zakon na koji se pozivaju i sudstvo sa vlašću da rešava sporove između njih i kažnjava prekršiće, jesu u političkom društvu jedan sa drugim“ (*ibid.*).

Nesto dalje u tekstu, Lock izjednačava „političko“ i „građansko“ društvo. On kaže:

„Stoga gde god je izvestan broj ljudi na ovaj način ujedinjen u jedno društvo tako da se svako odriče svoje izvršne vlasti prirodnog zakona i predaje je zajednici, jedino je tamo političko ili građansko društvo“ (*ibid.*, p. 52).

Izlaskom iz prirodnog stanja i ulaskom u „stanje države“, ljudi stvaraju „jedno političko telo pod jednom vrhovnom vladom“, koju ovlašćuju da za to političko telo donosi zakone „kako to javno dobro društva zahteva“. Ljudi koji nemaju vlast kojoj mogu da se obrate, ma kako da su organizovani, i dalje se nalaze u prirodnom stanju.⁶⁸⁸

Način na koji ljudi formiraju državu, odnosno na sebe navlače „okove građanskog društva“, jeste njihovo međusobno saglašavanje da se ujedine u političku zajednicu „kako bi ugodno, bezbedno i miroljubivo živeli zajedno i sa sigurnošću uživali vlastitu svojinu i imali veću bezbednost“.⁶⁸⁹ Na osnovu ove svoje saglasnosti,⁶⁹⁰ navodi Lock, ljudi se sjedinjuju u jedno političko telo „u kome većina ima pravo da dela i odlučuje za ostale“.⁶⁹¹

Ovaj princip većine Lock objašnjava na sledeći način. Ljudi su od političke zajednice napravili telo „sa vlašću da dela kao jedno telo“, i to onako kako želi i određuje većina. Pošto je nužno da se to telo „kreće u jednom pravcu“, ono će ići „pravcem kuda ga vodi veća sila“, a to je većina u zajednici. U suprotnom, kaže Lock, ovo telo ne bi uopšte bilo delatno, odnosno ne bi bilo jedinstveno.⁶⁹²

Akt većine se stoga smatra aktom celine. Drugim rečima, izražavajući saglasnost za formiranje političke zajednice, čovek preuzima na sebe obavezu da se potčini odluci većine. Jer, zaključuje Lock, u društvu u kome

⁶⁸⁸ *Ibid.*

⁶⁸⁹ U daljem tekstu, Lock detaljno objašnjava ove razloge koji su opredelili čoveka da stvori političku zajednicu (*ibid.*, pp. 71–74).

⁶⁹⁰ *Ibid.*, p. 57. Lock insistira na ovom elementu saglasnosti, te kaže:

„Pošto su ljudi... po prirodi svi slobodni, jednaki i nezavisni, niko ne može da bude lišen svoje imovine i potčinjen političkoj vlasti drugoga bez vlastite saglasnosti“ (*ibid.*, p. 56).

Na drugom mestu u tekstu, Lock na sledeći način predstavlja svoj stav o tome da se država konstituiše saglasnošću ljudi, odnosno njihovim „ugovorom“:

„I ovo je učinjeno pukim saglašavanjem da se sjedine u jedno političko društvo, što je sav ugovor koji postoji... između pojedinaca koji su stupili u državu ili su je stvorili. I stoga ono što započinje i stvarno uspostavlja neko političko društvo nije ništa drugo do saglasnost nekog broja slobodnih ljudi... da se ujedine i utelove u takvo društvo. I to je ono, i samo ono što je dalo ili može da da početak nekoj zakonitoj vladi u svetu“ (*ibid.*, p. 58).

U daljem tekstu, Lock analizira formu ove saglasnosti kojom se obrazuje politička zajednica i nalazi da je nju moguće izraziti izričito i prećutno (*ibid.*, pp. 69–70).

⁶⁹¹ *Ibid.*, 57.

⁶⁹² *Ibid.*

većina ne može da obaveže sve, politička zajednica ne dela kao jedno telo, te se zbog toga samo društvo raspada.⁶⁹³

Većina koristi svoju vlast da bi donosila zakone, kao i da bi ove zakone primenjivala preko službenika koje je sama izabrala. Lock kaže da se ovaj „oblik“ vlade može nazvati „savršena demokratija“.⁶⁹⁴

Osnovni cilj ljudi koji formiraju političku zajednicu jeste da za sebe obezbede uživanje svoje imovine u miru i sigurnosti. Osnovno sredstvo za postizanje ovog cilja jesu zakoni koji se u ovoj zajednici donose. Stoga se „prvi i temeljni“ zakon svake političke zajednice odnosi na ustanovljavanje zakonodavne vlasti.⁶⁹⁵

Zakonodavna vlast je vrhovna vlast u državi.⁶⁹⁶ To znači da naredba nekog drugog, „ma kakvom vlašću da je podržana“, ne može da ima pravnu snagu i obaveznost zakona. Jer, kaže Lock, vrhovna vlast zakonodavca izvire iz „saglasnosti društva“ – društvu niko ne može da donosi zakone ako se sa tim nisu saglasili „njegovi pripadnici“.⁶⁹⁷

Ipak, suverenu vlast zakonodavca ne bi trebalo shvatiti kao potpuno neograničenu. Prvo, objašnjava Lock, ona ne može biti apsolutno arbitrarna vlast nad životima i imovinom ljudi. Ulaskom u političku zajednicu, ljudi nisu mogli da prenesu na zakonodavca više moći nego što su je imali u prirodnom stanju. Pokazano je da niko u prirodnom stanju ne raspolaže apsolutnom arbitrnim moći nad sobom i drugima, te da tako ne može da uništi svoj život, kao što ne može da oduzme život ili svojinu drugome. Zbog toga ni zakonodavac ne može imati ovu apsolutnu arbitrnju vlast.⁶⁹⁸

⁶⁹³ *Ibid.*, pp. 57–58. Lock ipak priznaje da ova većina može da bude i kvalifikovana većina ako su se o tome ljudi sporazumeli. On tako kaže:

„Stoga se za bilo koje ljude koji su se iz prirodnog stanja sjedinili u zajednicu mora pretpostaviti da su svu vlast, nužnu za ciljeve zbog kojih se sjedinjuju u društvo, predali većini zajednice, sem ako se nisu izričito saglasili sa nekim brojem koji je veći od većine“ (*ibid.*, p. 58).

⁶⁹⁴ *Ibid.*, p. 74. Lock dalje objašnjava da oligarhija i monarhija nastaju tako što većina u društvu predaje vlast donošenja zakona nekolicini ljudi ili jednome čoveku (*ibid.*).

⁶⁹⁵ *Ibid.*, p. 75.

⁶⁹⁶ Lock dodaje da je ona takođe i „sveta i neizmenjiva vlast“ (*ibid.*).

⁶⁹⁷ *Ibid.*, p. 76.

⁶⁹⁸ *Ibid.*, pp. 76–77. Kao posebno ograničenje suverene vlasti, Lock navodi da se imovina ne može oduzimati bez saglasnosti vlasnika jer bi se time zadiralo u „osnovni

Pošto se osnovni prirodni zakon sastoji u očuvanju ljudi, nastavlja Lock, zakon ili drugi propis ne može biti suprotan njemu.⁶⁹⁹ Zbog toga je i vlast zakonodavca ograničena na zajedničko dobro društva, te ona ne može biti usmerena na uništenje, porobljavanje ili namerno osiromašenje njegovih članova.⁷⁰⁰

Drugo, vrhovna vlast dužna je da deli pravdu i rešava sporove između ljudi na osnovu „objavljenih i važećih“ zakona i to uz pomoć „poznatih i ovlašćenih“ sudija. Vlast ne sme biti arbitrna i ne sme uzeti sebi pravo da vlada na osnovu arbitorno donetih odluka, jer bi tada mir, spokojstvo i svojina ljudi bili „u istoj nesigurnosti kao što je to bilo u prirodnom stanju“. Ne može se pak pretpostaviti da su ljudi izašli iz prirodnog stanja, čak i da su imali pravo na to, da bi pojedincu ili grupi predali apsolutnu arbitrnju vlast nad sopstvenom ličnošću i imovinom, odnosno da bi predali u ruke sudiji silu samovoljnog izvršavanja neograničene volje nad njima.⁷⁰¹

Treće, zakonodavac nema pravo da prenese svoje ovlašćenje za donošenje zakona na nekog drugog. Ljudi su „delegirali“ vlast zakonodavcu, a ova vlast se odnosi samo na donošenje zakona, a ne i na ustanovljavanje drugog zakonodavca. Lock u tom smislu zaključuje:

„I kad je narod rekao: ‘mi ćemo se pokoravati pravilima i vladati se po zakonima koje su doneli takvi ljudi i u takvim oblicima’, onda niko ne može da kaže da će drugi ljudi donositi zakone za narod; niti narod

zakon svojine“. Dakle, suverena vlast nema pravo da arbitorno, bez saglasnosti ljudi, ubire poreze i na drugi način im oduzima imovinu (*ibid.*, pp. 79–81).

⁶⁹⁹ *Ibid.*, p. 78.

⁷⁰⁰ *Ibid.*, p. 77. Još na samom početku Druge rasprave o vladi, Lock je napisao da politička vlast jeste „pravo donošenja zakona“ radi zajedničkog dobra (*ibid.*, p. 11). Kad je govorio o ciljevima formiranja političke zajednice, Lock je takođe insistirao na ideji o zajedničkom dobru. Tako, on kaže:

„No, mada ljudi kad stupe u društvo predaju jednakost, slobodu i izvršnu vlast koju su imali u prirodnom stanju u ruke društva da njima raspolaže zakonodavno telo u onoj meri koliko dobro društva to zahteva, ipak, pošto je to svako učinio sa namerom da bolje očuva sebe, svoju slobodu i svojinu – jer se ni za jedno racionalno stvorenje ne može pretpostaviti da menja svoj položaj zato da mu bude gore – onda se za vlast društva ili zakonodavno telo, koje su ustanovili, nikad ne može pretpostaviti da doseže dalje od opšteg dobra...“ (*ibid.*, p. 74).

⁷⁰¹ *Ibid.*, pp. 78–79.

*može da bude vezan nekim drugim zakonima osim takvim koje su propisali oni koje je on izabrao i ovlastio da za njega donose zakone.*⁷⁰²

Tako, zakonodavac je vrhovna vlast. On donosi zakone i to „po pravu donošenja zakona za sve delove i za svakog pripadnika društva“, te zato mora da bude „viša“ vlast od ostalih. Sve druge vlasti društva potiču od zakonodavne vlasti i njoj su potčinjene.⁷⁰³

b) Učenje Thomasa Hobbesa

Lockove ideje komplementarne su učenju o poreklu političke zajednice i države koje je razvio drugi veliki filozof tog vremena, Thomas Hobbes. U svom delu „*Leviathan*“,⁷⁰⁴ Hobbes takođe pretpostavlja da su ljudi međusobno jednaki. On kaže da je priroda stvorila ljude jednakim u pogledu telesnih i duhovnih sposobnosti.⁷⁰⁵

Iz ovog odnosa jednakosti, nastavlja Hobbes, nastaje jednakost očekivanja ljudi da će postići svoje ciljeve. Na putu ka ostvarenju svojih ciljeva, koji se uglavnom odnose na samoodržanje, a nekad i na zadovoljstvo, ljudi ulaze u međusobni sukob. Ovaj sukob, ili rat, kako ga naziva Hobbes,

⁷⁰² *Ibid.*, p. 81.

⁷⁰³ *Ibid.*, pp. 84–85. I na drugim mestima u tekstu, Lock se bavi objašnjenjem suštine i položaja suverene vlasti u društvu. Tako, on kaže da se članovi društva ujedinjuju u živom, koherentnom telu zakonodavne vlasti. Zakonodavna vlast je „duša koja državi daje oblik, život i jedinstvo“ (*ibid.*, p. 115). Takođe, pošto je ustavno konstituisanje zakonodavne vlasti prvi i temeljni akt društva, koji prethodi svim drugim zakonima i koji „u celini zavisi od naroda“, Lock zaključuje da niža vlast ne može ovaj akt da promeni (*ibid.*, pp. 88–89).

⁷⁰⁴ U daljem tekstu će se koristiti prevod ovog dela na srpski jezik (*op. cit.*). Elektronsko izdanje ovog i ostalih Hobbesovih dela na engleskom jeziku, nalazi se na sledećoj internet adresi: http://oll.libertyfund.org/index.php?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Fperson=3776&Itemid=28.

⁷⁰⁵ Tomas Hobz, *op. cit.*, p. 133. On objašnjava ovu „urođenu jednakost“ ljudi na sledeći način:

„...iako ponekad može da se naiđe na nekog čoveka koji je telesno očigledno jači ili je življeg duha od drugih, ipak, kad se sve zajedno uzme u račun, razlika između čoveka i čoveka nije tako velika da bi jedan čovek na osnovu te razlike mogao za sebe da zahteva ma kakvu korist na koju neki drugi ne bi mogao pretendovati isto tako kao i onaj prvi“ (*ibid.*).

nekad je posledica takmičenja u ostvarivanju određenog cilja,⁷⁰⁶ a nekad je i proizvod podozrivosti koju čovek gaji prema drugima,⁷⁰⁷ ili prezira i omalovažavanja koje od drugih prima.⁷⁰⁸

Ako nema zajedničke vlasti ljudi, „koja ih sve drži u strahu“ od kažnjavanja, pojedinci žive u stanju rata i to svakog čoveka protiv svih drugih. U ovom stanju rata, ljudi žive bez ikakve sigurnosti, ali i bez mogućnosti da se posvete radu.⁷⁰⁹ U njemu takođe nema prava.⁷¹⁰ U stanju rata, nema ni svojine, ne razlikuje se „moje i tvoje“, jer svakom čoveku pripada ono što može da „zgrabi“ i to dotle dok je sposoban da to za sebe zadrži.⁷¹¹

Iz ovog antropološki objašnjenog „rđavog“ prirodnog stanja, čovek uspeva da pronađe izlaz i to zahvaljujući svojim strastima i svom razumu. Hobbes kaže da su strasti koje navode čoveka da teži miru sa drugima strah od smrti, kao i želja za stvarima „koje život čine udobnim“ i nada da ove stvari može da pribavi svojim radom. Sa druge strane, razum ljudima „sugeriše pogodne mirovne klauzule“ sa kojima mogu svi da se saglase i na taj način izađu iz stanja rata.⁷¹²

Predmet ovih mirovnih klauzula je sloboda čoveka. Hobbes objašnjava da prirodno pravo čoveka (*ius naturale*), jeste zapravo njegova sloboda

⁷⁰⁶ „...ako dva čoveka žele istu stvar, koju opet ne mogu uživati obojica, onda oni postaju neprijatelji“ (*ibid.*, p. 134).

⁷⁰⁷ „A da se obezbedi od tog zaziranja od drugih, čovek nema nikakav drugi tako razuman način kao – da on prvi udari. To će reći, silom ili lukavstvom savladivati ličnosti svih ljudi koje može, sve dotle dok više ne bude video nikakvu moć koja bi bila dovoljno velika da ga ugrozi“ (*ibid.*, p. 135).

⁷⁰⁸ „Jer svaki čovek želi da mu oni drugi pridaju onu vrednost koju je sam sebi pripisao, i na svaki znak prezira ili potcenjivanja, naravno, nastoji dokle god sme... da od onih što ga omalovažavaju iznudi priznavanje veće vrednosti na taj način što će im naneti izvesnu štetu, a od ostalih tako što ona nanese šteta treba da im posluži kao primer“ (*ibid.*, p. 135).

⁷⁰⁹ Hobbes kaže da su „nezgode“ koje sa sobom nosi ovo stanje sledeće: nema mesta za radinosti, obrađivanje zemlje, moreplovstvo, nema sredstava za pokretanje i premeštanje teških predmeta, znanja o izgledu zemlje, računanja vremena, umetnosti, književnosti, nema društva. A onda dodaje:

„I, što je najgore od svega, postoji neprekidan strah i opasnost od nasilne smrti. A život čovekov je usamljenički, siromašan, opasan, skotski i kratak“ (*ibid.*, pp. 136–137).

⁷¹⁰ „Pojmovima prava i neprava, pravde i nepravde, tu nema mesta. Gde nema zajedničke vlasti, tu nema prava. Gde nema prava, tu nema nepravde. Sila i prevara su u ratu dve osnovne vrline“ (*ibid.*, p. 138).

⁷¹¹ *Ibid.*

⁷¹² *Ibid.*, p. 139.

„da se sopstvenim moćima služi onako kako sam želi za održanje sopstvene prirode, što će reći sopstvenog života, pa stoga i sloboda da čini sve ono što po svom rasuđivanju i razumu smatra najpogodnijim sredstvom za tu svrhu“.⁷¹³

Prirodno pravo se dakle vezuje za pojedinca. Nasuprot tome, objašnjava Hobbes, prirodni zakon (*lex naturalis*), jeste opšte pravilo do koga se došlo razumom. „Opšte pravilo razuma“ čini se da savršeno odgovara prirodnom stanju u kome se ljudi nalaze, i ono po Hobbesu nalaže:

*„Svaki čovek treba da teži za mirom sve dotle dok se nada da će ga postići, a kad ne može da ga dobije, da može tražiti i upotrebiti sva sredstva i sve koristi rata.“*⁷¹⁴

Tako, prirodno pravo čoveka, njegova sloboda, podrazumeva težnju ljudi za mirom, što bi, kako Hobbes kaže, trebalo označiti kao prvi prirodni zakon,⁷¹⁵ ali mu i dopušta da pođe putem rata sa drugima ako mir nije moguće održati ili postići.

Osnovni uslov za postizanje mira jeste ograničavanje slobode svakog čoveka ponaosob. Čovek naime razume da ne može da živi u miru sa drugima u prirodnom stanju u kome uživa neograničenu slobodu.⁷¹⁶ Iz tog razumevanja izvodi se drugi prirodni zakon koji Hobbes formuliše sledećim rečima:

*„Da je čovek spreman, ako su i drugi isto tako spremni, ukoliko to smatra potrebnim za mir i za svoju odbranu, da napusti ovo pravo na sve stvari i da se zadovolji sa onoliko slobode prema drugim ljudima koliko je i on voljan da drugim ljudima protiv sebe prizna.“*⁷¹⁷

⁷¹³ U skladu sa ovim autonomističkim određenjem slobode čoveka, Hobbes dalje kaže:

„Pod slobodom se razume, saglasno pravom značenju te reči, odsustvo spoljašnjih prepreka, koje prepreke često mogu da oduzmu jedan deo čovekove moći da čini što bi hteo, ali ga ne mogu sprečiti da moć koja mu ostaje upotrebi onako kako mu njegovo rasuđivanje i razum budu nalagali“ (ibid., p. 139).

⁷¹⁴ *Ibid.*, p. 140.

⁷¹⁵ *Ibid.*

⁷¹⁶ Hobbes kaže da neograničena sloboda čoveka da „čini sve što mu se sviđa“, nužno pretpostavlja stanje rata između ljudi (*ibid.*, pp. 140–141).

⁷¹⁷ *Ibid.* Ovaj prirodni zakon Hobbes upoređuje sa biblijskim pravilom da bi čovek trebalo da čini drugima ono što traži da oni čine njemu, ali i posebno naglašava elemenat uzajamnosti u ograničavanju slobode:

Čovek napušta svoje pravo odricanjem od njega ili njegovim prenošenjem na drugoga i to na osnovu sopstvene volje. U oba slučaja, čovek sebe na ovaj način obavezuje prema onome prema kome je svoje pravo napustio.⁷¹⁸ Uzajamno prenošenje prava se naziva ugovor, pakt ili sporazum.⁷¹⁹ Uzajamno obavezivanje, odnosno sporazumevanje jeste akt volje, ili kako Hobbes kaže, „akt odlučivanja“ i to konačan akt odlučivanja.⁷²⁰

Sporazum o uzajamnom ograničenju slobode koji su ljudi postigli u prirodnom stanju, može da ostane „bez vrednosti“, odnosno može da se ne primeni ako se među ljudima razvije „razumna podozrivost“ u pogledu namere izvršavanja međusobnih obaveza. Međutim, ako među njima postoji zajednička vlast, koja raspolaže „stvarnom i dovoljnom silom“ da ih prinudi na ispunjavanje njihovih obaveza, onda ovaj sporazum može da se primeni, odnosno „nije bez vrednosti“. ⁷²¹

Najzad, zaključuje Hobbes svoje razmatranje drugog prirodnog zakona, sporazum o uzajamnom ograničenju slobode ne podrazumeva i obavezu čoveka da se uzdrži od toga da sebe silom brani od drugih, odnosno „da se spasava od smrti i od rana i od lišenja slobode“. Pošto je izbegavanje ovih napada putem zaključenja sporazuma sa drugima, jedini razlog za napuštanje prirodnog prava, obećanje čoveka da se neće suprotstaviti sili pravno ne obavezuje.⁷²²

„...ako drugi ljudi nisu voljni da svoje pravo napuste onako isto kao i on, onda nema nikakvog razloga ni za koga da se svoga prava liši, jer bi to značilo postati pleonom, na šta nijedan čovek nije obavezan, pre nego što bi mogao da očekuje mir“ (*ibid.*, p. 141).

⁷¹⁸ *Ibid.*

⁷¹⁹ *Ibid.*, p. 143.

⁷²⁰ *Ibid.*, p. 148.

⁷²¹ *Ibid.*, p. 147. Hobbes objašnjava ovaj svoj stav sledećim rečima:

„Jer onaj što je prvi ispunio nema nikakve sigurnosti da će zatim i drugi ispuniti svoju činidbu, pošto je vezanost rečima isuviše slaba da zauzda ljudsku ambiciju, tvrdičluk, jarost i druge strasti, ako nema straha od neke sile koja može da izvrši prinudu, što nije moguće zamisliti u čisto prirodnom stanju, u kome su svi ljudi jednaki i u kome je svaki čovek sudija za opravdanost sopstvenih strahovanja“ (*ibid.*).

⁷²² *Ibid.*, p. 150. Na drugom mestu u tekstu, Hobbes navodi da se čovek ne može odreći prava da se odupre sili zbog toga što je „pobuda i cilj“ zbog kojih on pristaje na ograničenje svoje slobode, upravo osiguranje „bezbednosti njegove ličnosti“. Cilj koji se sporazumom želi postići je da „čovek bude siguran za svoj život i da obezbedi sredstva za održanje života tako da mu on ne postane mučan“ (*ibid.*, p. 143).

Interesantno je primetiti da se u ovom svom stavu Hobbes značajno razlikuje od Locka. Naime, on ne kaže da se čovek ne može odreći prava na život, kao što to tvrdi

Treći prirodni zakon je pravda. „Izvor i prauzrok pravde“ leži u uzajamnom sporazumu ljudi i njegovom ispunjavanju. Ako nema sporazuma, svako ima pravo na sve, te tako nijedan akt čoveka ne može biti nepravedan. Ako je pak sporazum između ljudi zaključen, onda je nepravedno prekršiti ga. A sve ono što nije nepravedno, kaže Hobbes, pravedno je.⁷²³

Hobbes navodi i ostale prirodne zakone koji „diktiraju mir“, odnosno na osnovu kojih je čoveku moguće da ostvari zajednicu života sa drugim ljudima. To su blagodarnost,⁷²⁴ uzajamno prilagođavanje i popuštanje,⁷²⁵ spremnost za praštanje,⁷²⁶ staranje o tome da nanošenje zla drugome bude motivisano budućim dobrom,⁷²⁷ zabrana prezira i vređanja,⁷²⁸ za-

Lock, pozivajući se na volju Tvorca svih ljudi, koji uvek ostaje gospodar njihovog života. Čak suprotno, Hobbes insistira na tome da se čovek može obavezati prema drugome na sledeći način: „ako ne učinim to, ubij me“. Međutim, po njegovom stavu, ne obavezuje sledeći sporazum: „ako ne učinim to, neću ti se suprotstaviti kad dođeš da me ubiješ“. Slično tome, Hobbes tvrdi da čovek nije obavezan da optuži sam sebe, jer na osnovu ovog samooptuživanja njemu sleduje kazna, koja po sebi pretpostavlja silu, a čovek nije obavezan da se toj sili „ne odupre“ (*ibid.*, p. 150).

⁷²³ U tom smislu, on kaže da „definicija nepravde ne može biti ništa drugo do neizvršenje sporazuma“ (*ibid.*, p. 153). U daljem tekstu, Hobbes temeljito razmatra različite aspekte problema pravde, uključujući i pitanje o tome da li je pravda protivna razumu, odnosno da li je protivno razumu da se ugovorena činidba ispuni (*ibid.*, pp. 153–160).

⁷²⁴ *Ibid.*, p. 160. Blagodarnost zavisi od prethodno izražene milosti, odnosno od prethodnog dobrovoljnog davanja. Čovek koji prima poklon mora da se trudi oko toga da se poklonodavac ne pokaje zbog učinjenog poklona. Ako poklonodavac pak razvije sumnju u pogledu toga da li će dobiti zahvalnost za učinjeni poklon, onda ga on neće ni učiniti, te tako među ljudima neće biti uzajamnog pomaganja, niti izmirenja, što je protivno prvom prirodnom zakonu (*ibid.*, pp. 160–161).

⁷²⁵ *Ibid.*, p. 161. Svaki čovek mora da nastoji da se prilagodi ostalima sa kojima živi, i to na osnovu razumevanja različitosti ljudske prirode. Oni koji nisu spremni za uzajamno popuštanje su tvrdoglavi, društveno nepodobni, samovoljni i neposlušni i mogu biti krivi za izbijanje rata.

⁷²⁶ *Ibid.*, p. 162. Oproštaj je „koncesija“ koja se čini miru, te bi zato čovek trebalo da prašta onima koji žele da im bude oprošteno i koji su izrazili kajanje za ono što su učinili.

⁷²⁷ *Ibid.* Kad čoveku čine zlo, ljudi ne bi trebalo da gledaju na „veličinu prošlog zla“ koje je on počinio, već na „veličinu dobra koje treba da dođe“. Tako, kazna se može primeniti samo radi „popravljanja učinjenog zlog dela ili da bi to drugima poslužilo upravljanja radi“. Nanošenje zla drugome bez opravdanog razloga, vodi otpočinjanju rata, što je protivno prvom prirodnom zakonu.

⁷²⁸ *Ibid.* Izražavanje mržnje i prezira, kao i vređanje, izaziva borbu jer „većina ljudi radije rizikuje svoj život nego da ostanu neosvećeni“.

brana oholosti⁷²⁹ i nadmenosti,⁷³⁰ pravičnost,⁷³¹ ravnopravno korišćenje zajedničke stvari,⁷³² primogenitura,⁷³³ poštovanje posrednika,⁷³⁴ i podvr-gavanje sudu trećeg,⁷³⁵ koji je nepristrasan,⁷³⁶ i koji odlučuje na osnovu dokaza.⁷³⁷ Ovi zakoni po Hobbesu predstavljaju sredstvo za održavanje ljudi „u mnoštvu“, odnosno u građanskom društvu.⁷³⁸

Hobbes kaže da su prirodni zakoni večiti. Nepravda, nezahvalnost, oholost, pristrasnost i drugi oblici kršenja prirodnih zakona, nikad ne mogu postati zakoniti zbog toga što rat kome oni vode, ne održava život. Takođe, razumevanje prirodnih zakona predstavlja „istinsku i jedinu“ moralnu filozofiju, jer se na taj način dolazi do upoznavanja razlike između dobra i zla.⁷³⁹

⁷²⁹ *Ibid.*, p. 163. Ako je priroda učinila ljude jednakim, onda ta jednakost mora međusobno da se prizna. Dakle, svaki čovek mora da prizna da je drugi čovek njemu ravan „od prirode“.

⁷³⁰ *Ibid.* Na prethodnom zakonu zasniva se i ovaj, a naime da čovek ne može da zahteva za sebe neko pravo koje nije spreman da prizna svima drugima.

⁷³¹ *Ibid.*, p. 164. Ravnomerno davanje čoveku onog što mu po razumu pripada, naziva se pravičnost. Tako, sudija mora da „izvrši ravnomernu podelu“ između onih kojima sudi, jer bi u suprotnom sporovi između ljudi bili rešavani samo ratom.

⁷³² *Ibid.* Iz pravičnosti proizlazi da se moraju zajednički koristiti one stvari koje ne mogu biti podeljene, i to bez ograničenja, ili ako to nije moguće, onda srazmerno broju onih koji na to imaju pravo. Ako pak ni to nije moguće, onda se zajednička stvar mora koristiti naizmenično, a redosled korisnika se određuje kockom, što Hobbes dalje svrstava u poseban prirodni zakon (*ibid.*, pp. 164–165).

⁷³³ *Ibid.*, p. 165. Primogenitura je „prirodna kocka“, te stvari koje ne mogu da se podele, dodeljuju se onome ko ih rođenjem „prvi zauzme“.

⁷³⁴ *Ibid.* Posredovanje u sporu između ljudi je sredstvo postizanja mira, te posrednicima mora biti omogućeno da se slobodno kreću.

⁷³⁵ *Ibid.* Daleko su od mira oni koji se ne slože o tome da se u svom sporu „potčine sudu trećeg lica“, jer niko ne može biti nepristrasan arbitar u sopstvenoj stvari.

⁷³⁶ *Ibid.*, p. 166. Ne može se „primiti“ kao arbitar u sporu onaj za koga „očigledno proističe veća korist ili počast ili zadovoljstvo u slučaju pobede jedne od stranaka“.

⁷³⁷ *Ibid.* U sporu o činjenicama, sudija ne može da veruje više jednom nego drugom, te zato poziva svedoke i izvodi druge dokaze.

⁷³⁸ On kaže da bi „osnova“ ovih zakona mogla da se sažme u lako razumljivu rečenicu koja glasi: „ne čini drugome što ne želiš da tebi bude učinjeno“ (*ibid.*, pp. 166–167).

⁷³⁹ *Ibid.*, pp. 167–168. Hobbes u tom smislu objašnjava:

„...dokle god se jedan čovek nalazi u čisto prirodnom stanju, koje je ratno stanje, dokle god je lični apetit mera dobra i zla, svi se ljudi sledstveno slažu u tome da je mir dobar, te da su i put ili način kojim se do mira dolazi, a to su... pravda, blagodarnost,

Da bi se ovi prirodni zakoni primenjivali, ponavlja svoj stav Hobbes, neophodno je da postoji vlast, odnosno „sila koja će iznuditi njihovo poštovanje“. ⁷⁴⁰ Jedini način uspostavljanja zajedničke vlasti ljudi jeste da se oni sporazumeju „da sve svoje moći i svu svoju snagu povere jednom čoveku ili jednom skupu ljudi koji će moći sve njihove volje putem većine glasova da svede na jednu volju“. ⁷⁴¹ Na taj način se formira država. ⁷⁴²

Nosilac „zajedničke ličnosti“ naziva se suveren, te se tako kaže da njemu pripada suverena vlast. ⁷⁴³ Ova vlast je ustanovljena, nastavlja Hobbes, kad se ljudi sporazumeju „da većinom glasova predaju nekom čoveku ili skupu ljudi pravo da predstavlja ličnost svih njih“. Da bi svi živeli u miru i bili zaštićeni od drugih, precizira on, ovaj sporazum o konstituisanju suverene vlasti obavezuje sve, one koji su glasali za i one koji su glasali protiv toga. ⁷⁴⁴

Ovaj princip većine Hobbes razmatra na slojevitiji način od Locka. Naime, Lock kaže da se ljudi saglašavaju da formiraju jedinstveno poli-

skromnost, pravičnost, milosrđe i ostali prirodni zakoni, dobri, to jest da predstavljaju moralne vrline, a da ono što je tome protivno predstavlja porok, zlo. Pa kako je poznavanje dobra i zla moralna filozofija, to je istinska doktrina o prirodnim zakonima istinska moralna filozofija.“

⁷⁴⁰ Prirodni zakoni po sebi, kaže Hobbes, protivni su prirodnim strastima čoveka koje ga nagone na pristrasnost, oholost, osvetu i sl. Iako je „krajnji uzrok, cilj i namera“ ljudi koji uzajamno ograničavaju svoju slobodu, upravo sopstveno održanje, odnosno „spasavanje iz nesrećnog ratnog stanja“, strasti nagone čoveka na nepoštovanje sporazuma ako nema „vidljive vlasti“ da ih strahom od kazne prinudi na izvršavanje sporazuma (*ibid.*, pp. 175–176).

⁷⁴¹ Hobbes dalje objašnjava da ovaj sporazum rađa više nego običan pristanak ili saglasnost. Naime, sporazum stvara „stvarno jedinstvo svih pojedinaca u jednoj istoj ličnosti“, koje se naziva država. Na osnovu sporazuma, svaki pojedinac postaje „autor“, odnosno priznaje sebe „autorom“ svega što uradi ili naloži da se uradi „onaj koji je nosilac“ zajedničke ličnosti. Takođe, svaki pojedinac se sporazumom obavezuje da svoju volju potčini njegovoj volji.

Hobbes čak predlaže i reči sporazuma kojim ljudi ustanovljavaju zajedničku vlast:

„Ovlašćujem ovog čoveka ili ovaj skup ljudi da mnome vlada i na njega prenosim svoje pravo da to sam činim, pod uslovom da i ti svoje pravo na njega preneseš i da na isti način odobriš sve njegove radnje.“ (*ibid.*, p. 179–180).

⁷⁴² To je, kaže Hobbes, „postanak onog velikog Levijatana ili, bolje, da se izrazimo sa više poštovanja, onog smrtnog boga kome dugujemo, pod besmrtnim Bogom, svoj mir i svoju odbranu“ (*ibid.*, p. 180).

⁷⁴³ *Ibid.*

⁷⁴⁴ *Ibid.*, p. 181. Hobbes kaže da se iz zaključenog sporazuma izvode dalje sva prava i ovlašćenja za suverena.

tičko telo sa vlašću da postupa i odlučuje kako želi većina. Hobbes pak, u ovo određenje unosi i treći elemenat, a to je odluka većine o konstituisanju suverene vlasti. Dakle, po njemu, svi ljudi su postigli sporazum o tome da će suverena vlast biti konstituisana voljom većine.⁷⁴⁵

Suveren je zakonodavac. On ima „svu vlast propisivanja pravnih pravila“. Ova pravila predstavljaju sadržinu građanskih zakona.⁷⁴⁶ Sadržina građanskih zakona, objašnjava Hobbes, istovetna je sadržini prirodnih za-

⁷⁴⁵ Međutim, čini se da u ovom elementu Hobbes gubi neposrednu vezu sa društvenim ugovorom. Naime, ako se kaže da su se ljudi sporazumeli da će voljom većine konstituisati svoju zajedničku vlast, onda se pak ta prvobitna saglasnost mora izvesti iz volje svih. Hobbes kaže da je tu saglasnost čovek „dovoljno izrazio“ kad je dobrovoljno ušao u zajednicu „sa onima koji su se sakupili“ i time „prećutno ugovorio da ostane pri onome što većina odredi“ (*ibid.*, p. 184). On zatim objašnjava položaj pripadnika „manjine“ sledećim rečima:

„I bilo da je učestvovao u zboru ili da nije učestvovao i bilo da je njegov pristanak tražen ili da nije tražen, on mora da se potčini odlukama zbora ili će pak biti ostavljen u ratnom stanju u kome se ranije nalazio.“ (ibid.).

Tako, prvo, ostaje konceptualno nejasno koja je to zajednica ljudi koja prethodi ustanovljenju države. Ako se država shvati kao politička zajednica formirana zaključnim sporazumom, odnosno voljom ljudi, postavlja se pitanje koja je to zajednica koja je stvorena pre nje, a nakon izlaska iz prirodnog stanja. Hobbes ne odgovara na ovo pitanje.

Drugo, pravno-tehnički ostaje nejasno zašto ljudi stvaraju tu prethodnu zajednicu prećutnom, a ne izričitom izjavom volje. Ako se suverena vlast ustanovljava izričitom izjavom volja većine, zašto se pristaje na ideju o tome da je prećutna izjava volja dovoljna za stvaranje zajednice koja prethodi konstituisanju države.

Treće, pretnja vraćanjem u prirodno stanje ostaje takođe nerazjašnjena, i to sa stanovišta samog principa većine. Od manjine se naime traži da pristane uz većinsku odluku zbora, ili će biti ostavljena u ratnom stanju. Ako se desi da oni budu ostavljeni van zajednice, ostaje nejasno da li se u tom slučaju država konstituiše voljom većine ili zapravo zajedničkom voljom svih koji su ostali u zajednici. Odgovor na ovo pitanje pretpostavio bi dalje čitav niz drugih pitanja, od čijeg rešavanja bi onda zavisila i teorijska sudbina većinskog principa. Stoga se čini da je u okviru modela društvenog ugovora u kome dominira princip većine, teorijski sigurnije ostati na jednostavnijem Lockovom učenju.

⁷⁴⁶ *Ibid.*, p. 186. Uz ovo svojstvo suverena, Hobbes nabraja i obrazlaže i druga, koja će u kasnijim vremenima biti još preciznije artikulisana u okviru „čistih“ teorija države, posebno analitičke teorije Johna Austina. Među njima su i ideje o večitoj vezanosti podanika za suverena, o pravnoj neobavezanosti i nekažnjivosti suverena, o neograničenoj vlasti suverena u vezi sa donošenjem pravnih pravila, rešavanjem sporova, vođenjem rata i zaključenjem mira, izborom državnih funkcionera, nagrađivanjem i kažnjavanjem i sl. (*ibid.*, pp. 181–191).

kona.⁷⁴⁷ Naime, prirodni zakoni postaju pozitivni građanski zakoni time što ih država propisuje i nameće ljudima.⁷⁴⁸ Da bi prirodni zakoni mogli da se primenjuju u društvenoj, građanskoj zajednici, potrebno je da ih država svojom vlašću nametne svima, a ona to čini njihovim propisivanjem, odnosno smeštanjem u okvir građanskih zakona.⁷⁴⁹

Predmet građanskih zakona je sloboda čoveka. Hobbes kaže da je cilj donošenja zakona ograničavanje slobode čoveka, bez kojeg „mir ne bi bio moguć“. ⁷⁵⁰ Slobodan čovek je onaj koji „u stvarima koje je po svojoj snazi i pameti u stanju da čini nije sprečavan da čini što mu je volja“. ⁷⁵¹

Iz ove neograničene slobode čoveka izvodi se ideja o dobrovoljnom i uzajamnom ograničavanju slobode svih. Pošto je prirodno slobodan, čovek može sam sebi da nametne ograničenje svoje slobode.⁷⁵² Zakon je pravedan jer ograničava slobodu svih ljudi na osnovu njihovog uzaja-

⁷⁴⁷ *Ibid.*, p. 262.

⁷⁴⁸ Na drugom mestu u tekstu, Hobbes objašnjava da su prirodni zakoni oni koji su bili zakoni oduvek i oni se još nazivaju i moralni zakoni (*ibid.*, p. 278).

⁷⁴⁹ *Ibid.*, pp. 262–263.

⁷⁵⁰ On kaže:

„I zakon nije ni došao na svet ni zbog čega drugog do da ograniči prirodnu slobodu pojedinaca, kako ne bi mogli nanositi štetu jedan drugome...“ (*ibid.*, p. 263).

Hobbes na drugom mestu u tekstu insistira na tome da ljudi sebi ograničavaju slobodu da bi time izbegli „veće zlo“ koje im u prirodnom stanju preti. On odgovara onima koji prigovaraju da čovek od ulaska u zajednicu više nije slobodan kao što je bio, te kaže:

„Oni ne vode računa o tome da čovekovo stanje nikad ne može da bude bez ove ili one nezgode, a da je i najveća od njih, koja u bilo kom obliku vladavine može ljude uopšte da zadesi, jedva osetna u poređenju sa nevoljama i užasnim nesrećama koje prate građanski rat ili ono razjedinjeno stanje u kome ljudi žive bez gospodara, bez potčinjavanja zakonima i bez vlasti što vrši prinudu te da im vezuje ruke da ih zadrži od pljačke i osвете.“ (*ibid.*, p. 190).

⁷⁵¹ *Ibid.*, p. 213. Na istom mestu, on kaže da se sloboda čoveka sastoji u tome „da ne nailazi ni na kakve smetnje da čini šta hoće, želi ili je sklon da čini“.

⁷⁵² Hobbes eksplicitno kaže:

„Jer u aktu našeg potčinjavanja sastoji se kako naša obaveza tako i naša sloboda, koja zato mora da se izvede pomoću argumenata odatle uzetih, pošto nema nijedne obaveze nijednog čoveka koja ne nastaje iz nekog njegovog ličnog akta, jer su svi ljudi od prirode slobodni.“ (*ibid.*, p. 219)

Međutim, i na ovom mestu, Hobbes upozorava da je uzajamno ograničenje slobode određeno svojim ciljem, te da se ljudi ne mogu potpuno odreći svoje slobode, ne zadržavajući za sebe pravo da se brane od napada (*ibid.*).

mnog sporazuma, „a za ono što je svaki čovek hteo da tako bude niko ne može da kaže da je nepravedno“. ⁷⁵³

Među svim zakonima, kaže dalje Hobbes, jedan je osnovni. Osnovni zakon je onaj „bez čijeg postojanja država propada“, a to je zakon koji podanike obavezuje da „održavaju svaku vlast koja je data suverenu i bez koje država ne može da opstane“. ⁷⁵⁴

Najzad, sloboda čoveka iz koje nastaju zakoni, ne može se shvatiti drugačije nego kao delo „ruke Božije“. Naime, kaže Hobbes, čovek slobodno preduzima neku radnju zato što to želi. Međutim, svaki akt volje, svaka čovekova želja i sklonost, potiču iz nekog uzroka, a ovaj od nekog daljeg uzroka „u neprekinutom lancu čija je prva karika u ruci Božijoj kao prvom od svih uzroka“. ⁷⁵⁵ Tako je sloboda čoveka uvek „praćena nužnošću da [se] čini ono što Bog hoće“. ⁷⁵⁶

Prirodno pravo Boga da vlada ljudima izvodi se neposredno iz njegove „neodoljive moći“. Onima čija je moć neodoljiva pripada i pravo da vladaju. Dakle, Bogu pripada pravo da vlada ljudima, „ne kao tvorcu i kao milostivom, nego kao svemogućem“. ⁷⁵⁷

Iz ovog prava Božije suverenosti koje se zasniva na prirodi, proizlaze i Božiji zakoni, odnosno „diktati prirodnog razuma“. Među njima su i oni prirodni zakoni koji se odnose na prirodne dužnosti ljudi jednih prema drugima, a na osnovu kojih ljudi ograničavaju svoju slobodu u cilju obezbeđivanja mira među sobom. ⁷⁵⁸

⁷⁵³ *Ibid.*, p. 335.

⁷⁵⁴ *Ibid.*, p. 282.

⁷⁵⁵ *Ibid.*, p. 214.

⁷⁵⁶ Hobbes obrazlaže ovaj svoj stav na sledeći način:

„A kad ne bi volja njegova obezbeđivala nužnost čovekove volje, pa prema tome i sveg onog što od ljudske volje zavisi, onda bi ljudska sloboda predstavljala protivrečnost i smetnju svemoći i slobodi Božijoj“ (*ibid.*).

⁷⁵⁷ Hobbes objašnjava da ljudi nisu potčinjeni Božijoj volji zato što ih je Bog stvorio, pa na osnovu toga zahteva poslušnost u znak zahvalnosti za primljeno dobročinstvo nastanka. Ljudi su, ističe on dalje, prinuđeni da uzajamno ograniče svoju slobodu i sporazumom stvore suverenu vlast zbog toga što među njima nije bilo nikoga ko raspolaže neodoljivom moći. Da jeste, kaže Hobbes, „ne bi bilo razloga zašto on tom moći ne bi vladao i branio i sebe i njih, po svom sopstvenom nahođenju“ (*ibid.*, p. 344).

⁷⁵⁸ *Ibid.*, p. 345.

c) Ograničenja Lockovih i Hobbesovih ideja

Svojim učenjima, dvojica filozofa teorijski su utemeljili ideju o nastanku prava i države. Da bi mogli da žive u zajednici jedni sa drugima, kažu oni, ljudi sporazumom stvaraju državu i pravni poredak. Čini se da su tri posebna aspekta ove ideje o društvenom ugovoru od značaja takođe i za pravno utemeljenje ljudskih prava.

U svakom od ovih aspekata dominira ista ideja o slobodi čoveka kao konstitutivnom elementu društvene zajednice. Prvo, predmet društvenog ugovora je sloboda pojedinca. Svaki pojedinac je slobodan. Ova sloboda jednog čoveka, pretpostavlja negaciju slobode drugih ljudi. Stoga ljudi mogu da koegzistiraju u društvenoj zajednici samo ako su njihove slobode uzajamno ograničene.

Pošto su svi ljudi jednako slobodni, potrebno je da postoji njihova međusobna saglasnost o uzajamnom ograničenju sloboda. Ograničenje slobode se ne nameće, već se ugovara. Ako su ljudi slobodni, onda oni mogu slobodno da ograniče svoju slobodu. Društveni ugovor jeste forma ovog uzajamnog ograničavanja slobode svakog čoveka.

Drugo, sporazum o uzajamnom ograničenju slobode nastaje slobodno izraženom voljom onih koji formiraju društvenu zajednicu. Po svojoj prirodi, ovaj sporazum je ugovor. Hobbes kaže da se „saglasnost ljudi postiže sporazumom, a to je nešto veštačko“.⁷⁵⁹ To „veštačko“ predstavlja normativnu duhovnu tvorevinu njegovih autora, onih koji su ovaj sporazum stvorili.

Treće, društvenim ugovorom stvara se jedan novi, nematerijalni, odnosno idealni svet, svet pravnih normi. Predmet ovih pravnih normi prvenstveno je određen ciljem formiranja društvene zajednice, a to je očuvanje ograničene jednake slobode svih. Sa jedne strane, ljudi se sporazumevaju da stvore državu koja će na osnovu svog autoriteta obezbediti poštovanje jednake slobode svakog pojedinca. Dakle, osnovni zakon društvene zajednice jeste onaj koji se odnosi na ustanovljavanje države.

Međutim, ulazeći u društvenu zajednicu, ljudi se ne lišavaju svoje slobode, već je samo ograničavaju u meri u kojoj je to neophodno potrebno u cilju omogućavanja zajedničkog života. Tako, sa druge strane,

⁷⁵⁹ *Ibid.*, p. 179.

sloboda koju ljudi zadržavaju na temelju svog sporazuma, jeste takođe predmet „građanskih“ zakona društvene zajednice. Osnovni predmet pozitivnog prava je stoga stvaranje aparata državne vlasti i obezbeđivanje poštovanja slobode svakog člana društvene zajednice.

Na ovaj način Lock i Hobbes pokazuju da sloboda čoveka predstavlja konstitutivni elemenat pravnog poretka društvene zajednice. Ovaj pravni poredak nastaje sporazumom o uzajamnom ograničenju sloboda svih ljudi, i to na osnovu same slobode odlučivanja svakog pojedinca, odnosno njegove slobodno izražene volje da pristupi ovom sporazumu. Takođe, ustanovljavanjem aparata državne vlasti i donošenjem zakona kojima se obezbeđuje poštovanje jednake slobode svih, ostvaruje se osnovna svrha ovog sporazuma.

Ipak, čini se da učenje dvojice filozofa u sebi sadrži i dva principijelna nedostatka. Prvi se odnosi na metafizičko uslovljavanje nastanka društvene zajednice. Naime, slobodi čoveka, ali i prirodnim zakonima, a zatim i samom društvenom ugovoru i pravnom poretku uopšte, Lock i Hobbes pretpostavljaju volju ili „ruku“ Božiju. Sve je u životu čoveka poteklo od ruke njegovog Tvorca.

Međutim, bez obzira na to da li se sloboda čoveka i njegov „nagon“ da živi sa drugim ljudima u društvenoj zajednici, shvataju metafizički ili antropološki, sam društveni ugovor i pravo uopšte, može se razumeti i bez ovih vanpravnih elemenata. Naime, ugovor i pravni poredak jesu normativne duhovne tvorevine koje nastaju voljom onih koji ih stvaraju. Ali i više od toga, njihova sadržina se iscrpljuje u normativno izraženoj volji njihovih tvoraca. U ugovoru i pravu uopšte, nema ničeg drugog osim ove njihove normativno izražene volje.

Da bi se pravni poredak shvatio, kao što je to Kelsen isticao, nije neophodno izaći izvan sfere pravnog. Pravo se može objasniti samo sobom. Drugim rečima, da bi se ono razumelo, dovoljno je uputiti na normativno izraženu volju onih koji su njeni tvorci, a nije neophodno objasniti uzrok te volje, odakle ona potiče, kako se formira i sl.

Drugi nedostatak se odnosi na ideju o većinskom principu, odnosno o tome da većina u zajednici „odlučuje za ostale“. Naime, u učenju dvojice filozofa nije učinjeno jasnim zašto se nakon zaključenja društvenog ugovora ljudi opredeljuju da pređu na većinski sistem odlučivanja. Lock tvrdi da je pristajanje uz princip većine motivisano potrebom obezbeđivanja delotvornosti i jedinstva zajednice. Međutim, teorijski posmatrano,

moglo bi se tvrditi da jednoglasje članova društvene zajednice ima veći kapacitet da obezbedi ostvarenje ovih ciljeva.

Dakle, pitanje koje ostaje nerazjašnjeno glasi: ako su ljudi formirali društvenu zajednicu sporazumom svih, zašto su se opredelili za to da u toj društvenoj zajednici većina donosi odluke za sve. Ovo pitanje, međutim, nije samo implicitno sadržano u njihovom učenju, već i eksplicitno proizlazi iz stavova dvojice filozofa o opštem dobru, odnosno pravičnosti zakona.

Tako, Lock čak na tri mesta u tekstu insistira na tome da se zakoni u društvu donose „jedino radi zajedničkog dobra“, odnosno „onako kako to javno dobro zahteva“, odnosno na zajedničko dobro društva.⁷⁶⁰ Sa druge strane, Hobbes ističe da razumevanje prirodnih zakona predstavlja „istinsku i jedinu“ moralnu filozofiju.⁷⁶¹ On zatim objašnjava da je građanski zakon pravedan jer ograničava slobodu svih na osnovu njihovog uzajamnog sporazuma, a „za ono što je svaki čovek hteo da tako bude niko ne može da kaže da je nepravedno“.⁷⁶²

Ove komunitarne ideje dolaze tako u njihovom učenju u neposrednu protivrečnost sa principom većine. Ili je zakon ono što svaki član zajednice „hoće da tako bude“, pa je on onda pravedan, ili on u sebi sadrži ono što samo većina u društvu želi. Ili se zakon donosi u cilju ostvarenja dobra svih, odnosno zajedničkog dobra, ili se pak donosi u cilju ostvarenja dobra većine koja donosi odluke. Ako se donosi u korist svih, pitanje je zašto je to tako, zašto većina vodi računa o dobru svih, kako većina zna šta je dobro svih i sl. Ako zakon zadovoljava samo većinu, pitanje je takođe zašto je to tako, zašto i dobro manjine nije ostvareno ako je ona zajedno sa većinom formirala društvenu zajednicu u kojoj zajedno žive.

Nažalost, Lock i Hobbes nisu pružili odgovore na ova pitanja, ali su oni koji su dalje nastavili njihovo učenje o društvenom ugovoru, a to su pre svega Rousseau i Kant, u tome, čini se, bili uspešniji. Da bi se pak pokazalo koja su se praktična iskušenja već u to vreme postavljala pred većinski princip, dovoljno je usmeriti pogled ka temi slobode religije na način na koji su je Lock i Hobbes razumeli.

Pri kraju svoje studije, Hobbes objašnjava ko su podanici Carstva Božijeg, te iz njega decidno isključuje beživotna tela, nerazumna bića, ali

⁷⁶⁰ John Lock, *op. cit.*, pp. 10, 52 i 77.

⁷⁶¹ Thomas Hobbes, *op. cit.*, pp. 167–168.

⁷⁶² *Ibid.*, p. 335.

i ateiste, one „koji ne veruju da se Bog stara o radnjama ljudi“. Dakle, kaže on, podanici Božiji su oni koji veruju u Boga, a sve ostale „treba smatrati neprijateljima“. ⁷⁶³

Sličnu netrpeljivost prema ateistima pokazao je i Lock. U svom čuvenom tekstu objavljenom pod nazivom „*Pismo o trpeljivosti*“, ⁷⁶⁴ Lock ističe načelan stav da je tolerancija pojedinaca koji se razlikuju u verskom uverenju u saglasnosti sa Hristovim učenjem, ali i sa „istinskim ljudskim razumom“. ⁷⁶⁵

On dalje skicira ono što će u kasnijem periodu postati poznato kao „princip odvojenosti crkve od države“. Lock kaže da je neophodno precizno razdvojiti posao građanske vlade od religije. U tom smislu, on definiše građansku zajednicu ljudi („*commonwealth*“), kao društvo koje je ustanovljeno u cilju zadovoljenja sopstvenih, građanskih interesa pojedinaca. ⁷⁶⁶

Dužnost je državnih službenika da se brinu o poštovanju i zaštiti ovih njihovih interesa. Nasuprot tome, državni službenici „ne bi smeli i ne bi trebali“ da se bave drugim poslovima, kao što je „spašavanje ljudskih duša“. ⁷⁶⁷

Crkva pak, jeste „dobrovoljno društvo ljudi koji u njega stupaju ličnom saglasnošću radi javnog slavljenja Boga, na način koji smatraju da je bogougodan i da obezbeđuje spas njihovim dušama“. ⁷⁶⁸ Verska zajednica je dakle, zajednica pojedinaca udruženih na osnovu sopstvenog slobodno izraženog uverenja. ⁷⁶⁹

⁷⁶³ *Ibid.*, p. 343.

⁷⁶⁴ Ovaj Lockov tekst preveden je na srpski jezik i objavljen u knjizi „*O toleranciji, Rasprave o demokratskoj kulturi*“, priredio Igor Primorac, prevod: Vladimir Gligorov, 1989. Dalja upućivanja odnose se na ovaj tekst objavljen na srpskom jeziku. Izvorni tekst na engleskom jeziku može se preuzeti sa sledeće internet adrese: http://oll.libertyfund.org/index.php?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=764&Itemid=28.

⁷⁶⁵ *Ibid.*, p. 76.

⁷⁶⁶ On dalje kaže da se pod ovim interesima podrazumevaju život, sloboda, zdravlje, nepovredivost tela, kao i svojinski interesi na novcu, zemlji, kući, nameštaju i sl. (*ibid.*, p. 77).

⁷⁶⁷ *Ibid.*, pp. 77–78. U daljem tekstu, Lock navodi posebne razloge za ovu svoju tvrdnju (*ibid.*, pp. 78–80).

⁷⁶⁸ *Ibid.*, p. 80.

⁷⁶⁹ Lock insistira na ovom elementu dobrovoljnosti i kaže da se niko ne rađa kao član bilo koje crkve, te da se religija roditelja ne prenosi na njihovu decu po naslednom pravu koje važi za prenos imovinskih prava (*ibid.*, p. 80).

Odnos između države i crkve reflektuje njihov autonoman položaj. Crkve su između sebe autonomne, te nemaju nikakvu vlast jedna nad drugom. One su takođe autonomne u odnosu na državu, kao što je i država autonomna u odnosu na njih.⁷⁷⁰ Na osnovu ove tvrdnje, Lock zaključuje da niko, crkva, država ili pojedinac, nema pravo da čoveku oduzme njegovo građansko pravo pozivajući se na verske razloge.⁷⁷¹

Pravo čoveka da „slavi Boga na način za koji misli da je njemu ugodan“, Lock izvodi iz njegove lične autonomije.⁷⁷² Ali, i crkva uživa isti stepen autonomije kao i pojedinac, te „vladar ne može da zabrani crkvi ništa što je zakonito u državi“.⁷⁷³

Zbog toga se kaže da nijedan čovek ne sme biti lišen „svojih zemaljskih uživanja“ iz religioznih razloga.⁷⁷⁴ Takođe, državna vlast ne sme da zabranjuje verske zajednice i kažnjava njihove pripadnike, čak i ako su one „idolopokloničke“, odnosno nehrišćanske.⁷⁷⁵

⁷⁷⁰ *Ibid.*, p. 83. Lock kaže da „građanska vlast ne može crkvi da pruži nikakva nova prava, kao ni crkva građanskoj vlasti“, čak i u onim društvima u kojima članovi državne vlasti pripadaju jednoj verskoj zajednici (*ibid.*). Dalje u tekstu, Lock definiše ono što će kasnije u pravnoj teoriji postati poznato kao „zid podele“ između države i crkve. On kaže da je crkva nešto sasvim različito od države, te da su „granice među njima, sa obe strane, čvrste i nepromenjive“ (*ibid.*, p. 86).

⁷⁷¹ *Ibid.*, p. 85.

⁷⁷² On kaže da „u svom privatnom, porodičnom životu, u upravljanju svojim posedom, u brizi za svoje telesno zdravlje, svaki čovek može da čini ono što mu odgovara i da ide putem kojim se njemu najviše dopada“. Pošto ljudi poštuju privatna opredeljenja drugih, tako isto bi, kaže Lock, oni trebalo da pokažu „obazrivost i umerenost prema onima koji se ne mešaju u tuđe poslove i koji ne žele ništa drugo osim da (bez obzira na to šta drugi ljudi misle o njima) slave Boga na način za koji misle da je njemu ugodan, i u koji polažu najveće nade za večno spasenje“ (*ibid.*, p. 87).

⁷⁷³ *Ibid.*, p. 93. Lock kaže da ono što je dozvoljeno pojedincima u „njihovom svakodnevnom životu“, ne sme se zabraniti crkvi u „njenom religioznom životu“ (*ibid.*).

⁷⁷⁴ *Ibid.*, p. 94.

⁷⁷⁵ *Ibid.*, p. 94 i dalje. Sažeto, ove svoje stavove o autonomiji u verskim stvarima, Lock predstavlja na sledeći način:

„*Svako može do mile volje da savetuje i ubeđuje drugoga, pomažući mu da ostvari svoj spas. Ali, moraju se zabraniti svaka sila i prinuda. Ništa se ne sme naređivati. Niko nije dužan da se u toj stvari povinuje tuđem nagovoru ili nalogu, osim u meri u kojoj je u to ubeđen. U tome svaki čovek ima vrhovnu i apsolutnu vlast sopstvenog prosuđivanja. A razlog je u tome što se to nikoga drugog ne tiče i niko ne može takvim tuđim ponašanjem da bude oštećen*“ (*ibid.*, pp. 96–97).

Pred sam kraj svog teksta, koji nažalost nije sadržan u prevodu na srpski jezik, Lock eksplicitno govori o tome da pagani, Muslimani, kao ni Jevreji, ne smeju ostati bez gra-

Međutim, od ovog principa tolerancije države može se izuzetno odstupiti u dva slučaja. Prvo, kaže Lock, „vladar ne sme da bude trpeljiv“ prema onima koji otvoreno ili prikriveno zagovaraju „mišljenja suprotna ljudskom društvu“ ili „moralnim pravilima koja su nužna za očuvanje građanskog društva“.⁷⁷⁶

Drugo, eksplicitno upozorava Lock, ne bi trebalo biti trpeljiv prema ateistima, „onima koji negiraju postojanje Boga“. Svoj stav on obrazlaže sledećim rečima:

*„Obećanja, savezi i zakletve koji predstavljaju spone ljudskog društva, ne obavezuju ateistu. Uklanjanje Boga, čak samo u mislima, razara sve; osim toga, oni čiji ateizam potkopava i uništava svaku religiju, ne mogu da se pozivaju ni na koju religiju na osnovu koje bi zahtevali pravo na trpeljivost“.*⁷⁷⁷

Ovaj stav o dopuštenoj netoleranciji države prema ateistima kao manjinskoj grupi društvene zajednice, direktno se sudara sa Lockovom afir-

đanskih prava zbog svojih verskih uverenja. Ako pak ovaj stav važi za nehrišćane, utoliko više on važi za sve hrišćanske denominacije, zaključuje Lock.

⁷⁷⁶ *Ibid.*, p. 100.

⁷⁷⁷ *Ibid.*, p. 102. Nije sasvim razumljivo međutim, zašto Lock smatra da negiranje postojanja Boga, čak i samo u mislima, kako kaže, do te mere šteti društvenoj zajednici da „razara sve“. Dalje, izvesno je da ateisti ne mogu položiti versku zakletvu, ili se na drugi način verski obavezati, ali to ne znači da se ne mogu obavezati svojom čašću, odnosno imenom, što je za one koji su časni i savesni, jednako obavezujuće kao i obavezivanje Bogu.

Ne može se do kraja shvatiti ni Lockov stav da ateisti potkopavaju i uništavaju svaku religiju, te da se zbog toga ne mogu pozvati na princip tolerancije. Jer, prvo, princip tolerancije, kako ga Lock formuliše, jeste građanski princip, koji obavezuje vladara, odnosno državnu vlast. Po ideji o zidu podele između države i crkve, njegov izvor se može tražiti samo u pravnom poretku građanske zajednice, te bi se tako na njega mogli pozvati i ateisti kao članovi ove zajednice. Lock u tom smislu sasvim neuverljivo objašnjava zašto bi se domašaj ovog principa morao ograničiti samo na vernike i verske zajednice.

Drugo, Lockov stav o potkopavanju i uništenju svake religije, sam za sebe ne odgovara na dalja pitanja o tome kako ateisti to čine, da li u nameri ili bez nje, zatim da li je njihova nevera objektivno dovoljno snažna da se može očekivati da verska uverenja drugih propadnu pod njenom težinom i zašto se suprotno tome ne bi reklo da će se nevera ateista srušiti pod snagom verskih uverenja, zašto princip lične autonomije ne štiti i ateistu na isti način kao i vernika, zašto se za svako versko učenje kaže da je bezopasno po druge pojedince i druga verska učenja, a uverenje ateiste se proglašava opasnim i štetnim i sl.

macijom komunitarnog principa opšteg dobra. Jer, netolerancija izražena prema manjini članova društvene zajednice ne može voditi ostvarenju zajedničkog dobra svih, već samo zadovoljenju partikularnog interesa onih koji čine većinu u toj zajednici.

Na drugom mestu u svom „*Pismu o trpeljivosti*“, Lock razmatra jedno osobeno pitanje, a naime pitanje verskog uverenja pojedinca koje se protivi zapovesti zakonodavca. On kaže da čovek koji se zbog svoje savesti ogreši o obavezu poštovanja zakona, ne može da izbegne kažnjavanje za to, i dodaje:

„...lični sud bilo koje osobe o zakonu čiji je predmet politička stvar, donetom radi javnog dobra, ne uklanja obaveznost tog zakona, niti zaslu-
žuje izuzeće“. ⁷⁷⁸

U vreme kad je Lock pisao o verskoj toleranciji, u američkim kolonijama XVII veka već su bila razvijena četiri različita modela odnosa države, crkve i pojedinca.⁷⁷⁹ Jedan od najradikalnijih stvorili su engleski kalvinisti u divljinama tadašnje Nove Engleske (*New England*). Njihov cilj je bio da društvenu zajednicu pretvore u „Hrišćanski komonvelt“, u kome bi carovala ideja demokratije, ali u kome takođe ne bi bilo mesta za verske disidente.⁷⁸⁰

U koloniji Virginia je Crkva Engleske (*Church of England*) ustanovljena kraljevskom naredbom kao zvanična crkva, a vlasti uglavnom nisu kažnjavale verske disidente, već su ih isterivale sa svoje teritorije. U kolonijama New York i New Jersey, zbog izuzetne verske raznolikosti stanovništva razvijen je oblik *de facto* verske tolerancije, iako je postojala ustanovljena državna crkva. Najzad, pet kolonija tog vremena bile su proglašene za „raj za verske disidente“. ⁷⁸¹

Upravo u ovim liberalno orijentisanim zajednicama formirala se ideja koja će kasnije naći svoje mesto i u tzv. „*free-exercise*“ klauzuli I aman-

⁷⁷⁸ *Ibid.*, p. 98. Da bi ovaj njegov stav bio jasniji, Lock kaže da samo ako je predmet zakona stvar koja ne može ulaziti u okvir „vladarevih moći“, njegove odredbe ne obavezuju one čija im se savest protivi. Primer ovog zakona po njemu je onaj koji primorava narod ili njegov deo da „prigrli tuđu religiju“ (*ibid.*).

⁷⁷⁹ V. o tome kod Michael W. McConnell, *op. cit.*, pp. 1421 i dalje.

⁷⁸⁰ Po surovosti sa kojom su se vlasti tog područja odnosile prema verskim disidentima, posebno se izdvajao Massachusetts (*ibid.*, p. 1423). Ovaj odnos vidljiv je i iz već navedenih odredbi *Massachusetts Body of Liberties* iz 1641. godine.

⁷⁸¹ Bile su to Maryland, Rhode Island, Pennsylvania, Delaware i Carolina (*ibid.*, pp. 1424–1425).

dmana na Ustav SAD, a naime da pojedinac ima pravo da izražava svoja verska uverenja, ali i da oblikuje svoj život u skladu sa njima.⁷⁸² Dakle, na temelju ove ideje, odnos države, crkve i pojedinca značajno se menja u odnosu na Lockov model verske tolerancije. Tako, ne samo što se „verski disidenti“ u ovim sredinama više ne kažnjavaju, već se u njima ide i korak dalje, ka obezbeđivanju prava svakom pojedincu da donosi odluke o svom životu saglasno sopstvenim verskim ubeđenjima.

Ovaj novi pristup pak, podrazumeva mogućnost sukoba između svetovnih pravila zakona i Božijih zapovesti. Verovatno najpoznatije obrazloženje potrebe svetovnog priznavanja obaveza koje čovek ima prema svom Tvorcu, izrazio je Madison u svom tekstu „*Memorial and Remonstrance*“ iz 1785. godine.⁷⁸³ On kaže:

„Religija... svakog čoveka mora biti ostavljena uverenju i savesti svakog čoveka; i pravo je svakog čoveka da je izražava kako mu oni nalažu“.

Što se pokazuje za čoveka kao pravo, nastavlja on, to je za Tvorca obaveza. Čovek ima obavezu da iskaže ono poštovanje prema Tvorcu na koje ga upućuje njegovo uverenje. U vremenskoj dimenziji i po nivou obaveznosti, ova obaveza prethodi obavezi koju čovek ima prema građanskom društvu. Pre nego što se može smatrati članom građanskog društva, čovek se mora smatrati podanikom Vladaoca Univerzuma.⁷⁸⁴

Prema tome, zaključuje Madison, u religijskim stvarima čoveku nijedno pravo ne može biti uskraćeno od strane institucija građanskog društva, pa ni na osnovu odluke većine. Ako verska prava ostanu u rukama zakonodavca, većina u zakonodavnom telu mogla bi neovlašćeno da oduzme prava manjini. Zbog toga je, kaže on, potrebno onemogućiti većini da preskoči „veliku Barijeru“ koja brani prava ljudi.⁷⁸⁵

⁷⁸² Beleži se da je „*free-exercise*“ termin prvi put upotrebljen u ovom kontekstu 1648. godine u Marylandu, *ibid.*, p. 1425.

⁷⁸³ Tekst se može preuzeti na sledećoj internet adresi: http://religiousfreedom.lib.virginia.edu/sacred/madison_m&r_1785.html.

⁷⁸⁴ Religija nije invencija politike ljudi, kaže on, te joj stoga mora prethoditi.

⁷⁸⁵ Madison takođe kaže da je podesno „dati znak za uzbunu“ na prvi znak eksperimentisanja sa slobodama ljudi. Ko, naime, objašnjava on, može da kaže da ona ista vlast koja je ustanovila Hrišćanstvo kao državnu religiju, isključujući sve ostale, ne bi sa istom lakoćom odredila jednu hrišćansku denominaciju kao državnu religiju, isključujući ostale denominacije. Ustanovljavanje zvanične religije predstavlja otklon od „velikodušne“ politike koja nudi „azil“ progonjenima i potlačenima svake nacije i religije, obećavajući dolazak brojnih novih građana i svetlu budućnost zemlje. Ono degradira

Ako su svi ljudi po prirodi jednako slobodni, svi ulaze u društvo pod jednakim uslovima, ne ostavljajući iza sebe i ne zadržavajući za sebe ni manje ni više nego drugi. Dok priznajemo sebi slobodu ispovedanja uverenja za koje kažemo da je božanske prirode, ne možemo uskratiti jednaku slobodu drugima, onima čiji ih umovi nisu doveli do istog shvatanja kao naši nas. Zaključujući svoju odbranu prava na versko uverenje, Madison kaže:

„Ili moramo reći da je Volja Zakonodavca jedina mera njegove vlasti, i da snabdeven tom vlašću on može da izbriše sva naša fundamentalna prava, ili [pak] da je on dužan da ostavi ovo pravo nedodirljivim i sve-tim“.

Nekoliko godina kasnije, iz ovog načelnog opredeljenja protiv ustanovljavanja državne religije i u korist prava na izražavanje verskih uverenja, iznikla je garancija slobode religije kao „prve“ ustavne slobode.⁷⁸⁶

jednak položaj svih onih građana čije se uverenje u verskim stvarima ne podudara sa uverenjem pripadnika zakonodavne vlasti.

⁷⁸⁶ Michael W. McConnell, *op. cit.*, p. 1494. Interesantno je da se u svom Predlogu ustavnih amandmana od 8. juna 1789. godine (*op. cit.*), Madison zalagao za nešto drugačiju formulaciju slobode religije od one koja je kasnije bila usvojena. On je sugerisao sledeće pravilo:

„Nikome neće biti uskraćena građanska prava zbog verskih uverenja ili ispovedanja [vere], niti će bilo koja nacionalna religija biti ustanovljena, niti će pune i jednake slobode savesti na bilo koji način ili iz bilo kog razloga biti povređene.“

Uopšte o primeni pravila o slobodi religije v. kod Saša Gajin, „Skice za studiju o slobodi religije, princip odvojenosti crkve od države“, Strani pravni život, br. 2/97, pp. 67–74; „Skice za studiju o slobodi religije, princip slobode izražavanja verskih uverenja“, Strani pravni život, br. 3/97, pp. 53–57; „Skice za studiju o slobodi religije, odnos između principa odvojenosti crkve od države i principa slobode izražavanja verskih uverenja“, Strani pravni život, br. 3/98, pp. 33–44.

3. Teorije ustavne demokratije

Teorije društvenog ugovora zagovaraju ideju o tome da je sloboda čoveka konstitutivni elemenat političke zajednice. Lock i Hobbes su tako pokazali da politička zajednica nastaje u cilju obezbeđivanja slobode svakom njenom članu. Nadovezujući se dalje na ova učenja, teorije ustavne demokratije pokazuju da je jemstvo jednake slobode svakog člana zajednice neophodan uslov i za njeno trajanje, odnosno egzistenciju.

Posebna zasluga za razvoj savremenog teorijskog razumevanja ustavne demokratije pripisuje se filozofskim stavovima Rousseaua i Kanta.

a) Učenja Rousseaua i Kanta

Strast traganja za jednakošću, koja je Francusku obuzela sredinom XVIII veka,⁷⁸⁷ „institucionalno“ se uobličila u praksi „društava istomišljenika“. François Furet potvrđuje da su se društva istomišljenika pojavila oko 1750. godine, u vreme kad je tradicionalno francusko društvo, rascepkano na interesne grupe i zasnovano na nejednakosti njegovih članova, počelo da se raspada pod uticajem egalitarističkog društvenog raspoloženja.⁷⁸⁸

Cilj udruženja istomišljenika, kaže Furet, jeste da obezbedi forum za „razmišljanje“, za razmenu ideja i diskusiju o njima, a zatim i za formiranja zajedničkog, jedinstvenog mišljenja članova udruženja. Kružooci, književna društva, zidarske lože, akademije, patriotski i kulturni klubovi i drugi oblici udruživanja, predstavljali su „instrument“ za izgradnju konsenzusa njihovih članova.⁷⁸⁹

⁷⁸⁷ Mona Ozuf, *op. cit.*, pp. 766–767.

⁷⁸⁸ François Fire, „O Francuskoj revoluciji“, prevod: Vera Ilijin, 1990, p. 188.

⁷⁸⁹ *Ibid.*, pp. 182–183. Na drugom mestu u knjizi, Furet kaže da su udruženja istomišljenika bile prave „laboratorije“ u kojima se stvaraju nove društvene vrednosti (*ibid.*, p. 188).

„Ispoljavanje opšte volje“ putem sučeljavanja stavova i formiranja zajedničkog mišljenja u okviru udruženja istomišljenika, shvata se kao oblik „čiste“ demokratske prakse.⁷⁹⁰ Kad opisuje ovo „zbrajanje slobodnih volja“, Furet koristi reči onih koji su u vreme kad su udruženja istomišljenika delovala, navodili da se radi o „čistom činu dogovaranja koji u tišini strasti rasuđuje o onome što čovek može da zahteva od svog bližnjeg i o onome što njegov bližnji ima pravo da zahteva od njega“.⁷⁹¹

U ovom rano-demokratskom okruženju nastaje Rousseauovo učenje o društvenom ugovoru. U tekstu objavljenom pod naslovom „*Rasprava o političkoj ekonomiji*“, on kaže:

⁷⁹⁰ Furet kaže da se ne radi o bilo kakvoj demokratskoj praksi, već o „čistoj“ demokratiji, „gotovo o demokratiji dovedenoj do krajnjih granica“ (*ibid.*, p. 185).

⁷⁹¹ *Ibid.*, p. 183. Istoriografija opisuje ovo vreme delovanja udruženja istomišljenika kao „period inkubacije“ Francuske revolucije (*ibid.*, p. 189). Francuski model demokratije, ističe Furet, nije pratio razvoj engleskog parlamentarizma, odnosno ideju o predstavničkoj demokratiji, već je neposredno nastao iz prakse direktne demokratije filozofskih i književnih društava iz sredine XVIII veka. (*ibid.*, p. 182 i 185).

On kaže da je ovo „zbrajanje slobodnih volja“ kasnije porodilo ideju o „tiraniji društvenog“, koja je postala „religija“ Francuske revolucije (*ibid.*, pp. 183–184). Furet objašnjava da su udruženja istomišljenika stvorila model čiste, direktne demokratije u kojoj opšta, odnosno kolektivna volja predstavlja zakon, a da su kasnije jakobinci u toku Revolucije proširili ovu „republiku intelektualaca“ na čitavu naciju, te dodaje:

„...pošto je tehnički nemoguće da narod vlada samim sobom, što je jedini način da se uspostavi ta uzajamna komunikacija između društva i vlasti koju revolucija ima ambiciju da obezbedi, u zamenu za to javljaju se stalna debata društva, koja su svetovi u malom i imaju obavezu da budu tumači volje društva. Udruženja istomišljenika su, naravno, prethodnica i uzor tih društava“ (*ibid.*, p. 185).

Ovo insistiranje na opštoj volji zajednice u vreme Revolucije, kulminiralo je u periodu terora, između 1792. i 1794. godine, u kome se jakobinstvo „izdaval“ za narod i postalo zamena za društvo i državu, stvarajući predstavu da se „narod-kralj“ mitski podudara sa vlašću, što je po Furetu predstavljalo samu formalnu matricu političkog totalitarizma tog perioda (*ibid.*, p. 189).

Međutim, Habermas ističe pre svega pozitivne aspekte revolucionarne prakse tog doba. On kaže da je revolucionarna svest porodila „novi mentalitet“ oblikovan pomoću „nove političke prakse“ i „novog pojma legitimiteta“. Prvo, ova nova svest izražavala se u uverenju da je moguće raskinuti sa lošim nasleđem, odnosno da je novi početak moguć. Drugo, nova svest sadržavala je autonomičnu ideju o tome da su oslobođeni pojedinci u stanju da zajedno oblikuju svoju sudbinu, između ostalog i na taj način što postaju autori pravnog poretka kome se dobrovoljno pokoravaju. Treće, svest pojedinaca nije bila nadahnuta verskim ili drugim metafizičkim opravdanjima njihove političke zajednice, već legitimišućim kapacitetom samog ljudskog razuma (v. tako Jurgen Habermas, *op. cit.*, pp. 467–470).

*„Svako političko društvo sastoji se od drugih manjih društava različitih vrsta... To su sva ona prešutna ili formalna udruženja koja na tolike načine preinačuju izgled javne volje utjecajem njihove vlastite. Volja tih posebnih društava svagda ima dva odnosa; za članove udruženja to je opća volja; za veliko društvo to je posebna volja...“*⁷⁹²

Nešto ranije u tekstu, Rousseau svoju filozofiju političke zajednice svodi upravo na ideju o opštoj volji. On kaže:

*„I političko tijelo jest, dakle, moralno biće koje ima volju; i ta opća volja što svagda teži očuvanju i blagostanju cjeline i svakog dijela, te koja je izvor zakona, za sve je članove države... pravilo pravednoga i nepravednoga“.*⁷⁹³

Zbog toga je, objašnjava Rousseau, prva i osnovna „maksima“ legitimne, odnosno „narodne vladavine“, a to je ona čija svrha se iscrpljuje u ostvarivanju dobra „naroda“, da se mora u svemu slediti opšta volja.⁷⁹⁴ Razmišljajući dalje o odnosu opšte volje prema pojedinačnim voljama članova zajednice, on kaže da su se ljudi ujedinili u građansko društvo rukovođeni uzajamnim potrebama obezbeđenja dobra, pre svega života i slobode, svakog člana, i to putem zaštite dobra svih.⁷⁹⁵

Međutim, kaže Rousseau, ako opšta volja nastaje iz potrebe zaštite dobra svih, kako je moguće ovu opštu volju uskladiti sa slobodom svakog člana zajednice ponaosob. Jer, sasvim je izvesno da čovek nije slobodan ako se „njegova volja može primorati“ nalogom opšte volje. „S pomoću koje je neviđene umjetnosti“, pita zatim on, „mogao biti pronađen način da se ljudi potčine da bi bili slobodni“.⁷⁹⁶

⁷⁹² Ovaj tekst objavljen je u knjizi Jean-Jacques Rousseau, „Politički spisi“, prevod: Dragutin Lalović, 1993, pp. 17–48 (citat: p. 21).

⁷⁹³ *Ibid.*, p. 20.

⁷⁹⁴ *Ibid.*, p. 22.

⁷⁹⁵ *Ibid.*, p. 23.

⁷⁹⁶ *Ibid.* Veoma nadahnuto, Rousseau u tom smislu postavlja čitav niz sledećih pitanja:

„...kako siliti ljude da brane slobodu jednoga među njima, a da ne povrede slobodu ostalih? I kako se brinuti za javne potrebe a ne oslabiti pojedinačno vlasništvo onih koje silimo da doprinesu... S pomoću koje je neviđene umjetnosti mogao biti pronađen način da se ljudi potčine da bi bili slobodni? da u službu države daju svoja dobra, ruke pa i sam život svojih članova, ne primoravajući i ne pitajući ih? da ukroti njihovu volju sa njihovim pristankom? da istakne njihovu suglasnost naspram njihovog odbijanja i da ih prisili da sami sebe kazne kada čine ono što nisu htjeli? Kako se može postići da

To „čudo“, objašnjava Rousseau, „delo je zakona“. Zakonu ljudi duguju i pravdu i slobodu. Zakon je „organ volje svih“, koji u pravu ponovo uspostavlja prirodnu jednakost ljudi.⁷⁹⁷ Kad zapoveda, vlast to čini samo na osnovu zakona, a nikada mimo njega. Ako pokuša da podredi čoveka svojoj „privatnoj“ volji mimo zakona, vlast ili drugi čovek izlazi izvan građanskog stanja i „postavlja se naspram njega“.⁷⁹⁸

Ove ideje, Rousseau je dodatno obrazložio u svom čuvenom delu „O društvenom ugovoru“.⁷⁹⁹ Slično kao i Hobbes, Rousseau započinje tekst antropološki objašnjenim položajem čoveka u odnosu na druge ljude. Tako, on kaže:

*„Čovjekova je snaga tako uskladena s njegovim prirodnim potrebama i prvobitnim stanjem da, ako se to stanje imalo promijeni, a potrebe porastu, pomoć bližnjih postaje mu neophodnom“.*⁸⁰⁰

U ovom odnosu između ljudi povodom njihovih potreba, sukob postaje neizbežan. Nije tačan stav, kaže Rousseau, da um navodi čoveka koji se nalazi „u stanju nezavisnosti“, da doprinosi zajedničkom dobru, i to imajući u vidu sopstveni interes. Jer, objašnjava on, za njega u tom stanju ne postoji jemstvo da će se i drugi ljudi ponašati na isti način. Ako tog jemstva protiv „svakog nepravednog čina“ drugih već nema, niko ne prihvata obavezu uzdržavanja od istog nepravednog čina „kad na njega dođe red“.⁸⁰¹

se pokoravaju a da nitko ne naređuje, da služe a da uopšte nemaju gospodara; utoliko slobodniji naime što i pored prividne potčinjenosti nitko ne gubi od svoje slobode do ono što može škoditi slobodi drugoga?“ (ibid.).

⁷⁹⁷ Nastavljajući nadahnut govor, on kaže da je zakon „nebeski glas“ koji svakom pojedincu prenosi naloge „javnog uma“ i uči ga da deluje u skladu sa pravilima vlastitog razuma (ibid.).

⁷⁹⁸ Ibid.

⁷⁹⁹ U knjizi „Politički spisi“, objavljena je prva verzija njegovog „Društvenog ugovora“ (prevod: Gordana Crnković-Raunić).

⁸⁰⁰ Ibid., p. 51. U tom smislu, pokazuje se da „slabost“ čoveka da samostalno zadovolji svoje potrebe, nije posledica njegove prirode, već njegove lakomosti. Dok ga potrebe približavaju drugim ljudima, strasti ga od njih odvajaju, i što je čovek više neprijatelj svojih bližnjih, to sve manje može bez njih (ibid., p. 52). Rousseau dalje kaže:

„Blagi glas prirode za nas tako više nije nepogrešiv vodič, a nezavisnost koju nam je priroda dala, više nije poželjno stanje; mir i nevinost zauvijek su nam izmakli pre nego što smo okusili njihove slasti.“ (ibid., p. 53).

⁸⁰¹ Ibid., p. 54. Nije stvar u tome, nastavlja on, da čovek u prirodnom stanju ne zna šta je pravednost, već samo u tome da on ne može da razume svoj interes da bude pravedan (ibid., p. 55).

Tako, zaključuje Rousseau, „čovjek se rađa slobodnim, a posvuda je međutim u okovima“.⁸⁰² Suočen sa potrebama koje ne može sam da zadovolji i nesposoban da umakne svojim prirodnim ograničenjima, čovek pritiče u pomoć prirodi tako što ujedinjuje svoje snage sa drugima u cilju zajedničkog samoodržanja. Ljudi to čine slobodno izražavajući svoju volju sledećim rečima:

*„Svatko od nas ujedinjuje svoju volju, svoja dobra, svoju snagu i osobu pod upravu opće volje, i svi kao tijelo svakog člana primamo kao neotuđiv dio cjeline.“*⁸⁰³

Na ovaj način, udruživanjem svih, stvara se moralno i kolektivno telo pojedinaca, kojem zajedničko „ja“ obezbeđuje formalno jedinstvo, postojanje i volju. Ta „javna osoba“ nastala sjedinjenjem svih pojedinaca, jeste politička zajednica koja se naziva „država“, odnosno „suveren“. Oni koji su se ujedinili zajedno se nazivaju „narod“, a svaki od njih pojedinačno se naziva „građanin“, kao onaj koji je učesnik u suverenoj vlasti, odnosno „podanik“, kao onaj koji je podređen državnim zakonima.⁸⁰⁴

U ovoj političkoj zajednici jemstvo slobode i dobra svih leži u opštoj volji. Zaključujući društveni ugovor, čovek gubi svoju prirodnu slobodu i neograničeno pravo na sve što mu je potrebno, ali stiče „građansku slobodu“ i „vlasništvo“ nad onim stvarima koje poseduje. Jer, objašnjava Rousseau, potrebno je praviti razliku između prirodne slobode koja je ograničena samo snagom pojedinca i građanske slobode koja je ograničena opštom voljom.⁸⁰⁵

Ulazeći u političku zajednicu, svako se nalazi u dvostrukoj ulozi i suverena i građanina, te tako svako sklapa sporazum sam sa sobom.⁸⁰⁶ Obaveze koje ljude vezuju u ovoj zajednici jesu obavezne za sve, kaže

⁸⁰² *Ibid.*, p. 58.

⁸⁰³ *Ibid.*, p. 59. Na drugom mestu u tekstu, on kaže da prelaz iz prirodnog stanja u društvo stvara u čoveku vrlo značajnu promenu, zamenjujući instinkt u njegovom ponašanju sa pravednošću. Stoga bi čovek trebalo da slavi čas u kome se izvukao iz ovog prirodnog stanja, postavi od „glupe i ograničene životinje“, razumno biće, odnosno čovek (*ibid.*, p. 61).

⁸⁰⁴ *Ibid.*

⁸⁰⁵ *Ibid.*, p. 61. Slično tome, posedovanje stvari je posledica sile ili akta sticanja od prvog posednika, dok je vlasništvo utemeljeno u samom pravu (*ibid.*).

⁸⁰⁶ *Ibid.* p. 59.

Rousseau, samo zato što su uzajamne.⁸⁰⁷ Zbog toga je i opšta volja koja iz ovog sporazuma proizlazi uvek ispravna.⁸⁰⁸

Javni i svečani „čin“ opšte volje jeste zakon.⁸⁰⁹ Zaključujući društveni ugovor, svaki pojedinac se podvrgao opštoj volji, te stoga svaki zakon crpi svoju snagu iz ovog sporazuma.⁸¹⁰ Na temelju ove ideje o zakonu kao izrazu opšte volje zajednice, Rousseau dalje veoma precizno izvodi svoje teorijske zaključke. Gotovo ceo vek pre Austina, on zauzima stavove sa svim suprotne njegovima, te kaže:

*„Prema toj ideji lako vidimo da ne treba više pitati tko ima pravo stvarati zakone, jer su oni djela opće volje; ni da li je vladar iznad zakona, jer je on član države; ni da li zakon može biti nepravedan, jer niko nije nepravedan prema sebi samom; ni kako to da smo slobodni i podvrgnuti zakonima, jer su oni samo iskazi naših htijenja.“*⁸¹¹

Osnovni predmet pak pravnog poretka, „temelj sistema zakonodavstva“, kako kaže Rousseau, koji upućuje na najveće zajedničko dobro svih, jesu sloboda i jednakost.⁸¹² Ove dve „najvažnije svrhe“ zakonodavstva ostvaruju se propisivanjem osnovnih „političkih“ zakona koji se od-

⁸⁰⁷ *Ibid.*, p. 73. Međutim, trebalo bi pažljivo razlikovati prava koje suveren ima nad građanima od prava građana koje suveren mora poštovati, odnosno dužnosti građana od „prirodnih“ prava koje građani ulaskom u zajednicu zadržavaju za sebe. Izvesno je naime, kaže on, da pojedinac ulaskom u zajednicu otuđuje samo onaj deo svojih prirodnih sposobnosti, dobara i slobode koji je nužan, „važan“, za postojanje zajednice (*ibid.*).

⁸⁰⁸ *Ibid.* Opšta volja nije samo izvor pravednosti, već i sreće svakoga ponaosob, jer, kaže Rousseau, nema onog „tko potajno ne prisvaja tu riječ ‘svatko’ i ne pomišlja na sebe samog glasajući za sve“ (*ibid.*). U daljem tekstu, on nastavlja sa eksplikacijom ove unutrašnje dijalektičnosti društvenog ugovora.

Tako, ono što uopštava javnu volju jeste zajednički interes pojedinaca, jer u toj volji svako dobrovoljno prihvata uslove koje nameće drugima. Time se postiže „izvrstan“ sklad interesa i pravde koji zajedničkim odlukama obezbeđuje „svojstvo pravičnosti“. I dalje, društveni sporazum je jednakopravan prema svima, jer se svi obavezuju pod istim uslovima i uživaju iste prednosti. Najzad, prema prirodi sporazuma, svaki čin suverenosti, odnosno svaki akt opšte volje, jednako obavezuje ili povlašćuje sve građane, jer suveren ne razlikuje nijednog od onih koji čine „telo nacije“ (*ibid.*, p. 74).

⁸⁰⁹ *Ibid.*, p. 90. Na drugom mestu u tekstu, on kaže da je zakon „najuzvišenija“ od svih ljudskih institucija (*ibid.*, p. 76).

⁸¹⁰ *Ibid.*, p. 90.

⁸¹¹ *Ibid.*, p. 92.

⁸¹² *Ibid.*, p. 95.

nose na organizaciju državne vlasti, kao i „građanskih“ zakona kojima se uređuje odnos između države i pojedinaca.⁸¹³

Slično kao i Rousseau, i Kant antropološki objašnjava položaj u kome se čovek nalazio pre formiranja političke zajednice. U tekstu objavljenom pod nazivom „*Nagađanja o početku istorije čovečanstva*“ iz 1786. godine,⁸¹⁴ Kant prati „crvenu nit“ izlaska ljudi iz prirodnog stanja. Svoju pretpostavku o postojanju „čoveka-novajlije“, on neposredno oslanja na ideju o prirodnom stanju u kome se pojedinac rukovodi samo instinktom, „tim glasom boga“ kojem su pokorne sve životinje.⁸¹⁵

Sve dok je slušao „zov prirode“, „neiskusnom“ čoveku je bilo dobro. Međutim, uskoro se, kaže Kant, pokrenuo čovekov um. Okruženje u kome je čovek živio dalo je podsticaj umu da se okuša u prvom slobodnom izboru. Tako je čovek u sebi otkrio „sposobnost da sam bira životni put“ kojim će ići, umesto da kao životinja ostane „vezan za jedan jedini“. ⁸¹⁶

Razvoj umnih sposobnosti, objašnjava Kant, doveo je dalje čoveka do shvatanja da je on sam svrha prirode, te da mu u tome nije suparnik „ništa što živi na zemlji“. ⁸¹⁷ U ovom razumevanju sebe samog, sadržana je i „misao suprotnog stava“, a naime da su i drugi ljudi takođe svrha sami sebi, te da su oni zajedno sa njim „ravnopravni suvlasnici“ nad darovima

⁸¹³ *Ibid.*, p. 94.

⁸¹⁴ Ovaj tekst objavljen je u knjizi Immanuel Kant, *op. cit.*, prevod: Olga Šafarik, pp. 29 i dalje.

⁸¹⁵ *Ibid.*, p. 72.

⁸¹⁶ *Ibid.*, p. 73. Kant dalje opisuje „dramatičnost“ situacije u koju je sopstveni um gurnuo čoveka-novajliju, na sledeći način:

„Posle trenutnog zadovoljstva koje je ova prednost mogla probuditi u njemu, morali su odmah slediti strepnja i zebnja: kako da primeni tu svoju tek otkrivenu sposobnost kad još nijednu stvar ne poznaje po njenim skrivenim osobinama i kasnijem dejstvu. Stajao je tako reći na rubu ponora, jer mu se sada umesto pojedinačnih predmeta njegovog prohteva, na koje ga je dotle upućivao instinkt, ukazivao beskrajn niz tih predmeta, u čijem se izboru nije mogao snaći, a ipak se više nije mogao vratiti iz tog jednom okušanog stanja slobode u potčinjenost (pod vlast instinkta)“ (*ibid.*).

⁸¹⁷ *Ibid.*, p. 75. On dalje ovaj svoj stav eksplicira na sledeći način:

„Kada je prvi put rekao ovcu: krzno koje nosiš priroda ti nije dala za tebe, već za mene, pa joj ga skinuo i sam ga obukao... prvi put je postao svestan isključivog prava koje je, zahvaljujući svojoj prirodi, imao nad svim životinjama jer u njima više nije video svoju sabraću stvorenu isto kao i on, već sredstvo i oruđe prepušteno njegovoj volji za ostvarenjem bilo koje od svojih namera“ (*ibid.*).

prirode. Ova misao, kaže Kant, predstavlja pripremu za ograničenje koje će um postaviti pred volju u odnosu čoveka prema drugima, što predstavlja neophodan uslov za formiranje društva.⁸¹⁸

Na ovaj način, izvlačeći se iz „dupka instinkta“ i stavljajući se pod „vodstvo uma“, odnosno izlazeći iz stanja „pod starateljstvom prirode“ u stanje slobode, zaključuje Kant, čovek je došao i do određenja odnosa jednakosti sa drugima. U tom odnosu svi ljudi tvrde isto, da su svrha sami sebi, odnosno jedni pred druge postavljaju isti zahtev, a naime da se međusobno priznaju kao svrha sebi samima, a ne kao sredstvo za ostvarenje ciljeva drugih.⁸¹⁹

U tekstu objavljenom pod naslovom „*O uobičajenoj izreci: to bi u teoriji moglo biti ispravno, ali ne vredi za praksu*“ iz 1793. godine, Kant izlaže svoje učenje o političkoj zajednici.⁸²⁰ On kaže da se ugovor o ustanovljenju građanskog društva, koji naziva „*pactum unionis civilis*“, a kojim se ljudi povezuju u društvenu zajednicu, te se tako može nazvati i „*pactum sociale*“, razlikuje od drugih ugovora na osnovu principa svog utemeljenja. Naime, ugovori uopšte odlikuju se time što se pomoću njih ljudi povezuju u cilju ostvarenja neke zajedničke svrhe. Međutim, „bezu-slovna i prva dužnost“ ljudi jeste međusobno povezivanje koje je samo sebi svrha.⁸²¹

Ljudi se povezuju društvenim ugovorom, objašnjava Kant, da bi izbegli međusobno sukobljavanje. Pravo čoveka, obezbeđeno „javnim prinudnim zakonima“, u okviru kojih je svakome „određeno njegovo“ i na osnovu kojih je svako osiguran od napada drugih, jeste „svrha“ uzajamnog povezivanja ljudi, koja podrazumeva dužnost koju svi članovi zajednice moraju poštovati u „spoljašnjim“ međusobnim odnosima.⁸²²

Pravo se izvodi iz pojma slobode čoveka u ovom spoljašnjem odnosu prema drugima, te tako ono samo, kao ni propisani zakoni koji ovo pravo obezbeđuju, nemaju nikakve veze sa težnjom, odnosno „svrhom“ svakog

⁸¹⁸ *Ibid.*

⁸¹⁹ *Ibid.*, pp. 75–76. U ostalom delu ovog teksta, Kant dalje antropološki objašnjava pojedine aspekte ulaska ljudi u društvenu zajednicu, uključujući i objašnjenje sukoba, odnosno „razdora“ između njih. Na sličan način on govori o ovim temama i u tekstu „*Ideja opšte istorije usmerene ka ostvarenju svetskog građanskog poretka*“ iz 1784. godine (*ibid.*, pp. 29–40).

⁸²⁰ *Ibid.*, p. 91 i dalje.

⁸²¹ *Ibid.*, p. 102.

⁸²² *Ibid.*

pojedince da ostvari svoju sreću. Pravo, naime, pretpostavlja ograničenje slobode svakog člana zajednice i to tako da se njegova sloboda „slaže“, kako Kant kaže, sa slobodom svakog drugog. Spoljašnji zakoni pak, ili „javno pravo“ kako ih Kant naziva, obezbeđuju, odnosno „čine mogućim“, jedno takvo opšte i uzajamno slaganje sloboda.⁸²³

Pošto se ograničenje slobode pojedinca „slobodnom voljom“ drugoga posmatra kao dužnost, obaveza, odnosno „prisila“, „građansko društvo“ bi se moglo odrediti kao „odnos slobodnih ljudi koji stoje pod prinudnim zakonima“. To je ono, zaključuje Kant, što želi sam um čoveka, „zakonodavni um“, i ono što se uopšte ne odnosi na bilo koju „empirijsku svrhu“, kao što je dostizanje sreće.⁸²⁴

Građansko stanje, objašnjava dalje Kant, shvaćeno samo kao opisano „pravno stanje“, zasnovano je na sledećim principima: slobodi svakog čoveka, jednakosti čoveka sa drugima i samostalnosti svakog člana zajednice kao građanina.⁸²⁵ Na njima, „čistim umnim principima spoljašnjeg ljudskog prava“, utemeljuje se država.⁸²⁶

Princip slobode Kant autonomično izražava sledećim rečima:

„Niko me ne može prisiliti da na njegov način budem srećan (onako kako on zamišlja dobrobit drugih ljudi), jer svako sreću sme tražiti na putu koji se njemu samom čini dobar, ako pri tom samo ne nanosi štetu

⁸²³ *Ibid.* U svojoj „Filozofiji prava“, Kant eksplicira ovu ideju o spoljašnjim zakonima i navodi da sve ono što je pravno u saglasnosti sa spoljašnjim zakonom jeste pravedno, te da zbog toga sve ono što nije pravno u saglasnosti sa spoljašnjim zakonom jeste nepravedno (*op. cit.*, p. 32).

⁸²⁴ Immanuel Kant, „Um i sloboda“, *op. cit.*, p. 102. U „Filozofiji prava“, Kant ovo slaganje sloboda pojedinaca izvodi iz svog poznatog univerzalnog zakona prava, koje glasi:

„Postupaj... tako da slobodno izražavanje tvoje Volje može da postoji zajedno sa Slobodom drugih, u skladu sa univerzalnim Zakonom“ (p. 46).

U daljem tekstu, Kant navodi sadržinu „obaveza“ koje proizlaze iz međusobnog odnosa pojedinaca. Neposredno upućujući na Ulpianovo učenje, on kaže da čovek ima tri različite obaveze. Prvo, da živi ispravno („*honeste vive*“, „*honestas juridica*“), u smislu da je njegova obaveza da se stara o održavanju vrednosti sopstvene ličnosti u odnosu sa drugim ljudima. Ova obaveza može se prevesti, kaže on, u sledeće reči: „Ne stvaraj od sebe prosto Sredstvo za upotrebu ostalima, već budi za njih kao cilj“. Druga obaveza upozorava čoveka da ne nanosi zlo drugima („*neminem laede*“), dok mu treća zapoveda da pripiše drugome ono što je njegovo („*suum cuique tribue*“), odnosno da uđe „u stanje u kome svako ima obezbeđeno ono što je njegovo protiv postupanja svih drugih“ (pp. 54–55).

⁸²⁵ Immanuel Kant, „Um i sloboda“, *op. cit.*, p. 102.

⁸²⁶ *Ibid.*, p. 103.

*slobodi drugih da teže nekoj sličnoj sursi, koja može postojati skupa sa svačijom slobodom prema mogućem opštem zakonu (tj. ne smetati ovom pravu drugih).*⁸²⁷

Princip jednakosti proizlazi iz jednakosti obaveza poštovanja prava drugih, te tako po Kantu pretpostavlja odnos članova zajednice u kojem oni zadržavaju jednako pravo međusobne prisile. Svaki član zajednice, drugim rečima, jednako je „podvrgnut pravnoj prinudi“. Ili, svi članovi zajednice jednaki su prema svom pravu protiv drugih, odnosno, niko ne može izgubiti svoje ovlašćenje da druge prisili da poštuju svoju obavezu u odnosu na njegovo pravo.⁸²⁸

Najzad, princip samostalnosti garantuje građaninu kao članu političke zajednice, pravo na učešće u stvaranju zakona, odnosno položaj „sazakonodavca“. Svako pravo, objašnjava Kant, zavisi od zakona. Zakon jeste „akt javne volje“ iz koga proizlazi pravo svakoga i koji zbog toga ne sme biti nepravedan. Pravednost zakona postiže se na taj način što svi učestvuju u njegovom stvaranju – „svi odlučuju za sve“, kako on kaže. Tako, svako odlučuje sam za sebe zajedno sa drugima, a sebi samom niko ne može činiti nepravdu.⁸²⁹

⁸²⁷ *Ibid.* Na drugom mestu u tekstu, Kant komentariše stav o tome da je javno dobro najviši zakon države, te kaže da ovo javno dobro jeste ono zakonsko uređenje koje obezbeđuje svakom čoveku njegovu slobodu na taj način što svakome dopušta da traži svoju sreću na putu koji mu se čini najboljim, pod uslovom da time ne nanosi štetu „opštoj zakonskoj slobodi“, odnosno pravima svojih „sunarodnika“ (*ibid.*, p. 109).

⁸²⁸ *Ibid.*, pp. 103–105. Kant dalje artikuliše čitav niz posebnih aspekata ovog principa jednakosti, kao što je garancija građanske jednakosti bez staleških ograničenja, zatim urođenost jednakosti svakoga, odnosno sticanje jednakosti samim rođenjem, kao i neotuđivost jednakosti u odnosu prema drugima, posebno u pogledu zabrane dužničkog ropstva (*ibid.*, pp. 104–105).

Jedini izuzetak od ovog principa jednakosti važi u odnosu prema poglavaru. Poglarar je onaj preko koga se može izvršiti svaka prinuda, te tako nije i ne može biti pod prinudom. U suprotnom, kaže Kant i time čini se plaća danak klasičnoj teoriji o suverenoj vlasti, on ne bi bio poglarar države, odnosno iznad sebe bi morao imati drugog poglarara, te bi tako „niz podređivanja išao naviše u beskonačnost“ (*ibid.*, p. 103).

⁸²⁹ *Ibid.*, p. 106. U „*Filozofiji prava*“, Kant na sličan način eksplicira da legislativna vlast, posmatrana na temelju svog racionalnog principa, može pripadati samo „ujedinjenoj Volji Naroda“. Jer, kaže on, pošto pravo proizlazi iz zakona koje ova vlast stvara, potrebno je da zakoni budu takvi da ne mogu nikakvo zlo da načine bilo kome. Pozivajući se na princip „*volenti non fit injuria*“, Kant kaže da je nemoguće očekivati nepravedan zakon ako svi za sebe odlučuju o tome kakav će on biti. Zbog toga je neophodno,

„Osnovni zakon“, koji može nastati samo iz „opšte (ujedinjene) volje naroda“, Kant naziva „prvobitni ugovor“, a onog koji učestvuje u stvaranju zakona, on naziva „građaninom“.⁸³⁰ Na taj način, putem ugovora, kaže on, prihvata se od strane svih princip „opšte saglasnosti“ kao osnove za izgradnju građanskog uređenja.⁸³¹

Međutim, ovaj društveni ugovor kao izraz opšte volje, ne bi trebalo shvatiti kao istorijsku činjenicu, već prevashodno kao „ideju uma“.⁸³² Njen praktičan značaj, objašnjava Kant, sastoji se u tome što ova ideja predstavlja rukovodeće načelo po kome se ravna zakonodavac, te tako donosi zakone „kao da su oni mogli proizaći iz ujedinjene volje svih“. Ideja društvenog ugovora je drugim rečima, „probni kamen“ ili test valjanosti svakog zakona, koji se u konkretnom slučaju može upotrebiti na sledeći način:

„Ako je [zakon], naime, načinjen tako da je nemoguće da bi čitav narod mogao za njega dati svoju saglasnost..., onda on nije pravedan, ali ako

zaključuje on, da vlast stvaranja zakona uvek pripada ujedinjenoj i saglasnoj „Volji celog Naroda“ (p. 166).

⁸³⁰ Immanuel Kant, „*Um i sloboda*“, *op. cit.*, p. 106.

⁸³¹ *Ibid.*, p. 107. U „*Filozofiji prava*“, Kant takođe objašnjava ideju o državi kao izrazu ujedinjene volje svih. On kaže da se na osnovu „uticaja“ koji ostvaruju u međusobnim odnosima, ljudi opredeljuju za ustav koji ih sve ujedinjuje pod jednom „Voljom“, i koji im omogućava da učestvuju u tome što je pravo. Ovaj međusobni odnos pojedinaca, jeste ono što ustanovljava „Građansku uniju“. Posmatrana kao celina u odnosu na pojedinca koji je njen konstitutivni član, ona se naziva „politička Država“ (*Civitas*). Država, konstituisana na temelju zajedničkog interesa svih da žive u pravnoj zajednici, naziva se u pogledu svog oblika „*Commonwealth*“ ili „Republika“, u najširem smislu te reči (*Res publica*) (p. 161).

Akt kojim Narod konstituiše sebe u „Državu“, nastavlja Kant, naziva se „originalni Ugovor“. Na osnovu ovog akta svi članovi zajednice i svaki član ponaosob, napuštaju svoju spoljnu slobodu u cilju neposrednog zadobijanja slobode kao članova zajedničkog *Commonwealtha*. Dakle, ne može se tvrditi da je pojedinac ulazeći u zajednicu žrtvovao deo svoje urođene slobode, već samo to da je on time u potpunosti napustio svoju „divlju bespravnu Slobodu“, da bi stekao celu, odnosno neokrnjenu Slobodu za sebe „u obliku regulisanog poretka zavisnosti“, što znači u „Građanskoj državi“ regulisanom „zakonima Prava“. Ovaj odnos zavisnosti između pojedinaca, zaključuje Kant, izvodi se tako iz njihove sopstvene „Volje stvaranja zakona“ (pp. 169–170).

⁸³² Kant kaže da društveni ugovor kao „činjenica“ nije moguć, odnosno da o takvom ugovoru nema traga u istoriji („*Um i sloboda*“, *op. cit.*, p. 108). I u „*Filozofiji prava*“ Kant iznosi stav da se poreklo „građanske unije“ ne izvodi iz ljudskog iskustva, već iz same ideje o izlasku iz stanja prirodnog nasilja i ulasku u pravom uređenu zajednicu (p. 163).

*je samo moguće da se narod saglasi sa njim, onda je dužnost smatrati zakon pravednim.*⁸³³

Na ovaj način pak, Kant je svoju ideju o društvenom ugovoru grubo odgurnuo od prakse ustavne demokratije koja je u to vreme, kao što je to pokazano, već postala funkcionalna pozitivnopravna kategorija u Sjedinjenim Američkim Državama, ali je takođe, makar na kratko, bljesnula i u pravnom životu susedne Francuske. Uostalom, Kant nije ni morao da se drži teze o istorijski neverifikovanoj činjenici nastanka društvenog ugovora, teze koju je kasnije preuzeo Kelsen, nastavljajući sa sličnim, teorijski neproduktivnim razmišljanjem o „činjenici“ nastanka osnovne norme.

Naime, i Kant, ali i Rousseau nešto ranije, razumeli su društveni ugovor, pravo i zakon, kao zajednički izraz ili akt volje onih koji čine društvenu zajednicu. U tom periodu i drugi su podržavali ove stavove. Tako je Hegel veoma precizno određivao pravo kao ono što je duhovno, kao duhovnu tvorevinu, koja ima svoje ishodište u volji. On je objašnjavao da je volja po svojoj prirodi slobodna, te tako ova sloboda predstavlja i suštinu samog prava, odnosno njegovo osnovno određenje, zbog čega je pravni sistem nazvao „carstvom ozbiljne slobode“, odnosno „svetom duha koji je proizveden iz sebe samog“.⁸³⁴

Dakle, ne može se teorijski tvrditi da je društveni ugovor samo pravni ideal, test ili probni kamen, odnosno da pozitivnopravno nije moguć, jer on, kao i bilo koja druga kategorija prava, može uvek da nastane iz proste, normativno orijentisane volje samih ljudi. U tom smislu, nije neophodno bezuspešno tragati za „činjenicom“ postojanja istorijski prvog društvenog ugovora, da bi se potom na osnovu negativnih rezultata ove potrage, moglo zaključiti da društveni ugovor predstavlja puki pravni ideal.

Pozitivnopravno posmatrano, društveni ugovor koji formira političku zajednicu, odnosno ustav jedne države kao osnovna norma društvene zajednice, ne izvodi se nužno iz prethodno postojećih pravnih dokumenata. On može nastati iz volje članova nove zajednice, kao što je to bio slučaj u Američkoj revoluciji, ili pak radikalnom promenom postojećeg pravnog poretka, kao što je to učinjeno u Francuskoj revoluciji.

⁸³³ Immanuel Kant, „*Um i sloboda*“, *op. cit.*, p. 108. Ernst Cassirer kaže da time društveni ugovor „biva iz sfere empirijskog i kvaziistorijskog potpuno uzdignut u sferu ideje“ (v. Ernst Kasirer, „*Kant, Život i učenje*“, prevod: Aleksa Buha, 2006, p. 399).

⁸³⁴ G. W. F. Hegel, „*Osnovne crte filozofije prava*“, prevod: Danko Grlić, 1989, p. 35.

Predstavljajući svoj „*Nacrt Ustava*“ Francuske pred Narodnim konventom 24. aprila 1793. godine, Saint-Just, „mladi ideolog“ Revolucije, kao da ponavlja sve ono što je te iste godine i Kant govorio. On kaže da se ustav države sastoji od konkretnih pravila o pravima i obavezama ljudi, da nema ustav narod u kojem ostvarivanje i jemstvo prava pojedinaca nije načelo društvenog poretka, da moć leži u zakonu, da su građani nepovredivi i neprikosnoveni u međusobnim odnosima, te da jedni nad drugima ne mogu vršiti prinudu, osim na temelju zakona, da je vlast čoveka nepravedna i tiranska, a da je zakonita ona vlast koja potiče iz zakona, da je ustav Francuske predstavnički, a da narodno predstavništvo proizlazi iz opšte volje, da je opšta volja nedeljiva i da se iskazuje zajedno i sl.⁸³⁵

Teorijska distanca velikog Kanta od epohalnih promena vremena u kome je živio, nije ipak omela njegovu recepciju Rousseauovih učenja, a zatim i samostalnu čistu refleksiju prava. Paralelno čitanje dela dvojice duhovno veoma bliskih filozofa, otkriva tako izvanredan napredak apstraktne misli o pravu.⁸³⁶

Koristeći se teorijskim dostignućima Locka i Hobbesa, oni afirmišu ideje o tome da je predmet društvenog ugovora sloboda ljudi, da se društveni ugovor zaključuje slobodno izraženom voljom svih, odnosno da predstavlja izraz ili akt opšte volje, te da je njegova svrha da stvori političku zajednicu koja ima moć da obezbedi jednaku slobodu svakom članu

⁸³⁵ Luj-Antoan Sen-Žist, „*Republikanske ustanove*“, prevod: Mira Vuković, 1987, pp. 194–195.

⁸³⁶ Među studijama koje pokazuju Kantovu privrženost teorijskim shvatanjima Rousseaua, čini se da se kao već klasičan izdvaja tekst koji je nemački filozof Ernst Cassirer objavio pod naslovom „*Rousseau, Kant, Goethe, Two Essays*“ (1970), u kome se prenose Kantove reči o tome da ga je Rousseau teorijski „postavio na svoje mesto“ zbog toga što ga je naučio da poštuje ljudsku prirodu. Na ovaj način, kaže Kant, njegovi sopstveni teorijski stavovi dobili su na „vrednosti“, jer su se pod uticajem Rousseaua neposredno vezali za „ustanovljavanje prava čoveka“ (*ibid.*, pp. 1–2). Cassirer inače započinje svoj tekst time što upućuje na Kantove savremenike koji su opisivali atmosferu studija u kojem je Kant radio. Za ovaj prostor se naime govorilo da je bio namešten „spartanskom jednostavnošću“, bez ikakvih dekoracija, uz samo jednu sliku na zidu, uramljeni portret Rousseaua (*ibid.*, p. 1).

U sveobuhvatnoj studiji Kantovog života i učenja (*op. cit.*), Cassirer kaže da je Rousseau za Kanta predstavljao „Newtona moralnog sveta“ (pp. 14 i 94), a zatim navodi Kantove reči o tome kako ga je čitanje Rousseaua „izvelo na pravi put“:

„...naučio sam da cenim ljude, i za sebe bih mislio da sam mnogo nekorisniji od običnih radnika kad ne bi verovao da ovo razmatranje svima drugima može pružiti jednu dobrobit, da može pomoći u uspostavljanju ljudskih prava“ (p. 95).

ove zajednice. Međutim, oni takođe čine i odlučujući korak napred u pravcu oslobađanja teorije prava od sopstvenog metafizičkog tereta, kao i njenog izbavljenja iz stupice u koju je zapala insistiranjem na volji većine.

Iako se krhotine metafizičkog shvatanja prava nalaze i dalje svuda oko njih, Rousseau i Kant se uspešno odupiru ideji o tome da društveni ugovor i zakoni predstavljaju delo Božije ruke, odnosno prostu refleksiju božanskih prirodnih zakona.⁸³⁷ Tako, umesto metafizičkim elementima, oni barataju iskustvenim, odnosno naučnim određenjima čoveka. Ume-

⁸³⁷ Tako, u jednom delu „*Društvenog ugovora*“, Rousseau izražava uverenje da „svaka pravednost dolazi od Boga“, odnosno da je Bog jedino „izvorište“ pravednosti (*op. cit.*, p. 90). Međutim, već u sledećoj rečenici on kaže da čovek po svojoj prirodi „ne zna“ da primi ovu božansku pravednost. U suprotnom, ne bi mu bili potrebni ni zakoni niti vlast. Zbog toga je po njemu neophodno okrenuti se onoj pravednosti koja je čoveku jedino dostupna, a koja izvire iz njegovog uma (*ibid.*).

Na drugom mestu u tekstu, Rousseau kaže da je najveća prednost „poimanja“ opšte volje to što ona ukazuje na „stvarne“ temelje pravednosti i „prirodnog prava“, a onda objašnjava da je prvi i jedini temeljni „zakon“ zajednice onaj koji neposredno proističe iz društvenog sporazuma, a koji govori o tome da „svako pretpostavlja u svemu najveću dobrobit svih“ (*ibid.*, p. 92). Ipak, već na sledećoj stranici, on eksplicitno pravi razliku između „pravila umnog prirodnog prava“ koja proističu iz zajedničke volje svih i „prirodnog prava u užem smislu“, koje je utemeljeno na neumnim osobenostima čoveka, kao što je „osećaj“ i s njim povezano čovekovo „samoljublje“ (*ibid.*, p. 93).

Takođe, Rousseau je pisao i o „građanskoj religiji“, odnosno o tome da je ljudima koji žive u društvu potrebna religija „koja ih održava“. On kaže da nikad nije bilo naroda bez religije, te da bi je narod sam stvorio da mu ona nije na raspolaganju (*ibid.*, pp. 98 i dalje). Međutim, ova lična simpatija prema verskom životu, nije ga u njegovom učenju vodila ka metafizičkom razumevanju političke zajednice i pravnog poretka, već se zadržala isključivo na nivou objašnjenja jednog specifičnog aspekta društvene zajednice. Pri tome, Rousseau „građansku religiju“ nije shvatao institucionalno i autoritarno, nego je kao humanista isticao njen kvalitet koji se sastoji u ukazivanju na put vrline. U tom smislu, on je govorio da se u hrišćanskom jevanđelju, u „istinskoj religiji“, ljudi prepoznaju kao „deca istog boga“, kao „braća“ jedan drugome, ali da ta religija „nema nikakav poseban odnos s ustrojstvom države“ (*ibid.*, p. 100). Lično i duboko versko uverenje, bez uključivanja svojih pravno-filozofskih rasprava, Rousseau podrobno izlaže u spisu pod naslovom „*Vérispoest Savojskog vikara*“ (prevod: Dušan Tamindžić, 1975, v. posebno pp. 38 i dalje, i 57 i dalje).

Ostaci starih shvatanja prepoznaju se i u Kantovom učenju. Neposredno upućujući na shvatanja Rousseaua, on razmatra izlazak čoveka iz starateljstva prirode i njegov ulazak u stanje slobode. Kant kaže da je ovaj korak predstavljao za čoveka-novajliju istinski moralni pad. Jer, objašnjava on, aktiviranjem uma, čovek je izašao iz sveta nevinosti u kome nisu postojale zabrane i naredbe. Tako je zajedno sa nastankom pravila društvene zajednice, došlo i do njihovog kršenja, a sa tim i do pojave zla i poroka. U telesnom pogledu, nastavlja Kant, posledica tog pada vodila je dalje kažnjavanju čoveka. Tako,

sto verski opredeljenih, oni koriste antropološke stavove o odnosu čoveka prema prirodi i drugim ljudima. Umesto iz volje Boga, oni volju čoveka, a zatim i pravni poredak uopšte, izvode iz prirode samog čoveka, odnosno iz njegovog uma.

Naravno, kao što je već istaknuto, normativno izražena volja čoveka utemeljena je sama u sebi, kao što se i njen sadržaj iscrpljuje u njoj samoj, te zato njeno razumevanje nije uslovljeno „otkrivanjem“ prave prirode čoveka, odnosno antropološkim dokazima o slobodi čovekove volje. Dakle, normativni izraz volje čoveka u potpunosti se može objasniti samom ovom voljom, odnosno sam sobom. U tom smislu, svojim istraživanjem prirode odnosa između ljudi i traganjem za opravdanim razlogom stvaranja društvene zajednice, Rousseau i Kant su više doprineli razbijanju u to vreme preovlađujućeg metafizičkog shvatanja političke zajednice i njenog pravnog poretka, nego što su se približili Kelsenovoj ideji samoreferentnosti prava.

Sa druge strane pak, afirmacijom ideje o opštoj volji, dvojica filozofa ostvarili su značajan napredak u izgradnji teorije ustavne demokratije. Naime, iako su primeri dobre prakse u primeni principa ustavne demokratije već počeli da dominiraju američkim i francuskim društvom tog vremena, oni su tek u učenju Rousseaua i Kanta dobili svoje teorijsko utemeljenje.

Princip ustavne demokratije podrazumeva postojanje opšte volje, odnosno uzajamnu saglasnost članova političke zajednice u vezi sa osnovnim, konstitutivnim elementima ove zajednice, a to su jednaka sloboda svih, kao i aparat vlasti koji obezbeđuje poštovanje ove slobode. Dakle, politička zajednica nastaje i traje na temelju ovih konstitutivnih elemenata samo pod uslovom da su sa njima saglasni svi, odnosno da to žele članovi zajednice.

U ustavnim demokratijama, normativno izražena opšta volja svih koja stvara društvenu zajednicu sadržana je u ustavu zemlje. Konstitutivni elementi zajednice, jemstva ljudskih prava i organizacija državne vlasti, upisani su stoga u ovaj pravni dokument. Ali i više od toga, celokupni pravni poredak izgrađen na temelju ovog osnovnog pravnog dokumenta, u skladu je sa njim, ne protivreći mu, te na taj način reflektuju opštu volju koja je njime izražena.

Političke zajednice nastale u Francuskoj i Američkoj revoluciji, sa državale su u sebi novi princip ustavne demokratije. Međutim, ceo ovaj

zaključuje on, istorija prirode počinje od dobra jer je ona „delo božije“, dok „istorija slobode“ počinje od zla jer je ona delo čoveka („*Um i sloboda*“, p. 76).

svet nove društvene realnosti i novog pravnog poretka, nije mogao da se uklopi u Lockov i Hobbesov teorijski kalup većinskog sistema. Novom pravu odgovaraju samo nove teorije prava.

Zasluga Rousseaua i Kanta sastoji se u tome što su oni uspjeli teorijski da odbrane ideju o opštoj volji članova političke zajednice na taj način što su propustili da je svedu na ideju o volji većine, onako kao što su to Lock i Hobbes učinili pre njih. Iako nisu znali da objasne kako je moguće pozitivnopravno umaći u to vreme teorijski preovlađujućim stavovima o svestlaču većine i neograničenoj vlasti suverena, dvojica filozofa su se ipak čvrsto držali svojih komunitarnih ideja o opštoj volji svih.⁸³⁸

Oni su uspjeli da odbrane ove ideje isključivo na osnovu svog apstraktnog mišljenja, uz veoma ograničeno posredovanje nedovoljno razvijenih realnih pravnih institucija društvenih zajednica u kojima su živeli.⁸³⁹ Stoga snaga njihovih teorijskih misli zaslužuje divljenje.

⁸³⁸ Teorijske teškoće sa kojima su se suočavali, nekad su za njih bile nesavladive, što je dovodilo do incidentnih povreda integriteta ideje o opštoj volji svih. Tako, kad obrazlaže princip jednakosti svih članova društvene zajednice, Kant eksplicitno kaže da se ovaj princip ne primenjuje na „poglavara zajednice“. Naime, poglavar zajednice, navodi Kant, jedini ima pravo da upotrebi prisilu protiv drugoga, a pri tom sam ne može biti „podvrgnut prinudnom zakonu“. Danak starim teorijama on dalje plaća koristeći se i obrazloženjem zagovornika ideje o pravno neodgovornoj suverenoj vlasti, a koje glasi:

„...svako ko u jednoj državi stoji pod zakonima je podanik i prema tome je on sa svim drugim članovima političke zajednice podvrgnut pravnoj prinudi; jedna jedina osoba... se izuzima, – poglavar države, preko koga se samo može izvršiti svaka pravna prinuda. Jer, kad bi on takođe bio pod prinudom, on ne bi bio poglavar države, a niz podređivanja bi išao naviše u beskonačnost. A kad bi postojala dva poglavara (dve osobe oslobođene prinude): onda nijedan od njih ne bi stajao pod prinudnim zakonima, tako da jedan drugome ne bi mogli učiniti nikakvu nepravdu: što je nemoguće“ (ibid., pp. 103–104).

I u „*Filozofiji prava*“ Kant iznosi slične stavove. On kaže da ne može biti odredbe u ustavu koja omogućava ograničenje vlasti suverena. Jer, objašnjava on, ako bi neko ograničavao ovu vrhovnu vlast, morao bi sam imati veću ili bar istu vlast kao što je ona. Zbog toga, zaključuje on, ustav koji bi ograničavao vlast suverena, takozvani „ograničeni Ustav“, kao ustav „unutrašnjih prava“ same države, nije po sebi realističan (pp. 175–176).

⁸³⁹ Tako, Rousseau objašnjava da je zakon „javni i svečani čin opšte volje“, a zatim trijumfalistički, iz same apstraktne misli koju razvija, izvodi zaključke koji i danas odjekuju pravnom teorijom, a naime, da su zakoni pravedni jer su „delo“ opšte volje, odnosno volje svih, a niko ne može biti nepravedan prema sebi samom, da su svi istovremeno slobodni i podvrgnuti zakonima, jer su zakoni samo izraz „htenja“ svih, odnosno onoga što žele svi, da vladar nije iznad zakona, jer je i on sam član države i sl. („*Politički spisi*“, p. 92).

Međutim, stavovi dvojice filozofa nisu predstavljali samo stabilno temeljno opredeljenje buduće teorije ustavne demokratije, već su sadržavali i ideje koje će tek decenijama i vekovima kasnije biti teorijski ozbiljno shvaćene. Čini se da među ovim „argumentima iz budućnosti“, pažnju zaslužuje, pre svega, Rousseauovo shvatanje prava kao mesta, foruma ili medijuma za usaglašavanje volje članova političke zajednice, kao i njemu komplementarna Kantova ideja o samostalnom građaninu za koga je u društvenoj zajednici rezervisana uloga „sazakonodavca“.

b) Sloboda volje i lična autonomija

Preduzeto istraživanje pokazuje da ljudi uzajamnim sporazumom stvaraju političku zajednicu da bi obezbedili jednaku slobodu svakom članu ove zajednice. Rane teorije društvenog ugovora metafizički su odgovarale na pitanje o tome kako i zašto su ljudi razvili volju za ujedinjenjem u političku zajednicu sa drugima, odnosno šta ih je na to nagonilo, koji su bili njihovi motivi i sl. Modernije teorije Rousseaua i Kanta, na ova pitanja odgovarale su na temelju antropoloških predstava o čoveku i odnosu između ljudi.

Međutim, čini se da pitanju o tome zašto ljudi stvaraju političku zajednicu, prethodi pitanje o slobodi volje, odnosno ličnoj autonomiji čoveka. Naime, teorije društvenog ugovora polaze od pretpostavke da su ljudi slobodni da izraze svoju volju, te da uzajamnom saglasnošću volja mogu za sebe da formiraju političku zajednicu. Dakle, ako ljudi odluče da formiraju političku zajednicu, oni to mogu učiniti jer su po svojoj prirodi autonomni.

Sama pak ova pretpostavka o slobodi volje i ličnoj autonomiji čoveka zaslužuje posebnu teorijsku pažnju. Tako, metafizička tvrdnja o Božijoj volji kao uslovu ili izvoru slobodne volje čoveka, može se objasniti dogmatski, dok se antropološka teza o čoveku kao umnom biću i slobodi volje koja iz uma proizlazi, može razumeti sa stanovišta antropoloških teorija.

U svom delu „*Summa Theologica*“, Thomas Aquinas razmatra temu slobode volje.⁸⁴⁰ Prvo pitanje na koje on odgovara jeste da li čovek ima

⁸⁴⁰ St. Thomas Aquinas, „*Summa Theologica*“, Complete English edition in five volumes, 1981. Aquinas piše o slobodi volje u prvoj knjizi, u okviru odgovora na pitanje broj 83, pp. 417 i dalje.

slobodnu volju. Pozivajući se na Sveto pismo, Aquinas ističe da je Bog stvorio čoveka „od početka“ i da ga je prepustio sopstvenoj slobodnoj volji, odnosno ostavio „u rukama sopstvenih namera“. Dakle, kaže on, čovek ima slobodu volje.⁸⁴¹

U suprotnom, kad sloboda volje čoveka ne bi postojala, nastavlja on, namere, upozorenja, naredbe, zabrane, nagrade i kazne, ne bi imale nikakvu vrednost. Da bi se ova tvrdnja razumela, kaže Aquinas, potrebno je uporediti postupanje čoveka sa postupanjem i kretanjem drugih živih bića i neživih stvari.

Nežive stvari, kao što je kamen koji se kotrlja niz padinu, kreću se bez ikakvog sopstvenog odlučivanja. Neka živa bića, kao što su životinje, postupaju na osnovu sopstvene odluke, ali ova njihova odluka nije slobodno formirana. Tako, kad vidi vuka, ovca odlučuje da beži, ali ne iz razuma, već iz instinkta.⁸⁴²

Čovek takođe postupa na osnovu sopstvene odluke. Međutim, on se koristi svojom moći predviđanja pomoću koje odlučuje da nešto treba izbeći, a da nešto „treba za sebe tražiti“. Pošto ova odluka nije doneta iz instinkta, već iz akta misaonog predviđanja, čovek postupa iz slobode odlučivanja.

Pored ovog argumenta, Aquinas iznosi i niz drugih kojima potvrđuje postojanje slobodne volje čoveka. On odgovara na stav da je ono što je slobodno uvek uzrok sebe samog, te da nije slobodno ono što pokreće nešto drugo. Dakle, pošto Bog pokreće sve, pa i volju, moglo bi se tvrditi, volja čoveka nije slobodna.

Aquinas kaže da je slobodna volja uzrok sopstvenog pokretanja, jer se na osnovu nje čovek pokreće u postupanje. Tako, objašnjava on, u slobodi se ne sadrži nužno i to da ono što je slobodno jeste uzrok samog sebe. Da bi bilo slobodno, dovoljno je da je nešto uzrok drugoga, a nije neophodno da ono bude prvi uzrok.

Bog je, nastavlja on, prvi uzrok. On pokreće zajedno i prirodne i voljne uzroke. Međutim, kao što ne sprečava prirodne uzroke da prirodno pokreću drugo, tako isto Bog ne sprečava voljne uzroke da pokreću drugo na osnovu svoje volje. Jer, On je uzrok prirode njih samih, te tako On i dela u njima samima u saglasnosti sa njihovom prirodom. Zbog toga se može reći da je „čovekov put“ uzrokovan njegovim slobodnim

⁸⁴¹ *Ibid.*, p. 418.

⁸⁴² *Ibid.*

izborom. Ovaj izbor utemeljen je u prirodi samog čoveka, ali takođe pretpostavlja „pomoć Boga“.⁸⁴³

Sa druge strane, savremene pravno-antropološke teorije takođe se bave objašnjenjem slobodne volje čoveka, odnosno njegovom ličnom autonomijom. Tako, prema „*Teoriji antropološkog krsta donošenja odluka*“, kaže se da pravo mora biti u saglasnosti sa ljudskom prirodom.⁸⁴⁴ Načelno se može tvrditi da sve „forme života“ postupaju funkcionalno u odnosu na sopstveno samoodržanje. One dakle čine sve što je potrebno da bi sebe očuvale.

Čovek se razlikuje po tome što on postupa na složeniji način nego druga živa bića. Iako neke životinje imaju ograničene mogućnosti učenja i komunikacije, jedino je čovek u stanju da „dela“. On oseća, tumači, vrednuje, određuje i odlučuje u vezi sa svojim položajem u odnosu na okolinu.⁸⁴⁵

Aktivnosti čoveka mogu biti podeljene u dve grupe. Prvu grupu čine rutinska ponašanja, nastala na osnovu svakodnevnog ponavljanja istih ili sličnih životnih aktivnosti. Drugu grupu čine „problematične“ aktivnosti koje čovek preduzima onda kad svoje životne situacije ne može da reši rutinskim postupanjem. Suočen sa problemom, on ulazi u „situaciju odlučivanja“ u kojoj mora da izvrši izbor svojih daljih aktivnosti.⁸⁴⁶

⁸⁴³ *Ibid.* Pored ovog osnovnog dogmatskog, Aquinas iznosi i druge stavove o slobodnoj volji čoveka. On objašnjava da iako sloboda volje upućuje na akt („*liberum arbitrium*“), pod njom se podrazumeva i princip na osnovu koga čovek slobodno odlučuje o preduzimanju ovog akta (*ibid.*, p. 419). Takođe, on kaže da izbor predstavlja stvarni akt slobode volje, jer se kaže da čovek ima slobodnu volju u tome što prihvata jedno i odbija drugo, a to je zapravo izbor (*ibid.*). Najzad, Aquinas objašnjava da moć čoveka da nešto ostvari, mora biti u saglasnosti sa njegovom moći razumevanja. Tako, čovek stiče moć intelektualnog razumevanja na osnovu intelekta i razuma, dok moć ostvarivanja dolazi od slobode volje, koja ne predstavlja ništa drugo do moć izbora (*ibid.*, p. 420).

⁸⁴⁴ Winfried Brugger, „*Dignity, Rights, and Legal Philosophy within the Anthropological Cross of Decision-Making*“, 9 German Law Journal 1243 (2008), p. 1243. Tekst je dostupan na sledećoj internet adresi: <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=2&vol=9&no=10>. Ovaj članak nastao je na temelju istraživanja koja su objavljena u autorovoj knjizi pod naslovom „*Das anthropologische kreuz der entscheidung in politik und recht*“, 2008.

⁸⁴⁵ *Ibid.*

⁸⁴⁶ *Ibid.*, p. 1244. Autor ističe da ova problematična situacija na koju je nemoguće dati lak odgovor, upućuje na teškoću sa kojom, uobičajeno se kaže, čovek nosi svoj krst. To nisu one situacije u kojima čovek sebe svakodnevno nalazi, na primer kad se pita o tome da li će ići u bioskop ili ostati kod kuće, već upravo one u kojima je njegov

Da bi doneo odluku, čovek analizira problem koji se postavlja pred njega. Postoje dva različita načina analize „teških slučajeva“. Prvi se odnosi na „horizontalnu“ ili vremensku dimenziju odlučivanja. Samo ljudi razumeju jedni druge, komuniciraju i na drugi način se međusobno odnose u vremenskoj dimenziji, tj. u okviru vremenskog okvira prošlosti, sadašnjosti i budućnosti. Čovekova prošlost, njegovo iskustvo i dostignuće, utiču na odlučivanje „od pozadi“, dok njegovi planovi za budućnost, očekivanja i sl, utiču „od napred“, te tako čovek donosi odluku unutar ove vremenske dimenzije svog postojanja.⁸⁴⁷

„Vertikalna“ osovina krsta odlučivanja pak, izvedena je iz složene prirode ljudskog bića. Naime, čovek nije u potpunosti određen svojim instinktima, već on takođe predstavlja i delo sebe samog. Iako mnoge osnovne potrebe, za hranom, vodom, seksualnim odnosom i sl, u značajnoj meri utiču na čovekovo postupanje, u njegovom genetskom kodu nije upisan i tačan izbor načina zadovoljenja ovih potreba, sredstava koji se za to mogu koristiti, puteva kojima se može ići i sl.⁸⁴⁸

Suočen sa osnovnim, ali i drugim potrebama, čovek ostaje trajno opterećen „mukom odlučivanja“ u svom odnosu prema drugima, kao i u odnosu prema sebi samom. Složena mešavina životnih impulsa, emocija, kognitivnog razumevanja i ličnih ideala, utiskuje se u čovekovu „antropološku mapu“, sve do trenutka kad se njegova odluka u konkretnom slučaju pretvara u aktivnost.⁸⁴⁹

Čovek sebe nalazi na raskršću horizontalne i vertikalne ose odlučivanja. Na njegovo postupanje utiču sva četiri pola ove strukture koja mu u konkretnoj situaciji obezbeđuju informacionu i motivacionu osnovu za odlučivanje.⁸⁵⁰

U preseku horizontalne i vertikalne ose odlučivanja, dolazi se i do razumevanja „koncepta ljudskog dostojanstva“. Motivi i argumenti sa sva

položaj veoma opterećen mogućnostima donošenja različitih ili suprotnih odluka. Kad god čovek oseća težinu krsta odlučivanja na svojim leđima, kaže Brugger, on se suočava sa moralno spornim odlukama ili odlukama koje podrazumevaju ozbiljne posledice, ili pak odlukama od kojih zavisi on sam, odnosno njegovo stanje, njegov identitet i sl. (*ibid.*, pp. 1244–1245).

⁸⁴⁷ *Ibid.*, p. 1245.

⁸⁴⁸ *Ibid.*, pp. 1245–1246.

⁸⁴⁹ *Ibid.*, p. 1246. Autor upoređuje elemente ove vertikalne ose odlučivanja sa Freudovom konfiguracijom ljudske psihe u okviru kategorija ida, ega i super-ega (*ibid.*).

⁸⁵⁰ *Ibid.*, p. 1247.

četiri pola usmereni su ka čoveku, na kome leži lična odgovornost za odluku koju sam donosi. U većini slučajeva, njemu se ova odluka pripisuje i od strane društvenog okruženja u kome živi. Takođe, pravne posledice odluke koju donosi najčešće se odnose samo na njega. Na taj način, čovek se stavlja u poziciju subjekta, odnosno „agenta“ koji dela za sebe.⁸⁵¹

U procesu donošenja odluka, čovek se iz „lica“ pretvara u „ličnost“. Svojstvo ličnosti koje čovek stiče, upućuje naime na jedinstven, i u odnosu na druge ljude različit način izgradnje sopstvene individualnosti i njenog predstavljanja u životnom okruženju. Donošenjem odluka čovek se pretvara u osobenu ličnost koja svesno ili nesvesno razvija sebe u skladu sa mešavinom osnovnih potreba, ličnog iskustva, vrednosti kojima teži, kao i ciljeva koje želi da ostvari.⁸⁵²

Nije stoga teško objasniti, kaže Brugger, zašto ustavi i međunarodni dokumenti o ljudskim pravima štite slobodu čovekove aktivnosti i pravo na razvoj sopstvene ličnosti. Na ovaj način oni samo dovode pravni sistem u sklad sa „osnovnim činjenicama“ ljudskog postojanja. Pravni poredak tako garantuje pravo čoveku „da vodi svoj život“ u ovom četvorouglu različitih perspektiva.⁸⁵³

Sposobnost čoveka da donosi odluke za sebe, zajednička je osobina svih ljudi. To je ono svojstvo koje razdvaja čoveka od drugih živih bića. Kad ljudi stupaju u međusobne odnose povodom odluka koje su doneli, onda se pretpostavlja da je svaki pojedinac nezavisan „izvor“ sopstvenih procena i aktivnosti, te da je stoga slobodan, jednak i „izložen reciprocitetu“ u zajednici u kojoj živi sa drugima. Odatle i potiče pravo čoveka da zahteva od drugih da poštuju njegovo dostojanstvo – ovo pravo neposredno se vezuje za četiri perspektive pomoću kojih čovek nalazi uporište za izgradnju sopstvene ličnosti.⁸⁵⁴

Dakle, ova metafizička i antropološka shvatanja upućuju na zaključak da je čovekova volja slobodna, odnosno da on uživa ličnu autonomiju u donošenju svojih odluka. Ako je pak čovek slobodan, kao što je to još Hobbes govorio, onda on može slobodno da odluči da ograniči svoju slobodu. Tako, polje prostiranja slobode čoveka ne zadržava se na primarnom nivou njegovih želja, namera ili ciljeva, već obuhvata i sekundarni nivo odlučivanja o tim neposrednim manifestacijama slobode.

⁸⁵¹ *Ibid.*, p. 1250.

⁸⁵² *Ibid.*, p. 1251.

⁸⁵³ *Ibid.*, pp. 1251–1252.

⁸⁵⁴ *Ibid.*, pp. 1252–1253.

Na ovom složenom pojmu slobode čoveka insistira Gerald Dworkin. U svom radu objavljenom pod nazivom „*The Theory and Practice of Autonomy*“,⁸⁵⁵ on kaže da se autonomija čoveka može shvatiti kao moralni, politički i društveni ideal koji upućuje na to kako pojedinac vidi stvari na temelju svojih ličnih shvatanja, vrednosti i želja.⁸⁵⁶ Sva tri ideala podrazumevaju da je „ja“ čoveka sačuvano kao ono što je nezavisno i samoodređujuće.⁸⁵⁷

Osnovna ideja koja prožima koncept autonomije, kaže dalje on, sadržana je u etimologiji same ove reči. Reč autonomija potekla je od izraza „*autos*“ i „*nomos*“, čijim se spajanjem u vreme stare Grčke izražavala ideja o vladanju sobom. Ako se čovek u tom periodu opisivao kao autonoman, onda se time želelo reći da su odluke koje je doneo i aktivnosti koje je preduzeo, „njegove“ odluke i aktivnosti, odnosno da su nastale na samoodređujući način.⁸⁵⁸

Dakle, lična autonomija podrazumeva slobodu donošenja odluka i postupanja u skladu sa njima. Međutim, autonomija podrazumeva i slobodu čoveka da može da ograniči svoju slobodu. Kao klasičan primer ovog samoograničenja slobode, autor navodi iskustvo Odiseja koji je sprečio sebe da zbog ljubavnih poziva sirena skrene sa kursa plovidbe i razbije sopstveni brod o stene, na taj način što je naredio mornarima da ga vežu za jarbol broda i zabranio im da ga oslobode čak i ako on od njih to zahteva.⁸⁵⁹

⁸⁵⁵ Gerald Dworkin, „*The Theory and Practice of Autonomy*“, 1997.

⁸⁵⁶ *Ibid.*, p. 10.

⁸⁵⁷ *Ibid.*, pp. 11–12.

⁸⁵⁸ *Ibid.*, pp. 12–13. Na drugom mestu u tekstu, autor navodi primere veoma raširene upotrebe reči autonomija u teorijskoj literaturi. On kaže da se ovim pojmom označava sloboda čoveka, zatim vladanje sobom, odnosno suverenitet čoveka, kao i čovekova sloboda volje. Sadržaj pojma autonomija, kaže on, često se izjednačava sa sadržajem sledećih pojmova: dostojanstvo, integritet, individualnost, nezavisnost, odgovornost, samosvest, samoprocenjivanje, kritička refleksija sebe, sloboda od obaveze, odsustvo uzroka u drugome, razumevanje sopstvenog interesa, nemogućnost upoređivanja sa drugima. Takođe, navodi autor, predmet lične autonomije jesu akti, odnosno postupanje, uverenja, razlozi za postupanje, pravila postupanja i sl. (*ibid.*, p. 6).

⁸⁵⁹ *Ibid.*, pp. 14–15. Za čoveka je, nastavlja on, uobičajeno da se nađe u ovakvim situacijama samoograničenja sopstvene slobode. Na primer, čovek koji pokušava da se odupre svojim porocima, neprestano se kreće između neograničene i samoograničene autonomije. Slično je i sa onima koji sebi nameću ograničenje slobode time što pristupaju bratstvu u manastiru ili postaju profesionalni vojnici i na taj način ulaze u strog režim vojničke discipline, ili sa onima koji zahtevaju od lekara da im ne kaže istinu o njihovoj bolesti i sl. (*ibid.*, p. 16–19).

Tako se sloboda odlučivanja na primarnom nivou može pretvoriti u predmet slobode odlučivanja na sekundarnom nivou. U tom smislu, Odisej je na sekundarnom nivou odlučio da ograniči svoje želje koje su nastale na primarnom nivou odlučivanja.⁸⁶⁰ Ipak, čini se da teorijski nije neophodno učiniti ovo razlikovanje jer se na „oba“ nivoa odlučivanja angažuje isti kapacitet lične autonomije pojedinca, a to je da on može za sebe da donese odluku i da po njoj postupi.

Čovek može da odluči da ograniči svoju slobodu odlučivanja, a može da odluči i da je ne ograniči. Takođe, o sopstvenoj slobodi odlučivanja on može da ne odlučuje. U svim ovim slučajevima, on se prema svojoj slobodi odlučivanja odnosi kao i prema drugom predmetu odlučivanja.

U tom smislu, dovoljno je konstatovati da princip slobode volje omogućava čoveku da ograniči svoju slobodu. Pravno-teorijski posmatrano, to pak znači da se ograničenje slobode može ostvariti i normativno izraženom voljom. Tako, ako je cilj političke zajednice obezbeđivanje jednake slobode svih, a uslov za njeno formiranje i trajanje, uzajamno i jednako ograničenje slobode svakog njenog člana, ljudi su slobodni da se o tome sporazumeju – u svojoj slobodi oni ne nalaze prepreku za dogovor o tome.

c) Dworkinova i Habermasova shvatanja ustavne demokratije

Pokazuje se dakle, da politička zajednica može nastati na temelju slobodno izražene volje onih koji tu zajednicu formiraju. Pošto se normativno izražena volja može uvek objasniti sama sobom, za njeno razumevanje nije potrebno dalje postavljati istorijsko-metafizička ili istorijsko-antropološka pitanja o tome šta je ljude motivisalo da ovu zajednicu formiraju, koja nevolja ih je na to nagnala, kakav je odnos između njih postojao u periodu pre formiranja političke zajednice i sl. Takođe, nije potrebno tragati ni za istorijskom „činjenicom“ nastanka političke zajednice.

Umesto svih ovih istorijskih pitanja, dovoljno je postaviti pozitivno-pravno pitanje, a to je da li ova zajednica pravno postoji i kako ona pravno izgleda. Dakle, ako je cilj političke zajednice obezbeđivanje jednake

⁸⁶⁰ Gerald Dworkin definiše autonomiju čoveka upravo kao slobodu odlučivanja na ovom sekundarnom nivou refleksije primarnih želja, namera i ciljeva (*ibid.*, pp. 19–20).

slobode svakog njenog člana, teorija pozitivnog prava bi trebalo da odgovori na pitanje o tome kako je ovaj cilj moguće pravno postići. Američki filozof Ronald Dworkin i nemački filozof Jurgen Habermas smatraju da bi odgovor na ovo pitanje trebalo tražiti u praksi ustavne demokratije.

Praksu ustavne demokratije Dworkin naziva „moralnim čitanjem ustava“.⁸⁶¹ Ustavni tekstovi, kaže on, sadrže pravila kojima se jemče ljudska prava na veoma visokom stepenu apstrakcije. Svi članovi zajednice, sudije, advokati, ali i građani, tumače i primenjuju ova apstraktna pravila na osnovu moralnih principa „pristojnosti i pravde“. Na ovaj način se, kaže on, politički moral smešta u samo središte ustavnog prava.⁸⁶²

Međutim, nastavlja Dworkin, da bi se moralno čitanje ustava učinilo pravno izvesnim, samo pravo određuje čije se razumevanje ustava smatra „autoritativnim“. U Sjedinjenim Državama, ovaj autoritet u poslednjem stepenu pripada Vrhovnom sudu. Međutim, u većini slučajeva, onih koji ne dođu pred Vrhovni sud, na sudijama drugih sudova je da tumače i primenjuju garancije ljudskih prava na osnovu sopstvenog moralnog čitanja ustavnog teksta.⁸⁶³

Pravna pravila koja štite pojedince i manjine u Americi, upisana su u tekst ustavnih amandmana. Mnoga od ovih pravila, kao na primer garancija slobode govora iz I amandmana, formulisana su na izuzetno apstraktan način. Uprkos tome, ova pravila moraju biti shvaćena onako kako to njihovo jezičko tumačenje sugerise, a to je da ona predstavljaju ograničenje moći vlasti.⁸⁶⁴

Zajedno uzevši, kaže Dworkin, jemstva ljudskih prava obavezuju državu na poštovanje sledećeg političkog i pravnog ideala:

*„...vlast mora tretirati sve koji se nalaze pod njenim autoritetom, kao one koji imaju jednak moralni i politički status; ona mora pokušati, u dobroj veri, da ih sve tretira sa istom pažnjom.“*⁸⁶⁵

Da bi postigla ovaj cilj, vlast mora jednako poštovati prava svakog pojedinca, kako ona koja su upisana u ustavni tekst, tako i ona koja ni-

⁸⁶¹ Ronald Dworkin, *op. cit.* Centralni tekst u ovoj njegovoj knjizi nosi naslov „*The Moral Reading and the Majoritarian Premise*“, pp. 1–38.

⁸⁶² *Ibid.*, p. 2.

⁸⁶³ *Ibid.*, pp. 2–3.

⁸⁶⁴ *Ibid.*, p. 7.

⁸⁶⁵ *Ibid.*, pp. 7–8.

su.⁸⁶⁶ Ova obaveza države eksplicitno je formulisana u „klauzulama jednakosti“ nekolicine ustavnih odredbi.⁸⁶⁷

Kad tumače i primenjuju garancije ljudskih prava, sudije nisu slobodne da utiskuju vlastita lična ubeđenja u ustavna pravila. Naime, princip „ustavnog integriteta“ zahteva od njih da ustavna pravila čitaju na sistemski način, odnosno u skladu sa „strukturnim dizajnom“ Ustava kao celine. Osim toga, oni moraju sebe videti kao „partnere“ drugim funkcionerima vlasti, ali i onima koji su to bili pre njih ili će to tek biti, sa kojima zajedno izgrađuju „koherentan ustavni moral“.⁸⁶⁸

Takođe, moralno čitanje Ustava upućuje, pre svega, na shvatanje o tome šta ustavne odredbe znače u odnosu na celinu ustavnog teksta, a ne na to čije shvatanje o tome šta one znače mora biti prihvaćeno od strane ostalih u društvu. U tom smislu, ne može se reći da bi tumačenje ustavnih pravila trebalo prepustiti većini članova zajednice, niti da bi ono trebalo da bude ograničeno na „originalnu intenciju“ njihovih tvoraca, odnosno na shvatanje većine koja je ova pravila donela.

Ako bi se pravo na moralno čitanje ustavnog dokumenta svelo na pravo većine u društvu, objašnjava Dworkin, Vrhovni sud ne bi mogao da donese odluku na primer u slučaju *Brown* iz 1954. godine, kojom se potvrđuje da je rasna segregacija u školama suprotna ustavnom principu jednakosti. U to vreme je naime, ovu diskriminatorску praksu dopuštao niz zakona saveznih država, a ni na osnovu originalnih intencija tvoraca ustavnih odredbi ova praksa se nije mogla smatrati protivustavnom.⁸⁶⁹

Naravno, nastavlja on, pravo većine da donosi odluke koje vezuju sve članove zajednice, često se izjednačava sa pojmom demokratije. Zbog toga se može postaviti pitanje da li je „onemogućavanje“ vlasti koje proizlazi iz ustavnih jemstava ljudskih prava, nedemokratski oblik njenog

⁸⁶⁶ *Ibid.*, p. 8.

⁸⁶⁷ *Ibid.*, p. 10. Prema polju svog prostiranja, odnosno pravnoj snazi, kaže Dworkin, ove garancije jednakosti su toliko impozantne da „oduzimaju dah“ (*ibid.*).

⁸⁶⁸ *Ibid.*, p. 10. Dworkin kaže da je u odnosu na ovo objektivno ograničenje u čitanju ustavnih odredbi, moguće dalje pobiti i stav o „apsolutnoj moći“ sudija u Americi. Tako, nije opravdano tvrditi da je ustavni tekst samo „jedro“, a ne i „sidro“, te da sudije mogu da nametnu ostalima svoja lična moralna ubeđenja, odnosno da se na osnovu moralnog čitanja Ustava pretvaraju u „filozofe-kraljeve“, jer je ovaj dokument pre svega „usidren“ u sopstvenoj istoriji, praksi primene pojedinih njegovih odredbi, kao i pravnom integritetu celokupnog njegovog teksta (*ibid.*, p. 11).

⁸⁶⁹ *Ibid.*, pp. 12–13. Odluka Vrhovnog suda doneta u slučaju *Brown v. Board of Education* o kojoj Dworkin govori, nosi oznaku 347 U.S. 483 (1954).

ograničavanja, posebno onda kad se ove garancije tumače i primenjuju od strane sudova. Ili, drugim rečima, pitanje je u kojoj meri se može odustati od principa demokratije da bi se obezbedilo poštovanje prava pojedinaca.⁸⁷⁰

Odgovor na ovo pitanje po Dworkinu zavisi od toga kako se razume pojam demokratije. Prema ideji o „fer rezultatima“ političkih aktivnosti, postupak dolaženje do političkih odluka trebalo bi da omogući da se donese ona odluka koju podržava većina u društvu. Ovaj argument u korist demokratije većine članova društvene zajednice Dworkin naziva „većinska premisa“.⁸⁷¹

Međutim, kaže on, iako ispunjava samu definiciju i opravdanje demokratije, volja većine ne mora da prevlada nad voljom pojedinca ili manjine u svakom konkretnom slučaju. Načelno se tako kaže da većina ne donosi konačnu odluku onda kad potreba zaštite prava pojedinca zahteva ograničenje moći ove većine. Konsekventno tome, prihvata se i ideja o tome da sud, na primer Vrhovni sud, može da stavi van snage zakon koji povređuje prava pojedinca ili manjine u društvu, kao što je to učinjeno u *Brown* slučaju.⁸⁷²

Ovo šire razumevanje demokratije Dworkin naziva „ustavna koncepcija demokratije“. Prema tom shvatanju, cilj demokratije jeste da omogući da se političke odluke donose od strane političkih institucija čija struktura, sastav i praksa postupanja obezbeđuje da se svi članovi zajednice tretiraju sa jednakom pažnjom i poštovanjem.

Ustavna demokratija naime podrazumeva da je vlast uslovljena zahtevom za poštovanjem principa jednakog statusa svih. Ako u donošenju svojih odluka na temelju većinske premise institucije sistema poštuju ovaj „demokratski uslov“, kako ga naziva Dworkin, onda bi njihove odluke trebalo da prihvate svi. Ako pak one to ne čine, ne može se u ime demokratije prigovarati pokretanju postupka pred drugim institucijama koje na „bolji“ način poštuju i štite princip jednakog tretmana.⁸⁷³

Kad se kaže da u demokratiji vlada narod, onda se time implicira da narod vlada sam sobom. Ova vlast naroda pak, može se shvatiti na dva načina, statistički i komunitarno. Narod statistički vlada onda kad se od-

⁸⁷⁰ *Ibid.*, pp. 14–15.

⁸⁷¹ *Ibid.*, pp. 15–16. Dworkin navodi Veliku Britaniju kao klasičan primer društva u kome dominira ova većinska premisa.

⁸⁷² *Ibid.*, p. 16.

⁸⁷³ *Ibid.*, p. 17.

luke donose isključivo na temelju većinske premise.⁸⁷⁴ Ali, tada je manjina u društvu isključena iz odnosa vladanja. Umesto da vlada zajedno sa većinom, ona postaje grupa ljudi kojom se vlada. U takvom su se položaju proste statističke manjine našli na primer nemački Jevreji u Hitlerovo vreme – oni se svakako nisu osećali pripadnicima političke zajednice koja je želela da ih uništi.⁸⁷⁵

Istinska demokratija podrazumeva zato komunitarnu ideju demokratije koja je zasnovana na principu „moralnog članstva“ u zajednici. Moralni član zajednice je onaj koji smatra sebe, ali takođe i svakog drugog člana zajednice, odgovornim za ono što celokupna zajednica čini.⁸⁷⁶

Da bi čovek postao moralni član zajednice u kojoj živi, moraju biti zadovoljena tri uslova.⁸⁷⁷ Prvo, svaki pojedinac mora imati priliku da učestvuje u procesu donošenja odluka, odnosno da svoj doprinos u odlučivanju.⁸⁷⁸ Drugo, moralno članstvo u zajednici pretpostavlja „reciprocitet“ uzajamnog priznavanja jednakog statusa svih članova zajednice između sebe.⁸⁷⁹ Treće, istinska demokratska zajednica je zajednica nezavisnih „moralnih subjekata“.⁸⁸⁰

⁸⁷⁴ *Ibid.*, pp. 19–20.

⁸⁷⁵ *Ibid.*, pp. 20–23. Primer sa Jevrejskim narodom u vreme Hitlerove Nemačke može da upozori na potencijalne domašaje većinske premise. Dworkin međutim na drugom mestu kaže da se ova ideja ne vezuje nužno za „utilitarističke“ ili „kolektivističke“ konstrukcije vlasti, već da i vlast demokratskih zemalja, kao što je to slučaj u Velikoj Britaniji, može biti zasnovana na većinskom principu (*ibid.*, p. 16). Ipak, insistira on u delu knjige koji se odnosi upravo na englesko iskustvo, iako se ne može reći da je većinski sistem vlasti u Velikoj Britaniji despotičkog karaktera, on na određeni način svakako „pojeftinjuje“ pojam slobode čoveka (*ibid.*, p. 354).

⁸⁷⁶ *Ibid.*, p. 23.

⁸⁷⁷ Dworkin kaže da dve grupe uslova određuju komunitarni karakter demokratske zajednice. Prva grupa se odnosi na strukturalne uslove koje zadovoljava sama zajednica kao celina, dok se druga grupa uslova odnosi na to kako se pojedinac tretira u ovoj zajednici. On kaže da je ova druga grupa, sastavljena od tri posebna uslova na koja dalje upućuje, od odlučujućeg značaja za teoriju ustavne demokratije (*ibid.*, p. 24).

⁸⁷⁸ *Ibid.*, pp. 24–25. Stepenn doprinosa pojedinca ne sme pak biti unapred sistemski ograničen upućivanjem na lične pretpostavljene vrednosti, sposobnosti, talenat, uverenja i sl. Prirodno je, kaže Dworkin, da se ovaj uslov zadovoljava prvenstveno putem izbora predstavnika vlasti, ali on može biti zadovoljen takođe i na drugi način, na primer korišćenjem slobode govora, odnosno slobode medija (*ibid.*).

⁸⁷⁹ *Ibid.*, p. 25. Pojedinac nije član društva sve dok ga drugi ne tretiraju kao člana zajednice. Članstvo u zajednici pretpostavlja da su političke odluke koje se donose u vezi sa raspodelom privilegija i tereta, u skladu sa principom jednakog tretmana svih (*ibid.*).

⁸⁸⁰ *Ibid.*, p. 25–26.

Politička zajednica ne sme da određuje šta će pojedinci misliti u vezi sa moralnim ili političkim stvarima, već mora da stvori uslove u kojima će oni biti ohrabreni da sami dođu do svojih uverenja.⁸⁸¹ Samo ljudi koji prihvataju odgovornost za sopstvenu odluku o izabranom načinu života, mogu da prihvate i ideju o tome da njihovi interesi i interesi koji su njima suprotstavljeni, mogu zajedno da budu zadovoljeni unutar zajednice u kojoj žive sa drugima.⁸⁸²

U tom smislu, kaže Dworkin, ustavna demokratija može da se odredi i kao zajednica jednakih građana koji žive u „moralnoj republici“.⁸⁸³ Demokratija naime, u moralnoj republici ne označava vlast za većinu, već za narod u celini. Iako ustavna demokratija ne zahteva da se svakome obezbedi učešće u vršenju vlasti, ona ipak zahteva da vlast na jednak način tretira i poštuje svakoga.⁸⁸⁴

Dworkin objašnjava da tiranija većine u društvu nije običan „porok“ demokratije, već njeno suštinsko negiranje. Stoga, da bi se obezbedio jednak tretman svih članova zajednice, potrebno je imati sistem zajamčenih prava i sloboda koje garantuju nepovredivost njihovih interesa i potreba.⁸⁸⁵

Ustavni amandmani, nastavlja on, obavezuju vlast da tretira sve pojedince na jednak način, kao i da poštuje njihova prava i slobode koje čine sastavni deo jedinstvenog pojma „uređene slobode“ čoveka.⁸⁸⁶ Apstraktne odredbe ustavnih amandmana stvaraju „mrežu pravnih principa“ koja definiše politički ideal društva. Pomoću ove mreže principa sačinjena je

⁸⁸¹ *Ibid.* Na drugom mestu u tekstu, Dworkin kaže da se mora dopustiti pojedincima da odluče onako kako oni misle da je ispravno učiniti, jer je upravo to ono što moralna odgovornost njima obezbeđuje (*ibid.*, p. 95). Takođe, on kaže da se vera u dostojanstvo čoveka ogleda u shvatanju da ljudi imaju moralno pravo i odgovornost da se suoče sa osnovnim pitanjima vezanim za smisao i vrednost njihovog života, i to na osnovu svojih ličnih uverenja i svoje savesti (*ibid.*, p. 111).

⁸⁸² *Ibid.* Dworkin upoređuje položaj ljudi u zajednici sa položajem onih koji učestvuju u zajedničkom poduhvatu, na primer sa muzičarima koji zajedno sviraju u orkestru (*ibid.*).

⁸⁸³ *Ibid.*, p. 38.

⁸⁸⁴ *Ibid.*, p. 70.

⁸⁸⁵ *Ibid.* On dalje izražava stav da napuštanje većinskog koncepta demokratije i približavanje ustavnoj demokratiji, predstavlja najvažniju pojavu u teoriji demokratije druge polovine XX veka (*ibid.*, p. 71).

⁸⁸⁶ *Ibid.*, p. 73. Na drugom mestu u tekstu, Dworkin kaže da „koncept uređene slobode“ pretpostavlja vrednosti koje mora poštovati društvo koje je istinski odano ideji slobode pojedinca i njegovog dostojanstva (*ibid.*, p. 54).

osnovna konstrukcija, „skelet“ kako to Dworkin kaže, društvene zajednice slobodnih i jednakih pojedinaca.⁸⁸⁷

Dakle, demokratija se ne može svesti na vlast većine. U istinskoj demokratiji, slobode pojedinaca i manjina uživaju pravnu zaštitu i to u formi ustavnih jemstava koje čak ni predstavničko telo ne može modifikovati prema političkim potrebama većine. Ljudska prava i slobode deo su osnovnog zakona zemlje, a njihovu zaštitu obezbeđuju sudovi kao politički nepristrasni i nezavisni organi vlasti.⁸⁸⁸

Habermas sa druge strane, takođe smatra da ustavna demokratija čini mogućim postojanje „veštačke“, odnosno stvorene zajednice slobodnih i jednakih pojedinaca, čija je integracija u ovu zajednicu istovremeno zasnovana na pretnji sankcijom i pretpostavci racionalno motivisanog sporazuma.⁸⁸⁹ Upućujući eksplicitno na Kantovu filozofiju prava,⁸⁹⁰ on kaže da se u okviru pravnog poretka mora obezbediti da svaki pojedinac u zajednici priznaje prava drugih, ali da ovo uzajamno priznavanje prava mora takođe da bude „legitimno“ u smislu da se njime obezbeđuje jednak položaj svima, tako da sloboda izbora svakoga člana zajednice može da koegzistira sa slobodom izbora svih ostalih.⁸⁹¹

Moralni zakoni, nastavlja on, sami po sebi zadovoljavaju uslov legitimnosti. Nasuprot tome, u okviru pravnog poretka zajednice, od zakonodavne vlasti se zahteva da zadovolji ovaj uslov. Zbog toga se može reći da je usvajanje zakona ono „mesto u pravnom sistemu“ na kome se prvo uočava proces društvene integracije. Naime, vršenje političkih participativnih prava, kao i diskurzivnih „prava komuniciranja“, kako će Habermas to dalje objasniti, ne dolazi od „privatnog“ građanina, već od pojedinca koji je „komunikativno angažovan“ u procesu usvajanja zakona.

Tako, kaže Habermas, koncept modernog prava u sebi sadrži demokratsku ideju Rousseaua i Kanta, a to je da se legitimnost pravnog poretka zasnovanog na ljudskim pravima, može steći samo na osnovu društveno integrišuće snage sukoba i jedinstva volje svih slobodnih i jednakih

⁸⁸⁷ *Ibid.*, p. 73.

⁸⁸⁸ *Ibid.*, pp. 354–355. Na drugom mestu u tekstu, Dworkin kaže da istinska demokratija nije statistička vlast većine, već ona u okviru koje se donose političke odluke uz poštovanje jednakosti svih i koja podrazumeva da su svakom pojedincu garantovana prava i slobode koje im drugi ne mogu oduzeti, bez obzira na to koliko su oni brojni (*ibid.*, pp. 364–365).

⁸⁸⁹ Jurgen Habermas, *op. cit.*, p. 8.

⁸⁹⁰ *Ibid.*, pp. 28–29.

⁸⁹¹ *Ibid.*, pp. 31–32.

pojedina, onih koji učestvuju u njegovom stvaranju. Ili, drugim rečima, zakon dokazuje svoju legitimnost „zakona slobode“, u procesu i samo na osnovu procesa njegovog usvajanja.⁸⁹²

Dakle, zakoni ne mogu da obezbede osnov svoje legitimnosti koristeći se svojom legalnošću. Umesto iz arbitrarnog, apsolutno nepredvidljivog izbora, zakon izvodi svoju legitimnost iz volje pretpostavljeno racionalnog i politički autononmnog pojedinca.⁸⁹³ Tako isto i pozitivnost prava ne može biti zasnovana na nepredvidljivosti arbitrarnih odluka, jer ono crpi svoju obavezujuću snagu samo iz veze koja postoji između „fakticite-ta pravne forme“ i njegove legitimnosti.⁸⁹⁴

Moderan pravni poredak se može razumeti, objašnjava Habermas, ako se kao polazna osnova uzmu sama prava koja pojedinci jedni drugima moraju priznati da bi na legitiman način regulisali svoj zajednički život putem pravnih normi. Koncept prava pojedinaca ima tako centralnu ulogu u razumevanju modernog prava. Ovaj koncept odgovara konceptu slobode, u tom smislu što posebna prava utvrđuju granice u okviru kojih pojedinac može slobodno da izražava svoju volju.⁸⁹⁵

Sa druge strane, sam koncept pozitivnog prava, odnosno zakona, eksplicira ideju jednakosti koja je već sadržana u konceptu prava pojedinaca, a koja govori o tome da u formi univerzalno važećeg ili apstraktnog zakona, svaki pojedinac zadobija ista prava. Zakoni tako obezbeđuju „kompatibilnost“ sloboda članova političke zajednice.⁸⁹⁶

Odgovarajući na deficite privatnopravnog i javnopravnog razumevanja ljudskih prava na koje je još Kelsen ukazivao,⁸⁹⁷ Habermas kaže da

⁸⁹² *Ibid.*, p. 32.

⁸⁹³ *Ibid.*, p. 33. Habermas kaže u vezi sa tim da demokratski princip ima zadatak da ukloni nedostatak „sistema pravno uređenog egoizma“, koji ne može sebe da reprodukuje, već mora da se osloni na konsenzus pojedinaca (*ibid.*).

⁸⁹⁴ *Ibid.*, p. 39. Habermas ističe da se pravni poredak izgrađen na ovoj vezi, naziva ustavna ili pravna država. Ustavna država se može odrediti kao nezavršeni niz iskustvom usmeravanih mera predostrožnosti preduzetih protiv ispunjavanja pravnog sistema preteranom nelegitimnom moći koja protivreči njegovom normativnom samorazumevanju (*ibid.*). S tim u vezi, on dodaje da pravo preuzima svoju društveno integrišuću ulogu iz izvora društvene solidarnosti, do koje se stiže putem „prakse samoodređenja“ u diskurzivnom korišćenju prava komuniciranja pojedinaca (*ibid.*, p. 40).

⁸⁹⁵ *Ibid.*, p. 82.

⁸⁹⁶ *Ibid.*, p. 83. Habermas na ovom mestu ponavlja da zakoni pak izvode svoju legitimnost iz postupka usvajanja zakona koji počiva na principu suvereniteta naroda.

⁸⁹⁷ *Ibid.*, p. 84 i dalje.

prava i slobode na konceptualnom nivou ne upućuju nužno na atomizovane i otuđene pojedince koji se neprijateljski odnose jedni prema drugima. Baš suprotno, naglašava on, kao elementi „objektivnog“ pravnog poretka zajednice, prava i slobode pretpostavljaju „saradnju“ između pojedinaca, koji upravo u svojim recipročnim pravima i obavezama priznaju jedan drugog kao slobodne i jednake.

Ovo njihovo uzajamno priznavanje, konstitutivno je u odnosu na pravni poredak iz kojeg se upravo izvode pojedina prava i slobode. Zbog toga se može reći da subjektivna prava nastaju „ko-originalno“, odnosno istovremeno sa objektivnim pravom.⁸⁹⁸

Princip poštovanja ljudskih prava i princip narodnog suvereniteta, nastavlja Habermas, predstavljaju jedine ideje koje mogu da opravdaju moderan pravni poredak.⁸⁹⁹ Kant i Rousseau, kaže on, nisu znali da objasne kako povezivanje ove dve ideje stvara pravni poredak zajednice. Oni naime, nisu razmišljali o tome „kako“ se formira politička volja, već samo o tome „šta“ se njom želi postići. Međutim, ako se odnos dve ideje sagleda iz perspektive načina uživanja političke autonomije pojedinca, onda se pokazuje da se pravni poredak oblikuje u „komunikativnoj formi“ diskurzivnog procesa stvaranja mišljenja i izražavanja volje.

U ovom procesu formiranja mišljenja i volje, na sadržinu zakona odlučujuće utiče snaga „boljeg argumenta“ zasnovanog na relevantnim informacijama. Kantova i Rousseauova učenja su propustila, kaže Habermas, da istaknu legitimizirajuću moć procesa formiranja mišljenja i volje, u kome se koristi jezik koji služi uzajmnom razumevanju, da bi se došlo do uverljive pozicije sa kojom svi pojedinci mogu da se slože bez upotrebe prisile.⁹⁰⁰

Ako je formiranje racionalne volje vezano za javni diskurs, onda legitimnost prava u krajnjoj liniji zavisi od „komunikacionih aranžmana“ u okviru kojih se izvodi zaključak o tome da li pravna norma odgovara svima. Veza između ljudskih prava i narodnog suvereniteta izgrađuje se pomoću uslova koji moraju biti ispunjeni da bi se pravno institucionalizovao oblik komunikacije koji je neophodan za stvaranje legitimnog zakona.

Sušтина ljudskih prava nalazi se stoga u formalnim uslovima za pravno institucionalizovanje diskurzivnog procesa formiranja mišljenja

⁸⁹⁸ *Ibid.*, pp. 88–89.

⁸⁹⁹ *Ibid.*, p. 99.

⁹⁰⁰ *Ibid.*, pp. 102–103.

i volje, u kome suverenost naroda zadobija obavezujući karakter pravne norme.⁹⁰¹ Princip demokratije utemeljuje postupak legitimnog stvaranja zakona. On podrazumeva stav da je legitiman samo onaj propis o kome se raspravlja u diskurzivnom i pravno ustanovljenom postupku stvaranja zakona.⁹⁰²

Ustanovljavanje, odnosno institucionalizovanje, kako kaže Habermas, postupka stvaranja zakona, otkriva ono što bi se moglo nazvati statičkom stranom principa demokratije. Međutim, insistira on, pravo ima „veštački“ karakter. Ono sadrži pravne norme koje su po svojoj prirodi samoreflektivne, jer se primenjuju same na sebe. Zbog toga, u svom dinamičkom aspektu, princip demokratije mora da „upravlja“ stvaranjem samog prava kao „medijuma“ putem koga se stvaraju pravne norme.⁹⁰³

U daljem elaboriranju ove teme, Habermas u svoju analizu principa demokratije uvodi i pojam lične autonomije. Pravo kao medijum pretpostavlja skup prava koja definišu autonomni status pojedinca kome ova prava pripadaju. Ova prava „skrojena“ su tako da odgovaraju slobodi izbora pojedinca, te se tako može reći da ona garantuju njegovu „privatnu autonomiju“.⁹⁰⁴

Oslobađajući izbore zasnovane na ličnom interesu pojedinca, privatna autonomija takođe oslobađa pojedinca i od obaveza vezanih za „komunikacionu slobodu“. Naime, komunikaciona sloboda postoji samo između pojedinaca koji žele da dođu do uzajamnog razumevanja u vezi sa nečim, i koji stoga očekuju jedan od drugoga zauzimanje pozicija recipročno postavljenih zahteva. Ove „komunikacione aktivnosti“ usmerene na sporazumevanje, podrazumevaju uzajamne obaveze nastale na osnovu isticanja recipročnih zahteva, koje pak pravno zaštićene slobode suspenduju.⁹⁰⁵

Privatna autonomija uživa se sve dok pojedinac ne mora da položi drugima račun za svoje postupanje, odnosno dok ne mora da im pred-

⁹⁰¹ *Ibid.*, p. 104.

⁹⁰² *Ibid.*, p. 110. Habermas kaže da princip demokratije zapravo objašnjava diskurzivno značenje prakse samoodređenja onih koji su se kao slobodni i jednaki u međusobnom odnosu, dobrovoljno udružili u političku zajednicu.

⁹⁰³ *Ibid.*, p. 111.

⁹⁰⁴ *Ibid.*, p. 119.

⁹⁰⁵ *Ibid.* Habermas objašnjava da se u komunikativnim aktivnostima „računa“ samo onaj razlog koji svi učesnici smatraju prihvatljivim. Međutim, pojedinac koji se koristi svojom privatnom autonomijom i jednostavno donese odluku onako kako on to želi, uopšte ne brine o tome da li je razlog koji je uticao na donošenje njegove odluke prihvaćen od strane drugih ili ne (*ibid.*, pp. 119–120).

stavi javno prihvatljiv razlog za to. U tom smislu, pravno garantovane slobode utemeljuju privatnost pojedinca, oslobođenu od tereta uzajamno prihvaćene i očekivane komunikacione slobode.⁹⁰⁶

Međutim, kaže Habermas, „princip prava“ zahteva jemstvo jednake slobode, a ne samo garancije slobode. Tako, pretpostavlja se da je sloboda svakoga kompatibilna sa slobodama drugih. U ovom zahtevu za jednakom slobodom postaje vidljiv legitimišući elemenat formalnog zakona. Naime, sama forma zakona legitimiše „distribuciju“ sloboda, jer ona podrazumeva da je zakon već prošao legitimišući test.⁹⁰⁷

Ideja „samozakonodavstva građana“ govori o tome da oni na koje se zakon primenjuje mogu sebe da razumeju kao njegove tvorce. Do ove ideje se ne može stići na osnovu stava da je pravo na jednaku slobodu moralno zasnovano pravo, koje „politički“ zakonodavac ustanovljava članovima političke zajednice. Drugim rečima, pojedinci na koje se pravo odnosi, mogu da razumeju zakon kao vlastitu tvorevinu samo na osnovu sopstvenog učešća u praksi njegovog politički autonomnog stvaranja.⁹⁰⁸

To ne znači da se ideja samozakonodavstva svodi na moralno samozakonodavstvo individualizovanog pojedinca, jer se politička autonomija razume apstraktnije i na strogo neutralan način u odnosu na ovog pojedinca. Ako se pođe od diskurzivnog principa koji na sebe preuzima princip demokratije i to isključivo putem pravne institucionalizacije procesa formiranja mišljenja i volje, dolazi se do toga da upravo ovaj princip obezbeđuje legitimišuću snagu postupku usvajanja zakona.⁹⁰⁹

Na taj način se pokazuje da princip demokratije čini samo „srce“ sistema prava i sloboda. Logička geneza prava i sloboda naime, pretpostavlja „kružni proces“ u kome su zakon, odnosno pravna forma uopšte,

⁹⁰⁶ *Ibid.*, p. 120.

⁹⁰⁷ *Ibid.*

⁹⁰⁸ *Ibid.*, pp. 120–121. Habermas nastavlja ovu misao i kaže da je legitimno pravo kompatibilno sa onim modelom pravne prisile koji ne uništava racionalne motive za njegovo poštovanje. Mora biti omogućeno svakome da poštuje pravo, zaključuje on, i to na osnovu sopstvenog učešća u njegovom stvaranju (*ibid.*).

⁹⁰⁹ *Ibid.*, p. 121. Habermas dalje ističe da „logičko nastajanje prava i sloboda“ može stoga da se rekonstruiše pogledom unazad. Primena diskurzivnog principa na opšte pravo na slobodu, koje je po sebi konstitutivno za pravnu formu kao takvu, završava se u pravnom institucionalizovanju uslova za diskurzivno izražavanje političke autonomije (*ibid.*).

i mehanizam stvaranja legitimnog prava, odnosno demokratski princip, ustanovljeni istovremeno, odnosno ko-originalno.⁹¹⁰

Međutim, ističe Habermas, sve što je rečeno reflektuje pogled odozgo, a ne iznutra, stav „filozofa“, a ne samih građana. Građanima se tako sugerise koja prava oni moraju jedni drugima da priznaju da bi na legitiman način regulisali svoju međusobnu zajednicu.

Ako se pak želi da sami pojedinci budu u mogućnosti da „za sebe“ primene diskurzivni princip formiranja mišljenja i volje, teorijska perspektiva posmatranja mora biti izmenjena. Jer, kao pravni subjekti, pojedinci postižu autonomnu poziciju samo ako istovremeno razumeju sebe i postupaju kao tvorci onih prava koje jedni drugima priznaju.⁹¹¹

Ipak, objašnjava dalje Habermas, kao pravni subjekti, oni ne biraju slobodno medium u okviru koga mogu da „aktuelizuju“ svoju autonomiju. Oni više nemaju mogućnost izbora u odnosu na „jezik“ koji im stoji na raspolaganju, jer je forma zakona pravnim subjektima zadata unapred, kao jedini „jezik“ kojim oni mogu da izraze svoju autonomiju.

Dakle, ideja samozakonodavstva građana mora biti realizovana u medijumu samog prava.⁹¹² Odatle proističe da sami uslovi pod kojima pojedinci učestvuju u stvaranju prava, moraju biti pravno garantovani. Ovaj cilj obezbeđuje se garancijama političkih prava na učešće u zakonodavnom procesu formiranja mišljenja i volje.⁹¹³ Jer, prema diskurzivnom principu formiranja mišljenja i volje, legitimne su samo one norme koje su „odobrili“ svi oni koji su njima potencijalno obuhvaćeni.

Politička prava moraju garantovati pojedincima pravo na učešće u svim procesima u kojima se razmatra i odlučuje o pitanjima vezanim za stvaranje zakona. Takođe, politička prava moraju da obezbede svakome jednaku mogućnost da učestvuje u ovim procesima.

⁹¹⁰ *Ibid.*, pp. 121–122. Habermas dalje kaže da se razume po sebi da se pravna forma ne može ustanoviti „*in abstracto*“, već se njen sadržaj mora odnositi na posebna prava i slobode onih koji su članovi političke zajednice, kao i na sredstva pomoću kojih oni mogu ova svoja prava da zaštite (*ibid.*, p. 125). U tom smislu, na primer klasična prava i slobode, kao što su pravo na dostojanstvo, na život, na slobodu, na telesni integritet, sloboda kretanja i sl, samo su „interpretacije“ i načini realizacije onoga što se naziva „opšte pravo na ličnu slobodu“ (*ibid.*, pp. 125–126).

⁹¹¹ *Ibid.*, p. 126.

⁹¹² *Ibid.*

⁹¹³ *Ibid.*, pp. 126–127.

Zahtev za jednakim mogućnostima političke upotrebe komunikacionih sloboda, pretpostavlja zahtev za pravno struktuiranom praksom razmatranja pitanja u vezi sa stvaranjem zakona. U tom smislu, garancije političkih prava dalje upućuju na pravno institucionalizovanje različitih oblika komunikacije, odnosno na primenu demokratskih procedura.⁹¹⁴

Tako se zaključuje da svi formalno, odnosno proceduralno ispravni rezultati, uživaju pretpostavku legitimnosti. Pravo na jednako učešće izvodi se iz simetrične pravne podele komunikacione slobode na sve građane. Ova sloboda pak, zahteva postojanje institucionalnih oblika diskurzivnog formiranja mišljenja i volje koji obezbeđuju izražavanje političke autonomije u skladu sa garancijama političkih prava.⁹¹⁵ Na ovaj način, ističe Habermas, moguće je razumeti međusobnu kompatibilnost ideja narodnog suvereniteta i ljudskih prava, koje zajedno i čvrsto obuhvataju „ko-originalnost“ građanske i privatne autonomije pojedinaca.⁹¹⁶

Odnos između dve grupe prava koje ispunjavaju specifičnom sadržinom principe ove dve autonomije, pokazuje da se radi o „istom“, odnosno jedinstvenom sistemu prava i sloboda.⁹¹⁷ Sa jedne strane, pomoću mehanizma prinude iz koga se izvode jednake slobode za sve, sistem prava i sloboda obezbeđuje realizaciju „samo-zainteresovanog“ ličnog izbora pojedinca do koga on dolazi na osnovu sopstvenih opredeljenja. Sa druge strane, u praksi stvaranja zakona, sistem prava i sloboda „mobilise i unifikuje“ komunikacione slobode građana pretpostavljeno orijentisanih ostvarenju zajedničkog dobra.⁹¹⁸

Politička prava institucionalizuju tako javnu upotrebu komunikacionih sloboda isključivo u „formi“ individualnih prava.⁹¹⁹ Pravna forma ne dopušta drugi, alternativan način za ostvarenje ovog cilja. Dakle, komunikaciona i participativna prava formulisana su „na jeziku“ koji omogućava autonomnim pravnim subjektima da odluče da li će se i kako

⁹¹⁴ *Ibid.*, p. 127.

⁹¹⁵ *Ibid.*

⁹¹⁶ *Ibid.*

⁹¹⁷ *Ibid.*, p. 128.

⁹¹⁸ *Ibid.*, p. 129–130.

⁹¹⁹ *Ibid.*, p. 130. Nešto ranije u tekstu, Habermas navodi primere prava i sloboda koje ispunjavaju sadržinom ideju o političkoj autonomiji. To su sloboda mišljenja i izražavanja mišljenja, sloboda informisanja, sloboda okupljanja i udruživanja, sloboda uverenja, savesti i religije, pravo na učešće u političkim izborima, odnosno glasanju, pravo na učešće u radu političkih partija i građanskih pokreta i organizacija i sl. (*ibid.*, p. 128).

njima koristiti. Tako, na ovim subjektima je da slobodno odluče da li će angažovati svoju volju u procesu stvaranja zakona kao njegovi autori, da li će lično viđenje sopstvenog interesa i uspeha proširiti razumevanjem pravnih normi koje je prihvatljivo za sve, a zatim i da li će javno upotrebiti svoju komunikacionu slobodu.⁹²⁰

Ako se sistem prava i sloboda shvati tako da obuhvata zajedno privatnu i građansku autonomiju, onda se pokazuje da ovaj sistem predstavlja konstitutivni elemenat svake zajednice slobodnih i jednakih, na temelju prava udruženih pojedinaca. Sistem prava i sloboda u tom smislu reflektuje prvenstveno horizontalnu asocijaciju pojedinaca. Pravno se međutim ova konstrukcija vertikalno „stabilizuje“ institucionalizovanjem procesa stvaranja i primene zakona, odnosno neposrednim internim povezivanjem sistema prava i političke moći.

Jednaka prava na članstvo u dobrovoljnom obliku udruživanja, pretpostavljaju zajednicu sa kojom se njeni članovi mogu identifikovati i kojoj, kao delovi celine kojoj pripadaju, mogu da pripišu svoje aktivnosti. Ova zajednica može sebe da konstituiše kao pravna zajednica samo ako poseduje centralnu vlast koja postupa za račun svih udruženih članova. Pravna zajednica koja ima centralnu vlast jeste država i ona ima zadatak da zaštiti zajednicu, odnosno njene članove.

Pravo na jednaku slobodu manifestuje se u obliku posebnih prava i sloboda čije poštovanje i zaštitu obezbeđuje sistem legitimne državne pri-nude. Jednako pravo na pravnu zaštitu prava i sloboda, pretpostavlja tako sudsku vlast, odnosno ustanovljavanje sistema pravosudne vlasti koja na samostalan i nepristrasan način štiti prava i slobode pojedinaca.

Najzad i kao što je objašnjeno, jednako pravo na „političko samoodređenje“, pretpostavlja garancije političkih prava na osnovu kojih pojedinci učestvuju u demokratskom procesu stvaranja zakona. Institucionalizacija ovog procesa pak, vezana je, pored ostalog, za ustanovljavanje zakonodavnog predstavničkog tela, kao i izvršne vlasti koja će brinuti o sprovođenju usvojenih političkih odluka.⁹²¹

⁹²⁰ *Ibid.*, p. 130.

⁹²¹ *Ibid.*, pp. 132–135. U daljem tekstu, Habermas podrobno eksplicira ove svoje ideje o institucijama državne vlasti, odnosno o „proceduralnoj narodnoj suverenosti“, kako on ovu temu naziva (*ibid.*, p. 298). Tako na jednom mestu on kaže da princip narodnog suvereniteta podrazumeva i načelo zakonitosti rada državne administracije, kao i mogućnost revizije njenih odluka od strane samostalnih i nezavisnih pravosudnih organa (*ibid.*, p. 169). Na drugom mestu, Habermas kaže da je princip većine u procesu

Dworkinova i Habermasova shvatanja ustavne demokratije, pokazuju tako da je sloboda pojedinca konstitutivni elemenat nastanka, ali i trajanja političke zajednice. Cilj političke zajednice utemeljen je u ideji očuvanja jednake slobode svakog njenog člana, dok se sredstvo za ostvarenje tog cilja izvodi iz ideje pravnog jemstva jednake sloboda svakog člana ove zajednice. Odgovor na pitanje o tome „zašto“ politička zajednica, izjednačava se u ustavnoj demokratiji sa odgovorom na pitanje o tome „kako“ politička zajednica.

Cela pravna konstrukcija ustavne demokratije izgrađena je na principu slobode čoveka, ali ona ovom principu dodaje i svoju egzistenciju, svoj politički život. Demokratski princip suvereniteta naroda i njegova institucionalizacija u pravom uređenom procesu formiranja mišljenja i volje, ustavna jemstva ljudskih prava, odsustvo tiranije većine i poštovanje prava manjina u društvenoj zajednici, kao i razvijeni i efikasni mehanizmi samostalne i nezavisne pravne zaštite ljudskih prava, sve su ovo sredstva pomoću kojih se obezbeđuje nesmetano trajanje političke zajednice ustanovljene na ideji jednake slobode svakog njenog člana.

Negativno određeno, pošto sloboda pojedinca predstavlja konstitutivni elemenat demokratske države, ova država ne može nastati i ne može postojati bez izgrađenog normativnog sistema poštovanja i zaštite ljudskih prava. Ili, izraženo u maniru pravne politike, država može nastati bez saglasnosti onih koji u njoj žive, a takođe može i funkcionisati ne obazirući se na ljudska prava pojedinaca, ali u tom slučaju ona se ne može označiti kao demokratska zajednica.

Međutim, Dworkinova i Habermasova teorijska zasluga ne sastoji se u tome što su oni otkrili model ustavne demokratije. Naime, u vreme kad su počeli teorijski da razmišljaju o ustavnoj demokratiji, ovaj model već je postojao u realnom pravnom životu političkih zajednica čiji su oni članovi. Tako, nije bilo potrebe teorijski dokazivati da je ovaj pozitivnopravni model moguć, niti da je neophodan, već samo konceptualno objasniti način na koji ustavna demokratija pravno živi.

donošenja političkih odluka, uvek ograničen pravima manjine u društvenoj zajednici. Naime, u vršenju svoje političke autonomije, oni koji čine većinu ne mogu povređivati osnovna prava i slobode na temelju kojih je i ustanovljena ova politička autonomija (*ibid.*, p. 180). Takođe, on iznosi i stavove u pogledu položaja i funkcije ustavnog suda (*ibid.*, pp. 238 i dalje). Poseban odeljak svoje knjige on posvećuje ulozi civilnog društva u funkcionisanju ustavne demokratije (*ibid.*, pp. 329 i dalje).

U tom smislu, njihov filozofski položaj bitno je ojačan. Svoje teorijske stavove oni ne izvode isključivo iz njih samih, kao što su to bili prinuđeni da čine Rousseau i Kant, već se u njima oslanjaju na pozitivno-pravno iskustvo ustavne demokratije iz koje obojica potiču. Iako se čini da Dworkin i Habermas preporučuju ustavnu demokratiju, da zagovaraju primenu svojih ideja o njoj, te da se teorijski bore protiv onih koji nisu pristalice ovog modela političke zajednice, oni zapravo samo konceptualno afirmišu jedan realan pozitivnopravni model.

Zbog toga je opravdano reći da su oni manje pravni ideolozi, a mnogo više pravni pozitivisti. Tako se najzad i pokazuje da pravni poredak ima neki svoj autonoman pravni život, koji postoji nezavisno od filozofskih opredeljenja koja se o njemu izražavaju.

Kelsen je naglašavao da je zadatak nauke o pravu da razume život prava i da ga konceptualno objasni. Ako pravna filozofija, odnosno teorija prava u tome uspe, onda to predstavlja dobitak za nju samu. Kao što su Kant i Austin govorili, validnost teorijskih stavova uvek se može proveriti njihovim upoređivanjem sa stvarnošću, sa onim što realno postoji. Dworkin i Habermas tvrde da je jednaka sloboda pojedinaca konstitutivni elemenat nastanka i trajanja političke zajednice, i po svemu sudeći, ovaj teorijski stav u potpunosti se poklapa sa principijelnim odlikama pravnog poretka zajednica u kojima njih dvojica žive.

V

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

V

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Pozitivnopravno posmatrano, model ustavne demokratije ne temelji se na pukoj pravnoj deklaraciji ili želji usmerenoj prema budućnosti, već na realnom, dakle funkcionalnom pravno-sistemsom okviru jednog oblika pravnog života političke zajednice. Konstitutivni elemenat nastanka i trajanja ovog oblika pravnog života političke zajednice jeste sloboda čoveka.

Tako, cilj formiranja zajednice jeste obezbeđivanje jednake slobode svakog njenog člana. Način njenog formiranja jeste slobodno udruživanje svih članova zajednice, na temelju ideje o dobrovoljnom i uzajamnom ograničenju slobode svakoga od njih. Sredstvo kojim se obezbeđuje trajanje zajednice, odnosno njen pravni život, jeste poštovanje i zaštita jednake slobode svakog njenog člana.

U ustavnoj demokratiji sloboda svakog pojedinca kompatibilna je, slaže se, kako bi to Kant rekao, sa slobodama drugih. Izraz, ili pravna forma ovog međusobnog slaganja sloboda pak, izvodi se iz principa demokratije na kome počiva pravni poredak zajednice.

Sloboda čoveka, sa jedne strane, ne shvata se samo kao apstraktni pravni princip, već uvek i konkretno, kao njegovo autonomično određeno pravo da samostalno odlučuje o svom životu. Sadržina ove autonomije pojedinca dakle, ispunjena je nepreglednim mnoštvom posebnih prava i sloboda čijim korišćenjem on realizuje svoju slobodu odlučivanja.

Svako od posebnih prava i sloboda reflektuje istu ideju o ličnoj autonomiji, te tako predstavlja konkretnu manifestaciju slobode odlučivanja pojedinca o sopstvenom životu. Takođe, autonomično određen pojam slobode dovoljno je apstraktnog karaktera da se u njemu može utemeljiti svako posebno pravo ili sloboda. Jemstvo apstraktne slobode čoveka, preuzima na taj način i pravnu formu garancije svih njenih manifestacija, odnosno svih posebnih prava i sloboda.

Sa druge strane, pravni poredak političke zajednice obezbeđuje međusobnu usklađenost svih ovih posebnih prava i sloboda njenih članova. Na temelju ideje o jednakoj slobodi svakog člana političke zajednice,

pravni poredak ostvaruje ovaj cilj definisanjem pravila o sadržini prava i sloboda, njihovim beneficijarima, kao i adresatima obaveze njihovog poštovanja.

Tako, pravni poredak sadrži celovit korpus pravnih pravila kojima se uređuje uživanje prava i sloboda, odnosno formuliše njihov sadržaj, a zatim rešava i pitanje međusobnog ograničavanja ovih prava i sloboda, kao i njihovog suprotstavljanja drugim zaštićenim interesima, čime se neposredno određuje sfera njihovog prostiranja. Uz to, posebna pravila pravnog poretka posvećena su definisanju mehanizama pravne zaštite prava i sloboda koje su pretrpele povredu. Najzad, pravni poredak sadrži pravila o tome ko uživa prava i slobode, kao i pravila o tome kome pripada obaveza njihovog poštovanja i zaštite.

Da bi pravila prava ljudskih prava ostvarila svoj cilj, a to je obezbeđivanje međusobne usklađenosti jednakih sloboda svih, u njihovom stvaranju moraju učestvovati svi oni čije se slobode njima međusobno usklađuju. Ustavna demokratija je institucionalna forma koja omogućava svima koji su za to zainteresovani, učešće u uređenom procesu uzajamnog usklađivanja svojih jednakih sloboda. Svako je slobodan da učestvuje u „procesu formiranja mišljenja i volje“, kako bi to Habermas rekao, odnosno u „dogovoranju o onome što može da traži od drugoga i o onome što drugi može da zahteva od njega samog“, kako se o tome govorilo u predrevolucionarnoj Francuskoj.

Na osnovu prava na učešće u stvaranju pravnih pravila, oni čije se slobode usklađuju postaju njihovi tvorci, oni su sa ovim pravilima saglasni i žele ih. Na taj način, ova pravna pravila postaju pravična za one koji su učestvovali u njihovom nastajanju. U ustavnoj demokratiji dakle, svako je slobodan da sučeli svoje mišljenje sa mišljenjem drugih i da zajedno sa njima normativno izrazi svoju volju, odnosno stvori novo pravo.

Pojedinac učestvuje u stvaranju prava na temelju svoje slobode koja se pravno manifestuje u obliku posebnih prava na učešće u stvaranju prava. Ova participativna prava pak, koja pojedincu omogućavaju učešće u procesu formiranja mišljenja i volje, takođe su nastala u procesu formiranja mišljenja i volje.

Na osnovu toga što se principi ustavne demokratije i ljudskih prava na ovaj način izvode jedan iz drugoga, Habermas zaključuje da oni nastaju kooriginalno. Tako, dva principa se ne mogu zamisliti i ne mogu postojati jedan bez drugoga, zbog toga što su jedan na drugome zasnovani.

Međutim, pravno-politički posmatrano, model ustavne demokratije, zajedno sa njemu pripadajućim pojmom ljudskih prava, takođe se ne stvara iz proste političke deklaracije ili želje. Naime, ovaj model ne postaje stvaran, odnosno pozitivnopravan, putem pukog političkog pripisivanja njegovih teorijskih odlika postojećem pravnom poretku. Pošto se jedan autoritaran pravni sistem, ili pak demokratski sistem zasnovan na običnom većinskom principu, ne može izjednačiti sa modelom ustavne demokratije, on se ne može ni pretvoriti u ustavnu demokratiju samo na osnovu političke deklaracije ili želje onoga koji tu deklaraciju ili želju izražava.

U svom dijalogu sa Josephom Ratzingerom iz 2005. godine, Habermas objašnjava da se model ustavne demokratije „orijentiše“ prema ustavu koji udruženi pojedinci donose sami za sebe, a ne prema „pripitomljavanju“ postojeće državne vlasti. Na ovom modelu konstituisana, a ne samo „konstitucionalno pripitomljena“ državna vlast, kaže on, „podvrgnuta je pravu do svog najdubljeg jezgra“, u toj meri da je pravo „bez ostatka“ prožima. U tom smislu, zaključuje Habermas, u ustavnoj demokratiji nema političkog subjekta vlasti koji bi mogao da „živi od neke supstance koja bi prethodila pravu“, bio to predkonstitucionalni „vladarski suverenitet“, etos nekog homogenog naroda ili šta drugo.⁹²²

Dakle, model ustavne demokratije jeste pravno najrazvijeniji oblik demokratskog uređenja. Da bi se ovaj nivo razvoja pravnog poretka dostigao, neophodno je potrebno da se politička zajednica u celini „orijentiše“ prema modelu ustavne demokratije, a zatim da uporno i dugo, više decenija ili čak vekova, radi na njegovom ostvarenju. Pravni pojam ljudskih prava, pravni režim poštovanja i zaštite ljudskih prava, pa čak i teorijska misao o ljudskim pravima, ne izgrađuju se preko noći, već samo iskrenim i dugotrajnim zalaganjem onih koji „ljube“ svoju slobodu.

Čini se da se model ustavne demokratije takođe ne dobija na poslu iz demokratski razvijenog sveta. „Nove demokratije“ koje izlaze iz autoritarnih sistema, ne mogu postati ustavne demokratije bez stabilnih i politički snažnih demokratskih i pravnih institucija. Ako demokratija nije uhvatila korena u političkoj zajednici, ako poštovanje zakona i ljudskih prava i dalje zavisi od samovolje politički moćnih pojedinaca, njihovim političkim deklaracijama o vladavini prava i ustavnoj demokratiji može se samo verovati, ili pak ne.

⁹²² Jirgen Habermas, Jozef Ratzinger, *„Dijalektika sekularizacije, o umu i religiji“*, prevod: Dragan Stojanović, 2006, pp. 18–19.

KORIŠĆENA LITERATURA

Korišćena literatura

I TEORIJSKA LITERATURA

1. Samuel Adams, „*The Rights of the Colonists, The Report of the Committee of Correspondence to the Boston Town Meeting*“, 1772;
2. Robert Alexy, „*A Theory of Constitutional Rights*“, 2004;
3. Maria Amor, Martin Estebanez, „*OEBS i ljudska prava*“, u knjizi „*Uvod u međunarodnu zaštitu ljudskih prava*“, 1999;
4. St. Thomas Aquinas, „*Summa Theologica*“, Complete English edition in five volumes, 1981;
5. John Austin, „*The Province of Jurisprudence Determined, and the Uses of the Study of Jurisprudence*“, 1973;
6. S. H. Bailey, D. J. Harris, B. L. Jones, „*Civil Liberties, Cases and Materials*“, 3^d ed, 1991;
7. Lidija Basta, „*Politika u granicama prava*“, 1984;
8. Winfried Brugger, „*Dignity, Rights, and Legal Philosophy within the Anthropological Cross of Decision-Making*“, 9 German Law Journal 1243 (2008);
9. Tomas Burgental, „*Međunarodna ljudska prava*“, 1997;
10. Ernst Cassirer, „*Rousseau, Kant, Goethe, Two Essays*“, 1970;
11. Ernst Cassirer, „*Kant, Život i učenje*“, 2006;
12. „*The Complete Bill of Rights, the Drafts, Debates, Sources, and Origin*“, edited by Neil H. Cogan, 1997;
13. Thomas McIntyre Cooley, „*Treatise of the Law of Torts*“, 1888;
14. Paul Craig, Grainne De Burca, „*EU Law, Text, Cases and Materials*“, 4th ed, 2007;
15. Aleksandra Čavoški, „*Ekološko pravo*, u studiji „*Harmonizacija domaćeg zakonodavstva sa pravom Evropske unije*“, 2004;
16. Vida Čok, „*Pravo na državljanstvo*“, 1999;
17. A. V. Dicey, „*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*“, 5th ed, 1897;

18. P. van Dijk, G. J. H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 2d ed, 1990;
19. Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak, „*Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*“, 4th ed, 2006
20. Vojin Dimitrijević, Dragoljub Popović, Tatjana Papić, Vesna Petrović, „*Međunarodno pravo ljudskih prava*“, 2006;
21. Marija Draškić, „*Porodično pravo i pravo deteta*“, 2005;
22. Krysztof Drzewicki, „*Povelja Ujedinjenih nacija i Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima*“, u knjizi „*Uvod u međunarodnu zaštitu ljudskih prava*“, 1999;
23. Krysztof Drzewicki, „*Internacionalizacija ljudskih prava i njihova juridizacija*“, u knjizi „*Uvod u međunarodnu zaštitu ljudskih prava*“, 1999;
24. Gerald Dworkin, „*The Theory and Practice of Autonomy*“, 1997;
25. Ronald Dworkin, „*Freedom's Law, The Moral Reading of the American Constitution*“, 1999;
26. Vladimir Đurić, „*Ustav i međunarodni ugovori*“, 2007
27. „*Encyclopedia of Human Rights*“, 2d ed, 1966;
28. Fransoa Fire, „*O Francuskoj revoluciji*“, 1990;
29. François Furet, Mona Ozouf, „*Dictionnaire critique de la Révolution française*“, 1992
30. Fransoa Fire, Mona Ozouf, „*Kritički rečnik Francuske revolucije*“, 1996;
31. Kejs Flinterman, Ketrin Henderson, „*Afrička povelja o ljudskim pravima i pravima naroda*“, u knjizi „*Uvod u međunarodnu zaštitu ljudskih prava*“, 1999;
32. Kejs Flinterman, Ketrin Henderson, „*Posebni ugovori o ljudskim pravima*“, u knjizi „*Uvod u međunarodnu zaštitu ljudskih prava*“, 1999;
33. Saša Gajin, „*Pravo na lik*“, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 5/1990;
34. Saša Gajin, „*Povreda prava na lik*“, Bezbednost i društvena samozaštita, 7–8 i 9/1990;
35. Saša Gajin, „*Savremena shvatanja o pojmu i strukturi prava na privatnost u praksi Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država*“, Strani pravni život, 1/91;
36. Saša Gajin, „*Koncept člana 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima*“, Strani pravni život, 2–3/92;
37. Saša Gajin, „*Diskusija povodom pitanja da li Velika Britanija treba da ima Bill of Rights*“, Strani pravni život, br. 2–3/94;
38. Saša Gajin, „*Zaštita ljudskih prava u uslovima vanrednog stanja*“, Pravni život, br. 9/95;
39. Saša Gajin, „*Skice za studiju o slobodi religije, princip odvojenosti crkve od države*“, Strani pravni život, br. 2/97;
40. Saša Gajin, „*Skice za studiju o slobodi religije, princip slobode izražavanja verskih uverenja*“, Strani pravni život, br. 3/97;

41. Saša Gajin, „Skice za studiju o slobodi religije, odnos između principa odvojenosti crkve od države i principa slobode izražavanja verskih uverenja“, Strani pravni život, br. 3/98;
42. Saša Gajin, „Član 1. I Protokola uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, Standardi zaštite imovinskih interesa“, u zborniku radova „Promene stvarnog prava u Srbiji“, 2005;
43. Saša Gajin, „Zaštita podataka o ličnosti, perspektive harmonizacije domaćeg prava sa pravom Evropske unije“, u knjizi „Zaštita podataka o ličnosti i poverljivi podaci“, 2005;
44. Saša Gajin, Vladimir V. Vodinelić, Tanja Drobnjak, Borko Nikolić, „Antidiskriminaciono pravo, vodič“, 2007;
45. Ruth Gavison, „Privacy and the Limits of Law“, 89 Yale Law Journal 437 (1980);
46. Ken Gormley, *One Hundred Years of Privacy*, 1992 Wisconsin Law Review 1335;
47. Marsel Goše, „Prava čoveka“, u knjizi „Kritički rečnik Francuske revolucije“, 1996;
48. Momčilo Grubač, „Krivično procesno pravo“, 2010;
49. Peter Haberle, „Ljudsko dostojanstvo i pluralistička demokratija“, Politička misao, 2/06;
50. Jürgen Habermas, „Between Facts and Norms, Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy“, 1996;
51. Jürgen Habermas, Jozef Racerger, „Dijalektika sekularizacije, o umu i religiji“, 2006;
52. Rajja Hanski, Markku Suksi, „Uvod u međunarodnu zaštitu ljudskih prava“, prevod: Velibor Stojiljković, drugo prerađeno izdanje, 1999;
53. H. L. A. Hart, „The Concept of Law“, 1988;
54. Sudhir Hazareesingh, „From Subject to Citizen, The Second Empire and the Emergence of Modern French Democracy“, 1998;
55. G. W. F. Hegel, „Osnovne crte filozofije prava“, 1989;
56. Tomas Hobz, „Levijatan“, 1991;
57. Richard Hooker, „Laws of Ecclesiastical Polity“, 1876;
58. Interights, „Manual for Lawyers: Article 3 ECHR“;
59. Zoran Ivošević, „Radno pravo“, 2006;
60. Mark Janis, Richard Kay, Anthony Bradley, „European Human Rights Law, Text and Materials“, 3d ed, 2008;
61. „Judge Alito's Radical Views“, New York Times, 23/01/2006;
62. Immanuel Kant, „The Philosophy of Law: An Exposition of the Fundamental Principles of Jurisprudence as the Science of Right“, 1887;
63. Immanuel Kant, „Um i sloboda, Spisi iz filozofije istorije, prava i države“, 1974;

64. Antonio Kaseze, „*Međunarodno krivično pravo*“, 2005;
65. Hans Kelsen, „*Čista teorija prava*“, 1998;
66. Martin Luther King, Jr, „*I Have a Dream*“, (1963);
67. Ludwig Kramer, *EC Environmental Law*, 6th ed, 2006;
68. Metju Krejvn, „*Međunarodni pakt o ekonomskim socijalnim i kulturnim pravima*“, u knjizi „*Uvod u međunarodnu zaštitu ljudskih prava*“, 1999;
69. Boris Krivokapić, „*Zaštita manjina u međunarodnom i uporednom pravu*“, 2004;
70. Julija Kristeva, „*Čovek, građanin, stranac, Prava čoveka i građanina*“, Delo, 1/90;
71. Slavica Krneta, „*Lična prava*“, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, I tom, (1978);
72. Mattias Kumm, „*Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as a Principle and the Constitutionalization of Private Law*“, 7 German Law Journal 341 (2006);
73. Will Kymlicka, „*Contemporary Political Philosophy, An Introduction*“, 1997;
74. „*Lexington, A Heretical Proposal*“, Economist, 10/12/2005;
75. John Lock, „*Two Treatises of Government*“, 1689;
76. John Locke, „*Dve rasprave o vladi*“, 1978;
77. John Locke, „*Pismo o trpeljivosti*“, u knjizi „*O toleranciji, Rasprave o demokratskoj kulturi*“, 1989;
78. Radomir D. Lukić, Budimir P. Košutić, Dragan M. Mitrović, „*Uvod u pravo*“, 2001;
79. James Madison, „*Memorial and Remonstrance*“, 1785;
80. Miomir Matulović, „*Ljudska prava*“, 1992;
81. Miomir Matulović, „*Ljudska prava, Uvod u teoriju ljudskih prava*“, 1996;
82. Michael W. McConnell, „*The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion*“, 103 Harvard Law Review 1410 (1990);
83. J. G. Merrills, „*Savet Evrope I: Evropska konvencija o ljudskim pravima*“, u knjizi „*Uvod u međunarodnu zaštitu ljudskih prava*“, 1999;
84. J. G. Merrills, „*Unapređenje i zaštita ljudskih prava u okviru evropskih sporazuma*“, u knjizi „*Uvod u međunarodnu zaštitu ljudskih prava*“, 1999;
85. „*Međunarodno javno pravo, zbirka dokumenata*“, priredili Vidan Hadži-Vidano-
vić, Marko Milanović, 2005;
86. Bogoljub Milosavljević, „*Ljudska prava i policija*“, 2004;
87. Bogoljub Milosavljević, „*Upravno pravo*“, 2007;
88. Aleksandar Molnar, „*Narod, nacija, rasa, Istorijsko izvoriste nacionalizma u Evropi*“, 1997;
89. Zorica Mršević, „*Ženska prava u međunarodnom pravu*“, 1999;

90. Nataša Mrvić Petrović, „*Krivično pravo, opšti i posebni deo*“, 2006;
91. Pjer Nora, „*Nacija*“, u knjizi „*Kritički rečnik Francuske revolucije*“, 1996;
92. Manfred Novak, „*Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima*“, u knjizi „*Uvod u međunarodnu zaštitu ljudskih prava*“, 1999;
93. Konstantin Obradović, Milan Šahović, Milivoj Despot, „*Međunarodno humanitarno pravo, razvoj, primena, institucije*“, 2002;
94. Mona Ozuf, „*Jednakost*“, u knjizi „*Kritički rečnik Francuske revolucije*“, 1996;
95. Marijane Pajvančić, „*Ustavno pravo, ustavne institucije*“, 2003;
96. Marek Pjehovijak, „*Šta su to ljudska prava? Koncept ljudskih prava i njihova vanpravna opravdanost*“, u knjizi „*Uvod u međunarodnu zaštitu ljudskih prava*“, 1999;
97. Tatjana Papić, „*Odgovornost međunarodnih organizacija: pitanje pripisivosti protivpravnog akta*“, doktorska disertacija, 2010;
98. Olga Popović, „*Deklaracija prava čoveka i građanina*“, u knjizi „*Temelji moderne demokratije, Izbor deklaracija i povelja o ljudskim pravima*“, 1989;
99. Borivoje Poznić, Vesna Rakić Vodinelić, „*Građansko procesno pravo*“, 2010;
100. William Lloyd Prosser, „*Handbook of the Law on Torts*“, Third ed, 1964;
101. Jakov Radišić, „*Medicinsko pravo*“, 2004;
102. Alan Rosas, Martin Šajn, „*Kategorije i korisnici ljudskih prava*“, u knjizi „*Uvod u međunarodnu zaštitu ljudskih prava*“, 1999;
103. Jean-Jacques Rousseau, „*Politički spisi*“, 1993;
104. Jean-Jacques Rousseau, „*Ispovest savojskog vikara*“, 1975;
105. Luj-Antoan Sen-Žist, „*Republikanske ustanove*“, 1987;
106. Sekretarijat za zakonodavstvo Vlade Republike Srbije, „*Metodologija izrade zakona*“, 2002;
107. Clyde Spillenger, „*Elusive Advocate: Reconsidering Brandeis as People's Lawyer*“, 105 Yale Law Journal 1445 (1996);
108. Obren Stanković, Vladimir V. Vodinelić, „*Uvod u građansko pravo*“, 2004;
109. „*State Formation, Nation-Building and Mass Politics in Europe, The Theory of Stein Rokkan*“, edited by Peter Flora with Stein Kuhnle, Derek Urwin, 1999;
110. Joseph Story, „*Commentaries on the Constitution of the United States*“, 1833;
111. „*The Supreme Court, The Battle Begins*“, Economist, 10/09/2005;
112. Damjan Tatić, „*Zaštita ljudskih prava osoba sa invaliditetom*“, 2009;
113. „*Temelji moderne demokratije, Izbor deklaracija i povelja o ljudskim pravima*“, 1989;
114. Alexis de Tocqueville, „*Democracy in America*“;
115. Aleksis De Tokvil, „*O demokratiji u Americi*“, 2002;
116. Kristijan Tomušat, „*Ljudska prava između idealizma i realizma*“, 2006;
117. Robert Valter, „*Tri priloga Čistoj teoriji prava*“, 1999;

118. Harmen van der Vilt, Vivijana Krstičević, „Sistem OAD za zaštitu ljudskih prava“, u knjizi „Uvod u međunarodnu zaštitu ljudskih prava“, 1999;
119. Vladimir V. Vodinelić, „Građansko-pravna zaštita čovekovog identiteta (autentičnosti)“, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 3/74;
120. Vladimir V. Vodinelić, „Lično pravo kao subjektivno pravo i kao grana prava“, Arhiv za pravne i društvene nauke, 3/76;
121. Vladimir V. Vodinelić, „Pojedina lična prava“, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, I tom, (1978);
122. Vladimir V. Vodinelić, „Pravo na ljudsko dostojanstvo“, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 5–6/89;
123. Vladimir V. Vodinelić, „Ustav i nova lična prava“, Arhiv za pravne i društvene nauke, 2–3/91;
124. Vladimir V. Vodinelić, „Takozvana zloupotreba prava“, 1997;
125. Vladimir V. Vodinelić, Vladimir Đerić, Saša Gajin, Dušan Stojković, Miloš Živković, „Pravo medija“, 1998;
126. Vladimir V. Vodinelić, „Prošlost kao izazov pravu, Srpska strana pravnog savladavanja prošlosti“, 2002;
127. Vladimir V. Vodinelić, „Međunarodno privatno pravo ličnosti“, 2003;
128. Vladimir V. Vodinelić, Saša Gajin, Dejan Milneković, Nemanja Nenadić i grupa autora, „Vodič kroz Zakon o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja“, 2005;
129. Dušan Vranjanac, „Džon Ostin, Imperativni model pravnog pozitivizma“, 2000;
130. Nevena Vučković Šahović, „Prava deteta i međunarodno pravo, 2000;
131. Lorna Vuds, „Evropska Unija i ljudska prva“, u knjizi „Uvod u međunarodnu zaštitu ljudskih prava“, 1999;
132. Jeremy Waldron, „Theories of Rights“, 1990;
133. Samuel D. Warren, Louis D. Brandeis, „The Right to Privacy“, 4 Harvard Law Review 193 (1890);

II NACIONALNI PROPISI, MEĐUNARODNI I DRUGI OPŠTI PRAVNI DOKUMENTI

1. Afrička povelja o ljudskim i pravima naroda (1981);
2. Amandmani na Ustav SAD (1791);
3. Bill of Rights (1688);
4. Civil Rights Act (1964);
5. Deklaraciju o nezavisnosti (1776);
6. Deklaracija prava čoveka i građanina (1789);
7. Evropska konvencija o sprečavanju mučenja i nečovečnih ili ponižavajućih kazni ili postupaka Saveta Evrope (1987);
8. Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda Saveta Evrope (1950);
9. Evropska povelja o regionalnim i manjinskim jezicima Saveta Evrope (1992);
10. Habeas Corpus Act (1679);
11. Human Rights Act (1998);
12. Jedinstvena metodološka pravila za izradu propisa (2010);
13. Konvencija o pravima deteta UN (1989);
14. Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom UN (2006);
15. Konvencija o pravnom položaju lica bez državljanstva UN (1954);
16. Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida UN (1948);
17. Konvencija o smanjenju broja lica bez državljanstva UN (1961);
18. Konvencija i Protokol o statusu izbeglica UN (1951, 1968);
19. Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena UN (1979);
20. Konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije UN (1966);
21. Konvencija protiv mučenja i drugih svirepih, nehumanih ili ponižavajućih kazni ili postupaka UN (1984);
22. Krivični zakonik Srbije (2005);
23. Lisabonski ugovor o Evropskoj uniji (2007);
24. The Massachusetts Body of Liberty (1641);
25. Međuamerička konvencija o ljudskim pravima (1969);
26. Međunarodna konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina aparthejda (1973);
27. Međunarodni pakt UN o građanskim i političkim pravima (1966);
28. Međunarodni pakt UN o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (1966);
29. Nemački građanski zakonik (BGB, 1896);
30. Okvirna konvencija za zaštitu nacionalnih manjina Saveta Evrope (1994);

31. Osnovni zakon Savezne Republike Nemačke (1949);
32. Povelja o ljudskim i manjinskim pravima i građanskim slobodama (2003);
33. Povelja o osnovnim pravima Evropske unije (2000);
34. Revidirana evropska socijalna povelja Saveta Evrope (2009);
35. Rimski statut Međunarodnog krivičnog suda (1998);
36. Srpski građanski zakonik (1844);
37. Statut Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju (1993);
38. Univerzalna deklaracija o pravima čoveka UN (1948);
39. Ustav Južnoafričke Republike (1966);
40. Ustav Nemačke („Vajmarski ustav“, 1919);
41. Ustav Poljske (1997);
42. Ustav Republike Srbije (2006);
43. Ustav Španije (1978);
44. Ustav Švajcarske (1999);
45. Velika povelja o slobodama Engleske (1215);
46. Voting Rights Act (1965);
47. Zakon o izvršenju krivičnih sankcija Srbije (2009);
48. Zakona o javnom informisanju Srbije (2003);
49. Zakon o nacionalnim savetima nacionalnih manjina Srbije (2009);
50. Zakon o oglašavanju Srbije (2005);
51. Zakon o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja Srbije (2009);
52. Zakon o političkim strankama Srbije (2009);
53. Zakona o radiodifuziji Srbije (2003);
54. Zakon o radu Srbije (2005);
55. Zakon o ravnopravnosti polova Srbije (2009);
56. Zakon o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja Srbije (2004);
57. Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom Srbije (2006);
58. Zakon o državljanstvu Srbije (2004);
59. Zakon o strancima Srbije (2008);
60. Zakon o transeksualcima Nemačke (1980);
61. Zakon o udruženjima Srbije (2009);
62. Zakon o umetničkim delima Nemačke (1907);
63. Zakon o zabrani diskriminacije Srbije (2009);
64. Zakon o zaštitniku građana Srbije (2005);
65. Zakonik o krivičnom postupku Srbije (2006);

III ODLUKE SUDOVA

a) Odluke Vrhovnog suda SAD i drugih američkih sudova

1. *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986);
2. *Boyd v. U.S.*, 116 U.S. 616, 624–29 (1886);
3. *Brown v. Board of Eduacatio*, 347 U.S. 483 (1954);
4. *Carey v. Population Services International*, 431 U.S. 678 (1977);
5. *Cruzan v. Director, MDH*, 497 U.S. 261 (1990);
6. *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972);
7. *Gilbert v. State of Minnesota*, 254 U.S. 325 (1920);
8. *Gonzales v. Oregon*, 000 U.S. 04–623 (2006);
9. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965);
10. *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967);
11. *Kent v. Dulles*, 357. U.S. 116 (1958);
12. *Kovacs v. Cooper*, 336 U.S. 77 (1949);
13. *Lawrence et al. v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003);
14. *Meyer v. State of Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923);
15. *Mills v. Rogers*, 457 U.S. 291 (1982);
16. *Miranda v. State of Arizona*, 384 U.S. 436 (1966);
17. *NAACP v. Alabama*, 377 U.S. 288 (1964);
18. *Olmstead v. U.S.*, 277 U.S. 438 (1928);
19. *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937);
20. *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 409 (1973);
21. *Pavesich v. New England Life Insurance Co. et al*, 122 Ga. 190; 50 S.E. 68; 1905;
22. *Pierce v. Society of the Sisters of the Holy Names of Jesus and Mary*, 268 U.S. 510 (1925);
23. *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992);
24. *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497 (1961);
25. *Prince v. Commonwealth of Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944);
26. *Public Utilities Commission v. Pollak*, 343 U.S. 451 (1952);
27. *Riggins v. Nevada*, 504 U.S. 127 (1992);
28. *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984);
29. *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952);
30. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973);
31. *Sell v. United States*, 539 U.S. 166 (2003);
32. *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969);
33. *Thornburgh v. American Coll. of Obst. & Gyn*, 476 U.S. 747 (1986);

34. *Union Pacific Railway Company v. Botsfield*, 141 U.S. 250 at 251–252, 11 S.Ct. 1000, 35 L.Ed. 734 (1891);
35. *Vacco, Attorney General of New York v. Quill*, 000 U.S. 95–1858 (1997);
36. *Village of Belle Terre v. Boraas*, 416 U.S. 1 (1974);
37. *Washington v. Harper*, 494 U.S. 210 (1990);
38. *Washington et al. v. Glucksberg et al*, 000 U.S. 96–110 (1997);
39. *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943);
40. *Whitney v. People of California*, 274 U.S. 357 (1927);
41. *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978);

b) Odluke Evropskog suda i Evropske komisije za ljudska prava

1. *A. B. v. Switzerland*, No 20872/92, 22/02/1995;
2. *Abdulaziz, Kabales i Balkandali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 9214/80; 9473/81; 9474/81, 28/05/1985;
3. *A. D. i T. Protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 35765/97, 31/07/2000;
4. *Ahmut protiv Holandije*, No 21702/93, 28/11/1996;
5. *Ajder i drugi protiv Turske*, No 23656/94, 08/01/2004;
6. *B v. Francuske*, No. 13343/87, 25/03/1992;
7. *Bakli protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 20348/92, 25/09/1996;
8. *B. B. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 53760/00, 10/02/2004;
9. *Berehab protiv Holandije*, No 10730/84, 21/06/1988;
10. *Bek, Kop i Bejzli protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 48535/99; 48536/99; 48537/99, 22/10/2002;
11. *Bilgin protiv Turske*, No 23819/94, 16/11/2000;
12. *Brigeman i Šojten protiv Nemačke*, No 6959/75, 19/05/1976;
13. *Burgharc protiv Švajcarske*, No 16213/90, 22/02/1994;
14. *Čepel protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 10461/83, 30/03/1989;
15. *Dadžon protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 7525/76, 22/10/1981;
16. *Demades protiv Turske*, No 16219/90, 31/07/2003;
17. *Dogan i drugi protiv Turske*, No 8803/02; 8804/02; 8805/02; 29/06/2004;
18. *Džonston i ostali protiv Irske*, No 9697/82, 18/12/1986;
19. *Ejrij protiv Irske*, No 6289/73, 09/10 1979;
20. *Erikson protiv Švedske*, No 11373/85, 22/06/1989;
21. *Fon Hanover protiv Nemačke*, No 59320/00, 24/06/2004;
22. *Frete protiv Francuske*, No 36515/97, 26/02/2002;
23. *Gaskin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 10454/83, 07/07/1989;
24. *Gijo protiv Francuske*, No 22500/93, 24/10/1996;
25. *Gilou protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 9063/80, 24/11/1986;

26. *Golder protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 4451/70, 21/02/1975;
27. *Gorgulu protiv Nemačke*, No 74969/01, 26/02/2004;
28. *Goru protiv Grčke*, No 12686/03, 20/03/2009;
29. *Gucardi protiv Italije*, No 7367/76, 06/11/1980;
30. *Gul protiv Švajcarske*, No 23218/94, 19/02/1996;
31. *Gvera i ostali protiv Italije*, No 14967/89, 19/02/1998;
32. *Halford protiv Ujedinjenog kraljevstva*, No 20605/92, 25/06/1997;
33. *Hasan Ilhan protiv Turske*, No 22494/93, 09/11/2004;
34. *H. G. i G. B. protiv Austrije*, No 11084/02; 15306/02, 02/06/2005;
35. *Heton i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 36022/97, 07/08/2003;
36. *Hjuitson protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 50015/99, 27/05/2003;
37. *Hokanen protiv Finske*, No 19823/92, 23/09/1994;
38. *Huvig protiv Francuske*, No 11105/84, 24/04/1990;
39. *Injakolo-Zenide protiv Rumunije*, No 31697/96, 25/01/2000;
40. *Ivens protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 6339/05, 10/04/2007;
41. *Jaloh protiv Nemačke*, No 54810/00, 11/07/2006;
42. *K. A. protiv Finske*, No 27751/95, 14/01/2003;
43. *Kamal protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 8378/78, 14/05/1980;
44. *Kanajev protiv Rusije*, No 43726/02, 27/07/2006;
45. *Karner protiv Austrije*, No 40016/98, 24/07/2003;
46. *Kenedi protiv Mađarske*, No 31475/05, 26/05/2009;
47. *Kigen protiv Irske*, No 16969/90, 26/05/1994;
48. *Kipar protiv Turske*, 6780/74; 6950/75, 26/05/1975;
49. *Kipar protiv Turske*, No 8007/77, 10/07/1978;
50. *Kirtatos protiv Grčke*, No 41666/98, 22/05/2003;
51. *Klamecki protiv Poljske, br. 2*, No 31583/96, 03/04/2003;
52. *Klas i drugi protiv Nemačke*, No 5029/71, 06/09/1978;
53. *Kolas protiv Francuske*, No 37971/97, 16/04/2002;
54. *Kotlet protiv Rumunije*, No 38565/97, 03/06/2003;
55. *Kosi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 10843/84, 27/09/1990;
56. *Kravčenko protiv Rusije*, No 34615/02, 02/04/2009;
57. *Kristine Gudvin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 28957/95, 11/07/2002;
58. *Kron protiv Holandije*, No 18535/91, 27/10/1994;
59. *Kruslin protiv Francuske*, No 11801/85, 24/04/1990;
60. *K. i T. Protiv Finske*, No 25702/94, 27/04/2000;
61. *Lastig-Prein i Beket protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 31417/96; 32377/96, 27/09/1999;

62. *Lavents protiv Letonije*, No 58442/00, 28/11/2002;
63. *Leander protiv Švedske*, No 9248/81, 26/03/1987;
64. *Lebink protiv Holandije*, No 45582/99, 01/06/2004;
65. *L. i V. protiv Austrije*, No 39392/98; 39829/98, 09/01/2003;
66. *Lopes Ostra protiv Španije*, No 16798/90, 09/12/1994;
67. *Mamatkulov i Abdurasulovic protiv Turske*, No 46827/99, 46951/99, 06/02/2003;
68. *Margareta i Rodžer Anderson protiv Švedske*, No 12963/87, 25/02/1992;
69. *Marks protiv Belgije* iz 1979. godine, No 6833/74, 13/06/1979;
70. *M. C. protiv Bugarske*, No 39272/98, 04/12/2003;
71. *Mečinskaja protiv Rusije*, No 42454/02, 15/01/2009;
72. *Mesina protiv Italije*, No 25498/94, 28/09/2000;
73. *Metjus protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 24833/94, 18/02/1999;
74. *Mijalje protiv Francuske*, No 12661/87, 25/02/1993;
75. *Mikolenko protiv Estonije*, No 16944/03, 05/01/2006;
76. *Mikulić protiv Hrvatske*, No 53176/99, 07/02/2002;
77. *Modinos protiv Kipra*, No 15070/89, 22/04/1993;
78. *M. S. protiv Švedske*, No 20837/92, 27/08/1997;
79. *Nilund protiv Finske*, No 27110/95, 29/06/1999;
80. *Njemjec protiv Nemačke*, No 13710/88, 16/12/1992;
81. *Odievir protiv Francuske*, No 42326/98, 13/02/2003;
82. *Olson protiv Švedske*, No 10465/83, 25/02/1988;
83. *Olson (br. 2) protiv Švedske*, No 13441/87, 27/11/1992;
84. *Olujčić protiv Hrvatske*, No 22330/05, 05/02/2009;
85. *Pauel i Rejner protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 9310/81, 21/02/1990;
86. *P. C. i S. Protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 56547/00, 16/07/2002;
87. *Pek protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 44647/98, 28/01/2003;
88. *Pelegrin protiv Francuske*, No 28541/95, 08/12/1999;
89. *Ploski protiv Poljske*, No 26761/95, 12/11/2002;
90. *Preti protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 2346/02, 29/04/2002;
91. *Pridačenko i ostali protiv Rusije*, No 2191/03, 3104/03, 1609/03, 24486/03, 21/06/2007;
92. *Rainis i Gašparavičius protiv Litvanije*, No 70665/01; 74345/01, 07/04/2005;
93. *Rasmusen protiv Danske*, No 8777/79, 28/11/1984;
94. *Remen i Šmit protiv Luksemburga*, No 51772/99, 25/02/2003;
95. *Ris protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 9532/81, 17/10/1986;

96. *Roš protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 32555/96, 19/10/2005;
97. *Salgueiro da Silva Mota protiv Portugala*, No 33290/96, 21/12/1999;
98. *Sandra Janković protiv Hrvatske*, No 38478/05, 05/03/2009;
99. *Sidabras i Džiautas protiv Litvanije*, No 55480/00; 59330/00, 27/07/2004;
100. *Sisojeva i drugi protiv Letonije*, No 60654/00, 16/06/2005
101. *Slivenko protiv Letonije*, No 48321/99, 09/10/2003;
102. *Smit i Grejdi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 33985/96; 33986/96, 27/09/1999;
103. *Stjerna protiv Finske*, No 18131/91, 25/11/1994;
104. *Šaka protiv Italije*, No 50744/99, 11/01/2005;
105. *Štork protiv Nemačke*, No 61603/00, 16/06/2005;
106. *Šunenberger i Durmaz protiv Švajcarske*, No 11368/85, 20/06/1988;
107. *Tejlor-Sabori protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 47114/99, 22/10/2002;
108. *Unal Tekeli protiv Turske*, No 29865/96, 16/11/2004;
109. *Valensuela Kontreras protiv Španije*, No 27671/95, 30/07/1998;
110. *Van Kik protiv Nemačke*, No 35968/97, 12/06/2003;
111. *Vilho Eskelinen i drugi protiv Finske*, No 63235/00, 19/04/2007;
112. *Vodička i Vilfling protiv Austrije*, No 69756/01; 6306/02, 21/10/2004;
113. *Volfmajer protiv Austrije*, No 5263/03, 26/05/2003;
114. *W. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 9749/82, 08/07/1987;
115. *X. protiv Francuske*, No 9993/82, 05/10/1982;
116. *X protiv Islanda*, No 6825/74, (1976) 5 D.R. 86;
117. *X. protiv Nemačke*, No 2699/65, 01/04/1968;
118. *X. protiv Nemačke*, No 8604/79, 06/05/1980;
119. *X i Y protiv Holandije*, No 8978/80, 26/03/1985;
120. *X i Y protiv Švajcarske* (No 7289/75; 7349/76, 14/07/1977
121. *Y. F. protiv Turske*, No 24209/94, 22/07/2003;
122. *Z. i ostali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, No 29392/95, 10/05/2001;
123. *Z. Protiv Finske*, No 22009/93, 25/02/1997;

c) Odluke nemačkih sudova

1. BGHZ 13, 334 (1954);
2. BVerfGE 6, 32 (1957);
3. BVerfGE 7, 198 (1958);
4. BGHZ 26, 349 (1958);
5. BGHZ 35, 363 (1961);
6. BVerfGE 20, 162 (1966);

7. BVerfGE 27, 71 (1969);
8. BVerfGE 27, 88 (1969);
9. BVerfGE 30, 173 (1971);
10. BVerfGE 34, 269 (1973);
11. BVerfGE 35, 202 (1973);
12. BGHZ 73, 120 (1978);
13. BVerfGE 61, 1 (1982);
14. 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 (1983);
15. BVerfGE 60, 253 (1984);
16. BVerfGE 66, 116 (1984);
17. BVerfGE 67, 213 (1984);
18. BGH VI ZR 10/86 (1986);
19. BVerfGE 75, 369 (1987);
20. BVerfGE 76, 1 (1987);
21. NJW 1988, 737 (1988);
22. 1 BvR 921/85 (1989);
23. BVerfGE 81, 278 (1990);
24. BVerfGE 81, 298 (1990);
25. BVerfGE 82, 1 (1990);
26. BVerfGE 82, 272 (1990);
27. BVerfGE 83, 130 (1990);
28. BVerfGE 84, 203 (1991);
29. BVerfGE 85, 191 (1992);
30. BGH ZR 201/91 (1992);
31. BGH VI ZR 285/91 (1992);
32. BAG NJW 1993, 1732 (1992);
33. BVerfGE 88, 203 (1993);
34. BGH VI ZR 23/93 (1993);
35. BGHZ 124, 52 (1993);
36. BVerfGE 90, 1 (1994);
37. BVerfGE 90, 241 (1994);
38. BVerfGE 93, 266 (1995);
39. BGH VI ZR 223/94 (1995);
40. BGH VI ZR 332/94 (1995);
41. BGH NJW 1996, 1128 (1995);
42. BVerfGE 96, 375 (1997);
43. 1 BvR 131/96 (1998);

44. 1 BvR 348, 98 (1999);
45. BvR 653/96 (1999);
46. BGH 1 ZR 49/97 (1999);
47. BGH VI ZR 264/98 (1999);
48. 2 BvR 1436/02 (2003);
49. BGH VI ZR 373/02 (2003);
50. 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99 (2004);
51. BverfG 1 BvR 240/04 (2005);
52. BGH XII ZR 60/03 (2005);
53. 1 BvR 357/05 (2006);
54. BGH VI ZR 45/05 (2006);
55. 1 BvR 620/07 (2007);
56. 1 BvL 10/05 (2008);
57. 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07 (2008);
58. 1 BvR 462/06 (2008);
59. 1 BvR 1602/07, 1 BvR 1606/07, 1 BvR 1626/07 (2008);
60. 1 BvR 1620/04 (2008);
61. 1 BvR 2074/05, 1 BvR 1254/07 (2008);
62. 1BvR 2310/06 (2008);
63. 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08 (2008);
64. 2 BvR 392/07 (2008);
65. 1 BvR 121/09 (2009);
66. 1 BvR 1155/03 (2009);
67. 1 BvR 2857/07, 1 BvR 2858/07 (2009);
68. 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 (2009).

d) Odluke Doma Lordova

1. *Edinburg and Dalkeith Railway Company v. John Wauchope*, [1842] UKHL J12;
2. *British Railways Board and others v. Pickin*, [1974] HL/PO/JU/4/3/1250;
3. *Jackson and others v. Her Majesty's Attorney General*, [2005] UKHL 56;
4. *R v. Her Majesty's Attorney General and others*, [2007] UKHL 52.

e) Odluka Vrhovnog suda Srbije

Rev. 229/04 (slučaj Krsmanovača)

Beleška o autoru

Saša Gajin (r. 1965), više od dvadeset godina bavi se temama koje se odnose na ljudska prava. Autor je preko šezdeset tekstova iz ove oblasti. Od 1990. zaposlen je u Institutu za uporedno pravo, a od 2002. na Pravnom fakultetu Univerziteta Union u Beogradu, na kojem predaje Ljudska prava, Pravo medija, Antidiskriminaciono pravo i dr.

Od sredine devedesetih godina prošlog veka aktivno učestvuje u radu nevladinog sektora. U jesen 1996, u okviru delatnosti Beogradskog centra za ljudska prava, predlaže izradu prvog modela preporučene buduće pravne regulative u oblasti medijskog zakonodavstva – Modela zakona o javnom informisanju.

Od tog perioda do današnjih dana, a prevashodno u okviru delatnosti Centra za unapređivanje pravnih studija, inicirao je stvaranje i kao koautor je radio na dvadesetak modela zakona vezanih za pojedine grupe ljudskih prava. Sedam od ovih modela predstavljali su osnov za izradu zakonskih tekstova koji su u toku prve decenije ovog veka usvojeni u Narodnoj skupštini Republike Srbije.

Neposredno je učestvovao u izradi sledećih zakona: Zakona o javnom informisanju (2003), Zakona o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja (2004), Zakona o oglašavanju (2005), Zakona o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom (2006), Zakona o zaštiti podataka o ličnosti (2008), Zakona o zabrani diskriminacije (2009) i Zakona o tajnosti podataka (2009).

Nakon usvajanja Zakona o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja, zagovara čvršće povezivanje nevladinih organizacija koje se bave ovom temom i učestvuje u osnivanju Koalicije za slobodan pristup informacijama. Uz podršku organizacije Swedish Helsinki Committee for Human Rights (nedavno preimenovane u Civil Rights Defenders), osniva Koaliciju protiv diskriminacije (2005), koja se do današnjih dana ističe u borbi protiv svih oblika diskriminatorskog postupanja i zalaganju za usvajanje antidiskriminacionih zakona.

Saša Gajin je diplomirao na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu (1988), zatim je na Pravnom fakultetu Univerziteta Lester (*Leicester University*) u Engleskoj, stekao diplomu magistra prava (*L.L.M. in Human Rights*, 1992), da bi pod mentorstvom Vladimira V. Vodinelića, odbranio doktorsku tezu na Pravnom fakultetu Univerziteta Union u Beogradu (2010). Ova knjiga predstavlja prečišćenu verziju teksta doktorske disertacije koji je u drugom izdanju oslobođen preostalih uočenih pravopisnih i stilskih nedostataka.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

341.231.14

342.7

340.12

ГАЈИН, Саша, 1965-

Ljudska prava : pravno-sistemska okvir / Saša Gajin. – 2. izd. –
Beograd : Pravni fakultet Univerziteta Union : Centar za unapređivanje
pravnih studija : Institut za uporedno pravo, 2012 (Beograd : Dosije
studio). – 343 str. ; 24 cm

Prema Belešci o autoru publikacija predstavlja prečišćenu verziju dokt.
disert. odbranjene na Prav. fak. Univerziteta Union u Beogradu. – Tiraž
1.000. – Beleška o autoru: str. [345]. – Napomene i bibliografske reference
uz tekst. – Bibliografija: str. 329–343.

ISBN 978-86-84871-24-6 (PFUU)

ISBN 978-86-7546-069-5 (CUPS)

ISBN 978-86-80059-82-2 (IUP)

а) Права човека б) Филозофија права

COBISS.SR-ID 193729292

ISBN 978-86-7546-069-5



9 788675 460695