

Sveske za javno pravo Blätter für Öffentliches Recht

ISSN 2233-0925

Utemeljio prof. dr. Edin Šarčević u saradnji sa doc. dr. Tarikom Haverićem
Saradnici ovog broja: Sulejman Bosto, Marija Draškić, Adrijana Hanušić, Tarik Haverić, Amra Jašarbegović, Amela Kadrić, Spahija Kozlić, Dušanka Marinković-Drača, Stojan Mićović, Svjetlana Nedimović, Alen Rajko, Ivan Šarčević
Glavni i odgovorni urednik: prof. dr. Edin Šarčević.
Redakcija: Centar za javno pravo, Radićeva 5, 71000 Sarajevo

www.fcjp.ba

10 2012.
Str. 1-126
3. godište
Decembar 2012.

CJP Fondacija Centar za javno pravo
Stiftung Kompetenzzentrum für Öffentliches Recht
Foundation Public Law Centre



Stabilitätspakt für Südosteuropa
Gefördert durch Deutschland
Stability Pact for South Eastern Europe
Sponsored by Germany

Edin ŠARČEVIĆ, <i>Uz ovaj broj</i>	1	Amra JAŠARBEGOVIĆ, <i>Izbor sudija ustavnih sudova u domaćem i uporednom pravu</i>	63
Ivan ŠARČEVIĆ, <i>Demistifikacija identiteta i odgovornost</i>	3	*** <i>Izbor sudija ustavnih sudova – preporuke</i>	74
Alen RAJKO, <i>Početak provedbe reforme upravnog spora u Hrvatskoj</i>	8	Sulejman BOSTO, <i>Kantova ideja vječnog mira — između političke zbilje i utopije?</i>	77
Stojan MIĆOVIĆ, <i>Zabrana udruženja u Srbiji u svetlosti uporednog prava</i>	19	Tarik HAVERIĆ, <i>Od kantovskog projekta do hegelovskog ostvarenja: ujedinjenje Evrope kroz lukavstvo uma?</i>	84
Dušanka MARINKOVIĆ-DRAČA, <i>Sporni kriteriji za sudjelovanje u tripartitnim tijelima i reprezentativnost za kolektivno pregovaranje u RH</i>	28	Svjetlana NEDIMOVIĆ, <i>Bijeg od politike: Habermasov prijedlog kozmopolitskog globalnog poretka</i>	88
Marija DRAŠKIĆ, <i>Transseksualnost pred Ustavnim sudom Republike Srbije</i>	40	Spahija KOZLIĆ, <i>Ideja univerziteta iz perspektive Habermasovog zahtjeva za preispitivanjem politke razdržavljenja</i>	93
Amela KADRIĆ, <i>Izmjene zakona o sukobu interesa u institucijama vlasti u BiH: ukidanje sukoba interesa</i>	49		
Adrijana HANUŠIĆ, <i>Mišljenje Venecijanske komisije o pravnoj sigurnosti i nezavisnosti pravosuđa u BiH</i>	57		

EDIN ŠARČEVIĆ

Uz ovaj broj / In addition to this Volume

Sa ovim brojem *Sveski* preko stotinu pravnih analiza, stručnih mišljenja, prikaza i ekspertiza koje su okupile oko osamdeset saradnika iz cijele regije ulazi u trogodišnji radni učinak Centra za javno pravo. Pored toga, u bilans 2012. godine — osim četiri broja *Sveski za javno pravo* — ulaze četiri stručna simpozija i publiciranje četiri knjige (*Sistem socijalne zaštite, Pravosuđe u medijima, Ko bira sudije ustavnog suda?* i *Državna imovina*). Objavljenim monografijama je stavljeno na uvid dvadeset i šest ekspertiza o temeljnim javnopravnim pitanjima Bosne i Hercegovine i regije.

This Volume includes over a hundred of legal analysis, expert opinions, views and expertise which gathered about eighty associates from around the region, representing three years of operation of the Centre for Public Law. In addition, the balance of the Year 2012, besides four Volumes of Public Law, includes four symposiums and publishing of four books (*The system of social protection, Justice in the Media, Who elects judges of constitutional court?* and *State Property*). Twenty six pieces of expertise on fundamental questions of public law of Bosnia and Herzegovina and the region are presented in the published monographs.

Statistiku publiciranih ekspertiza ne spominjem kako bih istakao obim rada u okviru CJP. Iz nje se, zapravo, i ne vidi stvarni angažman. On obuhvata također stručne i naučne skupove ili svakodnevnu komunikaciju sa stručnom i znanstvenom publikom. Navedni podaci dobijaju značaj u drugom kontekstu, naime, u vezi sa činjenicom da rad CJP i njegovu publicističku djelatnost finansira Ministarstvo vanjskih poslova Savezne Republike Njemačke u okviru Pakta za stabilnost u jugoistočnoj Evropi. To pokazuje u kojoj mjeri se Savezna Republika Njemačka angažira na uspostavljanju standarda pravne države u BiH i regiji. Finansiranje CJP samo je jedan od konkretnih dokaza da je njemački angažman, u pogledu sistematičnosti, konsekvencijosti i pažljive orijentiranosti na pravni sistem nenadomjestiv, i da mu se u području pravnih reformi u regiji ne približavaju države iz istog kulturnog kruga. Sa svakim brojem *Sveski za javno pravo* ovu činjenicu treba imati na umu.

U profil ovog broja, osim javnopravnih analiza koje pokrivaju upravno-pravne i ustavnopravne probleme, jurisdikciju i parlamentarno pravo, ulaze temati koji nisu čisto pravnički. Oni su svjesno odabrani. Jedan je posvećen pravno-politološkim analizama Jürgena Habermasa. CJP je krajem prošle godine, paralelno sa njemačkim izdanjem, objavio knjigu *Ogled o ustavu Evrope* koja može poslužiti kao "udžbenik" o historijskim potencijalima ljudskih prava, iznad svega — ljudskog dostojanstva: ljudsko dostojanstvo je moralni izvor za sadržaj svih ljudskih prava, a transnacionalna prava donose civiliziranje društvenih i državnih odnosa vlasti. Potencijal ovog stava je neiscrpan, i može biti produktivno iskorišten u pogledu civilizirajućih efekata ustavnog prava, posebno u BiH. Sa znanstvenog kolokvija koji je upriličen povodom objavljivanja ove knjige donosimo nekoliko rasprava. One nas podjećaju na filozofske potencijale Kantove ideje vječnog mira i pokazuju njene domete u modernoj političkoj filozofiji. Drugi temat ima državno-pravnu podlogu i teološko-filozofski odgovor. On nas uvodi u jednostavnu ali spornu temu — dan državnosti BiH. Umjesto pravničkih rasprava, donosimo ovim povodom prigodan tekst fra Ivana Šarčevića kojim se bosanskohercegovačka državnost postavlja kao pitanje konstituiranja kohezionih ideja, mišljenja i djelovanja koje integrira. O temi piše teolog, analitički postupak je historijsko-sociološki, i upravo zbog toga može poslužiti pravnici kao malo filozofsko uputstvo da normativnost ne donosi nužno pravdu, posebno ako gubi svaki oslonac u etici.

Našim saradnicima se zahvaljujem za trud i pažnju s kojom su pisali analize za prvih deset brojeva, našim čitaocima poruka da *Sveske za javno pravo* idu dalje.

I do not want to mention the statistics of published expertise because I would like to emphasize the scope of work within the CJP. In fact, the actual engagement could not be seen from the statistics. It includes professional and scientific meetings and daily communication with professional and scientific audience. The mentioned data gain in significance in another context, namely, in connection with the fact that the work of CJP and his publishing activities are funded by the Ministry of Foreign Affairs of the Federal Republic of Germany under the Stability Pact for South Eastern Europe. This shows the extent to which the Federal Republic of Germany engages in the establishment of standards of legal state in B&H and the region. Funding of CJP is just one concrete evidence that the German commitment in terms of systematization, consequentiality and careful orientation to the legal system is indispensable to it in the area of legal reform in the region not to approach the state from the same culture cultural background. With each volume of the book for public law this fact should be kept in mind.

The profile of this issue, other than public law analysis covering administrative or constitutional issues, jurisdiction and parliamentary law, includes themes which are not purely legal. They have been consciously chosen. One is dedicated to the legal and political science analysis by Jürgen Habermas. At the end of last year, parallel with the German edition, the CJP published the book *An Essay on the European Constitution*, which could serve as a "textbook" on historical resources of human rights, above all, human dignity: human dignity is the moral source of content for all human rights, and transnational law civilizes community and government relations of power. The potential of this opinion is inexhaustible and can be productively used in relation to civilizing effects of the constitutional law, particularly in B&H. From a scientific colloquium that was staged on the occasion of publishing this book, we bring several discussions. They remind us of the potentials of Kant's philosophical idea of eternal peace and demonstrate its extent of perception in modern political philosophy. The second topic includes a state-legal base and theological-philosophical answer. It introduces us to a rather simple but contentious topic — Statehood Day of B&H. Instead of legal discussions, on this occasion, we publish a pertinent text by friar Ivan Sarčević, in which Bosnia's statehood is viewed as a matter of constitution of cohesive ideas, opinions and acts that integrate between each other. A theologian is writing about the topic, employing a historical-sociological analytical procedure and precisely because of that it can be useful to lawyers as a small philosophical instruction that normativity does not necessarily bring justice, especially if it is not supported by ethics.

I thank our associates for the effort and attention in writing the analysis for the first ten volumes, and our message to readers is that the Volumes of public law will continue.

Ovo izlaganje/razmišljanje u povodu Dana državnosti Bosne i Hercegovine uključuje nekoliko pretpostavki. Prva je da je Bosna i Hercegovina u svojim granicama međunarodno priznata država i da, barem u našem vremenu, u vremenu ovdje prisutnih generacija, izvana, iz bližnjega, a i daljnijega susjedstva, ne postoji opasnost njezine razgradnje. Nefunkcioniranje i odatle nastanjivost Bosne i Hercegovine kao države leži najviše u unutarnjim dezintegrirajućim nacionalističkim faktorima koji su legitimirani i legalizirani važećim temeljnim državnim aktom — Daytonskim ugovorom odnosno ustavom. Taj ustav, nažalost, nije oktroiran, jer je od svih sudionika potpisan (izuzev K. Zubka). Proizašao je više iz zahtjeva da se što prije prekinu sukobi, a ne da se pronađe što optimalnije unutarnje uređenje nove države. Najmoćnijim (američkoj strani) i najnemoćnijim (bošnjačkoj strani na čelu s A. Izetbegovićem) akterima njegova potpisivanja više je bilo stalo do prekida rata, kakvog-takvog mira, nego do pravedna rješenja. A u pregovorima, onaj koji ima moćnije pozicije, čak i kada pravi ustupke i kompromise, ipak manje gubi od onoga koji je već gubitnik i čije su vojne, političke i diplomatske moći slabije. Daytonski ugovor/ustav je najveća pravna kočnica svih budućih pravednijih rješenja za ovu državu.

U atmosferi “prenagljenoga mira” (R. Schreiter) tvorci Daytona nisu uzeli u obzir ni povijesni, ni kulturološki, ni nacionalni, ni pravni (republički) specifični sadržaj Bosne i Hercegovine, nego su na njoj rješavali nacionalna pitanja gotovo čitave bivše države. Na njoj su htjeli završiti sve “jugoslavenske” (miloševićevske) ratove i riješiti gotovo čitavo jugoslavensko nacionalno pitanje, posebno ono najteže, “srpsko pitanje”. Od Bosne i Hercegovine i na njoj su napravili najkrvaviji kockarski stol definitivnog “razbaštinjenja” prošle države i “lešinarsku jagmu” nad mrtvacem. U tom smislu Bosna i Hercegovina je bila zadnji poligon šire politike, naime poligon politikâ glavnih bivših republika, odnosno novih država: Srbije i Crne Gore, s jedne, i Hrvatske, s druge strane, te neusuglašenih međunarodnih faktora. Unutarnja podjela BiH na nepravedne

entitete odista je posljedica potvrde genocida i ubijanja, ratnih osvajanja i progona, logora i etničkoga čišćenja, ali je ona i posljedica domaćih i međunarodnih politika “ravnoteže moći”, šire od Bosne i Hercegovine, politike koja se konačno “dogovorila” o podjeli nacionalnih teritorija kao kompenzaciji, posebno za srpske izgubljene teritorije (a i vlast) u Hrvatskoj, na Kosovu, pa i u Crnoj Gori.

Iako je politika samostalnosti i suverenosti Bosne i Hercegovine izvanjski pobijedila, njezine unutarnje politike nastavljaju ratne ideologije kojima je cilj da se u neko buduće vrijeme, u nekim pogodnim širim konstelacijama, ova država razgradi po teritorijalno-nacionalnom ključu. Mišljenja sam, koliko god to djelovalo apokaliptično, da na takav način ova država nema budućnosti. Rješenje vidim u novom, doista novom dogovoru političkih nasljednika daytonskoga ugovora koji će, ako ne poništiti ratne i daytonske nepravde, ali će ih svakako radikalno promijeniti. U protivnom, neke buduće generacije popravljat će prošlost, možda i krvavije od naših generacija. Upravo u toj opasnosti i toj odgovornosti za budućnost leži motiv a i nada koji bi, tako smatram, trebali pokretati političko i svako drugo javno djelovanje u Bosni i Hercegovini, a koji su i mene potakli da se prihvatim poziva gospodina dekana da govorim pred ovim uvaženim skupom, iako nisam ni političar ni politolog.

Htio bih nakon ovih uvodnih rečenica ponuditi za razmišljanje nekoliko teza koje mi se čine važnim za sve nas ovdje i za sve građane naše države. Riječ je o traženju onoga što ovoj državi i našim nacionalno-getoiziranim društvima nedostaje: *kohezivna društvena forma ili integrirajući modeli mišljenja i djelovanja*. Svjestan sam da ponuda bile čega kohezivnog i integrirajućeg kod mnogih izaziva sumnju pa i odbacivanje, jer sve što ima prizvuk zajedničkoga, “suživotnoga”, oni u polazištu odbijaju stavom nehtijenje koju opravdavaju gotovo ontološkom nemogućnošću da se živi s drugima. No, i s druge strane, htio bih izbjeći i ono apriorističko prihvaćanje svakoga spomena “zajedništva” u kojem nema nužnih distinkcija, ono podvođenje svih kohezivnih formi na neke prošle, navodno poznate, koncepte tolerancije i suživota kojih u stvari u prošlosti nikada nije bilo na onaj način kako ih se iz današnje perspektive vidi, tumači i politički koristi. Mi smo se,

* Autor je doktor teologije i profesor na Franjevačkoj teologiji u Sarajevu. Tekst donosi neizmijenjen govor koji je autor održao 21. 11. 2012. u Sarajevu, na Fakultetu političkih nauka.

zapravo, strovalili ispod razine svake prošle forme suživota te u odgovornosti moramo tražiti, teorijski i praktično, nove kohezivne i integrirajuće elemente. Pri tome ne mislim na koheziju neke društvene utopije budućega zajedništva koja je nerealna i neostvariva.

Prerečeno u druge kategorije, u našoj mladoj državi, u kojoj je staro načelo “državnog razloga”, ili ako hoćemo revolucionarni ideologem “bratstva i jedinstva”, zamijenjen “entitetskim razlogom”, odnosno “nacionalnim interesom”, čak i onda kada se on skriva pod maskom “državnog patriotizma”, u državi koju istodobno pogađa divlji etno-kapitalističko-tržišni koncept obesmišljavanja socijalne države, gotovo je nemoguće zahtijevati bilo kakvu paradigmu društvenoga (državnoga) zajedništva: radilo se to o politici, sportu, obrazovanju ili o visokoj kulturi. U nas je nemoguće mimoići realnu politiku koja se svodi na makijavelističko-rišljeovsko-kisindžerovsku maksimu: “Moralno i pravedno djeluj kad je moguće, a nemoralno i nepravedno kad je potrebno!” (H. Küng). Zato svakodnevno iskušavamo kako se pojedinci, političke stranke i čitave institucije sunovraćuju u političku močvaru, u živi pijesak pasivnosti, nemoći i neodgovornosti za promjenu na bolje. Zato i zadnjih godina smatramo da smo stigli do kraja, a svaki dan, i ljudski i društveno, tonemo još niže.

Ipak, usprkos postojećoj društvenoj situaciji, iskustvu tolikih i neprestanih poniženja dostojanstva čovjeka, čini mi se nužnim da znanstvenici, nastavnici i profesori, studenti, jednom riječju intelektualci, zbog odgovornosti prema istini i vlastitom pozivu, zbog odgovornosti za budućnost pokoljenjâ koja dolaze poslije nas, ne prestanu tražiti integrirajuće društvene modele. Kao humus, kao pozadina iz kojega može proizaći integrirajuća, kohezivna društvena paradigma čine mi se važnim dvije antropološke i društveno vrlo relevantne zbilje. To su: *identitet* i *odgovornost*. Smatram da u krivim odgovorima na ova dva pitanja, pitanje identiteta i pitanje odgovornosti, leži dosta uzroka naše društvene strahote i sramote, općeg obezljublivanja, i ta u tome ne malim dijelom leži razlog mizerne izdaje intelektualaca, jer pred tim pitanjima i odgovorima na njih, u cjelini gledano, stojimo bez stida i bez preispitivanja naše vlastite odgovornosti. Ograđujem se odmah da ću i sam ponuditi zadovoljavajući odgovor. Ovo je tek pokušaj.

Naime, u pitanju *identiteta* intelektualci ove zemlje mahom su se utopili u kolektivni, nacionalni i nacionalistički identitet. U njemu im je osigurano ne samo raditi, jer ima neučinkovitih aktivista pseudointelektualaca, nego im je u tom identitetu predivno “izležavati se”.

Ali i mali dio onih koji nisu pristali na te kolektivne, najčešće nacionalne identifikacije, svoju bitnost više baziraju na negaciji tobože svakog identiteta, oni su se uposlili na zlu drugoga a ne u potrebnom društvenom angažmanu i stvarnom raskrinkavanju i provjetranju identitetskoga brloga. Štoviše, građanski identitet, koji neki o tih intelektualaca vatreno zagovaraju, po sebi ne isključuje nacionalni ni nacionalistički identitet kako oni to misle. Naprotiv, u njemu se može uspješno skrivati.

Mišljenja sam da nije problem u identitetu po sebi, ni u onom nacionalnom i religijskom (ne mislim nacionalističkom i religijsko-fanatičnom), te da je veliko zavaravanje negacija svakog identiteta. Identitet jest politički, ideološki konstrukt i izbor, najčešće — točno — nepromišljen i nerazborit, spontan i nametnut izbor, izbor najmanje slobodan, a ponajviše određen strahom i ugroženošću, kolektivnom prisilom i oportunistom, intelektualnom pozom i unosnom pozicijom.

Za razvijanje nove kohezivne društvene forme, koja će onda utjecati i na osnaženje ideje zajedničke države, potrebna je novo vrednovanje i određivanje identiteta, a ne njegovo brisanje. Odnosno, u državi koja je religijski, nacionalno i kulturološki pluralna i polifona, može se živjeti samo ako se uvažavaju različiti identiteti, od onih koji se (a ti su većina) baziraju na religijsko-nacionalnom do onih koji imaju drukčija identifikacija uporišta.

Mogli bismo to i ovako izraziti: Bosna i Hercegovina kao kraljevstvo, ejalet, zemlja (*corpus separatum*), republika i konačno država, u svojoj je povijesti bila zemljopisni prostor relativno stabilnih vanjskih granica, ali najčešće nesamostalna nego pod dominacijom većih država. Ali ne samo vanjski, nego još više unutarnje, ona odslikava *kontinuitet diskontinuiteta*. U ovoj paradoksalnoj sintagmi iskazana je činjenica da u ovoj zemlji/državi nije postojao niti ga danas ima neki državotvorni identitet — izuzev perioda bosansko-hercegovačkog republičkog održavotvorenja u Titovoj Jugoslaviji, i to od ustava iz 1974. do početka rata — za sve njezine religijske i nacionalne komponente, za sve kako se to danas može kazati konstituente.

Ipak, povezano s tim tako važnim i neporecivim, iako traumatiziranim i manipulativnim pojmom identiteta, kontinuitet u svim tim lomovima, u svim povijesnim cezurama, a jedna traje i danas, jest činjenica da je preživio i onaj identitet kako *drugi*, onaj religijski i nacionalno drukčiji, bitno utječe na formiranje, oblikovanje i izgradnju vlastitoga identiteta kako god ga se zvalo i na čemu god se taj identitet formirao. I svaka agresija, svaki povijesni lom, svaka naša nulta točka i društvena kataklizma, svjedoči o nastojanju da se taj *otvoreni*,

inkluzivni identitet poništi, jednostavno rečeno, da se drugoga isključi iz identiteta, da ga se ukloni iz blizine i s očiju, da se konačno riječi (*Endlösung*) problem drugoga i da se napokon zaposjedne svoj čisti *Lebensraum*. Odatle onda proizlaze sve nacionalne ili nenacionalne ideologije i politike identitarne isključivosti. U tome nalaze profit mešetari i mistifikatori patničke povijesti i navodno “svoj” narod sele u prostore nebeske svetosti ili džennetskog merhametluka, diviniziraju ga i uzoholjuju do Božjeg/Allahova prijestolja. U tome razne nacionalne i religijske hulje poriču ili friziraju svoje grešnu i zločinačku prošlost te u kulturnom primitivizmu drže zatvorene svoje slijepe poslušnike. U tome nacionalni i religijski mitotvorci i viktimboreci grade identitete čije je osnovna oznaka zlopamćenje. Odatle i ono obredno-religijsko manipuliranje svetinjama, svetim simbolima i samim Bogom za potvrdu patničkog identiteta i “prirodnu” demonizaciju drugoga. Odatle i ono tako nakaradno i protivvjersko sijanje nacionalni i religijskih simbola po ovoj državi.

S druge strane, svaki put u povijesti ove zemlje — osobito u povijesti tzv. niskoga intenziteta, dakle osobnoga susretanja, poštivanja i pomaganja konkretnoga drugoga, religijski i nacionalno drugog, s konkretnim imenom i licem, uopće ideološki i svjetonazorski drukčijega, svaki put kada se svoj identitet nije nijekao ali ni gradio na isključivosti, nego se prelazila granica identiteta, pobjeđivao je zapravo život. U tom smislu pred nama, i nama koji trebamo vratiti dostojanstvo poziva intelektualca, stoji zadaća *ne deidentifikacije* nego *demistifikacije* tih oholih i diviniziranih, tvrdih i zatvorenih, netolerantnih i primitivnih identiteta. To podrazumijeva i onaj vrlo mučni integrirajući put sastavljen od slušanja i razumijevanja, dijaloga i nužnog zdravoga konflikta i s onima koji nastavljaju izolaciju i manipulacije identitetom.

Demistifikacija identiteta ne računa kratkoročno nego na braudelovsku povijest dugoga trajanja, na strpljivi i mukotrni rad. Demistifikacija započinje uvijek s načelom koje treba vratiti u naš društveni prostor, u naše učionice, medije, katedre, mihrabe i oltare. To načelo je jednostavno i poznato: *Drugi i drukčiji bitno pripada u moj identitet*. Moj identitet konstruira i onaj drugi koji sa mnom dijeli isto društvo i istu državu i u formi otpora, čak i onoga najgorega otpora kao nasilja i agresije.

Ovdje treba barem napomenuti kako taj “famozni” drugi i drukčiji nije samo nacionalno i religijski drugi, nego i onaj moj istovjernik i sunarodnik, onaj koji sa mnom tobože dijeli isti svjetonazor a učinio je zlo drugome. Jer ako taj “moj”, taj moj zločinac meni nije “drugi” — a on se sistemski, od vrtića do fakulteta, u

nas poriče i prikazuje kao heroj i nacionalna svetinja — onda se onog stvarnoga drugoga nikada neće prepoznati kao bližnjega, *kao sebe samoga*, kao neotklo-njivog iz moga identiteta. Onda nikada neću biti svoj, nego uvijek netko drugi.

U demistifikaciju identiteta, u njegovu detronizaciju pripada tako i odgovornost za zlo koje je počinjeno u prošlosti u ime konfesije i naroda, politike i ideologije kojoj pripadam ili koje zagovaram. U mom identitetu, i kada bih to rado zanijekao, pripada prošlo zlo za koje uopće nisam kriv, ali jer sam društveno biće, jer sam član pluralnoga ali opet jednoga društva, i jer me drugi — i kada to uopće ne bih htio i kada to nepravedno čine — identificiraju s onima koji su njihovi stvarni ili konstruirani zločinci, ja samo odgovoran. Ako identitet u najširem smislu znači pripadanje, nikome, a pogotovo intelektualcu, nemoguće je izvući se iz pripadanja ovakvom identitetski sukobljenom društvu. Zato intelektualac u konačnici bez ostatka ne pripada nijednom identitetu, ali je dio svakoga od njih, odgovorno upleten u sve njih i nijednom ne dopušta izolaciju i nije-kanje drugoga. Intelektualac nije, dakle, onaj koji je raskrstio sa svakim identitetom, pogotovo ne s manjinskim, onaj koji se povukao u nedodirljivost imaginarnog kozmopolitizma i uopćene filantropije, niti je onaj koji se skriva iza praznih fraza religijske ljubavi prema svima, nego je demistifikator svakog apsolutiziranja i pobožanstvenjenja povijesno relativnih i kontingentnih identiteta.

Ako bi se ovo prihvatilo, ako bi se strpljivo i neumorno inzistiralo na tome — koliko god to djelovalo utopijski — mislim da bi u skorij budućnosti došlo do stabilizacije naših društvenih odnosa, do osnaženja države, do promjene ustava, do “denominacije entiteta” (E. Šarčević) i tolikih mjesta i gradova, do promjene zakona, institucionalnih i teritorijalnih prestrukturiranja u kojima će oni drugi biti jednakopravni građani.

Uz demistifikaciju identiteta neizbježnim mi se čini postavljanje *principa odgovornosti* kao sastavnoga dijela nove kohezivne forme, integrirajuće paradigme za svaku našu društvenu zajednicu, od obiteljske i prijateljske, do akademske i državne. Naravno, načelo odgovornosti traži sadržaj. U ovom kontekstu, povezano s identitetom, taj se sadržaj očito i nameće. On je *odgovornost za drugoga*, gdje drugi podrazumijeva i obuhvaća, kao u koncentričnim krugovima prostornu i drugu blizinu, dakle od odgovornosti za bližnjega do odgovornosti za protivnika (neprijatelja).

Nažalost, u bilo kojem našem području, od religijskoga, medijskoga, obrazovno-akademske do onoga visoke politike, osjeća se krajnji deficit odgovornosti, a ako ima neke odgovornosti onda je njezin sadržaj reduciran

na nacionalnu, religijsku i partijsku poslušnost. Nije, međutim, problem samo u tome što se odgovornost svela na partitokratske, klerikalno-hijerarhijske i liderokratske strukture i mehanizme. Riječ je i o tome da se društveno neodgovorno djelovanje čak nagrađuje, smatra politički korektnim i društveno poželjnim. Politika je u nas uspjela da iz sebe progna moral i njezinu glavnu komponentu — odgovorno djelovanje. Uspjela je deobligirati i pojedinca i institucije od odgovornosti za druge pored sebe i društvo u cjelini. Većinu je gurnula u prostor porodičnog morala, i to s vrlo sumnjivim postavkama, ili u individualističku etiku egoistične brige za sebe, u tzv. “zlatnu osamu” nedodirljivosti i neempatije za nebrojene socijalno obespravljene ljude. Politika je uspjela pobijediti tako što se sve manje čestitih ljudi njome bave. Uspjela je u ljudima proizvesti nepostojeću krivnju i osjećaj manje vrijednosti ako odgovorno misle i s pravom je kritiziraju.

Kada govorimo o odgovornosti, onda se ona odnosi od pitanja ekologije do visoke politike, od komunalnih problema, zajedničkoga vlasništva, kulturne baštine do odgovornosti za najbližega s kojim živim — do onoga kojega smatramo identitetski krajnje drugim, neprijateljem, ali i do metafizičke odgovornosti ovdje shvaćene — nekima možda preuzetno — za transcendentiju i za Boga.

Sva ova područja zahtijevala bi iscrpnije elaboriranje. Za ovu priliku htio bih istaknuti samo nekoliko stvari koje mi se čine neodgovornim u vraćanju odgovornosti kao mogućeg integrirajućeg modela za naš društveni život.

Mogli bismo, naravno, odgovornost utemeljiti religijski ili etički na tzv. *zlatnom pravilu* djelovanja, etičkoj baštini čovječanstva, tako da se ne čini drugom ono što se ne želi da drugi nama čini, ili pozitivno izraženo: da činimo drugome ono što želimo da se nama čini. Mogli bismo odgovornost izraziti i jednim od vrlo korisnih Kantovih etičkih imperativa, naime, da postupamo tako da maksima našega djelovanja može postati općim zakonom za sve ljude. Mogli bismo svoje etičko djelovanje, kao verifikaciju i političke i religijske prakse, utemeljiti i na *svjetskom etosu* (*Weltethos*) kako ga predlaže Čikaška deklaracija i njegov utemeljitelj teolog Hans Küng.

No, za naše društvo i za nas pojedinačno čini mi se da bi barem, u početnom stadiju našega traženja integrirajućega društvenoga modela, bilo vrlo važno odgovornost vezati također za identitet. Pa kao što na moj identitet konstitutivno pripada drugi, tako i u definiciju mene kao etičkoga bića pripada odgovornost za drugoga, naravno, počevši od najbližih do protivnika (neprijatelja). Ovdje ne slijedim samo biblijsku tradiciju

koja leži u korijenu kršćanske i islamske vjere i njihove fundamentalne prakse, nego sastavnicu svih religijskih učenja, a vlastita je i svim “sekularnim svecima”, humanistima bez religiozne vjere. Ona bi se mogla izraziti na sljedeći način: *Svoju humanost, humanizaciju sebe i svijeta, a i svoju religioznost najautentičnije i ponajviše ostvarujem u odgovornosti za drugoga.* [Naravno, ljudskost se, a i religioznost ne iscrpljuje u etici, pogotovo ne u onoj političkoj, jer i iznad nje postoji sloboda, milosrđe i milost. No, etika odgovornosti je nezaobilazni kriterij ostvarenja humanosti kao slobode i milosti, i Božje milosti i milosrđa na koje vjernici računaju i kad se sloboda pervertira u zločin, pravda u nepravdu, i kada se i najetičnije djelo ne primijeti, obezvrijedi ili zaniječe.] U našem pluralnom bh. društvu to bi značilo da u licu drugoga, stranca i tuđinca, da u povijesti pojedinca i kolektivnoj povijesti meni drugih, prepoznajem čovjeka-osobu za koju sam odgovoran, da na tom licu kontroliram i otkrivam i svoje zlo, zlo moga kolektiva. Iznad svega, da u tom licu otkrivam patnju, često ili nikada nepriznatu patnju i nesreću učinjenu drugome s moje ili strane moga naroda ili nekog vlastitog kolektiva. Štoviše, ne samo da patnju drugoga prepoznajem, da je se sjećam i priznam, nego da je razumijem i nastojim zacijeliti, ozdraviti, utješiti konkretnim povratom pravde i nadoknade za učinjenu nepravdu, ako ne stvarnim žrtvama a ono preživjelima tih žrtava.

Primjetno je ovdje kako se ona sveprisutna tjeskobna briga i panični diskurs o odgovornosti za vlastiti (nacionalni, religijski ili neki drugi ideološki) identitet transferira u područje odgovornosti za patnički identitet drugoga, u ono što se naziva transetničko i transreligijsko sjećanje iz kojeg proizlazi transetnička i transreligijska odgovornost. Primjetno je, a imamo slučajeve u povijesti čovječanstva, da se civilizacijski ili univerzalni identitet, tako potreban nama ovdje, gradi ne samo na obrani sebe, svojih i svoga prostora, svoga partikularizma, nego na transetničkoj memoriji. Zato je jedan od najboljih primjera holokaust. Za nas, u našoj državi, naš civilizacijski, naš ljudski i vjernički, naš intelektualni i profesorski identitet trebao bi biti u odgovornosti prema Srebrenici i drugim stratištima ali ne poredanima samo po tome kolika je količina zla stajala iza njih, niti po onoj pojeftinjenoj paroli: “svaki je zločin zločin”, pa čak, iako ovdje s pijetetom i strahopoštovanjem treba ovo izreći, ni po tome kolika je količina patnje prouzrokovana, koliko je ljudi s konkretnim imenom i konkretnim licem na tim gubištima odstranjeno iz živih, nego po neodgovornosti nas živih i u ratu i danas, po molohizaciji krvno-srodničkog, bio-socijalnog i prostorno-osvajачkog identiteta, po našoj odgovornosti (čitaj: manipulaciji i profiterstvu)

prema žrtvama i današnjem obezličivanju i zavodenju njihovih preživjelih.

Univerzalnost patnje, odgovornost za nesreću drugoga, trebao bi konačno postati model obitavanja ove države. Uživanje u stanje i stav drugoga, i onda kada on griješi, ne epistemološki monizam nego epistemološki altruizam, paradigma je kojom bi se trebala pisati naša historiografija, udžbenici, organizirati politički, religijski i društveni život. Sva naša stratišta, od velikih do onih, nazovimo ublažavajući, "malih", i prema njima djelotvorno iskazano transetničko suosjećanje i solidarnost, trebaju postati ogledalo iz kojega bi nam se svakoga jutra, prije početka svakoga dana, prije svakoga društvenoga posla, u lice vlastitog identiteta izgovaralo upozorenje da ne gledamo samo sebe.

Ovdje je zamjetno kako se preokreće naša perspektiva, kako se u konačnici i ta naša tobožnja posvemašnja metafizička usmjerenost, dakle najčešće verbalistička i licemjerna religioznost kojom je premreženo i prezasićeno naše društvo i država, preobražava u praktičnu vjeru, dok se ti silni vjernici, poznavatelji nebeske geografije i božanskih stanova deložiraju iz onostranosti i

spuštaju u svoju imanenciju, prizemljuju u svoj realni i jedini, zemaljski kontekst, do susjedove kuće koje nema, do stana u kojem više njega nema, do odsutnosti drugoga koja, usprkos svim ignoriranjima, nekada ipak tiho zakuca na naša vrata. Metafizika se konkretizira, ozdravljuje se od religijske patologije i šizofrenije, ako se u licu drugoga otkriva *prva* transcendencija, i *posljednja* transcendencija kao mogući trag Boga u kojega se vjeruje, ako se na tom licu uvijek čitaju ne samo religijske nego i općeljudske opomene, zapovijedi: Ne ubij, poštuju, ne krnji pravdu, budi na usluzi, priteci u nevolji!

Da zaključim: U demistifikaciji svakog zatvorenog i totalitarnog identiteta, u identifikaciji s drugim i u odgovornosti za drugoga, gdje god i kako god se utemeljivala, izabirala ili opravdavala ta drugost, leži mogućnost uskrišenja nove društvene nade i novog kohezivnog modela i onog najugroženijeg a najnasušnijeg kontinuiteta ove zemlje/države u njezinom suvremenom ratnom i postkonfliktnom diskontinuitetu. Ta nada nije pasivno čekanje nego aktivna i odgovorna nada u kojoj konačno leži jedna od temeljnih oznaka ljudskosti.

Sadržaj:	2.5. Ocjena zakonitosti općih akata	11
	2.6. Organizacijske promjene	12
1. Uvod	2.7. Završno o početnim iskustvima — tipične loše navike stranaka u sporu	12
2. Ciljevi reforme upravnog spora i početna iskustva	3. Pozicioniranje novoga upravnog spora u odnosu na parnicu, te u odnosu na raniju regulaciju upravnog spora	12
2.1. Afirmiranje reformacijskog odlučivanja (spor pune jurisdikcije)	4. Utjecaj izvanpravne zbilje na početak reforme upravnog spora	14
2.2. Usmena rasprava (kontradiktornost spora)	5. Pripreme za prvo noveliranje ZUS-a	16
2.3. Utvrđivanje činjeničnog stanja	6. Zaključak	17
2.4. Usklađenja sa ZUP-om		

1. Uvod

Od prvog dana 2012. u Hrvatskoj je na snazi novi Zakon o upravnim sporovima¹ (u nastavku teksta: ZUS). Time je počela provedba sveobuhvatne reforme upravnog spora, nakon što je raniji sustav upravnosudske zaštite u Hrvatskoj trajao, uz manje izmjene, više od pola stoljeća².

Iako je stupanjem ZUS-a na snagu prijašnji Zakon o upravnim sporovima³ (u nastavku teksta: Prijašnji ZUS) prestao važiti, njegove se odredbe i dalje primjenjuju na sporove pokrenute pred prijašnjim Upravnim sudom Republike Hrvatske do 31. prosinca 2011. (čl. 90 ZUS-a).

Između ostalog, stupanjem ZUS-a na snagu upravni je spor s dvije godine zakašnjenja usklađen s novim Zakonom o općem upravnom postupku⁴ (u nastavku teksta: ZUP).

Upravno sudstvo svoje konstitucionalno utemeljenje ima u ustavnom jamstvu sudske kontrole zakonitosti pojedinačnih akata upravnih vlasti i tijela koje imaju javne ovlasti (čl. 19 st. 2 Ustava Republike Hrvatske⁵)

* Autor je doktor pravnih znanosti, sudac i v. d. predsjednika Upravnog suda u Rijeci te stalni suradnik CJP za Hrvatsku.

¹ Nar. nov. 20/10.

² Prvi Zakon o upravnim sporovima nakon Drugoga svjetskog rata u Jugoslaviji je donesen 1952, dok Zakon o upravnim sporovima koji je na snagu stupio 1977. nije donio bitne promjene u odnosu na dotadašnju regulaciju.

O povijesti upravnog spora na području Hrvatske v. npr. u: D. Medvedović, *Novi sustav upravnog sudovanja*, u: D. Đerđa – M. Šikić, *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, Zagreb 2012, ss. 17-22, te u: P. Krijan – L. Krijan Žigić, *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, Zagreb 2006, ss. 22-23.

³ Sl. SFRJ 4/77, 36/77-isp., Nar. nov. 53/91, 9/92 i 77/92.

⁴ Nar. nov. 47/09. Novi ZUP na snazi je od 01. 01. 2010.

protiv kojih više nam redovitoga pravnog lijeka u okviru upravnog postupka. Iz toga slijedi i osnovna funkcija upravnog sudstva: nadzor zakonitosti pojedinačnih odluka javnopravnih tijela, odnosno upravnih akata⁶.

Reformom upravnog spora nadzor zakonitosti proširen je (nadograđen) u dva dodatna pravca:

— širenjem upravnosudske zaštite s upravnih akata na postupanja i upravne ugovore, slijedom uvrštavanja navedene materije u ZUP,

— afirmiranjem donošenja reformacijskih presuda (spor pune jurisdikcije) u slučaju usvajanja tužbenog zahtjeva.

Funkcije upravnog sudovanja u Hrvatskoj podijelit će u sljedeće skupine:

a) primarne funkcije, koje se odnose na sudsku kontrolu zakonitosti, i to

1) pojedinačnih akata,

2) općih akata⁷;

⁵ Nar. nov. 59/90, 135/97, 8/98 – proć. tekst, 113/00, 124/00 – proć. tekst, 28/01, 41/01 – proć. tekst, 55/01-isp., 76/10 i 85/10 – proć. tekst.

⁶ Normativnu definiciju upravnog akta v. u čl. 3 st. 1 t. 1 ZUS-a.

Javnopravna tijela definirana su odredbama čl. 1 ZUP-a, odnosno čl. 2 st. 2 ZUS-a.

⁷ Visoki upravni sud Republike Hrvatske jedini je segment sudbene vlasti u Hrvatskoj u čijem je djelokrugu i kontrola zakonitosti općih akata, i to u dijelu u kojem ta kontrola nije u djelokrugu Ustavnog suda Republike Hrvatske (v. čl. 3 st. 2 te čl. 83-88 ZUS-a).

Pritom mogućnost podnošenja zahtjeva za izmjenu pojedinačne odluke nakon ukidanja općeg akta podrazumijeva kombiniranu upravnosudsku zaštitu, koja uključuje kontrolu zakonitosti općeg akta te kontrolu zakonitosti pojedinačne odluke.

b) funkcije upravnih sudova u okviru općih funkcija sudbene vlasti⁸;

c) ostale (sekundarne) funkcije, osobito: ujednačavanje upravne prakse, edukacijska uloga u odnosu na upravu (ali i ostale subjekte upravno-pravnog odnosa), kaznenopravni rječnikom izraženo: generalna i specijalna prevencija u odnosu na nadzirana tijela, kontrola nad upravom (indirektno i nad izvršnom vlašću) kao dio konstrukcije demokratske države, implementacija pravne stečevine Europske unije, te eventualna supsidijarna funkcija u slučajevima kada nije osigurana druga sudska zaštita, odnosno drugi oblik pristupa sudu⁹.

Sve funkcije upravnog sudstva te učinaka odluka upravnih sudova potrebno je promatrati u kontekstu materijalno-pravne širine upravnoga, a time i upravno-sudskog djelovanja. Uprava "pokriva" praktički sva područja života, pa i funkcioniranje upravnog sudstva svoj trag ostavlja u iznimno velikom broju društvenih odnosa i životnih situacija.

Upravnom sudovanju svojstven je i javnopravni kontekst djelovanja, o čemu će više riječi biti u 3. i 5. dijelu ove analize.

Ovu analizu sastavio sam iz perspektive novoime-novanoga upravnosudskog praktičara, a ranije upravnog službenika i upravno-pravnog teoretičara, nakon prvih šest mjeseci primjene ZUS-a. Na početku rada donosim presjek glavnih novina koje donosi ZUS, slijedeći sistematizaciju glavnih proklamiranih ciljeva reforme upravnog spora. Kako se novi sustav upravnog sudovanja nerijetko uspoređuje s parnicom, uz istodobno prisustvo teza da u stvari nema bitnih razlika u odnosu na ranije uređenje upravnog spora, bilo je potrebno ukratko se osvrnuti i pozicioniranja novoga upravnog spora u odnosu na spomenuta dva procesna "pola". Početnu fazu reforme prate snažni ograničavajući izvanpravni faktori, čije bi izostavljanje iz ove analize u znatnoj mjeri zamaglilo realnost prikaza aktualnog stanja. U vrijeme pisanja analize u tijeku je i postupak prvog noveliranja ZUS-a, što je predstavljeno u nastavku rada. Zaključno se iznose glavne teze analize.

⁸ Među općim funkcijama sudbene vlasti (v. npr. čl. 2 Zakona o sudovima, *Nar. nov.* 150/05, 16/07, 113/08, 153/09, 34/10, 116/10, 27/11, 57/11 i 130/11), kod upravnih sudova osobito do izražaja dolazi zaštita ravnopravnosti i jednakosti pred zakonom. Naime, na razini društvene zbilje, fizičke i pravne osobe, u pravilu, nemaju jednaku snagu kao javnopravna tijela u odnosu na koja su stranke u postupku, korisnici javnih usluga, ili stranke upravnog ugovora.

⁹ Ova uloga se zasad samo naslućuje iz nekih novijih ustavnosudskih odluka. Riječ je o konceptu koji u hrvatskom pravu tek poprima početne obrise. Svakako je riječ o temi koja zaslužuje zasebnu detaljnu analizu, pa je ovdje tek ukratko naznačena.

2. Ciljevi reforme upravnog spora i početna iskustva

Među ciljevima upravnosudske reforme, spomenutima — između ostalog — u obrazloženju Konačnog prijedloga ZUS-a¹⁰, jesu: uvođenje upravnog spora kao pune jurisdikcije; dosljedno provođenje načela usmene rasprave; lakša dostupnost upravnih sudova; utvrđivanje činjeničnog stanja od strane suda; osiguranje sudske zaštite od svih upravnih postupanja (ne samo od pojedinačnih odluka — upravnih akata)¹¹; donošenje primarno reformacijskih, a tek iznimno kasatornih odluka; ustrojavanje dvostupanjskog sudovanja; stavljanje u nadležnost upravnog sudstva ocjene zakonitosti općih akata koji nisu u nadležnosti Ustavnog suda Republike Hrvatske; određivanje nadležnosti Visokoga upravnog suda Republike Hrvatske (u nastavku teksta: VUS) tako da u većini slučajeva to nije žalbeni sud, već ponajprije sud koji rješava najsloženije upravne stvari i odlučuje o zakonitosti općih akata; usklađenje sa ZUP-om, koji je unio mnoge nove institute i proširio primjenu upravnog postupka i da ranije neregulirana postupanja uprave. Reformom upravnog spora njegova pravila ujedno se usklađuju s pravnom stečevinom Europske unije, kao i sa čl. 6 Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.

Još neke važnije novosti koje je ZUS donio u odnosu na prijašnju regulaciju upravnog spora jesu: ZUS sadrži posebno sistematizirana načela upravnog spora; šira definicija zainteresirane osobe; više nema obveze upućivanja požurnice kod šutnje uprave, ali je propisan dilatorni rok, prije čijeg isteka je podnošenje tužbe preuranjeno; prema Prijašnjem ZUS-u, o odgovornom učinku tužbe odlučuje tuženo tijelo, dok je ZUS-om ta ovlast dana sudu, uz zakonom propisane pretpostavke; ZUS-om je normiran novi institut oglednog spora; uspjeh u sporu kao primarni kriterij za odluku o troškovima spora, i dr.

2.1. Afirmiranje reformacijskog odlučivanja (spor pune jurisdikcije)

Mogućnost meritornog odlučivanja u slučaju usvajanja tužbenog zahtjeva Prijašnji ZUS propisivao je kao iznimku od donošenja kasatornih odluka (čl. 39), dok bi prema odredbama čl. 58 ZUS-a to — načelno — trebalo biti pravilo.

¹⁰ Prema www.sabor.hr.

¹¹ O upravnim postupanjima v. npr. u A. Rajko, Zaštita od drugih oblika postupanja javnopravnih tijela u Hrvatskoj – koristan, ali loše normiran upravno-procesni institut, *Sveske za javno pravo* 5, Sarajevo 2011, s. 78 i dalje.

Zakonodavac je davanjem ovlasti upravnim sudovima da donose reformacijske presude napravio iznimku od načela diobe vlasti (čl. 4 st. 1 Ustava), ali samo dok se upravnosudsko preuzimanje upravnih funkcija kreće u okviru nadzora zakonitosti, u smislu odredbe čl. 19 st. 2 Ustava, tj. provjere upravnog djelovanja od strane suda (čl. 4 st. 2 Ustava). Stoga je i spor pune jurisdikcije u svojoj srži spor o zakonitosti, s proširenim dosegom sudske zaštite¹².

Donošenje reformacijske odluke ujedno je pretpostavka za podnošenje žalbe protiv prvostupanjske presude upravnog suda (tzv. "filter za žalbu" iz čl. 66 st. 2 ZUS-a, kojim je pravo žalbe u upravnom sporu bitno ograničeno¹³).

Smatram da je donošenje reformacijske odluke, osim odredbama čl. 58 ZUS-a, ograničeno i dispozicijom tužitelja (čl. 22 st. 3 te čl. 31 ZUS-a), ali o tome postoje različita mišljenja¹⁴.

Neovisno o tome, u praksi će omjer reformacijskih i kasatornih presuda kod usvajanja tužbenog zahtjeva najvećim dijelom ovisiti o upravnosudskom tumačenju "prirode stvari" kao zapreke za donošenje reformacijske odluke (čl. 58 st. 1 i 3 ZUS-a).

Iako mi nisu dostupni cjeloviti podaci na razini prvostupanjskoga upravnog sudovanja, nedvojbeno je

¹² Spor pune jurisdikcije, koji obuhvaća donošenje reformacijske odluke, ne nadomješta spor o zakonitosti, već ga nadograđuje. Pretpostavka za meritornu odluku upravnog suda je prethodno utvrđenje da je osporena pojedinačna odluka (upravni akt) nezakonita (v. osobito sljedeće odredbe ZUS-a: čl. 58. st. 1 — "Ako sud utvrdi da je pojedinačna odluka javnopravnog tijela nezakonita ...", čl. 3 st. 1, koji u svim točkama sadrži stipulaciju "ocjena zakonitosti", te čl. 2 st. 1 — povreda prava i pravnog interesa razumijeva nezakonitost upravnog djelovanja).

¹³ *A contrario* odredbe čl. 66 st. 2 ZUS-a, žalba nije dopuštena protiv presude kojom je tužbeni zahtjev odbijen, niti protiv kasatorne presude (kojom je tužbeni zahtjev usvojen, a predmet vraćen tuženiku na ponovni postupak). Pravo na žalbu bitno je ograničeno i u odnosu na rješenja (v. čl. 67 st. 1 ZUS-a).

Glavni razlog uvođenja razmjerno strogog „filtera za žalbu“ sastoji se u sljedećem: kod odbijanja tužbenog zahtjeva smatra se da je o pravu ili obvezi stranke/tužitelja ukupno u upravnom postupku i upravnom sporu već odlučivano u dovoljnom broju stupnjeva, dok se žalba protiv kasatorne presude ne smatra svrhovitom zbog učinaka kasatorne odluke.

¹⁴ V. npr. Đerđa-Šikić (bilj. 2), s. 158 i ss. 252-257; I. Vezmar Barlek, Novo uređenje predmeta upravnog spora u Hrvatskoj, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 1-2012, ss. (488-490 i 501); A. Rajko, *Zakon o upravnim sporovima (Objašnjenja, komentarske bilješke, kazalo, ogledni primjeri...)*, Zagreb 2010, s. 33.

Općenito o sporu pune jurisdikcije v. npr. i B. Britvić Vetma, *Spor pune jurisdikcije prema Zakonu o upravnim sporovima*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*, 1-2011.

Na ovu temu ukratko ćemo se vratiti i pod 4. analize.

da su u prvih šest mjeseci primjene ZUS-a kod usvajanja tužbenih zahtjeva kasatorne presude i dalje zastupljenije u odnosu na reformacijske.

2.2. *Usmena rasprava (kontradiktornost spora)*

Usmena rasprava glavni je instrument ostvarivanja kontradiktornosti spora, a važnost uvođenja usmene rasprave kao pravila, a ne više kao iznimke (usp. čl. 34-38 Prijašnjeg ZUS-a), vidi se i po tome što katalog načela upravnog spora sadrži i odredbe o načelu usmene rasprave (čl. 7 ZUS-a).

Spomenuto je načelo razrađeno odredbama ZUS-a kojima je normirana materija rješavanja upravnog spora bez rasprave (čl. 36 i čl. 48 st. 3), tehnike vođenja i javnost rasprave (čl. 37-39 te čl. 54 st. 2 i čl. 61 st. 2 i 5), te trajanja rasprave kao pretpostavke za pojedine procesne radnje (čl. 40 st. 1 i 3, čl. 41 st. 1).

Među ostalim instrumentima osiguranja kontradiktornosti spora treba spomenuti i odredbu čl. 55 st. 4 ZUS-a, prema kojoj se presuda može temeljiti samo na činjenicama i dokazima o kojima je strankama dana mogućnost izjašnjavanja. Ta se mogućnost, osim na ročištu za raspravu, odnosno pozivom na ročište na koje stranka neopravdano nije pristupila, strankama može dati i pozivom na pisano izjašnjenje (komuniciranje podnescima).

Sudjelovanje na raspravi podrazumijeva i odgovarajuću procesnu verziranost stranaka. Stoga je u početnom razdoblju primjene ZUS-a kod dijela službenih osoba tuženika (javnopravnih tijela)¹⁵ bio prisutan zazor od dolaska u sudnice upravnih sudova, iako su službene osobe tuženika u pravilu materijalno pravno verziranije od odvjetnika (opunomoćenika tužitelja), na čijoj strani je, pak, procesnopravno iskustvo. Stoga je reakcija odvjetnika na uvođenje rasprave kao pravila u upravnom sporu, očekivano, bila pozitivna.

Dio tuženika i dalje nije u dovoljnoj mjeri zastupljen na raspravi, iako je to prije svega posljedica zakašnjelih priprema javnopravnih tijela za prelazak na novi model upravnog spora. S druge strane, u dosadašnjem radu rijetkost nisu bili ni izostanci (opunomoćenika) tužitelja s rasprave.

2.3 *Utvrđivanje činjeničnog stanja*

Upravni sud više nije vezan činjeničnim stanjem utvrđenim u upravnom postupku koji je prethodio po-

¹⁵ Prema čl. 20 st. 3 ZUS-a, tuženika u upravnom sporu može zastupati samo službena osoba odnosno javnopravnog tijela, dok tuženike u statusu tijela državne uprave i drugih državnih tijela može zastupati i državno odvjetništvo.

jedinom sporu (čl. 39 Prijašnjeg ZUS-a), već te činjenice može uzeti u obzir, a može odlučiti i sam utvrđivati činjenice (čl. 33 ZUS-a). Stoga upravni sud ima znatni prostor za procjenu u kojem dijelu će se osloniti na činjenično stanje u spisu predmeta upravnog postupka, a u kojem dijelu će činjenično stanje sam utvrditi.

Stoga upravno sudstvo više ne odlučuje samo na temelju "papira", tj. uvida u spis predmeta upravnog postupka, te u tužbu i odgovor na tužbu, već i dokaznog postupka koji sam provodi.

Kombinacija jačanja kontradiktornosti spora i mogućnosti utvrđivanja činjenica te provedbe i ocjene dokaza bitan je iskorak u kvaliteti utvrđivanja materijalne istine u odnosu na ranije uređenje upravnog spora. Pored toga, na razini generalne i specijalne prevencije, spomenute pod 1 ovog rada, svijest o mogućnosti da npr. službena osoba iz upravnog postupka bude pozvana kao svjedok u upravnom sporu postupno bi trebala doprinositi unapređenju rada uprave.

Kod dijela tuženika je početna praksa Upravnog suda u Rijeci (na koji — zbog izravnog uvida — ograničavam ovu tezu, iako vjerojatno vrijedi i u odnosu na druge sudove) u izvođenju dokaza kojima se provjerava "papirnatost" stanje u spisu predmeta upravnog postupka, preispituju nalazi vještaka javnopravnih tijela i sl, izazvalo zbunjenost, ponegdje i određenu dozu nezadovoljstva novom ulogom upravnih sudova¹⁶. Ipak, općenito promatrano, uočavam ubrzana nastojanja prilagodbe tuženika novom sustavu.

2.4. Usklađenja sa ZUP-om

Materije ZUS-a i ZUP-a komplementarne su normativne cjeline. Stoga je ZUS, iako sa zakašnjenjem, usklađen s novinama koje je donio ZUP. Primjerice, riječ je o proširenju zaštite s upravnog postupka na upravna postupanja i upravne ugovore, prigovor kao novi redoviti pravni lijek, rješavanje upravnih stvari od strane službenih osoba umjesto čelnika tijela i dr.

Spomenuto je obuhvatilo i terminološka usklađenja dvaju procesnih zakona. Međutim, osim razlike u definiciji javnopravnog tijela (v. bilj. br. 6), važna

¹⁶ Prema neslužbenim informacijama, dio resora planira kroz zakonodavnu proceduru "progurati" isključivu stvarnu nadležnost VUS-a za rješavanje o stvarima iz njihova djelo-kruha.

Tijekom srpnja i kolovoza 2012. Ministarstvo uprave oglašilo je internetsko savjetovanje sa zainteresiranom javnošću, između ostalog, za Nacrt prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o lokalnoj i područnoj (regionalnoj) samoupravi, te za Nacrt prijedloga Novog Zakona o pravu na pristup informacijama. U oba nacrtu previdena je isključiva nadležnost VUS-a u upravnom sporu.

terminološka neusklađenost između ovih dvaju zakona postoji u pogledu pojma „upravnog akta“. Iako je taj termin duboko ukorijenjen u hrvatsku upravno-pravnu tradiciju, posve je izostavljen iz teksta ZUP-a, ali je svoje mjesto našao u normi čl. 3 st. 1 t. 1 ZUS-a, kao alternacija za pojam pojedinačne odluke kojom je javnopravno tijelo odlučilo o pravu, obvezi ili pravnom interesu stranke u upravnoj stvari.

U pogledu odnosa ZUS-a i ZUP-a te početnih iskustava u mojoj upravnosudskoj praksi, valja ukazati da dio odredbi ZUP-a i u trećoj godini primjene ZUP-a predstavlja problem dijelu praktičara. Problem je tim veći kada se u obzir uzme da se osnova koncepcije ZUP-a nadovezuje na više negoli polustoljetnu tradiciju prijašnjeg Zakona o općem upravnom postupku¹⁷.

2.5. Ocjena zakonitosti općih akata

Uvodno je već naznačena jedna od glavnih novina reforme upravnog spora — uvođenje upravnosudskog nadzora zakonitosti i statutarnosti općih akata dijela javnopravnih tijela od strane VUS-a.

Slijedom spomenute novine, Ustavni sud Republike Hrvatske je neriješene predmete kojima se osporava zakonitost navedenih općih akata ustupio na rješavanje VUS-u¹⁸.

Osnovne značajke upravnosudske kontrole općih akata jesu:

- a) supsidijarnost u odnosu na ustavnosudski nadzor zakonitosti općih akata;
- b) ograničenost na opće akte jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, pravne osobe s javnim ovlastima i pravne osobe koje obavljaju javnu službu, dok opći akti ostalih javnopravnih tijela ne podliježu upravnosudskom nadzoru zakonitosti;
- c) mogućnost iniciranja kontrole ne samo na zahtjev podnositelja iz čl. 83 st. 1 ZUS-a, već i *ex officio*, ili na zahtjev drugog suda (potonja mogućnost srodna je institutu ekscepcije ilegalnosti¹⁹), pa upravnosudski nadzor zakonitosti općih akata može biti usmjeren ne samo prema zaštiti subjektivnih prava podnositelja zahtjeva, kojima je u konačnici cilj izmijeniti poje-

¹⁷ *Sl. FNRJ* 52/56, *Sl. SFRJ* 10/65, 18/65, 4/77, 11/78, 32/78, 9/86 i 47/86 – proč. tekst, *Nar. nov.* 53/91 i 103/96.

¹⁸ Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske, broj: U-II-5157/2005 i dr. od 05. 03. 2012. (*Nar. nov.* 41/12).

¹⁹ V. čl. 37 Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske (*Nar. nov.* 99/99, 29/02 i 49/02 — proč. tekst). Dodatno o ekscipciji ilegalnosti (izuzeću nezakonitosti) u hrvatskoj pravnoj praksi v. u: D. Jurić Knežević, Uloga suda u poticanju apstraktne kontrole propisa, *Hrvatska javna uprava* 3, Zagreb 2007, ss. 527-537.

dinačnu odluku utemeljenu na općem aktu²⁰, već i prema široj zaštiti objektivne zakonitosti;

d) za pokretanje postupka ocjene zakonitosti, fizičke i pravne osobe i skupine osoba povezane zajedničkim interesom legitimirane su ukoliko postoji konkretna veza između osporenoga općeg akta, pojedinačne odluke utemeljene na tom aktu, te povrede njihova prava ili pravnog interesa²¹.

Zasad ne postoji praksa VUS-a na području ocjene zakonitosti općih akata, pa u tom dijelu početna iskustva ne mogu biti ugrađena u ovaj tekst.

2.6. Organizacijske promjene

Do stupanja na snagu ZUS-a, upravnosudsku funkciju obavljao je samo Upravni sud Republike Hrvatske. Početkom provedbe reforme upravnog spora, taj je sud nastavio djelovati kao VUS²², a osnovana su četiri nova upravna suda, sa sjedištima u Zagrebu, Splitu, Rijeci i Osijeku²³. Svaki od četiriju upravnih sudova nadležan je za područja više županija.

Upravni sudovi i VUS u pravilu odlučuju u tročlanim vijećima²⁴.

Odredbama o mjesnoj nadležnosti upravnih sudova (čl. 13 ZUS-a) upravni spor je fizički „približen“ tužitelju. Kao tuženici se u većini sporova javljaju središnja tijela državne uprave i središnja tijela pravnih osoba s javnim ovlastima²⁵, koja su dužna osigurati

²⁰ V. čl. 87 ZUS-a.

²¹ Navedene osobe mogu paralelno osporavati pojedinačni upravni akt u upravnom sporu, te opći akt na kojem je taj upravni akt utemeljen u postupku ocjene zakonitosti pred VUS-om.

²² VUS je, u bitnome, drugostupanjski (žalbeni) sud u odnosu na upravne sudove (u odnosu na odluke protiv kojih je dopuštena žalba), prvostupanjski sud u upravnim stvarima određenima posebnim propisima (npr. čl. 18 st. 2 Zakona o elektroničkim komunikacijama — *Nar. nov.* 73/08 i 90/11), te sud nadležan za ocjenu zakonitosti općih akata (v. pod 2.5. ove analize).

Uzevši u obzir da protiv većine odluka upravnih sudova žalba nije dopuštena (čl. 66 st. 2 i čl. 67 st. 1 ZUS-a), ograničen je prostor u kojem VUS može djelovati kao ujednačavatelj sudske prakse u okviru upravnog sudovanja.

²³ V. odredbe čl. 6 Zakona o područjima i sjedištima sudova (*Nar. nov.* 144/10 i 84/11).

²⁴ Suđenje po sucima pojedincima upravnih sudova normirano je u čl. 14 st. 2, a odlučivanje VUS-a u petočlanim vijećima u čl. 14 st. 3 ZUS-a. U prvih šest mjeseci rada Upravnog suda u Rijeci, suci pojedinci zaduženi su približno sa 6% predmeta, dok je u ostalima nadležno vijeće. U istom razdoblju tužbeni zahtjev usvojen je u oko 17% sporova riješenih presudom, dok je u korist tužitelja faktički završio i dio obustavljenih sporova, u slučaju kada tuženici za vrijeme spora postupe po tužbenom zahtjevu (najčešće poništavajući vlastito rješenje).

²⁵ U prvom polugodištu 2012, približno četvrtina sporova pred Upravnim sudom u Rijeci pokrenuta je u socijalnim

svoje zastupanje pred različitim upravnim sudovima, u pravilu prema prebivalištu/sjedištu tužitelja, odnosno lokaciji nekretnine na koju se spor odnosi.

2.7. Završno o početnim iskustvima — tipične loše navike stranaka u sporu

U prvih šest mjeseci upravnosudske prakse, na strani tužitelja prije svega sam uočio sljedeće nedostatke: pokretanje spora bez racionalne procjene izgleda za uspjeh u sporu (sporenje “reda radi”); postavljanje nedopuštenoga i(li) nepreciznog tužbenog zahtjeva; izostavljanje predlaganja dokaza u tužbi; nerazmjer između opsega i sadržajne kvalitete činjenične i pravne argumentacije sadržane u tužbi; razni oblici formalne neurednosti tužbe. Dio spomenutog slijedi iz činjenice da nezanemariv broj tužitelja u upravnom sporu ne angažira odvjetnika, iako i podnesci sastavljeni od strane odvjetnika ponekad imaju neke od navedenih nedostataka.

Većinu loših navika tuženika smatram dodatno prihvatljivima, kada se uzme u obzir da je riječ o javnopravnim profesionalcima. Među nedostacima koji se u praksi javljaju na strani tuženika potrebno je izdvojiti posebice: osporavanje tužbenog zahtjeva i kada je očito osnovan; neadekvatna obrazloženja osporenih odluka (upravnih akata), od neosvrtnja na dio žalbenih navoda, do očitog pristupa “kako da ‘pokrijem’ prvostupanjsko rješenje, iako znam da nije zakonito”; nedavanje mogućnosti stranci da se izjasni tijekom upravnog postupka; jednorečenični odgovori na tužbu (npr. “ostajemo pri navodima iz obrazloženja osporenog rješenja”, iako je često problem upravo u nekvalitetnim obrazloženjima); gruba kršenja pravila o uredskom poslovanju, što svoj odraz nalazi u stanju spisa predmeta upravnog postupka dostavljenog sudu.

3. Pozicioniranje novoga upravnog spora u odnosu na parnicu, te u odnosu na raniju regulaciju upravnog spora

U kojoj mjeri je aktualnom reformom upravni spor približen sustavu koji je normiran Zakonom o par-

stvarima (s Hrvatskim zavodom za mirovinsko osiguranje i Hrvatskim zavodom za zdravstveno osiguranje kao najčešćim tuženicima), oko petine sporova odnosi se na financijske predmete (Ministarstvo financija kao najčešći tuženik), a među zastupljenijim skupinama predmeta su i oni u kojima se kao tuženici javljaju Ministarstvo graditeljstva i prostornog uređenja (predmeti vezani za gradnju i uklanjanje objekata, komunalne poslove i sl.), Ministarstvo pravosuđa (imovinsko-pravne stvari, poput izvlaštenja i denacionalizacije), te u nešto manjem broju Ministarstvo unutarnjih poslova (razna statusna prava, uključujući statute stranaca) i Odbor za državnu službu (službeničkopравни predmeti).

ničnom postupku²⁶ (u nastavku teksta: ZPP), a u kojoj mjeri je napravljen otklon od Prijašnjeg ZUS-a²⁷?

Širenje prostora za afirmaciju kontradiktornosti vođenja upravnog spora, prije svega propisivanjem vođenja rasprave kao pravila (uz rijetke iznimke), glavni je činitelj približavanja reformiranoga upravnog spora pravilima parničnog postupka. S navedenim korespondiraju norme obaju zakona (ZUS-a i ZPP-a) koje činjenični supstrat presude ograničavaju na činjenice i dokaze o kojima je strankama dana mogućnost izjašnjavanja, kao i odredbe koje se odnose na dužnosti koje stranke imaju u pogledu argumentiranja svoje pozicije. Na spomenuto se nadovezuje i prestanak vezanosti upravnog suda činjeničnim stanjem utvrđenim u upravnom postupku koji je prethodio odnosnom sporu, što je još jedan element koji približava novi upravni spor i parnicu.

Nadalje, reforma upravnog spora u okviru sudskog nadzora upravne djelatnosti afirmira reformacijske ovlasti upravnih sudova, tj. ovlasti meritornog rješavanja sporova u slučaju usvajanja tužbenog zahtjeva. Nasuprot tome, prijašnje uređenje upravnog spora kao pravilo je postavljalo zadržavanje upravnog sudstva u granicama kasatornih odluka²⁸. Valja spomenuti i otklon u smjeru parničnog postupka sadržan u novoj regulaciji podmirivanja troškova upravnog spora, u pravilu prema kriteriju uspjeha u sporu, za razliku od Prijašnjeg ZUS-a, kojim je bilo propisano da svaka stranka podmiruje svoje troškove. Odredbama ZUS-a i ZPP-a na sličan je način uređena i pomoć nekoj stranci, iako to načelo u kontekstu upravnog spora, tj. spora između (najčešće) pojedinca i neke od struktura javne vlasti, dobiva dodatnu dimenziju.

Konačno, u dijelu postupovne materije ZUS-om je propisano da se pojedine odredbe ZPP-a izravno primjenjuju u upravnom sporu, i to vezano za poslovnu sposobnost fizičke osobe, zaštitu suda, stranaka i drugih sudionika od uvredljivih podnesaka i održavanje reda na raspravi, te — najvažnije — pravila dokazivanja i pribavljanje dokaza²⁹.

S druge strane, između novog uređenja upravnog spora i regulacije parničnog postupka i dalje postoje znatne razlike, primjerice, u pogledu³⁰: ovlasti suda da po

službenoj dužnosti utvrđuje činjenice; (ne)postojanja ograničenja do kada se tijekom spora sud može oglasiti nenadležnim; sastava suda; općemjesne nadležnosti te (ne)dopuštenosti sporazumijevanja stranaka o mjesnoj nadležnosti; zastupanja stranaka; djelomice, u pogledu postupanja s neurednim podnescima i posljedicama njihove neurednosti; postupanju u slučaju namjere podnošenja tužbe protiv Republike Hrvatske; potrebnosti pristanka tuženika na povlačenje tužbe; mogućih suparničara te načinu uključanja umješaca/zainteresiranih osoba u spor; (ne)postojanja ograničenja materije o kojoj se može odlučivati izvanraspravnim rješenjima; (ne)postojanja procesnih instituta poput protutužbe, mirovanja postupka, pripremnog ročišta, djelomične presude, međupresude, presude na temelju priznanja, presude na temelju odricanja, presude zbog ogluhe, presude zbog izostanka, dopunske presude; pretpostavki za dopuštenost donošenja presude bez provedbe rasprave; rokova za odgodu objave presude, odnosno za izradu i otpremu objavljene presude; prava na žalbu protiv presude i rješenja, kao i odgodnog učinka žalbe protiv presude i rješenja; (ne)normiranja apsolutno bitnih povreda postupka.

Pored netom navedenih razlika u normiranju upravnog spora i parnice, odredbama Prijašnjeg ZUS-a bila je propisana opća podredna primjena odredbi ZPP-a, dok je sada supsidijarna primjena drugih procesnih zakona ZUS-om ograničena samo na pojedina područja, a pored dijela normi ZPP-a, na pojedina pitanja upravnog spora primjenjuju se i odredbe ZUP-a.

Nadalje, dio bitnih razlika između uređenja propisanog ZUS-om u odnosu na Prijašnji ZUS slijedi iz prethodnog razmatranja približavanja novoga upravnog spora parnici. Također, ZUS-om je, za razliku od Prijašnjeg ZUS-a, regulirana žalba kao redoviti pravni lijek, a upravno sudovanje ustrojeno je u dva stupnja, s decentraliziranom organizacijom prvostupanijskih sudova.

Kao i svaki procesni zakon, ZUS sadrži odredbe kojima se u određenoj mjeri ostvaruju dva važna procesna načela. Prema prvom, u bitnome, inicijativa za pokretanje spora je na privatnom tužitelju, spor se odvija kao borba dviju stranaka, koje dominiraju i dokaznim postupkom, dok sud ima relativno pasivnu

²⁶ *Nar. nov.* 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 2/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11 i 148/11 — proć. tekst.

²⁷ Dio tog otklona već je raščlanjen prethodno u tekstu.

²⁸ O reformacijskim i kasatornim ovlastima upravnih sudova v. i pod 2.1, te 4. ovog rada.

²⁹ Međutim, ZPP nije jedini supsidijarni procesni propis u upravnom sporu, jer u odnosu na dio instituta ZUS upućuje na primjenu normi ZUP-a (dostava, izvršenje presude, te zahtjev za izmjenju pojedinačne odluke zbog ukidanja općeg akta).

³⁰ Navedena usporedba obuhvatila je prije svega sljedeće odredbe:

— ZUS-a – čl. 13, čl. 14, čl. 17-21, čl. 28, čl. 29, čl. 33, čl. 34 st. 2 i 3, čl. 35, čl. 36, čl. 41, čl. 42, čl. 49, čl. 61, čl. 62, čl. 66 i čl. 67;

— ZPP-a – čl. 7 st. 2, čl. 17, čl. 20, čl. 41, čl. 46, čl. 47, čl. 70, čl. 89-101, čl. 109, čl. 186a, čl. 189, čl. 193, čl. 194, čl. 196-203, čl. 206-209a, čl. 216-218, čl. 286-292, čl. 312, čl. 329-332a, čl. 335 st. 4, čl. 337 st. 1, čl. 339, čl. 348, čl. 354 st. 2, čl. 370, čl. 371, čl. 378 i čl. 379.

ulogu. Drugo načelo sadržava elemente suprotne ne-
tom navedenima³¹.

U pojedinim odredbama ZUS-a u primarno je sadržano
oficiozno, u drugima adversarno načelo, a postoje i
mješovite odredbe, koje sadrže bitne elemente obaju
načela. Uzevši u obzir tipična obilježja pojedinog dije-
la regulacije upravnog spora:

a) odredbe u kojima je sadržano *oficiozno načelo*
možemo podijeliti u (1) norme usmjerene ponajprije
prema ostvarenju objektivne zakonitosti (uključujući
pravilno utvrđivanje materijalne istine)³², (2) odredbe
vezane za učinkovito upravljanje postupkom (uklju-
čujući održavanje procesne discipline)³³, te (3) norme
čiji je primarni cilj osiguranje ravnopravnosti stra-
naka u sporu³⁴,

b) odredbe u kojima je sadržano *adversarno načelo*
možemo klasificirati u odredbe kojima su uređene (a)
“aktivacijske ovlasti” stranaka³⁵, (2) ovlasti stranač-
kog disponiranja³⁶, te (3) ostvarenje kontradiktornosti
spora, kao instrumenta zaštite prava stranaka³⁷;

³¹ Ovisno o kontekstu analize, autoru i dr., prvo načelo uo-
bičajeno se naziva *adversarnim, kontradiktornim, akuzator-
skim, stranačkim, paritetnim* i sl., a drugo *oficioznim, inkvi-
zitorskim, istražnim, hijerarhijskim* i sl. Za potrebe ovog
teksta, koristimo termine *adversarno*, odnosno *oficiozno*
načelo.

Opširnije o pojedinim procesnim modelima i njihovim ele-
mentima v. u: M. Damaška, *Lica pravosuđa i državna vlast*
(*Usporedni prikaz pravosudnih sustava*), Zagreb 2008.
Damaškina komparativna analiza pravosudnih sustava
počiva na razlikovanju modela postupka za rješavanje
sporova i postupka za provođenje državne politike, te
paritetnih i hijerarhijskih pravosudnih aparata.

³² Npr. postupanje suda po tužbi, nevezanost suda vezan
razlozima tužbe, sud po službenoj dužnosti pazi na ništavost
pojedinačne odluke (upravnog akta) i na ništavost upravnog
ugovora, slobodna ocjena dokaza i utvrđivanje činjenica od
strane suda, ovlaštenje suda da od stranaka traži izjašnjenja,
obrazloženja, dostavu dokaza i sl., obveza dostave isprava
kojima raspolažu javnopravna tijela na zahtjev suda, pret-
hodno pitanje, donošenje presude prema slobodnom uvje-
renju te na temelju razmatranja svih pravnih i činjeničnih
pitanja, ostale odredbe oficioznog karaktera kojima je ure-
đena presuda, odnosno rješenje, i dr.

³³ Npr. načelo učinkovitosti, rješavanje spora bez spisa pred-
meta kada ga tuženik ne dostavi, mogućnost rješavanja spora
bez rasprave, odredbe o ovlasti suda vezanima za raspravu
uključujući ovlast presuđivanja bez nazočnosti stranke na
raspravi, presumpcija povlačenja tužbe zbog nepostupanja
tužitelja po zahtjevu suda, ogledni spor, određivanje sudskih
rokova, održavanje reda, i dr.

³⁴ Prije svega, riječ je o načelu pomoći neukoj stranci, te od-
redbama kojima je razrađeno to načelo.

³⁵ Npr. isključive ovlasti pokretanja spora i određivanja op-
sega tražene zaštite, podnošenja žalbe, i sl.

³⁶ Npr. proširenje tužbenog zahtjeva, povlačenje tužbe, priz-
nanje tužbenog zahtjeva, postupanje prema tužbenom zah-
tjevu u tijeku spora, odricanje od žalbe i povlačenje žalbe, i
sl.

³⁷ Npr. izjašnjavanje stranaka te njihova prava i obveze, vo-
đenje rasprave (u pravilu), odgovor na tužbu i žalbu, te dr.

c) za primjenu dijela *mješovitih odredaba* potrebno
je, pak, suglasje stranke i suda³⁸, dok se u drugoj sku-
pini mješovitih odredbi također ostvaruje njihova su-
radnja, ali bez propisane suglasnosti stranke i su-
da³⁹.

ZUS i Prijašnji ZUS dijele zajednički predmet ocjene
zakonitosti upravnih akata, s time da je odredbama
ZUS-a nadzor zakonitosti proširen (nadograđen) u do-
datnim pravcima, naznačenima u uvodu analize. Pored
toga, novo uređenje kontradiktornosti upravnog spora
i načina utvrđivanja činjeničnog stanja čini bitnu raz-
liku između prijašnje i sadašnje regulacije. Također,
ZUS je - unatoč određenim nedostacima - neusporedivo
potpuniji propis u odnosu na Prijašnji ZUS.

U onome u čemu je napravljen odmak od ranijega up-
ravnog spora, uglavnom se sastoji približavanje ZUS-a
i ZPP-a. Pritom upravni sudovi imaju nešto više
oficioznih ovlasti u odnosu na parnične sudove, što je
logično uzevši u obzir posebnosti upravnog sudovanja.
Prije svega, upravni spor ne odvija se u *privatno-
pravnome*, nego u *javnopravnom kontekstu*. U up-
ravnom sporu u ulozi tuženika uvijek se javlja neki
oblik javne vlasti, što naglašava važnost ovih sporova
za zaštitu prava građana i pravnih osoba, ali i javnog
interesa. Nadalje, upravni spor nije početak sporenja
između tužitelja i tuženika, već zasebna, dodatna, kon-
trolna vrsta rješavanja spora koji između stranaka u
stvari traje još iz faze upravnog postupka, slijedom
čega prvostupanjski upravni sudovi u znatno većoj
mjeri donose odluke koje ne podliježu nadzoru viših
sudova negoli je to slučaj u drugim sudskim postupcima
(što naglašava i veću odgovornost sudaca tih sudova).
Ne treba zaboraviti ni na uvodno spomenutu mate-
rijalnopravnu širinu upravnog sudovanja. Stoga su i
sličnosti između upravnog spora i parnice (kao pro-
cesne sastavnice građanskog prava) znatno prisutnije
u pogledu procesne tehnike i utvrđivanja materijalne
istine, negoli suštine odlučivanja.

4. Utjecaj izvanpravne zbilje na početak reforme upravnog spora

Vacatio legis između objave ZUS-a i njegova stupanja
na snagu trajao je skoro dvadeset tri mjeseca⁴⁰. Dakle,
nije nedostajalo vremena za kadrovske, edukacijske,

³⁸ Npr. sud odlučuje u granicama tužbenog zahtjeva, izda-
vanje privremene mjere, odgoda izvršenja prvostupanjske
presude, sudska nagodba, i dr.

³⁹ Npr. odgovorni učinak tužbe (kada je određen po službenoj
dužnosti), nevezanost suda stranačkim prijedlozima utvrđi-
vanja činjenica i dokaza, i dr.

⁴⁰ Hrvatski sabor donio je ZUS 29. 01. 2010, a Zakon je u
Narodnim novinama objavljen 12. 02. 2010.

organizacijske, tehničke, normativne i druge pripreme za prelazak na novi sustav upravnog sudovanja.

Kako se dinamika priprema za stupanje ZUS-a na snagu ostvarivala u praksi? Na raspolaganju je bilo razdoblje od veljače 2010. do kraja 2011. godine.

Postupak imenovanja sudaca u Hrvatskoj, uređen Zakonom o Državnom sudbenom vijeću⁴¹, je uobičajeno vrlo dugotrajan. Unatoč tome, oglas za popunu sudačkih mjesta u novim upravnim sudovima objavljen je tek u veljači 2011, da bi u svibnju iste godine bio poništen i raspisan novi. Pisano testiranje kandidata koji već nisu bili suci obavljeno je krajem rujna 2011. godine. Po okončanju selekcijskog postupka, suci upravnih sudova u Splitu, Rijeci i Osijeku imenovani su u studenom, a suci Upravnog suda u Zagreb 16. prosinca 2012. godine. Svim sucima je kao dan stupanja na dužnost određen 1. siječnja 2012. godine.

Nadalje, prema projekciji očekivanog broja predmeta, koja se zasad ostvaruje s priličnom točnošću, bilo je predloženo da se u sva četiri upravna suda startno imenuje 60-ak sudaca. Međutim, raspisan je oglas za ukupno dvadeset mjesta, i to (prema prvom oglasu) osam mjesta u zagrebačkom Sudu i po četiri mjesta u ostala tri suda, te (prema drugome, finalnom oglasu) jedanaest mjesta u Upravnom sudu u Zagrebu i po tri mjesta u ostala tri suda⁴². Nakon premještaja trojice sudaca iz drugih sudova, trenutačno u Upravnom sudu u Zagrebu radi trinaest sudaca, u osječkom Sudu četvero, a u upravnim sudovima u Splitu i Rijeci po troje sudaca⁴³. Da bi navedeni sudovi djelovali bez gomilanja zaostataka, bilo bi potrebno da u njima radi četiri do pet puta više sudaca, s punom normom.

Nadalje, imenovani suci prije stupanja na dužnost prošli su jedan edukacijski program, posvećen vođenju rasprave i sastavljanju presude, održan, 28. i 29. prosinca 2011. godine.

Većina početno planiranog broja sudskih službenika primljen je neposredno prije početka rada sudova, s time da su u odnosu na rješenja o prijemu dijela

⁴¹ *Nar. nov.* 116/10, 57/11 i 130/11.

⁴² Podsjećam, u velikoj većini sporova upravni sud odlučuje u tročlanom vijeću, pa svako bolovanje ili druga spriječenost suca u sudovima s troje sudaca (jednim vijećem) blokira rad tog suda.

⁴³ Dakle, u sustavu upravnog sudstva rade 23 prvostupanjnska suca, uz 30-ak sudaca VUS-a, pa je, prema kriteriju brojnosti sudaca, piramida upravnog sudovanja zasad okrenuta "naopak".

Ishodišna struktura prvih 20 sudaca upravnih sudova imenovanih na temelju oglasa je sljedeća: jedna sutkinja općinskog suda, 16 sudskih savjetnika (od kojih osmero s prijašnjega Upravnog suda Republike Hrvatske), jedan lokalni službenik, jedna zaposlenica pravne osobe s javnim ovlastima i jedan pravnik iz gospodarstva.

službenika žalbeni rokovi trajali i nakon početka rada sudova.

O tome tko preuzima zatečene predmete Upravnog suda Republike Hrvatske odlučeno je u srpnju 2011, i to noveliranjem Zakona o područjima i sjedištima sudova⁴⁴. Kadrovski kontinuitet Upravnog suda Republike Hrvatske i VUS-a normiran je, pak, u studenom 2011, novelom Zakona o sudovima⁴⁵. Tom je novelom (čl. 8) propisano i da su, kada je posebnim zakonima za rješavanje upravnih sporova propisana nadležnost Upravnog suda Republike Hrvatske sukladno Prijašnjem ZUS-u, za takve sporove od 1. siječnja 2012. nadležni mjesno nadležni upravni sudovi, osim upravnih sporova za koje je ZUS-om i drugim posebnim zakonima propisano da rješava Visoki upravni sud Republike Hrvatske

Najveći dio posebnih zakona, koji sadrže odredbe o upravnom sporu, nije usklađen sa ZUS-om do njegova stupanja na snagu, a ni pola godine nakon toga.

Sudovi su sami, nakon početka rada, nabavili početne količine uredskoga i drugog materijala potrebnog za rad, jer taj dio priprema uopće nije bio obavljen prije 1. siječnja 2012. godine.

Aktualne proračunske restrikcije u Hrvatskoj ne idu u prilog tome da se u bližoj budućnosti može očekivati adekvatna popuna upravnih sudova⁴⁶, već je realnije očekivati sve veće zaostatke u njihovu radu, te — kao jedan od simptoma preopterećenosti — zakazivanje ročišta (prvoga, kao i eventualnih kasnijih) za raspravu u pojedinom predmetu u sve većim vremenskim razmacima. U konačnici, iznos naknada zbog povrede prava na suđenje u razumnog roku, koje će biti isplaćene vezano za upravne sporove, mogao bi istopiti "uštedu" na račun nezapošljavanja dodatnih sudaca i sudskih službenika u upravne sudove. Pri tome je u obzir potrebno uzeti da se u vrijeme trajanja razumnog roka u upravnim sporovima uračunava ne samo razdoblje od pokretanja upravnog spora, već i razdoblje odlučivanja o žalbi u upravnom postupku koji je prethodio odnosnome upravnom sporu, dakle i razdoblje na čije trajanje sud nema utjecaja.

Spomenuto je primjer situacije u kojoj praktični problemi funkcioniranja pravne države postaju pravno

⁴⁴ V. čl. 6b Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o području i sjedištima sudova (*Nar. nov.* 84/11).

⁴⁵ V. čl. 9 i 10 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o sudovima (*Nar. nov.* 130/11).

⁴⁶ Stanje će donekle biti ublaženo imenovanjem dodatnih 11 sudaca (po četiri u splitski i riječki, te tri u osječki sud), slijedom oglasa objavljenog u svibnju 2012, što nije realno očekivati prije kraja 2012. godine. Međutim, i tada će broj sudaca biti nedovoljan, a početno stvoreni zaostatak u broju riješenih predmeta teško rješiv.

relevantni. Upravo je jedan od argumenata za afirmaciju reformacijskog odlučivanja upravnih sudova bila situacija u kojoj upravna tijela, za vrijeme važenja Prijašnjeg ZUS-a, u određenom broju slučajeva nisu postupala po presudama onodobnoga Upravnog suda Republike Hrvatske, što je u tim slučajevima dovodilo do tzv. ping-ponga između Upravnog suda te prve i druge instance u upravnom postupku. Upravna tijela bila su, dakle, po relevantnim propisima dužna postupati sukladno upravnosudskim presudama, ali nisu to uvijek činila. Fakticitet je u tom slučaju postao pravno relevantan.

Kada to znamo, možemo li tvrditi da činjenica što će upravni sudovi vrlo brzo raditi s velikim zaostacima nema nikakvu pravnu relevantnost? Koliko u takvim okolnostima ostaje od, primjerice, očekivanja da će varijanta spora pune jurisdikcije, koja podrazumijeva provedbu opsežnijega dokaznog postupka na većem broju ročišta i eventualnu obvezu tužitelja da predujmi troškove izvođenja pojedinog dokaza, ubrzati odluku o pravima i obvezama tužitelja (koji je prije toga bio stranka u upravnom postupku) i povećati razinu njegove zaštite, u odnosu na varijantu u kojoj sud može odmah utvrditi nezakonitost u upravnom postupku i dati tuženiku uputu za postupanje u ponovom postupku⁴⁷? Koliko bi pritom bio usporen rad na ostalim predmetima, dakle smanjena razina pravne zaštite tužitelja koji tek čekaju svoj red? Treba li spomenuto uzeti u obzir u raspravama koliki utjecaj na opseg upravnosudskog nadzora je potrebno priznati tužitelju, kako “virtualnom pravdom” ne bismo zasjenili njegova stvarna prava i interese, radi čijeg ostvarenja je i pokrenuo upravni spor, da ne bismo pobrkali ciljeve reforme i instrumente njihova ostvarivanja?

Također, faktičnoj situaciji u kojoj se odvija početak rada novih upravnih sudova pravnu relevantnost neizravno su dali i predlagatelji spomenutoga prvog noveliranja ZUS-a, u očekivanju da će tehničkom intervencijom (ukidanjem odlučivanja u vijeću — više o tome u 5. dijelu analize) smanjiti zaostatke u radu do kojih će, prema sadašnjem odnosu broja predmeta i broja sudaca prvostupanijskih upravnih sudova, posve izvjesno doći.

U obzir pritom treba uzeti vjerojatne posljedice po kvalitetu suđenja te po odabir predmeta koji će biti uzeti u

⁴⁷ Koliko god ponovni upravni postupak u toj situaciji bio brz ili spor, ne provodi se u ritmu sudskih ročišta, a dinamika tih ročišta će, u sadašnjim okolnostima, u pravilu biti vrlo spora. Pritom nisu od velike koristi ni usporedbe s brojem predmeta koje “duže” npr. parnični suci, jer je u parnici tek započelo odlučivanje o pravima pojedinog subjekta, dok se upravni spor nadovezuje na već provedeni upravni postupak.

rad u situaciji sve više neriješenih predmeta i inzistiranja na ostvarivanju sudačke norme⁴⁸.

Ne treba zaboraviti da se sve to odvija na samom početku funkcioniranja nove vrste sudova, koji ni po čemu nisu ni približno uhodani kao sudovi u ostalim granama pravosuđa. Stoga zbiljski, izvanpravni problemi s kojima se suočavaju upravni sudovi mogu na duži rok kompromitirati učinke reforme upravnog spora⁴⁹.

5. Pripreme za prvo noveliranje ZUS-a

Nakon provedenoga prvog čitanja, Hrvatski sabor je 15. lipnja 2012. jednoglasno prihvatio Prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama ZUS-a, a sve primjedbe, prijedlozi i mišljenja upućene su predlagatelju (Vladi Republike Hrvatske) radi pripreme Konačnog prijedloga zakona⁵⁰.

Pored nekoliko manje važnih nomotehničkih intervencija, ključna promjena sadržana u prijedlogu prve novele ZUS-a odnosi se na ukidanje odlučivanja upravnih sudova u vijećima. Predlagatelj novele taj je prijedlog obrazložio na sljedeći način:

U parničnom postupku sudovi sude na temelju Zakona o parničnom postupku (...) i, u pravilu, odlučuju suci pojedinci, bez obzira na vrijednost predmeta spora i na složenost materije o kojoj se odlučuje.

U tom kontekstu se ukazuje neutemeljenom odredba prema kojoj bi upravni sudovi koji, u prvom stupnju, sude na temelju Zakona o upravnim sporovima (...), u pravilu, donosili odluke u vijeću od tri suca. Drugim riječima, s obzirom na potrebu da zakonodavni sustav bude ujednačen nameće se zaključak da bi i u upravnim sporovima pred upravnim sudovima prvog stupnja odluke trebali donositi suci pojedinci, bez obzira na to kakva je složenost i/ili vrijednost predmeta spora, tim više što je kao drugostupanijski sud ustrojen Visoki upravni sud Republike Hrvatske.

Pritom ukazujem na sljedeće:

— zbog u ovoj analizi već spomenutog “filtera za žalbu” (čl. 66 st. 2 ZUS-a), VUS djeluje kao drugostupanijski (žalbeni) sud u vrlo malom broju sporova,

⁴⁸ Općenito u hrvatskom pravosuđu, ne samo u upravnom sudstvu, statistika rada sudaca/sudova i (ne)ostvarivanje norme u eksternim i internim, formalnim i neformalnim pogledima na funkcioniranje pravosuđa posve su u drugi plan potisnuli sva ostala pitanja, uključujući rasprave o kvaliteti rada, što se nužno reflektira i na rad sudaca.

⁴⁹ Zanimljiv generalni pogled na reforme pravosuđa u Hrvatskoj v. u: A. Abramović, Mit o reformi pravosuđa, *Hrvatska pravna revija* 9, Zagreb 2008, ss. 9-16.

⁵⁰ Prema: www.sabor.hr.

dok u odnosu na većinu odluka upravnih sudova žalba nije dopuštena;

— stoga bi eventualni prelazak na odlučivanje upravnih sudova po sucima pojedincima bilo logično kombinirati s ukidanjem “filtera za žalbu”, što bi, pak, ukupno trajanje upravnih sporova učinilo znatno dužim od stanja u vrijeme primjene Prijašnjeg ZUS-a, koje je općenito smatrano neprihvatljivim⁵¹;

— nadalje, obrazloženje prijedloga prve novele ZUS-a u obzir ne uzima posebnosti upravnog spora u odnosu na parnični postupak⁵²;

— vjerojatni glavni motiv predlaganja ukidanja suđenja u vijećima je omogućavanje istodobnog održavanja više rasprava, a time i donošenja većeg broja presuda, u odnosu na pravni okvir u kojem suci sudjeluju u radu vijeća i u predmetima za koje su zaduženi njihovi kolege, čime tehnički, financijski i statistički ciljevi potiskuju one načelne⁵³.

Vezano za netom spomenuto, iz izvješća o raspravi Odbora za pravosuđe Hrvatskog sabora povodom prijedloga prve novele ZUS-a izdvajam sljedeće:

S obzirom na činjenicu da su suci Visokog upravnog suda Republike Hrvatske zauzeli svoje mišljenje kojim se protiv prijedlogu da u upravnom sporu prvog stupnja sudi sudac pojedinac, uvažavajući mišljenje člana Odbora da bi predloženi način ubrzao postupke osobito u jednostavnim upravnim stvarima, članovi Odbora suglasni su da do drugog čitanja Ministarstvo pravosuđa preispita prijedlog kako bi se otklonio eventualni nesklad i koordinirala mišljenja predsjednika i sudaca Visokog upravnog suda Republike Hrvatske.

Predlaže se proširenje zakonodavne intervencije i na odredbe Zakona kojima se uređuje održavanje usmene rasprave, budući da provođenje kontradiktorne rasprave znatno povećava troškove postupka, a sve u cilju povećanja učinkovitosti i efikasnosti odlučivanja pred upravnim sudovima.

Neposredno uoči zaključenja ovog broja *Sveski za javno pravo* objavljena je prva novela ZUS-a koja, između ostalog, donosi prelazak na odlučivanje po

sucima pojedincima u svim prvostupanjskim upravnim sporovima, uz zadržavanje “filtera za žalbu”⁵⁴.

6. Zaključak

Generalno, smatram preuranjenim već sada pristupiti prvom noveliranju ZUS-a. Početak provedbe reforme upravnog spora postupno ukazuje na više pitanja koje bi bilo korisno dodatno ili drukčije urediti. Međutim, mišljenja sam da je svrhovitije noveliranju pristupiti nakon proteka razdoblja u kojem se potpunije i kvalitetnije mogu uočiti potrebe za izmjenama i dopunama ZUS-a, primjerice nakon njegove barem jednogodišnje primjene⁵⁵.

Zakašnjele pripreme za početak provedbe reforme upravnog spora, a osobito imenovanje višestruko manjeg broja sudaca upravnih sudova negoli je potrebno, bitno utječu na početak primjene ZUS-a, prijeteci ozbiljnom kompromitacijom cjelokupne reforme. Pritom kao stvarno rješenje problema ne mogu poslužiti mjere poput ukidanja odlučivanja u vijećima radi smanjivanja zaostataka u broju riješenih predmeta, već zbiljsko otklanjanje uzroka postojećeg stanja, bez istodobnog ugrožavanja ključnih ciljeva reforme. Prije svega, riječ je o potrebi imenovanja dovoljnog broja sudaca, te dodatne edukacije sudačkog sastava (postojećega i budućeg).

Kako protiv većine odluka četiriju prvostupanjskih upravnih sudova žalba nije dopuštena, javlja se pitanje usklađivanja sudske prakse. Za to zasad postoje tek parcijalni instrumenti: praksa VUS-a (izražena u odlukama u malom broju sporova koji se vode u dva stupnja, odnosno u načelnim zaključcima sjednice svih sudaca ili pojedinih odjela VUS-a), praksa Vrhovnog suda Republike Hrvatske povodom izvanrednoga pravnog lijeka izvanrednog preispitivanja zakonitosti

⁵⁴ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o upravnim sporovima, *Nar. nov.* 143/12. Pored ukidanja odlučivanja upravnih sudova u vijećima, u novelu ZUS-a uvrštena je — i to između dvaju saborskih čitanja — bitna izmjena režima troškova spora: kriterij uspjeha u sporu zamijenjen je vraćanjem na soluciju iz Prijašnjeg ZUS-a, prema kojem svaka stranka snosi svoje troškove, neovisno o ishodu spora. Ta je izmjena korak unatrag u regulaciji upravnosudske zaštite, te u pravilu ide na štetu tužitelja, osobito u sustavu upravnog sudovanja u kojem su troškova spora znatno veći u odnosu na raniji upravni spor, zbog vođenja rasprave, većeg broja podnesaka, provedbe dokaza u sporu i dr.

⁵⁵ Neka od pitanja koja su se javila u dosadašnjoj praksi jesu, primjerice: normiranje konkurencije mjesne nadležnosti upravnih sudova kada tužitelji s područja više sudova osporavaju isti upravni akt; jasnije uređenje troškova u slučaju obustave spora; precizna regulacija tužiteljeve dispozicije u pogledu odluke suda u slučaju usvajanja tužbenog zahtjeva (čl. 22 st. 3, čl. 31 st. 1 i čl. 58 st. 1 i 3 ZUS-a); dodatna preciziranja pojedinih pitanja u sferi procesne tehnike, i dr.

⁵¹ U obzir je, pri tome, potrebno uzeti i računanje roka za razumno suđenje u upravnom sporu, na što je već ukazano pod 4. ove analize.

⁵² Više o tom razlikovanju navedeno je pod 3. ove analize.

⁵³ U jednoj od ranijih radnih verzija prijedloga prve novele ZUS-a, bilo je predviđeno i propisivanje opće supsidijarne primjene odredbi ZPP-a u upravnom sporu (uključujući dostavu, u odnosu na koju se sada primjenjuju norme ZUP-a). Odustanak od navedenog smatram dobrim, prije svega zbog netom navedenih razloga koji ukazuju na suštinske razlike između upravnog spora i parničnog postupka.

pravomoćne presude (čl. 78 ZUS-a), te praksa Ustavnog suda Republike Hrvatske povodom ustavnih tužbi protiv presuda upravnih sudova⁵⁶.

Odredba čl. 19 st. 2 Ustava jamči sudsku zaštitu u odnosu na sve pojedinačne odluke javnopravnih tijela. Pored toga, Zakonom u sudskim pristojbama⁵⁶ normiran je znatan broj personalnih i predmetnih oslobođenja od plaćanja pristojbe, koja se u upravnom sporu — za razliku od ostalih sudskih postupaka — plaća samo u slučaju odbijanja ili odbacivanja tužbenog zahtjeva. U takvoj situaciji, znatan dio tužitelja pokreće upravne sporove i kada racionalna procjena izgleda za uspjeh spora nimalo ne ide u prilog daljnjem osporavanju pojedinačne odluke, postupajući po sistemu “idem dalje dokle god piše neka uputa o pravnom lijeku”. Stoga nezanemariv broj tužbi, kod kojih je po-

⁵⁶ Jedan od rezultata uvođenja “filtera za žalbu” je da je, u odnosu na prvostupanjske upravne sudove, Ustavni sud Republike Hrvatske (uvjetno rečeno) žalbeni sud u većem broju slučajeva negoli je to VUS, iako institut ustavne tužbe ima bitno drukčiju svrhu.

⁵⁶ Nar. nov. 74/95, 57/96, 137/02, 26/03, 125/11 i 112/12.

sve izvjesno da će u njima sadržani tužbeni zahtjevi biti odbijeni, opterećuju rad upravnih sudova, nužno smanjujući brzinu i kvalitetu rješavanja sporova u kojima postoji stvarna dvojba o zakonitosti osporene odluke. S obzirom na ustavnopravnu nedopuštenost uvođenja ograničenja pristupa upravnom sudu po kriteriju predmeta i(li) vrijednosti spora, kao jedna od mjera za svođenje broja upravnih sporova u relevantne okvire može biti smanjivanje mogućnosti besplatnog sudovanja, uz zadržavanje odredbe o plaćanju pristojbe samo u slučaju neuspjeha u sporu. Kao dodatni instrument može biti uveden neki oblik ovlasti suda da odmah po zaprimanju tužbe upozori tužitelja da npr. ustaljena sudska praksa ne ide u prilog izgleda za usvajanje tužbenog zahtjeva.

Ni jedan od kritičkih osvrtâ sadržanih u ovom radu ne treba razumijevati kao skepsu u pogledu potrebe reforme upravnog spora. Upravo suprotno, smatram da je ta reforma bila neophodna, da je u osnovi konceptijski dobro postavljena, ali i da uspjeh reforme uvelike ovisi upravo o početnoj fazi njene provedbe.

Summary

The implementation of the reform of the administrative dispute in the Republic of Croatia began on 1 January 2012. The author analyzes the main objectives of the reform, as well as initial experience after the semiannual implementation of the new Administrative Disputes Act. The specifics of the new administrative dispute compared to the other types of court proceedings, the factors that have limited prospects for success of the reform, and preparation for amending the mentioned Act have also been discussed in the article.

Sadržaj:

1. Uvod	19	3.1.3. Delovanje usmereno na kršenje ljudskih prava	22
2. Pojam udruženja	19	3.1.4. Izazivanje rasne, nacionalne i verske mržnje	23
3. Osnovi za zabranu udruženja		3.2. Zakonski osnovi za zabranu udruženja	23
3.1. Ustavni osnovi za zabranu udruženja	21	4. Pravne posledice zabrane udruženja	23
3.1.1. Zabrana tajnih i paravojnih udruženja	21	5. Nadležnost za zabranu udruženja	24
3.1.2. Delovanje usmereno na nasilno rušenje ustavnog poretka	21	6. Zabrana udruženja i krivično pravo	25
		7. Zaključak	27

1. Uvod

Iako je udruživanje ljudi u određene zajednice, esnafe, korporacije, zadruge itd. bilo pravno regulisano, sloboda udruživanja kao ljudsko pravo pojavljuje se tek u 19. veku. Prvi put je proklamovana Ustavom Belgije od 1831¹. Sloboda udruživanja je oslonac demokratije i zaštita od tiranije, kako je to naglašavao Tokvil. Međutim, ni on slobodu udruživanja nije posmatrao kao apsolutno ljudsko pravo². Sloboda govora i udruživanja mogu se iskoristiti protiv društva i pravnog poretka u kome dobijaju zaštitu. Stoga se predviđa zabrana udruženja kao najteži vid ograničenja slobode udruživanja. Ona je svojevrsna "smrtna kazna" za udruženje, pa se primenjuje izuzetno, ako primena drugih, blažih mera nije dovoljna da zaštiti ustav. U ovom radu se važeća

* Autor je *magister legum* (LLM Heidelberg), pripravnik u Višem sudu u Beogradu.

¹ Prema rimskom Zakonu od 12 tablica osnivanje udruženja je bilo slobodno, osim ako je delatnost udruženja bila protivzakonita. Ovo stanovište se menjalo pa je Senat zadržavao pravo da zabrani udruženje čije je delovanje bilo u suprotnosti sa javnim poretkom i moralom. Tako je i 186. god. p.n.e. zabranjeno udruženje Bacchusverein (nemački naziv). Za vreme Avgusta, donet je i *lex iulia*, koji je dodatno ograničavao slobodu udruživanja. E. Loening/O. Loening, *Vereins- und Versammlungsfreiheit, Handwörterbuch der Staatswissenschaft*, 4. izdanje, tom 8, Jena, 1928, s. 544. C. Grundmann, *Das fast vergessene öffentliche Vereinsrecht, Nomos*, Baden-Baden, 1999, s. 24. C. M. Conrat, *Zum römischen Vereinsrecht. Abhandlung aus der Rechtsgeschichte*, Berlin 1873. Slobodu udruživanja nije proklamovao ni Ustav SAD ni Ustav Francuske od 1791. U revolucionarnoj Francuskoj se, pod uticajem Rusoa, na udruženja gledalo sa nepoverenjem. S druge strane, u SAD nije bilo potrebe posebno normirati slobodu udruživanja, jer se ona smatrala izrazom slobode mišljenja. EMRK/GG *Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, R. Grote/T. Marauhn (Hrsg.), Tübingen 2006, s. 1010.

² "Nacija može onoj prvoj (*slobodi udruživanja*, prim. autora) postaviti granice, a da ne prestane vladati sama sobom; ponekad ona treba to da učini upravo da bi nastavila da vlada sama sobom". A. de Tokvil, *O demokratiji u Americi*, Sremski Karlovci 2002, s. 168.

rešenja iz srpskog prava upoređuju sa rešenjima iz nemačkog, imajući u vidu da ova zemlja ima dugu tradiciju borbe sa protivustavnim udruženjima. U Nemačkoj je od Drugog svetskog rata zabranjeno više od stotinu i šezdeset udruženja³.

2. Pojam udruženja

Gerhard Šnor je sa pravom ukazao da pojmove iz građanskog prava ne treba poistovećivati sa istoimenim pojmovima iz javnog prava. Prema tom stanovištu, pojam udruženja u javnom pravu odstupa od istoimenog pojma u građanskom pravu. Takvo odstupanje je uslovljeno različitom logikom kojom se rukovode zakonopisci u određenim oblastima prava. Za građansko pravo je bitna pravna sigurnost, zaštita poverilaca i postojanje pravnog subjektiviteta, kako bi se znalo ko od koga može šta da traži i da utuži. Stoga je registracija kojom se stiče pravni subjektivitet od velike važnosti. Za javno pravo, a naročito za propise o zabrani udruženja, bitno je da se protivustavna udruženja što bolje stave pod državnu kontrolu, a pitanje registracije, kao i svrhe udruživanja ne igra posebnu ulogu⁴.

Prema tome, treba razlikovati udruženje u ustavnopravnom, širem i udruženje u užem smislu. Udruženje u ustavnopravnom smislu je svaka organizacija koja može da se poziva na slobodu udruživanja⁵. Udruženje u užem smislu je samo ono koje zakonodavac označava

³ P. Kunig, *Vereinsverbot, Parteiverbot*, Jura 1995, s. 384; H. J. Papier/W. Durner, *Streitbare Demokratie*, AöR, 2003, s. 353.

⁴ G. Schnorr, *Öffentliches Vereinsrecht*, Köln, Carl Heymanns Verlag 1965, s. 118.

⁵ Udruženje u ustavnopravnom smislu treba razlikovati od udruženja ili pravnog lica javnog prava tj. od javnopravnog udruženja, kao što su to univerziteti, bolnice, opštine itd. Sloboda udruživanja se odnosi samo na udruženja dobrovoljnog karaktera.

kao udruženje. To je važno naglasiti, jer ustavi nekih evropskih država⁶ propisuju slobodu udruživanja bez obzira na svrhu delatnosti, što čini i Evropska konvencija za ljudska prava (čl. 11). S druge strane, na zakonskom nivou se često reguliše udruženje, koje je neprofitno, što je slučaj i sa Zakonom o udruženjima u Srbiji⁷ (u daljem tekstu: ZU). Udruženje, u smislu ZU, je dobrovoljna i nevladina nedobitna organizacija zasnovana na slobodi udruživanja više fizičkih ili pravnih lica, osnovana radi ostvarivanja i unapređenja određenog zajedničkog ili opšteg cilja i interesa, koji nisu zabranjeni Ustavom ili zakonom (čl. 2 st. 1 ZU). Zakon ostaje na rimskom pravilu *tres faciunt collegium*⁸ i propisuje da udruženje mogu da osnuju najmanje tri lica (čl. 10 st. 1). Ustav Srbije jemči slobodu svakog udruživanja (čl. 55), pa se pojam udruženja iz Ustava ne može svoditi na pojam udruženja iz Zakona o udruženjima. Udruženja u širem smislu su i političke stranke, verske zajednice, sindikati, udruženja poslodavaca, sportska udruženja pa i privredna društva⁹, a ne samo neprofitna udruženja, jer svrha udruživanja nije ograničena.

U srpskom pravu, za razliku od nemačkog, ne postoji striktna podela na privatno i javno pravo¹⁰ u pogledu regulisanja udruživanja građana, te stoga i ne postoji definicija udruženja u širem (javno-pravnom) smislu. U Nemačkoj se javno-pravna sfera udruženja (sloboda udruživanja i zabrana udruženja) reguliše Ustavom i Zakonom o udruženjima¹¹, u kome je data definicija

⁶ Osnovni zakon Nemačke (čl. 9); Ustav Španije (čl. 22); Ustav Italije (čl. 18).

⁷ *Sl. gl. RS* 51/2009, 99/2011.

⁸ S. M. Mićović, *Pravne izreke i citati*, Beograd 1937, s. 110. Nasuprot tome, u Nemačkoj se u teoriji priznaje da udruženje mogu osnovati i dva člana.

⁹ R. Marković, *Ustavno pravo*, Beograd 2011, s. 473. Na evropskom nivou nema jedinstva o tome da li se i privredna društva mogu pozivati na slobodu udruživanja. Dok je u nekim državama to moguće, u drugim je sloboda udruživanja rezervisana samo za neprofitna udruženja. Postoji spor da li sloboda udruživanja propisana Evropskom konvencijom za ljudska prava važi i za privredna društva. T. Marauhn, *Die wirtschaftliche Vereinigungsfreiheit zwischen menschenrechtlicher Gewährleistung und privatrechtlicher Ausgestaltung*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, tom 63 (1999), s. 537; C. Tomuschat, *Freedom of Association*, Macdonald, R. St. J./Matscher, F./Petzold, H. (eds.) *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht-Boston-London-Nijhoff 1993, s. 494.

¹⁰ Zakon o udruženjima, Zakon o političkim strankama, Zakon o radu, Zakon o sportu i Zakon o crkvama i verskim zajednicama ne regulišu samo javno-pravne (sloboda udruživanja, zabrana udruženja) već i privatno-pravne aspekte jednog udruženja (zastupanje, registracija, pravna sposobnost itd.).

¹¹ *Gesetz zur Regelung des öffentlichen Vereinsrecht* vom 5. August 1964 (BGBl. I s. 593), Vereinsgesetz.

udruženja u širem smislu. Udruženje je, prema tome, bez obzira na pravnu formu, svako udruženje, u koje se dobrovoljno, radi ostvarivanja zajedničkog cilja i za duže vreme udružuje više fizičkih ili pravnih lica, koja su podvrgnuta procesu zajedničkog i organizovanog obrazovanja volje (*Organisierte Willensbildung*). Ovo se udruženje razlikuje u odnosu na udruženje definisano Građanskim zakonikom Nemačke po tome što je svaka delatnost, pa i privredna, relevantna. Druga razlika je u tome što se ne gleda pravna forma, već da li organizacija zadovoljava kriterijume udruženja. Tako se i trgovinski kartel, pod uslovom da ispoljava organizacionu stabilnost, može posmatrati kao udruženje¹². U svakom slučaju, pravni subjektivitet, a time i registracija, nije presudan element za postojanje udruženja. Nemačko pravo tradicionalno poznaje neregistrovana udruženja (*nicht eingetragene Vereine*) koja nemaju status pravnog lica. Takvu pravnu formu biraju političke stranke i sindikati, jer se izbegavanjem registracije izbegava i nepoželjan uticaj i kontrola vlasti¹³. Francusko, belgijsko, holandsko i italijansko pravo, takođe, poznaju neregistrovano udruženje, koje nema pravnu sposobnost, ali ima određenu vrstu (nepotpunog) subjektiviteta, što mu daje mogućnost da funkcioniše u pravnom poretku¹⁴. Evropska konvencija za ljudska prava ne zahteva registraciju kao uslov za uživanje slobode udruživanja, tako da i neregistrovana udruženja uživaju pravnu zaštitu, pod uslovom da poseduju organizacionu stabilnost¹⁵.

Za razliku od navedenih rešenja, Ustav Srbije (čl. 55) osnivanje udruženja uslovljava registracijom. Ako je upis u registar uslov za ostvarivanja ustavnog jemstva slobode udruživanja, sve organizacije bez upisa su *a priori* protivzakonite i tajne, bez obzira na to da li je nešto u njihovom delovanju protivzakonito. Takvo stanovište je zauzeo Ustavni sud Srbije¹⁶. Ovakav for-

¹² *Kommentar zum Grundgesetz*, Mangoldt/Klein/Starck, tom 1, 6. izdanje München 2010, Art. 9 randnr. 34.

¹³ Sloboda osnivanja političkih stranaka iz čl. 21 Ustava Nemačke podrazumeva nepostojanje obaveze registracije političkih stranaka. J. Ipsen, (M. Sachs Hrsg.) *GG Kommentar*, 6. izdanje, München 2011, Art. 21 Rn. 28. D. Leipold, *BGB I Einführung und Allgemeiner Teil*, Tübingen 2010, s. 456.

¹⁴ C. Weisbrod, *Europäisches Vereinsrecht. Eine rechtsvergleichende Studie*, 1994, zugleich: Diss. Uni. Münster 1992, s. 50.

¹⁵ C. Tomuschat (bel. 9), ss. 493-494.

¹⁶ "Iz navedenih ustavnih odredbi, po oceni Ustavnog suda proizlazi da je upis u odgovarajući registar *condicio sine qua non* ostvarivanja ustavnog jemstva političkog, sindikalnog i svakog drugog udruživanja (...). Neregistrovane organizacije koje nisu institucionalizovane ne mogu se smatrati legalnim udruženjima, već tajnim organizacijama koje sa aspekta delovanja mogu predstavljati zavereničke, terorističke, kriminalne i slične grupe". Zaključak Ustavnog suda od 17. 03. 2011. kojim se odbacuje predlog Republičkog javnog tužilaštva za zabranu rada "ekstremnih podgrupa u okviru

malistički pristup negira samu svrhu slobode udruživanja kao i cilj zabrane udruženja. Cilj zabrane je efikasno eliminisanje protivustavnih organizacija iz javnog života, bez obzira na to da li imaju ili nemaju pravni subjektivitet. Od Ustava Srbije odstupa Zakon o udruženjima od 2009, jer predviđa dobrovoljnost upisa i postojanje neregistrovanog udruženja, na koje se primenjuju pravila o građanskom ortakluku i koje se takođe može zabraniti (čl. 2 st. 3, čl. 3 st. 3, čl. 4 st. 1 ZU).

3. Osnovi za zabranu udruženja

3.1 Ustavni osnovi za zabranu udruženja

Osnovi za zabranu udruženja su propisani Ustavom Srbije i određenim zakonima. Prema čl. 55 st. 3 Ustava, zabranjena su tajna i paravojna udruženja. Prema st. 4 istog člana, Ustavni sud može zabraniti samo ono udruženje čije je delovanje usmereno na nasilno rušenje ustavnog poretka, kršenje zajemčenih ljudskih ili manjinskih prava ili izazivanje rasne, nacionalne ili verske mržnje. Osnovi za zabranu udruženja propisani su i Zakonom o udruženjima i Zakonom o zabrani neonacističkih simbola¹⁷.

3.1.1. Zabrana tajnih i paravojnih udruženja

Tajna udruženja su udruženja koja svoje postojanje, ciljeve, statut, članstvo i druge odlike drže u tajnosti¹⁸. Zabrana tajnih i paravojnih udruženja nije samo propisana u Ustavu Srbije, već i u Ustavu Italije (čl. 18 st. 2)¹⁹, Španije (čl. 22 st. 5)²⁰ i Crne Gore (čl. 55 st. 2)²¹. Ipak, retko propisivanje ovog osnova za zabranu na evropskom nivou ostavlja dilemu da li je zabrana tajnih organizacija u skladu sa modernim poimanjem slobode udruživanja? Treba poći od takvog stanovišta da se ne može zabraniti udruženje zbog same tajnosti, već zbog društveno neprihvatljivog i protivzakonitog delovanja. To potvrđuje i slučaj "Nacionalni stroj" u Srbiji²². Bez obzira što je udruženje "Nacionalni stroj" zabranjeno iz razloga tajnosti, ono je, imajući u vidu

udruženja građana i van udruženja (tzv. navijačke grupe²³), br. predmeta VIIU-279/2009.

¹⁷ Zakon o zabrani manifestacija neonacističkih ili fašističkih organizacija i udruženja i zabrani upotrebe neonacističkih ili fašističkih simbola i obeležja, *Sl. gl. RS* 49/2009.

¹⁸ F. Schweyer, *Politische Geheimverbände*, Freiburg im Breisgau 1925, s. 1.

¹⁹ A. Pace, *Commentario della Costituzione*, Raporti Civili Art. 13-20, Art. 18, s. 216.

²⁰ K. P. Sommermann, *Der Schutz der Grundrechte in Spanien nach der Verfassung von 1978*, Berlin 1984, s. 160.

²¹ M. Šuković, *Ustavno pravo*, Podgorica 2009, s. 280.

²² Odluka Ustavnog suda od 02. 06. 2011, *Sl. gl. RS*, br. 51/201.

karakter delovanja, u suštini zabranjeno zbog izazivanja rasne i nacionalne mržnje, iz kog razloga je tužilaštvo podnelo predlog za zabranu. Zabrana tajnih udruženja je sporan institut. Naime, sloboda udruživanja je uvek usmerena prema javnosti. Ograničenje takve slobode manifestuje se putem nemogućnosti delovanja u javnosti, što tajna udruženja svakako i ne čine, pa je samim tim i njihova zabrana, u izvesnom smislu, besmislena. Zabrana je pre svega simbolična mera u borbi protiv tajnih i paravojnih organizacija, jer se one uklanjaju jedino uz primenu krivičnihopravnih mera²³.

3.1.2. Delovanje usmereno na nasilno rušenje ustavnog poretka

Zaštita ustavnog i javnog poretka je u mnogim državama potpomognuta institutom zabrane udruženja. U Francuskoj, Italiji, Belgiji, Nemačkoj, Luksemburgu, Švajcarskoj, Holandiji i Austriji se kao osnov za zabranu navodi delovanje koje je u suprotnosti sa *ordre publik*²⁴. Prema Ustavu Srbije, Ustavni sud može zabraniti udruženje zbog delovanja usmerenog na *nasilno rušenje* ustavnog poretka. Iz ove odredbe proizlazi da Ustav razlikuje nasilnu od mirne promene ustavnog poretka. Ustav je, dakle, ideološki otvoren i dozvoljava sve političke programe, pod uslovom da se borba za vlast ne vodi nasilnim sredstvima. Svako udruženje može slobodno delovati sve dok se za svoje ideje bori mirnim putem. Ovaj osnov za zabranu je, prema tome, usmeren protiv revolucionarnih i drugih udruženja, koja svoje ciljeve žele da ostvare nasilnim sredstvima.

Rešenje srpskog prava značajno se razlikuje od nemačkog. Prema Ustavu Nemačke, udruženje se zabranjuje kad su programski ciljevi u suprotnosti sa ustavnim poretkom, bez obzira na to da li je njihov metod borbe nasilan ili nije²⁵.

²³ J. Heinrich, *Vereinigungsfreiheit und Vereinsverbot - Dogmatik und Praxis des Art. 9 Abs. 2 GG – Eine Betrachtung unter besonderer Berücksichtigung der Verbotsvorfällen*, Baden-Baden 2005, s. 258.

²⁴ Weisbrod (bel. 14), s. 216.

²⁵ Takvo rešenje je posledica oblika demokratije koji je posle Drugog svetskog rata dominantan u Nemačkoj, a naziva se borbena demokratija. Osnov za takvo postupanje je „klauzula večnosti“ Osnovnog zakona (čl. 79 st. 3), koja određene ustavne principe proglašava za nepromenljive, pa se i svaka radnja sankcioniše, koja je usmerena protiv njih. U literaturi se, kao opomena, često citiraju Gebelsove reči: "Ako je demokratija dovoljno glupa, da nam za tu medvedu uslugu (*služenje demokratskim sredstvima u borbi protiv nje same*, prim. autora) daje slobodan ulaz i poslaničke plate, onda je to njena stvar". Iskustvo sa Vajmarskom republikom pokazuje da se ekstremno desničarski pokreti oslanjaju na plebisit i demokartiju, kako bi došli na vlast, što su donosioci nemačkog Ustava želeli da spreče. J. Becker, *Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes*, Handbuch des Staatsrechts, tom VII, Heidelberg 1992, s. 312.

3.1.3. Delovanje usmereno na kršenje ljudskih prava

Pored delovanja u suprotnosti sa javnim poretkom, najčešći osnov za ograničenje slobode udruživanja je "protivpravnost". Udruženja se obično zabranjuju ako je njihovo delovanje kažnjivo po zakonu (Nemačka, Francuska, Belgija, Austrija, Švajcarska, Italija)²⁶. Zabrana udruženja čije je delovanje usmereno na kršenje zajemčenih ljudskih i manjinskih prava iz Ustava Srbije se retko javlja u uporednom pravu. Primena ovog osnova za zabranu iziskuje rešavanje prethodnog pitanja. Ko je, zapravo, dužan da poštuje ljudska prava? Država, privatna lica ili svi zajedno? Ovaj osnov za zabranu dodeljuje zapravo ljudskim pravima horizontalno dejstvo²⁷. Iako se ideja o horizontalnom dejstvu ljudskih prava sve više razvija u praksi nacionalnih sudova i Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP), ustavi izbegavaju formulacije koje bi mogle da uvedu opšte važenje ljudskih prava u privatnom pravu i između privatnih lica²⁸. Horizontalno dejstvo ljudskih

²⁶ N. Rudroff, *Das Vereinigungsverbot nach Art. 9 Abs. 2 GG und dessen verwaltungsrechtliche Auswirkung*, Diss. Köln 1995, s. 173. U Španiji, Danskoj i Poljskoj je Ustavom propisano da se udruženja slobodno osnivaju, osim ako je njihova svrha i delatnost protivpravna. Sommermann (bel. 20), ss 160. D. Geitner/P. Pulte, *Die Verfassungen der Staaten in der Europäischen Gemeinschaft*, Muenchen 1976, s. 102. Tako je bilo i u Srbiji pre Drugog svetskog rata. Ustav Kraljevine Srbije od 1888. (čl. 25 st. 1), Ustav Kraljevine Srbije od 1901. (čl. 37), Ustav Kraljevine Srbije od 1903. (čl. 25 st. 1 i Zakon o udruženjima od 1891. (čl. 32) su predviđali "protivpravnost" kao osnov za ograničenje slobode udruživanja. Vidovdanski ustav je pisan po ugledu na Vajmarnski ustav, pa je i ograničenje slobode udruživanja bilo preuzeto iz Nemačke. Sloboda udruživanja se ograničavala, ako je delovanje udruženja kažnjivo po zakonu (čl. 14 st. 2 Ustava KSHS).

²⁷ Horizontalno dejstvo ljudskih prava se najviše vidi u čl. 23 Ustava Srbije, koji kaže da su "svi" dužni da poštuju i štite ljudsko dostojanstvo. Čl. 2 Povelje o ljudskim i manjinskim pravima i građanskim slobodama SCG je propisivalo da "svako ima obavezu da poštuje ljudska i manjinska prava drugih". I u stranoj literaturi je naglašeno da je u tadašnjoj Srbiji i Crnoj Gori priznato horizontalno dejstvo ljudskim pravima, međutim, sa zadržkom da se možda radi o nepoznavanju dogmatike ljudskih prava. Samardžić, Darko/Jakab, Andrés: *Grundprinzipien der Verfassungsordnung von Serbien und Montenegro*, Jahrbuch für Ostrecht, tom 46 (2005), s. 253 (263).

²⁸ Npr. Ustav SR Njemačke (Grundgesetz für Bundesrepublik Deutschland), čl. 1 st. 1 GG propisuje da je obaveza svih državnih organa (a ne svih ljudi) da poštuju i štite ljudsko dostojanstvo. U čl. 1 st. 3 GG je propisano da osnovna prava vezuju zakonodavstvo, izvršnu vlast i sudstvo (a ne i privatna lica, *prim. aut.*) kao neposredno važeće pravo. Osnovna prava su nastala kao izraz borbe pojedinca protiv državne kontrole. Sve tri vrste osnovnih tj. ljudskih prava se tiču odnosa između pojedinca i države. Ljudska prava obavezuju pre svega državu, a ne fizička i pravna lica privatnog prava. Ljudska prava ovlašćuju privatna lica da zahtevaju nešto od države, ali ona načelno ne deluju između privatnih

prava guši privatnu autonomiju volje. Time se ljudska prava pretvaraju u svoju suprotnost, u apsolutnu neslobodu. Zbog toga ovo dejstvo važi samo izuzetno, samo u pogledu nekih, a ne svih ljudskih prava. Apsolutno horizontalno dejstvo slobode udruživanja bilo bi protivrečno. Na primer, sloboda udruživanja podrazumeva da udruženja imaju pravo na samoodređenje, tj. pravo da sami određuju pravila kako se postaje i prestaje član udruženja²⁹, pri čemu se sloboda mišljenja stavlja u drugi plan. Problem sa formulacijom u Ustavu Srbije nije u kršenju ljudskih prava koje je predviđeno i zakonom, jer je u tom slučaju delovanje protivpravno. Problem je kada udruženje prekrši ljudsko pravo, a da to kršenje ne predstavlja krivično delo, prekršaj ili povredu statuta udruženja. Šta se dešava ako udruženje isključi jednog člana zbog zastupanja stavova suprotnih statutu, što je čest slučaj kod političkih stranaka? Nastaje sukob između slobode mišljenja i statutarne obaveze. Ako se da prednost slobodi mišljenja, negira se pravo udruženja na samoodređenje. Dakle, sama ideja udruživanja ima elementa diskriminacije (ljudi se udružuju na osnovu istog porekla, političkog opredeljenja, verskog ubeđenja).

Imajući u vidu ove specifičnosti slobode udruživanja, kao i nedostatak uporednog iskustva, treba biti oprezan prilikom tumačenja ovog osnova za zabranu, jer je on nedovoljno određen. Evropska rešenja su u tom pogledu primerenija. Prvo, "protivpravnost" i "kažnjivost po zakonu", kao osnovi za zabranu, obuhvataju širok spektar društveno nepoželjnog ponašanja, jer povreda svih krivičnihopravnih normi predstavlja osnov za zabranu. Time se ljudska prava na posredan način štite potpunije, jer celokupno krivično pravo služi osnovnim pravima čoveka³⁰. Drugo, takav osnov za zabranu je precizan i ne iziskuje dodatno tumačenje, jer sud u konkretnom slučaju samo ustanovljava da li je povređena zakonska norma ili nije. Treće, kriterijumi zabrane na taj način postaju predvidivi za udruženja, što je zahtev pravne države.

lica. Horizontalno dejstvo ljudskih prava je ideja koja se razvila iz nemačke teorije i sudske prakse posle Drugog svetskog rata. Evropska konvencija za ljudska prava (EKLJP) priznaje horizontalno dejstvo ljudskim pravima, ali samo u određenim slučajevima. Ljudska prava su vrednosni sistem koji utiče na tumačenje generalnih klauzula u građanskom pravu (dobri običaji, načelo savesnosti) Brox/Walker: *Allgemeines Schuldrecht*, 35. izdanje, München 2011, ss. 27-28.

²⁹ J. F. Riba/P. S. Coderch, *Vereinigungen, Demokratie und Drittwirkung*, (Hrsg. I. v Münch/ J. F. Riba/P. S. Coderch) *Zur Drittwirkung der Grundrechte*, Frankfurt a. M/Berlin/Bern/New York/Paris/Wien 1998, ss. 34, 78.

³⁰ Z. Stojanović, *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd 2005, s. 130.

3.1.4. Izazivanje rasne, nacionalne i verske mržnje

Očuvanje miroljubivog suživota između naroda je politički ideal posleratne Evrope, koji svoj izraz dobija u institutu zabrane udruženja. U Nemačkoj se zabranjuju i udruženja čiji su ciljevi i delatnost usmereni protiv ideje o razumevanju među narodima (*Gedanke der Völkerverständigung*), a u Austriji se zabranjuju sva nacistička kao i ona udruženja koja bi osporavala prava hrvatske ili slovenačke nacionalne manjine (čl. 7 st. 5 i čl. 9 st. 1 Državnog ugovora od 1955). Prema Ustavu Srbije, Ustavni sud može zabraniti udruženje čije je delovanje usmereno na izazivanje rasne, nacionalne i verske mržnje. U svim dosadašnjim predlozima tužilaštva za zabranu udruženja u Republici Srbiji, naveden je ovaj osnov³¹. Izazivanje rasne, nacionalne i verske mržnje ima poluvekovnu tradiciju kao krivično delo. Može se očekivati da ovaj osnov za zabranu udruženja bude primenjen bez dilema u tumačenju, jer je sudska praksa razvila kriterijume u pogledu istoimenog krivičnog dela³².

3.2. Zakonski osnovi za zabranu udruženja

Zakon o udruženjima Republike Srbije propisuje i dodatne osnove za zabranu udruženja. Prema čl. 3 st. 2 u vezi sa čl. 50 st. 1 ZU, pored osnova navedenih u Ustavu, kao osnovi za zabranu, pominju se i narušavanje teritorijalne celokupnosti Republike Srbije, izazivanje i podsticanje neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti zasnovane na bilo kojoj pripadnosti ili opredeljenju, kao i polu, rodu, fizičkim, psihičkim ili drugim karakteristikama i sposobnostima. Zakon razlikuje domaća i strana udruženja. Ciljevi i delovanje stranih udruženja ne smeju biti u suprotnosti sa Ustavom, Zakonom, međunarodnim ugovorima koje je zaključila Republika Srbija i drugim propisima (čl. 67 ZU).

Zakon o zabrani neonacističkih simbola (u daljem tekstu: ZNS) predviđa brisanje iz registra organizacija koje propagiraju neonacističke ideje (čl. 2), što prema karakteru odgovara zabrani.

Bez obzira na to što zakonom propisani osnovi za zabranu sprečavaju društveno nepoželjno delovanje,

³¹ Slučaj "Navijačke grupe", Zaključak Ustavnog suda od 17. 03. 2011. br. predmeta VIIIU-279/2009; Slučaj "Nacionalni stroj", Odluka Ustavnog suda od 02. 06. 2011. Sl. gl. RS 51/201; Slučaj "1389", Rešenje Ustavnog suda od 02. 11. 2011, br. predmeta VIIIU-250/2009; slučaj "Obraz", Odluka Ustavnog suda o zabrani rada i brisanja iz registra Udruženja građana Otačastveni pokret Obraz, Sl. gl. RS 69/2012.

³² B. Čejović, *Krivično pravo u sudskoj praksi, Posebni deo*, Beograd 1986, ss. 50.

sporno je u kojoj meri su oni u saglasnosti sa Ustavom. Iz čl. 55 st. 4 Ustava proizlazi da mogu biti zabranjena samo ona udruženja koja ispune uslove propisane tom odredbom. Bez obzira na reč "samo", čime se na jezički način pravi ograničenje, čl. 55 st. 4 predstavlja apsolutno ograničenje jednog ljudskog prava koje se ne može proširivati voljom zakonodavca. To bi bilo u suprotnosti sa načelom pravne države kao i sa čl. 20 Ustava (Ograničenje ljudskih i manjinskih prava). Prema tome, zakonom propisani osnovi za zabranu udruženja, moraju se podvesti pod Ustavom propisane osnove. U suprotnom, ne bi se moglo smatrati da su u skladu sa Ustavom.

Sloboda udruživanja prema Ustavu Srbije koncipirana je kao ljudsko pravo, što znači da jednako važi kako za strane tako i za srpske državljane. U Nemačkoj, Belgiji, Danskoj, Italiji, sloboda udruživanja je građansko pravo na koje se pred Ustavnim sudom mogu pozivati samo državljani³³. Imajući u vidu da je prema Ustavu Srbije sloboda udruživanja ljudsko, a ne građansko pravo, umesno je zapitati se koliko je u skladu sa Ustavom zakonsko razlikovanje domaćih i stranih udruženja. Strana udruženja podležu proširenim osnovima za zabranu. Naime, Ustavni sud može zabraniti strano udruženje, ako su njegovi ciljevi i delovanje u suprotnosti sa Ustavom Republike Srbije, Zakonom o udruženjima, međunarodnim ugovorima i drugim propisima (čl. 67 st. 1 ZU). Dakle, ustavnost ove odredbe je sporna, jer u pogledu zabrane, tj. ograničenja slobode udruživanja, pravi nedopustivu razliku između domaćih i stranih udruženja.

4. Pravne posledice zabrane udruženja

Posledice zabrane udruženja u Republici Srbiji su zabrana delovanja, brisanje iz registra (čl. 49 ZU), likvidacija (čl. 52 st. 3 ZU), kao i zabrana korišćenja znakovna udruženja (čl. 50 st. 5 ZU). Zakonu je svojstven formalistički pristup. Kao što udruženje može delovati i ako nije registrovano, što Zakon i predviđa (čl. 2 st. 3), tako udruženju ništa ne znači brisanje iz registra.

³³ Međutim, to ne znači da strani državljani nemaju pravo na udruživanje. Pravo na udruživanje im je zagarantovano Zakonom o udruženjima kao i Evropskom konvencijom o ljudskim pravima. Razlika je u tome što je njihova zaštita pomenutog prava manja u odnosu na ustavne garancije, tako da se jedno udruženje stranaca (udruženje stranih državljana) ili strano udruženje (udruženje sa sedištem u drugoj državi) može zabraniti iz dodatnih razloga, koji nisu predviđeni nemačkim Ustavom. Ovakvu odredbu je Parlamentarno veće usvojilo po ugledu na Belgiju, kao i sa namerom da u budućim međudržavnim sporazumima i reciprocitetom obezbede pravo na udruživanje nemačkoj manjini u drugim državama. I. V. Münch, *Bonner Kommentar des Grundgesetzes*, Heidelberg, Loseblatt, 16. zadnja dopuna juni 1968, druga obrada, Art. 9, randnr. 1.

Likvidacijom udruženja, imovina koja je korišćena u protivustavne svrhe, posle namirenja poverilaca, može putem likvidacije i da se vrati u ruke članova udruženja. I zabrana simbola je propisana kao prazno slovo na papiru. Sankcija za upotrebu znaka (čl. 50 st. 5), zbog pravila *nulla poena sine lege*, ne može da bude krivična sankcija. Takođe, kršenje zabrane upotrebe znaka nije obuhvaćeno kaznenim odredbama Zakona (čl. 72-75), tako da nepoštovanje te odredbe ne predstavlja ni prekršaj. Zbog toga se postavlja pitanje koja je, zapravo, sankcija ako zabranjeno udruženje nastavi sa radom. Da li se pripadnici zabranjenog udruženja kažnjavaju za nepoštovanje zabrane i na osnovu koje odredbe³⁴? Da se o delotvornosti zabrane ne vodi računa ukazuje i to što je internet prezentacija zabranjenog udruženja "Obraz" u funkciji i nekoliko meseci posle izricanja zabrane³⁵. Težina sankcije koja nastaje izricanjem zabrane udruženja u Srbiji svakako nije adekvatna značaju Ustavnog suda kao organa koji odlučuje o zabrani. U stvari, ne radi se o pravoj zabrani udruženja, jer ona u evropskim državama podrazumeva rasturanje ili raspuštanje udruženja, što obuhvata ne samo gubitak pravne sposobnosti već i oduzimanje imovine. Cilj svake zabrane udruženja je njegovo eliminisanje iz javnog života.

U Nemačkoj, zabrana udruženja nije mrtvo slovo na papiru. Najpre se zabranom naređuje raspuštanje udruženja, a potom se zabranjuje i stvaranje surogat-organizacija (*Ersatzorganisationen*) s istim ciljem (§ 8 VereinsG). Ako organi nadležni za zabranu udruženja ustanove da je neko udruženje u stvari surogat-organizacija zabranjenog udruženja, ono se automatski zabranjuje bez ispitivanja da li su ispunjeni uslovi za zabranu, što olakšava postupak zabrane. Rešenjem o zabrani se obuhvataju i sve organizacione jedinice i ogranci udruženja, pri čemu se ne gleda da li je to ogranak udruženja po statutu, već da li je prema stvarnim okolnostima deo zabranjenog udruženja³⁶. Rešenjem o

zabrani može se narediti zaplena i oduzimanje imovine (§ 10 i § 11 VereinsG). Korišćenje znakova i širenje propagandnog materijala zabranjene organizacije, delovanje u zabranjenom udruženju, kao i obnavljanje zabranjenog udruženja je krivično delo (§ 20 st. 1 br. 5 VereinsG, § 85, 86, 86a StGB).

Kad je reč o zabrani tajnog udruženja u Srbiji, posledice odluke o zabrani zbog karaktera takvog udruženja su specifične. Odlukom o zabrani tajnog udruženja se utvrđuje da je udruženje tajno, zabranjuje se upis u registar i zabranjuje se udruženju da deluje, promoviše i širi svoje programske ciljeve i ideje. Ustavni sud je, prilikom zabrane udruženja "Nacionalni stroj", istakao da je odluka o zabrani tajnog udruženja utvrđujuće prirode (odluka konstatacije), jer su tajna udruženja zabranjena po sili Ustava³⁷. Takva odluka može proizvesti i druge, naizgled, nepredvidive posledice. Naime, ako je odluka o zabrani tajnog udruženja deklarativne prirode, ona deluje *ex tunc*, što znači da je udruženje zabranjeno ne od trenutka donošenja odluke Ustavnog suda, već retroaktivno od dana nastupanja tajnosti. To znači da bi svaka mera državnih organa prema tajnom udruženju, koja predstavlja kršenje nekog ljudskog prava (zabrana okupljanja, oduzimanje predmeta itd.), ovakvom odlukom bila retroaktivno legalizovana. Posledice se mogu osetiti i u privatnom pravu³⁸.

5. Nadležnost za zabranu udruženja

Nadležnost za zabranu udruženja je od presudne važnosti za dejstvo i efektivnost zabrane. Pokretanje postupka za zabranu je u većini država isključiva nadležnost državnih organa, sem u Belgiji i Luksemburgu gde predlog za zabranu udruženja mogu podneti, pored tužilaštva, član udruženja i treće oštećeno lice³⁹.

Postupak za zabranu rada udruženja u Srbiji pokreće se na predlog Vlade, Republičkog javnog tužioca, ministarstva nadležnog za poslove uprave, ministarstva

³⁴ Dok su Zakon o javnim zborovima i udruženjima Srbije od 1891. (čl. 35 st. 2) i Zakon o javnim zborovima i udruženjima Crne Gore od 1907. (čl. 45 st. 2) predviđali novčanu kaznu ili zatvor od tri do šest meseci, današnje zakonske norme nam ne daju odgovor o sankciji. Odredba čl. 73. st. 1 tč. 2 ZU (Novčanom kaznom od 50.000 do 500.000 dinara kazniće se za prekršaj udruženje ako ostvaruje aktivnosti suprotno zakonu, statutu i drugim opštim aktima, kao i pravilima saveza čiji je član) se odnosi na postojeće nezabranjeno udruženje, i na udruženje kao takvo, a ne na pripadnike zabranjenog udruženja. Imajuću u vidu da posle odluke o zabrani samo pripadnici zabranjenog udruženja mogu da nepoštuju zabranu (jer udruženja od trenutka zabrane kao takvo više ne postoji) pitanje je da li se ekstenzivnim tumačenjem ove odredbe može nadomestiti nedostatak adekvatne sankcije za nepoštovanje odluke o zabrani.

³⁵ Up. <http://www.obraz.rs/> (očitanje 13. 08. 2012).

³⁶ Ovakav pristup je omogućio da se jednim rešenjem o zabrani (*Verbotsverfügung*) na lakši način zabrane i različiti

pravni subjekti, koji su nezavisnim pravnim subjektivitetom pokušali da prikriju da se radi o ogranku jednog većeg udruženja. Kriterijumi na osnovu kojih se u Nemačkoj vrši prepoznavanje odnosa majka-ćerka su: da li postoji povezanost i podudarnost članova ta dva udruženja, da li postoji podudarnost u aktivnostima, da li postoji odnos zavisnosti itd. M. Planker, *Das Vereinsverbot gem. Art. 9 Abs. 2 GG/ §§3 ff. VereinsG - Eine systematische Darstellung von Tatbestand und Rechtsfolge*, dokt. diss, Bonn 1996, s. 15.

³⁷ Odluka Ustavnog suda od 02. 06. 2011, br. predmeta VIIU-171/2008, s. 14, *Sl. gl. RS* 51/201.

³⁸ Ako je jedno udruženje protivustavno, onda bi logično bilo da su pravni poslovi, koji su zaključeni u cilju delatnosti udruženja od strane članova, u stvari, ništavi, jer bi u tom slučaju predmet obaveze bio nedopušten. Predmet obaveze je nedopušten ako je protivan prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima (čl. 49 ZOO).

³⁹ Weisbrod (bel. 14), ss. 226, 233.

nadležnog za oblast u kojoj se ostvaruju ciljevi udruženja ili Registratora (čl. 51 ZU). Pri podnošenju predloga za zabranu postavlja se pitanje da li važi načelo oportuniteta ili načelo legaliteta. Da li tužilaštvo mora podneti predlog za zabranu svaki put kad ustanovi da udruženje ispunjava uslove za zabranu ili, iz političkog oportuniteta, može i odustati od toga. U Ustavu i Zakonu ne može se naći odredba koja izričito odgovara na ovo pitanje. U uporednom pravu postoje oba rešenja, ali imajući u vidu da je zabrana udruženja *ultima ratio* i da pripada preventivnom mehanizmu odbrane državnog poretka, logičnije bi bilo primeniti načelo oportuniteta. Prema tom načelu, organi koji zabranjuju udruženje ili koji podnose predlog za zabranu treba slobodno da odluče da li je zabrana tog udruženja svrsishodna, tj. više korisna nego štetna. Treba imati u vidu da zabrana udruženja može uticati na dalje homogenizovanje grupe koja nastavlja da radi tajno. Stigmatizovanje udruženja putem zabrane nekad proizvodi dobar propagandni i medijski efekat u korist udruženja. Zabrana može da utiče i na radikalizaciju pasivnih članova, što je posebno prisutno kod ekstremno desničarskih udruženja. Nekad je i udruženje politički beznačajno ili je iznutra toliko nejedinstveno da ne vredi pokretati postupak za zabranu. U tom slučaju, krivično ili prekršajno gonjenje pojedinih članova dovoljno je za rešavanje problema. S druge strane, kod jako organizovanih kriminogenih, tajnih i paravojnih udruženja institut zabrane je preslabo sredstvo. Ove činjenice treba imati u vidu pri pokretanju postupka za zabranu⁴⁰. Radi se o političkoj odluci, pa je i logično da ovlašćeni organi za pokretanje postupka pripadaju izvršnoj vlasti. Policija i tužilaštvo mogu pravilno oceniti o kakvom se udruženju radi i koliko je ono opasno. Sledeći ovu logiku, Republičko javno tužilaštvo kao i nadležna ministarstva *mogu ali i ne moraju* podneti predlog za zabranu udruženja. Njihov oportunitet se već ustalio u praksi, jer se u nekim slučajevima odustalo od predloga za zabranu⁴¹. Treba naglasiti da načelo oportuniteta ne znači samovolju u postupanju, već odustanak od zabrane ako se protivustavno delovanje udruženja može suzbiti na bolji način. Prema Ustavu Srbije, nadležnost za zabranu udruženja pripada Ustavnom sudu. Nadležnost Ustavnog suda za

zabranu udruženja može se kritikovati iz nekoliko razloga. Naime, udruženje na odluku Ustavnog suda o zabrani ne može izjaviti pravni lek. Takođe, nadležnost za zabranu predstavlja nepotrebno opterećenje za "čuvara Ustava". Dosadašnji postupci za zabranu udruženja su trajali više od dve godine, pa se postavlja i pitanje efikasnosti Ustavnog suda u izricanju zabrane. Udruženje protiv kojeg je podnet predlog za zabranu može u tom periodu preduzeti dodatne mere kako bi izbeglo ili obesmisllilo zabranu. Stoga je bolje rešenje u drugim evropskim državama, koje predviđa nadležnost redovnih sudova za zabranu udruženja⁴². Sa stanovišta efikasnosti, najbolje je da egzekutiva zabranjuje udruženja, kao što je to slučaj u Nemačkoj, Italiji, Austriji i za određene slučajeve u Francuskoj⁴³. Rešenje u Ustavu Srbije nije adekvatno iz još jednog razloga. Ako se pogleda formulacija čl. 55 st. 4 Ustava (Ustavni sud *može* zabraniti) i pretpostavi da se nije radilo o jezičkoj grešci, može se zaključiti da je ustavotvorac dodelio Ustavnom sudu pravo da odlučuje o političkoj celishodnosti zabrane. Time se Ustavnom sudu daje uloga koja mu ne pripada, a kojom se može negirati ocena tužilaštva o političkoj celishodnosti zabrane. Dodeljivanje ovakve uloge sudskoj vlasti nije usamljeno u Evropi. Međutim, u drugim državama gde je predviđena mogućnost suda da prema slobodnoj oceni odluči o zabrani, sud ima obavezu da izrekne blažu meru⁴⁴.

6. Zabrana udruženja i krivično pravo

Institut zabrane udruženja ima za cilj da suzbije društveno neprihvatljivo ponašanje. Zbog toga je on u tesnoj vezi sa krivičnim pravom. To posebno važi za države u kojima se udruženja zabranjuju ako je njihovo delovanje protivpravno ili kažnjivo po zakonu. Prema čl. 9 nemačkog Ustava, zabranjuju se ona udruženja čije je delovanje kažnjivo po zakonu. U nemačkoj dogmatici je zastupan stav da za primenu ove norme nije potrebno prethodno pokretanje krivičnog postupka protiv predstavnika udruženja, kao ni postojanje osuđujuće presude⁴⁵. Takvo stanovište je branjeno s obzirom na karakter javnog prava, za koje je važno da li je neko delovanje protivustavno i kažnjivo u objektivnom smislu bez obzira na krivicu kao subjektivni

⁴⁰ W.Spiller, *Das Vereinsverbot nach geltendem Verfassungsrecht*, Diss. Uni. Würzburg, 1967, s. 91. H. Jens (bel. 23), s. 258. M. Planker (bel. 36), s. 119. M. Deres, *Die Praxis des Vereinsverbotes — Eine Darstellung der materiellen Voraussetzungen*, Verwaltungsrundschau 12/92, s. 421.

⁴¹ Za vreme važenja Ustava Srbije od 1990. pokrenuta su dva postupka za zabranu jedne političke stranke (Zabrana Srpskog pokreta obnove i Stranke demokratske akcije iz Novog Pazara), od kojih je tužilaštvo kasnije odustalo. A. Kartag-Odri, *Sloboda udruživanja i njeno ograničenje, Ustavno ograničenje slobode udruživanja*, Beograd 2010, ss. 124-126.

⁴² Luksemburg, Belgija, Holandija, Švajcarska i Francuska. Rudroff (bel. 26), s. 173.

⁴³ Rudroff (bel. 26), s. 173.

⁴⁴ U Belgiji, Holandiji i Luksemburgu važi pravilo da sud odlučuje o celishodnosti zabrane, a da kao blažu meru može izreći sankciju samo za određeno delovanje, a u Holandiji i narediti prilagođavanje delatnosti. Rudroff (bel. 26), s. 170.

⁴⁵ R. Scholz, u: *Maunz/Dürig GG Kommentar*, tom II (Art. 6 – Art. 15), 35. zadnja dopuna februar 1999, Art. 9 randn 123. s.115.

element⁴⁶. Odnos nezavisnosti je potvrdio i Savezni upravni sud Nemačke⁴⁷. U praksi je, ipak, pravilo da se prvo članovi udruženja individualno kažnjavaju za svoju delatnost, a zabrani se pristupa tek ako se njihova kažnjiva delatnost može pripisati udruženju⁴⁸.

Osnovi za zabranu udruženja u Ustavu Srbije se, bar jezički, poklapaju sa određenim krivičnim delima iz Krivičnog zakonika. Na primer, izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje je osnov za zabranu udruženja, ali i krivično delo. Nasilno rušenje ustavnog poretka može se uporediti sa krivičnim delima protiv ustavnog uređenja i bezbednosti Republike Srbije. KZ predviđa i krivična dela protiv sloboda i prava čoveka i građanina (čl. 128-čl. 162).

U kakvom odnosu stoje institut zabrane udruženja i krivična dela iz KZ-a. Da li stoje u odnosu supsidijarnosti, akcesornosti ili nezavisnosti? Da li je pravno-snažna presuda koja se odnosi na članove udruženja uslov za izricanje zabrane? Da li je pravno opravdano da se udruženje zabrani iz razloga izazivanja nacionalne, rasne i verske mržnje, a da pritom nijedan član udruženja nije osuđen za pomenuto krivično delo? Da li je moguće da se zabrani udruženje zbog delovanja koje je usmereno na nasilno rušenje ustavnog poretka ili kršenja ljudskih prava, a da članovi udruženja ne budu osuđeni zbog nekog krivičnog dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti Republike Srbije (čl. 305-čl. 321 KZ) ili protiv sloboda i prava čoveka i građanina (čl. 128-čl. 162). Takođe, i Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična dela predviđa prestanak pravnih lica kao krivičnu sankciju (čl. 13 t. 2)⁴⁹. Čini se da je odnos supsidijarnosti opravdan. To bi značilo da se in-

stitut zabrane udruženja primenjuje samo ako primena drugih mera (npr. krivično ili prekršajno gonjenje članova udruženja) ne urodi plodom. Takvo stanovište ima oslonac u Ustavu. Naime, sa stanovišta ljudskih prava, institut zabrane udruženja je najteža mera koja može da pogodi udruženje. Kao najteži vid ograničenja jednog ljudskog prava, treba da se primenjuje izuzetno, tek ako ostale mere nisu dovoljne (čl. 20 Ustava)⁵⁰. Odnos supsidijarnosti na posredan način potkrepljuje tezu da između instituta zabrane udruženja i krivično-pravnih propisa postoji akcesornost, ali samo u delu gde postoji poklapanje osnova za zabranu udruženja i krivičnog dela. Ako se članovi udruženja oglase krivim u krivičnom postupku, i ako se takva delatnost pokaže kao delatnost udruženja, a da se samo udruženje ne ogradi od nje, treba razmišljati o podnošenju predloga za zabranu. Prema tome, postojanje pravnosnažne presude bar jednog člana udruženja bio bi neophodan uslov za odluku o zabrani. S obzirom na položaj Ustavnog suda, kao i to da se radi o slobodi udruživanja, jednom od osnovnih političkih prava, neprihvatljivo bi bilo da stepen društvene opasnosti koji inicira postupak zabrane udruženja, bude manji od stepena društvene opasnosti koji karakteriše krivično delo. Stoga je opravdano postaviti veću granicu društvene opasnosti u pogledu osnova za zabranu, ali nikako manju⁵¹. Bilo bi nelogično da tužilaštvo za radnju članova udruženja, kojom se ostvaruju i biće krivičnog dela i osnov za zabranu udruženja, krivično ne procesuiru članove udruženja, na šta je *ex officio* obavezno, a da pokreće postupak zabrane, gde važi načelo oportuniteta. Još je nelogičnije da se članovi udruženja oslobode od optužbe pred redovnim sudovima, a da se za to delovanje udruženje kazni zabranom. Odnos akcesornosti bi doprineo depolitizaciji instituta zabrane udruženja.

S druge strane, može se braniti stav da postoji odnos nezavisnosti između zabrane udruženja i pojedinačnog krivičnog dela. Moglo bi se istaći da je institut zabrane udruženja preventivne, a ne represivne prirode kao krivično pravo. U tom slučaju, postojanje pravnosnažne osuđujuće presude je dobar pokazatelj za zabranu udruženja, ali ne i neophodan uslov. Takvo stanovište proizlazi delimično iz jezičkog tumačenja ustavne norme. Naime, Ustav Srbije govori o udruženju čija je

⁴⁶ G. Schnorr (bel. 4), 106, randn. 8.

⁴⁷ BVerwG 6A 3.08 Presuda od 05. 08. 2009. Uvodni stav (Leitsatz 1), randnr.18. Preuzeta sa: http://www.bverwg.de/enid/0_de4447655f76696577092d0964657461696c093a09636f6e5f6964092d093132343037093a095f7472636964092d093133333232/Entscheidungen/Entscheidung_8n.html.

⁴⁸ To nepisano pravilo primenjuje se samo kad su ciljevi i delovanje udruženja "kažnjivi po zakonu" (*Strafgesetzwidrigkeit*), dok kod drugih osnova za zabranu (*delovanje koje je u suprotnosti sa ustavnim poretkom ili idejom o razumevanju među narodima*) odnos sa krivičnim pravom se ne postavlja, mada i tu postojanje osuđujućih presuda može da služi kao pokazatelj protivustavnosti. Čak i u presudi Saveznog upravnog suda u kojoj je naglašen odnos nezavisnosti između zabrane udruženja i prethodno individualnog kažnjavanja članova udruženja, može se videti da su pojedini članovi udruženja pre rešenja o zabrani osuđeni u krivičnom postupku BVerwG-Presuda od 05. 08. 2009. randnr. 27-28. 6A 3.08 Presuda od 05.08.2009. randnr. 27-28. Vid. i zabranu udruženja Heimattreue Deutsche Jugend – Bund zum Schutz für Umwelt, Mitwelt und Heimat e.V. BVerwG-Presuda od 01. 09. 2010. 6A 4.09. Presuda od 01. 09. 2010. randnr. 38 (presude su preuzete sa internet protala Saveznog upravnog suda, www.bverwg.de).

⁴⁹ *Sl. gl. RS* 97/2008.

⁵⁰ Takvo stanovište je došlo do izražaja u Odluci Ustavnog suda Srbije od 14. 11. 2012. kojom je odbijen predlog za zabranu rada udruženja građana "SRPSKI NARODNI POKRET 1389" iz Beograda i udruženja građana SNP "NAŠI" iz Arandelovca i odbačen predlog za zabranu rada udruženja građana "SNP NAŠI 1389".

⁵¹ Ustav Srbije to delimično i čini. Naime, osnov za zabranu udruženja je izazivanje rasne, nacionalne ili verske mržnje, dok krivično delo iz čl. 317 KZ obuhvata pored mržnje i "netrpeljivost" kao blaži oblik.

delatnost *usmerena* na određeni cilj, što više kazuje o nameri i planu, a ne o preduzetoj kažnjivoj radnji⁵².

6. Zaključak

Ograničenje ljudskog prava je uvek osetljivo pitanje, jer nije lako postaviti granicu između slobode i ograničenja. To važi i za potencijalna ograničenja slobode udruživanja. Potrebno je najpre imati u vidu da je sloboda udruživanja ljudsko pravo od posebnog značaja za demokratsko društvo. Stoga, prilikom normiranja instituta zabrane udruženja treba ispuniti nekoliko zahteva. Prvi zahtev je da institut zabrane udruženja bude restriktivno tumačen i izuzetno primenjen, ako je to neophodno da bi se postigla svrha ograničenja. Drugi zahtev je da osnovi za zabranu budu tako formulisani, da ne pružaju mogućnost za arbitrnost i preširoka tumačenja, kako bi se ostvarila predvidivost za postojeća udruženja. Treći zahtev je da zabrana udruženja bude efikasna i delotvorna, tj. da bude predviđena sankcija srazmerna protivustavnoj delatnosti zbog koje se zabrana izriče. Ispunjenjem ovih zahteva institut zabrane udruženja biće podobno sredstvo za odbranu Ustava.

Postupak za zabranu udruženja je od stupanja na snagu Ustava Srbije od 2006. nekoliko puta pokrenut pred Ustavnim sudom. Dosadašnja sudska praksa nam pokazuje da se prilikom primene ovog instituta postavljaju važna ustavnopravna pitanja od čijih odgovora zavisi ne samo sloboda jednog udruženja, već čitavog nevladinog sektora. Analiza normi o zabrani udruženja u Srbiji pokazuje da je ovaj institut na nedovoljno adekvatan način regulisan u Ustavu. Prvo, postoji sporna odredba o registraciji udruženja kao neophodnom uslovu za ostvarivanje slobode udruživanja.

⁵² Sudeći po Odluci o zabrani udruženja "Obraz", može se zaključiti da se Ustavni sud Srbije opredelio za ovaj drugi koncept.

Time se negira sama sloboda udruživanja, jer se njenom doslednom primenom sva udruženja bez registracije *a priori* smatraju protivustavnim i tajnim. Drugo, ne postoji sklad između osnova za zabranu udruženja. Delatnost usmerena na nasilno rušenje ustavnog poretka se kao osnov za zabranu odnosi samo na sredstvo političke borbe, ali ne i na cilj, čime se mogu suzbiti samo revolucionarna udruženja, koja se zalažu za nasilnu promenu poretka. Ovaj osnov, drugim rečima, pruža mogućnost za zastupanje svih političkih ideologija, sve dok se ne upotrebi sila. S druge strane, zabrana tajnih udruženja prisiljava buduća udruženja na registraciju, dok uspostavljanje horizontalnog dejstva ljudskih prava među udruženjima može uticati na suzbijanje privatne autonomije volje i slobode mišljenja. Upravo se ovde vidi nedostatak harmonije među osnovima za zabranu. Dok jedan osnov daje slobodu velikog stepena, drugi osnovi je suzbijaju. Treće, može se prigovoriti i nadležnosti za zabranu udruženja kao neadekvatnom rešenju, jer se Ustavni sud pokazuje neefikasnim, a udruženje na odluku o zabrani ne može izjaviti pravni lek. Četvrto, zabrana udruženja je mera gotovo simbolične prirode. Njome se udruženje samo briše iz registra i time gubi pravnu sposobnost. Institut zabrane udruženja nije potpomognut oduzimanjem imovine zabranjenog udruženja kao i propisivanjem prekršaja ili krivičnog dela za one koji ne poštuju odluku o zabrani.

Iz navedenog može se videti u kojoj meri srpsko pravo odgovara na tri zahteva koja se postavljaju u pogledu zabrane udruženja. Naime, drugi i treći zahtev (odsustvo proizvoljnosti u tumačenju i efikasna i delotvorna zabrana) nisu zadovoljavajuće ostvareni. Prvi zahtev (restriktivna primena) ne zavisi toliko od regulative koliko od postupanja državnih organa. On može da bude ispunjen ako se prethodno članovi udruženja prekršajno ili krivično gone. Tek ako se njihova utvrđena štetna delatnost može pripisati udruženju, treba primeniti institut zabrane.

Sadržaj:

1. Uvod	28	3.2.1.1. Ako na području, odnosno razini za koju se kolektivno pregovara djeluje samo jedan sindikat	33
2. Pravni okvir	29	3.2.1.2. Ako na području odnosno razini za koju se kolektivno pregovara djeluje više sindikata	34
3. Pitanja koja se uređuju Zakonom	29	3.2.1.3. Utvrđivanje sastava pregovaračkog odbora ako se pregovara o kolektivnom ugovoru koji obuhvaća više područja	35
3.1. Reprezentativnost na nacionalnoj razini	30	3.2.1.4. Pravo udruge poslodavaca na pokretanje postupka utvrđivanja reprezentativnosti	36
3.1.1. Reprezentativnost udruga sindikata više razine za sudjelovanje u tripartitnim tijelima na nacionalnoj razini	30	3.2.1.5. Reprezentativnost poslodavaca za kolektivno pregovaranje	36
3.1.2. Reprezentativnost udruga poslodavaca više razine za sudjelovanje u tripartitnim tijelima na nacionalnoj razini	32	3.3. Stranke kolektivnog ugovora	37
3.1.3. Postupak utvrđivanja reprezentativnosti	32	4. Zaključno	38
3.2. Reprezentativnost za kolektivno pregovaranje			
3.2.1. Reprezentativnost sindikata za kolektivno pregovaranje o sklapanju kolektivnog ugovora	33		

1. Uvod

Rasprave o ulozi i strukturi državnog i ekonomskog restrukturiranja te globalizacija, rast nezaposlenosti i nestandardnih oblika rada i ugovora na određeno vrijeme, faktori su koji su imali značajan utjecaj i na kolektivno pregovaranje. Fleksibilizacija i deregulacija sve više potiče broj kolektivnih ugovora na razini poslodavca. Međutim, politička, ekonomska i socijalna transformacija nije smanjila važnost, značaj i utjecaj ili svrhu kolektivnog pregovaranja, niti njegovu ulogu u industrijskim odnosima¹. Upravo stoga i izmjene radnog zakonodavstva odnosno donošenje novoga Zakona o kriterijima za sudjelovanje u tripartitnim tijelima i reprezentativnosti za kolektivno pregovaranje² (u nastavku: Zakon) izazivaju kontroverze, ne samo kada je riječ o sindikatima, nego i u stručnoj javnosti.

Ova pitanja od iznimne su važnosti budući da je sloboda individualnog udruživanja jedan je od vidova opće slobode udruživanja koja mora činiti dio cijelog

aspekta temeljnih sloboda čovjeka. Te slobode moraju biti zavisne i komplementarne jedne drugima³. Međunarodna konferencija rada 1970. potvrdila je ovu bitnu vezu prihvaćajući rezoluciju koja se tiče sindikalnih prava i njihove veze s građanskim slobodama i pravima. Ujedno, ova prava tj. slobode predstavljaju osnovu moderne demokratske države u kojoj je omogućeno učešće u javnom životu i upravljanju zajednicom.

Upravo stoga i izmjene radnog zakonodavstva odnosno donošenje novoga Zakona o kriterijima za sudjelovanje u tripartitnim tijelima i reprezentativnosti za kolektivno pregovaranje⁴ (u nastavku: Zakon) izazivaju kontroverze, ne samo kada je riječ o sindikatima, nego i u stručnoj javnosti.

Nezadovoljstvo sindikalnih, poslodavačkih udruga i stručne javnosti u tijeku rasprave i nakon donošenja Zakona, već pokrenuti postupak ocjene ustavnosti pojedinih njegovih odredbi te burne reakcije nakon prvih postupaka utvrđivanja reprezentativnosti, ukazuju na potrebu detaljne analize pojedinih zakonskih rješenja. Stoga se u ovom tekstu, uz pregled sadržaja Zakona, posebno ukazuje na sporna rješenja — ona kojima se zadire u sadržaj drugih propisa do onih kojima se

*Autorica je dipl. pravnica, viša savjetnica u TEB Poslovnom savjetovanju d.o.o. Zagreb i suradnica FCJP.

¹ B. Gernigon, A. Odero, H. Guido, *ILO principles concerning collective bargaining*, International Labour Review, No. 139, Ženeva 2000, <http://www.ilo.org/public/english/revue/download/pdf/gernigon.pdf> (očitanje: 28. 10. 2012).

² Zakon o kriterijima za sudjelovanje u tripartitnim tijelima i reprezentativnosti za kolektivno pregovaranje, *Nar. nov.* 82/12 i 88/12 — ispr.

³ *Freedom of association and collective bargaining*, ILO, Ženeva 1994, s. 2.

⁴ Zakon o kriterijima za sudjelovanje u tripartitnim tijelima i reprezentativnosti za kolektivno pregovaranje, *Nar. nov.* 82/12 i 88/12 — ispr.

zadire u tarifnu autonomiju i time stvara negativno okruženje prije samog početka pregovora.

2. Pravni okvir

Republika Hrvatska potpisala je i ratificirala Konvenciju br. 87 o slobodi udruživanja i zaštiti prava na organiziranje⁵, Konvenciju br. 98 o primjeni načela prava na organiziranje i kolektivno pregovaranje⁶, Konvencija br. 135 o zaštiti predstavnika radnika u poduzeću i pogodnostima koje bi im trebalo osigurati⁷, te druge međunarodne ugovore koji jamče ove temeljne slobode i prava: Europsku socijalnu povelju, Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Međunarodni pakt o gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima. Iako Republiku Hrvatsku po osnovi ratifikacije obvezuju ovi dokumenti, koji su sklopljeni i potvrđeni u skladu s Ustavom i objavljeni, a koji su po pravnoj snazi iznad zakona⁸, Ustav Republike Hrvatske također sadrži odredbe koje se odnose na slobodu udruživanja. U dijelu koji se odnosi na osobne i političke slobode i prava svakom se jamči pravo na slobodno udruživanje radi zaštite njihovih probitaka ili zauzimanja za socijalna, gospodarska, politička, nacionalna, kulturna ili druga uvjerenja i ciljeve. Radi toga svatko može slobodno osnivati sindikate i druge udruge, uključivati se u njih ili iz njih istupati u skladu sa zakonom⁹. Pod gospodarskim, socijalnim i kulturnim pravima zaposlenim se jamči pravo na osnivanje sindikata, slobodno stupanje u njih i istupanje, te osnivanje saveza i udruživanje u međunarodne sindikalne organizacije¹⁰. Ustav izriječno utvrđuje da je pravo zaposlenih i članova njihovih obitelji na socijalnu sigurnost i socijalno osiguranje uređuje zakonom i kolektivnim ugovorom¹¹.

Sloboda udruživanja odnosno sloboda radnika i poslodavaca na osnivanje organizacija koje će predstavljati njihove interese temeljni je preduvjet za uspostavu stabilnog sustava industrijskih odnosa i njihova učešća ne samo u kreiranju odnosa na radnom mjestu, nego i

u socijalnim i ekonomskim procesima na nacionalnim, ali i međunarodnim razinama.

U Republici Hrvatskoj uvjeti za utemeljenje udruga poslodavaca i sindikata uređeni su Zakonom o radu. Utemeljiti udrugu poslodavaca mogu tri pravne osobe ili punoljetne poslovno sposobne fizičke, a sindikat deset punoljetnih poslovno sposobnih osoba.

Takvo zakonsko uređenje dovelo je, od monizma sindikalnog organiziranja iz vremena prije osamostaljenja Republike Hrvatske, do sindikalnog pluralizma. Brojnost sindikata u vremenu značajnog pada zaposlenosti i sužavanja ciljanog tržišta rezultirala je nastankom različitih oblika nelojalne sindikalne konkurencije: sindikalnim dampingom odnosno pridobivanjem članstva nižim članarinama, preuzimanja sindikalnih organizacija, gdje se kolektivno prelazi iz jednog u drugi sindikat, mimo volje i osobne odluke svakog člana¹², ali i nedostatnom razinom međusindikalnog dogovaranja i zajedničkog nastupa u procesu kolektivnog pregovaranja.

Brojnost sindikata i udruga sindikata više razine otvorila je pitanje njihove zastupljenosti u tripartitnim tijelima, te u kolektivnim pregovorima na svim razinama na kojima se sklapaju kolektivni ugovori, tako da potrebu zakonskog određivanja kriterija reprezentativnosti sindikata već godinama naglašavaju i sve sindikalne središnjice. Upravo stoga valja odgovoriti na pitanje: rješava li ovaj Zakon ta pitanja na odgovarajući način?

Nezadovoljstvo sindikalnih, poslodavačkih udruga i stručne javnosti u tijeku rasprave i nakon donošenja Zakona, već pokrenuti postupak ocjene ustavnosti pojedinih njegovih odredbi te burne reakcije nakon prvih postupaka utvrđivanja reprezentativnosti ukazuju na potrebu detaljne analize pojedinih zakonskih rješenja. Stoga se u ovom tekstu, uz pregled sadržaja Zakona, posebno ukazuje na sporna rješenja — ona kojima se zadire u sadržaj drugih propisa do onih kojima se zadire u tarifnu autonomiju i time stvara negativno okruženje prije samog početka pregovora.

3. Pitanja koja se uređuju Zakonom

Zakon određuje predmet Zakona na način da se istim propisuju kriteriji i postupak utvrđivanja reprezentativnosti udruga poslodavaca i sindikata više razine za sudjelovanje u tripartitnim tijelima na nacionalnoj razini, način utvrđivanja reprezentativnosti udruga poslodavaca, sindikata i njihovih udruga više razine za sudjelovanje u tripartitnim tijelima na lokalnoj i pod-

⁵ Konvencija br. 87 o slobodi udruživanja i zaštiti prava na organiziranje, 1948 (*Nar. nov.* — Međunarodni ugovori 2/94 i 3/00).

⁶ Konvencija br. 98 o primjeni načela prava na organiziranje i kolektivnog pregovaranja, 1949 (*Nar. nov.* — Međunarodni ugovori 2/94 i 3/00).

⁷ Konvencija br. 135 o zaštiti predstavnika radnika u poduzeću i pogodnostima koje bi im trebalo osigurati, 1971 (*Nar. nov.* — međunarodni ugovori 2/94 i 5/00).

⁸ Ustav RH, *Nar. nov.* 59/90, 135/97, 8/98 — proć. tekst, 113/00, 124/00 — proć. tekst, 28/01, 41/01 — proć. tekst, 55/01-ispr., 76/10 i 85/10 — proć. tekst.

⁹ Čl. 43 Ustava.

¹⁰ Čl. 59 Ustava.

¹¹ Čl. 56 Ustava.

¹² M. Cimeša, D. Marinković-Drača, *Socijalni dijalog u Hrvatskoj*, Zagreb 2002 (neobjavljeno).

ručnoj (regionalnoj) razini, kriteriji i postupak utvrđivanja reprezentativnosti sindikata za kolektivno pregovaranje te prava reprezentativnih udruga¹³.

No, jedno važno pitanje nije obuhvaćeno ovom odredbom, a uređuje se tim Zakonom, iako je po našem mišljenju upravo to pitanje bilo i razlogom ubrzanog rada i donošenja Zakona. Naime, prijelaznim odredbama ovoga Zakona ukinut je čl. 262 Zakona o radu¹⁴. Tom odredbom bilo je određeno da se kolektivni ugovor sklopljen na određeno vrijeme po prestanku njegova važenja i nadalje primjenjuje, sve do sklapanja novog kolektivnog ugovora bez vremenskog ograničenja. U takvoj produženoj primjeni bilo dosta kolektivnih ugovora za javni sektor i trgovačka društva u većinskom vlasništvu Republike Hrvatske, s relativno visokom razinom prava ugovorenih prije recesije, a nisu se mogli otkazati zbog produžene primjene. Vlada Republike Hrvatske ocijenila je da takvu razinu prava više nije u mogućnosti osigurati¹⁵, a izmjene Zakona o radu bi izazvale snažnije reakcije te je bilo jednostavnije rješenje ukinuti produženu primjenu već sklopljenih kolektivnih ugovora ovim Zakonom. Već sklopljeni kolektivni ugovori u produženoj primjeni to prestaju biti tri mjeseca nakon stupanja na snagu Zakona, a ubuduće strane kolektivnih ugovora mogu ugovoriti njihovu produženu primjenu i nakon isteka roka na koji je kolektivni ugovor sklopljen, ali ne više neograničeno, nego najduže tri mjeseca.

3.1. Reprezentativnost na nacionalnoj razini

Organizacije radnika i poslodavaca se obično udružuju u federacije i konfederacije na nacionalnoj razini. Konvencija br. 87 konkretno štiti prava organizacija radnika i poslodavaca da uspostavljaju ovakve skupine¹⁶. Takve udruge više razine obično imaju vertikalnu strukturu, prema granama, djelatnostima u kojima radnici rade ili strukama radnika, te horizontalnu strukturu, teritorijalno, prema području u kojem njihovi članovi rade.

Zakonom se takvim udrugama, koje zadovolje propisane kriterije, daje pravo da:

- a) predlože Vladi Republike Hrvatske svoje predstavnike za tripartitno izaslanstvo Vlade Republike Hrvatske na Međunarodnoj konferenciji rada te ime-

¹³ Čl. 1 Zakona.

¹⁴ Zakon o radu, *Nar. nov.* 149/09, 61/11 i 82/12 — Zakon o kriterijima za sudjelovanje u tripartitnim tijelima i reprezentativnosti za kolektivno pregovaranje.

¹⁵ Iz obrazloženja Konačnog prijedloga Zakona o kriterijima za sudjelovanje u tripartitnim tijelima i reprezentativnosti za kolektivno pregovaranje. Izvor: <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=49287> (očitanje: 07. 10. 2012).

¹⁶ Konvencija br. 87, čl. 5.

nuju svoje predstavnike u druga međunarodna tijela i organizacije,

- b) u skladu sa zakonom ili posebnim sporazumom imenuju svoje predstavnike te na drugi način sudjeluju u radu Gospodarsko-socijalnog vijeća i u drugim tijelima u kojima se odvija tripartitni socijalni dijalog na nacionalnoj razini,

- c) imenuju svoje predstavnike u druga tijela za koja je posebnim propisom ili sporazumom predviđeno sudjelovanje predstavnika sindikata i poslodavaca na nacionalnoj razini.

Dodatno, te udruge i Vlada RH Sporazumom o osnivanju Gospodarsko-socijalnog vijeća, mogu utvrditi način i postupak osnivanja gospodarsko-socijalnih vijeća na razini jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave radi utvrđivanja i ostvarivanja usklađenih djelatnosti u cilju zaštite i promicanja gospodarskih i socijalnih prava, odnosno interesa radnika i poslodavaca u lokalnoj i područnoj (regionalnoj) jedinici, vođenja usklađene gospodarske, socijalne i razvojne politike te poticanja sklapanja i primjene kolektivnih ugovora. Iako se za nacionalnu razinu Zakonom propisuju kriteriji reprezentativnosti, takvih kriterija nema za ovu razinu, tako da je moguće da se iz socijalnog dijaloga na lokalnoj razini isključe sindikati koji su upravo na toj razini brojni, ali nisu zastupljeni u Gospodarsko-socijalnom vijeću.

3.1.1. Reprezentativnost udruga sindikata više razine za sudjelovanje u tripartitnim tijelima na nacionalnoj razini

Do stupanja na snagu Zakona bio je na snazi Zakon o načinu određivanja zastupljenosti udruga sindikata više razine u tripartitnim tijelima na nacionalnoj razini¹⁷. Tim Zakonom bio je uređen postupak određivanja zastupljenosti udruga sindikata više razine u tijelima na nacionalnoj razini u kojima su preko svojih predstavnika zastupljeni Vlada Republike Hrvatske, sindikati i poslodavci. Već i iz samog naziva navedenog Zakona vidljivo je da je istim bio uređen postupak za određivanje reprezentativnosti udruga sindikata više razine, dakle ne i udruga poslodavaca više razine. Nadalje, taj propis se odnosio samo na zastupljenost u tripartitnim tijelima, a isti nije uređivao i reprezentativnost udruga sindikata u kolektivnim pregovorima.

Da bi određena udruga bila reprezentativna bilo je potrebno da ima najmanje 15.000 članova, da je u nju

¹⁷ Zakon o načinu određivanja zastupljenosti udruga sindikata više razine u tripartitnim tijelima na nacionalnoj razini, *Nar. nov.* 19/99.

udruženo najmanje pet sindikata koji djeluju na nacionalnoj razini i da udruga djeluje na području najmanje pet županija.

Ispunjavanje uvjeta za svaku udrugu koja podnese zahtjev utvrđivalo je Povjerenstvo sastavljeno od jednakog broja predstavnika udruga, Vlade i poslodavaca koje je imenovao ministar nadležan za poslove rada. U slučaju da se udruge međusobno ne dogovore o zastupljenosti u tripartitnim tijelima, bila je predviđena mogućnost provođenja izjašnjavanja o povjerenju, u kojem bi glasovali svi zaposleni u Republici Hrvatskoj, osim vojnih osoba, vojnih službenika, vojnih namještenika i ovlaštenih službenih osoba Ministarstva unutarnjih poslova.

U tri navrata vršeno je utvrđivanje reprezentativnosti: 2000, kad je uvjete ispunilo pet udruga sindikata više razine¹⁸, 2003, kad je prag reprezentativnosti prešlo šest udruga više razine¹⁹ te 2009, kada je tražene uvjete ispunilo pet udruga sindikata više razine²⁰.

Usporedbom podataka o broju članstva u vremenu od 2000. do 2009. možemo zaključiti da su u tom vremenu bile značajne promjene ne samo u broju središnjica, već se bitno mijenjao i broj članova u svakoj od njih.

Ukupan broj članstva sindikata u udrugama više razine između dva prebrojavanja od 2000–2003. porastao je za 9,64 posto, ali je 2009. u odnosu na 2003. pao za 7,11 posto²¹. S obzirom na ukupnu zaposlenost u godinama prebrojavanja članstva i utvrđivanja reprezentativnih udruga više razine²², može se zaključiti da je stopa sindikaliziranosti u reprezentativnim udrugama više razine porasla s 32,27 u 2000. na 32,8 posto u 2003, ali je 2009. pala na 28,97²³.

¹⁸ Rješenje ministra rada i socijalne skrbi (*Nar. nov.*, br. 14/00): Hrvatska udruga sindikata - 32.493 članova, Matica hrvatskih sindikata javnih službi - 46.282 članova, Nezavisni hrvatski sindikati - 40.455 članova, Savez samostalnih sindikata Hrvatske - 289.651 članova i Udruga radničkih sindikata Hrvatske - 31.458 članova.

¹⁹ Rješenje ministra rada i socijalne skrbi (*Nar. nov.*, br. 29/04) – uz ranijih pet sindikalnih središnjica kriterije je ispunila i šesta središnjica Sindikat usluga UNI-CRO s 20.099 članova.

²⁰ Rješenje Ministra rada (*Nar. nov.*, br. 55/09): Savez samostalnih sindikata Hrvatske - 164.732 članova, Nezavisni hrvatski sindikati - 113.598 članova, Matica hrvatskih sindikata - 80.311 članova, Hrvatska udruga sindikata - 41.584 članova i Udruga radničkih sindikata Hrvatske - 23.739 članova.

²¹ U 2000. ukupan broj članova u središnjicama iznosio je 440.339, a u 2003. godini 456.793, koji je u 2009. pao na 423.964. Izvor: Rješenja ministra rada i socijalne skrbi, *Nar. nov.*, br. 14/00, 29/04 i 55/09.

²² Godine 2000. ukupan prosječan broj zaposlenih iznosio je 1.364.495, a 2003. godine 1.392.510; Izvor: *Odabrani gospodarski pokazatelji hrvatskog gospodarstva*, Hrvatska gospodarska komora, <http://hgk.biznet.hr/hgk/fileovi/8102.xls>, očitavanje: 06. 10. 2012.

Prema statistici ILO-a, 2008. gustoća sindikalne organiziranosti u RH iznosila je 40 %, dok za pokrivenost zaposlenih kolektivnim ugovorima podatka nema, jer očevidno Hrvatska ne vodi takvu statistiku²⁴. Iz navedenoga bi proizlazilo da je izvan reprezentativnih središnjica oko 11 posto sindikalno organiziranih radnika.

Prema novom Zakonu da bi središnjica bila reprezentativna potrebno je najmanje 50.000 članova, da je u nju udruženo najmanje 5 sindikata koji djeluju u različitim područjima, odnosno odjeljcima djelatnosti utvrđenim Nacionalnom klasifikacijom djelatnosti, da ona ili u nju udruženi sindikati imaju područne urede u najmanje četiri županije, da je upisana u registar udruga sindikata više razine najmanje šest mjeseci prije dana podnošenja zahtjeva za utvrđivanje reprezentativnosti, da raspolaže potrebnim prostorom i drugim materijalnim uvjetima za rad te da zapošljava najmanje pet radnika na temelju ugovora o radu.

Usporedbom kriterija, možemo uočiti kako je postrožen broj članova, koji je s 15.000 podignut na 50.000. Ako uzmemo u obzir zadnje podatke o broju članova sindikata u pojedinim sindikalnim središnjicama, tada možemo uočiti da u odnosu na ranije reprezentativnih pet središnjica, kriterij brojnosti prema novom Zakonu ispunjavaju samo tri središnjice²⁵, dok dvije taj kriterij ne ispunjavaju²⁶. Uskoro treba očekivati rezultate, jer je već pokrenuta inicijativa utvrđivanja reprezentativnosti²⁷.

Iako se i prema novom Zakonu traži pet sindikata, kao i prema ranijem, bitna je promjena da sada ti sindikati trebaju djelovati u različitim područjima, odnosno odjeljcima djelatnosti utvrđenim Nacionalnom klasifikacijom djelatnosti, dok su prema ranijim kriterijima

²³ Godine 2009. ukupan prosječan broj zaposlenih iznosio je 1.463.489; Izvor: Državni zavod za statistiku, statistička izvješća, *Zaposlenost i plaće u 2010.*

²⁴ S. Hayter, i V. Stoevska. *Technical Brief. Social Dialogue Indicators: Trade union density and collective bargaining coverage*. International Statistical Inquiry 2008-09. ILO, Ženeva 2011. Izvor: <http://laborsta.ilo.org/applv8/data/TUM/TUD%20and%20CBC%20Technical%20Brief.pdf> (očitanje: 14. 10. 2012).

²⁵ 1. Savez samostalnih sindikata Hrvatske
164.732 članova

2. Nezavisni hrvatski sindikati
113.598 članova

3. Matica hrvatskih sindikata
80.311 članova.

²⁶ 1. Hrvatska udruga sindikata
41.584 članova

2. Udruga radničkih sindikata Hrvatske
23.739 članova.

²⁷ Inicijativu su podnijeli Hrvatski nezavisni sindikati; <http://www.glas-slavonije.hr/180528/1/Do-proljeca-nove-brojke-o-reprezentativnosti-sindikata>, očitavanje: 11. 11. 2012.

to mogli biti i sindikati na razini jednoga poslodavca koji je djelovao na području Republike Hrvatske.

Postrožen je i uvjet temeljem kojega udruga više razine mora imati svoje urede u najmanje četiri županije i najmanje pet radnika zaposlenih na temelju ugovora o radu.

Povećanje broja članova, te dodatni uvjeti koji se odnose na kapacitete udruga više razine, mogu imati pozitivan učinak na ujedinjavanje sindikata, kako bi i udruge više razine koje su ispod propisanog praga mogle participirati u tripartitnim tijelima²⁸.

3.1.2. Reprerentativnost udruga poslodavaca više razine za sudjelovanje u tripartitnim tijelima na nacionalnoj razini

Pitanje reprerentativnosti poslodavaca i njihovih udruga nije se otvaralo sve do 2004, s obzirom da je djelovala samo jedna udruga više razine odnosno samo Hrvatska udruga poslodavaca. Na inicijativu novih poslodavačkih udruga više razine, Gospodarsko-socijalno vijeće je na svojoj 76. sjednici, održanoj 26. listopada 2005. razmotrilo i utvrdilo kvantitativne i kvalitativne kriterije reprerentativnosti udruga poslodavaca više razine za sudjelovanje u radu tripartitnih tijela na nacionalnoj razini, a koji su definirani u suradnji s predstavnicima udruga poslodavaca i Međunarodne organizacije rada 2003.

Prema tim kriterijima udruga je trebala djelovati minimalno tri godine, s najmanje pet granskih udruga u koje je učlanjeno najmanje 2000 poslodavaca i 100.000 zaposlenih radnika, da ima najmanje tri regionalna ureda s deset zaposlenih. Da raspolaže potrebnim prostorom i drugim materijalnim uvjetima za rad te da zapošljava najmanje pet radnika temeljem ugovora o radu.

Međutim, temeljem tih kriterija i nadalje je kriterije reprerentativnosti ispunjavala samo Hrvatska udruga poslodavaca.

Novim Zakonom sada se po prvi puta u hrvatskom zakonodavstvu propisuju i kriteriji reprerentativnosti za udruge poslodavaca na nacionalnoj razini. Prema tim kriterijima udruga treba biti upisana registar udruga najmanje šest mjeseci, s udruženih pet udruga poslodavaca koje djeluju u različitim područjima odnosno odjeljcima djelatnosti utvrđenim Nacionalnom klasifikacijom djelatnosti, s najmanje 3000 poslodavaca ili da u nju udruženi poslodavci zapošljavaju najmanje

²⁸ Savez samostalnih sindikata Hrvatske i Hrvatska udruga sindikata potpisali su 20. 04. 2012. Sporazum o suradnji i otvaranju procesa udruživanja. Izvor: <http://www.hus.hr/?p=2121> (očitanje: 07. 10. 2012).

100.000 radnika. Uz te kriterije postavljen je i zahtjev da udruga više razine ili u nju udružene udruge poslodavaca imaju područne urede u najmanje četiri županije i da raspolaže potrebnim prostorom i drugim materijalnim uvjetima za rad te da zapošljava najmanje pet radnika temeljem ugovora o radu.

Budući da do sada nisu objavljeni podaci o broju članica u udrugama poslodavaca više razine, nije moguće procijeniti hoće li, uz Hrvatsku udrugu poslodavaca, još koja udruga više razine ispuniti propisane kriterije. Naime ti kriteriji su sada postroženi u odnosu na broj poslodavaca (umjesto ranijih 2000, sada se traži 3000), broj županijskih ureda (ranije u tri, a sada u najmanje četiri županije), ali se s druge strane vrijeme djelovanja udruge smanjuje s tri godine na šest mjeseci, ne postavlja se uvjet sklopljenih kolektivnih ugovora, članstvo u međunarodnim organizacijama ili sudjelovanje u postupcima mirenja, te broj zaposlenih u granskim udrugama.

Reprerentativnost udruga poslodavaca i sindikata više razine za sudjelovanje u tripartitnim tijelima na nacionalnoj razini, kao i reprerentativnost sindikata za kolektivno pregovaranje o sklapanju kolektivnog ugovora upisuje se u evidenciju koja se vodi pri ministarstvu nadležnom za rad, tj. Ministarstvu rada i mirovinskoga sustava.

3.1.3. Postupak utvrđivanja reprerentativnosti

Postupak utvrđivanja reprerentativnosti prema odredbama novog Zakona provodi Povjerenstvo, sastavljeno od pet članova i pet zamjenika članova, koje na vrijeme od četiri godine imenuje ministar nadležan za rad²⁹.

Udruga poslodavaca više razine, odnosno udruga sindikata više razine koja želi da se utvrdi njezina reprerentativnost za sudjelovanje u tripartitnim tijelima na nacionalnoj razini mora Povjerenstvu podnijeti zahtjev za utvrđivanje reprerentativnosti, s pripadajućim dokazima o udovoljavanju zakonskih uvjeta, sa stanjem u mjesecu koji prethodi mjesecu u kojem je zahtjev podnesen.

U odnosu na broj članova sindikata, Zakonom se propisuje obveza poslodavca da u roku od osam dana od dana podnesenog zahtjeva, sindikatu dostavi broj rad-

²⁹ Članove i zamjenike članova Povjerenstva imenuje ministar iz reda neovisnih predstavnika akademske zajednice, pravosudnih dužnosnika ili istaknutih stručnjaka, od kojih po dva člana i dva zamjenika na pisani prijedlog udruga sindikata i udruga poslodavaca više razine kojima je reprerentativnost utvrđena na nacionalnoj razini, u roku od trideset dana od dana stupanja na snagu ovoga Zakona, odnosno trideset dana prije isteka mandata iz stavka. (čl. 13 st. 3 Zakona).

nika članova sindikata kojima se na temelju pisane suglasnosti usteže članarina. U protivnom, na zahtjev sindikalnog povjerenika ili sindikalnog predstavnika, inspektor rada će u roku od 24 sata od podnošenja zahtjeva rješenjem poslodavcu naložiti da u roku od tri dana dostavi podatak o broju radnika članova sindikata³⁰.

Ako Povjerenstvo utvrdi da je zahtjev potpun i da podnositelj zahtjeva ispunjava zakonom propisane uvjete, o pokrenutom postupku utvrđivanja reprezentativnosti će u roku od petnaest dana, u *Narodnim novinama* i na mrežnoj stranici ministarstva nadležnog za rad, objaviti javni poziv svim udrugama poslodavaca više razine i udrugama sindikata više razine da u roku od četrdeset i pet dana od objave javnog poziva i oni dostave svoje zahtjeve za utvrđenje reprezentativnosti, uz upozorenje da se u slučaju ne udovoljavanja tom pozivu njihova reprezentativnost u tom postupku neće utvrđivati. Povjerenstvo će u daljnjem roku od šezdeset dana, na temelju utvrđenih podataka, rješenjem utvrditi popis reprezentativnih udruga za sudjelovanje u tripartitnim tijelima na nacionalnoj razini.

Protiv rješenja Povjerenstva žalba nije dopuštena, ali svaka udruga koja je sudjelovala u postupku utvrđivanja reprezentativnosti može pokrenuti upravni spor pred nadležnim upravnim sudom.

Novo utvrđivanje reprezentativnosti moguće je nakon proteka roka od tri godine od pravomoćnosti rješenja o utvrđivanju reprezentativnosti. Iznimno, i prije isteka toga roka postupak preispitivanja utvrđene reprezentativnosti pokrenuti udruga poslodavaca, odnosno udruga sindikata više razine koja je zastupljena u Gospodarsko-socijalnom vijeću, ako učini vjerojatnim da neka od udruga zastupljenih u Gospodarsko-socijalnom vijeću više ne ispunjava neki od traženih uvjeta³¹.

Prema Zakonu, sindikati i udruge poslodavaca više razine moraju imati određeni broj članica koje djeluju u različitim područjima, odnosno odjeljcima djelatnosti utvrđenim Nacionalnom klasifikacijom djelatnosti 2007³² (u nastavku teksta: NKD). NKD sastoji se od četiri hijerarhijske razine koje su označene na sljedeći način: područje, odjeljak, skupina i razred. Ako je odjeljak zadnja razdjelnica temeljem koje se određuje reprezentativnost u tripartitnim tijelima, to bi moglo izazvati probleme, pa moguće učiniti upitnim sudje-

lovanje nekih udruga više razine u tripartitnim tijelima, pogotovu onih koje imaju članstvo u javnom sektoru. Primjerice, "obrazovanje" se navodi kao djelatnost i odjeljak, dok su predškolsko, osnovno, srednje i visoko obrazovanje navedeni pod "skupina", tako da sindikati koji su organizirani samo na toj razini ne bi mogli biti osnovom određivanja reprezentativnosti udruge više razine u koju su učlanjeni.

3.2. Reprezentativnost za kolektivno pregovaranje

3.2.1. Reprezentativnost sindikata za kolektivno pregovaranje o sklapanju kolektivnog ugovora

U slučaju djelovanja više sindikata na području za koje se sklapa kolektivni ugovor, do donošenja Zakona, hrvatsko zakonodavstvo nije imalo uspostavljen sustav određivanja reprezentativnosti sindikata. Zakon o radu je određivao kako je u tom slučaju poslodavac, odnosno udruga poslodavaca u obvezi pregovarati sa svim sindikatima, koje je ZR upućivao na međusobni dogovor glede utvrđivanja sastava odbora za pregovore. Stoga je i ta činjenica dovela do dodatne konfrontacije oko formiranja pregovaračkih odbora i utvrđivanja zajedničkih polazišta za pregovore, pri čemu su sindikati trošili snage između sebe, te je u pravilu zbog nemogućnosti dogovora arbitralo Gospodarsko socijalno vijeće³³.

Zakon sada određuje kriterije i način određivanja reprezentativnosti i za slučaj kolektivnog pregovaranja.

3.2.1.1. Ako na području, odnosno razini za koju se kolektivno pregovara djeluje samo jedan sindikat

Ako na području odnosno razini za koju se pregovara o sklapanju kolektivnog ugovora djeluje samo jedan sindikat, isti se smatra reprezentativnim i njegovu reprezentativnost nije potrebno utvrđivati.

Dakle, u tom slučaju se ne provodi postupak utvrđivanja reprezentativnosti, već će se navedeni sindikat upisati u evidenciju reprezentativnih sindikata pri Ministarstvu rada i mirovinskoga sustava. Da bi se navedeni sindikat upisao u evidenciju, sindikat je dužan o činjenici da je jedini sindikat na području, odnosno razini za koju se kolektivno pregovara, obavijestiti Ministarstvo rada i mirovinskoga sustava.

Pravilnikom o načinu dostave obavijesti za upis u evidenciju reprezentativnih sindikata³⁴ propisano je da će

³⁰ Nepoštivanje ove obveze predstavlja prekršaj, za koji je zapriječena novčana kazna od 20.000 do 50.000 kuna (1 euro = približno 7,5 kuna).

³¹ Čl. 18 Zakona.

³² Odluka o Nacionalnoj klasifikaciji djelatnosti, *Nar. nov.* 58/07 i 102/07-isp.

³³ Čl. 186 Zakona o radu.

³⁴ Pravilnik o načinu dostave obavijesti za upis u evidenciju reprezentativnih sindikata, *Nar. nov.* 93/12.

uz obavijest, sindikat biti dužan priložiti i sporazum, kojim su se sindikat i poslodavac sporazumjeli o području, odnosno razini za koju se kolektivno pregovara. Ako tijekom postupka utvrđivanja reprezentativnosti sindikata, pitanje područja, odnosno razine za koju se pregovara postane sporno, o istom će odlučiti Povjerenstvo. Iako se u slučaju djelovanja samo jednog sindikata reprezentativnost ne utvrđuje, očigledno će i kod spora o području za koje se sklapa kolektivni ugovor morati odlučivati Povjerenstvo.

3.2.1.2. Ako na području odnosno razini za koju se kolektivno pregovara djeluje više sindikata

A) Ako se sindikati dogovore o broju i sastavu pregovaračkog odbora i zaključe sporazum

Ovim Zakonom, kao i ranijim odredbama Zakona o radu u slučaju kada na području, odnosno razini za koju se pregovara o sklapanju kolektivnog ugovora djeluje više sindikata, njima se daje mogućnost da se dogovore i pisanim sporazumom utvrde pregovarački odbor. U tom slučaju poslodavac, odnosno udruga poslodavaca može pregovarati samo s tim s pregovaračkim odborom, jer će se potpisnici toga sporazuma smatrati reprezentativnim i njihovu reprezentativnost neće biti potrebno utvrđivati.

Međutim, i u tom slučaju sindikati su u obvezi o tome obavijestiti Ministarstvo rada i mirovinskoga sustava, u protivnom mogu prekršajno odgovarati.

B) Ako se sindikati ne mogu sporazumjeti o broju i sastavu pregovaračkog odbora sindikata

Ako na području, odnosno razini za koje se pregovara o sklapanju kolektivnog ugovora djeluje više sindikata, a isti ne postignu pisani sporazum kojim bi se sporazumjeli o broju i sastavu pregovaračkog odbora sindikata, reprezentativnost sindikata će se utvrditi pred Povjerenstvom za utvrđivanje reprezentativnosti.

Zahtjev za utvrđivanje reprezentativnosti sindikata Povjerenstvu mogu uputiti:

- svaki sindikat, koji djeluje na području, odnosno razini za koju se kolektivno pregovara,
- poslodavac, odnosno udruga poslodavaca.

Sindikati koji pokreću postupak utvrđivanja reprezentativnosti dužan je u zahtjevu navesti područje, odnosno razinu za koju se kolektivno pregovara. Ako tijekom postupka utvrđivanja reprezentativnosti sindikata, pitanje područja, odnosno razine za koju se pregovara postane sporno, o istom će odlučiti Povjerenstvo.

Zahtjev za utvrđivanje reprezentativnosti sindikata može podnijeti i poslodavac odnosno udruga poslo-

davaca koja želi pokrenuti pregovore o izmjenama i dopunama kolektivnog ugovora sklopljenog na području, odnosno razini, za koje je proteklo vrijeme na koje je utvrđena reprezentativnost sindikata.

Temeljni uvjeti reprezentativnosti sindikata jesu:

— da kod poslodavca ili na području, odnosno razini za koje se sklapa kolektivni ugovor ima najmanje dvadeset procenata radnika članova od ukupnog broja sindikalno organiziranih radnika zaposlenih kod poslodavca ili poslodavaca koji posluju na području, odnosno razini za koje se sklapa kolektivni ugovor;

— ako se pregovara o sklapanju kolektivnog ugovora na jednom području, što ne uključuje skupinu prema Nacionalnoj klasifikaciji djelatnosti, u kojemu djeluje sindikat čiji su članovi radnici iste struke i zanimanja, reprezentativnim sindikatom smatra se i sindikat koji ima najmanje četrdeset procenata radnika članova od ukupnog broja radnika iste struke i zanimanja zaposlenih kod poslodavaca koji posluju na području za koje se sklapa kolektivni ugovor, uz uvjet da u tom sindikatu najmanje sedamdeset i pet procenata njegovih članova čine radnici iste struke i zanimanja koje je izravno povezano s područjem za koje se pregovara o sklapanju kolektivnog ugovora. Davanje legitimacije na kolektivno pregovaranje strukovnim sindikatima, predlagatelj obrazlaže na način da se time štite i interesi članova strukovnih sindikata i strukovnih sindikata, koji su brojem članova relativno mali, ali su iznimno važni za područje na kojem djeluju na način da i njihovi interesi moraju biti zaštićeni u pregovaračkom odboru³⁵. Ostali sindikati su takvo rješenje ocijenili diskriminatornim³⁶.

Nakon što je utvrđena reprezentativnost sindikata, reprezentativni sindikati se mogu još uvijek sporazumjeti o broju i sastavu pregovaračkog odbora sindikata. Ako se sindikati sporazumiju, o tome zaključuju pisani sporazum. Sindikat koji je prvi naveden u sporazumu kojim je utvrđen broj i sastav pregovaračkog odbora sindikata, o tome mora obavijestiti Ministarstvo rada i mirovinskoga sustava, u roku od osam dana od dana zaključenja Sporazuma, radi upisa sindikata u evidenciju reprezentativnih sindikata pri Ministarstvu rada i mirovinskoga sustava. Sindikat je uz obavijest dužan priložiti i sklopljeni Sporazum.

Ako se sindikati ne sporazumiju o broju i sastavu pregovaračkog odbora sindikata u roku od pet dana od dana izvršnosti rješenja kojim je utvrđena reprezentativnost sindikata, o istome odlučuje Povjerenstvo.

³⁵ V. bilj. 14.

³⁶ Izvor: <http://www.hus.hr/?tag=zakonodavstvo-rh> (očitanje: 07. 10. 2012).

Broj članova pojedinog sindikata Povjerenstvo utvrđuje na temelju razmjernog broja radnika članova svakog reprezentativnog sindikata, u odnosu na broj ukupno sindikalno organiziranih radnika na području, odnosno razini za koje se pregovara o sklapanju kolektivnog ugovora.

Pregovarački odbor će tada biti sastavljen od po jednog predstavnika svakog reprezentativnog sindikata, a ostali broj će se odrediti na način da zastupljenost svih sindikata u pregovaračkom odboru mora biti što je moguće u većoj mjeri u skladu s udjelom članova pojedinog reprezentativnog sindikata u ukupnom broju sindikalno organiziranih radnika zaposlenih kod poslodavca ili poslodavaca koji posluju na razini, odnosno području za koje se sklapa kolektivni ugovor.

Sindikati koji okuplja članove određene struke ili zanimanja ostvaruju pravo na jednog predstavnika u pregovaračkom odboru, neovisno o broju članova sindikata i takav sindikat ne može biti jedini potpisnik kolektivnog ugovora.

Neovisno o tome jesu li se sindikati dogovorili o broju i sastavu pregovaračkog odbora, ili je broj i sastav odredilo Povjerenstvo, pregovarački odbor ne može imati manje od tri, niti više od jedanaest članova.

Povjerenstvo određuje ne samo sastav nego i broj članova pregovaračkog odbora. Za određivanje broja članova ne postoje nikakvi kriteriji, tako da će Povjerenstvo odlučivati od slučaja do slučaja, što može dovesti do toga da se u istim uvjetima sindikalnog organiziranja određuje različit broj članova pregovaračkog odbora i time utječe na utjecaj zastupljenih sindikata.

U odnosu na takvo određenje broja članova pregovaračkog odbora sindikata, mišljenja smo da je zakonodavac ušao u područje tarifne autonomije i stvorio neravnotežu između strana kolektivnog ugovora. Naime, kako se u odnosu na udruge poslodavaca ne određuje reprezentativnost za kolektivno pregovaranje, tako se odredba o broju članova pregovaračkog odbora ne odnosi i na poslodavačku stranu. Ona i u tom dijelu ima samostalnost, dok je druga ugovorna strana nema, čak i kada djeluje samo jedan sindikat, odnosno ako ih ima više, kada se dogovore o sastavu pregovaračkog odbora, taj broj ne može biti manji od tri, niti veći od jedanaest.

3.2.1.3. Utvrđivanje sastava pregovaračkog odbora ako se pregovara o kolektivnom ugovoru koji obuhvaća više područja

Kada je pregovara o sklapanju kolektivnog ugovora koji obuhvaća više područja prema Nacionalnoj

klasifikaciji djelatnosti, tada se sastav pregovaračkog odbora utvrđuje na način da svako područje za koje se pregovara o sklapanju kolektivnog ugovora bude zastupljeno s jednim članom, predstavnikom sindikata koji na tom području ima najveći broj radnika članova, a da se preostali članovi pregovaračkog odbora utvrde na temelju broja radnika članova ostalih sindikata koji djeluju na područjima za koje se kolektivno pregovara u odnosu na broj ukupno sindikalno organiziranih radnika na područjima za koje se pregovara, a do ukupno jedanaest članova.

Ova odredba primarno će se odnositi na kolektivni ugovor za javne službenike i namještenike. Iako nije za očekivati da bi se sindikati sami dogovorili o broju i sastavu pregovaračkog odbora, jer se i do sada o tom pitanju nisu mogli sporazumjeti, potpuno je nejasno zbog čega zakonodavac nije pošao od primarnog prava da sami sindikati pokušaju postići sporazum i o sastavu i broju članova pregovaračkog odbora. U ovom slučaju se očividno napuštaju i utvrđeni kriteriji reprezentativnosti, jer u pregovarački odbor može ući i sindikat koji u toj djelatnosti ima manje od dvadeset procenata članova i značajno utjecati na sam tijek pregovora. Već je se u početku primjene Zakona, kod određivanja broja i sastava pregovaračkog odbora za Temeljni kolektivni ugovor za javne službenike i namještenike mogu čuti upravo takve primjedbe³⁷.

Nastavno, za ovaj slučaj nije propisano postupanje kada se pregovara o izmjenama i dopunama već sklopljenog kolektivnog ugovora.

U slučaju kada se određuje reprezentativnost, Zakon određuje da se o sklapanju novog ili izmjenama i dopunama starog kolektivnog ugovora može pregovarati samo s pregovaračkim odborom reprezentativnih sindikata, a ako je pokrenut novi postupak utvrđivanja reprezentativnosti i utvrđena reprezentativnost drugog sindikata koji nije sudjelovao u pregovorima o sklapanju kolektivnog ugovora, tada se ne može pregovarati o izmjenama i dopunama kolektivnog ugovora, nego

³⁷ Matica hrvatskih sindikata: "Primjerice, ovaj puta u njega su ušli sindikati koji prema dosadašnjim propisima u njemu nisu mogli sudjelovati (prema broju svojih članova). Ti sindikati, čak niti po novom Zakonu nisu reprezentativni za pregovore u svojoj djelatnosti i ne mogu tamo biti pregovarači, ali ovdje na najvišoj razini za njih vrijedi izuzeće i ovdje mogu biti pregovarači. Očito se želi razblažiti i oslabiti jedinstvo volje u pregovaračkom timu sindikalne strane. Da je Povjerenstvo neovisno, onda bi broj članova Pregovaračkog odbora podesilo tome da u pregovorima sudjeluju samo sindikati koji su prema Zakonu reprezentativni u svome području, jer bi to bilo konzistentno. Ovakvo imamo dva različita kriterija, po volji Vlade RH". Izvor: <http://www.matica-sindikata.hr/hr/novosti/mrsic-sire-njem-odbora-za-pregovaranje-razbija-jedinstvo-vo-lje-sindikalne-strane,132.html>, očitavanje: 11. 11. 2012.

samo o sklapanju novog kolektivnog ugovora. U slučaju kada se kolektivni ugovor sklapa za više područja, Zakon ne uređuje to pitanje — je li za izmjene i dopune ovlašten pregovarački odbor koji je pregovarao o sklapanju kolektivnog ugovora, ili se treba utvrditi novi sastav, odnosno može li se i s novim sastavom pregovarati o izmjenama i dopunama ranije sklopljenog kolektivnog ugovora³⁸.

Ako bi se sklapao kolektivni ugovor na nacionalnoj razini, tada bi slijedom ovih odredbi bilo nemoguće sastaviti pregovarački odbor, obzirom na činjenicu da prema Nacionalnoj klasifikaciji djelatnosti ima devetnaest područja, a pregovarački odbor mora biti sastavljen od po jednog predstavnika za svaku područje, time da ne može imati više od jedanaest članova.

Mišljenja smo da je time bitno narušena sloboda kolektivnog pregovaranja i da je u odnosu na tu činjenicu upitna ustavnost ovoga rješenja.

Dodatno, za ostale slučajeve se sindikat, čija je reprezentativnost utvrđena prema odredbama Zakona, a koji odbije sudjelovati u kolektivnom pregovaranju, sankcionira na način da ne može u vremenu od tri godine pokrenuti niti sudjelovati u postupku utvrđivanja reprezentativnosti sindikata za isto područje, odnosno razinu za koje je odbio kolektivno pregovarati³⁹. Međutim, ako se sklapa kolektivni ugovor za više područja, kada se određuje po jedan predstavnik u pregovarački odbor i neki od njih ako bi odbio pregovarati, ne bi imao posljedicu zabranu sudjelovanja u narednim pregovorima. Na taj način sindikati se dovode u bitno drugačiju pravnu situaciju, bez ikakva valjanog razloga za takvo zakonsko rješenje.

3.2.1.4. Pravo udruge poslodavaca na pokretanje postupka utvrđivanja reprezentativnosti

Ne smo zainteresirani sindikat, nego i udruga poslodavaca može pokrenuti postupak utvrđivanja reprezentativnosti sindikata. To će biti u slučaju kada želi mijenjati već sklopljeni kolektivni ugovor, a protekle su tri godine od dana sklapanja kolektivnog ugovora. Na taj način sindikati su u obvezi pristupiti tom postupku i dostaviti propisane podatke o broju članova. Ako bi odbili pregovarati, gube reprezentativnost i u naredne tri godine ne mogu pristupiti kolektivnim pregovorima.

³⁸ Čl. 11 Zakona.

³⁹ Čl. 10 st. 3 (v. bilj. 2)

⁴⁰ A. Kranjac Jularić, K. Rumora, Reprezentativnost sindikata za kolektivne pregovore — problemi i dvojbe, *Financije, pravo i porezi* 11, Zagreb 2012, ss. 153-159.

Time se odstupa od načela dobrovoljnosti kolektivnog pregovaranja, zajamčenog u gotovo svim međunarodnim izvorima radnog prava⁴⁰, a takvo rješenje ocjenjuje se i kao uplitanje u djelovanje sindikata⁴¹.

3.2.1.5. Reprezentativnost poslodavaca za kolektivno pregovaranje

Reprezentativnost poslodavca odnosno njihovih udruga se ne utvrđuje, obzirom na činjenicu da potpisani kolektivni ugovor obvezuje samo poslodavce potpisnike, odnosno članove udruge poslodavaca potpisnice ugovora⁴².

Zakon o radu nije sadržavao rješenje u odnosu na poslodavačku stranu za pregovore o kolektivnim ugovorima za službenike i namještenike koji se financiraju iz državnog proračuna, odnosno proračuna jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave. Jedino je za javne službenike i namještenike Zakonom o plaćama u javnim službama⁴³ utvrđena ovlast Vlade Republike Hrvatske na sklapanje kolektivnih ugovora za te službe⁴⁴.

Sada se Zakonom izrijekom propisuje da u slučaju pregovaranja o sklapanju kolektivnog ugovora kojima se ugovaraju prava zaposlenih za koja se sredstva u iznosu većem od pedeset posto troškova za plaće i druga materijalna prava radnika osiguravaju u državnom proračunu, reprezentativni sindikati odnosno udruga sindikata mogu pregovarati o sklapanju kolektivnog ugovora samo s pregovaračkim odborom kojeg imenuje ili za to ovlasti Vlada Republike Hrvatske. Iako je višekratno struka ukazivala na potrebu drugačijeg rješenja, ovaj Zakon je propustio učiniti zaokret na način da se dosljedno pregovorima u realnom sektoru i kod ovih pregovora dosljedno provede koncept pregovora od strane poslodavaca ili njihovih udruga. Time bi se napravio otklon i od politizacije kolektivnih pregovora⁴⁵. Naime i do sada je ova legitimacija Vlade Republike Hrvatske u primjeni izazivala

⁴¹ M. Brzica, Kriteriji za sudjelovanje u tripartitnim tijelima i reprezentativnost za kolektivno pregovaranje, *Financije, pravo i porezi* 8, Zagreb 2012, ss. 10-18.

⁴² Čl. 257 st. 4 i 5 Zakona o radu.

⁴³ Zakon o plaćama u javnim službama, *Nar. nov.* 27/01 i 39/09.

⁴⁴ Javne službe u smislu ovoga Zakona jesu: javne ustanove i druge pravne osobe kojima se sredstva za plaće osiguravaju u državnom proračunu, Hrvatski zavod za mirovinsko osiguranje, Hrvatski zavod za zapošljavanje, Hrvatski zavod za zdravstveno osiguranje i javne ustanove kojima se sredstva za plaće osiguravaju iz sredstava Hrvatskog zavoda za zdravstveno osiguranje.

⁴⁵ V. Gotovac, Pravno uređenje stranaka kolektivnih ugovora u Republici Hrvatskoj, *Pravo i porezi* 9, Zagreb 2012, ss. 29-40.

značajne probleme, na način da je Vlada Republike Hrvatske ugovarala obveze poslodavcima za koje u realizaciji ti poslodavci nisu imali sredstava za isplate.

Sada se također po prvi puta propisuje i način određivanja pregovaračkog odbora u slučaju pregovaranja o sklapanju kolektivnog ugovora kojima se ugovaraju prava zaposlenih za koja se sredstva u iznosu većem od pedeset posto troškova za plaće i druga materijalna prava radnika osiguravaju u proračunu jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave. U tom slučaju reprezentativni sindikati odnosno druga sindikata mogu pregovarati o sklapanju kolektivnog ugovora samo s pregovaračkim odborom kojeg imenuje ili za to ovlasti nadležno tijelo utvrđeno statutom tih jedinica⁴⁶.

3.3. Stranke kolektivnog ugovora

Prije stupanja na snagu Zakona, stranke kolektivnog ugovora bile su definirane čl. 253 Zakona o radu, na način da je to na strani poslodavaca jedan ili više poslodavaca ili njihove udruge, a na strani radnika jedan ili više sindikata ili njihove udruge, koje su spremne i sposobne sredstvima pritiska štiti i promovirati interese svojih članova prilikom pregovora o sklapanju kolektivnih ugovora na području za koje se kolektivni ugovor sklapa.

Taj članak je prestao važiti stupanjem na snagu ovoga Zakona, tako da sada stranke kolektivnog ugovora definirane na način da to može biti na strani poslodavaca jedan ili više poslodavaca ili njihove udruge, a na strani radnika, jedan ili više sindikata ili njihove udruge⁴⁷. Dakle, stranka kolektivnog ugovora na strani radnika bi mogao biti svaki sindikat koji djeluje na području, odnosno na razini, dakle i oni kojima reprezentativnost nije utvrđena i koji nisu sudjelovali u kolektivnim pregovorima.

Međutim, takvo stajalište postaje upitnim zbog sljedećih razloga:

— Člankom 1 st. 2 Zakona određeno je da sindikati i udruge poslodavaca te njihove udruge više razine, čija je reprezentativnost utvrđena prema odredbama Zakona, imaju posebna prava i obveze utvrđene Zakonom, dok prema st. 3 sindikati i udruge poslodavaca te njihove udruge više razine, čija reprezentativnost nije utvrđena prema odredbama Zakona, imaju pravo na slobodno udruživanje, donošenje programa i organiziranje djelatnosti u punoj neovisnosti, u skladu s propisima, osim prava utvrđenih Zakonom.

⁴⁶ Čl. 7 Zakona.

⁴⁷ Čl. 21 st. 4 Zakona.

— Nadnaslov poglavlja 3 glasi “Utvrđivanje reprezentativnosti sindikata za kolektivno pregovaranje i sklapanje kolektivnog ugovora”.

Upravo navedene odredbe upućuju na suprotan zaključak, dakle, da isključivo reprezentativni sindikati imaju ne samo pravo na pregovaranje, nego i da su isključivo oni ovlašteni na sklapanje kolektivnih ugovora. Pored toga, da zakonodavac nije imao namjeru i to pitanje urediti ovim Zakonom i to na drugačiji način nego je to bilo ranije uređeno, ne bi bilo potrebe za prestankom važenja čl. 253 Zakona o radu.

Odredba čl. 9 st. 6 Zakona, prema kojoj je pregovarački odbor dužan omogućiti sindikatima, kojima nije utvrđena reprezentativnost i koji ne sudjeluju u kolektivnom pregovaranju, iznošenje stavova i prijedloga o posebnim pravima njihovih članova, ne čini mi se da predstavlja i osnovu za zaključak da bi i ti sindikati imali pravo potpisivanja kolektivnog ugovora.

Ovo je pitanje od iznimne važnosti za djelovanje sindikata i sindikalne slobode, posebno ostvarivanje prava na štrajk. Naime, Zakon o radu pravo na štrajk veže isključivo na proces kolektivnog pregovaranja i sklapanja kolektivnih ugovora, tako da u slučaju kada sindikati koji ne sudjeluju u pregovorima, nemaju ni pravo na njegovo potpisivanje, ne bi mogli niti organizirati ni provoditi štrajk.

Budući je i pristupanje sklopljenom kolektivnom ugovoru prema čl. 266 Zakona o radu omogućeno samo osobama koje prema odredbama Zakona o radu mogu biti stranke kolektivnog ugovora, a brisana je odredba toga Zakona koja je određivala stranke (čl. 253), odgovor na pitanje može li pristupiti sklopljenom kolektivnom ugovoru sindikat koji nije reprezentativan, ovisit će isključivo o tome hoće li praksa potvrditi da i taj sindikat može biti strankom kolektivnog ugovora.

U svakom slučaju u tom dijelu Zakon je nedorečen i *de lege ferenda* bi i to pitanje trebalo riješiti na jasan i nedvojben način. Primjerice, Zakon o reprezentativnosti sindikata Republike Slovenije, izrijeком navodi da samo reprezentativni sindikati sklapaju kolektivne ugovore⁴⁸.

U odnosu na strukovne sindikate, Zakon je izričito isključio mogućnost da strukovni sindikat bude jedini potpisnik kolektivnog ugovora, određujući kako bi takav kolektivni ugovor bio nevažeći.

⁴⁸ Zakon o reprezentativnosti sindikatov, <http://www.uradni-list.si/1/objava.jsp?urlid=199313&stevilka=589> (očitanje: 07. 10. 2012).

4. Zaključno

Za sustav kolektivnog pregovaranja pitanje reprezentativnosti je od posebne važnosti. Novi Zakon, umjesto da je riješio pitanja koja su se u dosadašnjoj praksi kolektivnog pregovaranja, pokazala spornima, donio je nove probleme, koji se pokazuju već u prvim danima njegove provedbe.

Prvi se ogleda u činjenici da tekst Zakona i sporna pitanja nisu riješena među socijalnim partnerima u fazi rasprave o Zakonu, tako da isti nije dobio potporu niti Hrvatske udruge poslodavaca, a niti sindikata.

Pored toga, već je od prvoga radnog materijala prisutna ocjena stručne javnosti o rješenjima koja su nomotehnički loša protivna i Ustavu Republike Hrvatske⁴⁹, koja su prisutna i nakon donošenja Zakona. Očevidno se nije poštivalo niti mišljenje struke, tako da se slažem s ocjenom da je riječ o Zakonu u kojem su razvidne nedosljednosti, nedovršenosti, nedomišljenosti i površnosti, lingvističke i nomotehničke, što ostavlja nestručnosti i neznanja, ali i politizacije pitanja⁵⁰.

Sama materija koja je trebala biti uređena Zakonom, došla je u drugi plan, obzirom da se ovim Zakonom interveniralo u sadržaj Zakona o radu i njime ukinula produžena primjena kolektivnih ugovora, koja je radnicima osiguravala razinu prava u ranije sklopljenim kolektivnim ugovorima na određeno vrijeme, čije je važenje proteklo bez sklapanja novoga kolektivnog ugovora.

Obzirom na navedeno, ne čudi činjenica da je već Ustavnom sudu Republike Hrvatske upućen prijedlog ocjene ustavnosti Zakona od strane dviju sindikalnih središnjica⁵¹.

Međutim, neovisno o ishodu toga postupka i bez namjere prejudiciranja Odluke Ustavnog suda, što se tiče same ideje određivanja reprezentativnih sindikata, valja imati u vidu stajalište je Komiteta za slobodu udruživanja MOR-a kako utvrđivanje reprezentativnih sindikata nije protivno slobodi udruživanja i kolektivnog pregovaranja, s tim da odluka o najreprezentativnijim sindikatima mora biti temeljena na objek-

tivnim i unaprijed određenim kriterijima da bi se izbjegla zlouporaba, kriteriji trebaju biti unaprijed određeni zakonodavstvom i takva odluka ne bi smjela biti prepuštena ocjeni Vlade. Manjinski sindikati kojima je uskraćeno pravo na kolektivno pregovaranje, trebaju imati pravo provođenja svojih aktivnosti, predstavljanja članstva i zastupanja njihovih individualnih prava⁵². Ustavni sud Republike Slovenije u odnosu na samo pitanje određivanja reprezentativnosti utvrdio je kako podjela na reprezentativne i nereprezentativne sindikate ne uzrokuje neravnopravan položaj nereprezentativnih sindikata⁵³.

Stoga bi i sindikati, uz nastojanje da se postignu ustavna i primjerena zakonska rješenja svakako trebali mijenjati i međusobne odnose. Fragmentacija i konfrontacija u sindikalnom pokretu moraju ustupiti mjesto poboljšanoj koordinaciji i pragmatičnoj suradnji. Jasna su ograničenja pretjeranog sindikalnog pluralizma i dugotrajne opozicije. Ne samo da su vlade i poslodavci iskorištavali unutarnje sindikalne borbe za svoje vlastite ciljeve, nego se to vrlo štetno odrazilo na stanje sadašnjeg i potencijalnog članstva. Promjena od konfrontacije i fragmentacije prema koordinaciji i konsolidaciji ne može se dogoditi preko noći, ali angažman sindikalnog vodstva usmjeren u ovom pravcu nedopunjen s paralelnom unutarnjom komunikacijom ključan je za uspjeh ovog pothvata⁵⁴.

Svakako je za pozdraviti nastojanje da se obzirom na brojnost sindikata u Republici Hrvatskoj utvrde kriteriji za određivanje njihove reprezentativnosti u kolektivnim pregovorima. Međutim, pitanje je stvarnoga motiva za donošenje ovoga Zakona. Brzina kojom je donijet i niz propusta na koja je ukazano, upućuju da je primarni motiv njegova donošenja bio ukidanje produžene primjene kolektivnih ugovora i smanjenje troškova rada koji su proizlazili iz tih ugovora.

Pozitivno je i da Vlada Republike Hrvatske želi uvesti kriterije reprezentativnosti sindikalnih središnjica i udruga poslodavaca više razine, radi njihova sudjelovanja u tripartitnim tijelima, u kojima sudjeluju i predstavnici Vlade. Samo se postavlja pitanje kvalitete tog dijaloga, ako je isti izostao već u postupku donošenja ovoga Zakona.

⁴⁹ M. Đ. Učur, Mišljenja i prijedlozi o Zakonu o reprezentativnosti poslodavaca i sindikata (radni materijal), *Radno pravo* 9, Zagreb 2012, ss. 3-16.

⁵⁰ Gotovac (bilj. 44), ss. 29-40.

⁵¹ Prijedlog su uputile Matica hrvatskih sindikata i Hrvatska udruga sindikata; <http://www.matica-sindikata.hr/hr/novosti/zakon-o-reprezentativnosti-na-ustavnom-sudu.130.html>, a SSSH i HNS su najavili pokretanje istoga postupka <http://www.jutarnji.hr/ograniceno-na-tri-mjeseca--od-danas-vise-nema-produzene-primjene-kolektivnih-ugovora-u-ne-dogled-/1043969/>.

⁵² *Freedom of Association, Collective Bargaining, and Industrial Relations, Digest of Decisions 1996, Admissible privileges for most representative unions*, Ženeva 1994, odlomci 315-319 <http://www.ilo.org/public/english/standards/norm/applying/freedom.htm> (očitanje: 16. 12. 2006).

⁵³ Ustavni sud Republike Slovenije, Ne. UI-57/95 UI-57/95 od 05. 02. 1998. <http://www.uradni-list.si/1/content?id=540> (očitanje: 04. 11. 2012).

⁵⁴ D. Dimitrova – J. Vilrox et al., *Trade Union Strategies in Central and Eastern Europe: Towards Decent Work*, Budapest, ILO, Budimpešta 2005.

Summary

The Law on the Criteria for Participation in Tripartite Bodies and Representativeness for Collective Bargaining in the Republic of Croatia establishes the criteria and procedure for determining the representativeness of employers' and trade unions' confederations for participation in tripartite bodies at the national level. It also establishes the method of determining the representativeness of employers' associations, trade unions and their confederations for participation in tripartite bodies at the local and regional level. The Law also regulates the criteria and procedure for determining the representativeness of trade unions for collective bargaining and it determines the rights of representative organizations. In addition, the Law repeals prolonged application of collective agreements effecting, particularly in the public sector, significant reduction of labor costs. The Law was adopted without joint consultation of employers' associations and trade unions and, thus, further affected the already fragile dialogue. There is much criticism from legal experts, in the terms of undermined trade union freedoms and guaranteed autonomy and in terms of uncertainty, poor nomotechnics, vagueness and superficiality. Therefore, the Constitutional Court's decision is awaited with great interest as proceedings of constitutional review were instituted for the revision of a significant number of the provisions of that Law.

Sadržaj:

1. Činjenično stanje	40	5. Usporedno pravo	42
2. Upravni postupak pred državnim organima Srbije	40	6. Slučaj Srbije	42
3. Odluka Ustavnog suda	41	7. Procesne pretpostavke	43
4. Šta je transseksualitet?	41	8. Meritorna odluka: povreda prava	44
		9. Zaključak: Konačno ka zakonodavnoj inicijativi?	47

1. Činjenično stanje

Osoba X, podnosilac ustavne žalbe, rođen je 3. avgusta 1949. sa pseudohermafroditizmom, odnosno sa fizičkim karakteristikama ženskog pola i muškim rodnom identitetom. U matičnu knjigu rođenih izvršen je upis rođenja podnosioca, gde je, pored ostalog, u rubrici “pol” označen ženski pol.

Nakon dijagnostikovanja poremećaja polnog identiteta (postavljena dijagnoza je glasila *Female to male transgenderism* F 64.o) i primene odgovarajućih terapijskih procedura, nad osobom X je 2. decembra 2010. u Ginekološko-akušerskoj klinici “Narodni front” u Beogradu izvršena hirurška operacija prilagođavanja pola (*sex reassignment surgery*).

Podnosilac ustavne žalbe je naveo i to da on danas u potpunosti živi kao muškarac i koristi ime Y, kao i da je pre ulaženja u postupak lečenja, odnosno preduzimanja operacije prilagođavanja pola, bio u braku koji je prestao smrću drugog supružnika 3. januara 1991, te da iz tog braka ima sina i ćerku.

2. Upravni postupak pred državnim organima Srbije

Podnosilac ustavne žalbe je 22. marta 2011. podneo matičnom odeljenju opštine Z zahtev “za ispravku pola u krštenici”. Odeljenje za opštu upravu Opštinske uprave opštine Z je 10. juna 2011. donelo zaključak broj 200-2/2011-01-IV kojim je, zbog stvarne nenadležnosti, odbačen zahtev podnosioca ustavne žalbe za ispravku pola u matičnoj knjizi rođenih.

* Prof. dr. Marija Draškić je redovan profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu i sudija Ustavnog suda Srbije.

U obrazloženju ovog zaključka je, pored ostalog, navedeno da je povodom ovog zahteva Odeljenje za opštu upravu Opštinske uprave opštine Z zatražilo mišljenje od nadležnog ministarstva. Ministarstvo za ljudska i manjinska prava, državnu upravu i lokalnu samoupravu dalo je mišljenje “da nije moguće podatak o promeni pola ispraviti, odnosno upisati u postupku po Zakonu o matičnim knjigama”, te da je mišljenje Ministarstva da podnosilac može da “u vanparničnom postupku pred nadležnim sudom pokrene postupak za utvrđivanje sadržine isprave — matične knjige rođenih, odnosno tačnosti podataka upisanih u navedenu matičnu knjigu”. Dalje je navedeno da je postupajući organ u celosti prihvatio mišljenje Ministarstva i našao da nije stvarno nadležan, jer Zakon o matičnim knjigama ne reguliše način i postupak promene pola u matičnim knjigama. U uputstvu o pravnom sredstvu, koje je sastavni deo ovog zaključka, navedeno je da se protiv ovog zaključka može izjaviti posebna žalba Ministarstvu za ljudska i manjinska prava, državnu upravu i lokalnu samoupravu, u roku od 15 dana od dana dostavljanja zaključka stranci.

Osoba X nije podnela žalbu Ministarstvu za ljudska i manjinska prava, državnu upravu i lokalnu samoupravu, već je preko ovlašćenog punomoćnika, direktora Beogradskog centra za ljudska prava, prof. dr. Vojina Dimitrijevića, 19. jula 2011. podneo ustavnu žalbu protiv radnje Narodne skupštine, kao i drugih državnih organa, zbog povrede prava na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti garantovanog čl. 23 Ustava Republike Srbije, povrede načela zabrane diskriminacije garantovanog čl. 21 Ustava i povrede prava na poštovanje privatnog i porodičnog života garantovanog čl. 8 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

3. Odluka Ustavnog suda UŽ 3238/2012

Ustavni sud je doneo odluku kojom je usvojio ustavnu žalbu podnosioca X i utvrdio da je Opštinska uprava opštine Z, donošenjem zaključka o stvarnoj nenadležnosti, propustila da odluči o zahtevu podnosioca ustavne žalbe za promenu podataka o polu u matičnoj knjizi rođenih i time povredila njegovo pravo na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti zajemčeno čl. 23 Ustava Republike Srbije, kao i pravo na poštovanje privatnog života zajemčeno čl. 8 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Ustavni sud je takođe potvrdio da državni organi koji vode matične knjige jesu stvarno nadležni da odlučuju o zahtevu za upis promene podataka o polu i naložio je matičnoj službi, koja je mesno nadležna u ovom slučaju, da u roku od 30 dana od dana dostavljanja odluke Ustavnog suda odluči o zahtevu podnosioca ustavne žalbe za promenu podataka o polu u matičnoj knjizi rođenih. Najzad, Ustavni sud je odbacio ustavnu žalbu u delu u kome je izjavljena protiv radnje Narodne skupštine. Ustavni sud podnosiocu nije dosudio naknadu nematerijalne štete, smatrajući da se u konkretnom slučaju odluka Ustavnog suda kojom je utvrđena povreda navedenih prava garantovanih Ustavom i Evropskom konvencijom može smatrati primerenim pravičnim zadovoljenjem¹.

4. Šta je transseksualitet?

Transseksualitet² je psihoseksualni poremećaj identiteta koji se manifestuje tako što ličnost koja poseduje sve spoljne karakteristike jednog pola istovremeno čvrsto veruje da pripada drugom polu. Transseksualci,

¹ Videti odluku Ustavnog suda UŽ 3238/2012 od 08. 03. 2012, *Sl. gl. RS* 25/2012.

² Termin "transseksualitet" izgleda da je prvi u literaturu uveo Cauldwell u svom članku iz 1949. koji se zvao *Psychopathia Transsexualis* i koji je objavljen u časopisu *Sexology*, Vol. 16, 1949, s. 274. Citirano prema: J. E. Hoopes, / N. J. Knorp, / S. R. Wolf, *Transsexualism: Considerations Regarding Sexual Reassignment*, *Journal of Nervous and Mental Disease*, Vol. 147, 1968, s. 511. Isto i: F. Pfafflin, *Psychiatric and Legal Implications of the New Law for Transsexuals in the Federal Republic of Germany*, *International Journal of Law and Psychiatry*, Vol. 4, 1981, s. 193. Fenomen koji je danas poznat pod ovim imenom, međutim, prvi su opisali lekari specijalisti za sudsku medicinu Esquirol 1838. i Fränkel 1870. Videti: V. Sigusch, *Medizinischer Kommentar zum Transsexuellengesetz*, *Neue juristische Wochenschrift*, München 1980, 2. HfB, s. 2740. Ipak, transseksualitet je postao široko poznati sindrom tek zahvaljujući čuvenom američkom psihijatru Dr. Harryju Benjaminu i njegovom članku *Transsexualism and Transvestism as psychosomatic and somato-psychic syndromes*, koji je objavio *American Journal of Psychotherapy*, Vol. 8, 1954, s. 219.

drugim rečima, manifestuju snažno osećanje nelagodnosti usled nepodudarnosti između sopstvenog polnog identiteta i sopstvene polne uloge, na jednoj strani, i biološkog pola (primarnih i sekundarnih polnih karakteristika), na drugoj strani³. Takvo uverenje je praćeno opsesivnom željom za oslobođenjem od sopstvenih primarnih i sekundarnih polnih karakteristika i neodoljivom potrebom da se u potpunosti preuzme izgled i socijalni status osobe suprotnog pola⁴. Potpuni rascep između psihološkog i morfološkog pola koji prati transseksualitet počinje da se manifestuje vrlo rano⁵, traje

³ Polni identitet jeste osnovno osećanje jedinke o sopstvenoj polnoj pripadnosti koje je, redovno, u saglasju sa biološkim polom. Polnu ulogu, pak, Money definiše kao "sve ono što jedna osoba kaže ili učini da bi označila svoj status kao muški, ženski ili dvoznačan". U drugim radovima Money dopunjava ovu definiciju tvrdnjom "da je polni identitet lično iskustvo polne uloge, a polna uloga javna manifestacija polnog identiteta". Videti R. Reid, *Psychiatric and Psychological Aspects of Transsexualism*, 23rd Colloquy on European Law: *Transsexualism, Medicine and Law*, Vol. 14-16, Amsterdam 1993, s. 2. Drugi autori, naprotiv, definišu polnu ulogu kao ponašanje koje je uvek sinhrono sa primarnim i sekundarnim polnim karakteristikama, tako da je definicija transseksualiteta u njihovim radovima nešto drugačija. Videti B. Kuiper, / P. Cohen-Kettenis, *Sex Reassignment Surgery: A Study of 141 Dutch Transsexuals*, *Archives of Sexual Behavior*, Vol. 17, 1988, s. 441.

⁴ Videti: B. Kuiper / P. Cohen-Kettenis, *op. cit.* (bel. 3), s. 440. U istom smislu i: R. Blanchard, / L.H. Clemmensen, / B. W. Steiner, *Heterosexual and Homosexual Gender Dysphoria*, *Archives of Sexual Behavior*, Vol. 16, 1987, No. 2, s. 140, M. Belli, *Transsexual Surgery: A New Tort?*, *Journal of Family Law*, Vol. 17, 1978-1979, s. 490, J. Taitz, *Transsexuals and Sexual Identity*, *The Modern Law Review*, Vol. 51, 1988, No. 4, s. 502, M. Roth, *Transsexualism and the Sex-Change Operation: A Contemporary Medico-Legal and Social Problem*, *Medico-Legal Journal*, Vol. 49, 1981, No. 1, s. 5, R. Ormrod, *The Medico-Legal Aspects of Sex Determination*, *Medico-Legal Journal*, Vol. 40, 1972, No. 1, s. 82, Z. Rakić, / J. Marić, / M. Jašović-Gašić, / M. Vukov, *Transseksualnost i promena pola*, *Srpski arhiv za celokupno lekarstvo*, Beograd 1991, sveska 1-2, s. 33, R. Reid, *op. cit.* (bel. 3), s. 2.

⁵ Jedno istraživanje pokazalo je, na primer, da dve trećine ispitanih transseksualaca izjavljuju da su osećali da pripadaju suprotnom polu već u petoj godini života. Isto su potvrdili, u posebnim intervjuima, i njihovi roditelji. Opširnije videti: I. B. Pauly, *The Current Status of the Sex Change Operations*, *Journal of Nervous and Mental Diseases*, Vol. 147, 1968, s. 463.

Slijepčević i Vujović saopštavaju da se njihovi pacijenti sećaju kako su pokazivali izrazitu sklonost da se druže sa osobama koje ne odgovaraju njihovom zvaničnom polu. Većina njih je, pritom, upotrebila reči "otkad znam za sebe". Videti: D. Slijepčević / S. Vujović, *Transseksualizam — endokrini aspekt*, *Orthomedita*, Beograd 1992, s. 92. Najzad, veliki broj studija potvrdio je da su deca u stanju da percepcijom razlikuju polove pre nego što navrše godinu dana, a da su u stanju da sebe označe kao pripadnike muškog ili ženskog pola u drugoj godini života. Videti: R. Reid, *op. cit.* (bel. 3), s. 3 i autori koje on citira.

dugo⁶, obuhvata sve životne aktivnosti⁷, intenzivira se protekom vremena dobijajući karakter strasti⁸ i, najzad, kulminira u očajničkom nastojanju da se obavi operacija polnog prilagođavanja i ostvari pravna promena pola.

5. Uporedno pravo

U uporednom pravu sreću se različita pravna rešenja problema vezanih za transseksualitet. Neka prava (švedsko, nemačko, holandsko, italijansko, tursko i englesko) usvojila su specijalne zakone kojima se regulišu medicinske i pravne pretpostavke koje treba da se ispune kako bi transseksualcima bila dopuštena pravna promena pola i priznata sva prava koja iz takve promene proizlaze. Medicinske pretpostavke odnose se na: (a) postojanje čvrstog i dugotrajnog uverenja jedne osobe da ne pripada polu navedenom u službenim registrima (*real-life test*), (b) trajnu nesposobnost za rađanje (osim nemačkog i engleskog prava) i (c) izvršenu hiruršku intervenciju prilagođavanja pola (osim nemačkog i engleskog prava). Pravne pretpostavke obuhvataju: (a) minimalnu starost (švedsko i englesko pravo), (b) domaće državljanstvo (švedsko i nemačko pravo) i (c) odsustvo bračnog statusa (osim italijanskog prava). Sudska odluka kojom se na osnovu svih ovih uslova odobrava promena pola nema retroaktivno dejstvo, što znači da se sve posledice takve odluke vezuju samo za budućnost (*ex nunc*). Izvodi iz matičnih knjiga mogu da sadrže samo naznaku novog pola osobe kojoj je sudskom odlukom promenjen podatak o polnoj pripadnosti.

⁶ Doduše, prema Dijagnostičkom i statističkom priručniku mentalnih poremećaja Američkog udruženja za psihijatriju, za dijagnozu prave transseksualnosti potrebno je da proteknu najmanje dve godine neprekidne identifikacije sa osobom suprotnog pola. Nesumnjivo je, međutim, da kod pravih transseksualaca takva identifikacija traje, zapravo, celog života. Videti: R. Blanchard, *The Classification and Labeling of Nonhomosexual Gender Dysphorias*, Archives of Sexual Behavior, Vol. 18, 1989, No. 4, s. 316.

⁷ Evo kako, na primer, Dr. Robert Stoller, jedan od vodećih eksperata u pitanjima transseksualiteta, opisuje suštinu muškog transseksualiteta: "Njegova osnovna karakteristika nije, kao što se obično misli, to da pacijent zahteva 'polnu transformaciju', jer i druge kategorije pacijenata to čine. To je, pre svega, činjenica da u njegovom životu nije bilo značajnije faze koju bi, bilo ovaj anatomski normalan muškarac, ili posmatrač sa strane, mogao prepoznati kao mušku. Dakle, od najranijih dana detinjstva, kada se jedna vrsta polnog ponašanja po prvi put pojavljuje, dečak izgleda kao da veruje da je on devojčica; ne žensko, nego devojčica. Njegovo ponašanje je oduvek bilo stvarno žensko, i u njemu nema više imitiranja ili glume nego što se može naći kod neosporno ženskih devojčica". Videti opširnije: R. J. Stoller, *Sex and Gender*, Science House, New York 1968, s. 138. Slično i: Sigusch, op. cit. (bel. 2), s. 2742.

⁸ Tako V. Sigusch, op. cit. (bel. 2), s. 2742.

Druga grupa zemalja — koje ne poznaju nikakvo specijalno zakonodavstvo koje bi se odnosilo samo na transseksualce — dozvoljavaju pravnu promenu pola kroz sudsku praksu (na primer, švajcarsko i francusko pravo), kroz praksu organa uprave (na primer, austrijsko pravo) ili kroz rešenja nekih drugih zakona, kao što su zakoni o uslovima za izmenu i ispravku podataka koji su zabeleženi u javnim registrima građanskog statusa (na primer, prava američkih država Illinois, Nju Džerzi i Kalifornija, a od evropskih država — Slovenija)⁹.

6. Slučaj Srbije

U pravu Srbije, i pored nekoliko stotina obavljenih operacija polnog prilagođavanja, nema zakonskog rešenja problema transseksualiteta, a do nedavno nije postojala ni bilo kakva sudska praksa o ovom pitanju. Postojala je samo sporadična, iako dugogodišnja praksa opštinskih organa uprave, koji su do sada u pedesetak slučajeva doneli rešenja kojima se transseksualnim osobama odobrava promena pola upisanog u matičnoj knjizi, kao da se radi o ispravci greške koja je nastupila prilikom prvobitnog upisa pola na rođenju. Odredba Zakona o matičnim knjigama, na koju su se pozivali opštinski sekretarijati u pomenutim rešenjima, međutim, odnosi se isključivo na ispravku matične knjige pod pretpostavkom prvobitno netačnog upisa¹⁰. Pravna promena pola, o kojoj je reč u slučajevima transseksualiteta, naprotiv, jeste činjenica koja može biti utvrđena samo u nekom posebnom administrativnom ili sudskom postupku, na osnovu stručnog mišljenja odgovarajućih eksperata i uz poštovanje elementarnog prava na ljudsko dostojanstvo. Ne bi se, stoga, moglo govoriti o ispravci, budući da pojam "ispravka" nužno podrazumeva da se ispravlja nešto što sadrži grešku. U slučajevima transseksualiteta — kako u trenutku kada je pol upisan u matičnu knjigu, tako i sve dok tražilac nije preduzeo hiruršku intervenciju kojom je postignuto prilagođavanje spoljnom izgledu drugog pola — nije bilo nikakve greške ni u stvarnom, niti u pravno-tehničkom smislu reči. Nije, dakle, posredi nikakva

⁹ Opširnije o položaju transseksualaca u uporednom pravu, videti M. Draškić, *Transseksualitet i brak*, Nomos, Beograd 1995, ss. 30-79. Za englesko pravo videti *The Gender Recognition Act, 2004* i M. Welstead, *Reshaping Marriage and the Family — The Gender Recognition Act, 2004 and The Civil Partnership Act, 2004*, The International Survey of Family Law, 2006, ss. 190-193, a za slovenačko pravo Zakon o matičnom registru (*Uradni list Republike Slovenije* 59/2006).

¹⁰ Videti, umesto svih drugih, rešenje Opštinskog sekretarijata za opštu upravu opštine Savski venac u Beogradu II-02, broj 200-433/92 od 05. 06. 1992. i rešenje Gradske uprave Grada Beograda, broj XI-03-200,13-53/2012 od 27. 02. 2012.

ispravka prvobitno netačnog upisa, nego je reč o naknadnom upisu činjenice promene pola u matičnu knjigu rođenih koja se upisuje, kao i sve druge naknadne promene nastale posle završenog osnovnog upisa, u rubriku “naknadni upisi i zabeleške”¹¹.

U ovakvom pravnom okruženju, Ustavni sud je 2012. doneo pomenutu odluku o usvajanju ustavne žalbe transseksualne osobe, koja se zasniva na stanovištu da su, sa jedne strane, matične službe stvarno nadležne da vrše upis promene podataka o polu na isti način kao što u matičnu knjigu rođenih unose podatke o promeni svih ostalih elemenata građanskog statusa jedne osobe tokom njenog života (kao što su: određivanje i promena ličnog imena, sklapanje, poništenje ili razvod braka, utvrđivanje ili osporavanje materinstva ili očinstva, zasnivanje usvojenja, nastupanje smrti odnosno proglašenje nestalog lica za umrlo itd.), a sa druge strane, da pravni osnov za upis promene podataka o polu ne mora nužno da bude sudska odluka odnosno odluka upravnih organa — iako je svakako tačno da se najveći broj podataka upisuje upravo na taj način — budući da se pojedini upisi vrše i samo na osnovu odgovarajuće medicinske dokumentacije. Drugim rečima, zaključio je Ustavni sud, ako je moguće da se činjenica rođenja upiše u matičnu knjigu rođenih samo na osnovu medicinske dokumentacije koju bolnica u kojoj se dogodio porođaj dostavi nadležnoj matičnoj službi, odnosno na osnovu izjave lica koje je prisustvovalo porođaju ako se porođaj nije dogodio u zdravstvenoj ustanovi, kao i da se činjenica nastupele smrti upisuje u matičnu knjigu umrlih samo na osnovu pismenog izveštaja nadležnog lekara, ne može biti zakonskih smetnji da se i činjenica o pravnoj promeni pola upiše samo na osnovu medicinske dokumentacije o preduzetoj hirurškoj intervenciji usklađivanja somatskih karakteristika pola sa psihološkim polom pacijenta. Imajući u vidu da je nadležni opštinski organ uprave, u konkretnom slučaju o kome je odlučivao Ustavni sud, odbio svoju stvarnu nadležnost za upis promene podataka o polu u matičnoj knjizi rođenih, Ustavni sud je našao da je time povređeno pravo podnosioca ustavne žalbe na ljudsko dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti, koje jemči čl. 23 Ustava, kao i pravo na poštovanje privatnog života, garantovano čl. 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima. Ustavni sud se prilikom zauzimanja ovakvog stava ekstenzivno pozivao na bogatu jurisprudenciju Evropskog suda za ljudska prava u pitanjima vezanim za transseksualce i, posebno, na stavove ovog suda o pozitivnim obavezama država članica u tumačenju pojma “poštovanja” kao sastavnog dela prava na privatni život¹².

¹¹ Detaljnije o slabostima ovakve prakse, videti M. Draškić, *Transseksualitet i naše pravo*, u: *Aktuelni pravni problemi u medicini*, Beograd 1996, s. 12 i dalje.

7. Procesne pretpostavke

Pristupajući odlučivanju u ovoj pravnoj stvari, Ustavni sud je, najpre, ispitivao postojanje dve procesne pretpostavke za odlučivanje Suda o ovoj ustavnoj žalbi.

Prvo je bilo pitanje da li predmet ustavne žalbe može biti radnja nečinjenja Narodne skupštine, odnosno propuštanje Narodne skupštine da donese određeni zakon i da li je takva radnja pojedinačna radnja iz čl. 170 Ustava. Ispitujući postojanje prve pretpostavke, Ustavni sud je konstatovao da iz odredaba čl. 170 Ustava i čl. 82 Zakona o Ustavnom sudu načelno proističe da se ustavna žalba može izjaviti i protiv pojedinačne radnje zakonodavnog organa, te da takva pojedinačna radnja može nastati i nečinjenjem Narodne skupštine. Međutim, propuštanje Narodne skupštine da donese određeni zakon ili uredi ili dopuni određenu pravnu oblast ili pitanje koje je ostalo neuređeno, po oceni Ustavnog suda, ne može predstavljati pojedinačnu radnju nečinjenja Narodne skupštine iz čl. 170 Ustava. Naime, Narodna skupština radnjom donošenja i usvajanja određenog zakona uređuje određenu pravnu oblast ili pitanja na opšti način, propisujući opšte pravne norme. U tom smislu, donošenje zakona predstavlja vršenje zakonodavne vlasti, koja je, saglasno Ustavu, u isključivoj nadležnosti Narodne skupštine. Ustavni sud je, stoga, ocenio da propuštanje Narodne skupštine da donese određeni zakon ne može biti predmet ustavne žalbe, odnosno da ovakva radnja nije pojedinačna radnja iz čl. 170 Ustava, pa je zbog toga u ovom delu ustavnu žalbu odbacio¹³.

¹² Opširnije o praksi Evropskog suda za ljudska prava videti M. Draškić, *Evolucija u jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava u pogledu transseksualnih osoba: evolucija i u Srbiji*, u: *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije, knjiga 2*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012. (u štampi).

¹³ Ustavni sud je prilikom zauzimanja ovakvog stava svakako imao u vidu i presudu Evropskog suda za ljudska prava u slučaju *L. protiv Litvanije* (predstavka broj 27527/03, presuda od 11. 09. 2007), koji je izrazio jasan stav da upravni postupak ili postupak pred redovnim sudovima ne predstavljaju efikasna pravna sredstva u situacijama kada su kršenja ljudskih prava izazvana zakonom, ili su njegova direktna posledica: “Sud smatra da se podnosilac predstavke žali na osnovu čl. 3, 8, 12 i 14 Konvencije u suštini na stanje domaće prava, odnosno na nedostatak zakona koji bi mu omogućio da završi hirurški postupak prilagođavanja pola i nastavi svoj život kao osoba muškog pola. Predmet žalbi podnosioca predstavke je stoga navodno propuštanje države da postupi u skladu sa svojim pozitivnim obavezama po navedenim odredbama Konvencije. Ne postoji nikakva indikacija da bi bilo kakav domaći postupak podnosiocu ustavne žalbe omogućio delotvoran pristup sudu i u teoriji i u praksi ili da bi imao razuman izgled na uspeh u otklanjanju navedenih povreda”. Kao što je već rečeno, prihvatanju ovakvog stava nepremostivu prepreku predstavljale su

Druga procesna pretpostavka o kojoj se Sud morao izjasniti, jeste bilo pitanje da li je u konkretnom slučaju podnosilac ustavne žalbe iskoristio redovan pravni put, odnosno da li su bila predviđena druga pravna sredstva koja je podnosilac mogao koristiti pre izjavljivanja ustavne žalbe. Ispitujući ovu pretpostavku, Ustavni sud je imao u vidu da se ustavnom žalbom ukazuje ne samo na radnju propuštanja Narodne skupštine, već i na radnje drugih državnih organa, tako da je u konkretnom slučaju ispitivao i da li su propuštanjem Opštinske uprave opštine Z (da odluči o zahtevu podnosioca ustavne žalbe za promenu podataka o polu) povređena navedena prava podnosioca ustavne žalbe. To je iziskivalo obavezu da se Ustavni sud prethodno izjasni i o tome da li je u konkretnom slučaju podnosilac ustavne žalbe iskoristio redovan pravni put, te da li su bila predviđena druga pravna sredstva koja je podnosilac mogao koristiti pre izjavljivanja ustavne žalbe.

Ustavni sud je ocenio da pravna sredstva koja su podnosiocu ustavne žalbe bila na raspolaganju protiv zaključka Odeljenja za opštu upravu Opštinske uprave opštine Z broj 200-2/2011-01-IV od 10. juna 2011. — žalba drugostepenom upravnom organu i tužba Upravnom sudu — ukazuju *prima facie* da ne bi zadovoljili standard efikasnog i delotvornog pravnog sredstva. Na ovakav zaključak Ustavnog suda uticalo je navedeno mišljenje Ministarstva za ljudska i manjinska prava, državnu upravu i lokalnu samoupravu, “da nije moguće podatak o promeni pola ispraviti, odnosno upisati u postupku po Zakonu o matičnim knjigama”. Budući da bi upravo to Ministarstvo, u konkretnom slučaju, bilo nadležni drugostepeni organ u upravnom postupku po žalbi protiv osporenog zaključka Opštinske uprave opštine Z, nije bilo nikakve sumnje kako bi glasio ishod postupka po žalbi, čak i da je podnosilac ustavne žalbe prethodno iskoristio ovaj redovni pravni put (žalba u upravnom postupku i tužba Upravnom sudu). Štaviše, moglo bi se postaviti pitanje kakvog uopšte smisla ima zahtevati od podnosioca ustavne žalbe da se žalbom obrati Ministarstvu za ljudska i manjinska prava, državnu upravu i lokalnu samoupravu, kada se to Ministarstvo već izjasnilo u pomenutom mišljenju koje je detaljno citirano i u navedenom zaključku Opštinske uprave opštine Z?

S druge strane, Ustavni sud je konstatovao da upućivanje podnosioca ustavne žalbe u navedenom mišljenju Ministarstva da “u vanparničnom postupku pred nadležnim sudom pokrene postupak za utvrđivanje sadržine isprave”, takođe *prima facie* ukazuje da je podnosiocu ustavne žalbe ukazano na pogrešan pravni put, te

odredbe čl. 170 Ustava o nadležnosti Ustavnog suda da odlučuje.

da ni ovo pravno sredstvo ne bi zadovoljilo standarde efikasnosti i delotvornosti. Zakonom o vanparničnom postupku je, naime, predviđen postupak za utvrđivanje sadržine isprave samo kada je za nastanak nekog prava ili punovažnost pravnog posla potrebno postojanje javne isprave, dok se u ovom slučaju uopšte ne radi o toj situaciji¹⁴.

Iz tih razloga je Ustavni sud ocenio da u konkretnom slučaju nije postojao bilo kakav redovni pravni put, upravni ili vanparnični postupak, koji bi podnosiocu ustavne žalbe omogućio razuman izgled na uspeh u rešavanju njegovog zahteva i otklanjanju navedenih povreda prava. Prilikom zauzimanja ovakvog stava, Ustavni sud se rukovodio i praksom Evropskog suda za ljudska prava koji se više puta izjašnjavao o tome koje kriterijume mora da zadovolji pravni lek da bi se smatrao adekvatnim i efikasnim, od kojih su najznačajniji: da pravni lek mora biti dostupan kako u teoriji, tako i u praksi¹⁵; da pravni lek mora pružiti priliku da se kroz njega reše supstancijalna pitanja vezana za određeno prekršeno ljudsko pravo, kao i da pruži odgovarajuće zadovoljenje za konkretno kršenje prava¹⁶; da iako naizgled postoji više pravnih lekova koje žrtva kršenja ljudskih prava može da iskoristi, na njemu je da odluči koji će pravni lek iskoristiti¹⁷; i najzad, a i najvažnije, da pravni lek mora pružiti razuman izgled na uspeh¹⁸.

Tako je Ustavni sud zaključio da u konkretnom slučaju postoje sve ustavne i zakonske pretpostavke da pristupi odlučivanju o meritumu ove ustavne žalbe.

8. Meritorna odluka: povreda prava

Tumačeći čl. 23 Ustava, kojim se jemči neprikošenost ljudskog dostojanstva i istovremeno utvrđuje dužnost svih da dostojanstvo poštuju i štite, te garantuje pravo svakog lica na slobodan razvoj ličnosti, pod uslovom da se time ne krše Ustavom garantovana prava drugih, Ustavni sud je zauzeo stanovište da se slobodan razvoj nekog lica i njegovo lično do-

¹⁴ Takvo tumačenje potvrđuje i praksa srpskih sudova, koji su, u najmanje jednom slučaju, doneli rešenje kojim se sud oglasio stvarno nenadležnim da postupa po predlogu za donošenje rešenja kojim bi bila utvrđena promena pola u vanparničnom postupku. Videti rešenje Trećeg opštinskog suda u Beogradu 3R-273/05 od 12. 05. 2005. iz arhive suda.

¹⁵ Videti *Vernillo protiv Francuske*, predstavka broj 11889/85, presuda od 20. 02. 1991, *Lepojić protiv Srbije*, predstavka broj 13909/05, presuda od 06. 11. 2007, st. 51.

¹⁶ Videti *Chahal protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, predstavka broj 22414/93, presuda od 15. 11. 1996, st. 145.

¹⁷ Videti, umesto svih drugih, *Airey protiv Irske*, predstavka broj 6289/73, presuda od 09. 10. 1979, st. 23.

¹⁸ Videti *Akdivar protiv Turske*, predstavka broj 21893/93, presuda od 16. 09. 1997, st. 68.

stojanstvo, pre svega, odnosi na uspostavljanje i slobodan razvoj njegovog fizičkog, mentalnog, emotivnog i društvenog života i identiteta. Iako izričito ne sadrži odredbu i o poštovanju prava na privatni život, po oceni Ustavnog suda, ovo pravo svakako predstavlja sastavni deo ustavnog prava na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti.

Sa druge strane, Evropska konvencija u čl. 8 st. 1 sadrži odredbu o pravu svakog lica na poštovanje privatnog života. Iako pojam privatnog života u praksi Evropskog suda za ljudska prava nikada nije u potpunosti precizno definisan, Evropski sud se više puta izjašnjavao o različitim aspektima tog prava. Tako je, na primer, u jednoj odluci dato tumačenje pojma "privatnog života", i konstatovano da Sud ne smatra da je moguće ili neophodno pokušati dati konačnu definiciju pojma privatni život. Evropski sud je, međutim, zaključio da bi bilo isuviše restriktivno ograničiti taj pojam na "uži krug" unutar kojeg pojedinac živi svoj lični život po sopstvenom izboru, isključujući u potpunosti spoljni svet koji u taj krug ne ulazi. Drugim rečima, poštovanje privatnog života mora u određenoj meri uključivati i pravo da se uspostave i razvijaju odnosi sa drugim ljudskim bićima¹⁹. Štaviše, u jednoj drugoj odluci Evropskog suda zauzet je stav da pojam "privatnog života" uključuje i "fizički i moralni integritet osobe", uključujući i "njen ili njegov seksualni život"²⁰. Stoga je Ustavni sud konstatovao da sfera privatnog života nekog lica nesumnjivo uključuje, pored ostalog, i njegovu polnu pripadnost, polnu orijentaciju i polni život, te da pravo na privatni život podrazumeva i pravo na određivanje pojedinosti ličnog identiteta i samoopredeljenje, te u tom smislu i pravo na prilagođavanje pola svom rodnom identitetu.

Dakle, iako Ustav i Evropska konvencija ne pominju izričito rodni identitet i pravo na promenu pola, ova sfera života nekog lica nesporno spada u Ustavom zajemčenu oblast dostojanstva i slobodnog razvoja ličnosti i Evropskom konvencijom zajemčeno poštovanje privatnog života. To znači, pre svega, obavezu državnih organa i drugih nosilaca javnih ovlašćenja da se ne mešaju u uživanje garantovanog prava, što predstavlja "negativnu obavezu države". Izuzetno, odredbe čl. 20 st. 1 i čl. 23 st. 2 Ustava i odredba čl. 8 st. 2 Evropske konvencije, jasno predviđaju i definišu uslove, način i razloge zbog kojih se ova prava mogu ograničiti, odnosno situacije kada može doći do dozvoljenog mešanja javnih vlasti u nečiji slobodan razvoj ličnosti i privatni život. Iz navedenog se može zaključiti da jas-

¹⁹ Videti *Niemietz protiv Nemačke*, predstavka broj 13710/88, presuda od 16. 12. 1992, st. 29.

²⁰ Videti *X i Y protiv Holandije*, predstavka broj 8978/80, presuda od 26. 03. 1985, st. 22.

no i precizno definisanje eventualnog ograničenja ovih prava služi i obezbeđenju njihovog poštovanja, budući da uspostavlja razliku između dozvoljenog i nedozvoljenog mešanja u uživanje zajemčenih ljudskih prava.

S druge strane, međutim, Ustavni sud nalazi da poštovanje garantovanih ljudskih prava podrazumeva i da pojedinac od nosilaca javne vlasti može zahtevati preduzimanje radnji i donošenje akata kojima će se obezbediti to poštovanje, a što predstavlja "pozitivnu obavezu države".

Saglasno izloženom tumačenju, Ustavni sud je u konkretnom slučaju utvrdio da se podnosilac ustavne žalbe, koji je u matične knjige po rođenju upisan kao žena, podvrgao operaciji prilagođavanja pola, te da danas u društvu živi kao muškarac, ali se u pravnom smislu i dalje tretira kao žena. Nesumnjivo je da postojeći nesklad između faktičkog i pravnog stanja stvari utiče na život podnosioca ustavne žalbe, naročito na njegovo ljudsko dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti, ali i na situacije kada je u pravnom smislu pol bitan, odnosno kada se u pogledu ostvarivanja nekih prava, pravi razlika između muškarca i žene (kao što su sklapanje braka i svi porodičnopравни odnosi, oblast zdravstvenog i penzijskog osiguranja, zatvorska pravila za smeštaj zatvorenika itd.). Odstupajući od svoje ranije prakse u odnosu na britansko zakonodavstvo²¹, kojom je u više navrata potvrdio svoje stanovište da je karakter registara o rođenju u Ujedinjenom Kraljevstvu takav da ne dopušta unošenje podataka o promenama koje nastupaju tokom života jedne osobe, Evropski sud je u odluci *Goodwin* zaključio da su se prilike i u Velikoj Britaniji promenile i da su izuzeci od istorijske osnove registra rođenja već učinjeni u slučaju pozakonjenja i usvojenja, gde je moguće zahtevati izdavanje dokumenta o rođenju koji sadrži promene nastale posle rođenja. Stoga, po nalaženju Suda, ne bi trebalo da bude problem da isti takav izuzetak bude učinjen i u slučaju transseksualaca. "U 21. veku, pravo transseksualaca na lični razvoj i na fizičku i moralnu sigurnost, koju u punom smislu reči uživaju svi drugi građani u društvu, ne može se više posmatrati kao stvar

²¹ Videti *Cossey protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, predstavka broj 10843/84, presuda od 27. 09. 1990, *Rees protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, predstavka broj 9532/81, presuda od 17. 10. 1987; *X, Y and Z protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, predstavka broj 21830/93, presuda od 22. 04. 1997. I *Sheffield and Horsham protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 30. 07. 1998. U svim tim slučajevima Evropski sud za ljudska prava je smatrao da specifična priroda engleskih registara o rođenju predstavlja valjan osnov za uvažavanje širokog polja slobodne procene Ujedinjenog Kraljevstva te da to ne može biti osnov za povredu prava na poštovanje privatnog života i prava na brak.

kontroverzi koje zahtevaju protek vremena kako bi u potpunosti bile razjašnjene. Najkraće rečeno, nezadovoljavajuća situacija u kojoj žive postoperativni transseksualci, u međuprostoru u kome ne pripadaju sasvim ni jednom ni drugom polu, ne može više biti prihvatljiva ... te da stres i otuđenje, proistekli iz nesklada između položaja u društvu koje zauzima transseksualac koji je putem operacije promenio pol i položaja koji mu nameće zakon koji odbija da prizna njegov promenjeni pol, ne može se smatrati manjom neprijatnošću nastalom zbog jedne formalnosti. Tu dolazi do sukoba između društvene realnosti i prava, što transseksualca stavlja u jedan neprirodan položaj koji kod njega može da izazove osećanja ranjivosti, poniženja i strepnje”²².

Imajući u vidu da Ustavni sud nije našao ustavni osnov za postupanje u pogledu propusta koji je učinila Narodna skupština nedonošenjem zakona kojima bi se obezbedilo poštovanje ljudskih prava koje garantuju Ustav i Evropska konvencija, Ustavni sud je ocenio da je tu pojedinačnu radnju koju je država bila dužna da preduzme u izvršavanju pozitivnih obaveza predstavljala, u konkretnom slučaju, obaveza nadležnog organa uprave da postupi po zahtevu podnosioca ustavne žalbe. Stoga je država, kroz radnju Opštinske uprave opštine Z, donošenjem zaključka kojim je, zbog stvarne nenadležnosti, odbacila zahtev podnosioca za promenu podataka o polu, po oceni Ustavnog suda, propustila da izvrši svoju “pozitivnu obavezu”.

Ovakva ocena zasniiva se na činjenici da je pol podatak koji se upisuje u matičnu knjigu rođenih²³; da se činjenica rođenja, pa time i svi podaci vezani za činjenicu rođenja koji se upisuju u matičnu knjigu rođenih, upisuju na osnovu prijave, dakle podataka zdravstvene ustanove u kojoj je dete rođeno²⁴; da se u matičnu knjigu upisuju i promene u vezi sa činjenicama povodom kojih se vode matične knjige²⁵; da su poslovi vođenja matičnih knjiga (rođenih, venčanih i umrlih) i rešavanje u prvostepenom upravnom postupku u oblasti matičnih knjiga povereni jedinicama lokalne samouprave²⁶. Dakle, po oceni Ustavnog suda, nesporno je da prema važećim propisima u Srbiji opštinska uprava, odnosno matičar kao ovlašćeno lice, jeste jedini nadležan organ koji može izvršiti upis, a time i promenu podataka u matičnoj knjizi rođenih, venčanih ili umrlih, te da je u konkretnom slučaju “pozitivna obaveza” upravo na matičnoj službi koja vodi knjigu rođenih za matično područje na kome je upisana činjenica rođenja za podnosioca ustavne žalbe.

²² Videti *Christine Goodwin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, predstavka broj 28957/95, presuda od 11. 07. 2002, st. 71, 72 i 77.

²³ Videti Zakon o matičnim knjigama, *Sl. gl. RS* 20/2009, čl. 45 st. 1 tačka 1.

²⁴ *Ibid.*, čl. 47 st. 1.

²⁵ *Ibid.*, čl. 28.

Sledeće pitanje koje se postavilo kao sporno, bilo je pitanje da li je nadležni organ imao pravnog osnova da izvrši svoju “pozitivnu obavezu”. Ustavni sud je konstatovao da upis promene podataka o polu u matičnu knjigu rođenih i postupak u kome bi se ovaj upis sproveo, za razliku od, na primer, promene podataka o ličnom imenu, nije uređen ni Zakonom o matičnim knjigama, niti nekim drugim posebnim zakonom. Međutim, tumačenjem određaba važećeg Zakona o matičnim knjigama Ustavni sud je pronašao valjan osnov za postupanje u konkretnom slučaju po zahtevu podnosioca ustavne žalbe. Naime, Zakon o matičnim knjigama u čl. 28 predviđa da je nadležan organ dužan da odluku o činjenici rođenja, zaključenja braka i smrti, kao i promene u vezi sa tim činjenicama, dostavi nadležnom matičaru radi upisa u matičnu knjigu, u roku od 15 dana od dana kada je odluka postala pravnosnažna. Nesporno je da podnosilac ustavne žalbe ne poseduje pravnosnažnu odluku nadležnog organa o promeni pola. Sa druge strane, međutim, isto je tako tačno i to da se podaci koji se upisuju u matičnu knjigu u vezi činjenice rođenja, po pravilu, i ne upisuju na osnovu pravnosnažne odluke nadležnog organa, već na osnovu prijave zdravstvene ustanove u kojoj je osoba rođena, odnosno za dete koje nije rođeno u zdravstvenoj ustanovi na osnovu prijave oca deteta, drugog člana domaćinstva, lica u čijem je stanu dete rođeno, majke, čim za to bude sposobna, babice ili lekara koji su prisustvovali porođaju, a ako ovih lica nema ili nisu u mogućnosti da prijave rođenje, čak i na osnovu prijave lica koje je saznalo za rođenje²⁷. Takođe, ni upis činjenice smrti se ne vrši na osnovu odluke nadležnog organa, već na osnovu potvrde o smrti koju izdaje zdravstvena ustanova u kojoj je lice umrlo ili lekar koji je utvrdio smrt, ako je lice umrlo van zdravstvene ustanove²⁸. Dakle, iz navedenih određaba Zakona proizilazi da se upisi u matične knjige koji predstavljaju evidenciju o ličnom stanju građana ne vrše uvek i isključivo na osnovu pravnosnažne odluke nadležnog organa.

Ustavni sud je, stoga, zauzeo stanovište da u nedostatku izričitog zakonskog uređenja o upisu promene podataka o polu u matičnoj knjizi rođenih, odredbe Zakona o matičnim knjigama treba tumačiti na način da se i upis promene podataka o polu može izvršiti analognom primenom zakonskih odredaba koje uređuju upis činjenice rođenja i svih ostalih podataka, uključujući i pol, koji se u matičnu knjigu upisuje za lice rođeno u zdravstvenoj ustanovi. Drugim rečima, ako zdravstvena ustanova prilikom nečijeg rođenja nadležnom matičaru prijavljuje i podatak o polu deteta, onda se, po shvatanju Ustavnog suda, ne može smatrati nedovoljnom

²⁶ *Ibid.*, čl. 6.

²⁷ *Ibid.*, čl. 47.

²⁸ *Ibid.*, čl. 63 st. 1.

dokumentacija druge zdravstvene ustanove o tome da je u toj ustanovi nad određenim licem izvršena hirurška intervencija, čija je posledica promena pola ranije upisanog u matičnu knjigu. Stoga je Ustavni sud ocenio da je Opštinska uprava opštine Z, propuštajući da se upusti u meritorno odlučivanje o zahtevu podnosioca ustavne žalbe i da, ukoliko on poseduje relevantnu dokumentaciju nadležne zdravstvene ustanove, izvrši upis promene podataka o polu u matičnoj knjizi rođenih, istovremeno je propustila i da izvrši svoju "pozitivnu obavezu" kojom bi uskladila pravno sa faktičkim stanjem i tako obezbedila podnosiocu ustavne žalbe da nakon hirurške promene pola ostvari prava koja mu jemče i Ustav Republike Srbije i Evropska konvencija. Time je, po oceni Ustavnog suda, povređeno pravo podnosioca ustavne žalbe na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti zajemčeno čl. 23 Ustava i pravo na poštovanje privatnog života zajemčeno čl. 8 Evropske konvencije. Nalazeći da se posledice prethodno utvrđenih povreda prava podnosioca ustavne žalbe delotvorno mogu otkloniti samo nalaganjem stvarno i mesno nadležnom organu, Opštinskoj upravi opštine Z, da odluči o zahtevu podnosioca ustavne žalbe za upis promene podataka o polu u matičnoj knjizi rođenih, te imajući u vidu značaj zajemčenih prava za podnosioca ustavne žalbe, Ustavni sud je naložio hitno delovanje nadležnog organa, te je stoga odredio rok od 30 dana za odlučivanje o zahtevu podnosioca ustavne žalbe. Podnosilac ustavne žalbe je postavio i zahtev da se utvrdi da se odluka Ustavnog suda, u skladu sa odredbom čl. 87 Zakona o Ustavnom sudu, odnosi i na lica koja nisu podnela ustavnu žalbu ako se nalaze u istoj pravnoj situaciji kao i podnosilac²⁹. Ocenjujući osnovanost ovog dela ustavne žalbe, Ustavni sud je konstatovao da se navedena odredba Zakona primenjuje u slučaju kada se osporeni pojedinačni akt ili radnja, koji su predmet ustavne žalbe, odnosi na više lica, te da se u konkretnom slučaju radnja propuštanja odlučivanja o zahtevu za promenu podataka o polu odnosi samo na podnosioca ustavne žalbe. Međutim, Ustavni sud je našao da je prethodno utvrđena povreda prava podnosioca takve prirode da izvesno ukazuje na postojanje mogućnosti da se, do zakonskog regulisanja prava na promenu pola, i druga lica mogu naći u istoj pravnoj situaciji kao i podnosilac ustavne žalbe. Stoga je Ustavni sud ocenio da se ova odluka, kao mera otklanjanja štetnih posledica, a u

²⁹ "Ako je pojedinačnim aktom ili radnjom povređeno ili uskraćeno Ustavom zajemčeno ljudsko ili manjinsko pravo i sloboda više lica, a samo neki od njih su podneli ustavnu žalbu, odluka Ustavnog suda odnosi se i na lica koja nisu podnela ustavnu žalbu, ako se nalaze u istoj pravnoj situaciji". Videti čl. 87 Zakona o Ustavnom sudu, *Sl. gl. RS* 109/2007 i 99/2011.

skladu sa čl. 89 st. 2 Zakona o Ustavnom sudu, odnosi i na ta lica³⁰. U skladu sa ovim delom odluke, Ustavni sud je odlučio da ovu odluku dostavi i Ministarstvu za ljudska i manjinska prava, državnu upravu i lokalnu samoupravu, kako bi, kao ministarstvo nadležno za poslove uprave, sa stavovima Ustavnog suda izraženim u ovoj odluci upoznao prvostepene organe koji rešavaju u upravnom postupku u oblasti matičnih knjiga. Najzad, imajući u vidu da Ustavni sud, na osnovu čl. 105 Zakona o Ustavnom sudu, može obavestiti Narodnu skupštinu o stanju i problemima ostvarivanja ustavnosti i zakonitosti u Republici Srbiji, dati mišljenja i ukazati na potrebu donošenja i izmenu zakona i preduzimanja drugih mera radi zaštite ustavnosti i zakonitosti, Ustavni sud je odlučio da takvu svoju nadležnost iskoristi i uputi pismo Narodnoj skupštini u kome će ukazati na sve aspekte problema nedostatka pravne regulative u slučajevima postoperativnih transseksualaca. Ovakvo stanovište Ustavnog suda utemeljeno je na odredbama čl. 18 Ustava kojima se jemči neposredna primena Ustavom garantovanih prava i utvrđuje obaveza zakonodavca da propiše način ostvarivanja garantovanih prava, na odredbama čl. 23 Ustava kojima se garantuje dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti, kao i na odredbama čl. 8 Evropske konvencije kojima se garantuje pravo na poštovanje privatnog života. Ustavni sud je Narodnoj skupštini ukazao i na to da se u dosadašnjoj praksi Evropskog suda za ljudska prava, oblikom kršenja garantovanih prava smatra i nedonošenje propisa kojima se omogućava njihovo ostvarivanje.

9. Zaključak: Konačno ka zakonodavnoj inicijativi?

Prva odluka o ustavnoj žalbi transseksualne osobe X Ustavnog suda i argumentacija koja je upotrebljena za njeno obrazloženje, nesumnjivo zaslužuju svaku pohvalu. Uprkos tome, čini se racionalnim pozvati na hitnu intervenciju zakonodavca, ne zbog toga što problemi transseksualiteta nužno zahtevaju da budu baš zakonski regulisani (jer su mnogobrojna uspešna rešenja demonstrirana i u sudskoj i u upravnoj praksi drugih zemalja) već što bi u sadašnjem trenutku takva intervencija osujetila potpunu ignoranciju težine problema od strane zakonodavca u Srbiji. Suprotno

³⁰ Čl. 89 st. 2 Zakona o Ustavnom sudu glasi: "Kada Ustavni sud utvrdi da je osporenim pojedinačnim aktom ili radnjom povređeno ili uskraćeno ljudsko ili manjinsko pravo i sloboda zajemčena Ustavom, može poništiti pojedinačni akt osim sudske odluke, zabraniti dalje vršenje radnje ili odrediti preduzimanje druge mere ili radnje kojom se otklanjaju štetne posledice utvrđene povrede ili uskraćivanja zajemčenih prava i sloboda i odrediti način pravičnog zadovoljenja podnosioca".

iskustvima stranih pravnih uređenja, odsustvo striktno zakonske regulative moglo bi u srpskom pravu da otvori put neodgovornom i olakom tumačenju kako je promena pola stvar rutinske administrativne odluke koja se ispisuje na šapirografisanom obrascu, što je druga, ništa manje rđava krajnost. Prepuštanje opštinskim organima uprave da odlučuju o tako važnom pitanju kao što je promena pola, a da pritom ne budu snabdeveni nikakvim uputstvom ili drugim bližim propisom o načinu na koji će obavljati tu svoju dužnost, krajnje je riskantno i teško da bi se moglo pretpostaviti da bi se bilo koji odgovoran zakonodavac sa takvim rešenjem mogao saglasiti. To bi značilo pristajanje na sasvim slobodnu procenu svakog matičara o najvažnijim otvorenim pitanjima: da li je operacija za podešavanje pola neophodna za promenu navoda o polu u matičnoj knjizi ili je dovoljna i sama endokrinološka terapija o kojoj bi postojala odgovarajuća medicinska dokumentacija; ako operacija jeste uslov, kakva i kolika medicinska dokumentacija treba da prati odgovarajući zahtev i ko je ovlašćen da izdaje takvu dokumentaciju; najzad, kakve sve posledice proizvodi takva promena na dotadašnje i buduće pravne odnose transeksualne osobe, od mogućeg retroaktivnog dejstva upisa, do pitanja o sudbini braka u kome se mogao nalaziti onaj ko je pristupio hirurškoj i pravnoj promeni pola? Logično je, naime, očekivati da se u bliskoj budućnosti, a naročito nakon odluke Ustavnog suda, pred organima uprave ili sudovima u Srbiji pojavi više novih zahteva transeksualnih osoba za promenu upisanog pola u matičnim knjigama ili za priznavanje nekih drugih prava, koji će zahtevati civilizovan i adekvatan odgovor državnih organa i pozitivnog prava.

Buduće pravno uređenje fenomena transeksualiteta u srpskom pravu moglo bi se ostvariti propisivanjem posebnog vanparničnog postupka za promenu pola, koji bi predviđao i nužne medicinske i pravne pretpostavke koje se moraju ispuniti da bi jedna osoba mogla pravno da stekne pol suprotan onome koji je upisan u matičnu knjigu rođenih (sudski postupak po ugledu na nemačko pravo), ili bi za donošenje takve odluke i dalje bili nadležni matičari kojima bi stajalo na raspolaganju odgovarajuće zakonsko rešenje (upravni postupak po ugledu na austrijsko pravo). No, bez obzira na vrstu pravnog postupka, rešenje našeg prava ne bi smelo da propusti da razreši dva vrlo važna pitanja načelnog značaja.

Prvo je zahtev da se o pravnoj promeni pola može govoriti jedino kada je reč o transeksualcima koji su bili podvrgnuti operaciji polnog preuređenja, budući da se pre takvog zahvata može govoriti samo o osobi za koju je postavljena dijagnoza transeksualiteta. Kako

je terapija transeksualiteta postupak koji traje više godina i obuhvata nekoliko faza (od psihijatrijskog posmatranja, preko hormonskog tretmana, do završnog polnog preuređenja koje se obavlja operativnim zahvatom na genitalnim organima), za pravo je važno da bude utvrđen jedan trenutak u kome će se nesumnjivo moći govoriti o obavljenoj polnoj transformaciji. Takvo rešenje je logično, zbog toga što i pravo koje se odnosi na transeksualce (slično onome koje se već godinama primenjuje na somatske hermafrodite) mora da uvažava preovlađujući pol jedne osobe. U slučaju predoperativnog transeksualca, kod koga su svi kriterijumi pola (izuzev psihološkog) usklađeni, očigledno je da takva osoba može u pravu biti smatrana jedino kao pripadnik pola koji je imala na rođenju. Potencijalni brak takve osobe sa osobom istog hromozomskog pola ne bi bio dopušten i morao bi se kvalifikovati kao homoseksualni odnos, bez obzira što bi takav transeksualac, zahvaljujući svom suprotnom psihološkom polu, smatrao svoj odnos heteroseksualnim. Obrnuto, kod post-operativnog transeksualca, preovlađujući je pol onaj na koji ukazuje usaglašenost psihološkog pola i anatomske izgleda koji je stečen zahvaljujući hirurškoj intervenciji, pa i u pravu pol može biti samo onaj koji je u saglasnosti sa takvim harmonizovanim statusom individue.

Drugo je zahtev da se o obaveznoj pravnoj promeni pola mora govoriti ukoliko je preduzeta odgovarajuća hirurška intervencija koja je definitivno približila transeksualca polu koji je suprotan onom koji je inicijalno bio upisan na rođenju. U suprotnom, moglo bi se dogoditi da se transeksualna osoba podvrgne operaciji polnog preuređenja ne zahtevajući posle toga nikakvu promenu statusa. Takav ishod bi značio da se pravo može naći u prilično čudnoj situaciji, u kojoj će morati da se saglasi sa tim da je valjan brak dve osobe koje obe imaju spoljni izgled jednog istog pola, ali na jedan zaobilazan način. Drugim rečima, u pravnom sistemu u kome je, kao što je to slučaj sa srpskim pravom, ustavna definicija braka obuhvatila bezuslovno samo muškarca i ženu, odnosno gde definicija braka nije indiferentna prema različitosti polova kao jednoj od pretpostavki za punovažnost braka (iako u uporednom pravu takav uslov sve češće izostaje), sudbina braka transeksualne osobe koja je izvršila operaciju polnog prilagođavanja, ali nije pravno promenila pol, bila bi u najmanju ruku neizvesna. Pravo ne bi smelo da dopusti da promena polnih odlika dovede u stvarnosti do situacije da pravni status neke osobe nije više usklađen sa njenim spoljnim izgledom, budući da je čitava velika tema o pravima transeksualaca na polni identitet i započeta kako bi se postiglo takvo harmonizovanje.

Sadržaj:

1. Ukratko o Zakonu o sukobu interesa u institucijama vlasti Bosne i Hercegovine	49
2. Aktuelni prijedlozi izmjena Zakona o sukobu interesa	50
3. Narušavanje principa pravne sigurnosti	52

4. Povreda Jedinstvenih pravila za izradu pravnih propisa	53
5. Prijedlog izmjena Zakona o sukobu interesa iz juna — izmjena odredbi čl. 4 i 20 Zakona	54
5.1. Mišljenje Venecijanske komisije	55
6. Zaključak	55

1. Ukratko o Zakonu o sukobu interesa u institucijama vlasti Bosne i Hercegovine

Zakon o sukobu interesa u institucijama vlasti u Bosni i Hercegovini (Zakon)¹ donio je svojom Odlukom visoki predstavnik za Bosnu i Hercegovinu Paddy Ashdown, a Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine usvojila u istovjetnom tekstu u oktobru 2002.

Zakon je podijeljen na četiri poglavlja u kojima se definiše sukob interesa, osobe na koje se odnosi, postupak pred Centralnom izbornom komisijom Bosne i Hercegovine (CIK BiH) kao tijelom nadležnim za implementaciju Zakona, situacije u kojima postoji sukob interesa, sankcije za prekršitelje i odnos sa entitetskim izbornim zakonima.

Zakon definiše da sukob interesa postoji u situacijama u kojima izabrani zvaničnici, nosioci izvršnih funkcija i savjetnici imaju privatan interes koji utiče ili može uticati na zakonitost, otvorenost, objektivnost ili nepristrasnost u obavljanju javnih funkcija. Principi propisani Zakonom prema kojima bi zvaničnici, nosioci izvršnih funkcija i savjetnici morali djelovati su: zakonitost, efikasnost, nepristrasnost, časnost, te obaveza pridržavanja principa odgovornosti, poštenja, savjesnosti, otvorenosti i vjerodostojnosti.

Do sada su najveću pažnju javnosti izazivale one odredbe koje su najčešće i bile predmetom disciplinskih postupaka koje je, u skladu sa odredbama Zakona, provodio CIK BiH, te sudski postupci koji su im slijedili pred Apelacionim odjeljenjem Suda Bosne i Hercegovine². To su odredbe čl. 4 Zakona koji se odnose

na nespojivosti funkcija propisanih navedenim članom, odnosno na zabranu izabranim zvaničnicima, nosiocima izvršnih funkcija i savjetnicima vršenje funkcije direktora, ovlaštene osobe ili člana u upravnim tijelima javnih preduzeća i agencija za privatizaciju u periodu od šest mjeseci po prestanku obavljanja javne dužnosti, kako je to propisano odredbama čl. 5 Zakona. Zakon takođe zabranjuje angažman u privatnim preduzećima koja posluju sa vladom ili u koja je organ vlasti vršio ulaganja pod određenim uslovima, ne samo javnim zvaničnicima, već i njihovim bliskim srođnicima³. Takođe je zabranjeno sklapanje ugovora o pružanju ličnih usluga sa bilo kojim javnim ili privatnim preduzećem koje sklapa ugovore ili na drugi način posluje sa vladama bilo kog nivoa; obavljanje više od jedne izvršne dužnosti i druge nespojivosti⁴. Za kršenje ovih odredbi Zakona predviđene su dosta ozbiljne sankcije — zabrana kandidovanja na bilo koju izabranu dužnost u periodu od četiri godine i novčana sankcija između 1000 KM i 10.000 KM⁵.

Važno je naznačiti da je odredbom čl. 8a propisano postojanje sukoba interesa i za bliske srođnike izabranih zvaničnika i nosilaca funkcija izvršne vlasti u slučajevima predviđenim već pomenutim odredbama Zakona iz čl. 4, 5, 6 i 7 Zakona. Član 20 propisuje sankcije za prekršitelje odredbi članova Zakona. Trenutnim odredbama propisana je nemogućnost kandidovanja na bilo koju funkciju izabranog zvaničnika, nosioca izvršne funkcije ili savjetnika u periodu od četiri godine nakon počinjenog prekršaja za povredu odredbi čl. 5, 6, 8 i 8a Zakona. Uz ovu kaznu se može

* Autorica je stručna saradnica u advokatskom uredu, saradnica FCJP.

¹ Zakon o sukobu interesa u institucijama vlasti u BiH, *Sl. gl. BiH* 16/02, 14/03, 12/04, 63/08, 18/12.

² U poglavlju III Zakona, čl. 17-20 propisan je postupak i sankcije za prekršitelje odredaba Zakona.

³ Čl. 6 Zakona o sukobu interesa u institucijama vlasti u BiH, *Sl. gl. BiH* 16/02, 14/03, 12/04, 63/08, 18/12.

⁴ Čl. 8 Zakona o sukobu interesa u institucijama vlasti u BiH, *Sl. gl. BiH* 16/02, 14/03, 12/04, 63/08, 18/12.

⁵ O tome detaljnije usp. A. Martinović, *Zakon o sukobu interesa u institucijama vlasti BiH — Ocjena kvaliteta i stepena provedbe zakonskog okvira i prijedlozi za poboljšanje - Načrt dokumenta*, s. 4.

izreći još i novčana kazna koja iznosi od 1000 do 10.000 KM. Za povrede odredbi čl. 7, 9 i 10 Zakona izriče se samo novčana kazna u gore pomenutom iznosu.

2. Aktuelni prijedlozi izmjena Zakona

Zakon je do sada nekoliko puta ispravljan, mijenjan i dopunjavan⁶. Trenutno su u parlamentarnoj proceduri tri prijedloga izmjena Zakona podneseni u maju⁷, junu⁸ i julu⁹ 2012¹⁰.

Prijedlog podnesen u maju ove godine u drugom čitanju na sjednici Doma naroda Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine odbijen je sa devet glasova protiv i šest suzdržanih. Nijedan delegat nije glasao za. Predstavnički dom Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine usvojio je ovaj prijedlog izmjena na 31. sjednici Predstavničkog doma Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine održanoj 5. jula 2012. Nakon toga, na 32. sjednici Prijedlog je odbijen¹¹. Iako bi u skladu sa odredbama čl. 121 Poslovnika Predstavničkog doma Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine trebalo prijedlog Zakona smatrati odbijenim, on se, prema podacima na zvaničnoj web stranici Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine, još uvijek tretira kao prijedlog koji je u proceduri.

Važno je naznačiti da je ovim prijedlogom zakona predviđena izmjena čl. 4 koja se odnosi na nespojivost funkcija povećanjem državnog kapitala u državnim institucijama u kojima dužnosnici ili nosioci funkcija izvršne vlasti obavljaju dužnosti direktora fonda i agencije u kojima je državni kapital veći od 50 %, produžen je rok sa trenutnih tri na 30 dana za otklanjanje sukoba interesa podnošenjem ostavke na svaku od nespojivih funkcija, povećan je novčani prag za sklapanje ugovora o pružanju ličnih usluga sa Vladom

za privatna preduzeća čiji su osnivači ili vlasnici izabrani zvaničnici, nosioci izvršnih funkcija i savjetnici sa 5000 KM na 20.000 KM vrijednosti ugovora godišnje propisanih odredbama čl. 8 Zakona. Predviđeno je brisanje čl. 8a koji se odnosi na ugovore o pružanju ličnih usluga koje sklapaju bliski srodnici navedenih osoba.

Predložene su takode izmjene čl. 6 Zakona na način da je povećan prag sa trenutno propisanih 5.000 KM na 50.000 KM vrijednosti ugovora potrebnog za postojanje sukoba interesa prilikom zaključivanja ugovora između vlada i privatnih preduzeća u kojima su izabrani zvaničnici, nosioci izvršnih funkcija istovremeno i savjetnici, članovi skupštine, nadzornog odbora, uprave, menadžmenta ili imaju svojstvo ovlaštene osobe u privatnom društvu.

Čl. 6a kojim je propisano da se članovima skupštine u smislu odredaba čl. 4 st. 1, čl. 5 st. 1 i čl. 6 st. 2 Zakona smatraju dioničari koji su vlasnici više od 1% kapitala preduzeća je izbrisan.

Čl. 8 izmijenjen je na način da je povećan propisani novčani prag od 5000 KM na 20.000 KM vrijednosti ugovora o pružanju ličnih usluga između izabranih zvaničnika, nosilaca izvršnih funkcija i savjetnika sa bilo kojim privatnim preduzećem koje sklapa ugovore, ili na drugi način posluje sa vladama na bilo kojem nivou.

Čl. 8a koji se odnosi na bliske srodnike je izbrisan.

Još jedna značajna izmjena Zakona odnosi se na izmjenju čl. 20 kojom bi prema novim izmjenama bila izostavljena dosadašnja nepodobnost obavljanja funkcija za prekršitelje odredbi čl. 5, 6, 8, 8a i 11 važećeg Zakona i bila bi predviđena novčana kazna u iznosu od 1000 do 10.000 KM za prekršitelje odredbi čl. 4, 7, 8, 9, 10 i 11 uz obavezu otklanjanja razloga koji su doveli do sukoba interesa u roku od 30 dana. Tek nakon toga CIK BiH oduzela bi mandat tom zvaničniku, odnosno nosiocu izvršne funkcije ukoliko ne otkloni postojeći sukob interesa. Predviđene su još izmjene članova koje se odnose na primanje poklona i izjave o imovinskom stanju zvaničnika i nosilaca funkcija izvršne vlasti.

Prijedlog za izmjenju Zakona Domu naroda Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine podnijela je Interresorna radna grupa za pripremu prijedloga izmjena i dopuna Izbornog zakona Bosne i Hercegovine, Zakona o finansiranju političkih stranaka i Zakona o

⁶ Izvršena je ispravka prevoda teksta Odluke visokog predstavnika kojom je proglašen Zakon o sukobu interesa u institucijama vlasti u BiH 2003, *Sl.gl. BiH* 14/03.

⁷ Prijedlog Zakona dostupan je na https://www.parlament.ba/sadrzaj/zakonodavstvo/u_proceduri/default.aspx?id=35325&langTag=bs-BA&pril=b (očitanje 14. 07. 2012).

⁸ Tekst prijedloga Zakona iz juna dostupan je na https://www.parlament.ba/sadrzaj/zakonodavstvo/u_proceduri/default.aspx?id=35796&langTag=bs-BA&pril=b (očitanje 20. 07. 2012).

⁹ Tekst prijedloga Zakona dostupan je na https://www.parlament.ba/sadrzaj/zakonodavstvo/u_proceduri/default.aspx?id=36039&langTag=bs-BA&pril=b (očitanje 20. 07. 2012).

¹⁰ Podaci o statusu sva tri prijedloga preuzeti su sa zvanične web stranice Parlamentarne skupštine BiH u sekciji Zakoni, podsekcija Zakoni u proceduri. Dostupno na <https://www.parlament.ba/default.aspx?langTag=bs-BA&pril=b> (očitanje 20. 07. 2012).

¹¹ Više detalja dostupno na https://www.parlament.ba/sadrzaj/plenarne_sjednice/predstavnicki_dom/default.aspx?wsid=35&wsid=552&langTag=bs-BA&pril=b (očitanje 21. 07. 2012).

sukobu interesa u institucijama vlasti Bosne i Hercegovine¹².

Izmjena koja je stavljena u proceduru u junu ove godine odnosi se također na izmjenu čl. 4 dodavanjem stavova 5 i 6, kojima bi bio predviđen prenos upravljačkih prava u privatnom društvu koje zaključuje ugovore sa državom na osobu koja nije bliski srodnik izabranog zvaničnika ili nosioca izvršne funkcije i čl. 20 koji definiše sankcije. Čl. 20 bio bi izmijenjen na gore opisani način.

Uz Prijedlog izmjena dato je i obrazloženje koje se uglavnom oslanja na rješenja iz Republike Hrvatske. Prijedlog izmjena uputio je klub poslanika Stranke za bolju budućnost Bosne i Hercegovine.

Predstavnički dom Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine nije podržao zahtjev da se Prijedlog zakona o izmjenama i dopunama Zakona o sukobu interesa u institucijama vlasti Bosne i Hercegovine razmatra po hitnom postupku. Nakon toga, Prijedlog je upućen kolegiju Doma naroda na usaglašavanje. Prijedlog Zakona nije bio na dnevnom redu sjednice Doma naroda Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine.

Prijedlogom izmjena Zakona iz jula predložene su složenije izmjene koje, između ostalog, pretpostavljaju isključenje bliskih srodnika iz sukoba interesa, izmjenu čl. 4 koji se odnosi na nespojivost izmjenama odredbi koje se odnose na članstvo u upravnom ili nadzornom odboru, ili obavljanje dužnosti direktora direkcije ili agencije za privatizaciju, direktora investicijskog fonda, investicijske i razvojne banke, lutrije, kao i direktora fonda i agencije u kojima je državni kapital veći od 50 %, odnosno, članstvo u skupštini, nadzornom odboru, upravi ili menadžmentu ili svojstvo ovlaštenog lica bilo kojeg privatnog preduzeća koje sklapa ugovore ili na drugi način posluje sa institucijama koje se finansiraju iz budžeta u vrijeme dok je izabrani zvaničnik ili nosilac izvršne funkcije obavljao funkciju. Zabrana obavljanja dužnosti bila bi primjenjiva samo onda kada je vrijednost ugovora ili posla sa institucijama koje se finansiraju iz budžeta na istom nivou veća od 20.000 KM godišnje ili kada je vrijednost ugovora ili posla sa institucijama koje se finansiraju iz

¹² Interresorna radna grupa za pripremu prijedloga izmjena i dopuna Izbornog zakona BiH, Zakona o finansiranju političkih stranaka i Zakona o sukobu interesa u institucijama vlasti BiH formirana je 27. 10. 2011. s ciljem pripreme prijedloga izmjena i dopuna Izbornog zakona BiH, Zakona o finansiranju političkih stranaka i Zakona o sukobu interesa u institucijama vlasti BiH, te da ih na osnovu ovlaštenog predlagača upute Predstavničkom domu i Domu naroda PS BiH u parlamentarnu proceduru, najkasnije do 01. 05. 2012.

budžeta na svim nivoima u zbirnom iznosu veća od 50.000 KM godišnje. Izmijenjen je i rok sa dosadašnjih tri na 30 dana u kojem su dužnosnici dužni podnijeti ostavku na svaku od nespojivih funkcija. Prijedlog izmjena odredbi čl. 4 identičan je majskom prijedlogu.

Predložene su također izmjene čl. 8 Zakona brisanjem riječi "savjetnik", povećanjem novčanog praga potrebnog za postojanje sukoba interesa, na način da je umjesto dosadašnjih 5.000 KM potrebno da vrijednost sklopljenog ugovora između preduzeća u vlasništvu izabranih dužnosnika i nosilaca funkcija izvršne vlasti sa državom godišnje iznosi 20.000 KM. Predloženo je brisanje stava 3 koji se odnosi na ništavost ugovora koje izabrani zvaničnici, nosioci izvršnih funkcija i savjetnici zaključue protivno odredbama člana 8. Član 8a, također je izostavljen i u ovom prijedlogu. Redefinisan je način i vrijednost poklona koje mogu primiti izabrani zvaničnici i nosioci funkcija izvršne vlasti.

Predložene su i izmjene čl. 11 koji se odnosi na obavljanje drugih poslova zvaničnika, odnosno na njihov položaj ovlaštene osobe u fondacijama i udruženjima, osnovanim u skladu sa zakonima o udruženjima i fondacijama, a koja se finansiraju iz budžeta bilo kojeg nivoa vlasti, u iznosu većem od 20.000 KM godišnje u odnosu na dosada propisanih 10.000 KM, odnosno u iznosu većem od 50.000 KM godišnje u fondacijama i udruženjima iz oblasti kulture i sporta.

Ovaj Prijedlog podnijela je već spomenuta Interresorna radna grupa. Prijedlog nije dobio potrebnu većinu u Predstavničkom domu Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine.

Trenutno su sva tri prijedloga u zakonodavnoj proceduri.

Prijedlozi izmjena Zakona naišli su na burne reakcije javnosti najviše zbog toga što bi izostavljanjem odredbe čl. 8a koja se odnosi na bliske srodnike dužnosnika i nosilaca izvršnih funkcija, prema ocjenama medija doslovno bio ozakonjen sukob interesa¹³.

S obzirom na slična rješenja u svim prijedlozima koja se odnose na izmjene nekih od najvažnijih odredbi članova, kao što su izmjene čl. 4, 8 i 20, u analizi će biti obrađeni problemi koji mogu proizići ukoliko bi izmjene ovih članova bile usvojene. U analizi će također biti obrađen problem kršenja Jedinostvenih pravila za izradu pravnih propisa i narušavanje principa pravne sigurnosti.

¹³ Jedna od reakcija na prijedlog izmjena Zakona: <http://www.slobodnaevropa.org/content/sminkanje-zakona-o-sukobu-interesa/24656484.html> (očitanje 25. 07. 2012).

Također će kratko biti obrađeno aktuelno zakonsko rješenje iz Republike Hrvatske koje se odnosi na prenos upravljačkih prava u privatnim preduzećima, uz osvrt na mišljenje Venecijanske komisije dato u povodu donošenja aktuelnog Zakona.

Prijedlozi podneseni u maju i julu, zbog sličnosti će biti zajedno obrađeni, dok će junski prijedlog, koji kako je već objašnjeno, sadrži samo dvije izmjene biti obrađen posebno.

3. Narušavanje principa pravne sigurnosti

Predložena izmjena čl. 8, kojom se povećava novčani prag vrijednosti zaključenog ugovora potrebnog da postoji sukob interesa, odnosno brisanje čl. 8a iz Zakona, posebno je problematična zbog toga što neposredno omogućava izabranim dužnosnicima i nosiocima izvršnih funkcija zaključivanje ugovora i poslovnu saradnju sa društvima čiji su osnivači njihovi bliski srodnici, odnosno osobe na koje su ti zvaničnici prenijeli upravljačka prava u vlastitim društvima.

Kada se ove izmjene povežu sa ostalim izmjenama, a posebno onim koje se odnose na nespojivost i sankcije, vrlo je jasno da sukob interesa za izabrane zvaničnike — nosioce izvršne vlasti i savjetnike praktično više ne bi ni postojao, jer bi bio legalizovan, a prevencija korupcije bi bila onemogućena. Ukoliko se analiziraju predložene sankcije, zabrinjava to što i nakon utvrđivanja sukoba interesa, ne bi postojala zabrana rekandidovanja, čime bi se direktno omogućilo vršenje novih prekršaja i novi sukobi interesa.

Ono što čini posebno ozbiljnom situaciju, koja je stvorena trenutnim prijedlozima izmjena, je činjenica da je CIK BiH do sada vrlo neefikasno kažnjavala slučajeve u kojima postoji sukob interesa, a ti slučajevi su se odnosili upravo na bliske srodnike izabranih dužnosnika¹⁴. Tako se u izvještaju Transparency Internationala kaže:

“CIK BiH je dosad utvrdila brojne slučajeve sukoba interesa izabranih zvaničnika, upravo na osnovu odredaba koje se odnose na bliske srodnike. Često su se dešavali slučajevi da su majke, očevi, sinovi, kćerke kao direktori (ili odgovorne osobe), vlasnici privatnih i javnih kompanija sklapali ugovore sa institucijama na svim nivoima vlasti u Bosni i Hercegovini, a u kojima su njihovi sinovi, muževi ili očevi bili izabrani dužnosnici. Pored toga, česti su slučajevi gdje su duž-

¹⁴ Transparency International u svom izvještaju iz jula 2012. upozorio je na pokušaj političkog ovladavanja nad CIK BiH; Više o tome usp. *Monitoring ispunjenosti međunarodnih i evropskih obaveza BiH u oblasti borbe protiv korupcije*. Transparency International BiH, Sarajevo, juli 2012, s. 20.

nosnici imenovali svoje bliske srodnike na različite pozicije u javnim institucijama. Ukoliko bi se broj srodnika smanjio, takvi slučajevi dobili bi puni legitimitet, a šteta koja bi se nanijela državnom budžetu bila bi ogromna (...) Dodatna prepreka za monitoring državnih službenika je odluka Žalbenog vijeća Suda Bosne i Hercegovine iz aprila 2012, koja zabranjuje objavljivanje imovinskih kartona, koje je dosad objavljivala CIK BiH. Uzimajući u obzir da CIK BiH nema nadležnost da provjerava vjerodostojnost imovinskih kartona (što inače Zakonom o Agenciji za prevenciju korupcije i koordinaciju borbe protiv korupcije spada u nadležnost Agencije), niti da postoje sankcije za lažne imovinske kartone, neobjavljivanje imovinskih kartona će u potpunosti onemogućiti bilo kakav nadzor imovine javnih zvaničnika i mogućeg nezakonitog bogaćenja¹⁵”.

Već površnim tumačenjem predloženih izmjena jasno se može zaključiti da su predložene izmjene, ne samo u suprotnosti sa principom pravne sigurnosti, nego predstavljaju njegovu potpunu suprotnost. Ukoliko se u obzir uzme definicija pravne sigurnosti koja pretpostavlja uvjete stabilnosti propisa kroz vrijeme i zaštitu građana od samovoljnih i nezakonitih postupaka, kao i zaštitu građana od samovoljnog i nezakonitog upadanja subjekata političke vlasti u njihove interesne sfere¹⁶, onda je potpuno jasno da je prihvatanje predloženih izmjena potpuno neprihvatljivo i nedopušteno. Takođe je važno naznačiti da se najčešće povrede sukoba interesa, prema navodima Izvještaja, odnose na privatna poduzeća i bliske srodnike¹⁷.

Predložene izmjene bi, dakle, legalizovale korupciju i nepotizam. Predložena rješenja su problematična i zbog toga što su u suprotnosti i sa međunarodnim principima za borbu protiv korupcije naznačenim u brojnim međunarodnim dokumentima koje je usvojila i naša zemlja¹⁸. Naša zemlja je članica GRECO-a¹⁹ i

¹⁵ O tome više usp. *Monitoring ispunjenosti međunarodnih i evropskih obaveza BiH u oblasti borbe protiv korupcije*. Transparency International BiH, Sarajevo, juli 2012, s. 19.

¹⁶ “Pravna sigurnost je jedan od temelja društvene sigurnosti, koju je još Monteskije odredio kao izvor ‘društvenog spokojstva’, ona je tijesno povezana sa mirom”. O tome više usp. N. Visković, *Teorija države i prava*, Zagreb 2001.

¹⁷ Izvještaj, s. 49.

¹⁸ Naša zemlja potpisnica je brojnih međunarodnih dokumenata koji se odnose na borbu protiv korupcije i usvojila je i Rezoluciju 97 (24) o 20 vodećih principa za borbu protiv korupcije, te Deset principa za unapređenje borbe protiv korupcije i organizovanog kriminala u zemljama koje pristupaju EU, zemljama kandidatima i trećim zemljama. Tekst Rezolucije dostupan je na [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/Resolution\(97\)24_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/Resolution(97)24_EN.pdf) (očitanje: 02. 08. 2012).

¹⁹ GRECO je skraćenica za skupinu država u borbi protiv korupcije. Naša zemlja je također članica ove grupe i trebala

dužna je pridržavati se pravila i principa propisanih u dokumentima koje je usvojila ova grupa²⁰.

Ilustracije radi, značaj sukoba interesa u odnosu prema korupciji naznačen je u Makao deklaraciji iz 2010. gdje se u tački 18, između ostalog, pozivaju vlade da započnu odgovarajuće reforme koje promoviraju neophodnu stručnost svojih organa za sprovođenje zakona i krivično gonjenje, nezavisnost i integritet sudstva, kao i sprječavanje sukoba interesa u obavljanju javne funkcije, jer su ovo ključni stubovi efektivne prevencije i suzbijanja korupcije²¹.

Isto tako, u Rezoluciji 24 (97) iz novembra 2007. o 20 vodećih principa za borbu protiv korupcije (Rezolucija) naznačeno je: "(...) da korupcija predstavlja ozbiljnu prijetnju osnovnim principima i vrijednostima Savjeta Evrope, narušava povjerenje građana u demokratiju, ugrožava vladavinu prava, predstavlja negaciju ljudskih prava i sprječava socijalni i ekonomski razvoj, (...)".

Važno je naznačiti i to da je usvajanje predloženih izmjena, također, u suprotnosti i sa principima 10, 13 i 15 Rezolucije kojim je propisano da države trebaju obezbijediti da pravila koja regulišu prava i obaveze državnih službenika uzmu u obzir potrebe borbe protiv korupcije i da predvide adekvatne i efikasne disciplinske mjere, da trebaju promovirati dalju specifikaciju ponašanja koje se očekuje od državnih službenika na odgovarajući način, kao što je kodeks ponašanja, kao i da države trebaju osigurati da sistem javne odgovornosti uzme u obzir posljedice korupcionaskog ponašanja državnih službenika. Konačno, državama se preporučuje usvajanje pravila ponašanja koja se odnose na finansiranje političkih partija i izbornih kampanja kojima se zaustavlja korupcija.

Ukoliko se na umu ima i pogoršanje situacije u našoj zemlji kada je korupcija u pitanju, vrlo je jasno da bi odredbe Zakona trebalo pooštriti, nikako učiniti pogodnijim za mogućnosti korupcije²².

bi se pridržavati pravila i principa propisanih dokumentima ove grupe. Među najvažnijim je Rezolucija 24(97) o 20 vodećih pravila za borbu protiv korupcije koja je usvojena 1997.

²⁰ Osim 20 vodećih principa, naša zemlja usvojila je još nekoliko konvencija, deklaracija i rezolucija koje se odnose na borbu protiv korupcije. Npr. Konvencija UN protiv korupcije ili Krivično-pravna konvencija o korupciji i Građansko-pravna konvencija o korupciji. Dostupno i na <http://www.apik.ba/Documents.aspx?cat=2> (očitanje 05. 10. 2012).

²¹ Cijeli tekst Deklaracije dostupan je na http://www.apik.ba/acms_documents/makao_deklaracija.pdf (očitanje 05. 10. 2012).

²² Ilustracije radi, može se opisati događaj iz januara 2012. na koji je upozorio Transparency International u Monitoringu ispunjenosti, a koji se odnosi na to da slučajevi visoke korupcije državnih službenika, od kojih su većina nosioci važ-

4. Povreda Jedinostvenih pravila za izradu pravnih propisa

Jedinostvenim pravilima za izradu pravnih propisa u institucijama Bosne i Hercegovine²³ (Pravila) detaljno su propisana pravila kojih se trebaju pridržavati nosioci normativnih poslova prilikom pripreme propisa u institucijama Bosne i Hercegovine. Pravilima je predviđen način i postupak prema kojem se vrše i izmjene i dopune pravnih propisa.

Prijedlozima iz maja i jula predviđene su složene izmjene više od polovine članova Zakona čime se krši odredba čl. 46 st. 3 Pravila kojima je propisano da je u slučaju izmjene ili dopune više od polovine članova osnovnog propisa potrebno pristupiti donošenju novog propisa.

Iako je Pravilima jasno utvrđen način i postupak prema kojem se vrše izmjene, odredbama čl. 1 propisano je da će se ovih Pravila pridržavati nosioci normativnih poslova prilikom pripreme propisa u institucijama, te odredbama čl. 77 propisano je odobrenje nacrt propisa koji se donosi, pri čemu rukovodilac institucije koja predlaže propis treba da odobri nacrt, kako bi on bio prosljeđen Vijeću ministara Bosne i Hercegovine ili Predsjedništvu, Pravila ne sadrže sankcije za prekršitelje ovih odredbi.

Aktuelne izmjene krše odredbe čl. 61, 62, 63, i 64, u vezi sa čl. 60 Pravila koja se odnose na strukturu i sadržaj obrazloženja, kao obaveznog dijela svakog prijedloga izmjena i dopuna određenog propisa.

Istina, aktuelni majske i julske prijedlog izmjena Zakona sadrže obrazloženja, međutim ona nisu urađena u skladu sa navedenim odredbama članova Pravila. Naime, u čl. 60 propisan je sadržaj obrazloženja i jasno naznačeno šta svako obrazloženje mora sadržavati.

Trenutni prijedlozi sadrže samo dio potrebnih obrazloženja propisanih sadržajem iz čl. 60, a neka od obrazloženja koja su ponuđena su štura i nedovoljna.

nih funkcija vlasti, još uvijek ostaju na nivou istraga koje traju predugo i nikad se ne završavaju optužnicama kao sudskim epilogom, te da je dogovor između političkih partija koji se desio u januaru 2012, kada su predsjednici šest najvećih političkih partija u BiH javno dogovorili raspored pozicija u državnim institucijama, između političkih partija i njih lično, uključio i visoke pozicije u CIK-u. Transparency International BiH je naglasio da s obzirom da bi CIK i druge institucije koje su bile predmet pregovora trebale biti nezavisne od političkih uplitanja, ovakvo ponašanje predstavlja otvoreno povezivanje i direktan pokušaj ostvarivanja kontrole nad ovom institucijom.

²³ Jedinostvena pravila za izradu pravnih propisa u institucijama vlasti BiH, *Sl.gl. BiH* 11/05.

Primjerice, u obrazloženju majskog prijedloga naznačeno je da je predloženo brisanje čl. 8a, što je vidljivo već pri samom čitanju prijedloga izmjena Zakona. Razlozi brisanja ovog izuzetno važnog člana Zakona koji se odnosi na bliske srodnike zvaničnika i nosilaca izvršnih funkcija, nisu dati. Obrazloženje julske prijedloga uopće ne sadrži razloge za brisanje čl. 8a iz Zakona.

U obrazloženjima prijedloga izmjena Zakona nedostaje analiza razloga za uvođenje propisa i objašnjenje odabrane politike²⁴, usklađenosti propisa sa evropskim zakonodavstvom²⁵, te provedbenih mehanizama i načina osiguranja poštivanja propisa²⁶.

Posljednja povreda posebno je ozbiljna zbog toga što obrađuje pitanje mehanizama koji se koriste kako bi osobe na koje se odnose ispoštovale odredbe propisa, odnosno mjera i akcija za provođenje i poštivanje propisa, organe nadležne za provođenje, rokove koji moraju biti ispoštovani i aktivnosti koje je potrebno poduzeti da se spriječe mogući sukobi i nesporazumi sa osobama na koje se propis odnosi.

Odredbama čl. 68 Pravila predviđeno je uspostavljanje jedinica za normativne poslove ili specijaliziranog radnog mjesta specijaliste za normativne poslove koji će biti nadležni za izradu normativnih akata, a čl. 69 propisuje da ova jedinica ili specijalista za normativne poslove imaju odgovarajuću stručnu spremu i specijalistička znanja i iskustva u svim pitanjima koja se tiču provođenja jedinstvenih pravila.

U oktobru 2011. je osnovana Interresorna grupa sa zadatkom da pripremi prijedloge izmjena i dopuna Izbornog zakona Bosne i Hercegovine, Zakona o finansiranju političkih stranaka i Zakona o sukobu interesa u institucijama vlasti Bosne i Hercegovine, te da ih na osnovu ovlaštenog predlagrača uputi Predstavničkom domu i Domu naroda Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine u parlamentarnu proceduru, najkasnije do 1. maja 2012. Članovi grupe su poslanici u Parlamentarnoj skupštine Bosne i Hercegovine, aktuelni ministri i predstavnici CIK BiH. S obzirom na sadržaj prijedloga koji su podneseni od ove grupe u maju i julu vrlo je jasno da je bilo potrebno postupiti u

²⁴ Na ovaj način izvršena je povreda čl. 62 Pravila kojim je propisano da razlozi za uvođenje propisa i objašnjenje odabrane politike moraju biti zasnovani na jasnim dokazima da je problem u odabranoj materiji postojao i da je uvođenje propisa opravdano, navodeći naročito: analizu sadašnjeg stanja, vrijednosti kojima se obrađivač vodio i trenutnu politiku date institucije u vezi s njima, i vjerovatnoću dobiti od uvođenja propisa, zasnovanu na realnoj procjeni djelotvornosti date institucije.

²⁵ Ovakvim postupanjem povrijeđene su odredbe čl. 63 Pravila.

²⁶ Povrijeđene su odredbe čl. 64 Pravila.

skladu sa odredbama čl. 71 st. 3 Pravila i angažovati vanjskog eksperta da pomogne u izradi prijedloga izmjena Zakona, jer kapacitet koji ima pomenuta grupa očito nije dovoljan. Problematično je da su izmjene Zakona sačinjavale osobe na koje se taj Zakon odnosi i direktno primjenjuje, bez konsultovanja eksperata ili bilo kakvog učešća javnosti, sa zakašnjenjem od nekoliko mjeseci.

Iako rješenja predložena u aktuelnim prijedlozima izmjena zakona krše odredbe propisane Pravilima, narušavaju princip pravne sigurnosti i nisu u skladu sa međunarodnim propisima koji se odnose na sprečavanje korupcije, oni su ipak pokazatelj da ni aktuelni zakon nije dovoljno precizan i da je potrebno, ili pristupiti njegovim izmjenama, ili čak donijeti novi zakon²⁷. U prilog tome govori i trenutna situacija u kojoj su u proceduri tri prijedloga zakona²⁸, sve češći sukobi interesa u institucijama vlasti²⁹ i snažna protivljenja usvajanju aktuelnih izmjena, posebno od delegata iz Republike Srpske³⁰.

5. Prijedlog izmjena Zakona iz juna — izmjena odredaba članova 4 i 20 Zakona

Kako je već naznačeno, junskim prijedlogom izmjena Zakona predviđene su izmjene odredbi čl. 4 i čl. 20 Zakona.

Izmjena odredbe prvog člana dodavanjem st. 5 i 6 nije previše problematična, zbog toga što na ovaj način zvaničnici, nosioci izvršnih funkcija i savjetnici koji su prije sticanja mandata bili vlasnici osnivačkog kapitala u privatnim društvima moraju za vrijeme trajanja mandata to ovlaštenje prenijeti na neku drugu osobu

²⁷ Potreba donošenja novog zakona proizilazi i iz činjenice da je aktuelni Zakon već u naslovu neprecizan jer ne ukazuje na sprječavanje sukoba interesa zbog toga što ne sadrži pojam "sprečavanje" (sukoba interesa), a Pravilima nije predviđena izmjena naslova osnovnog propisa, tako da bi jedino kvalitetno, trajno rješenje bilo donošenje novog zakona.

²⁸ Odredbama čl. 101 Poslovnika Predstavničkog doma PS BiH predviđeno je da se, ukoliko postoji više prijedloga zakona koji regulišu istu proceduru, učine napor da se oni usaglase, a ukoliko to nije moguće onda se u daljnju parlamentarnu proceduru upućuje prijedlog zakona koji je prvi dostavljen Domu. Do završetka postupka pred Domom o prvom zakonu, miruje postupak o ostalim predloženim zakonima.

²⁹ Više detalja vidjeti u studiji Transparency Internationala BiH, Monitoring ispunjenosti međunarodnih i evropskih obaveza BiH u oblasti borbe protiv korupcije, Sarajevo, juni 2012, s. 17.

³⁰ Delegati iz RS su prilikom glasanja za sva tri prijedloga zakona na sjednicama glasali protiv. Detalji dostupni uvidom u rezultate glasanja https://www.parlament.ba/sadrzaj/ple_narne_sjednice/Archive.aspx?langTag=bs-BA&template_id=5&pril=b&fromDate=30.11.2010&thruDate=01.10.2014&tid=0 (očitanje 25. 07. 2012).

koja nije njihov bliski srodnik. Na taj način zvaničnik, odnosno nosilac izvršne funkcije ili savjetnik neće utjecati na poslovanje društva čiji su osnivači, a također neće morati u potpunosti zalediti radi tog društva. Međutim, bilo bi dobro u ovaj član unijeti i odredbu koja je naznačena u obrazloženju datom uz Prijedlog, a koja se odnosi na to da za vrijeme dok su njihova upravljačka prava u privrednim društvima prenesena na drugu osobu ili posebno tijelo, zvaničnik ne smije davati obavijesti, upute, naloge ili na drugi način biti u vezi s osobom na koju su prenijeli ovlaštenja ili tijelom te time utjecati na ostvarivanje prava i ispunjavanje obveza koje proizlaze iz članskih prava u tim društvima. Zvaničnik bi imao pravo da ga se jedanput godišnje obavještava o stanju privrednih društava u kojima ima udjele³¹.

Ovu odredbu bilo bi važno uvrstiti u Zakon ukoliko bi se vršile izmjene odredbi čl. 4 na gore opisani način.

5.1. Mišljenje Venecijanske komisije

Takvo postupanje bilo bi u skladu sa Mišljenjem³² Evropske komisije za demokraciju putem prava (Venecijanska komisija), iz 2010. koje se odnosi na Zakon. Komisija je naznačila da je potrebno da se čl. 4 precizira tako da se osim generalnih odredbi o nespojivosti jasno naznače, odnosno, preciziraju okolnosti u kojima dužnosnici, nosioci izvršnih funkcija i savjetnici moraju dati ostavku na neku od nespojivih funkcija. U Mišljenju je naznačeno da konflikt interesa ne mora uvijek nastupiti kao posljedica generalne nespojivosti, nego može proizići iz posebnih slučajeva javnih i privatnih aktivnosti, od slučaja do slučaja. Također je naznačeno da zvaničnici, nosioci izvršnih funkcija i savjetnici ne moraju nužno podnijeti ostavku kada se radi o situacijama vezanim za privatna društva ovih osoba, ali da se moraju ispoštovati odredbe čl. 7 Zakona. Ovaj član odnosi se na zabranu djelovanja u slučaju sukoba interesa i propisuje zabranu glasanja po bilo kojem pitanju koje se direktno tiče privatnog preduzeća u kojem izabrani zvaničnik, nosilac izvršne funkcije ili interesno povezana lica imaju finansijski interes, odnosno da neće poduzimati bilo kakve službene radnje koje bi mogle direktno utjecati na privatno preduzeće u kojem nosilac izvršne funkcije ili savjetnik, ili interesno povezana lica imaju finansijski interes. Nosioci izvršnih funkcija i savjetnici će u takvim situacijama prosljediti donošenje odluke o po-

³¹ Ovo je inače odredba čl. 16 st. 4 Zakona o sprječavanju sukoba interesa u R. Hrvatskoj, *Nar. nov. RH* 16/11.

³² Tekst Mišljenja dostupan je na http://www.venice.coe.int/site/dynamics/N_Opinion_ef.asp?L=E&OID=466 (očitanje 31. 07. 2012).

duzimanju radnje drugom nadležnom tijelu i pismeno navesti razloge za takvo prosljedivanje.

Međutim, važno je naznačiti da je Komisija predložila da se i čl. 7 detaljnije uredi tako što bi se regulisale situacije koje se odnose na finansijski i na nefinansijski interes, i što bi se detaljnije uredio član koji se odnosi na angažman bliskih srodnika.

U skladu sa predloženim izmjenama bilo bi potrebno u odredbu čl. 20 koja se odnosi na sankcije uvrstiti sankcije i za slučajeve u kojima bi se utvrdilo da zvaničnik, nosilac izvršne funkcije ili savjetnik krše odredbe o davanju naloga, uputa ili obavijesti.

6. Zaključak

Analiza predloženih izmjena Zakona i događaji koji su pratili podnošenje svih prijedloga pokazuju da postoje vrlo ozbiljne tendencije za izmjene Zakona koje pogoduju političkim elitama i da se na njima insistira neovisno o tome što su prekršene propisane procedure i Pravila. Izmjene najvažnijih odredbi Zakona dovode u pitanje svrhu i cilj samog Zakona i načela koja su u Zakonu propisana. Usvajanjem predloženih izmjena omogućila bi se dodatna samovolja političkih elita i pustošenje državnog budžeta. Izostavljanjem pojma "bliski srodnik" i izmjenom sankcija predviđenih za prekršitelje odredbi Zakona direktno bi se omogućilo sklapanje ugovora sa društvima u vlasništvu bliskih srodnika zvaničnika i nosilaca izvršnih funkcija, a izmjenama odredbi zakona o povećanju novčanog praga vrijednosti ugovora ogromne količine državnog novca odlazile bi u privatne kase političkih moćnika.

Zbog toga je potrebno hitno donijeti etički kodeks kojim će, između ostalog, biti propisana nespojivost ovakvog postupanja zvaničnika i određeni principi njihovog ponašanja³³. Izmjenama Zakona potrebno je pristupiti na način na koji je predložila Venecijanska komisija, detaljnijim definisanjem sukoba interesa, bez brisanja čl. 8a koji se odnosi na bliske srodnike.

Bilo bi također dobro formirati neovisno tijelo koje će imati nadležnosti da postupa u slučajevima sukoba interesa. Jer, očigledno je da CIK BiH, ako je suditi po broju slučajeva u kojima je otkriven i sankcionisan sukob interesa³⁴, nema ni kapacitete ni dovoljno volje

³³ Na ovo upućuju i međunarodni dokumenti koje je naša zemlja usvojila, npr. već pomenuta Rezolucija.

³⁴ Prema Izvještaju o provođenju zakona u nadležnosti CIK-a BiH za 2011. Od 35 izrečenih sankcija dvije ili 6 % se odnose na zvaničnike koji obavljaju dužnost na državnom nivou vlasti, 6 ili 17 % na kantonalnom, 24 ili 68 % na općinskom nivou vlasti i tri ili 9 % na nivou Brčko Distrikta BiH što ukazuje na vrlo slabo i površno praćenje sukoba interesa na državnom nivou.

da se bori sa ovim problemom, posebno na državnom nivou. Moguće je također u smislu rješenja ojačati kapacitete CIK-a BiH pod uvjetom da će se stvoriti formalne pretpostavke za kontrolu i praćenje rada CIK-a

BiH. Potrebno je također definisati odredbe Zakona tako što bi se poštovala pravila i procedure preporučene u dokumentima GRECO-a, posebno one naznačene u Rezoluciji 24 (97).

Summary

Analysis of the proposed amendments and the events that followed the submission of all proposals shows that there are very serious tendency for changes to the Law that favor the political elite and to insist on them regardless the fact that they violate proper procedures and rules. Changes of the most important provisions of the Law question the purpose and objective of the Law and the principles embodied in the Law. The adoption of the proposed amendments would provide additional arbitrariness of the political elites and the devastation of the state budget. Omitting the term "close relative" and changing the sanctions provided for offender of provisions of the Law would allow direct contracts with companies owned by close relatives of officials and heads of executive functions, and modifications of the Law on increase the cash value of the contract threshold, the huge amounts of state money would go into private safe of powerful politicians.

Sadržaj:

1. Uvod	57	2.2.1. Institucionalna nezavisnost pravosuđa	58
2. Pravna sigurnost i nezavisnost pravosuđa — opšte naznake		2.2.2. Individualna nezavisnost pravosuđa	59
2.1. Pravna sigurnost	57	3. Pravna sigurnost i nezavisnost pravosuđa u BiH — nalazi i preporuke	59
2.2. Nezavisnost pravosuđa	58	4. Zaključak	62

1. Uvod

Venecijanska komisija je na svojoj 91. plenarnoj sjednici, održanoj 15-16. juna 2012¹, usvojila Mišljenje o pravnoj sigurnosti i nezavisnosti pravosuđa u Bosni i Hercegovini (u daljem tekstu: Mišljenje).

Mišljenje je pripremljeno u okviru odgovora na zahtjev Evropske komisije koji je podniet u oktobru 2011. godine u kontekstu Strukturiranog dijaloga o pravosuđu između Evropske unije i Bosne i Hercegovine i odnosi se na pitanje *“Kako pravosudni okvir, podjela nadležnosti i postojeći mehanizmi koordinacije utiču na pravnu sigurnost i nezavisnost pravosuđa u Bosni i Hercegovini”*². Nalazi Mišljenja su zasnovani na komentarima članova Venecijanske komisije — Veronika Bilkova, Giorgio Malinverni, Lucian Mihai, Jean-Claude Scholsem i Kaarlo Tuori, uz uzimanje u obzir informacija sa sastanaka delegacije Venecijanske komisije održanih između 2. i 4. aprila 2012. u Sarajevu i Banjaluci sa predstavnicima pravosudnih tijela BiH i entiteta i advokatima³.

Mišljenje nakon uvodnog dijela (I dio), opštih naznaka (II dio) i opisa ustavnog okvira državnih i drugih nivoa nadležnosti u Bosni i Hercegovini (III), sadrži dvije glavne cjeline koje se odnose na pravnu sigurnost (IV dio) i nezavisnost pravosuđa (V dio), te zaključke, u kojima je sadržan sumaran pregled sugestija Venecijanske komisije (VI dio). Ovaj prikaz će, nakon su-

marne reprodukcije opšteg uvoda Mišljenja Venecijanske komisije u koncept pravne sigurnosti i nezavisnosti pravosuđa (2. dio), predstaviti generalne nalaze Venecijanske komisije o situaciji u pravosuđu BiH, te prateći redoslijed izlaganja preporuka iz zaključnog dijela Mišljenja, nastaviti s elaboracijom pojedinih identifikovanih problematičnih pitanja (3. dio), te završiti s iznošenjem zaključka (4. dio).

2. Pravna sigurnost i nezavisnost pravosuđa — opšte naznake

2.1. Pravna sigurnost

U uvodnom opisu osnovnih funkcija pravne sigurnosti, Venecijanska komisija ističe da ovaj princip pomaže osiguranju mira i reda u određenom društvu; doprinosi zakonskoj efikasnosti, s obzirom na to da pojedincima omogućava njihovo upoznavanje sa zakonom u mjeri dovoljnoj kako bi ga mogli poštovati; pruža pojedincu sredstvo kojim može mjeriti da li je u vršenju državne vlasti posrijedi proizvoljnost; pomaže pojedincu da organizuje svoj život tako što mu omogućava pravljenje dugoročnih planova i formulisanje legitimnih očekivanja⁴.

Venecijanska komisija se, prije svega, poziva na svoj nedavno usvojen Izvještaj o vladavini prava⁵ u kojem je potcrtan značaj uloge principa pravne sigurnosti u očuvanju povjerenja u pravosudni sistem i vladavinu prava, što je bitno za poslovne poduhvate i ekonomski

* Autorica je magistrica pravnih nauka i angažirana je kao pravna savjetnica za više organizacija.

¹ Mišljenje broj 648/2011, dokument CDL-AD(2012)014, dostupno je na [http://www.venice.coe.int/docs/2012/CDL-AD\(2012\)014-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2012/CDL-AD(2012)014-e.asp).

² Tačka 1 Mišljenja.

³ Tačka 4 Mišljenja.

⁴ Tačka 24 Mišljenja.

⁵ Report on the Rule of Law, studija br. 512/2009, [http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDL-AD\(2011\)003rev-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2011/CDL-AD(2011)003rev-e.pdf), tačka 44.

razvoj jedne države⁶. Ističe se da bi ovaj princip trebao biti promovisan od strane sve tri grane vlasti — tako zakonodavna vlast treba osigurati kvalitet propisa koje usvaja, izvršna vlast treba da poštuje pravnu sigurnost prilikom primjene ovih propisa, dok sudska vlast mora da bude vođena ovim principom prilikom primjene propisa na konkretne slučajeve i prilikom tumačenja pojedinih pravnih odredbi⁷.

Nadalje je pružen kratki osvrt na sudsku praksu Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP) koja se odnosi na princip pravne sigurnosti⁸. Tako se ukazuje na nalaz ovog suda da je pravna sigurnost “jedan od temeljnih aspekata vladavine prava”⁹, i da su neki od zahtjeva koje ovaj princip postavlja — “da sve pravo/ treba/ biti dovoljno precizno da omogući osobi /.../ da predvidi, do razumnog stepena u određenim okolnostima, posljedice koje određena radnja može prouzrokovati”¹⁰; “da tamo gdje su sudovi konačno utvrdili određeno pitanje, njihova odluka više ne treba biti dovedena u pitanje”¹¹; “da predmeti /.../ budu razmotreni u razumnom roku i da ranije odluke ne budu kontinuirano osporavane”¹², kao i “da /sudovi/ ne treba da odstupaju, bez valjanog razloga, od presedana uspostavljenih u ranijim predmetima”¹³.

Najzad, Venecijanska komisija sugerije da pravna sigurnost obuhvata sljedeće elemente, odnosno zahtjeve¹⁴:

— *Javnost* — pravni instrumenti i sudske odluke moraju biti dostupni javnosti, bez nepotrebnih prepreka, pri čemu treba uzeti u obzir sposobnosti običnog čovjeka.

— *Preciznost* — pravni instrumenti i sudske odluke trebaju da budu jasni i precizni u pogledu pravnog osnova i sadržaja. Nadalje, pojedinac mora biti u stanju da odredi koji je sud nadležan da postupa u njegovom slučaju¹⁵.

⁶ Tačka 25 Mišljenja.

⁷ Tačka 25 Mišljenja.

⁸ Tačka 26 Mišljenja.

⁹ Evropski sud za ljudska prava, predmet *Zasurtsev protiv Rusije*, br. 67051/01, 27. april 2006, tačka 48.

¹⁰ Evropski sud za ljudska prava, predmet *Ječius protiv Litvanije*, br. 34578/97, 31. juli 2000, tačka 56, Evropski sud za ljudska prava, slučaj *Baranowski protiv Poljske*, br. 28358/95, 28. mart 2000, tačka 50-52.

¹¹ Evropski sud za ljudska prava, predmet *Brumărescu protiv Rumunije*, br. 28342/95, 28. oktobar 1999, tačka 61, Evropski sud za ljudska prava, predmet *Zasurtsev protiv Rusije*, br. 67051/01, 27. april 2006, tačka 48.

¹² Evropski sud za ljudska prava, predmet *Varnava i drugi protiv Turske*, br. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 i 16073/90, 18. septembar 2009, tačka 156.

¹³ Evropski sud za ljudska prava, predmet *Demir i Baykara protiv Turske*, br. 34503/97, 12. novembar 2010, tačka 153.

¹⁴ Tačka 27 Mišljenja.

¹⁵ Tačka 27 Mišljenja.

— *Dosljednost* — pravni instrumenti ne smiju biti kontradiktorni jedni drugima, niti se smiju uzajamno isključivati. U sličnim predmetima mora se postupati na sličan način kako unutar jednog pravosudnog tijela, tako i među različitim sudovima (bilo na horizontalnom ili vertikalnom nivou).

— *Stabilnost* — pravni instrumenti ne smiju biti toliko često mijenjani da običnom čovjeku bude nemoguće primijeniti načelo *ignorantia juris non excusat*. Sudovi ne treba da odstupaju od ranije utvrđenog tumačenja pravnog instrumenta, osim ako imaju dobar razlog za to.

— *Zabrana retroaktivnosti* — pravni instrumenti se ne smiju primjenjivati retroaktivno, uz dopušteno odstupanje samo u izuzetnim okolnostima (npr. krivičnim predmetima, kada novi zakon predviđa blažu kaznu od starog, kao što predviđa član 7 Evropske konvencije o ljudskim pravima (u daljem tekstu: EKLJP)).

— *Konačnost i obavezujuća snaga odluka* — sudske odluke moraju se smatrati obavezujućim, a nakon što ih usvoji najviša instanca, i konačnim, te trebaju biti provođene od strane organa javne vlasti¹⁶.

2.2. Nezavisnost pravosuđa

Kada je riječ o nezavisnosti pravosuđa, Venecijanska komisija prije svega pojašnjava da je ovaj princip, koji je na evropskom nivou zagaranovan članom 6 EKLJP i članom 47 Poveljom o osnovnim pravima Evropske unije, povezan s demokratskim režimom i poštovanjem principa podjele vlasti. Dalje ističe da je to osnovna garancija vladavine prava, demokratije i poštivanja ljudskih prava¹⁷. Dalje ukratko izlaže sadržaj Principa nezavisnosti pravosuđa UN iz 1985¹⁸, kao i relevantne principe sudske prakse ESLJP-a koji se tiču nezavisnosti pravosuđa¹⁹. U Mišljenju se nadalje analiziraju dva osnovna oblika nezavisnosti pravosuđa: institucionalni i individualni²⁰.

2.2.1. Institucionalna nezavisnost pravosuđa

Institucionalna nezavisnost se tiče pitanja sposobnosti pravosuđa da djeluje bez pritiska od ostalih grana vlasti — izvršne i zakonodavne²¹. Ona se može ocijeniti posredstvom četiri kriterija²²:

¹⁶ Tačka 28 Mišljenja.

¹⁷ Tačka 74 Mišljenja.

¹⁸ Tačka 76 Mišljenja.

¹⁹ Tačka 77 Mišljenja.

²⁰ Tačka 75 Mišljenja.

²¹ Tačka 75 i 78 Mišljenja.

²² Tačka 79 Mišljenja. U tom smislu se referira na: OHCHR, *Human Rights in the Administration of Justice: Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers*, Professional Training Series No. 9, New York/Geneva 2003, s. 120-122.

— *Nezavisnost u administrativnim pitanjima* — pravosuđu bi trebalo biti dopušteno da vodi svoju upravu i donosi odluke bez vanjskih uticaja, uključujući i odluke koje se odnose na raspodjelu predmeta.

— *Nezavisnost u finansijskim pitanjima* — pravosuđe mora dobiti dovoljno sredstava za pravilno obavljanje funkcija i mora imati ulogu u odlučivanju kako se ta sredstva raspoređuju.

— *Nezavisno ovlaštenje za donošenje odluka* — pravosuđe mora biti slobodno da donosi odluke u predmetima bez vanjskog uplitanja, njegove odluke se moraju poštovati (tj. provoditi) i ne bi trebale biti otvorene za reviziju od nesudske vlasti.

— *Nezavisnost u određivanju nadležnosti* — isključivo je pravosuđe to koje treba odrediti da li je nadležno u određenom slučaju²³.

2.2.2. Individualna nezavisnost pravosuđa

Individualna nezavisnost se tiče nezavisnosti sudija pojedinaca prilikom obavljanja njihovih profesionalnih dužnosti — oni ne smiju biti podložni političkom uticaju i pravosuđe mora uvijek biti nepristrasno²⁴. Četiri od mnogobrojnih aspekata individualne nezavisnosti Venecijanska komisija ocjenjuje naročito bitnim u kontekstu BiH²⁵:

— *Imenovanje i unaprijedjenje sudija* — sve odluke koje se tiču profesionalne karijere sudija moraju počivati na objektivnim kriterijumima, bez ikakvog preubjeđenja i diskriminacije. Izbor sudija i njihovo promovisanje moraju se zasnivati na zaslugama, poput stručne kvalifikacije i ličnog integriteta.

— *Sigurnost mandata i finansijska sigurnost* — mandat sudije mora biti adekvatno osiguran zakonom, a u idealnom slučaju, treba da završi penzionisanjem sudije. Adekvatna naknada i pristojni uslovi rada takođe moraju biti garantovani. Do izmjena garancija može da dođe samo u izuzetnim situacijama.

— *Nezavisno odlučivanje* — sudija kao pojedinac mora biti slobodan da donosi odluke u predmetima bez ikakvog spoljnog uticaja.

— *Prava sudija* — Iako sudija uživa niz ljudskih prava, kao i ostali pojedinci, neka od tih prava (sloboda udruživanja, sloboda izražavanja, itd.) imaju poseban značaj zbog pomoći u obezbjeđivanju njihove vlastite nezavisnosti. S druge strane, određena osnovna prava su sudijama donekle ograničena, kao na primjer, sloboda izražavanja²⁶.

²³ Tačka 79 Mišljenja.

²⁴ Tačka 80 Mišljenja.

²⁵ Tačka 81 Mišljenja.

²⁶ Tačka 81 Mišljenja.

3. Pravna sigurnost i nezavisnost pravosuđa u BiH — nalazi i preporuke

Pravna sigurnost i nezavisnost pravosuđa jesu dva osnovna principa koncepta vladavine prava, koja su sadržana kako u međunarodnim dokumentima čijom primjenom je BiH obavezana²⁷, tako i Ustavu Bosne i Hercegovine²⁸.

Venecijanska komisija je utvrdila da je generalna situacija u pravosuđu BiH zabrinjavajuća s aspekta kako pravne sigurnosti, tako i nezavisnosti pravosuđa. Ovo je uzrokovano, između ostalog, postojanjem više pravnih sistema, fragmentacijom pravosuđa, nedovoljnom saradnjom između pravosudnih institucija, činjenicom da Tužilaštvo i Sud BiH nisu izričito obuhvaćeni ustavnim odredbama, sastavom Visokog sudskog i tužilačkog vijeća (u daljem tekstu: VSTV) i finansijskom situacijom u kojoj se pravosuđe nalazi²⁹.

Uprkos tome što je delegacija Venecijanske komisije izrazila zadovoljstvo činjenicom postojanja neformalne saradnje koja je postepeno izgrađena među pravnicima i sudskim tijelima, čini im se da, u cilju implementacije navedenih principa, “više mora biti učinjeno kako kratkoročno, tako i dugoročno, kako bi se pružila stabilnija i sigurnija osnova za cjelokupan sistem”³⁰. Iako je i dalje ubijedena da dalji strukturalni napredak može biti postignut samo kroz ustavne reforme, cilj bi, u međuvremenu, trebao biti jačanje efikasnosti institucija na svim nivoima u BiH i jačanje pravosudnih institucija na čitavom teritoriju BiH, uključujući institucije na državnom nivou³¹.

Venecijanska komisija je identifikovala niz koraka čija bi implementacija unaprijedila pravnu sigurnost i nezavisnost pravosuđa u BiH;

— Na prvom mjestu je *reforma pravosuđa u cilju unifikacije sistema u najvećoj mogućoj mjeri i redukcije decentralizacije* (posebno u okviru Federacije BiH)³². Fragmentacija sudskog i tužilačkog sistema je identifikovana kao uzrok poteškoćama koje se od-

²⁷ To su, na prvom mjestu, Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava (članovi 5-7) i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (članovi 14 i 15).

²⁸ Član I/2 predviđa da je Bosna i Hercegovina “demokratska država koja funkcioniše u skladu sa zakonom i na osnovu slobodnih i demokratskih izbora”, dok prema članu II/6, svi organi BiH i Entiteta, uključujući sudove, državna tijela i ostale agencije “podvrgnuti su, odnosno primjenjuju ljudska prava i osnovne slobode (...)”. Istovremeno, principi sadržani u međunarodnim instrumentima nalaze primjenu u domaćem pravnom sistemu kroz član II/2 Ustava BiH. Tačka 6, 7 i 9 Mišljenja.

²⁹ Tačka 99 i 100 Mišljenja. ³⁰ Tačka 10 Mišljenja.

³¹ Tačka 47 i 101 Mišljenja. ³² Tačka 102.a Mišljenja.

nose na pravnu sigurnost. S obzirom na to da ne postoji institucionalizovan odnos između sudskih i tužilačkih sistema četiri jedinice (BiH, entiteti, Brčko Distrikt, 10 kantona), kao ni formalni mehanizmi harmonizacije sudske prakse, sudije i tužioci iz različitih jedinica mogu na različit način tumačiti slične ili čak iste odredbe njihovog pravnog sistema. Na taj način i građani mogu u različitim dijelovima države za slične slučajeve dobiti različite presude. Iako postoji određeni vid neformalne saradnje i razmjene informacija među nekim pravosudnim tijelima, radi se o *ad hoc* mehanizmima koji su osjetljivi na izmjene ličnih kontakata³³. Zbog toga se predlaže kombinovanje postojećih neformalnih i formalnih pristupa od dna ka vrhu sa formalnim strategijama od vrha ka dnu, koje bi pored naredne dvije izložene preporuke, mogle podrazumijevati neke strukturalne izmjene sudskih i tužilačkih sistema u BiH³⁴.

— Dugoročno gledajući, identifikovana je jasna potreba *kreiranja Vrhovnog suda na nivou BiH*, kroz šire ustavne reforme, koje bi bile popraćene i povećanjem zakonodavnih ovlaštenja na državnom nivou, kako bi ovaj sud mogao efikasno ispunjavati svoju generalnu ulogu harmonizacije sudske prakse unutar BiH³⁵. Uočeno je, naime, da BiH, iako čini jednu državu, nedostaje takva pravosudna institucija koja bi garantovala jedinstvo pravnog sistema i uniformnost, ili u najmanju ruku harmonizaciju sudskih i tužilačkih sistema³⁶. To se smatra bitnim kako iz perspektive sudskih tijela, koja bi dobila korisne upute kako postupati prilikom primjene i tumačenja pojedinih odredbi, tako i iz perspektive građana BiH, kojima bi se na ovaj način obezbijedila pravna sigurnost, predvidivost i jedinstvenost tumačenja i primjene prava u državi³⁷. Ističe se da se od vrhovnih sudova očekuje bitna uloga u osiguranju pravne sigurnosti, te u kontekstu BiH osiguranje konzistentnosti sudske prakse, kao i stabilnosti i konačnosti sudskih presuda. Ovakvu funkciju trenutno nijedna od dvije postojeće državne sudske institucije ne mogu ispuniti, zbog ograničenja njihove nadležnosti³⁸.

— U međuvremenu, dok se ne osnuje Vrhovni sud, *uspostavljanje zajedničkog tijela*, koje bi sačinjavali predstavnici entitetskih vrhovnih sudova, Apelacionog suda Brčko Distrikta, Suda BiH, te po njegovom uspostavljanju, Apelacionog suda BiH, bi moglo osigurati harmonizaciju sudske prakse³⁹. Ovakvo tijelo bi se naslanjalo na već postojeću tradiciju sastanaka između različitih sudova, s tim što bi u tu

saradnju unijela veći stepen institucionalizacije, dobio bi trajnu prirodu i, vjerovatno, drugačiji sastav⁴⁰. Pored toga, s pravne tačke gledišta, ono bi moglo crpiti svoj legitimitet iz već postojećih sudova, čime bi njegovo osnivanje bilo manje problematično⁴¹. Prema Mišljenju Venecijanske komisije, međutim, kratkoročan korak uspostavljanja ovakvog tijela ne bi trebao biti posmatran kao prepreka dugoročnom cilju osnivanja Vrhovnog suda BiH, i ne bi trebao biti poduziman izolovano, nego kao dio značajnije pravosudne reforme potrebne u BiH⁴².

— *Uspostavljanje posebnog Apelacionog suda*, kao drugostepenog suda za preispitivanje odluka usvojenih od strane Suda BiH, posredstvom transformacije postojećeg Apelacionog vijeća i koristeći postojeće finansijske resurse Suda BiH⁴³. Poseban apelacioni sud bi bio posmatran kao više nezavisan od postojanja odjela unutar suda, i stvorio bi veći stepen povjerenja u pravičnost njegovih presuda i uopšteno u pravosudni sistem⁴⁴. U tom smjeru u Mišljenju se ohrabruje već započeti proces pripreme nacrtu zakona od strane Ministarstva pravde BiH. Istovremeno, ukazano je na potrebu promišljanja o uvođenju jedinstvenog Zakona o sudovima BiH, umjesto dva odvojena zakona koja bi se odnosila pojedinačno na Sud BiH i na Apelacioni sud⁴⁵.

— Identifikovano je korisnim *razjašnjenje člana 7, stav 2 Zakona o Sudu BiH*, odnosno razjašnjenje opsega nadležnosti Suda BiH, koji je predmet rasprave između državnih tijela i tijela teritorijalnih jedinica u BiH⁴⁶. Broj predmeta u kojima Sud BiH primjenjuje ovaj član opada u posljednim godinama, i VSTV je, zajedno s timom eksperata pokrenuo analizu onih predmeta u kojima se ova odredba primjenjuje⁴⁷.

— *Harmonizacija zakonodavstva i upotreba "model zakona"* (ili nešto tome slično). Venecijanska komisija je u svom mišljenju konstatovala da pravni i pravosudni sistem BiH jeste trenutno najkompleksniji i najdecentralizovaniji federalni sistem među evropskim državama⁴⁸. S obzirom na to da je teže održati pravnu sigurnost u federalnoj državi iz razloga postojanja više zakona o istoj tematici, više sudova koji mogu tvrditi da imaju nadležnost, mnoge federalne države su se odlučile za opciju harmoniziranja bitnih zakona, poput onih procesne prirode⁴⁹. Činjenica da se pravni sistemi unutar BiH razlikuju u mnogo ob-

³³ Tačka 57 Mišljenja.

³⁴ Tačka 58 Mišljenja.

³⁵ Tačka 102.b Mišljenja.

³⁶ Tačka 64 Mišljenja.

³⁷ Tačka 64 Mišljenja.

³⁸ Tačka 65 Mišljenja.

³⁹ Tačka 66 i 102.c Mišljenja.

⁴⁰ Tačka 67 Mišljenja.

⁴¹ Tačka 67 Mišljenja.

⁴² Tačka 68 Mišljenja.

⁴³ Tačka 63 i 102.d Mišljenja.

⁴⁴ Tačka 62 Mišljenja.

⁴⁵ Tačka 102.d Mišljenja.

⁴⁶ Tačka 55, 56 i 102.e Mišljenja.

⁴⁷ Tačka 56 i 102.e Mišljenja. ⁴⁸ Tačka 29 Mišljenja.

⁴⁹ Tačka 30 i 31 Mišljenja.

lasti materijalnog i procesnog prava, i da zbog različitog tretmana slične tematike u različitim dijelovima državnopravnog sistema BiH nedostaje konzistentnost, u BiH se percipira kao problem koji može uzrokovati konfuziju i praktične poteškoće za građane BiH⁵⁰. Nekoliko dosada poduzetih inicijativa, strategija s viših nivoa, u cilju unifikacije ili harmonizacije zakonodavstva na teritoriji BiH nisu se pokazale naročito uspješnim, što je uzrokovano ne samo političkim okolnostima, nego i njihovoj ad hoc prirodi i s tim povezanim odsustvom bilo kakvog centralnog tijela koje bi nadgledalo njihovu implementaciju⁵¹. Istovremeno, njihova kompenzacija pristupom neformalne saradnje između različitih tijela uveliko ovisi o ličnim kontaktima, zbog čega je podložna izmjenama tih kontakata, nema formalnu institucionalnu osnovu i dovodi do različitih rezultata u različitim oblastima pravne regulacije⁵². Po mišljenju Venecijanske komisije, pored VSTV-a, Ministarstvo pravde BiH bi trebalo preuzeti aktivniju i bitniju ulogu stimulišući neformalnu saradnju, organizujući projekte kojima će se pospešivati razmjena ideja i iskustava među pravosudnim tijelima i iniciranje usvajanja, na državnom ili nivou entiteta i Brčko Distrikta, odgovarajućeg instrumenta koji bi postojećoj saradnji pružio pravni osnov⁵³. Saradnji unutar pravosuđa je potrebna takođe stimulacija putem političke podrške i adekvatnih ljudskih i finansijskih resursa za implementaciju Strategije reforme pravosuđa⁵⁴. Utvrđena je potreba rješavanja pitanja pretjerane decentralizacije pravnih sistema i osiguranje što veće moguće konzistentnosti i preciznosti sadržaja zakonodavstva u BiH, što je naročito bitno u kontekstu primjene *acquis communautaire*-a. Institucije BiH i entiteta trebaju kombinovati i formalizovati postojeće pristupe od dna ka vrhu sa više centralizovanim strategijama od vrha ka dnu⁵⁵. Prvi korak u tom smjeru bi mogao biti baziran na pripremi “model zakona” na državnom nivou o politički neosjetljivim pitanjima⁵⁶.

— *Harmonizacija pravosudnih i tužilačkih sistema među entitetima, kao i u okviru Federacije BiH*. Ovo je identifikovano kao prvi korak za razmatranje, uzimajući u obzir činjenicu da ujedinjenje pravosudnih sistema, koliko god bilo poželjno, jeste teško provodivo bez reforme cjelokupne teritorijalne strukture BiH i reforme Ustava⁵⁷. U tom kontekstu, predložena je mogućnost ocjene specijaliziranih tijela, poput privrednih sudova u Republici Srpskoj, za koja bi, u slučaju ocjene njihove korisnosti, trebalo biti raz-

motreno njihovo uvođenje u Federaciji, ili u Brčko Distriktu. Isti takav postupak ocjene je predložen za instituciju Specijalnog tužiteljstva Republike Srpske, što bi moglo dovesti do istovjetnog uvođenja ove institucije u drugom entitetu i na državnom nivou, ili u njenom ukidanju i u Republici Srpskoj⁵⁸. U cilju racionalizacije i uvećanja efikasnosti pravosudnog sistema Federacije BiH, sugerisano je razmatranje opcije uvođenja jedinstvenog zakona o tužilaštvima, te smanjenje, u dogledno vrijeme, broja kantonalnih sudova i pružanje više finansijskih sredstava onim kantonalnim sudovima koji ih trebaju iz razloga njihovog većeg opterećenja predmetima⁵⁹.

— *Centralizacija (koliko je to moguće) finansiranja pravosuđa*. Ukazano je na problem postojećeg decentralizovanog sistema finansiranja, koje ugrožava nezavisnost pravosuđa u pitanjima finansiranja i odlučivanja o finansiranju koje bi bilo dovoljno za adekvatno obavljanje njegovih funkcija, kao jednog od osnovnih elemenata njegove (institucionalne i individualne) nezavisnosti⁶⁰. Istaknuto je da ne postoje uniformna pravila o finansiranju, što dovodi do alokacije različitih budžeta različitim sudovima i tužilaštvima i izlaže pravosuđe opasnosti od pritisaka institucija koje odlučuju o budžetima⁶¹. Ukazano je na izostanak implementacije inicijative VSTV-a ka centralizovanju finansiranja pravosuđa i njegovom prenosu na državni nivo, uprkos činjenici što ono može biti smatrano jednim od najbitnijih koraka koji se trebaju poduzeti⁶². Shodno tome, vodeći računa o trenutnoj nemogućnosti regulisanja ovog pitanja na državnom nivou, ističe se potrebnim razmatranje koncentracije finansiranja pravosuđa, dakle sudova i tužilaštava, na nivo Federacije BiH. Kratkoročno gledajući, Federacija bi barem trebala razmotriti finansiranje plata sudija i tužioca na ovom nivou, uz ostavljanje za početak finansiranja troškova rada pravosuđa u nadležnost kantona⁶³.

— *Rješavanje pitanja zaostalih predmeta*, putem mjera predloženih od strane VSTV-a, u smislu zakonodavnih izmjena, profesionalne edukacije pravosuđa i slično. Uočeno je, naime, da u mnogim sudovima u BiH postoji ozbiljan problem zaostatka predmeta, koji u nekim sudovima ugrožava princip “prirodnog sudije” i pravo na pristup sudu uspostavljenom zakonom⁶⁴.

— *Osiguranje javnog pristupa zakonodavstvu i sudskoj praksi*⁶⁵. Kada je riječ o sudskoj praksi, centralna

⁵⁰ Tačka 33-37 Mišljenja.

⁵¹ Tačka 38-39 Mišljenja. ⁵² Tačka 39 Mišljenja.

⁵³ Tačka 43 Mišljenja. ⁵⁴ Tačka 41 Mišljenja.

⁵⁵ Tačka 45, 46 i 102.f Mišljenja.

⁵⁶ Tačka 48 i 102.f Mišljenja.

⁵⁷ Tačka 59 Mišljenja.

⁵⁸ Tačka 59 i 102.g Mišljenja.

⁵⁹ Tačka 60, 69 i 102.h Mišljenja.

⁶⁰ Tačka 95 Mišljenja. ⁶¹ Tačka 97 Mišljenja.

⁶² Tačka 98 Mišljenja. ⁶³ Tačka 102 i Mišljenja.

⁶⁴ Tačka 69, 70, 98 i 102.j Mišljenja.

baza podataka, koja sadrži oko 8500 predmeta, je trenutno dostupna samo tužiteljima, sudijama i stručnim saradnicima, ali ne i ostalim pravnicima, studentima i opštoj javnosti, što je ocijenjeno posebno zabrinjavajućim u državi sa toliko izraženim stepenom decentralizacije pravosuđa⁶⁶. Potrebno je stoga podržati inicijativu VSTV-a za pokretanje jedinstvene baze sudske prakse, koja bi što je prije moguće bila dostupna javnosti⁶⁷.

— *Pitanja vezana za VSTV*. Venecijanska komisija preporučuje da za VSTV, koje je ustanovljeno 2004. na osnovu Sporazuma o prenosu nadležnosti između entiteta, odnosno nakon toga usvojenog Zakona o VSTV-u BiH, pravovremeno bude stvorena eksplicitna ustavna osnova⁶⁸, što dugoročno preporučuje i za Sud i Tužilaštvo BiH⁶⁹. Kada je riječ o njegovoj strukturi, razumnim rješenjem se ocjenjuje nacrtom amandmana na Zakon o VSTV-u predloženo osnivanje dva podvijeća/odjela u okviru VSTV-a — jedan za sudije i jedan za tužitelje, na koji način je profesije sudija i tužitelja moguće učiniti manje ovisnim jednu od druge, uz zadržavanje zajedničke podloge⁷⁰. Venecijanska komisija dalje ukazuje na činjenicu da nadležnosti VSTV-a u nacrtu amandmana nisu ni na koji način revidirane. U vezi s tim se ističe da bi VSTV trebalo dobiti pravo da prezentuje svoje stavove političkim tijelima pri njihovom donošenju relevantnih odluka o finansiranju pravosuđa ili za provođenje generalne reforme pravosuđa u BiH⁷¹. U pogledu njegovog sastava, potrebno je utvrditi ravnotežu kako bi se osiguralo da sudije i tužioci ne mogu preglasati jedni druge u postupcima imenovanja i u disciplinskim postupcima⁷². Identifikovana je problematičnom činjenica da ista institucija u isto vrijeme određuje kriterije za postavljanje sudija i tužioca, a onda sama provodi taj postupak, i da je posebno problematična situacija u kojoj većina članova VSTV-a koja bira sudije jesu tužioci i advokati, dakle stranke u postupcima koji se vode pred sudovima⁷³. I kada je riječ o postupku izbora samih članova VSTV-a, prepoznata

je podložnost načina izbora interinstitucionalnim i interpersonalnim rivalitetima u pravosuđu⁷⁴. Za postupak imenovanja sudija i tužitelja, Venecijanska komisija ističe potrebu uvođenja obaveznih pismenih ispita i skup konkursa na državnom nivou, umjesto objavljivanja svakog konkursa posebno. Na taj način bi se obezbijedio visok kvalitet kandidata i unaprijedila mobilnost pravosuđa unutar države⁷⁵. S obzirom na sugestije da ponekad kriterij etničke pripadnost prevladava nad profesionalnom kompetencijom kandidata, ukazuje se i na potrebu ponovnog sagledavanja obaveznog etničkog sastava koji se primjenjuje u trenutnom modelu VSTV-a⁷⁶. Osim navedenog, mogućnost za osobe u BiH da prelaze iz političkih funkcija na pozicije u pravosuđu mogla bi dovesti do problema, te je treba izbjegavati⁷⁷.

4. Zaključak

Venecijanska Komisija se na kraju ovog Mišljenja stavila na raspolaganje Evropskoj komisiji i institucijama u BiH za dalju podršku koju bi eventualno trebali⁷⁸. Primarni zadatak Venecijanske komisije, koja ima status savjetodavnog tijela Vijeća Evrope o ustavnim pitanjima, jeste pomoć i savjetovanje pojedinih država o tim pitanjima s ciljem poboljšanja funkcionisanja demokratskih institucija, poštivanja vladavine prava i zaštite ljudskih prava. Značaj nalaza i zaključaka iz ovog Mišljenja je već vidljiv iz preporuka koje je Evropska komisija formulisala povodom Trećeg sastanka Strukturiranog dijaloga s BiH, održanog u julu 2012. u Mostaru, koje se značajnim dijelom naslanjaju i referiraju na ovo Mišljenje. Pored toga, Evropska komisija u zaključnim razmatranjima o onome što treba uslijediti nakon tog sastanka hvali rad Venecijanske komisije koji je doveo do usvajanja ovog Mišljenja i “očekuje od svih nadležnih organa da razmotre detaljnu stručnu ocjenu pruženu o nekoliko ključnih područja diljem Mišljenja”⁷⁹. Preporuke u ovom prikazu predstavljenog Mišljenja o pravnoj sigurnosti i nezavisnosti pravosuđa u Bosni i Hercegovini će stoga igrati bitnu ulogu u daljem procesu reforme pravosuđa koji očekuje Bosnu i Hercegovinu.

⁶⁵ Tačka 102.k Mišljenja.

⁶⁶ Tačka 71 Mišljenja.

⁶⁷ Tačka 73 Mišljenja.

⁶⁸ Tačka 84 Mišljenja.

⁶⁹ Tačka 32 Mišljenja.

⁷⁰ Tačka 93 i 102.l Mišljenja. Ističe se da bi se time izbjegao i problem koji bi nastao ukoliko bi se pristupilo osnivanju dva odvojena vijeća, s obzirom na činjenicu da Sporazum o prenosu nadležnosti izričito upućuje na uspostavljanje Visokog sudskog i tužilačkog vijeća (tačka 93).

⁷¹ Tačka 94 Mišljenja.

⁷² Tačka 83 i 92 i 102.l Mišljenja. U vezi s tim standardom se u tački 83 Mišljenja citira i Venecijanska komisija, *Report on European Standards as regards the Independence of the Judicial System Part II: the Prosecution Service*, document: CDL-AD(2010)040, tačka 64-68.

⁷³ Tačka 89 Mišljenja.

⁷⁴ Tačka 88 Mišljenja.

⁷⁵ Tačka 91 Mišljenja.

⁷⁶ Tačka 89 Mišljenja.

⁷⁷ Tačka 79 Mišljenja.

⁷⁸ Tačka 103 Mišljenja.

⁷⁹ Treći sastanak o “Strukturiranom dijalogu o pravosuđu između Evropske unije i Bosne i Hercegovine”, 10. juli 2012, na stranici Delegacije Evropske Unije u Bosni i Hercegovini: <http://europa.ba/News.aspx?newsid=5389&lang=EN>.

Sadržaj:

1. Uvod	63	3. Organizacija, izbor i sastav Ustavnog suda Bosne i Hercegovine	
2. Izbor i organizacija ustavnih sudova u evropskim državama	63	3.1. Sastav i organizacija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine	69
2.1. Sastav i organizacija ustavnih sudova	63	3.2. Uslovi za izbor sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine	70
2.2. Način izbora i imenovanja sudija ustavnih sudova	64	3.3. Način izbora sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine	70
2.3. Uslovi za izbor sudija ustavnih sudova	66	3.4. Dosadašnji izbor sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine	71
2.4. Inkompatibilnost funkcije sudije ustavnog suda sa drugim funkcijama	68	4. Zaključak	72

1. Uvod

Bosna i Hercegovina, kao i ostale države u regionu, pripada onoj skupini zemalja koje zaštitu ustava i ustavnosti povjeravaju zasebnim ustavnopravnim institucijama — ustavnim sudovima. Ustavni sud Bosne i Hercegovine, kao posljednja instanca u tumačenju Ustava Bosne i Hercegovine, ima konačnu riječ u rješavanju ustavnopravnih sporova. Ova funkcija ustavnog suda zahtijeva ne samo poseban demokratski legitimitet, već i autoritet sudija koji tu funkciju vrše, što se u uporednom pravu obezbjeđuje drugačijim sastavom suda i posebnim načinom (postupkom) izbora sudija, te propisivanjem posebnih uslova za njihov izbor. Time se obezbjeđuje izbor neovisnih i kompetentnih sudija koji odgovorno mogu interpretirati i primjenjivati ustavno pravo.

Nažalost, naš ustavotvorac nije posvetio veliku pažnju ovom pitanju. Uslovi za izbor, kao i sama procedura izbora, su dosta šturo regulisani, što je u praksi rezultiralo izborom politički podobnih kandidata čija je stručnost upitna, što se često reflektuje i na sam rad suda. Postojeći model izbora sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine neophodno je poboljšati ili čak u potpunosti izmijeniti, rukovodeći se pritom rješenjima iz uporednog prava.

U ovom radu će se dati komparativna analiza načina izbora sudija ustavnih sudova u nizu evropskih država sa posebnim naglaskom na tijela koja biraju ili imenuju sudije ustavnih sudova kao i na uslove koji se propisuju za njihov izbor. Potom će se analizirati i postojeća rješenja u domaćem pravu. Na osnovu uporedne analize

predložit će se izmjene postojećih rješenja kako bi se ojačala samostalnost i nezavisnosti ustavnih sudija i izbor najstručnijih kandidata.

2. Izbor i organizacija ustavnih sudova u evropskim državama

Ustavni sudovi, kao kolegijalni organi, u većini evropskih država u velikoj mjeri se razlikuju u pogledu izbora, organizacije i sastava. Pitanja izbora i organizacije ustavnih sudova, broja sudija, načina njihovog izbora, odnosno imenovanja, zahtijeva u pogledu školske i stručne spreme, trajanja mandata i inkompatibiliteta različito su riješena u pojedinim zemljama. Njihova iskustva potvrđuju da nema savršenog rješenja kada je u pitanju izbor sudija i sastav suda.

2.1. Sastav i organizacija ustavnih sudova

Ustavni sudovi, u savremenim evropskim državama, imaju bitno različit broj članova, koji se kreće u rasponu od tri¹ odnosno četiri člana², pa sve do dvadeset članova, kao što je slučaj u Austriji. Većina ustava opredjeljuje se za neko srednje rješenje, tako da većina ima od sedam do petnaest članova. U pravilu, sudije, između sebe biraju predsjednika. U nekim državama u sastav ustavnog suda ulaze i zamjenici sudija. Neki sudovi se, u organizacionom smislu, sastoje od dva tijela (senata), koja imaju odvojene nadležnosti i sl. Različitosti u pogledu sastava sudova, te broja sudija, naj-

¹ Ustavni sud Malte sastoji se od 3 člana — čl. 95 st. 2 Ustava Malte, tekst ustava dostupan na www.justiceservices.gov.mt/ (očitanje 23.10. 2012).

² Ustavni sud Andore sastoji se od 4 člana — čl. 89 st. 2 Ustava Andore, tekst ustava dostupan na www.andiromania.com/constit_gb.htm (očitanje 23.10. 2012).

*Autorica je docent na Pravnom fakultetu Univerziteta "Džemal Bijedić" u Mostaru.

bolje se mogu uočiti na primjerima organizacije i sastava ustavnih sudova u Njemačkoj, Austriji, Italiji, Belgiji, te nekim drugim zemljama.

Ustavni sud Austrije sastavljen je od predsjednika, potpredsjednika, dvanaest članova i šest zamjenika sudija koji zamjenjuju redovne ukoliko su spriječeni da vrše dužnost³, znači ukupno dvadeset članova suda. Njemački Savezni ustavni sud je nešto malo brojniji. Sastoji se iz dva personalno i organizaciono odvojena senata, od po osam sudija, čije su nadležnosti odvojene i regulirane zakonom. Plenum čine sve sudije Ustavnog suda, koje garantuju jedinstvo pravosuđa i donose odluku kada jedan senat odstupa od pravnog shvatanja drugog senata⁴. Organizacija ovog suda poznaje još jednu specifičnost, tzv. komore suda, koje se sastoje od po trojice sudija iz svakog senata, a služe rastećenju sudija, jer odlučuju o dopustivosti ustavnih tužbi. Talijanski Ustavni sud broji petnaest sudija⁵.

Ustavni sud sa najviše specifičnosti u pogledu sastava je svakako Ustavni sud Belgije. Ovaj sud broji dvanaest članova, s tim da šest sudija mora biti iz holandske jezičke skupine, šest iz francuske jezičke skupine, a jedan mora poznavati i njemački jezik.

U pogledu sastava i organizacije ustavnih sudova, dosta slična rješenja su prihvaćena i u drugim zemljama koje su se opredijelile za ovaj institucionalni vid kontrole ustavnosti. Tako npr. Rumunija i Slovenija imaju po devet članova ustavnog suda, Slovačka deset, Mađarska jedanaest, Bugarska dvanaest, Hrvatska trinaest, Poljska i Češka petnaest sudija.

Iz navedenih činjenica možemo zaključiti da veliki broj sudija u sastavu ustavnih sudova, dozvoljava mogućnost da ustavni sud sudi u užim vijećima, a ne samo u punom sastavu, ali u pravilu odredbe o tome ne sadrže ustavi⁶, već ustavni zakoni.

U uporednoj ustavnoj praksi zapaža se tendencija povećanja broja sudija ustavnih sudova⁷, što je dijelom uslovljeno i povećanjem broja nadležnosti. Također, to povećanje se obrazlaže potrebom obezbjeđivanja kompetencije i efikasnosti u odlučivanju.

Naravno, pitanje sastava ustavnih sudova, odnosno broja sudija nije samo pravno, već i političko pitanje,

³ Art.147 Abs 1B- VG.

⁴ E. Šarčević, *Ustavno uređenje Savezne Republike Njemačke*, Uvod u njemačko državno pravo, Sarajevo 2005, ss. 74-76.

⁵ Čl. 35 Ustava Italije.

⁶ Izuzev Ustava Slovačke koji utvrđuje u kojim pitanjima će se odlučivati u plenumu.

⁷ Recimo umjesto ranijih devet sudija novim Ustavom Republike Srbije taj broj je povećan na petnaest.

pitanje realnih potreba i prilika svake države. Kada su u pitanju zemlje u tranziciji, a u takvoj je i naša, uloga ustavnog sudstva je nezamjenjiva u uspostavljanju istinske vladavine prava, pa adekvatan broj sudija tog suda svakako može doprinijeti ostvarivanju njegove uloge, a time i autoritetu ove institucije.

2.2. Način izbora i imenovanja sudija ustavnih sudova

Specifična funkcija ustavnog suda svakako zahtijeva i poseban demokratski legitimitet, ali i autoritet sudija koji tu funkciju vrše, što se obezbjeđuje, ne samo posebnim načinom (postupkom) izbora, već i drugačijim sastavom suda, različitim od redovnog sudstva. Sa glasnošću o tome koji je način izbora i imenovanja sudija najprihvatljiviji i najprimjereniji karakteru ove funkcije ne postoji. Međutim, svi se slažu u tome da od načina izbora sudija uveliko ovisi i ostvarivanje njegove uloge u pravnom sistemu.

Postoje različite tipologije načina izbora sudija ustavnih sudova. Dvije su najčešće. Jedna ima u prvom planu organe koji biraju ustavne sudije pa se tako razlikuje sistem izbora od strane zakonodavnih tijela od sistema izbora od strane šefa države, i oba od kombiniranih ili mješovitih sistema gdje u izboru sudija učestvuju više organa. Druga tipologija polazi od tijela koje bira i broja osoba koje biraju sudije ustavnih sudova pa se razlikuje monokratski, većinski i supervećinski⁸ modeli izbora.

Pitanje izbora, odnosno imenovanja sudija ustavnog suda u uporednom pravu nije jednoobrazno riješeno. Određivanje načina izbora, odnosno imenovanja spada u *materie constitutionis*. U ustavima prevladavaju rješenja prema kojima su za izbor sudija ustavnih sudova nadležni različiti organi. Sudije ovih sudova, za razliku od sudija redovnih sudova, nisu najčešće karijerne sudije, čak se, u nekim zemljama, ne traži da sudije ustavnih sudova moraju biti pravnici. U izboru sudija ustavnog suda mnogo više nego kod redovnih sudova dominira politički kriterijum⁹.

U najvećem broju zemalja sudije ustavnog suda bira zakonodavno tijelo, parlament (npr. sudije ustavnih sudova u Poljskoj, Mađarskoj, Rusiji, Sloveniji i Hrvatskoj), pri čemu kod bikameralnih parlamenata, u većini slučajeva izbor vrši predstavnički dom (npr.

⁸ O modelima izbora sudija ustavnih sudova više vidjeti, R. Podolnjak, Izbor sudaca Ustavnog suda Republike Hrvatske u komparativnoj perspektivi, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol 57. br. 3, Zagreb 2007, s. 557.

⁹ R. Marković, *Ustavno pravo i političke institucije*, Beograd 2008, s. 664.

Poljska, Slovenija.). Naravno, postoji i obrnuta situacija, gdje je za izbor sudija nadležan gornji dom (npr. u Ruskoj Federaciji¹⁰). U nekim državama u izboru sudija učestvuju oba doma parlamenta. U SR Njemačkoj, šesnaest sudija Saveznog ustavnog suda biraju se u dva odvojena senata od po osam sudija. Svaki dom parlamenta bira po osam sudija na prijedlog ministra pravosuđa, ali ne na isti način. Bundestag ne bira sudije neposredno, već formira posebno dvanaestočlano elektorsko tijelo (*Richterwahlausschuss*) izabrano srazmjerno stranačkom sastavu tog parlamentarnog doma, dok Savezno vijeće (*Bundesrat*) neposredno bira osam sudija Saveznog ustavnog suda¹¹. Ustavni sud Mađarske sastoji se od jedanaest članova koje bira također parlament. Sudije Ustavnog suda predlaže Odbor za predlaganje koji se sastoji od po jednog člana svake političke stranke zastupljene u parlamentu. Za izbor je potrebna dvotrećinska većina glasova¹². Neki autori smatraju da se ovakvim načinom izbora, sastav Ustavnog suda Mađarske i njegov rad s jedne strane, u potpunosti politizuju, a s druge strane i njihov mandat se direktno vezuje za trenutni sastav predstavljenosti partija, koji se može mijenjati veoma često zbog raspuštanja parlamenta¹³. U Poljskoj parlament (Sejm) bira petnaest sudija Ustavnog suda na period od devet godina bez prava reizbora, a predsjednika i potpredsjednika Ustavnog suda imenuje predsjednik Republike između kandidata koje je predložila Opća skupština sudaca Ustavnog suda¹⁴. Sudije Ustavnog suda Slovenije bira Državni zbor¹⁵ na osnovu prijedloga predsjednika Republike¹⁶. U Portugalu, parlament ima glavnu ulogu u izboru sudija Ustavnog suda. Ustavni sud Portugala sastoji se od trinaest članova. Njih deset bira parlament, a nakon toga, deset izabranih sudija po svom izboru kooptiraju još trojicu sudija iz reda sudija redovnih sudova. Predsjednika Ustavnog suda također biraju sami suci¹⁷. Trinaest sudija Ustavnog suda Republike Hr-

vatske također bira predstavničko tijelo, odnosno Sabor, na period od osam godina. Postupak kandidiranja sudaca i predlaganje za izbor provodi Odbor Hrvatskog sabora nadležan za Ustav¹⁸. Postupak izbora je detaljno reguliran Ustavnim zakonom o izmjenama i dopunama Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske koji propisuje okvirna pravila o kandidacijskom postupku¹⁹. Nakon provedene procedure — objavljivanje javnog poziva, razgovora sa kandidatima, Odbor za ustav Hrvatskog Sabora, uz svoj prijedlog, dostavlja listu svih kandidata koji ispunjavaju uslove za izbor. Zastupnici u Saboru glasaju pojedinačno o svakom predloženom kandidatu, a izabranim se smatraju oni kandidati koji dobiju većinu glasova ukupnog broja zastupnika. Dosta slično rješenje predviđa i makedonski ustavotvorac. Sudije Ustavnog suda Makedonije bira Sobraње i to apsolutnom većinom glasova svih poslanika, na mandat od devet godina uz apsolutnu zabranu reizbora²⁰. Ovlašteni predlagачi za izbor sudija su: Predsjednik Republike, koji predlaže dvoje sudija, Republičko sudsko vijeće, koje također predlaže dvoje sudija i Sobraње koje predlaže pet sudija. U Crnoj Gori sudije Ustavnog suda bira parlament i to većinom glasova svih poslanika, a na prijedlog predsjednika Republike Crne Gore²¹.

U nekim državama glavnu ulogu u izboru sudija ustavnog suda imaju organi izvršne vlasti, prvenstveno šef države ali i vlada, a parlament daje samo prijedlog ili saglasnost na izbor sudija (Ustavni sud Austrije, Ustavni sud Španije, Ustavni sud Češke i sl.). Na prijedlog Vlade, predsjednik Republike Austrije imenuje većinu sudija — predsjednika, potpredsjednika, šest članova i tri zamjenika. Preostalih šest članova i tri zamjenika predsjednik Republike imenuje na prijedlog dvaju parlamentarnih domova, s tim da Narodno vijeće predlaže tri člana i dva zamjenika, a Savezno vijeće preostala tri člana i jednog zamjenika²². U Španiji, dvanaest članova Ustavnog suda imenuje kralj na prijedlog više ravnopravnih tijela. Četvoricu sudija predlaže Kongres i to 3/5 većinom, četvoricu Senat (drugi dom) istom većinom, a po dvojicu sudija predlažu Vlada i Opće

¹⁰ S. B. Aleksandrovič, Ustavni sud Ruske Federacije, *Pravni život, Časopis za pravnu teoriju i praksu*, broj 11, Beograd 1997, s. 1018.

¹¹ Čl. 94 Osnovnog zakona SR Njemačke iz 1949. i članovi 1-9 Zakona o Saveznom ustavnom sudu iz 1951.

¹² Čl. 32a Ustava Republike Mađarske iz 2003. O izboru sudija ustavnog suda Mađarske više vidjeti A. Antal, Ustavno sudstvo u Mađarskoj, *Pravni život, Časopis za pravnu teoriju i praksu*, br. 11, Beograd 1997, s. 940.

¹³ V. Kutlešić, *Ustavi bivših socijalističkih država Evrope*, Uporednopravna studija, Beograd 2004, s. 111.

¹⁴ Čl. 194 Ustava Republike Poljske iz 1997.

¹⁵ Državni zbor je prvi i najvažniji, "donji" dom slovenskog parlamenta, a Državni svet je drugi, uglavnom savjetodavni dom.

¹⁶ Vidjeti više I. Kaučič, Volitve in mandat sodnikov ustavnovega sodišča, *Javna uprava*, Letnik 42, br. 2-3, 2006, ss. 413-415.

¹⁷ Čl. 222 Ustava Portugalske Republike iz 2005.

¹⁸ Čl. 125 st. 2 Ustava Republike Hrvatske (*N. novine RH* 113/00).

¹⁹ Čl. 6 Ustavnog zakona o izmjenama i dopunama Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske (*N. novine RH* br. 29/02).

²⁰ Vidjeti čl. 68 i 109 Ustava Republike Makedonije. Tekst Ustava Republike Makedonije preuzet sa <http://www.usud.gov.mk> (očitanje 25.10. 2012).

²¹ Čl. 95 st. 5 i 91 Ustava Republike Crne Gore (*Sl. list Crne Gore* 1/07).

²² Čl. 147 Ustava Republike Austrije-*Bundes Verfassunggesetz*, <http://www.vfgh.gv.at> (očitanje 25.10. 2012).

sudsko vijeće. Predsjednika suda imenuje kralj na prijedlog samih sudaca²³. Ustavni sud Češke Republike sastoji se od petnaest sudija. Njih također imenuje predsjednik uz saglasnost Senata (drugog doma parlamenta)²⁴.

Neke zemlje su se opredijelile za mješoviti sistem određivanja sudija ustavnog suda, odnosno svojevrsnu kombinaciju izbora i imenovanja. Jedna od zemalja sa najkompliciranijom procedurom izbora (što je utjecalo i na konstituisanje prvog saziva ustavnog suda) je Italija. Ustavni sud Italije broji petnaest članova. Pet sudija imenuje predsjednik Republike, pet sudija bira parlament na zajedničkoj sjednici oba doma, i to kvalificiranom 2/3 većinom glasova. Ostalih pet sudija biraju članovi Vrhovnog suda i Vrhovnog upravnog suda. Predsjednika Ustavnog suda biraju same sudije između sebe²⁵. Specifičnost ovog ustavnog suda ogleda se u činjenici da se njegov sastav može mijenjati i to u slučaju suđenja predsjedniku Republike. Naime u tom slučaju predviđeno je da se sastav Ustavnog suda proširi za dodatnih šesnaest članova, koji se biraju žrijebom između građana koje svakih devet godina bira parlament, a ti građani moraju ispunjavati uslove da mogu biti birani u talijanski senat. Ovakav mješoviti sistem izbora sudija ustavnih sudova prihvatile su Rumunija²⁶, Bugarska²⁷ i Srbija.

Sudije Ustavnog suda Srbije se biraju i imenuju na mandat od devet godina. Jednu trećinu sudija bira Narodna skupština Republike, jednu trećinu imenuje predsjednik Republike, a jednu trećinu opća sjednica Vrhovnog kasacionog suda Srbije. Ovaj mješoviti sistem izbora sudija primijenjen je i u samoj proceduri izbora. Kandidate koje bira Narodna skupština predlaže predsjednik, kandidate koje imenuje predsjednik predlaže Narodna skupština, a kandidate koje imenuje opća sjednica Vrhovnog kasacionog suda predlažu Visoki savjet sudstva i Državno vijeće tužilaca²⁸.

U izboru i imenovanjima sudija ustavnog suda vodeću ulogu imaju parlament i šef države, s tim da se ovim subjektima u nekim zemljama pridružuju i najviše sudske instance. Učešće sve tri grane vlasti (zakonodavne, izvršne i sudske) u izboru sudija ustavnog suda je poželjno ukoliko se želi izbjeći pretjerana politizacija

izbora sudija ustavnog suda, te ukoliko se želi uspostaviti svojevrsan sistem ravnoteže (*checks & balances*) između pojedinih grana vlasti.

Druga tipologija sistema izbora sudija ustavnih sudova polazi od broja onih koji biraju sudije i potrebne većine za njihov izbor:

Monokratski model postoji samo u Francuskoj, pri izboru Ustavnog vijeća (Conseil Constitutionnel). Članove imenuju samo tri osobe, i to zasebno — Predsjednik Republike i predsjednici oba doma parlamenta imenuju svaki po tri člana.

Većinski i supervećinski izbor odnosi se na potrebnu većinu zastupnika pri glasanju o izboru sudija ustavnih sudova. Većinski model pretpostavlja da je za izbor sudija potrebna većina zastupnika u parlamentu. Po tome u većinski model bi mogle ući samo Sjedinjene Američke Države gdje predsjednik imenuje sudije uz saglasnost većine senatora. A svi ostali bi bili supervećinski. Drugo shvatanje je da većinski model obuhvata one sisteme izbora ustavnih sudija gdje se za izbor traži većina ukupnog broja zastupnika u parlamentu, a u supervećinski model uvrštavaju se oni sistemi u kojima se za izbor sudija ustavnih sudova traži većina koja je iznad apsolutne većine, preciznije rečeno koja je 3/5, a u pravilu 2/3.

2.3. Uslovi za izbor sudija ustavnih sudova

Nastojeći da osiguraju sastav ustavnog suda, koji će biti uslovnogovog dobrog funkcionisanja, ustavotvorci savremenih evropskih zemalja, po pravilu utvrđuju posebne uslove za izbor i imenovanje sudija ustavnog suda. Tako se u uporednom pravu od sudija ustavnog suda traži ispunjenost, ne samo općih uslova (uslova za rad, odnosno uslova za izbor na javnu funkciju), već i određenih posebnih uslova, koji treba da obezbijede kompetentno, profesionalno i stručno vršenje ustavnosudske funkcije. Većina ustava predviđa različite uslove za izbor u zvanje sudije te različito reguliše trajanje njihovog mandata.

U SR Njemačkoj propisani su sljedeći uslovi za izbor sudija Saveznog Ustavnog suda: Kandidati moraju biti stariji od 40 godina, moraju posjedovati sve sposobnosti za izbor u sudsku službu prema pravilima Zakona o sudijama (*Deutsches Richtergesetz*), odnosno položena oba državna ispita. Smiju biti zaposleni samo na Sudu i to im je jedino zanimanje. Izuzetak su samo univerzitetski profesori koji smiju dodatno obavljati univerzitetsku djelatnost. Mandat im traje dvanaest

²³ Čl. 159 i 160 Ustava Španije iz 1978.

²⁴ Čl. 84 Ustava Češke Republike iz 1992.

²⁵ Čl. 135 Ustava Italije iz 1947, sa izmjenama u vezi sa sastavom suda iz 1967.

²⁶ Sudije Ustavnog suda Rumunije bira predsjednik Republike i svaki od domova Parlamenta.

²⁷ Sudije Ustavnog suda Bugarske bira predsjednik Republike, parlament i dva vrhovna suda, redovni i administrativni.

²⁸ O proceduri izbora vidjeti čl. 172 st. 2 i 4 Ustava Srbije (*Sl. gl. RS 98/06*).

²⁹ Čl. 3 i 15 Zakona o Saveznom Ustavnom sudu SR Njemačke.

godina, s tim da prestaje dostizanjem starosne granice od 68 godina. Ponovni izbor je zbog osiguranja nezavisnosti isključen²⁹.

Uslovi za izbor sudija u austrijski Ustavni sud su nešto drugačiji. Kandidati za sve položaje u Ustavnom sudu moraju imati završen pravni fakultet ili neki drugi fakultet društvenih nauka i najmanje deset godina prakse. Sudije se biraju doživotno, odnosno do 70. godine života. Njihova funkcija je inkompatibilna sa članstvom u Saveznoj vladi, vladama federalnih jedinica, Saveznom i Nacionalnom vijeću, ili ma kom predstavničkom tijelu. Sudija Ustavnog suda ne može biti funkcioner ili činovnik političke stranke.

Talijanski ustav također propisuje specifične uslove za izbor sudija Ustavnog suda. Sudije Ustavnog suda biraju se iz reda sudija drugih sudova, profesora pravnih fakulteta i advokata sa najmanje dvadeset godina prakse. Biraju se na vrijeme od dvanaest godina i ne mogu se ponovo birati. Njihova funkcija je inkompatibilna sa članstvom u parlamentu i članstvom u regionalnom vijeću.

Dosta specifične uslove za izbor sudija Ustavnog suda propisuje Ustav Belgije. U Ustavni sud Belgije bira se dvanaest sudija i to šest sa flamanskog i šest sa francuskog govornog područja, s tim što jedan mora imati adekvatno znanje njemačkog jezika. U sastav svake od ove dvije grupe sudija mogu ući po tri kandidata koji imaju odgovarajuću stručnu spremu odnosno poznavaoći prava — profesori sa pravnih fakulteta ili sudije Kasacionih sudova, te po tri kandidata koji su najmanje pet godina bili članovi parlamenta. Kandidati za mjesto sudije biraju se doživotno, odnosno dok ne navrš 70 godina starosti.

Za sudiju Ustavnog suda Hrvatske mogu biti birani samo diplomirani pravnici, hrvatski državljani sa najmanje 15 godina iskustva u pravnoj struci, koji su se u svom dosadašnjem radu istakli svojim stručnim, ili znanstvenim radom, odnosno svojim javnim djelovanjem. Manje radno iskustvo traži se od osoba koje su doktori pravnih znanosti³⁰.

Uslovi za izbor sudija Ustavnog suda Srbije su slični. Kandidati, pored općih uslova (državljanstvo, prebivalište, poslovna sposobnost) moraju ispuniti i dodatne uslove, a to su da su “istaknuti pravnici sa najmanje 40 godina života i 15 godina iskustva u struci”. Slično rješenje predviđa i crnogorski ustavotvorac. Za sudiju Ustavnog suda Crne Gore može biti birano lice koje uživa ugled istaknutog pravnog stručnjaka, sa najmanje 15 godina rada u struci.

³⁰ Čl. 5 st. 1 i 2 Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske (*N. novine* 49/02).

Ustavi ostalih zemalja u kojim je uspostavljen ustavni sud propisuju slične uslove. Tako se za sudiju ustavnog suda u Češkoj i Slovačkoj također traži najmanje 40 godina starosti, za Ustavni sud Rumunije, Bugarske, Slovačke i Češke, određene godine iskustva, diploma pravnog fakulteta. Pored navedenih uslova, većina ustava uslovljava izbor sudija navođenjem različitih atributa (uvaženi poznavalac, stručnjak, visokoprofesionalno kompetentan, visoki moralni i stručni integritet, istaknuti pravnik)³¹.

Sama priroda Ustavnog suda, odnosno činjenica da je ustavni sudija “čuvar ustava” nesporno govori u prilog tome da je postavljanje gore navedenih uslova, ako ne nužno onda poželjno. Ipak, mora se konstatovati da je mnogo prihvatljivije postavljati samo objektivne uslove (godine života, diploma, radno iskustvo) koji su lako provjerljivi i nesporno se dokazuju, nego subjektivne (visoki moralni integritet, uvaženi poznavalac i sl.) jer se ta svojstva u slučaju osporavanja vrlo teško dokazuju.

Trajanje mandata, prestanak mandata i pitanje reizbora sudija ustavnog suda također nije jednoobrazno riješeno. Ustavi, odnosno ustavni zakoni različito regulišu ovo pitanje. Sudije nekih Ustavnih sudova se biraju doživotno ili do određenih godina starosti (npr. sudije Ustavnog suda u Austriji, te sudije Ustavnog suda u Belgiji), u nekim državama njihov mandat je vremenski ograničen (npr. sudije ustavnih sudova Italije i Njemačke biraju se na period od dvanaest godina, sudije Ustavnog suda Mađarske na jedanaest godina, deset godina traje mandat sudija Ustavnog suda Češke, dok je mandat od devet godina propisan za ustavne sudove Portugala, Italije, Španije, Poljske i sl.). Ustavi u pravilu, u slučajevima kada je mandat sudija ograničen, ne dozvoljavaju mogućnost reizbora³².

Pitanje prestanka mandata je također različito riješeno. Osnovnu grupu razloga za prestanak sudijske dužnosti prije isteka mandata, ustavotvorci dovode u vezu sa voljom samog sudije, na čiji lični zahtjev (ostavka) može doći do prestanka mandata. Drugi razlog je starosna penzija. Prema važećim rješenjima sudijama dužnost prestaje sa navršanih 65 ili 70 godina života. Treći razlog je razrješenje koje nastupa ukoliko sudija povrijedi zabranu sukoba interesa, ako trajno izgubi radnu sposobnost, ako bude osuđen na kaznu zatvora ili za kažnjivo djelo koje ga čini nedostojnim funkcije sudije.

Kao što vidimo, u većini evropskih država, uveden je ograničeni mandat koji je dovoljno dug za ostvarivanje

³¹ Npr. Ustavi Poljske, Slovačke, Rumunije, Bugarske i Hrvatske propisuju ovakve uslove.

³² Izuzetak je Ustav Češke, koji dozvoljava reizbor sudija Ustavnog suda nakon isteka mandata, te novi Ustav Srbije.

funkcije u profesionalnom smislu, a istovremeno obezbjeđuje i samostalnost i nezavisnost sudija u odnosu na organe zakonodavne i izvršne vlasti. U cilju jačanja samostalnosti i nezavisnosti sudija uveden je i princip inkompatibilnosti sudske funkcije sa drugim funkcijama.

2.4. Inkompatibilnost funkcije sudije ustavnog suda sa drugim funkcijama

Princip inkompatibilnosti³³ funkcije sudije ustavnog suda podrazumijeva nemogućnost istovremenog obavljanja sudijske funkcije i druge javne funkcije, odnosno bilo koje profesionalne službe, djelatnosti ili posla. Svrha ovog principa je da se sudija zaštiti od pritiska, utjecaja koji mogu dolaziti sa strane, prije svega od organa državne vlasti i svih drugih subjekata koji donose opće pravne akte — akte koji podliježu ocjeni ustavnosti i zakonitosti od strane ustavnog suda, ali i od pritiska raznih interesnih grupa. Kontrolu ustavnosti i zakonitosti ustavni sud ne može vršiti ako sudije tog suda pripadaju organima ili organizacijama koji donose ili izvršavaju zakone i druge opće pravne akte, ili pak ako su sudije članovi organa, organizacija i drugih subjekata koji se mogu naći kao učesnici ili stranke u postupku pred ustavnim sudom.

Smisao načela inkompatibilnosti je u očuvanju nezavisnosti i samostalnosti ustavnog sudstva. Ovo načelo isključuje mogućnost sukoba interesa, koji je moguć u slučaju kad sudije ustavnog suda istovremeno obavljaju više funkcija koje pripadaju različitim granama vlasti ili istovremeno obavljaju i drugu službu, posao ili djelatnost. Otuda, kada je u pitanju funkcija sudije ustavnog suda, primjena ovog principa u suštini podrazumijeva i nalaže: prvo, da se lice izabrano za sudiju ustavnog suda povuče sa funkcije na kojoj se do tada nalazilo, odnosno da prestane da obavlja djelatnost ili službu koju je do izbora obavljalo; drugo, da sudija ustavnog suda za vrijeme dok obavlja funkciju sudije ne obavlja ni jednu drugu funkciju, djelatnost, službu ili posao nepodudaran sa funkcijom sudije ustavnog suda³⁴.

Princip inkompatibilnosti funkcije sudije ustavnog suda ima svoju dugogodišnju primjenu u razvijenim zemljama Evrope. Pravna regulativa i praksa tih zemalja

pokazuje da njihovi ustavi, odnosno zakoni sadrže odredbe po kojima nosioci ove funkcije ne mogu istovremeno obavljati funkcije u drugim organima zakonodavne, izvršne ili sudske vlasti. Princip inkompatibilnosti vremenom je proširen i na položaje i funkcije mimo funkcija u državnim organima vlasti. Tako je vršenje funkcije sudije ustavnog suda postalo nespojivo i sa funkcijama u jedinicama lokalne samouprave, funkcijama upravljanja u privrednim društvima, te članstvom u političkim strankama i pokretima. Ilustracije radi, izložićemo rješenja o nespojivosti ustavnog suda koju poznaju ustavnopravni sistemi pojedinih evropskih država i to: Njemačke, Austrije, Italije i Španije.

U Osnovnom zakonu Savezne Republike Njemačke utvrđeno je da članovi Saveznog ustavnog suda “ne mogu biti članovi Bundestaga, Bundesrata, Savezne vlade, niti nekog od odgovarajućih organa savezne pokrajine”³⁵. Pored preuzimanja navedenog ustavnog rješenja njemački zakonodavac je u čl. 3. st. 3. Zakona o Saveznom Ustavnom sudu Njemačke utvrdio da sudije koje su prije izbora zauzimale pomenute funkcije izborom prestaju biti članovi tih organa. Potom je u Zakonu određeno da “sudijska funkcija ne dopušta obavljanje bilo kog drugog profesionalnog zanimanja, osim profesora prava u ustanovama visokoškolskog obrazovanja u Njemačkoj”³⁶.

Ustavotvorac u Republici Austriji, također utvrđuje konkretne oblike nespojivosti funkcije sudije ustavnog suda i to na sljedeći način: “Saveznom ustavnim sudu ne mogu pripadati: članovi Savezne vlade ili pokrajinske vlade, članovi Nacionalnog vijeća, Saveznog vijeća, ni bilo kojeg drugog općeg predstavničkog tijela”³⁷. Ustavnom sudu Austrije “ne mogu pripadati ni lica, koja su službenici ili drugi funkcioneri političkih partija”.

Nespojivost funkcije sudije ustavnog suda normirana je i ustavom Republike Italije. Prema Ustavu, služba sudije Ustavnog suda je: “nespojiva sa službom člana parlamenta ili pokrajinskog vijeća, sa vršenjem advokature i sa svakom službom i dužnosti navedenom u zakonu”³⁸. Ustav Italije, ne navodi taksativno “službe i dužnosti” sa kojima je nespojiva funkcija sudije ustavnog suda, već je ostavio mogućnost da zakonodavac utvrdi i neke druge oblike nespojivosti. Konkretnije uređenje ovog pitanja izvršeno je u Zakonu broj 87

³³ Nemogućnost istovremenog obavljanja pojedinih djelatnosti i poslova od strane nosilaca javnih funkcija. O inkompatibilnosti funkcije sudije ustavnog suda sa drugim funkcijama više vidjeti: B. Nenadić, Inkompatibilnost funkcije sudije ustavnog suda sa drugim funkcijama i djelatnostima, uporednopravni osvrt, *Ustavni sud Srbije — U susret novom ustavu* (zbornik radova), Beograd 2004, ss.177-201.

³⁴ Marijana Pajvančić, *Ustavno pravo*, Novi Sad 2003, s. 239.

³⁵ Vidjeti čl. 94 st. 1 Osnovnog zakona SR Njemačke (*Grundgesetze für die Bundesrepublik Deutschland*) od 23. maja 1949, sa izmjenama od 26. 06. 2002.

³⁶ Čl. 3 st. 4 Zakona o Saveznom ustavnim sudu Njemačke iz 1951.

³⁷ Čl. 147 st. 4 Ustava Republike Austrije iz 1920.

³⁸ Čl. 135 Ustava Republike Italije (*Costituzione della repubblica Italiana*, *Gazzeta ufficiale* 27. Dicembre 1947).

— Norme o radu i sastavu Ustavnog suda. U skladu sa ovim zakonom sudije Ustavnog suda “ne mogu primiti niti zadržati druga zvanja ili dužnosti, javne ili privatne, niti se baviti profesionalnim poslovima, kao ni trgovačkim i industrijskim poslovanjem, niti biti članovi uprave ili nadzornog odbora društava kojima je cilj sticanje dobiti”. Također, sudije Ustavnog suda Italije ne mogu biti “članovi komisija za ocjenjivanje konkursa, niti zauzimati univerzitetske položaje, niti se kandidovati na administrativnim ili političkim izborima”.

Ustavom Španije utvrđeni su konkretni oblici nespojivosti svojstveni sudskoj odnosno funkciji sudije ustavnog suda. “Pripadnost Ustavnom sudu inkompatibilna je sa svakim reprezentativnim (predstavničkim) mandatom; sa političkim ili administrativnim (upravnim) funkcijama; sa vršenjem rukovodećih funkcija u nekoj političkoj partiji ili sindikatu i sa zaposlenjem u službi nekog od navedenih subjekata; sa obavljanjem sudske djelatnosti i tužilaštvom i sa bilo kojom profesionalnom ili komercijalnom djelatnošću”.

Kao što vidimo, pravnotehnički način utvrđivanja principa inkompatibilnosti, kao ni krug funkcija i poslova sa kojima je funkcija sudije ustavnog suda inkompatibilna u savremenim evropskim državama nije isti. Ipak, za određena rješenja možemo reći da predstavljaju standarde u ovoj oblasti. Princip inkompatibilnosti u savremenim pravnim porecima predstavlja jedno od važnijih jamstava nezavisnosti i samostalnosti sudija ustavnog suda, odnosno ustavnog suda u zaštiti osnovnih vrijednosti moderne države, kao što su ustavnost i zakonitost i zaštita ljudskih prava i osnovnih sloboda.

3. Organizacija, izbor i sastav Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

3.1. Sastav i organizacija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

Izbor sudija i sastav Ustavnog suda Bosne i Hercegovine uređen je samim Ustavom. Prema čl. VI st. 1 Ustava, Ustavni sud Bosne i Hercegovine ima devet članova. Četiri člana (sudije) bira Predstavnički dom Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine, a dva Narodna skupština Republike Srpske³⁹. Ustav Bosne i Hercegovine, kao što vidimo propisuje potpuno neuobičajeno rješenje u pogledu organa nadležnih za izbor sudija ustavnog suda. Sudije se biraju od strane entitetskih predstavničkih tijela, a ne od strane državnog zakonodavca, ili nekog drugog državnog organa, što predstavlja značajno odstupanje od rješenja u uporednom pravu. U svim složenim državama, sudije ustavnih

sudova biraju kao što smo vidjeli savezni organi vlasti, a ne organi vlasti federalnih jedinica. Radi se o jednom dosta nelogičnom rješenju koje iz procesa izbora sudija isključuje sve državne organe. Državni zakonodavac, čiji akti podliježu kontroli od strane ustavnog suda nema nikakvog utjecaja na izbor sudija.

Ustav ne definiše pitanje etničke pripadnosti sudija, već samo navodi da se četiri bira iz Federacije Bosne i Hercegovine a dva iz Republike Srpske. Član VI/1 Ustava ne propisuje da sudije moraju biti pripadnici konstitutivnih naroda. Isključivanjem nacionalnog kriterija prilikom izbora sudija ustavotvorac je jasno naglasio da prilikom izbora sudija prednost treba dati stručnim i moralnim kvalitetima kandidata, a ne njihovoj nacionalnoj pripadnosti. Entitetski, a ne etnički princip izbora sudija dodatno je naglašen isključivanjem Doma naroda Parlamenta Federacije i Vijeća naroda Republike Srpske iz procedure izbora. Međutim, u praksi su se entitetski parlamenti, prilikom izbora, ipak opredjeljivali za nacionalni ključ, odnosno za etnički princip predstavljanja, tako da sudije Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, od uspostave suda 1996. do danas, u pravilu čine dva Srbina, dva Hrvata i dva Bošnjaka⁴⁰. Ovakav način izbora je čak i podržan od strane nekih autora koji navode da se izbor sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine vrši po principima etničkog pariteta odnosno da se iz Federacije Bosne i Hercegovine biraju po dva Bošnjaka i Hrvata, a iz Republike Srpske dva Srbina⁴¹.

Jedna od specifičnosti našeg Suda je i činjenica da su preostala tri suca, odnosno člana Ustavnog suda, strani državljani. Njih bira predsjednik Evropskog suda za ljudska prava, uz obavezu konsultovanja sa Predsjedništvom Bosne i Hercegovine. Ovakvo rješenje je direktan izraz naročite uloge međunarodne zajednice u čitavom ustavnom sistemu Bosne i Hercegovine i do sada se javljalo samo u nekim sličnim situacijama⁴². Ustav također sadrži i jednu dosta neuobičajenu odredbu koja predviđa da Parlamentarna skupština može predvidjeti i drugačiji način izbora troje sudija koje bira predsjednik Evropskog suda za ljudska prava. U skladu sa čl. VI d Ustava Bosne i Hercegovine, Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine mogla je donijeti zakon, te predvidjeti drugačiji način izbora troje stranih sudija. O tome, nakon isteka prvog petogodišnjeg mandata, u Parlamentarnoj skupštini nije postignuta saglasnost, tako da je i dalje ostala ista zastupljenost i način izbora stranih sudija u Ustavnom sudu Bosne i Hercegovine.

⁴⁰ Komisija za izbor i imenovanja Parlamenta FBiH je čak prilikom izbora sudije 2008. u javnom konkursu tražila da kandidat bude iz reda bošnjačkog naroda.

⁴¹ R. Kuzmanović, *Ustavno pravo*, Banja Luka 1999, s. 536.

⁴² Npr. na Kipru prije konačne podjele na turski i grčki dio.

³⁹ Čl. VI/a Ustava BiH.

3.2. Uslovi za izbor sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

Uslovi za izbor sudija su također određeni Ustavom. U skladu sa čl. VI/1(b) kandidat za sudiju Ustavnog suda mora biti istaknuti pravnik, visokog moralnog ugleda, koji ima biračko pravo. Znači sudije moraju biti diplomirani pravnici, a njihov moralni kvalitet ocjenjuje se prilikom njihovog izbora. Ustavotvorac se odlučio za "pravnički sud", što i odgovara našoj ustavnosudskoj tradiciji. Također, sudije moraju imati i biračko pravo. U komparativnoj ustavnosti ovakvih odredaba nema, vjerovatno iz razloga što se biračko pravo pretpostavlja. Naš ustavotvorac nije predvidio nikakve bliže i posebne uslove (godine života, iskustvo, odnosno rad u pravosuđu ili drugim organima vlasti) čime je omogućio velikom broju lica da se kandiduju za suca Ustavnog suda. Odsustvo objektivnih, provjerljivih kriterija koje susrećemo u uporednom pravu, otvorilo je širok prostor za utjecaj parlamentarnih političkih stranaka na sam izbor sudija, što se u praksi i dešavalo. Ovo pitanje nije dodatno definisano Pravilima Ustavnog suda Bosne i Hercegovine⁴³, što je utjecalo na izbor etnički određenih, politički podobnih kandidata. Za izbor stranih sudija također postoje određeni uslovi. Oni ne mogu biti državljani susjednih država, niti državljani Bosne i Hercegovine.

3.3. Način izbora sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

Sam postupak, odnosno procedura izbora sudija Ustavnog suda također nije detaljno regulisana. Ustav ne propisuje ovlaštenog predlagача za izbor sudija Ustavnog suda, već samo navodi da sudije biraju entitetska predstavnička tijela (Predstavnički dom Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine bira četiri, a Narodna skupština Republike Srpske dva člana). Ni na koji način nije regulisan postupak kandidiranja sudija, niti sam način izbora što predstavlja značajan nedostatak postojećih rješenja. U uporednom pravu navedena procedura se obično reguliše zakonima o ustavnom sudu koji precizno određuju sve faze postupka, počev od objave poziva institucijama koje mogu kandidovati

⁴³ S obzirom da nakon Ustava nije donesen Zakon o Ustavnom sudu BiH, brojne nejasnoće i nedorečenosti vezane za rad samog suda regulisane su Poslovnikom o radu Ustavnog suda BiH, koji je donesen na konstituirajućoj sjednici u julu 1997. Navedeni poslovnik je u više navrata mijenjan te konačno stavljen van snage stupanjem na snagu Pravila Ustavnog suda BiH koja su usvojena na sjednici održanoj 23. 07. 2005. i objavljena u *Sl. gl. BiH* 60/05. Pravila su u međuvremenu, također, više puta mijenjana (*Sl. gl. BiH* 64/08 i 51/09).

sudije pa do samog izbora. Nepostojanje preciznih normi o postupku izbora ne samo da čini postupak ne-transparentnim, već omogućava dodatno relativiziranje postojećih ustavnih kriterija za izbor sudija. S obzirom da o izboru većine sudija (njih šest), odlučuje predstavničko tijelo, neminovan je utjecaj političkih stranaka na izbor sudaca. Političke stranke zastupljene u predstavničkim tijelima imaju mogućnost da izbor sudija vrše u skladu sa svojim dnevopolitičkim interesima.

Preostala tri suca (koji moraju biti stranci), kao što smo rekli bira predsjednik Evropskog suda za ljudska prava uz obavezne konsultacije sa Predsjedništvom Bosne i Hercegovine. Dakle, Predsjedništvo Bosne i Hercegovine je dijelom uključeno u izbor tri člana Ustavnog suda. Međutim, za razliku od drugih zemalja, u kojima šef države bira ili predlaže sudije ustavnih sudova, Predsjedništvo Bosne i Hercegovine učestvuje u izboru sudija kao konsultant.

Mandat sudija prvog saziva Ustavnog suda Bosne i Hercegovine trajao je pet godina i nije postojala mogućnost njihovog reizbora. Za sudije sljedećeg mandatnog perioda Ustav je propisao vremenski neodređen mandatni period, koji prestaje sa navršenih 70 godina starosti, sem ako podnese ostavku ili sa razlogom bude razriješeni na osnovu konsenzusa ostalih sudija⁴⁴. Vremenski neodređen mandat poznat je u uporednoj ustavnosti, te svakako doprinosi nezavisnosti sudija. Međutim, vremenski neograničen mandat, zajedno sa postojećom praksom izbora sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, omogućava da jednom izabrane sudije, čija je stručnost upitna, skoro cijeli životni vijek provedu obavljajući ovu funkciju. Ovakav mandat svakako doprinosi nezavisnosti sudija, međutim u postojećim rješenjima može se pokazati kontraproductivnim. Postojeća ustavna rješenja bi imala smisla, samo u slučaju uvođenja objektivnih i provjerljivih kriterija za izbor sudija. U suprotnom, navedeni mandat bi trebalo ograničiti u skladu sa rješenjima iz uporednog prava.

Ustav Bosne i Hercegovine ne sadrži odredbe koje nešto više govore o samom položaju sudija Ustavnog suda (što je dosta često u uporednoj ustavnosti). Nema odredbi koje govore o imunitetu i inkompatibilnosti. Međutim, iz samog teksta Ustava može se zaključiti da je sudijama za vrijeme trajanja mandata obezbijeđena određena "stalnost" pa i imunitet. Pitanje inkompatibilnosti funkcije sudije Ustavnog suda kao i pitanje imuniteta regulisano je Pravilima Ustavnog suda Bosne i Hercegovine. U skladu sa čl. 97 st. 1 Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, funkcija sudije Us-

⁴⁴ Čl. VI/1(c) Ustava Bosne i Hercegovine.

tavnog suda je nespojiva sa: članstvom u političkoj stranci ili političkoj organizaciji u Bosni i Hercegovini, sa članstvom u zakonodavnoj, izvršnoj i drugoj sudskoj vlasti u Bosni i Hercegovini, odnosno entitetima, te sa svakom drugom funkcijom koja može utjecati na nepristranost sudije. Također, sudija Ustavnog suda ne može biti član upravnog ili nadzornog odbora javnih ili privatnih preduzeća, te drugih pravnih lica. Kao i u drugim ustavnim sistemima, univerzitetski nastavnici pravnih nauka, koji su izabrani za sudije Ustavnog suda, mogu u smanjenom obimu nastaviti nastavno-naučni rad. Inkompatibilnom se ne smatra ni naučna odnosno stručna djelatnost niti člansko djelovanje u institutima i udruženjima pravnika kao ni djelovanje u humanitarnim, kulturnim, sportskim i drugim udruženjima, sem u slučaju kada su te aktivnosti vezane za rad neke političke stranke. Sudije Ustavnog suda Bosne i Hercegovine uživaju imunitet⁴⁵, te ne mogu biti pozvani na krivičnu odgovornost niti biti pritvoreni i kažnjeni za izraženo mišljenje ili glasanje u Ustavnom sudu.

Stalnost sudske funkcije zagantovana je vremenski neodređenim mandatom koji može prestati prije navršenih 70 godina starosti samo ako sudija sam podnese ostavku i ako s razlogom bude smijenjen od strane ostalih članova Suda i to jednoglasno. Ovi ustavni kriteriji su razrađeni Pravilima Ustavnog suda. U skladu sa njima sudija može biti razrješen prije isteka vremena na koji je izabran ako: sam podnese ostavku, bude osuđen na zatvorsku kaznu, trajno izgubi sposobnost za obavljanje funkcije, ako se prihvati dužnosti koja je inkompatibilna sa funkcijom sudije i ako funkciju sudije ne vrši savjesno. Odluka o razrješenju sudije mora biti jednoglasna. Razrješenje prije isteka mandata dogodilo se samo u slučaju sudije Krstana Simića, koji je 8. maja 2010. razrješen na osnovu člana VI/1 c Ustava Bosne i Hercegovine, čl. 101 i st. 1 i 2 Pravila Ustavnog suda, odnosno zbog nesavjesnog rada te povrede ugleda i dostojanstva Ustavnog suda i sudija⁴⁶.

Predsjednika Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, te tri potpredsjednika Suda bira sam Sud iz reda sudija, tajnim glasanjem, većinom glasova svih sudija. Predsjednik Ustavnog suda bira se rotacijom između sudija iz konstitutivnih naroda Bosne i Hercegovine, s tim da u dva uzastopna mandata ne može pripadati istom konstitutivnom narodu⁴⁷.

⁴⁵ Čl. 99 Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine.

⁴⁶ Više vidjeti u Odluci Ustavnog suda objavljenoj u *Sl. gl. BiH* 55/10, od 06. 07. 2010.

⁴⁷ Čl. 87 Pravila Ustavnog suda Bosne i Hercegovine. Ovim članom u suštini se uvodi kriterij etničkog predstavljanja i krši se federalni princip izbora sudija propisan čl. VI/1 Ustava BiH.

3.4. Dosadašnji izbori sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

Izbor prvih sudija Ustavnog sud Bosne i Hercegovine, nije izazvao značajniju pažnju kako pravničke tako i šire javnosti. Konstatovano je da postoje određeni nedostaci, koji su se ticali kako procedure, tako i uslova za izbor i na tome je sve završeno. Slična situacija se ponovila i 2003, kada je nakon isteka prvog petogodišnjeg mandata imenovan novi saziv Ustavnog suda Bosne i Hercegovine.

Pitanje izbora sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine zainteresiralo je širu bosanskohercegovačku javnost tek 2005, kada je Predstavnički dom Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine izabrao tadašnju potpredsjednica jedne od vodećih političkih partija (Stranke Demokratske Akcije) u Federaciji Bosne i Hercegovine, Seadu Palavrić za sudiju Ustavnog suda. Taj izbor je izazvao burne reakcije te ukazao na sve nedostatke postojećeg načina izbora. Protukandidati pri ovom izboru su bili istaknuti pravnici, osobe sa znatno većim radnim iskustvom, univerzitetski profesori⁴⁸. Međutim upravo je gospođa Palavrić dobila podršku radne grupe u čijem su sastavu većinu imali parlamentarci od kojih su dva bila iz reda Stranke Demokratske Akcije⁴⁹. Tajnim glasanjem u Predstavničkom domu Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine izbor je potvrđen.

Potreba za preciznijim definisanjem kriterija za izbor postala je očita i široj javnosti. Tadašnji visoki predstavnik u Bosni i Hercegovini, Miroslav Lajčak uputio je pismo radnoj grupi koju je oformila Komisija za izbor i imenovanja Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine, u kojem je naglasio hitnost potrebe definisanja preciznih kriterija za izbor sudija⁵⁰. U tom pismu između ostalog navodi se da izbor treba biti zasnovan na objektivnim kriterijima kojim se naglašavaju zaslužnost, odgovarajuća stručna sprema, moralni integritet, sposobnost i efikasnost. "Nezavisnost ustavnog suda iziskuje da osobe budu odabrane na osnovu svoje osposobljenosti i iskustva". Međutim, navedena preporuka nije usvojena.

Slična situacija se desila i prilikom izbora sudije iz Republike Srpske. Narodna skupština Republike srpske

⁴⁸ Jedan od kandidata je bio prof. dr Kasim Trnka, univerzitetski profesor koji je stekao značajno pravosudno iskustvo radeći kao sudija Ustavnog suda FBiH i predratni sudija Ustavnog suda BiH.

⁴⁹ Članovi te radne grupe su bili i dvoje sudija, Nurko Pobrić i Marija Čolić, koji su glasali protiv prijedloga da Palavrićeva uđe u uži izbor za kandidata. Oboje su se zalagali za izbor Kasima Trnke.

izabrala je 2007. tadašnjeg potpredsjednika Stranke Nezavisnih Socijaldemokrata, Krstana Simića, za sudiju Ustavnog suda. Dodatni problem predstavljala je činjenica da sudije ustavnih sudova biraju poslanici koji nisu pravnici, već najčešće ljudi iz drugih struka koji jednostavno ne mogu procijeniti ko je dovoljno kvalifikovan za obavljanje te dužnosti⁵¹.

U cilju što transparentnijeg izbora sudija Komisija za izbor imenovanja Parlamenta Federacije Bosne i Hercegovine je 2005. odlučila uskladiti kriterije za izbor novih sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine sa onima koje je već usvojilo Visoko sudsko i tužilačko vijeće koje imenuje sudije nižih sudova. Komisija je raspisala javni konkurs u kojem je osim profesionalnih kriterija, tražila da kandidat bude iz reda bošnjačkog naroda⁵². Međutim, i prilikom novog izbora sudija, politička pripadnost se pokazala presudnom. Komisija za izbor i imenovanja je prosljedila Predstavničkom domu na daljnje glasanje pet kandidata od njih 14 koji su se prijavili na izbor. Također i ovaj put je od pet kandidata iz užeg izbora, izabran kandidat sa najmanjim pravosudnim iskustvom, advokat i bivši visoki dužnosnik Stranke demokratske akcije (SDA) Mirsad Čeman⁵³. Sama procedura izbora je svakako postala transparentnija, međutim kriterij "istaknuti pravnik visokog moralnog ugleda" ostavio je dovoljno prostora za izbor politički podobnih sudija.

Dosadašnji izbori sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine na jasan način ukazuju na sve mane i nedostatke postojećih rješenja. Izbor sudija od strane entitetskih predstavničkih tijela omogućio je ne samo znatan utjecaj političkih stranaka na izbor sudija već je uveo i etničku zastupljenost i u ovu državnu instituciju. Ekstenzivni kriteriji za izbor koji ne podrazumijevaju bilo kakvo iskustvo, odnosno ispunjavanje drugih stručnih kriterija rezultirali su izborom prvenstveno politički podobnih kandidata. Netransparentna procedura izbora je sve to i omogućila. Federalni princip izbora sudija u praksi je zamijenjen kriterijem etničkog predstavljanja, a prilikom izbora, vodilo se računa prevashodno o političkoj podobnosti, a ne stručnosti kandidata.

⁵⁰ Ured Visokog predstavnika je u aprilu 2008. ponovo preporučio Parlamentu da preciznije definira kriterije izbora sudija.

⁵¹ U izvaji za CIN je Zvonko Mijan, registrar Ustavnog suda BiH u tekstu "Miješanje politike u izbor sudija", izjavio "da je mene neko postavio u komisiju da biram nekog ljekara, ja bih se zahvalio i rekao da ja to ne mogu i ne znam". Cjelokupan tekst može se preuzeti na <http://cin.ba/Stories>.

⁵² Ustavni sud je ovakav konkurs okarakterisao diskriminatorским i protustavnim. Stav Suda je bio da bilo kakva mišljenje ili modifikovanje kriterija za izbor sudija zahtijeva promjenu Ustava BiH.

⁵³ Protivkandidati su bili pravni stručnjaci sa pravnim iskustvom Faris Vehabović i Sevima Sali Terzić, te tadašnji

4. Zaključak

Sastav Ustavnog suda Bosne i Hercegovine je s obzirom na pravnu prirodu Bosne i Hercegovine i njen međunarodnopravni status, specifičan. Sud se sastoji od devet sudija, od koji troje sudija bira predsjednik Evropskog suda za ljudska prava, uz konsultacije sa Predsjedništvom Bosne i Hercegovine. Oni prema Ustavu Bosne i Hercegovine ne mogu biti državljani susjedne države. Kriteriji za izbor domaćih sudija su dosta uopćeni. Ustav zahtijeva da sudije budu istaknuti pravnici, visokog moralnog ugleda i da ispunjavaju opći uslov — da imaju pravo glasa. Naš ustavotvorac nije propisao nikakve druge dodatne uslove za izbor sudija koje nalazimo u ustavima drugih zemalja. Ovaj propust bi se u budućnosti morao ispraviti, odnosno potrebna je detaljnija regulacija navedenih pitanja, što se može izvršiti ili izmjenom i dopunom Ustava Bosne i Hercegovine, za šta trenutno ne postoji politička saglasnost, ili izmjenama i dopunama Pravila Ustavnog suda kojima je Sud u prošlosti već definisao brojna druga pitanja vezano za rad Suda⁵⁴.

Neophodno je izmijeniti same uslove za izbor sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i to na način da se pored postojećih kriterija, od kandidata traži i ispunjavanje dodatnih uslova koji se tiču stručnosti i radnog iskustva. Po uzoru na rješenja iz uporednog prava od kandidata se treba tražiti najmanje 10 do 15 godina radnog iskustva u pravnoj struci⁵⁵. Postojeći kriterij "istaknuti pravnik, visokog moralnog ugleda", potrebno je dodatno definisati na način da se jasno navede kako se, odnosno čime se, dokazuje kvalifikacija istaknuti pravnik. Da li će to biti objavljeni stručni i naučni radovi, položen pravosudni ispit, pozitivna ocjena Visokog sudskog i tužilačkog vijeća, podrška advokatske komore ili akademske zajednice⁵⁶. Također treba jasno odrediti na koji način se dokazuje "visoki moralni ugled" kandidata. Da li će se i ta kvalifikacija dokazivati samo raznim potvrdama i uvjerenjima o nekažnjavanju, nevođenju sudskih postupaka i sl., ili će po uzoru na američki Vrhovni sud organizovati javno objavljivanje biografija i saslušanje kandidata od strane nadležnog Odbora koji će tako cijeniti "visoki moralni ugled" kandidata⁵⁷?

savjetnik člana Predsjedništva BiH Damir Arnaut i visoki dužnosnik SDA Amor Mašović.

⁵⁴ Pravilima Ustavnog suda BiH su već definisane brojne procedure i svakodnevne aktivnosti samog Suda.

⁵⁵ Izuzetak trebaju biti univerzitetski profesori za koje se u pravilu traži kraći period radnog iskustva.

⁵⁶ Pri upoređivanju pravnikova u različitim djelatnostima teško je naći neki usporediv kriterij stručnosti.

⁵⁷ Poznata su javna propitivanja nominiranih kandidata za suce američkog Vrhovnog suda. U tim tzv. *hearings* pred nadležnim senatskim odborom rijetko se kada dodvodi u pitanje

Samo izmjena, odnosno preciziranje postojećih kriterija, nije dovoljan garant za rješavanje postojećih problema. Nužno je izmijeniti i samu proceduru izbora. S obzirom da se izmjena Ustava ne očekuje u dogledno vrijeme, postojeća rješenja treba dodatno precizirati Pravilima Ustavnog suda Bosne i Hercegovine. Navedenim Pravilima bi trebalo detaljno odrediti ko ima pravo predlaganja kandidata. Po uzoru na rješenja iz uporednog prava⁵⁸ to pravo treba dodijeliti pravosudnim institucijama, organima izvršne i zakonodavne vlasti, pravnim fakultetima, advokatskoj komori te pojedincima. Sa svim kandidatima koji ispunjavaju uslove, članovi nadležnog parlamentarnog odbora trebaju obaviti javni razgovor, te na osnovu razgovora i testiranja

stručnost pojedinih kandidata. Uglavnom je riječ o sudijama nižih federalnih sudova s bogatim sudačkim stažem ili profesorima pravnih fakulteta. Ono što se ispituje i što najviše interesuje senatore, ali i širu javnost, jest kako će pojedini kandidat, ako bude izabran, glasati o određenim važnim političkim i društvenim pitanjima.

⁵⁸ Recimo način izbora sudija Ustavnog suda Republike Hrvatske.

kandidata sastaviti listu kandidata koji ulaze u užu izbor za sudije ustavnog suda. Sa te liste bi se birale sudije i to po većinskom modelu, odnosno 2/3 većinom glasova. Ovo je jedan od modela izbora koji bi se mogao primijeniti, ukoliko na snazi ostane postojeće ustavno rješenje.

Određivanjem jasnih i provjerljivih kriterija, uz poštovanje propisane procedure, u velikoj mjeri bi se onemogućio izbor isključivo politički podobnih, a ne najboljih kandidata. Utjecaj politike, odnosno političkih stranaka na izbor sudija je neminovan, posebno u onim državama u kojima se izbor sudija ustavnih sudova povjerava isključivo predstavničkim tijelima. Ukoliko se želi izbjeći pretjerana politizacija izbora, te pronaći neka ravnoteža između kriterija stručnosti i političke pripadnosti, postojeći model izbora treba u potpunosti promijeniti i to na način da se izbor sudija povjeri svim granama vlasti, sudskoj, zakonodavnoj i izvršnoj. Pri tome treba obezbijediti da se kriterij stručnosti a ne političke podobnosti stavi u prvi plan.

Summary

This paper analysing the method for election of Constitutional Court judges by comparative and national law, with special emphasis on the bodies that elect or appoint judges of Constitutional Court as well as conditions prescribed for their election. After analysis of the applicable constitutional provisions for the election of Constitutional Court judges, and the practice itself, the paper provides a critical review of the existing solutions in the law of Bosnia and Herzegovina, and suggests the necessity to reform the existing method of appointment judges of the Constitutional Court, in accordance with the standards that are encountered in comparative law.

FCJP

Izbor sudija ustavnih sudova — preporuke/

Election of judges of the Constitutional Court — Recommendations

U organizaciji Fondacije *Centar za javno pravo* je 2. novembra/studenog 2011. godine u Sarajevu održano jednodnevno savjetovanje o problemu izbora sudija ustavnih sudova. Savjetovanje je organizirano kao regionalni naučni skup sa 57 učesnika. Među njima su bili pravnici iz državnih institucija, iz ustavnih i vrhovnih sudova, iz Suda BiH, zatim profesori univerziteta, advokati, predstavnici ambasada, međunarodnih organizacija, NGOa i fondacija. U pogledu regionalne zastupljenosti na skupu su učestvovali eksperti iz Crne Gore, Hrvatske, Makedonije, Srbije i Bosne i Hercegovine. Savjetovanje je održano na osnovu četranaest ekspertiza (referata) koji su problem izbora sudija ustavnih sudova smjestili u regionalni kontekst i težište stavili na Bosnu i Hercegovinu.

Učesnici su se nakon višesatne rasprave usaglasili da postoje ozbiljne slabosti u pogledu procedura i kriterija za izbor sudija ustavnih sudova, a da je u BiH nakon kontroverznih imenovanja u Ustavni sud BiH izbor stručnog i moralnog pravника nadomješten izborom političkog kadra. Ovakva praksa predstavlja izigravanje ustavnih standarda kao i uloge ustavnog suda u cjelini. U BiH je ona višestruko problematična zbog asimetričnog pravnog sistema, nefunkcionalnog skupštinskog sistema i etničkih napetosti koje se direktno reflektiraju u zakonodavnim procedurama i sudskoj praksi.

Slobodan sam vam u smislu rezimea rezultata ovog savjetovanja u ime CJP uputiti sljedeće

zaključke i preporuke:

1. Postojeći model izbora sudija Ustavnog suda BiH se mora poboljšati tako što će se ova materija regulirati posebnim propisom koji bi bio u rang u ustavnog zakona.
2. Cilj nije depolitizacija izbornih procedura nego depolitizacija kandidata za sudije ustavnih sudova i izbor stručnih i neutralnih sudija. Političke partije i političke koalicije, odnosno, "politika" ne može biti odstranjena kao dominantan faktor u proceduri izbora sudija ustavnih sudova, ali se mogu uspostaviti kriteriji koji će u proceduru uvoditi stručne i depolitizirane kandidate.
3. Konkretnim propisom se precizno moraju normirati činjenične pretpostavke za "istaknutog pravnika" ili

One day conference on the issue of election of judges of constitutional courts was held in Sarajevo on the 2nd November 2012 organized by the Foundation Public Law Center (CJP). Consultation was organized as a regional scientific conference with 57 participants. Among the participants there were lawyers from the state institutions, the constitutional and supreme courts, and the Court of Bosnia and Herzegovina, and university professors, lawyers, representatives of embassies, international organizations, non-governmental organizations and foundations. Concerning representatives from the region, the conference was attended by experts from Montenegro, Croatia, Macedonia, Serbia and Bosnia and Herzegovina. Conference was held on the basis of 14 research papers which discussed the issue of election of judges of the constitutional courts in the regional context with focus on Bosnia and Herzegovina.

After several hours debate, the participants have agreed that there are serious weaknesses in the procedures and criteria for the election of judges of constitutional courts, and that in Bosnia and Herzegovina after the controversial appointments to the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, election of professional and morale lawyers was compensated through election of political cadre.

Such practice represents a mocking of the constitutional standards as well as the role of the constitutional court as a such. In Bosnia and Herzegovina, it is problematic in several ways because of the asymmetric legal system, dysfunctional parliamentary system and the ethnic tensions that are directly reflected in the legislative procedures and jurisprudence.

As a summary of the results of this consultations, allow me on behalf of CJP to forward you the following

Conclusions and recommendations:

1. Existing models of election of judges of constitutional courts must be improved through regulation of this field by particular regulation which should be in the range of the constitutional law.
2. The goal is not depoliticisation of the election procedures but depoliticisation of the candidates for the judges of the constitutional courts and election of professional and neutral judges. Political parties and political coalitions or "policy" cannot be excluded as the dominant factor in the procedure of election of judges for constitutional courts, but criteria can be established which would introduce professional and apolitical candidates into the procedure.

za “visoki moralni ugled”. Iza ovoga stoji zahtjev da se spriječi izbor kandidata koji bi na poziciju sudija ustavnih sudova dolazili sa visokih partijskih ili političkih funkcija, odnosno sa mjesta izvršnih funkcija u političkim partijama i državnim tijelima koja se imenuju političkim putem. Mora se propisati da kandidati za sudije ustavnih sudova četiri ili pet godina prije kandidature ne bi smjeli biti pozicionirani kao nosioci političkih funkcija.

4. Kriterij “istaknuti pravnik” se mora *objektivizirati* tako što će se za izbor na mjesto sudije ustavnog suda zahtijevati:

- položen pravosudni ispit (alternativno, doktorat pravnih nauka),
- objavljeni radovi ili pravna mišljenja u referentnim pravnim časopisima,
- radno iskustvo koje je upotpunjeno objavljenim ekspertizama o otvorenim pravnim pitanjima i koji predstavljaju doprinos pravnoj teoriji i praksi,
- opštepriznata specijalnost iz bar jedne pravne oblasti, dokazana pravnim ekspertizama, uspješnom i priznatom sudskom praksom,
- obavezno objavljivanje profesionalnih biografija kandidata i
- provođenje javnih intervjuja, odnosno, javnih saslušanja kandidata.

5. “Morálnost” se može koristiti samo kao oboriva pretpostavka na strani svakog kandidata.

6. Akademске titule i profesure same po sebi ne predstavljaju siguran osnov za istaknutog ili moralnog pravnika.

7. *Starosne dobi*: neophodno je odrediti minimalnu starosnu dob za izbor (preporučujemo: od četrdeset godina starosti) i maksimalnu starosnu dob za prestanak sudačke funkcije (preporučujemo: sa nastupom kalendarske godine u kojoj bi sudija napunio sedamdesetu godinu života). Ovaka ograničenja su u funkciji osiguranja opšte vitalnosti sudija i sudovanja.

8. *Dužina mandata*: mandat mora biti vremenski ograničen (predložen je rok od osam ili devet godina, npr. po ugledu na ESLJP/Strasbourg) bez mogućnosti ponovnog izbora. Ovakvo rješenje je u funkciji osiguranja stručnosti, nezavisnosti i elastičnog pristupa sudskoj funkciji pravnika koji u jurisdikciju unose nova pravna iskustva i osiguravaju aktualnu komunikaciju sa evropskim okvirom.

9. Nivo *primanja* sudija Ustavnog suda mora biti održan iznad nivoa svih drugih sudova u BiH kako bi se očuvala nezavisnost sudija i interes za poziciju sudije.

3. The concrete regulation would precisely define factual preconditions for “prominent jurist” but also for “high moral reputation”. The rationale behind this is to stop the election of candidates who would come to the position of the judges of the constitutional courts from high party or political functions *i. e.* from executive functions in political parties and state bodies appointed through politics. There has to be the regulation stating that prior to their candidacy for judges of the constitutional courts, candidates should not have had any political functions.

4. The criterion of “prominent jurist” must be objectified so that the post of judge of the Constitutional Court should require:

- passed bar exam (alternatively, PhD in legal sciences),
- published papers of legal opinion in referenced legal review,
- work experience that is complemented by expertise published about open legal issues, and which represent the contribution of the theory and practice,
- generally recognized expertise in at least one area of law, proved by legal expertise, successful and recognized legal experience,
- mandatory disclose professional biographies of the candidates, and
- implementation of public interviews, respectively, public hearings of candidates.

5. “Morality” can be used only as disputable presumption on the side of each candidate.

6. Academic titles and professorship do not represent in themselves a safe basis for moral or prominent lawyers.

7. *The age*: it is necessary to determine the minimum age for election (we recommended: from forty years of age) and the maximum age for the termination of judicial functions (we recommend: with a beginning of calendar year in which the judge turned seventy years of age). Those restrictions are needed to maintain general vitality of judges and their performance.

8. Length of the mandate: the mandate must be limited (suggested time limit of eight or nine years, for example, modeled on the European Court of Human Rights / Strasbourg) without the possibility of re-election. This solution is in order to maintain competence, independence and flexible approach to judicial function of lawyers who introduce new legal experience and ensure the actual communication with the European framework.

9. Income of judges of Constitutional Court must be higher than incomes of judges of all other courts in Bosnia and Herzegovina in order to preserve the independence of judges and interest in the position of a judge.

10. Izbor sudija bi morao biti odlučan u državnom parlamentu jer se radi o državnom organu.

11. *Većine* za izbor: preporučujemo kvalifikovane većine. Tako bi se osigurao širok konsenzus o kandidatima i podigao bi se legitimacioni nivo sudija. Istovremeno bi se smanjio rizik korištenja političke podobnosti kandidata.

12. Sastav suda i izboru sudaca Ustavnog suda BiH bi trebao izraziti trodiobnu strukturu (zakonodavne, izvršne i sudske) vlasti na državnom nivou, kao i entitetsku strukturu zemlje. Preporučujemo da

— šest sudija bira Predstavnički dom Parlamentarne skupštine BiH, prema sljedećem modelu: dvojicu na prijedlog svog radnog tijela, dvojicu na prijedlog Predsjedništva BiH i dvojicu na prijedlog VSTV;

— dvojicu sudija bira Predstavnički dom Parlamenta Federacije BiH i

— jednog sudiju Narodna skupština RS.

Ovlašteni predlagači morali bi predložiti najmanje dvostruko veći broj kandidata nego što se bira.

13. VSTV BiH ne posjeduje ni stručno-pravne ni naučne *kompetencije* da samostalno donosi odluku o podobnosti kandidata za suca Ustavnog suda BiH. U pogledu postojećeg modela učesnici ovog skupa preporučuju da VSTV utvrđuje svoj prijedlog na osnovu stalne ili ad hoc komisije u čiji sastav bi ušli priznati eksperti za ustavno pravo, članovi pravosuđa i profesori pozitivnopravnih disciplina na pravnim fakultetima u zemlji. Prijedlog ove komisije bi obavezivao VSTV u utvrđivanju konačnog prijedloga kandidata za izbor.

CJP ističe specifičnost i značaj ustavnog sudovanja u BiH i preporučuje da nadležno ministarstvo i parlamentarna komisija pokrenu inicijativu za regulaciju materije izbora sudja Ustavnog suda BiH. Prvi korak mora biti učinjen dijagnozom slabosti postojećeg modela i uspostavljanjem kriterija za optimiranje izbora sudija Ustavnog suda.

Predsjednik CJP

Edin Šarčević

10. Election of judges would have to be decided in the parliament because it is a state authority.

11. *Majority for elections*: we recommend qualified majority. This should ensure a broad consensus on the candidates and raise the level of legality of the judges. At the same time the risk of using political suitability of the candidates should be minimized.

12. The structure and election of judges of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina should express trifurcate structure (legislative, executive and judicial) of authorities at the state level, as well as the entity structure of the country. We recommend the following:

— six judges should be elected by the House of Representatives of the Parliamentary Assembly of Bosnia and Herzegovina, according to the following model: two of them should be elected on the suggestion of this body, another two should be elected on the proposal of the Presidency of Bosnia and Herzegovina and the last two of them should be elected on the proposal of the High Judicial and Prosecutorial Council (HJPC),

— two judges elected by the House of Representatives of the Federation of Bosnia and Herzegovina, and

— one by the National Assembly of the Republika Srpska,

— authorized proponents would have to propose at least twice the number of candidates than elected.

13. HJPC of Bosnia and Herzegovina has neither the legal expertise nor the scientific components to make independent decision about the suitable candidates for judges of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina. Considering the existing model, the participants and *ad hoc* commissions including recognized experts in constitutional law, members of judiciary and professors of positive law disciplines in law schools in the country. The proposal of the Commission would obligate the HJPC to determinate the final nomination of the election.

The CJP emphasizes the specifics and importance of constitutional adjudication process in Bosnia and Herzegovina and recommends that the competent ministry and parliamentary commission should start the initiative concerning regulation of selection of judges of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina. The first step must be to diagnose the weaknesses of existing model and establish the criteria for optimizing of selection of judges of Constitutional Court.

The Chairman of CJP Edin Šarčević

I Okvirne pretpostavke

Za početak bismo mogli jednostavno reći da je prijevod Habermasovog *Ogleda o ustavu Evrope*¹ izvan svake sumnje važan prilog pravnoj, politološkoj, sociološkoj i filozofskoj literaturi na našem jeziku. I premda je ova uobičajena (vanjska i uglavnom plakativna) kvalifikacija važnosti nekog spisa česta u javnoj upotrebi, u slučaju ovog autora i ovog prijevoda ta kvalifikacija je doista tačna. Jer, značaj ovog spisa i prijevoda ne leži naprosto u općepoznatom autoritetu Jürgena Habermasa koji, kao što znamo, u svom teorijskom i javnom angažmanu posljednjih decenija na svjetskoj sceni uživa status jedne od vodećih filozofskih figura, nego i u činjenici da se — između ostalog, na pretpostavkama njegovog filozofskog koncepta komunikacijskog djelovanja, komunikacijskog uma i diskursne etike (koji je izgrađen na kapitalu filozofske moderne, a koji u suštini predstavlja apologiju “umnog sadržaja moderne”), Habermas najneposrednije bavi živim i kompleksnim problemima pravno-političkog ustrojstva i aporijama Evrope u uvjetima neo-liberalnog kapitalizma i ujedno ispituje i promišlja uvjete i mogućnosti transformacije evropskog svijeta u smislu (nedovršenog i problemima bremenitog) nacrtu evropskog ujedinjenja i njegove pravno-političke i ustavne institucionalizacije. Ta njegova nastojanja u ovoj knjizi između ostalog sažeto izražava i formulacija u kojoj se kaže da se — na pozadini “krize Evropske unije u svjetlu konstitucionalizacije međunarodnog prava”², odnosno na pozadini pitanja: “Zbog čega je Evropa tek danas ustavni projekt“ — ovdje radi o tome da “priča o *civilizacijskoj snazi demokratskog uobličavanja prava izvan nacionalnih granica* dobija svoj poticaj iz paralizirane konstelacije svjetske politike koja se danas ogleda, prije svega, u izrastanju finansijskih tržišta koja ostaju izvan dometa čak i najmoćnijih nacionalnih država. U aktualnoj krizi, čini se da one ne nude primamljivu opciju

*Autor je filozofski pisac i prevodilac, redovni profesor na Odsjeku za filozofiju Filozofskog fakulteta Univerziteta u Sarajevu.

¹ Jürgen Habermas, *Ogled o ustavu Evrope*, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2011, u prijevodu Edina Šarčevića i Hane Sar.

² Tekst pod navodnicima je zapravo naslov i podnaslov jednog od poglavlja *Ogleda o ustavu Evrope*. Upor. navedeni prijevod, s. 39.

državnog jamstva javnog blagostanja. U ovakvoj situaciji pokušaj evropskih država da putem nadnacionalnog uobličavanja zajednice povrate dio političke sposobnosti da sama sobom upravljaju, izlazi iz okvira uobičajenog samopotvrđivanja. Otud i naracija koju sam predložio za evropsko ujedinjenje nalazi dvoj nastavak u zamisli o *politički uobličenoj svjetskoj zajednici*³. A ovo “kozmpolitsko uvezivanje građana svijeta”⁴ Habermas prospektivno alternira evropskoj političkoj realnosti i odnosno realnosti sadašnje “državne zajednice Evropske unije” koja “dijeli sa današnjim državama partikularizam pomoću kojeg se političke zajednice u socijalnom prostoru razgraničavaju jedna od druge”⁵. Nadilaženja ili transformaciju tog stanja stvari Habermas vidi u “zamjeni perspektiva od klasičnog međunarodnog prava prema političkom ustavu svjetskog društva koji nije više čista misaona konstrukcija”⁶.

Ove navode uzimam kao sažetu skicu ili kao polaznu ilustraciju osnovne Habermasove “narracije” u kojoj svoj interes mogu naći pravne, politološke, filozofske i socijalne znanosti, a koja naracija (osim što neposredno oslovljava aktualna praktična, pa i real-politička pitanja protivrječne i konfliktne pravno-političke stvarnosti današnjeg evropskog svijeta i evropskog ujedinjenja) ujedno može fungirati ne samo kao spoznajno-kritički instrument navedenih znanosti nego i kao prilog onome što možemo nazvati znanstveno-političkim prosvjetiteljstvom i modernizacijom naše znanstvene i teorijske kulture⁷.

³ J. Habermas (bilj. 1), s. 82 (kurziv S. B.).

⁴ J. Habermas (bilj. 1), s. 83.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ U tom pogledu čini mi se razložnim podsjetiti da je Jürgen Habermas u našoj filozofskoj kulturi, u akademskoj i znanstvenoj praksi — ne samo u lokalnim nego i u regionalnim okvirima — značajno prisutan već nekoliko decenija, a s obzirom na dugotrajnu i utjecajnu recepciju kritičke teorije društva — još od vremenâ tzv. “stare kritičke teorije društva” (Horkheimer, Marcuse, Adorno...) pa sve do Habermasa kao baštinike te škole mišljenja. Pored spomenutih klasika-osnivača kritičke teorije društva, Habermas je za naše prilike u regionalnim okvirima relativno često preveden. Samo ilustrativno podsjećam na neke od prevedenih naslova J. Habermasa: *Javno mnjenje, Teorija i praksa, Saznanje i interes, Postmetafizičko mišljenje* (objavljeno u Beogradu); *Eurokomunizam i socijalizam, Problemi legitimacije u kasnom kapitalizmu, Filozofski diskurs moderne, Tehnika i znanost kao ideologija, Budućnost ljudske prirode* (objavljeno u Za-

II Filozofsko-povijesna ideja umne povijesti: lice i naličje

No, u mom prilogu ja se ne upuštam u pravno-teorijske, pravno-političke ili politološke aspekte Habermasove rasprave o problemu ustava Evrope nego želim — s obzirom na zadani problemski okvir kolokvija: od Kanta do Habermasa — skrenuti pažnju na *filozofsku potku* i filozofsko porijeklo Habermasovog projekta, odnosno na neke (za Habermasa paradigmatične) filozofske ideje koje su formative za njegov vlastiti filozofski projekt i način mišljenja. Tačnije rečeno želim podsjetiti na neke temeljne ideje Kantove praktične, odnosno, političke filozofije koju Habermas baštini, na koju se izričito poziva i sa kojom vodi kritički dijalog ugrađujući ga u vlastitu kritičku strategiju mišljenja. Ili još preciznije: želim markirati neke dodirne tačke između Kantovog spisa *Ka vječnom miru* i Habermasove reaktualizacije Kantove ideje svjetskog građanstva u figuri kozmopolitiskog uvezivanja građana svijeta. Pri tome se Kantova ideja vječnog mira (čija bi konkretna povijesna realizacija *trebala* imati formu svjetskog građanskog društva koje se konstituira na univerzaliji ljudske slobode, ljudskog dostojanstva i na njezinoj moralno-pravnoj institucionalizaciji), stavlja u fokus pitanja: je li jedna takva ideja *utopijski projekt* i u kojoj mjeri taj projekt kolidira sa historijskim realnostima i dotičnih društava, kao i sa realnostima historijskog procesa u cjelini; odnosno: da li formative sile povijesti djeluju (i) prije (ili: s one strane) moralnog idealizma i moralnog univerzalizma, kao i protiv ideala umnog i nenasilnog oblikovanja ljudske povijesti, — da li sama povijest (kao pozornica igre moći) stavlja u sumnju potencijale utopijskih projekata? Habermasov odgovor je jasno izrečen: mogućnost političkog ustava svjetskog društva za njega danas “nije više čista misaona konstrukcija”. Naravno, skepticizmu prema “utopijskoj projekciji” vječnog mira, odnosno kozmopolitске zajednice slobodnih građana, može se odgovoriti da filozofske ideje po svojoj naravi nisu deskriptivne nego su (eksplicitno ili implicitno) “normativne” i da u sebi sadrže moment utopijskog nabačaja koji se poziva na *zadanost* ideje i ideala slobode koja je inherentna ideji uma, naime, slobode koja je — vođena umom — uvijek shvaćena kao djelo samoga uma.

No, osim ove dileme (dileme: između zbilje i utopije, o kojoj ću poslije nešto reći), najprije želim ukazati na filozofski/idejni supstrat koji povezuje Kanta i Haber-

rebu); *Prilog rekonstrukciji istorijskog materijalizma, Između naturalizma i religije, Rascijepljeni Zapad, Ogled o ustavu Evrope* (objavljeno u Sarajevu)... etc. Cjelovita bibliografija prijevoda J. Habermasa daleko nadilazi opseg ove bilješke.

masa. Ukratko, radi se o tome da su i Kant i Habermas baštinici i akteri prosvjetiteljstva — ukoliko prosvjetiteljstvo (u ovdje neizbježnom pojednostavljenju) razumijemo kao bezuvjetno, principijelno povjerenje u um kao ireducibilnu povijesno-antropološku instancu čovjekova razumijevanja, samorazumijevanja i oblikovanja svijeta i povijesti, odnosno ako um razumijemo takoreći kao supstancijalni antroponim; kao fundamentalnu i nezamjenjivu ljudsku dispoziciju ili “moć” kojom čovjek otvara i razumijeva svijet. Ovdje je, naravno, odmah potrebno izbjeći (prijetecu) simplifikaciju ideje uma. Oprez se nalaže već s obzirom na činenicu da je sâmo (takozvano: “staro”) prosvjetiteljstvo u međuvremenu, u povijesti njegova djelovanja, već iskustilo odčaravanje vlastitog mita (naime: odčaravanje bezuvjetne vjere u um) u dobro poznatoj “dijalektici prosvjetiteljstva” ali i u cijeloj kritičkoj praksi ne samo “klasične” kritičke teorije društva (koja je dijagnosticala degradaciju uma i njegovog emancipatorskog potencijala u instrumentalni, utilitarni, funkcionalni, tehnički, računski, represivni ... etc. um) nego i u diskursima postmodernog relativizma i/ili “kontekstualizma” koji se odupire esencijalističkoj konstrukciji i apsolutizaciji ideje uma (kao i ideje istine i slobode). Ukratko: razgovor o umu kao antropološkom i povijesnom principu, mora uzeti u obzir evoluciju pojma uma u različitim diskurzivnim praksama koje monizmu uma suprotstavljaju iskustvo “pluraliziranja uma” u različitim “umnim praksama” u kojima se — u recentnim raspravama o filozofskom problemu uma — govori o “depotenciranju” uma i o njegovim varijetetima i figurama: od teorijskog do praktičnog, od instrumentalnog do hermeneutičkog, transverzalnog, iritirajućeg, heretičnog itd. Jedan od primjera rasprave o “krizi uma”, o krizi njegovog jedinstva i njegovog važenja, kao i o teškoćama njegovog jednoznačnog određenja, predstavlja na primjer Baumgartnerova (Hans Michael Baumgartner) teza da se se “u reakciji na idealističko precjenjivanje uma u suvremenim teorijama racionalnosti javlja podcjenjivanje uma, — drugim riječima, javlja se jedno ‘nepotrebno auto-mimiziranje’, bilo to u koncepcijama koje um razumiju iz sklopa povijesnih uslova, bilo to u koncepciji uma kao pukog funkcionalnog postupka, a paradigmatično u određenju uma kao postupka koji cilja na sporazumijevanje unutar rješavanja konflikata”⁸. No kad je riječ o Kantu

⁸ Upor.: *Grenzbestimmungen der Vernunft. Philosophische Beiträge zur Rationalitätsdebatte*. Zum 60. Geburtstag von Hans Michael Baumgartner. Hrsg. von Petra Kolmer und Harald Korten, Karl Alber, Freiburg/München 1994. Upor. također moj prilog: Sulejman Bosto, “(Un)Verbindlichkeit der Vernunft. Skizze einer Problemsituation”, u: *Endlich Philosophieren. Spilräume und Grenzen, eine Tradition fortzusetzen*. (Hrsg): Andreas Monas/Rudolf Wansing, Unverzag Verlag, Köln 2000. ss. 21- 39.

i Habermasu, jasno je da su i jedan i drugi baštinici i akteri one (neotklonjive) principijelne filozofske vjere u um kao posljednjeg sudišta i spoznaje i ljudskog djelovanja i kao uvjeta ljudske slobode, kao i na tom mjerilu oblikovanog društveno i historijski oblikovanog života u ljudskim zajednicama odnosno društvima. Pri tome nije riječ o tome da Habermas naprosto preuzima Kantovu filozofiju uma (koja je upravo u formi “kritike” uma značila njegovu najvišu afirmaciju — s one strane metafizike, premda bi se moglo govoriti o tome da je ostala u metafizici samozasnivanja uma i u idealizmu zahtjeva za bezuvjetnim općim važenjem). Sam Habermas je, najzad, razvio rafinirana razlikovanja u pojmu uma, te je u filozofski vokabular unio figuru komunikacijskog uma koja (s obzirom na — i u opreci sa — Kantovim transcendentaliziranjem uma, kao i s obzirom na metafizičko ili idealističko esencijaliziranje uma) prema izričitoj Habermasovom iskazu znači “detranscendentaliziranje uma”. Ali to “detranscendentaliziranje” koje se u Habermasovom smislu odvija kao *intersubjektivna konstitucija* uma i iz toga oblikovanog i vođenog saznanja i djelovanja, u formi komunikacijskog uma — nikako ne označi odustajanje od *principia uma*. U (zajedničkom: Kantovom i Habermasovom) pozivanju na um leži principijelni normativni zahtjev umnog upravljanja ljudskim djelovanjem, uključivši i umno zasnovanu konstituciju (i) pravnih i političkih poredaka koja uključuje univerzalni moralni (jer je umni) supstrat pravno-političkog ustrojstva ljudskih zajednica. Utoliko sam Habermas — u jednoj od ekspliciranja svog pojma “komunikacijski um” — govoreći o “idealnim *pretpostavkama*” komunikacijskog djelovanja, među tim pretpostavkama između ostalog navodi “recipročnu *pretpostavku racionalnosti* ili ‘uračunljivosti’; bezuvjetnost zahtjeva za važenjem, kao što je istina i moralna ispravnost; zahtjevnost pretpostavke argumentacije kojih se učesnici moraju držati radi decentriranja svojih perspektiva tumačenja”⁹. Ove pretpostavke Habermas izričito povezuje sa Kantovim pojmovima, odnosno ustvrđuje njihovu “genealošku povezanost”. Između ostalog, to je povezanost “između ‘ideje slobode’ kao postulata praktičnog uma i pragmatičke pretpostavke racionalnosti uračunljivih aktera; / povezanost između totalizirajućeg kretanja uma, koji kao ‘moć ideja’ sve uvjetovano transcendiraju prema onom bezuvjetnom — i bezuvjetnosti zahtjeva za važenjem koji se postavljaju u komunikacijskom djelovanju; / konačno između uma kao ‘moći principa’ koji preuzima ulogu ‘vrhovnog sudišta svih prava i zahtjeva’ — i racionalnog diskursa kao ireducibilnog foruma mogućeg opravdanja”¹⁰. Srodnost — ili tačke su-

sreta zajedničke principijelne vjere u um — dakle markiraju pojmovi: “totalizirajuće kretanje uma” (Kant) / “bezuovjetnost zahtjeva za važenjem (Habermas)”; “um kao ‘moć principa’ (Kant) i racionalni diskurs kao ireducibilni forum mogućeg opravdanja” (Habermas). Ne gubeći iz vida razlike koje su rezultat Habermasove reinterpretacije ili “ekstenzije” Kantovih pojmova uma — ipak kao (zajednički) fundamet ostaje nepovredivi *princip* uma koji Habermas dijeli sa Kantom. No — kako je naznačeno — evolucija, transformacija i važenje (prosvjetiteljskog) načela uma pokazuju da se sa kritičkim reinterpretacijama umnog zahtjeva događa isto što i sa drugim i srodnim (nekoć “metafizičkim”) pojmovima istine i slobode, koji se u tekućim filozofskim diskusijama nalaze u procjepu između suprotstavljenih koncepata takozvanog “metafizičkog apsolutizma” (= esencijalizma) i postmodernog i/ili pragmatičkog relativizma (odnosno “kontekstualizma”). Spor tih koncepata među ostalim komentira Albrecht Wellmer¹¹ kada (na problemu pojma istine, odnosno na primjeru koncepata istine Putnama, Apela i Habermasa) prepoznaje zajedničku pojamovnu strategiju ovih filozofa “koja se sastoji u tome da se istina eksplicira u pojmovima *nužnog idealiziranja*”¹². U ovom konceptu istine (koji je suprotstavljen relativističkoj poziciji R. Rortyja) Wellmer upućuje na Putnamovo određenje istine kao “racionalne prihvatljivosti pod idealnim spoznajnim uvjetima”¹³, na Habermasovo određenje istine kao “sadržaja racionalnog konsenzusa pod uvjetima idealne govorne situacije” i rješenje Apela koji istinu i njeno važenje vidi i pod idealnim spoznajnim uvjetima koje mora uzeti u obzir zajednica govornika, ali i pod uvjetom da je idealna komunikacijska situacija moguća pod također “idealnim uvjetima” jednake argumentativne (= racionalne) kompetencije i argumentativnog kapaciteta aktera komunikacijske situacije. Pri tome, u Apelovoj perspektivi, istina koja se konstituira kao konsenzualna istina uključuje i “moralne i hermeneutičke zahtjeve za istinom”.

Za sve ove perspektive istine (kao racionalne prihvatljivosti pod navedenim uvjetima) zajednička je ideja

⁹ Jürgen Habermas, *Između naturalizma i religije*, Tugra, Sarajevo 2009, ss. 37-38 (moj prijevod, S. B.).

¹⁰ Habermas (bilj. 9), ss. 38-39. Da je ovdje riječ o srodnosti ali ne o potpunom podudaranju sa Kantovim pojmovima, Habermas na istom mjestu izažava ogradom da se “ideje čistoga uma ne mogu iz jezika transcendentalne filozofije bez lomova prevesti u formalnu pragmatiku. Tvorbom analogija ne postiže se ništa. Putem njihova transformacije Kantovi parovi suprotnosti (konstitutivno vs. regulativno, transcendentalno vs. empirijsko, imanentno vs. transcendentno) gube svoju oštrinu razdvajanja jer detranscendentaliziranje znači dubok zahvat u arhitektoniku temeljnih pretpostavki”.

¹¹ Albrecht Wellmer, *Endspiele: Die unversöhnliche Moderne. Essays und Vorträge*, Suhrkamp, Frankfurt/M 1993, s. 158 i naredne.

¹² Wellmer (bilj. 11), s. 158 (kurziv S. B.).

“nužnog idealiziranja” (Wellmer) u koje spada (upravo *idealizirana* pretpostavka *racionalnosti svih* aktera komunikacijske situacije, kao i idealizirano (=univerzalno) važenje jedne — konsenzusom postignute — univerzalne istine. Suprotna, relativistička pozicija (Rorty) odbacuje ideju “nužnog idealiziranja” i “konvergenције” u traženju i prihvaćanju istine, te onom “jakom” idealiziranju (= totaliziranju) istine alternira — kako formulira Wellmer — “slabi ili ’lokalno određeni” (= kontekstualni ili etnocentrični) smisao istine. U kontrapoziciji prema nužnom idealiziranju istine i njezinom apsolutiziranju, alternativu predstavlja “višedimenzionalnost” istine i njezinog važenja unutar jezičnih zajednica i njihovog komunikacijskog djelovanja koje se orijentira na racionalni konsenzus. No, i sama ideja *idealne komunikacijske zajednice* i potpunog konsenzusa rezultat je strategije “nužnog idealiziranja”, jer i sam taj idealizirani koncept komunikacije implicira “moralno savršan poredak i savršeno transparentnu komunikacijsku situaciju” kao što i “ideja nekog stanja potpune transparencije, apsolutnog znanja i moralnog savršenstva” previđa ili zanemaruje “prinude, neprozirnost, fragilnost, temporalnost i materijalnost konačnih ljudskih formi komunikacije”¹⁴.

Pitanje za raspravu: da li ovaj primjer sa pojmom istine sugerira slične teškoće “strategije idealiziranja” u slučaju *pojma uma* i njegovog važenja, čak i ako se tradicionalni transcendentni (također: i idealistički/metafizički status) *uma* “umekša” pragmatičkom strategijom komunikacijskog *uma* (za kojeg također treba da važe *idealizirane pretpostavke* — u Habermasovom izrazu — :pretpostavke pragmatičke racionalnosti aktera komunikacije koja oblikuje i usmjerava načine i ciljeve djelovanja kao i “objektivne” poretke vrijednosti, uključivši i projekte pravno-političkih i moralnih poređaka društava u historijskom horizontu?

Drugim riječima: je li za ideal slobodnog, pravednog i racionalno ustrojenog pravno-moralnog ustrojstva kozmopolitske, svjetske zajednice građana, — dovoljna idealistička garancija i stilizacija *uma* kao “vrhovnog sudišta” i kao unutarnje formativne snage (i unutarnje “logike”) povijesti i ljudskog djelovanja. Odnosno: je li (također) prenapregnuta — i dobro poznata — Hegelova ideja o zbiljnosti *uma* i umnosti zbilje, ideja o (apsolutnom) *umu* kao tvoračkoj i formativnoj moći i ujedno kao cilju ljudske povijesti (koja važi kao njegova samoeksplicacija u napretku svijesti slobode koja svoje objektivno ozbiljenje nalazi u državu kao umnoj zbilji slobode), — je li ta ideja također rezultat one “nužne idealizacije” čiji kontrapunkt predstavljaju poznate kritičke filozofske naracije o “pomračenju *uma*“?

¹³ *Ibid.*

Kad su u pitanju Kant i Habermas jasno je da oni — uz sve razlike njihovih filozofskih pozicija kao i iz sve razlike njihovih historijskih konteksta — fungiraju kao branitelji i filozofski akteri zahtjeva za ireducibilnim važenjem *uma* kao principa. Na toj osnovi izrasle su one filozofske *konceptije povijesti kao napretka* čiji je supstrat — *um*; *um* i kao unutarnji zakon svekolike događene i događajuće povijesti ali i kao horizont i mjerilo utopijskih nacrti.

Na ovoj pozadini možemo govoriti u *idealizmu uma* (kojemu je inherentan i utopijski potencijal, odnosno, potencijal prospektivnog nabačaja na budućnost u napetosti bitka i trebanja), te o konceptu ljudske povijesti kao teleologiji umno utemeljene slobode. Kantova i Habermasova praktična pravno-politička i moralno impregnirana projekcija kozmopolitskog društva slobodnih građana, bitno se oblikuje na tlu tog idealizma.

Ali toj slici povijesti i umno zajamčenom idealu slobode (na kojima se grade nacrti umno zasnovane i umno vođene ljudske zajednice i konkretiziraju se u slici i nacrtima konkretnog pravnog, političkog i moralnog ustrojstva slobodnog svjetskog društva koje je lišeno nasilja, — nacrti koji u različitim povijesnim stilizacijama tvore tradiciju humanizma, odnosno humanističke kulture) —, toj slici povijesti dramatično oponiraju oni koncepti povijesti koji su operacionalizirani kao konzervativne i ideologije i smrtonosne političke i militarne prakse — koje apeliraju na one tobože tvoračke sile povijesti i na ono ljudsko djelovanje koje je vođeno teleologijom i mitologijom volje za moći, idealom “trijumfa volje”, amalgamom afekata i iskonskih poriva i strasti — kao navodno tvoračkih snaga povijesti i ljudskih djelovanja. Autore i aktere tih konceptata nalazimo u imenima kao što su Ernst Jünger, Carl Schmit, Gottfried Benn... Ti koncepti imaju vlastitu teleologiju i aksiologiju s one strane humanističkog ideala i s one strane umnog moralnog razloga (iz tradicije “idealizma *uma*”). Riječ je o “borbi kao vječnom zakonu kojem je podređena ne samo priroda nego i civilizacija”¹⁵. U vokabularu i vrednosnom poretku Ernsta Jüngera Hermann Schweppenhäuser prepoznaje fascinaciju smrtonosnom mehanikom rata i ratnom tehnikom Prvog svjetskog rata, ideju *élan vital*-a i ideologiju koja “kantovsko-humanističkoj kulturi prosvjećenog svjetskog građanstva suprotstavlja teutonsko-nacionalnu, mračnu neo-mitološku kulturu”¹⁶, mitologiju elitnog “novog čovjeka-radnika”, “ju-

¹⁴ Wellmer (bilj. 11), s. 162.

¹⁵ Hermann Schweppenhäuser, “‘Zum ewigen Frieden’. Kants kosmopolitisches Vermächtnis”. U: *Hommage à Kant. Kants Schrift ‘Zum ewigen Frieden’*. Herausgegeben von Wolfgang Beutin, Von Bockel Verlag, Hamburg 1996, s. 10.

rišnika nove rase”, apologiju “čeličnih oluja”, i prijeti povijesnom idealu umne slobode; u njegovom političkom izboru leži izričita pohvalu diktaturi, pohvala činu (umjesto riječi), pohvalu krvi (umjesto tinte) pohvalu maču (umjesto pera), pohvalu žrtvovanju (umjesto fraze)¹⁷. Konceptualni i ideološki blizanac Ernsta Jüngerera je Gottfried Benn, koji o svom neskrivenom angažmanu u nacionalsocijalizmu svjedoči u kasnom autobiografskom spisu *Dvostruki život*¹⁸ u kojem priznaje svoj politički, ideološki i svjetonazorni nacionalsocijalistički izbor, te sa zapanjujućom otvorenošću referira o svojoj polemici sa tadašnjom njemačkom liberalnom intelektualnom emigracijom, tačnije sa Klausom Mannom i s njegovom humanističkom tradicijom, sa demokratskom političkom i moralnom kulturom koja apelira na univerzalije ljudskog dostojanstva, slobode i razuma. Između ostalog tu čitamo žestoki i arogantni Bennov odgovor na Mannovu kvalifikaciju nacionalsocijalizma kao “obraćanja iracionalizmu i varvarstvu”. Taj fragment Bennovog odgovora glasi:

“Vi to pišete u času kad je već svima postalo jasno da je Vaše oportunističko naprednjačko shvatanje čoveka bankrotiralo širom ove planete, kada se ispostavlja da je to bilo površno, lakomisleno, lagodno uverenje da nikada ni u jednoj uistinu velikoj epohi ljudske istorije a suština čoveka nije shvatana drukčije nego kao iracionalna, iracionalna znači bliska stvaranju i sposobna za stvaranje (...). Razume se da čovek, prema shvatanju koje leži u osnovi ideje o oplemenjivanju rase, jeste doduše i razumno biće, ali je pre svega mitsko i duboko”¹⁹.

Ili na drugom mjestu o takozvanoj “dilemi istorije”:

“Istorija! Zapad joj se klanja. Iz nje uzima najveći deo svojih standardnih ideologija: hrabrost, čast, virtus, otadžbinu i izdajstvo otadžbine, muško junaštvo, vernost, samopotvrđivanje, ko čeka na dočeka — opstati svim silama uprkos. (...) Pogledamo li oba izvora našeg kulturnog poseda dobićemo potvrdu za ovu tezu: Rim koji nimalo nije zastupao ideal čiste čovečnosti nago samo ideal veličine carstva u sponu; i Helada u kojoj tražimo korene našeg humanizma (“humanizam kao misao o plemenitosti čoveka”, kaže Bultmann; Verner Jeger govori o “grčkom putu ka čoveku koji nazivamo humanizmom”, a Eduard Norden o “grčkom idealu obrazovanja koji mi nastavljamo”), pa šta su ti Heleni zapisali na Eshilovom grobu? Ni reči o pesniku, ni stih iz njegovih tragedija:

¹⁶ Schweppenhäuser (bilj. 15), s. 10.

¹⁷ Detaljnije o izvorima na koje se u vezi sa ovim poziva Schweppenhäuser vidjeti bilješke na nav. mjestu.

¹⁸ Gotfrid Ben, *Dvostruki život*, Svetovi, Novi Sad 1991 (prevela Mira Litričin).

‘Maratonski gaj još govori o snazi slavnog ratnika’ — sećali su ga se samo kao borca na Maratonu”²⁰.

Bennovi (i Jüngerovi) nazori i angažmani očito predstavljaju onu novu mitologiju i njenu sliku povijesti koja destruirala humanistički ideal i njegova vrednosne poretke. U apsolutnom kontrastu sa koncepcijom istorije kao pozornice iracionalne igre sila, moći i nasilja, pozicija Kanta i Habermasa je jasna: to je principijelni apel na um čak i ako um fungira kao “neophodna idealizacija” (i ako, uz to, istoriju — kao i nešto što zovemo ‘ljudska narav’ — strukturiraju i neprozirni slojevi i dubine primordijalne, animalne, ne-umne, iracionalne, afektivne prirode u nama). Dakle, čak i kao “neophodna idealizacija” sa svojim utopijskim i moralnim potencijalom, um (u mišljenju i u jeziku Kanta i Habermasa) ostaje fundamentalnim kriterijem ljudskog samorazumijevanja i mjera čovjekovih povijesnih akcija — naravno, ukoliko pripadamo vrednosnom kozmosu humanistička tradicije. Prema tome, “utopijski višak” koji u sebi nosi um, ili “utopijski nacrt” društva na načelu uma i umnog utemeljenja prava i politike, spada u vrednosni poredak humanističke kulture, u ideju slobode i njezine povijesne dijalektike.

No kako je povijesna dijalektika uma — htjeli to priznati ili ne — spregnuta i sa iskustvima “pomračenja uma”, onda se i pojmovi slobode, razuma, pravde, jednakosti, temeljnih ljudskih prava i dostojanstva, etc. (koje u svoj normativni poredak moraju organski ugraditi pravne, političke i moralne prakse) moraju konfrontirati sa onim iskustvima povijesti koja — unatoč idealu uma — potvrđuju vladavinu barbarstva i nasilja kao paralelnih formativnih sila povijesti i različitih društveno ustrojenih i pravno-politički legitimiranih sistema nasilja. Stoga bi uz bazičnu apologiju uma (čiji su reprezentativni akteri Kant i Habermas) nužno morala ići i kritika moći i svih društveno i historijski posredovanih oblika represivnih političkih poredaka i ideologija.

III Šta nam danas može reći Kantova utopija vječnog mira?

U naslovu ovog priloga već je formulirana osnovna dilema: je li Kantov nacrt slobodnog kozmopolitskog društva svjetskog građanstva čija je fundametalna pretpostavka mir, zapravo *utopijski nacrt* koji se mora probiti kroz realnost konkretnih društvenih poredaka i povijesnih procesa koji se kreću u ritmu neprekidnog kretanja klatna između rata i mira? Također: koliko je Kantov projekt vječnog mira — koji počinje kao kritika rata kao forme odnosa među državama i narodima — koliko je taj projekt ujedno realistična i/ili pragmatična politička akcija koja ima dobre izgleda da na

načelima uma koja pretendiraju na opće važenje, bude ostvarena makar i u vremenski neodredivoj projekciji? Drugim riječima: koliko je Kant, kao prosvjetitelj i kao filozof uma, realističan i praktičan analitičar političke stvarnosti svoje epohe, a koliko je utopist?

Odgovor na to pitanje po svemu se ne svodi na izbor između alternativa: realist ili utopist? Jer, Kantov spis je u ishodištu *realističan* utoliko što nastaje na impulsu konkretnog događaja i kao reakcija na taj događaj (naime: Bazelski mir 1795. između Pruske i Francuske) a rukovodom principijelnim pitanjem: je li rat pravedan i potreban, je li mir samo privremeni mir u formi primirja — i može li se uspostaviti stanje trajnog/vječnog mira na temeljima prava na slobodu, na temeljima međunarodnog prava i na temeljima svjetskog građanskog prava²¹? U interpretaciji Otfrieda Höffea²², Kantova ideja vječnog mira je “zapostavljeni ideal” ali je sam spis “eminentno politički traktat jer se filozofija stavlja u službu političkog, zapravo moralno-političkog cilja, naime, neograničenog i vječnog mira među svim državama”. Stoga spis *Ka vječnom miru* “nije prigodni politički spis. On naprotiv sadrži osnovne crte potpune filozofije prava i države, a osim toga i principe njihovog pretvaranja u realnu politiku”²³. Ali spis nadilazi svoj neposredni povod (pa i neposredni kontekst Kantovih sporova sa Friedrichom Wilhelmom II i općenito sa mehanizmima cenzure zbog njegovih provjetiteljskih nazora i republikanskog političkog izbora.) Spis je stoga ujedno *projekcija* i definiranje uvjeta mogućnosti racionalnog moralno-pravno ustrojenog budućeg svjetskog građanskog društva. Soga je spis (kao kritički) zapravo ishodišno *kontrafaktički* a po svojoj intenciji *utopijski*.

Schweppenhäuser ga izričito naziva “jednom od velikih umno-pravnih utopija” koju stavlja u istu ravan sa Morovom utopijom — s tom razlikom što Kant svoj “utopijski” projekt sistematski uobličio po uzoru na formu mirovnog ugovora.

No, ono što je specifikum ovog spisa, po Höffeu je upravo njegov centralni pojam — pojam *mira* koji (kako ustvrđuje Höffe) u pravnom, filozofskom i politološkom mišljenju i literaturi nema naročito opsežnu i ne tako uglednu “karijeru” kakvi imaju takozvani temeljni pojmovi pravnih, filozofskih i političkih torija kao što su pojmovi istine, slobode, uma, pravednosti, demokracije, morala, dobra etc., — premda mir i historijski i antropološki predstavlja trajni egzistencijalni

predmet želje čovječanstva. Tek sa Kantom mir “kao egzistencijalna zadaća najvišeg ranga” (Höffe) dobiva status filozofski relevantnog pojma. Istina, kritičko tematiziranje rata i mira Höffe nalazi u djelima Hobbesa, Lockeja, Rousseaua, ali u povijesti zapadnog mišljenja ga locira i kod Augustina — a u teološkoj matrici, odnosno u okviru moralno-religijskog nauka o miru “kao miru sa sobom i sa Bogom” ili sa “kozmičkim mirom”²⁴ koji je superponiran zemaljskom miru koji se zasniva na pravu. Ovaj moralno-religijski pojam mira je vezan za “eshatološki *pax aeterna* (*De civitate Dei* XIX, 10-11)” a tek se sa Kantom transformira u pojam koji pripada filozofiji prava i države i predstavlja “socijalni i politički fenomen: pravno-etički i državno-etički vječni mir: *pax sempiterna*”. Taj mir Kant misli kao posve zemaljski i ljudski i to univerzalno-ljudski i — po Höffeu — postavlja “*ideal međunarodne politike: istinski globalni mirovni poredak na temelju globalnog pravnog poretka*”²⁵.

Sam spis je strukturiran — grubo rečeno — oko dva težišta:

a) **oko pitanja rata** i ratnih i/ili mirovnih odnosa država, uvjeta i principa rata (onoga što bismo mogli nazvati ratnim pravom) — i mirovnih ugovora koje Kant želi (u nekoj vrsti gotovo naivne moralističke vjere) moralno impregnirati rigoroznim normama poštenja, iskrenosti, miroljubivosti, takoreći “poštene igre”, zahtjevima isključenja nasilja, prevare, dvoličnosti, okrutnosti etc., — te pitanjima eliminacije sredstava, propusta ili povoda koji generiraju rat, a mir svode samo na privremena primirja; zabranom intervencionizma, tretiranja narodâ kao osoba a ne kao predmeta i kao vlasništva a ne kao predmeta ratne i političke, ekonomske manipulacije

b) **oko pitanja uvjeta vječnog mira** koji je moguć transformacijom provizornog mira kao primirja — u vječni mir. Prvi je uvjet da “narodi moraju formirati države koje su u stanju i koje su obavezne da jamče mir sa drugim državama ili sa narodima koji se nalaze u prirodnom stanju divlje a ne zakonske slobode”. “*Slobodu zasnovanu na zakonu*” omogućuje samo država, što znači: ono državno stanje koje jamči *slobodu pojedinca na temelju zakona*, koja pak nužno znači ograničenje pojedinače slobode kao jamstvo slobode drugih pojedinačnih sloboda. Takvo državno stanje u Kantovom projektu ne dopušta autokratsku samovolju koja prema vani može generirati rat a prema unutra građanski rat. Stoga izričito zahtijeva podjelu vlasti, etc.

¹⁹ Ben (bilj. 18), ss. 16-17. ²⁰ Ben (bilj. 18), ss. 23-24.

²¹ Šire o tome: Herman Schweppenhäuser (bilj. 15), s. 9 i naredne.

²² Otfried Höffe, “*Königliche Völker*”. *Zu Kants kosmopolitischer Rechts- und Friedenstheorie*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt/M 2001.

²³ Otfried Höffe (bilj. 22).

²⁴ Otfried Höffe (bilj. 22), s. 165.

Ne ulazeći detaljno u detalje Kantovog teksta, zaključujem Habermasovim komentarama i pitanjem o šansama Kantovog projekta danas: Taj komentar glasi:

“Šanse za uspjeh projekta unapređenja 'svjetskog građanskog mira' danas — nakon invazije na Irak — ne stoje lošije negoli 1945. godine, nakon katastrofe Drugog svjetskog rata ili nakon 1989/90, poslije kraja bipolarne konstelacije moći. To ne znači da šanse dobro stoje; ali mi ne treba da izgubimo iz vida proporcije; Kantov projekt je na politički dnevni red došao tek nakon Lige naroda, dakle nakon više od 200 godina; a ideja uspostavljanja svjetskog građanskog poretka tek je s osnivanjem Ujedinjenih nacija poprimila trajan institucionalni oblik. One su od ranih 90-tih godina dobile na političkoj težini i postale važnim faktorom svjetskopolitičkih rasprava. Čak je supersila bila prinuđena da se konfrontira sa svjetskom organizacijom kada je Svjetska organizacija uskratila dati prijetnjom zahtjevanu legitimaciju jednostranoj odluci za intervencijom. Pokušaj marginaliziranja koji je potom uslijedio UN su tako dobro prebrodile da su mogle poduzeti odavno potrebnu potpunu reformu... Predložene reforme prizlaze iz inteligentnih analiza pogrešaka. Taj proces učenja jasno usmjerava političku volju u pravcu nastavka Kantova projekta. U tome se naime na izražava jednostavno ideja trajno osiguranog stanja mira. Već je Kant negativni pojam odsustva rata i vojne sile bio proširio u koncept mira kao implikacije legalne slobode. Dana se obuhvatni pojam kolektivne sigurnosti proširuje i na resurse životnih okolnosti pod

kojima građani svih dijelova Zemlje tek faktički mogu ostvariti uživanje zakonski garantiranih sloboda. Mi se još uvijek možemo orijentirati na Kantovu ideju svjetsko-građanskog ustava ako ga razumijemo samo dovoljno apstraktno”²⁶.

Mene, pak ovdje — uz sav Kantovom realizam i uz svo njegovo povjerenje u nezamjenjivu normu uma — ipak zanima njegov moralistički “utopijski višak” ili “moralistički optimizam” — kao i *izdržljivost* prosvjetitejskog ili idealističkog hipostazirajućega uma i vjere u moć uma. Razlog tog zanimanja (kao obazrive skepse) ne leži u tome što bi ta vjera u današnjim uvjetima svjetske vladavine moralno desupstancijaliziranih i moralno deficitarnih instancija moći, mogla beznačajno kapitulirati pred jüngerovsko-schmittovsko-bennovskim fascinacijama ratom i voljom za moći, ili pred onom agonalnom slikom povijesti koja apelira na vulkanske dubine mitskih pra-snaga iz kojih se derivira cijela jedna aksiološka mitologija ratničke kulture i nasilja, — kao što su pobjeda, čast, heroički patos, junaštvo, žrtva, slava, sudbina, tlo, zavičaj, krv... Razlog toj obazrivoj skepsi — leži u potrebi da u našu sliku svijeta, povijesti i čovjeka uračunamo (i) neprozirne energije afektivnih, volitivnih, emocionalnih, nagon-skih, animalnih slojeva čovjekove naravi koji su pokriveni tek tankom skramom civilizacije i kulture.

²⁵ Otfried Höffe (bilj. 22), s. 166.

²⁶ Jürgen Habermas (bilj. 9), s. 369.

TARIK HAVERIĆ*

Od kantovskog projekta do hegelovskog ostvarenja: ujedinjenje Evrope kroz lukavstvo uma?

Jürgen Habermas počeo je da se sistematski bavi Kantovom idejom trajnog mira prije nešto više od 15 godina, povodom dvjestogodišnjice objavljivanja Kantovog spisa¹, ukazujući oštroumno na konceptualne probleme njegove konstrukcije koja je nespojiva s historijskim spoznajama koje mi danas posjedujemo, a koje Kant nije mogao imati. Filozof iz Königsberga nije pomišljao ni na svjetske ni na građanske ratove, imao je na umu ratove s politički ograničenom svrhom a ne ratove koji se vode radi uništenja ili protjerivanja; on zna za zločine počinjene *u ratu*, ali — u duhu svoga vremena — ne smatra sam rat zločinom. Njegova ideja ipak ima i jednu neprolaznu osnovu, a to je pravna konceptualizacija trajnog mira kroz kosmopolitsko pravo (*jus cosmopolitanum*) i razlikovanje ovog potonjeg od klasičnog međunarodnog prava (*jus gentium*). Habermas će je produbiti u svome *Ogledu o ustavu Evrope*; on piše s ciljem da ponudi “novu uvjerljivu naraciju” o Evropskoj uniji kao odlučujućem koraku na putu prema politički osmišljenoj svjetskoj zajednici, putu na kojem presudan moment predstavlja konstitucionalizacija međunarodnog prava. Konstatirajući da klasično međunarodno pravo ostavlja internacionalne odnose u “prirodnom stanju”, on smatra da bi “potreba za koordinacijom svjetske zajednice, koja je u međuvremenu nastupila, mogla biti prevladana samo ‘kosmopolitskim pravnim stanjem’ (u osavremenjenom kantovskom smislu)”².

*Autor je filozofski pisac i prevodilac, vanredni profesor na Pravnom fakultetu Univerziteta u Zenici.

¹ J. Habermas, “Kants Idee des ewigen Friedens — aus dem historischen Abstand von 200 Jahren”, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt a/M 1996, ss. 192-236; nakon toga, Habermas se Kantovom idejom svjetskog prava bavio u tekstovima “Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?”, *Der gespaltene Westen*, Suhrkamp, Frankfurt a/M 2004, ss. 113-193 (usp. “Ima li konstitucionaliziranje međunarodnog prava još jednu šansu?”, *Rascijepljeni Zapad*, prev. S. Bosto, Rabic-ECLD, Sarajevo 2010, ss. 127-217) i “Eine politische Verfassung für die pluralistische Weltgesellschaft?”, *Zwischen Naturalismus und Religion*, Suhrkamp, Frankfurt a/M 2005, ss. 324-365 (usp. “Politički ustav za pluralističko svjetsko društvo?”, *Između naturalizma i religije*, prev. S. Bosto, Tugra, Sarajevo 2009, ss. 369-415).

U ovom radu ne zadržavam se na Habermasovom osavremenjenju Kantovog kosmopolitizma; pokušavam da preispitam koncept demokratskog donošenja prava, pokazujući da upravo njegova *ograničenja* imaju određen integrativni potencijal u procesu odvajanja demokratskog odlučivanja od nacionalne države.

U cijelom svome djelu Habermas više puta objašnjava šta smatra demokratijom; već i sama inventura njegovih određenja i pojašnjenja predstavlja izazov koji zaslužuje posebno istraživanje. Srećom, u kratkom spisu o ustavu Evrope sam autor nam pomaže kazujući: “Prije nego što objasnimo moguće odvajanje demokratskog postupka od nacionalne države, moramo znati šta želimo razumijevati pod demokratijom”. Izbor riječi nije slučajna: ne tražimo da znamo kako se demokratija historijski shvatala i koja je od njenih mnogobrojnih definicija ispravna ili prikladna, već odlučujemo kako mi danas *želimo* da je razumijemo (*was wir unter Demokratie verstehen wollen*). Takva autoritativna definicija demokratije može po svome sadržaju biti samo normativna. Šta, dakle, želimo razumijevati pod demokratijom?

Demokratsko samoodređenje znači da su adresati prinudnih zakona istovremeno i njihovi autori. U jednoj demokratiji građani su potčinjeni samo zakonima koje su za sebe donijeli u demokratskom postupku. Ovaj postupak svoju legitimacijsku snagu ima zahvaliti, na jednoj strani, uključenosti svih građana (kako god da se ona posreduje) u političke procese odlučivanja i, na drugoj strani, povezivanjem (ako je potrebno kvalificiranih) većinskih odluka sa deliberativnim obrazovanjem mišljenja³.

Međutim, ispitivanje povijesnog nasljeđa kojeg smo se ovim aktom volje oslobodili baca na demokratiju nešto drukčije svjetlo. Prije svega: ko sudjeluje u demokratskom procesu? Iz navedene normativne definicije jasno je da su to građani. No pojam građanina, čiji je sadržaj za nas samorazumljiv, u povijesnoj izgradnji demokratije je više nego sporan; on stoljećima *nije*

² J. Habermas, *Ogled o ustavu Evrope*, CJP, Sarajevo 2011, s. 32, bilj. 35.

³ J. Habermas (bilj. 2), s. 49.

obuhvatao sve članove političke zajednice ili, tačnije rečeno, sve adresate opštevažećih pravnih normi. U društvima koja su se demokratski (samo)izgrađivala, punopravni učesnici u odlučivanju tj. donošenju prava bili su unapred kontingentno zadati. Nakon ukidanja cijelog niza cenzusa (rasnih, spolnih, imovinskih, obrazovnih...), danas se u zapadnoevropskim društvima socijalna osnova *demosa* proširila do teorijskog maksimuma, pa *građani* obuhvataju sve punoljetne i duševno zdrave članove neke političke zajednice; no još koliko jučer u Evropi su, naprimjer, žene bile potčinjene zakonima koje su, u demokratskom postupku, donosili muškarci.

Dalje, zahtjev da adresati prinudnih zakona budu ujedno i njihovi autori, koji vuče porijeklo iz jednog načela rimskog privatnog prava (*Quod omnes tangit, ab omnibus approbetur*)⁴, ne pomaže nam da utvrdimo socijalne granice zajednica u kojima on važi. Iz njega nedvosmisleno slijedi da svi Francuzi treba da sudjeluju u donošenju pravila koja važe u Francuskoj, a svi Nijemci u donošenju pravila koja važe u Njemačkoj — ali primjenom tog načela ne možemo *demokratski* odrediti gdje u geografskom smislu prestaje važenje francuskih a počinje važenje njemačkih *demokratski donesenih* zakona, tj. gdje (treba da) prolazi zamišljena crta koja dijeli Francusku i Njemačku. A upravo su ta pitanja bila povod za najkrvavije ratove u Evropi i svijetu, još dvjesto godina nakon Kantovog vremena.

Što se ona danas u Evropi više ne postavljaju, to je rezultat — i u tome je lako složiti se s Habermasom — civiliziranja međunarodnog prava. Nesumnjivo je tačan stav da zapadnoevropska demokratska društva danas priznaju, bez ikakve rezerve, granice evropskih država, no same te granice nisu jedan od produkata demokratskog donošenja prava već su, inicijalno, jednostran akt (uvijek nekih) historijskih pobjednika koji su svoju volju pretvorili u zakon što je tek u retrospektivi dobio demokratsku legitimaciju.

To nas dovodi do trećeg povijesnog momenta koji želim iznijeti na vidjelo, a koji upotpunjuje naraciju o demokratskom donošenju prava: u jednoj demokratiji građani možda jesu potčinjeni samo zakonima koje su za sebe donijeli u demokratskom postupku, ali oni *nisu demokratski usvojili sam taj postupak*. Demokratija ne osigurava sama svoj osnov, i neko društvo postaje demokratsko tek nakon (najčešće silovitih) sukoba u kojima pristalice demokratije sasvim nedemokratski

⁴ “Svi treba da odobre ono što se svakoga tiče”; ova maksima rimskog prava naprije se odnosila na štćenika koji ima više staratelja, no u srednjem vijeku protegnuta je na javno pravo u “demokratskom” smislu. V. Philippe Nemo, *Histoire des idées politiques dans l’Antiquité et au Moyen Âge*, PUF, Pariz 1998, s. 423.

eliminiraju njene protivnike. Povijesno gledano, historijski pobjednici koji su u zapadnoj Evropi nakon Drugog svjetskog rata utvrdili i potom silom osiguravali granice političkih zajednica isti su oni koji su inicirali i u prvo vrijeme silom osiguravali njihov razvoj kao *demokratskih* političkih zajednica.

S tog aspekta, nije tačna jednačina prema kojoj više demokratije jest jednako više ujedinjenja. S izuzetkom ponovnog ujedinjenja Njemačke, koje je skorašnjeg datuma, politička ujedinjenja na evropskom kontinentu *nikad nisu bila*, ni konceptualno ni historijski, *rezultat demokratskih projekata*. Konceptualno, zato što su se (nacionalistički) ujediniteljski pokreti (npr. u Njemačkoj i u Italiji) neosnovano pozivali na opštu volju koju su zapravo tek namjeravali da uspostave, bivajući u osnovi projekti “djelatnih manjina” što su tek retrospektivno zadobivali masovni pristanak⁵. Historijski, zato što su socijalne granice budućih političkih jedinica ocrtavali nepredvidivi ishodi ratova, osvajanja, etničkih čišćenja i dinastičkih brakova, te su one zapravo utvrđene sasvim nedemokratski, kontingentnim aktima apsolutne ili autoritarne vlasti kojima je tek “nacionalno osvještavanje”, stoljećima kasnije, podarilo aureolu organskog ili sudbinskog.

Otud stoji primjedba da je Evropa žrtva svoga uspjeha. S jedne strane, njena politička kultura prešla je u svom razvoju tačku u kojoj bi autoritarno odlučivanje još bilo moguće pravdati nekim poželjnim ishodom: odlučivši da je izgrađujemo kao zajednicu *demokratski donesenog* prava, sebi smo postavili granice čije bi prekoračenje bilo samorazarajuće. S druge strane, upravo zato proces ujedinjenja Evrope kao demokratske zajednice mora se bespogovorno zaustaviti kada tako demokratski odluče njegovi subjekti⁶ — a ta odluka također je samorazarajuća.

U tome se sastoji paradoks projekta političkog ujedinjenja Evrope shvaćene kao zajednica demokratski donesenog prava: budući da svaka historijska demokratija vuče porijeklo iz nekog inicijalnog autoritarnog čina, ujedinjenje evropskih nacija u *jedinstvenu političku demokratsku jedinicu* bilo bi najlakše osigurati — sa stanovišta instrumentalne racionalnosti — na nedemokratski način, akcijom (otuđenih?) nacionalnih političko-ekonomskih elita vođenom sasvim u duhu djelovanja koje Habermas karakterizira kao “egzekutivni

⁵ Kako je to pokazao češki historičar Miroslav Hroch, u svojoj studiji *Die Vorkämpfer der nationalen Bewegung bei den kleinen Völkern Europas*, Acta Universitatis Carolinae. Philosophica et historica. Monographia 24, Prag 1968.

⁶ Misli se, prije svega, na referendume kojima su Francuzi i Nizozemci (2005) odbacili Ugovor kojim se uspostavlja ustav za Evropu, usvojen od šefova država i vlada Evropske unije 19. juna 2004. u Bruxellesu.

federalizam”. Nakon ujedinjenja, u desetljećima koja slijede, programirano evropsko “nacionalno osvješćavanje” moglo bi tu akciju *retrospektivno* — dakle, prema modelu obrazovanja nacionalnih država — predstaviti kao izraz opšte volje, popunjavajući na taj način demokratski deficit; a institucije jedinstvene Evrope inducirale bi, nakon nekoliko naraštaja, osjećaj pripadnosti *evropskoj političkoj kulturi*, koja nije u opreci s tradicionalnim socijalnim kulturama.

To nije sve: jer, ako je vjerovati Carlu Schmittu, temeljni kriterij za prosuđivanje političkih pobuda i postupaka jest razlikovanje prijatelj-neprijatelj, pa su — historijski gledano — kolektivna opasnost i izloženost nasilnoj smrti učvršćivali evropske političke zajednice u jednakoj mjeri kao i kulturni projekti, ako ne i više. Zbog stravičnog iskustva Drugog svjetskog rata, svi naponi u posljednjih 65 godina u Evropi bili su usmjereni ka eliminiranju rata kao sredstva nacionalnog širenja, najprije hladnoratovskom “ravnotežom straha” i uvjerljivoj snagom odvrćanja (*dissuasion force*), zatim otklanjanjem opasnosti od termonuklearnog sukoba i konačno otklanjanjem opasnosti od konvencionalnog vojnog sukoba. Čini se da su ti naponi — koji se nisu kretali pravolinijski, o čemu svjedoči i epizoda krvavog raspada Jugoslavije — danas konačno okrunjeni uspjehom. No “nestanak neprijatelja” u Evropi ne mora nužno imati za posljedicu političko ujedinjenje kontinenta; naprotiv, neke evropske države koje vanjska opasnost ili strah od susjeda više ne drže na okupu pokazuju, s nestankom autoritarnog modela vlasti na unutrašnjem planu i trijumfom demokratskog donošenja prava, tendenciju ka rastakanju. U tome leži drugi paradoks evropskog ujedinjenja: s jedne strane, Evropa je zamišljena kao politički i socijalni prostor unutar kojeg je neprijateljstvo zamijenjeno saradnjom, razmjenom i lojalnom konkurencijom — što može izazvati proces političkog razjedinjavanja; s druge strane, upravo zbog imperativa što ih diktira njezina vlastita politička kultura, tako zamišljena Evropa nastojat će da sa drugim geopolitičkim cjelinama uspostavi odnose saradnje, razmjene i lojalne konkurencije — dok bi zapravo odnosi “neprijateljstva” znatno ubrzali njezino političko ujedinjenje⁷.

Iz nekih Habermasovih supsidijarnih opaski može se pomišljati da on, u ostvarenju kantovskog projekta, računa i na jednu hegelovsku kategoriju: lukavstvo uma.

Uz opasnost da Hegelovu filozofiju povijesti pojednostavim na nedopustiv način, podsjećam da je za

⁷ Ideju o Evropi kao žrtvi vlastitog civilizacijskog uspjeha iznio sam, u najkraćem, u tekstu “Dva paradoksa ujedinjenja Evrope”, *Zarez III/65*, Zagreb, 11. oktobar 2001, s. 17.

njega opšta povijest ostvarenje ideje uma kroz susljeđivanje duhova pojedinih nacija. No um ne radi sam: “uopšte ništa nije se ostvarilo bez *interesa* onih koji su svojom djelatnošću sudjelovali u tome”⁸. Hegel interes naziva strašću “ukoliko se cijeli individualitet založi za neku stvar uz zapostavljanje svih drugih interesa i ciljeva, kakvegod čovjek ima i može imati, koncentrirajući na taj cilj sve svoje potrebe i snage”, da bi mogao reći “da se ništa veliko na svijetu nije izvršilo bez strasti”. Otud zbivanje svjetske povijesti ima dva momenta, ideju i ljudske strasti, “od kojih je prvi osnova a drugi potka velikog saga svjetske povijesti koji se stere pod nama”⁹.

“Posebni interes strasti nerazdruživ je dakle od djelatnog razvoja onog univerzalnog; jer iz posebnoga i određenoga rezultira ono opšte. To je ono posebno, što se međusobno bori i od čega se jedan dio uništava. Sukobu, borbi i opasnosti ne izlaže se opšta ideja; ona se, nenapadnuta i neoštećena, drži u pozadini. To što um daje da za njega djeluju strasti, pri čemu stradava i trpi štetu samo ono čime on sebe dovodi u egzistenciju, valja nazvati *lukavstvom uma*”¹⁰. Stoga se povijesni domašaj ljudskih postupaka nikada ne može svesti samo na subjektivne pobude aktera. Ljudske strasti, koje su činilac otuđenja, mogu isto tako služiti napredovanju u svijesti o slobodi¹¹. Naprimjer, kada je Julije Cezar osvajao Galiju i mediteranski svijet, ili vlast u Rimu, mislio je da to čini u interesu da održi svoj položaj, čast i sigurnost¹², što je naizgled ostrašćen i “negativan cilj”; no na taj način on je unapređivao ideju individualnog gospodara države, ili imperijalnog režima koji, prema Hegelu, ide u smislu “svjetske povijesti”, ide prema modernoj državi; na taj način, on je slijedio “volju svjetskog duha”.

Um tako upravlja svijetom iz pozadine. On se ostvaruje u povijesti, koja se svojim akterima može učiniti nepovezana i haotična, no iza te prividne povijesti odvija se prava povijest, povijest svjetskog duha. Taj teleološki dualizam opravdava tiraniju, ratove (kao nužne momente u životu nekog naroda, izraz njegove slobode) i strasti, radi ostvarenja određenog cilja. Veliki ljudi, heroji, jedini mogu usmjeravati želje naroda, vođeni vlastitim interesima, no budući da “njihovi vlastiti partikularni ciljevi sadržavaju supstanciju koja je volja svjetskog duha”¹³, oni na taj način i protiv svoje volje djelaju na ostvarenju univerzalne države, koja je

⁸ Hegel, *Filozofija povijesti* (prev. Viktor D. Sonnenfeld), Bardfin, Beograd 2006, s. 39 (podv. T. H.).

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Hegel (bilj. 8), s. 47.

¹¹ Jean-François Kervégan, u Jean-François Pradeau (ur.), *Histoire de la philosophie*, Seuil, Pariz 2009, s. 470.

¹² Hegel (bilj. 8), s. 44.

¹³ *Ibid.*

političko otjelovljenje apsolutnog duha. Tiranija je u povijesti neophodna, zato što omogućuje eliminiranje partikularnih volja koje djeluju centrifugalno. Kada se postigne pokornost, kada se opšta volja prevede u zakon, narodi svrgavaju tiraniju “pod izgovorom da je užasna, a zapravo samo zato što je postala suvišna”¹⁴.

Habermas potvrđuje, kao očiglednost, da se evolucija prava do sada nije provodila ni mirno ni pravolinijski. Negativno je samo jedan moment u preobražaju (političke) kulture, “pa ako u ovoj dimenziji — kao i Kant svojevremeno, s obzirom na posljedice Francuske revolucije — želimo uopšte govoriti o tekovinama, onda je ‘napredovanje ka legalitetu’ uvijek sporedna dobit klasnih borbi, imperijalističkih osvajanja i kolonijalnih strahota, svjetskih ratova i zločina protiv čovječnosti, postkolonijalnih razaranja i kulturnog iskorjenjivanja”¹⁵.

Paralela teško da može biti izraženija: Habermasovo priznavanje sporedne dobiti ratova i razaranja konceptualno odgovara Hegelovom raspoznavanju korisnosti tiranije. No epoha se promijenila, i treba naći nove figure, ili stare ispuniti novim perceptivnim sadržajem. Šta ostaje kada se ratovi i razaranja elimini- raju kao ilegalni, a tiranije (i svi drugi vidovi autoritarnog režima) sprema u ropotarnicu povijesti? Mjesto imperijalizma evropskih sila je već zauzeo američki hegemonizam, kolonijalizam se pretvorio u neokolonijalizam, a kulturno iskorjenjivanje izgubilo je svoju nasilnu dimenziju, i danas se uspješno provodi kao okcidentalizacija (amerikanizacija, holivudizacija...) kulture. Borba protiv svih ovih oblika dominacije ostaje regulativna ideja, cilj za koji znamo da se nikada ne može u potpunosti ostvariti ali od čijeg ostvarenja ne smijemo odustati, no nema razloga da ne priznamo kako i oni ostvaruju napredovanje ka legalitetu kao sporednu dobit.

Idući dalje tim putem, možemo uspješno zamisliti da interesi burzovnih mešetara i krupnih bankara igraju ulogu koju je kod nekadašnjih vladara i vojskovođa imalo častohleplje, i da će kasta “eurokrata”, tj. službenika zaposlenih u institucijama EU, poslovično sporih, preplaćenih i nedjelotvornih, jednom dotjerana do

zida sve učiniti da spasi svoje pozicije i statusne povlastice, tako što će spasiti evropski projekt. U tom smislu, sporedna dobit od “egzekutivnog federalizma”, koji nesumnjivo predstavlja izopačenje procesa demokratskog donošenja prava, jest što se on, kada se *demosi* država članica EU kolebaju oko spasonosnih odluka u jednom kontekstu gdje naprosto nema vremena za beskonačne procese deliberacije i usaglašavanja, pokazuje djelotvorniji. Birokratsko odlučivanje o ujedinjenju ovdje ima funkciju nedemokratskog autoritarnog akta volje kojim se demokratija utemeljuje (jer se, kako je primjećivao već Kant, napredovanje ka boljem ne može “očekivati ... tokom stvari odozdo nagore, već odozgo nadolje”¹⁶).

Iako u svome spisu Habermas ne preduzima nikakvu, a kamoli sistematsku usporedbu poimanja napretka kod Kanta i Hegela¹⁷, vokabular njegove analize sadašnjeg trenutka Evrope, na margini njegovih normativnih preporuka, dopušta da zaključimo kako on današnju ekonomsku krizu vidi hegelovskim očima: debata je u početku bila ograničena na neposredne izlaze iz aktuelne krize bankarstva, valute i dugova, pri čemu se izgubila iz vida politička dimenzija, no vrlo brzo se pokazalo da razmatrana rješenja (kao što je npr. zajedničko ministarstvo finansija za eurozonu) zahtijevaju političku transformaciju kontinenta u smjeru ujedinjenja: “lukavstvo ekonomskog (ne)uma vratilo je pitanje evropske budućnosti na politički dnevni red”¹⁸. Opasnost od socijalnog i ekonomskog sloma (pred koji je Evropu dovela igra partikularnih strasti i interesa svojstvena svjetskom kapitalizmu) reducirala je kako “kapacitet za zanovijetanje” nacionalnih birokratija tako i prohtjeve evropskih demosa, pa će odsudni (i iznuđeni) koraci na prevladavanju krize biti rezultat birokratskog a ne demokratskog odlučivanja. Što oni nužno vode ka stvaranju evropske federacije možemo smatrati sporednom dobiti.

Ne treba sumnjati da će se, s otklanjanjem neposredne opasnosti (tj. s “oporavkom eura”), politički proces usporiti; no u logici je izgradnje evropskih institucija da se na tom putu može stajati u mjestu, ali ne i vraćati natrag.

¹⁴ Hegel, *Jenaer Realphilosophie. Vorlesungsmanuskripte zur Philosophie der Natur und des Geistes von 1805-1806*, s. 247. Nav. prema Jean-François Kervégan (bilj. 11).

¹⁵ Habermas (bilj. 2), s. 46.

¹⁶ Kant, *Spor među fakultetima*, II, 10.

¹⁷ O Kantovoj prefiguraciji Hegelovog lukavstva uma v. Jacques d'Hondt, *La ruse de la raison historique kantienne, Revue germanique internationale* 6, CNRS, Pariz 1996, ss. 179-194.

¹⁸ Habermas (bilj. 2), s. 42.

SVJETLANA NEDIMOVIĆ*

Bijeg od politike: Habermasov prijedlog kozmopolitskog globalnog poretka

Habermasov prijedlog globalnih političkih struktura koje bi omogućile razvoj kozmopolitskog svjetskog poretka zapravo su pokušaj da se političko-pravna arhitektura i normativna podloga Evropske unije projicira na globalnu ravan. Predloženo rješenje međutim karakterišu problemi koji proizlaze iz dubljih, gotovo fundamentalnih problema od kojih politička filozofija tzv. Zapada ili evroameričkog svijeta pati već stoljećima. Prvi i najočigledniji jest evrocentričnost našeg pojmovnog instrumentarija, ali i kritičkih momenata, u oblasti politike — prikriveno kolonijalno naslijeđe; drugi je depolitizacija društveno-ekonomske sfere, u empirijskom i normativnom pogledu, kao najpogubnije naslijeđe liberalizma — dakle, problem koji karakteriše moderno doba evroatlantskog svijeta. Treći problem, međutim, dotiče se samo suštine ove u globalnoj akademskoj sferi još uvijek dominirajuće političke filozofije, a tu suštinu nagriža paradoks koji se ogleda u preokupaciji filozofija koja se politikom bavi da od politike i iz politike — pobjegne.

Transformacije Habermasovog projekta arhitekture kozmopolitskog svijeta

Habermasov interes za politički odgovor na eroziju samodovoljnosti nacionalnog okvira i kozmopolitske potencijale ovog procesa s vremenom nije oslabio, ali rezultati tog interesa su se bitno transformisali, što se najbolje može uočiti na primjerima eseja pisanog 1998. godine, *Postnacionalna konstelacija i budućnost nacionalne države* i *Ogleda o ustavu Evrope* iz 2010/2011¹. U međuvremenu, Habermasovo razmišljanje ali i stav u pogledu svjetskog poretka pretrpjeli su bitne izmjene.

* Autorica je doktor društvenih i političkih nauka (Evropski univerzitetski institut u Firenci, 2007). Saraduje na istraživačkom projektu *Trajectories of Modernity* pri Univerzitetu u Barseloni, i vodi *Puls demokratije*, medijsko-edukativni projekat Fondacije otvoreno društvo BiH za mlade autore i autorice.

¹ Ovdje navodeni iz izdanja na engleskom jeziku: *The Post-national Constellation: Political Essays* (prev. M. Pensky), The MIT Press, Cambridge (Mas) 2001; *The Crisis of the European Union: A Response* (prev. C. Cronin), Polity Press, Cambridge 2012.

U eseju pisanom prije nepunih 15 godina, Habermas se, nakon analitičkog osvrta na uticaj procesa globalizacije na nacionalni okvir kao dominantni vid organizacije normativno-političke zajednice, posvetio razmatranju Evropske unije, koju u tom trenutku smatra alternativnim oblikom političke organizacija s najvećim demokratskim potencijalom. Za ostvarenje Evrope kao političke zajednice i nastajanje mreža transnacionalne i transdržavne građanske solidarnosti Habermas ne smatra potrebnim postojanjem neke pretpolitičke identitarne zajednice (neumorno traženih Evropljana kao političkih subjekata i nosilaca zajedničke evropske kulture) što slijedi iz njegove šire ustavne teorije. Naime, izuzetno oštra Habermasova kritika Schmitta zasniva se na tumačenju Schmittovog pojma konstitutirajuće vlasti kao svojstva ili kapaciteta pretpolitičke (etničke, srodničke itd.) zajednice². Habermas to naziva Schmittovim 'militantnim etnonacionalizmom', ali i upozorava da na slično poimanje zajednice, kao identitarne i aktu konstitutisanja prethodeće u nekom pogledu, nailazimo i kod drugih autora čak i onih koji su svojim intelektualnim projektom veoma daleko od Schmitta, npr. kod Michaela Walzera³. Nasuprot ovim poimanjima zajednice, Habermas insistira da trenutak uspostavljanja poretka jest trenutak uspostavljanja *demosa*, tj. da nosilac suvereniteta ne prethodi aktu uspostavljanja suvereniteta, što otvara značajan prostor za mogućnost političkog postojanja Evropske unije.

U ovom svom ranijem eseju Habermas jasno govori o potrebi uvođenja zajedničkih normi i jačanja zajedničkih evropskih institucija, čime bi Evropska unija konačno prerasla iz zajednice država u postnacionalnu političku zajednicu. Ključno za to je harmonizovanje javnih politika (poreska, ekonomska, socijalna itd.), koje bi omogućilo koordiniranu preraspodjelu dobara unutar Unije utemeljenu na demokratskom procesu odlučivanja unutar institucija Unije a ne u procesu multilateralnih pregovora vlada. Ove strukturne reforme su ključ za stvaranje zajedničke, panevropske političke javne sfere koja bi omogućila transnacio-

² J. Habermas, *The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory* (prev. C. Cronin), The MIT Press, Cambridge (Mas) 1998, ss. 134-135.

³ Habermas (bilj. 2), s. 148.

nalno donošenje odluka i nastajanje transnacionalnih spona među građanstvom, uključujući i uzajamnu odgovornost te građansku solidarnost koje su do sada karakterisale isključivo nacionalne zajednice. Na eventualni prigovor o artificioznosti evropske političke zajednice, Habermas odgovora vrlo snažnom istorijskom argumentacijom — o artificioznosti procesa i produkta konstituisanja današnjih nacionalnih zajednica, kao projekta društvene integracije sprovedenog uz pomoć zakonskog okvira i medija⁴.

Na koncu eseja o postnacionalnoj konstelaciji Habermas se nakratko osvrće na mogućnosti koje se, pod pritiskom ali i zahvaljujući potencijalima globalizacije, otvaraju na planu globalne politike, ali njegovi zaključci su prilično sumorni. Sve ono što je u EU teško, globalno je — nemoguće: “Na globalnom planu... nedostaju i kompetencije za političku akciju svjetske vlade i odgovarajući temelji legitimnosti”⁵. Stoga Habermas može ustvrditi da su zahtjevi zagovornika kozmopolitske demokratije, koji se zapravo svode na stvaranje svjetskog građanstva i transformaciju Ujedinjenih nacija u efikasnu političko-administrativnu strukturu sačinjenu od tri ogranka vlasti — nerealni, a čak i da nisu, takva organizacija bi mogla djelovati u veoma uskom domenu — bezbjednost, ljudska prava i preventivna politika zaštite okoliša.

U svojoj kritici Habermas ide i korak dalje — upućuje na konceptijski problem, zvučeći pri tome vrlo šmitovski: “Bilo koja politička zajednica koja sebe želi poimati kao demokratsku mora barem razlikovati svoje članove od onih koji to nisu. Autoreferencijalni pojam kolektivnog samoodređenja omeđuje logičan prostor za demokratski ujedinjene građane koji su članovi određene političke zajednice. Čak i ako ta zajednica počiva na univerzalističkim principima demokratske ustavne države, ona još uvijek obrazuje kolektivni identitet, tako što tumači i primjenjuje te principe u svjetlu vlastite istorije i u kontekstu svog specifičnog načina življenja”⁶.

Habermas međutim ne odbacuje sasvim ideju neke vrste kozmopolitskog demokratskog poretka. On eksplicitno odbacuje mogućnost replike državnog poretka na globalnom planu, ali ne isključuje mogućnost da se za takav poredak može naći neki drugi model, koji ne bi zahtijevao relativno visok stepen solidarnosti, homogenizaciju političke kulture i vrednosnih perspektiva, te formulisanje svjetske unutrašnje politike. U pokušaj dizajniranja tog drugačijeg modela Habermas

se upušta 15 godina kasnije, ponukan, kako kaže, revolucionarnim inovacijama u produbljivanju Evropske unije — podređivanje zemalja članica sve širem i obuhvatnijem zakonskom okviru Unije, što je u tragovima prisutno i u areni svjetske politike u okviru međunarodnog prava i Ujedinjenih nacija, te ključnog principa (po)dijeljene suverenosti. Ovaj drugi princip zapravo otvara vrata nekoj vrsti globalnog parlamenta i svjetske unutrašnje politike, onome što je sam Habermas prije petnaestak godina smatrao nemogućim. Nužan korak je reorganizacija Ujedinjenih nacija, sada (labave) zajednice država, u zajednicu država i građana, kao što je Evropska unija — zajednica građana i naroda. Svjetska unutrašnja politika, koju je Habermas ranije smatrao nerealom, pomalja se u vidu problematike koju je, opet, sam Habermas ranije okarakterisao kao možda pretjerano apstraktnu — problematike mira i ljudskih prava. No upravo moralna suština ove problematike omogućava nadilaženje partikularnosti nacionalnih država i specifičnih različitih političkih kultura — upravo zbog toga što problemi rata i nasilja apeliraju na našu moralnu svijest, u odgovarajućem institucionalnom i normativnom okviru može ih se smatrati opštim i dovoljno zajedničkim za sve građane i države svijeta. Moralno jezgro, kako Habermas kaže — svih svjetskih kultura i društava — dobija formu prinudnog prava upravo kroz ljudska prava, što prirodu odlučivanja unutar reformisanih Ujedinjenih nacija čini više pravnom no političkom⁷.

Zarad ovog globalnog programa Habermas se u određenoj mjeri odriče i načela svog životnog djela u domenu politike — diskurzivne teorije javne sfere i korespondirajućeg modela deliberativne demokratije, utoliko što se priklanja nekoj vrsti plebiscitarnog donošenja odluka, opet vrlo šmitovski⁸, pa govori o moralnom DA ili NE te nužnom odsustvu zajedničkog, na komunikaciji i deliberaciji u javnoj sferi zasnovanog kolektivnog obrazovanja političke volje na planu svjetske politike.

Van domena svjetske unutrašnje politike a u domenu međunarodne politike i međudržavnih pregovora ostaje sve ono što se izravno ne tiče svjetske sigurnosti i ljudskih prava, jer — kako sam Habermas zaključuje — “neskroman uslov ‘jednakih životnih odnosa’ zasad

⁴ Habermas, *The Postnational Constellation* (bilj. 1), ss. 100-102.

⁵ Habermas (bilj. 4), s. 105 (prev. S. N.).

⁶ Habermas (bilj. 4), s. 128 (prev. S. N.).

⁷ Habermas, *The Crisis of the European Union* (bilj. 1), ss. 64-65.

⁸ Tako, kritikujući Schmitta, Habermas govori kako Schmitt ismijava argumentovanu javnu diskusiju, koja je zapravo ključna za demokratski utemeljen legitimitet bilo kojeg političkog autoriteta. J. Habermas, *The Horrors of Autonomy: Carl Schmitt in English*, s. 138; navedeno prema: A. Kalyvas, *Democracy and the Politics of the Extraordinary — Max Weber, Carl Schmitt, and Hannah Arendt*, Cambridge University Press, Cambridge 2008, s. 125.

ne može biti ispunjen na cijelom globusu. (...) Svaki moralni osjećaj opire se monstruoznoj nepravdosti jednog visoko stratificiranog svjetskog društva u kojem su danas čak i elementarna životna sredstva i izgledi raspodijeljeni na nepodnošljivo različit način. Ipak, projekat koji gleda unaprijed, prema uređenju svijeta koje cilja na civiliziranje vršenja političke vladavine, mora uzeti u obzir da se ne mogu preko noći odstraniti historijske neistodobnosti regionalnih razvoja i odgovarajuća socioekonomska razlika između *multiple modernities*⁹. Habermas zaključuje ogled predviđanjem da će s vremenom nastupiti približavanje perspektiva pravde — jer se mjerila građana i njihovih država razlikuju, ali naglašava da će se to desiti “kada zajednička politička akcija dovede do stvarnog ujednačavanja životnih standarda”¹⁰.

Kozmopolitski svjetski poredak u raljama kolonijalnog naslijeđa

Zaključna rečenica Habermasovog ogleada mora se shvatiti kao izjava od posebnog značaja. Upravo zbog toga zadržavanje interpretativnog fokusa na toj rečenici ne znači i povodjenje za predatorskim tendencijama sitničavog kasapljenja pojedinačnih, dekontekstualizovanih rečenica nesumnjivo značajnog djela, ne bi li se hranilo na minornim kontroverzama. Naime, ova rečenica nas uvodi u problematične tačke Habermasovog prijedloga koje su od značaja zato što ne ukazuju na probleme isključivo Habermasovog djela već su refleksija najdubljih i možda i najperzistentnijih problema zapadnoevropske ili evroatlantske političke teorije.

Dakle, ujednačavanje životnih standarda na globalnoj ravni moguće je postići samo zajedničkom političkom akcijom, zaključuje Habermas. No upravo je kroz dva eseja ovdje iščitavana sam Habermas demonstrirao kako je takva akcija nemoguća bez struktura koje omogućavaju (široku) političku participaciju. Još u eseju iz *Postnacionalne konstelacije* Habermas ističe značaj civilnog društva, u evropskom kao i u globalnom okviru, ali naglašava da to mora biti društvo integrisano u političku sferu, uklopljeno u institucionalni i normativni poredak kako bi moglo uticati na proces donošenja političkih odluka. U globalnom poretku koji Habermas predlaže takvih institucija nema i nije jasno šta bi moglo generisati takvu akciju. Globalne institucije se u ovom prijedlogu bave politikom ispražnjenom i redukovanom.

⁹ J. Habermas, *Ogled o ustavu Evrope* (prev. E. Šarčević i Hana Sar) Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2012, ss. 94-95.

¹⁰ Habermas, *The Crisis of the European Union* (bilj. 1), s. 70 (prev. S. N.).

Ovo može izgledati kao preoštra i neopravdana kritika — šta može biti sadržajnije od svjetskog mira i ljudskih prava? Međutim sam Habermas insistira u *Inclusion of the Other* — i tu se podsjećamo njegovih korijena u kritičkoj teoriji — da građani moraju biti u mogućnosti uživati “pravičnu vrijednost svojih prava”¹¹, dakle, sugeriše neraskidivu sponu između socijalne pravde i građanskih i političkih prava, sponu koju Habermas petnaest godina kasnije žrtvuje na oltaru real-politike u globalnoj areni.

Ta žrtva međutim počiva na problematičnoj empirijskoj dijagnostici. Habermas govori o nužnosti ali i nemogućnosti ujednačavanja životnih standarda u svijetu, usljed različitog stepena razvoja društava, odsustva simultatnosti i spominje uvijek zgodno dostupan faktor vremena, kao da sam neutralni protok vremena može doprinijeti korjenitim društveno-ekonomsko-političkoj reformama. Međutim, u pozadini onoga što Habermas vidi kao različit stepen razvoja stoji naslijeđe kolonijalizma i protivrječnosti koje razdiru savremeni kapitalizam (razdvajanje rasta i razvoja, potreba za interventnom regulacijom, Polanyijeva ideja dvostrukog kretanja u uslovima globalizacije, itd.). Naime, dovoljno je zaviriti u opise tzv. *colonial encounters* između Inka i Španaca koje nalazimo u djelu Guamána Pome, dovršenom 1616, a koje ekstenzivno navodi Enrique Dussel, latinoamerički filozof i teolog, u svojoj *Politics of Liberation* pa vidjeti da ne govorimo o različitom stepenu razvoja — Poma tako govori o depopulaciji čitavih naselja Inka i potpunoj destrukciji složenog poljoprivrednog sistema, navodeći između ostalog primjer uništenja hidrauličnog sistema, 400 km kroz planine, 1000 godina konstruisanog i razvijanog¹².

Pitanja socijalne pravde na globalnom nivou nisu, dakle, isto što i “ujednačavanje životnih standarda” (koje ni najbogatije socijalne države u unutrašnjim sferama još nisu postigle) već pitanje stvaranje normativnog i institucionalnog okvira koji će početi regulisati globalne transakcije uz uvažavanje kompleksnog i upravo tragičnog historijata savremenih ekonomskih odnosa. U kojoj mjeri to zapravo *nije* nemoguće najbolje se može prosuditi ako se prisjetimo da globalne organizacije u ovoj domeni, iako drugačijih namjera i namjena, već uveliko postoje i mnoge države im se znatno spremnije potčinjavaju, ili ih bar uvažavaju, nego Savjetu bezbjednosti i međunarodnim sudovima — misli se na Svjetsku banku, Međunarodni monetarni fond, Svjetsku trgovinsku organizaciju, pa i Međunarodnu organizaciju rada itd.

¹¹ Habermas (bilj. 2), ss. 118-119 (prev. S. N.).

¹² E. Dussel, *Politics of Liberation* (prev. Thia Cooper), SCM Press, London 2011, s. 217.

Iz rečenog nasljeđa, ali i trenutne konstelacije političkih i ekonomski odnosa slijedi da se društveno-ekonomski aspekti globalne politike, utemeljene na načelima ljudskih prava, ne mogu tretirati kao eventualni krajnji domet kozmopolitkog poretka. Takvo izuzimanje društveno-ekonomskog iz političkog zapravo je naslijeđe liberalizma — odvajanje ekonomske sfere od političke, odvajanje ekonomskih transakcija i procesa od kanala i mehanizama demokratskog odlučivanja. To je naslijeđe koje Habermas u svojim razmatranjima unutrašnje politike eksplicitno odbija, insistirajući na važnost ekonomskih procesa za politički poredak i ukazujući na još uvijek relevantno djelo Karla Polanyija¹³. Ukoliko se međutim zaobiđe liberalno naslijeđe i politička i ekonomska sfera posmatraju kao uzajamno prožimajuće, gotovo nezaobilaznim se čini pitanje da li modernu ustavnu demokratiju treba posmatrati isključivo u njenoj sponi s kapitalizmom ili i jedno i drugo treba sagledati u svjetlu istorijskog fenomena koji ih je bar djelomice oblikovao. Naime, globalni poredak koji Habermas zagovara baštini principe moderne ustavne demokratije, a James Tully upozorava je ključno svojstvo tog oblika političko-pravne organizacije *imperial right* tj. imperijalno pravo, u korijenu kojeg su, između ostalog, ekonomske aspiracije evropskih država. Konačno oblikovano u 19. vijeku, ovo pravo obuhvata pravo evropskih država da slobodno trguju u ne-evropskim društvima te njihova dužnost da ta društva civilizuju, s jedne strane, a s druge — dužnost ne- ili van-evropskih društava da se otvore za djelovanje Evropljana¹⁴. Stoga o stanju socijalne pravde u svijetu ne možemo govoriti u neutralnim terminima kao razlikama u stepenu razvoja ili odsustvu simulatnosti u istoriji različitih društava. Niti se nepravda, na koju reagujemo moralnom intuicijom, kako sugerišu Habermas, bez obzira na kolektivne identifikacije i različitosti (pa se tu pomalja svijest o dijeljenom svijetu), može svesti na kršenje usko definisanog seta prava. Ugrožavanje prava na život je usko povezano s ekonomskim pravima i ekonomskom sferom, baš kao što korijene mnogih — unutrašnjih i međudržavnih — sukoba i nepravdi danas u svijetu ali i kroz istoriju ne možemo odvojiti od ekonomskih faktora, pa su i lijekovi za njih nužno i ekonomski. Stanje Južne Afrike neumitno upućuje na ispravnost kritika koje je još devedesetih Komisiji za istinu i pomirenje upućivao M. Mamdani — politička transformacija društva nemoguća je bez društveno-ekonomske transformacije.

¹³ Habermas (bilj. 2), ss. 84-85.

¹⁴ J. Tully: "The Imperialism of Modern Constitutional Democracy", u: *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form* (ur. M. Loughlin i N. Walker) Oxford University Press, Oxford i New York 2007, s. 328.

Da svijest o fundamentalnosti ekonomskih prava i njihove neraskidive povezanosti s političkim pravima odavno postoji u drugim društvima može se uvjeriti na primjeru koji se može učiniti bizarnim, zbog svoje starine, a zapravo je upravo zbog toga od neprocjenjive važnosti — jer svjedoči o tome da je bar u nekim društvima ta svijest starija od modernih ideologija, čijem se (geopolitičkom) uticaju obično pripisuje. Naime, već spominjani Guamán Poma navodi kako rođenjem pripadnik plemena Inka nije dobijao samo pravo na život, već i komad zemlje, da njom raspolaže do svoje smrti¹⁵. Pravo na život nije, dakle, pravo na goli život nego i pravo na opstanak i reprodukciju života, a obezbjeđivanje uslova za aktivno uživanje tog prava — dužnost je zajednice. Alternativa postoji i u zapadnoj filozofiji — sloboda u liberalnom smislu je sloboda od uplitanja u lični prostor, u republikanskom — sloboda se može shvatiti kao sloboda od dominacije.

Međutim, koncepcijski problem s ovim prijedlogom je i dublji i ne odnosi se samo na zamke liberalizma i van liberalne paradigme. Fokusirajući se na političke strukture i ono što bi se moglo nazvati striktno političkim pitanjima, Habermas zapravo ne uspijeva izaći iz okvira onoga što Tully naziva jedinom oficijelnom debatom na Zapadu o svjetskom poretku — debate u kojoj su varijante prijedloga o unilateralnoj vladavini s jakom izvršnom vlašću suprotstavljene varijantama prijedloga o multilateralnoj vladavini zasnovanoj na pravu¹⁶. Ono što ostaje na marginama te debate zapravo nije marginalno — pravo nije neutralno ili, preciznije, nije emancipovano od svog istorijskog, političkog, društvenog, kulturnog konteksta.

Habermas u spisu o ustavu Evrope primjećuje da će priroda odluka na globalnoj ravni biti prije pravna no politička, što međutim ne podrazumijeva nekakvu univerzalističku sterilizaciju tih odluka. Naprotiv — Tully tvrdi da to nije ništa drugo do ukalupljivanje politike u pravni okvir Zapada: "Dakle, prije nego što demokratski dijalog i pregovori o pravnom i političkom uređenju uopšte mogu otpočeti, struktura zakona Zapada mora biti nametnuta. Konstitucionalizam prethodi demokratiji. Ovo je pretpostavka pravne kontrole. Ali premisa je pogrešna i uzrok je bezbrojnih imperijalnih ratova". I dalje: "Nezapadni narodi su oduvijek bili podređeni vlastitim *nomoi* i *demoi* i uz pomoć njih civilizovani na vlastite načine. Stoga nema niti jednog razloga zašto demokratski dijalog i pregovori ne bi mogli biti prethodnica i temelj rasprave o dijeljenom konstitucionalizmu"¹⁷.

¹⁵ Dussel (bilj. 12), s. 215.

¹⁶ Tully (bilj. 14), s. 334.

¹⁷ Tully (bilj. 14), ss. 335-336.

Projekat ukalupljivanja politike u pravo možemo posmatrati dvojako u ovom slučaju. Iz Habermasovog opusa je jasno da on pravo vidi kao medij za pripitomljavanje, civilizovanje politike, tj. političke moći i ovo je samo nastavak tj. relociranje tog napora na nivo svjetske politike. Momenat konstituiranja je momenat potčinjavanja politike redu i poretku. Međutim, prije nego intelektualni afinitet pojedinca, u Habermasovom slučaju dobrim dijelom motivisan iskustvom Drugog svjetskog rata i nacističke vladavine u Njemačkoj, iz ovoga treba iščitati opsesiju dominantnih strujanja u zapadnoj tradiciji političke misli: opsesiju bijegom od (opasne, konfliktne, otvorene i nepredvidljive) politike. To je opsesija o kojoj, između ostalih, govore C. Schmitt i H. Arendt, a za koje je politika u njenom redovnom obliku, dogovornom i normom regulisanom obliku tek jedna od mogućnosti, koja ne uspijeva eliminisati sveprisutnost politike u njenom agonističkom ruhu.

Niti jedno od ovo dvoje mislilaca nije se pretjerano zanimalo pokušajem konstrukcije svjetskog poretka — za Schmitta je isključenje nužan uslov svake politike, *nomos* je teritorijalno omeđen ili nije *nomos*¹⁸. Za Arendtovu je suverena država jedini garant prava pojedinca — ljudsko pravo posjedujemo i uživamo samo kao državljani¹⁹. Međutim njihovo poimanje politike kao prostora izvanrednog²⁰ otvara zanimljive mogućnosti za razmišljanje o svjetskom poretku.

Naime, Arendtova govori o moći koja ne pripada pluralitetu ali koju samo pluralitet generiše — taj 'revolucionarni duh' koji je istovremeno destruktivan i konstruktivan, koji postoji kroz promjenu a teži — uspostavljanju trajnog poretka²¹. Kako je Schmitt shvata, konstituirajuća moć postoji prije momenta konstituisanja poretka, jer u korijenu svakog poretka i svake norme je odluka, podsjeća Schmitt na fundamentalnu i neizbježnu dozu arbitarnosti u svakoj normi²² (što dodatno sugerije opravdanost Tullyjevog zahtjeva za otvaranjem demokratskog dijaloga prije uspostavljanja ustavno-pravnog okvira, kako odluka u korijenu norme ne bi bila jednostrana).

¹⁸ Vidjeti posebno: C. Schmitt, *The Nomos of the Earth in the International Law of the Jus Publicum Europaeum* (prev. G. L. Ulmen), Telos Press, New York 2006.

¹⁹ "Ne samo da je gubitak prava državljanina u svim slučajevima značio i gubitak ljudskih prava, nego je i ponovno uspostavljanje ljudskih prava postignuto tek ponovnim uspostavljanjem prava državljanina, kako dokazuje primjer države Izrael" (prev. S. N.). H. Arendt: *The Origins of Totalitarianism*, Harcourt Inc., San Diego, New York i London 1968, s. 299.

²⁰ Detaljno o ovakvom čitanju djela Schmitta i Arendtove v. A. Kalyvas (bilj. 8).

²¹ H. Arendt, *On Revolution*, Penguin Books, London i New York 1990, s. 232.

²² C. Schmitt, *Constitutional Theory* (prev. J. Seitzer) Duke University Press, Durham i London 2008, s. 77.

Schmittove ideje, kako je već rečeno, svakako otvaraju pitanje pretpolitičnosti zajednice i sve probleme sa supstantivno shvaćenim zajednicama — uniformnost, homogenost, zatvorenost, isključivost, iracionalnost itd. (iako Schmitt, kako protivno Habermasu i drugim kritičarima ističe Andreas Kalyvas, zapravo historizira zajednicu ili, kako kaže, 'jedinstvo', koje definiše relacijski i situacijski, podvlačeći da se ono formira u odnosu na trenutno Drugo-neprijateljsko)²³. Preneseno na globalni plan, ne znači li to da bi se zahtijevalo (pred)postojanje globalne zajednice u znatno supstantivnijem smislu nego je to i zamislivo, bar u ovom trenutku? Habermasov proceduralistički, diskurzivni pristup pretpostavlja nastanak zajednice kroz sam akt uspostavljanja normativnog okvira, u tom trenutku i u toj mjeri (prema dubini i obimu okvira, dakle) i utoliko se čini pogodnijim za razmatranje globalnog kozmopolitskog poretka.

Ali zahvaljujući, uslovno rečeno, pretpostojanju te moći — ona postoji svakodnevno unutar uspostavljenog poretka ali i, najbitnije, pokraj njega. Kao mogućnost preispitivanja, ponovnog otvaranja, razaranja, transformacije i — novog konstituiranja. Kako kaže Sieyès, ta moć je svemoćna, nikakvom poretku ona nije podređena. Kao takva, ona politički prostor, kao potencijalno prostor promjene, drži otvorenim i van pravnog okvira.

Neke struje u političkoj filozofiji kakvu danas učimo to smatraju opasnim i Habermasov projekat, s korijenima u diskurzivnom poimanju politike kao prakse koja teži dogovoru u konačnici, nije iznimka — pravo mora kontrolisati moć. Ustav i poredak su ograničenja a ne otjelovljenja moći. Arendtova bi u tome prepoznala opsesiju političke filozofije još od Platona — opsesiju bijegom iz *praxisa* u *poiesis*, iz činjenja u pravljenje, iz politike u administraciju, iz nesigurnosti i nepredvidljivosti slobode u sigurnost i predvidljivost nužnosti. No ostaje pitanje s margine — odakle će onda doći problematizacija i kritika, s potencijalom preobraženja, poretka utemeljenog na dominaciji tek jednog modela organizacija i društvene integracije? Zatvore li se naime ti politički prostori van pravnog okvira možda nećemo imati drugog izbora nego da se saglasimo s usklikom Thomasa Jeffersona na vijest o Shaysovoj pobuni: "Ne daj nam Bože da ikad protekne dvadeset godina bez takve pobune"!

²³ Kalyvas (bilj. 8), s. 121.

SPAHIJA KOZLIĆ*

Ideja univerziteta iz perspektive Habermasovog zahtjeva za preispitivanjem politike razdržavljenja

Aktuelni diskurs o evropskom polisu sve se više ograničava na modalitete izlaska iz bankarske krize, pri čemu se očito zanemaruje politička dimenzija problema i stiče se utisak da se radi o opasnom ekonomističkom sužavanju perspektive, upozorava Habermas u *Ogledu o ustavu Evrope* pitajući se pri tome koji su stvarni razlozi krize Evropske unije. Prvobitni entuzijazam o nadnacionalnom ustroju Evrope, koji i pored povremenih pesimističkih opaski dominira u esejističkoj disperziji Habermasove misli, kao da gubi dah. To je, dakle, vidljivo u sve češćem reduciranju problema na ekonomske kategorije i zanemarivanju, kako to primjećuje Habermas, “uvećane socijalne razlike i statusne nesigurnosti”. Evropske vlade pokazuju nedostatak hrabrosti, one se “bespomoćno koprcaju u bezizlaznosti situacije, priklještene na jednoj strani imperativima velikih banaka i agencija na *rating*, a na drugoj vastitim strahom od zapriječenog gubitka legitimacije pred vlastitim, frustriranim narodom. Obezglavljena trka za rastom ukazuje na nepostojanje jedne široko otvorene perspektive”¹.

Problem je utoliko veći što se “privatizam građana države pojačava zahvaljujući obeshrabrujućem gubljenju obrazovanja mišljenja i volje”², a on je posljedica ne-

moćnosti da tržište bude demokratizovano po uzoru na državne institucije. Ono zato teži primjeni i u onim oblastima života koje su prije bile vezane drugačijim normativnim vezama, pa je orijentacija ka tržišnom uspjehu postala dio gotovo svakog subjektivnog djelovanja, pa i onog koje se tiče obrazovanja.

Iako se Habermas manje detaljno bavi idejom univerziteta, iz nekoliko izrečenih stavova se može zaključiti da su i na univerzitetima, kao prostoru najšire edukacije, sve prisutniji imperativi finansijske isplativosti koji pomiču ustranu ideju univerziteta humboltovske i kantovske provenijencije, pa nauku i edukaciju čine zavisnim od privatnog kapitala. Osim toga, umjesto bezuslovne slobode i inspirirajuće samoće, nauka skreće sa fundamentalnih ka tzv. primijenjenim, odnosno profitabilnim istraživanjima. Uporedo sa ovim procesom sve je vidljivije kolebanje univerziteta između dva naučno-metodološka pristupa zbilji. Jedan je antimetafizički neopozitivizam kao scient(e)ološko dogmatsko uvjerenje da nauke (posebno prirodne) dosežu preciznu istinu i smisao realiteta, a drugi, upravo obrnuto, zbilju izvanbiljski pokušava antiempirijski reproducirati u vidu lakomislenog, gotovo dogmatskog vraćanja velikim filozofskim teorijama.

Sve je vidljivije, čini mi se, da živimo vrijeme takozvane tekuće sadašnjosti i ono time nikako ne pogoduje suštini univerziteta, jer tekuće treba razumijevati kao likvidaciju onog postojanog i konzistentnog.

Mislim da je u ovom smislu za raspravu uvijek poticajan, ali i zabrinjavajući stav Jürgena Habermasa o potčinjavanju zbilje imperativima tržišta. Ludilo svekolike privatizacije, dakako, nije mimoišlo ni univerzitate, pa tako posredstvom finansijskih investitora zainteresiranih isključivo za veću dobit kulturu i obrazovanje “čini zavisnim od interesa i raspoloženja investitora osjetljivih na konjunkturu”³.

koji nije naprosto iracionalan”. Doduše, ovim on želi podvući potrebu neutralnosti državne vlasti da na principijelno jednakoj ravni garantira i “potencijal istinitosti” religijskih svjetonazora i to tako što će sekularna javnost uložiti napor da se religijski prilozu svijetu prevedu na “javno pristupačan jezik”.

³ J. Habermas (bilj. 1), s. 100. Govoreći o neoliberalnom društvenom, dizajnu Habermas upozorava na njegovu opas-

* Autor je doktor filozofije, docent na Pravnom fakultetu Univerziteta u Zenici.

¹ J. Habermas, *Ogled o ustavu Evrope* (preveli Edin Šarčević i Hana Sar), Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2011, s. 41.

² J. Habermas, *Dijalektika sekularizacije — o umu i religiji*, (preveo Dragan Stojanović) Dosije, Beograd 2006, s. 23. Radi se o razgovoru između Habermasa i Josepha Ratzingera koji je, na poziv Bavarske Katoličke akademije, voden 19. januara 2004. godine u Minhenu. U dijalogu ova dva “intelektualna antipoda” Habermas pita o pretpolitičkim osnovama demokratske pravne države, posebno nakon očitog pozitiviranja cjelokupnog prava i “nemetafizičkog opravdanja političke vlasti”, odnosno umskog, liberalnog opravdanja temelja demokratske ustavne države (kantovske provenijencije) koji stoje nasuprot religijskim učenjima o prirodnom pravu. Konkretnije, da li sekularna država može živjeti “od normativnih pretpostavki koje ona sama ne može da garantuje”? Osim ovog pitanja koje smjera na pomalo iznenađujući poziv filozofiji da bude spremna učiti iz religijske tradicije, “religiozno nemuzikalni” frankfurtovac, kako Habermas naziva samog sebe, pledira na postsekularno vraćanje i drugim izvorima zapadne kulture uključujući čak i mogućnost da “religioznim uverenjima bude priznat epistemski status

Vratimo li se nakratko filozofskim teorijama koje primarno tretiraju metode naučne spoznaje, vidjet ćemo da je ekspanzija nauke nametnula i pitanje da li je sa njom došla i vrijednost. Jedna od društvenih doktrina koja se danas, uprkos njenoj dominaciji, sve više preispituje svakako je pozitivizam koji polazi od stava da je saznanje s jedne strane biološki proces prilagođavanja okolini, i s druge, takvo saznanje generalno treba počivati na temeljima prirodnih nauka i njihovih metoda. S tim u vezi, nauka ima svoj nužni razvoj koji počiva na odbacivanju teorija koje su nepraktične, stav je pozitivizma, a prihvatanju onih koje su cjelishodnije. Pozitivizam i njegove savremene apologetske varijante daju akcenat na strogo razlikovanje između onog što nam je u iskustvu odista dato od raznih primjesa našeg mišljenja ali i praktičnih ciljeva tako da su oni stvorili pojam čistog iskustva koji stoji na dva temelja: praktičnom cilju saznanja i njegovoj profitabilnosti.

Zato se on spoznajno orijentira na ono dano, činjenično, pojedinačno, iskustveno i opažajno, on bježi od govorenja o bićima kao stvarima, nego isključivo o strukturalnim odnosima kao samim stanjem stvari. Nadalje, prema Comteovoj prvobitnoj uputi, odbacuje se svako traganje za uzrocima iza samih pojava, i orijentira se isključivo na ono postojeće, čime se iz naučnog interesa izbacuje svako pitanje o onome što bi trebalo biti, posebno aksiološko pitanje o tome kakvo bi trebalo biti društvo i odnosi u njemu⁴.

Ova metodološka doktrina provlači tendenciju da se istraživanje nužno kreće u sferi pozitivno datog i ne interesira ga filozofsko-metafizički pogled na svijet jer samo nauka u užem smislu ima svoje obrazloženje i cilj, dok filozofija kao metafizika pretenduje na nemoguće i nerealno. Ne čudi stoga Comteov stav da je filozofsko, odnosno metafizičko znanje povijesno prevaziđeno, jer se postepeno u modernoj prirodnoj, a potom i u društvenoj nauci uvodi hipoteza kao instrument i eksperiment kao osnovna metoda radi ovladavanja prirodom. Time prirodna nauka nije, kako to Heidegger primijeti, istraživanje po eksperimentu, nego obratno, eksperiment je moguć tamo gdje se spoznaja prirode

nu intenciju marginaliziranja države i politike generalno. Postmarksistički koncept, koji on navodi u *Rascijepljenom Zapadu*, jest "scenarij rastrojene imperijalne moći" koji "osvjetljava naličje neoliberalnog projekta". V. J. Habermas, *Rascijepljeni Zapad* (preveo Sulejman Bosto), Rabić, Sarajevo 2010.

⁴ Za Herberta Marcusea, primjerice, pozitivizam je, ustvari, svijet tehnološke stvarnosti u kojem dolazi do "transformacije svijeta objekta u instrumentalni svijet" i to tako što se slijeпа priroda pokazuje "unutar dohvata znanstvenog i tehničkog progressa", a metafizika se odbacuje kao iracionalna i nenaučna. V. H. Marcuse, *Čovjek jedne dimenzije. Rasprave o ideologiji razvijenog industrijskog društva* (prevela Branka Bruić), Veselin Masleša, Sarajevo 1968, ss. 160-172.

preobrazila u istraživanje. Ovome dodajmo i Heideggerovu opasku da je svaka nauka stroga ali ne i egzaktna, a pojam "egzaktno" ima više značenja i može značiti tačno, odmjereno, brižno... Od svake nauke se, da bi bila egzaktna, traži metodsko poštivanje strogosti. No, budući da se pod egzaktnim često razumije brojčano određeno, izmjereno i izračunato, onda se tu radi o karakteru same metode a strogost je u uvjerenju da se ona mora kretati u okvirima eksperimenta, računanja i mjerenja. S druge strane, takozvane duhovne nauke, "da bi bile stroge nužno moraju ostati neegzaktne. To nije nedostatak nego njihova prednost"⁵.

Vrijeme poslije heideggerijskog kraja filozofije u znaku je i jednog u biti antiempirističkog lijenog mišljenja koje se površno bavi rubovima velikih filozofija. Ova filozofska razmaženost rezultira prepuštanjem interpretativnog monopola prirodnim naukama čime modus uvjerenja u istinu postaje scient(e)ološka dogma u svemoć nauke generalno.

Interpretacijom se žele prevladati kontingencije u prirodi, ali se one "nenadano" javljaju u društvenim procesima, pa, budući da društvene nauke više ne mogu "preuzimati funkcije slikâ svijeta" (Habermas), dolazi do opasnog javljanja kontingencija čak i tamo gdje ih je moguće izbjeći. Društvene nauke time ne pružaju takvo znanje koje bi bilo društveno primjenjivo, koje bi "svladalo kontingenciju" i koje bi, na koncu, bilo odgovor na fakticitete usamljenosti, krivnje, bolesti i smrti, kao kontingencija, kako to neko reče, "s kojima moramo živjeti i to u principu neutješno"⁶.

Ne čude, onda, sve češće opaske da je teško braniti stav da se može misliti "demitologizirano jedinstvo svijeta" osloncem na naučnu argumentaciju, jer je očito da nauka po svom novovjekovnom utemeljenju nije u stanju preuzeti "odgovornost" da obnaša funkciju slike svijeta zbog svog pozitivističkog samonerazumijevanja, ali i izvanzbiljskog nekritičkog vraćanja velikim teorijama.

Društvena misao je na ovakav scient(e)izam, prema ranije izrečenim stavovima Habermasa reagirala u tri pravca: teorijama u takozvanim komplementarnim filozofijama koje priznaju pozicije Comteove provenijencije tragajući za relativističkim rješenjima u vidu svjetonazornog zadovoljenja čovjeka, potom stavovima koji se okreću filozofskim izvorima s ciljem obnove osnovnih filozofskih intencija kao što je to uporno činila fenomenologija i Heidegger; i na kraju, reakcija u vidu staljinističkog totalitarnog režima.

⁵ V. M. Heidegger, *Prilozi o filozofiji. Iz događaja* (preveo Kiril Miladinov), Naklada Breza, Zagreb 2008, s. 131.

⁶ V. J. Habermas, *Problemi legitimacije u kasnom kapitalizmu* (preveo Marijan Bobinac), Naprijed, Zagreb 1982.

Svoje promišljanje uloge filozofije, s tim u vezi, Habermas sažima u tri osnovne teze: prva je da se filozofijski ne može pojmiti jedinstvo prirode i povijesti sve dok “napreci u fizici i društvenoj teoriji ne dovedu do opće teorije prirode ili opće teorije društvenog razvoja”⁷, druga se tiče zadaće filozofije da kontinuirano izlaže univerzalnost, kako on kaže, “objektivirajućeg mišljenja koje se oblikuje u naukama, pa i univerzalnost temelja racionalne životne prakse koja se može opravdati”⁸, i, naposljetku, najplemenitiji zadatak filozofije je u njenoj radikalnoj samorefleksiji koja je usmjerena protiv bilo kojeg oblika objektivizma, odnosno protiv apsolutizma čistih teorija.

Zadaća filozofije kao kritike društva je da u ovakvoj situaciji traži alternative naučno-tehnološkoj racionalnosti i tržišnoj orijentaciji koja se manifestira i kao civilizacijski totalitarizam i to ponajprije otvaranjem vidika za očuvanje i poboljšanje civilizacijskih dostignuća, potom definiranjem etabliranih totaliteta i njihove prave strukture, te, na kraju, ostvarenje “smirenog opstanka” u okviru institucija koje obezbjeđuju razvitak ljudskih sposobnosti i sloboda.

Nauku u modernom dobu karakteriše vrijednosni relativizam jer je, prema mišljenju primjerice Horkheimer, prirodna nauka “opskrbljena takozvanom objektivnošću”, ali i lišena ljudskog sadržaja. Ovakvu situaciju oslikava činjenica da tradicionalno nastojanje takozvanih duhovnih disciplina (umjetnost i filozofija), koje ide ka prirodi obdarenoj jezikom, okončava zamjenom prirode formulom a društvenih igara računarima. Vladavina takvom prirodom postaje “pounutrašnjena” a čovjek u industrijskom društvu nema niti jednog cilja koji će pokušati premašiti industrijsko i neokapitalističko doba, tako da “civilizacija kao racionalizirana iracionalnost” od čovjeka pravi oruđe “one iste prirode koju podjarmljuje”. U takvom okruženju opstanak čovjeka zavisi od prilagođavanja pritiscima kojima ga izlaže društvo, odnosno čovjek se tehnički preoblikuje u uređaj sposoban da u svakom trenutku odgovori adekvatnom reakcijom “na zbujujuća i nezgodna stanja koja tvore njegov život”⁹.

Svaki pojedinac svoje najskrivenije porive, koji su nekada bili dio njegove intime, danas mora potčiniti zahtjevima racionalizacije, tehničkog prilagođavanja i kibernetičkog planiranja, jer je prilagođavanje zahtjev od čijeg ispunjenja zavisi opstanak svakog pojedinca. Jednoličnost takvih procesa s jedne strane olakšava promjenu zanimanja, ali time mu ne ostavlja nimalo više vremena za intimu, jer što više izuma za vladavinu prirodom pronademo, to ih više moramo služiti ako hoćemo opstati .

⁷ J. Habermas (bilj. 6).

⁸ J. Habermas (bilj. 6).

⁹ V. M. Horkheimer, *Kritika instrumentalnog uma* (preveli Tomislav Ladan i Pavo Barišić), Globus, Zagreb 1988.

Zato danas čovjek reagira automatski i to prema pravilima prilagođavanja slijepim silama tržišta tako što sebe podređuje njima čime “svaka riječ ili rečenica koja natukne o odnosima koji nisu pragmatični, sumnjiva je”¹⁰.

Oslobođenje od ovakvog represivnog upravljanja i usmjerenja univerziteta teže je s njegovim jačim racionaliziranjem, produktiviranjem i tehniziranjem pa je na taj način čovjek suočen sa jednim od najmučnijih aspekata savremene civilizacije a to je racionalni karakter iracionaliteta.

Scient(e)ološka pozicija ne poznaje a time ne može ni insistirati na vrijednostima i praktičnim ciljevima, ona je s onu stranu vrijednosti, ali ova je negativnost ustvari “pozitivno određenje”, podvlači Marcuse na jednom mjestu, jer raskriva karakter savremene organizacije društva kao proračunate i racionalne zajednice s jedne, te razobličava nauku kao pukog razvlastitelja prirode od kvalitetâ s druge strane.

Na ovoj prelomnoj tački mnogi najavljuju moguću granicu i kraj ovakvog doba budući da on uzrokuje i “razvoj povijesnih alternativa” koje otvaraju mogućnost bitno nove, humane stvarnosti, odnosno otvaranja nauke za neke druge, “transutilitarne” ciljeve bliže umjetnosti života a dalje od totalitarne dominacije. To se može ostvariti budući da je ona došla do neodrživog zapostavljanja ljudskih aspiracija na humanu egzistenciju.

Pitanje koje je ranije postavio Habermas glasi: da li kasni kapitalizam i njegova racionalnost imaju u sebi potencijal da oslobode čovjeka, što je u bitnom bio zahtjev novovjekovne nauke, prosvjetiteljstva i cjelokupnog projekta moderne. Odgovarajući na njega Habermas primjećuje da je ova moć svoje utočište našla u sferi informacija i, s tim u vezi, komunikacijskih tehnologija. Na toj ravni se pojam komunikativnog djelovanja treba razumijevati kao veza ciljeva koje utvrđuju pojedinci u okviru konsenzualnog interesa kako bi putem djelovanja uspostavili navike i vjerovanja, ali i “legitimisali trenutno stanje”. Na ovaj je način filozofija na kraju 20. stoljeća u Habermasovom djelu utemeljila početnu “esejističku zabrinutost” s kraja 19. stoljeća, vidljivu u djelima Georga Simmela i Friedricha Nietzschea, u paradigmatu zavisnosti subjekta od hipostaziranih moći nauke i tehnike. Bez obzira na činjenicu da su i filozofija i nauka vid samorefleksije koji su određeni “emancipatorskim spoznajnim interesom” (Habermas), vidljivo je da su tradicionalna ontologija i pozitivizam postali žrtve te hipostazirane moći.

Habermas želi reći da savremeni svijet živi reprodukcijom krizu u kojoj pojedinci identificiraju vlastite

¹⁰ Horkheimer (bilj. 9), s. 70.

interese sa općim i ta je kriza vidljiva u ekspanziji komunikacionih patologija: gubljenje značenja i smisla u kulturi, anomija u sferi društva i psihopatologija u ličnosti. Komunikativno djelovanje potiče iz svijeta života, jer su tu socijalizacija i diskurs, a njegova se snaga postiže u komunikaciji, ne više putem instrumentalnog djelovanja svedenog na tehničke manipulacije, nego putem javne sfere koja razvija sposobnost donošenja odluka zasnovanih na komunikativnoj racionalnosti¹¹.

On upozorava, direktno ili indirektno, na neoliberalizam kao ideološki i praktični totalitarizam, odnosno težnju za potpunim ovladavanjem privatnom i javnom sferom. Za razliku od klasičnih oblika totalitarizma u vidu, primjerice, fašizma, nacionalsocijalizma ili stalinizma, koji se temelje na neposrednoj represiji i teroru, neoliberalizam primjenjuje posredne metode manipulacije. Ona počinje širokim spektrom medijskog razmekšavanja, potom prelazi gotovo neprimjetno u politički, preciznije stranački prostor i, naravno, na kraju, završava se u okvirima legalne normativne moći ili, kako kaže Derrida u *Sili zakona*, "ovlašćene sile, sile koja se opravdava i koja se opravdano primjenjuje, čak i ako to opravdanje može, s druge strane, da se procijeni kao neopravdano i neopravdivo"¹².

Takozvani klasični i neoliberalni totalitarizam razlikuju se i po tome što je subjekt klasičnog totalitarizma neki devijantni oblik državne tvorevine, dok neoliberalizam ima mrežni karakter. On je po svojoj naravi uperen protiv polisa u njegovom najširem značenju i time razara demokratsko tkivo i izvorne, aristotelovski mišljeno, javne funkcije. On u biti teži zatiranju države svaćene kao *res publica* i njenom pretvaranju u instrument neoliberalnog interesa, te direktno utiče na duhovnost tako što zatire kreativnost i kritičnost i nadomještajući je diktatom privatizacije javnih dobara čime se uništava ideja univerziteta, humanih ciljeva nauke i kulture u cjelini.

Takve intencije, čini mi se, sve su očitije i u domenu aktuelnih javnih rasprava o ustroju Evrope. Neoliberalni koncept reduciranja i usmjeravanja političkog na institucije, odnosno na kibernetičke procedure, što je vidljivo u današnjem ustroju Evropske unije i njenom svođenju svekolikog društvenog iskustva na ekspertize, rezultat je, s jedne strane, elaboriranog scijent(e)ološkog zahtjeva za mjerljivošću koji svoj korijen ima u osnovnom pozitivističkom zahtjevu za objektiviziranjem životnog svijeta, te, s druge, pozivom na svekoliku okupaciju javnih dobara, time, naravno, i univerziteta.

¹¹ V. J. Habermas, *Tehnika i znanost kao ideologija* (prevela Nadežda Čaćinović), Zagreb 1986.

¹² J. Derrida, *Sila zakona. Mistični temelj autoriteta* preveo Milorad Belančić, Svetovi, Novi Sad 1995, s. 8.

Na ovom mjestu želim problematizirati i za raspravu ponuditi Habermasov stav o takozvanom rasprsnuću neoliberalne iluzije koje je, kako to on zapisa u *Ogledu* potakla "shvatanje da finansijska tržišta, odnosno općenito funkcionalni sistemi svjetskog društva koji prelaze preko nacionalnih granica, stvaraju probleme koje više ne mogu savladati pojedine države ili koalicije država"¹³. Zbog toga on govori o tome da politika generalno stoji pod izazovom regulacije, pa, kategoričan je, internacionalna zajednica država mora se razviti u kozmopolitsku zajednicu država i zajednicu građana svijeta.

Teško je oteti se dojmju da je Habermas mjestimice nepotrebno uopšten, jer problem neoliberalne ideologije, odnosno globalne okupacije javnih dobara želi svesti na suhu političku regulaciju kroz nedorečeni, gotovo utopijski koncept kozmopolisa a da se pri tome, maltene, ne dovodi u pitanje sama ideologija. Na ovakav zaključak me nagoni i njegov stav izrečen u *Rascijeljenom zapadu*. On tamo kaže da "novi ustav treba produbiti integraciju, ojačati kolektivnu sposobnost djelovanja Unije i smanjiti demokratski deficit na koji se nadaleko čuju pritužbe. Vlade bi čak mogle sam ustav iskoristiti kao instrument za obrazovanje evropskog identiteta, ako se upuste u promjenu svog dosadašnjeg političkog stila, u promjenu koja svakako nije bez rizika i u svakom slučaju iziskuje vrijeme..."¹⁴.

Smatram da se u elaboraciji o sporu između integrista i intergvermentalista, a on je dominantan u tekućem diskursu o budućnosti Evrope, trebaju daleko više uzimati u obzir potrebe koegzistencije bitno različitih kultura koje počivaju na jezičkoj, običajnoj, aksiološkoj, ukratko duhovnoj raznolikosti i to je danas životno pitanje ne samo Evrope, nego i, dakako, svijeta u cjelini. U tom smislu valja primijetiti da raznolikost Evrope omogućuje suživot kojeg savremena filozofija, posebice hermeneutička, svaćena u smislu Aristotelovog *philosophiae anthropinae*, vidi kao obzor za jednu beskonačnu zadaću čovjeka.

U cilju lakšeg razumijevanja ovakvog životnog svijeta, potrebno je katkad vratiti se i u raniji politički svijet koji se, za razliku od današnjeg zahtjeva za epistemološkim ustanovljavanjem općenitih, svima nametnutih sudova o jedinstvu svijeta, manje-više temelji na koegzistirajućem fenomenalnom interesu mnogih, odnosno njihovom pluralnom životnom svijetu koji, zašto to ne reći, počiva i na tako omraženom pojmu *doxa*, odnosno *mnijenja*. Ova razlika između *episteme* i *doxa* koju najradikalnije ocrtava Platon, kod njegovog peripatetičkog učenika se izražava razlikom između *phronesis* i *sophia*, te, što je od presudnog značaja,

¹³ J. Habermas (bilj. 1), s. 10.

¹⁴ J. Habermas (bilj. 1), s. 80.

njihovom povezanošću s bitno različitim načinom ozbiljenja najvišeg političkog dobra *kao ljudskog dobra* i, nadalje, težnji za znanjem *kao božanskom dobru*.

Šta je uopšte znanje u sistemu ovakvog korporacijskog kapitalizma, ima li obrazovanje još nešto od one humanističke vizije dobrog života, te kakva je još uopšte ideja univerziteta u doba raspada svih prethodnih modela jedinstva nauke i istraživanja? Ko treba reći što obrazovanje treba biti? Nipošto ekonomisti i poslovni krugovi, oni su najnepozvaniji. Čemu smjera obrazovanje nadilazi svako pojedinačno htijenje tokom nekog povijesnog trenutka. Ono što je u SAD od samoga početka modernosti bilo ustanovljeno načelom — moć korporacijskog sistema nad obrazovnim koji pragmatično služi potrebama kapitala — sada je poput uragana poharalo Europu uvođenjem tzv. bolonjskoga modela visokog obrazovanja. Znanje jest roba samo onda kada je instrumentalno određeno kratkoročnim ili dugoročnim interesima neoliberalne korporacijske ekonomije. Ali znanje jest u svojoj biti nešto mnogo više, s onu stranu života svedenog na puke potrebe tržišta. Kao što se kultura u globaliziranoj ekonomiji preobražava u ideologiju postmoderne nadomjestivosti života, tako se i znanje u društvu pokazuje bitnom moći subverzivnog otpora takvom pogubnom modelu života ili pak slugom uvećanja moći političkih i ekonomskih elita. Pitanje o smislu čovječnosti je pitanje o smislu obrazovanja u mračnom dobu tehnike i ideologije. Univerziteti su prostori i vremena slobode izvan svijeta rada gdje se sloboda, smisao svijeta i čovjeka istražuju bezuslovno. Utoliko je pitanje o obrazovanju u doba krize svih prethodnih ideja zapravo pitanje o mogućnostima izlaska iz svekolike krize života. Obrazovanje dostupno svima kao pretpostavka usavršavanja čovjeka u njegovim duhovnim bitnim mogućnostima stoga je jedini subverzivni otpor u suvremenom svijetu.

Filozofska perspektiva svijeta koja počiva na teorijskim, motrilačkim uvidima, orijentirana je time ka politisu i njemu pripada kako bi se putem nje držale veze svijeta, pa i one najskrivenije, vazda otvorenim. Ovakva pozicija danas, zahvaljujući dakako i samoj filozofiji, iz vizure neoliberalnog tržišnog nazora, prikrivena je ili orijentacijom ka profitu svedena na hobi u trenucima slobodnog vremena, pa se na ovaj način ne vidi ni suštinska napetost između ideje univerziteta i karaktera današnjeg politisa.

* * *

Dva naučno-metodološka antipoda, neopozitivizam i antiempirizam, svojevrsni bijeg od priznanja stvarnog karaktera neoliberalne ideologije, te sve očitije brisanje distinkcije između društvenih i tržišnih vrijednosti

više-manje glavni su uzroci očitog merkantilističkog karaktera visokog obrazovanja.

Rezultat ovakve naučne orijentacije je bolonjski Leviathan kao, neko to reče, osveta bivših loših studenata. On utilitarno nudi instant obrazovanje, te u unutaruniverzitetkom diskursu nameće dominaciju jezika ekonomije, usmjerava univerzitet ka takozvanom tržištu rada i profitabilno svodi studenta isključivo na budućeg radnika.

Javna dobra i socijalna prava, a ne tržište, moj je stav, trebaju biti okosnica procesa evropskih integracija, u tom pravcu trebaju ići reforme ka evropskom politisu. Naravno, potrebno je, u tom smislu, jasno odrediti šta su javna dobra i socijalna prava, te gdje su granice tržišta. Iako Habermas konstatira da se transnacionalni politički identitet ne može oblikovati elitističkim zahtjevima odozgo niti kao promet robe i kapitala u zajedničkom ekonomskom i monetarnom prostoru, takav svjetonazorni koncept vapaja za Evropskom unijom percipira najveći broj aplikanata koji žele ući u *Civitas solis*. U BiH, primjerice, političke i druge ideje gotovo u pravilu kupimo sa evropskog i svjetskog civilizacijskog buvljaka. One se generalno mogu svesti na neoliberalno svođenje svih društvenih akcija na ostvarenje isplativosti i profita iz čega proizilazi i bosansko-hercegovačka anahrona ekonomska teorija i politika koja vazda rezultira bljutavim ali i opasnim zahtjevom za tržišnim uređenjem svih segmenata zbilje čime društveno nastoji identificirati sa profitabilnim.

Imajući na umu distinkciju između društvenih i tržišnih potreba, te činjenicu da u demokratskoj ustavnoj državi postoje javna dobra kao što je nepatvorena politička, ali i svaka druga komunikacija, koja ne smije biti skrojena prema dobiti koju očekuje investitor, potreba za očuvanjem javnih dobara, slažem se sa Habermasom, treba biti imperativ politikā.

Nekadašnja opredjeljenja i neoliberalni stavovi o finansijskoj mjerljivosti svake vrste društvene akcije, podvlačim ovo Habermasovo upozorenje, davno su dovedeni u pitanje. Primjerice, privatizacija penzionog i zdravstvenog osiguranja, javnog saobraćaja, izvršenja krivičnih sankcija, školskog i univerzitetskog obrazovanja i prepuštanje kulturne, time i medijske infrastrukture gradova i općina angažmanu i “širokogrudosti” privatnih darovalaca, ulaze u društveni dizajn koji se sa svojim rizicima i učincima ne uklapa u egalitarna načela socijalne i pravne države. Zato se javni interesi ne mogu svesti isključivo na finansijske, odnosno tržišne, jer najvažniji javni segmenti u pravilu nisu i ne mogu biti komercijalni, posebice, naravno, obrazovanje, odnosno znanje generalno.

Poziv za angažman u Fondaciji

CJP je fondacija čiji je osnovni zadatak analiza javnopravnih problema u regiji i obrada izabranih pitanja koja se u formi pravnih ekspertiza provode na zahtjev zainteresiranih stranaka. Za 2012. godinu raspoložemo sa više slobodna mjesta za

SARADNIKE

iz BiH i regiona (Hrvatska, Srbija i Crna Gora)

Angažiramo diplomirane pravnike u svim akademskim zvanjima. Tražimo saradnike za obradu izabranih tema u okviru tekućih analiza. Angažman je predviđen za period od 2 do 12 mjeseci. Zainteresirani smo za osobe sa završenim pravnim fakultetom koje odlično govore jedan ili više stranih jezika (obavezno njemački ili engleski). Prednost dajemo osobama sa položenim pravosudnim ispitom i iskustvom iz prakse, očekujemo odgovarajući afinitet ili iskustvo u pisanju pravnih analiza. Elokventan nastup, samostalan radni stil i samoinicijativa se podrazumijevaju.

Ako se raspoznajete u opisanom profilu i želite se uključiti već u u fazi pokretanja jednog široko postavljenog projekta koji se odnosi na pravnički rad visoke stručnosti, molimo da se javite kratkom biografijom na bosanskom, hrvatskom ili srpskom jeziku iz koje će se vidjeti Vaš obrazovni put, uspjesi u studiju, stečena akademska zvanja i skupljena iskustva u klasičnim područjima angažmana pravnika.

Informacije o FCJP možete pronaći na našoj web-stranici www.fcjp.ba; aplikacije na ruke prof. dr. Edina Šarčevića, putem e-maila: edin@uni-leipzig.de



Fondacija Centar za javno pravo
Stiftung Kompetenzzentrum für Öffentliches Recht
Foundation Public Law Centre



Stabilitätspakt für Südosteuropa
Gefördert durch Deutschland
Stability Pact for South Eastern Europe
Sponsored by Germany