

Др Живорад Рашевић*

Прегледни научни чланак
УДК: 342.7
DOI: 10.46793/GP.1301.017R

КОНКРЕТИЗАЦИЈА УСТАВНОГ НАЧЕЛА СРАЗМЈЕРНОСТИ ОГРАНИЧАВАЊА ЉУДСКИХ ПРАВА

Рад примљен: 02. 09. 2021.
Рад исправљен: 24. 10. 2021.
Рад прихваћен за објављивање: 26. 09. 2022.

У овом раду се покушава пружити допринос правно-догматској експликацији одредбе чл. 20. ст. 3 Устава Републике Србије, која је донијела важну новост у домаћем уставном развоју у виду прописивања начела сразмјерности ограничавања људских права. У том циљу се догматским приступом објашњава природа, домаћај и структура овог начела и тумаче примјењиви међународни и домаћи извори. Затим се анализира релевантна уставносудска пракса како би се спознало како је оно схваћено и примјењено. Како је текст одредбе тежко разумљив и практично непримјењив због претјеране концизности, препоручује се прецизније рјешење *de lege ferenda*. У садашњем тренутку је потребно шире тумачење предметне одредбе, па се зато предлажу теоријски оправдана и практично проводива упутства за сврсисходну употребу овог сложеног аналитичког алата судијског одлучивања.

Кључне ријечи: начело сразмјерности, ограничење људских права, оправданост ограничавања људских права, легитиман циљ.

I УВОД

Одредба чл. 20 (рубрум Ограничења људских и мањинских права), ст. 3 Устава Републике Србије је у литератури међународног и упоредног уставног права одмах препозната као израз теста сразмјерности, који се етаблирао као међународни стандард за оцјену оправданости ограничавања људских права¹. Ради се о новини у домаћем уставном развоју коју треба

* СМгр FСMI, пуковник правне службе Оружаних снага Босне и Херцеговине, zrasevic@yahoo.com.

¹ Европска комисија за демократију путем права (Венецијанска комисија), *Мишљење о Уставу Србије*, 17-18.03.2007, 29; L, Anđelković, *The Elements of Proportionality as a*

треба свакако поздравити, јер се по први пут одговара на питање *како* (на који начин) се утврђује оправданост ограничења људских права, за разлику од уставних одредби којима се прописује садржај појединих људских права и границе њиховог уживања, које само дају одговор на питање *када* (по којим условима и околностима) се та права могу ограничити. Она је посебно и изричито адресирана на правосуђе, јер владавина права подразумијева минимизирање могућности арбитрарних задирања у гаранције људских и мањинских права. Из тога произлази дужност судова да трагају за таквим исходима тумачења права који их неће претјерано ограничити.

Међутим, треба се суочити са великим тешкоћама и дилемама у њеном тумачењу. Употријебљена језичка конструкција по својој комплексности и компликованости одступа од уобичајених стандарда правног нормирања,² а њен смисао је прилично нејасан због великог броја неодређених и метаправних појмова, као што су суштина права, важност сврхе, природа и обим ограничења, итд. Када се ова одредба покушава разјаснити примјеном правила логике, није извјесно да ли се прописани критеријуми који оправдавају ограничавање људских и мањинских права налазе у алтернативном, кумулативном, акцесорном, супсидијарном, евентуалном или пак неком другом односу. И правно-системска тумачења отварају нове дилеме, јер уставно рјешење о ограничавању људских права које се састоји у комбинацији једне опште и више посебних одредби представља необичну коегзистенцију стандарда дефинисаних правом Савјета Европе (СЕ) и Европске уније (ЕУ).³

Циљ овог рада је конкретизација начела сразмјерности ограничења људских права, односно формулисање јаснијих упутстава за тумачење члана 20. став 3. Устава. Како је до сада изостала правно-догматска експликација ове установе,⁴ покушај детаљног претреса наведене уставне одредбе синергијом свих метода тумачења би требало да буде од користи наукама уставног права и људских права. У наставку се износе правно-теоријска сазнања, а у трећем дијелу се сагледава савремена позитивноправна артикулација ове установе. У четвртм дијелу се анализира релевантна уставносудска пракса, а у петом се предлаже прецизније и јасније догматско и позитивноправно рјешење.

Principle of Human Rights Limitation, Facta Universitatis no 2, 2017, 237; Б. Спаић, *Како баратати правним принципима*, Истраживачки рад бр. 1/2016, Београд, 2016.

² „Уједно, у овом делу Устава највише је ненормативног текста и дугих и конфузних реченица које не личе на правну норму (тако је у члану 20. ставу 3. реч „ограничење“ у једној краткој реченици споменута осам пута!)“ (Р. Марковић, *Устав Републике Србије из 2006. године-критички поглед*, *Анали Правног факултета у Београду* бр. 2, 2006, 11-12).

³ Венецијанска комисија, *op. cit.*, 28-30, 105.

⁴ Б. Спаић, *op. cit.*, 19.

II СРАЗМЈЕРНОСТ У ПРАВНОЈ ЛИТЕРАТУРИ

Појам сразмјерности је због своје ширине теоријски елабориран у различитим правним дисциплинама. Да би се сагледао његов теоријски супстрат и примјена у контексту ограничавања људских права, у овом дијелу су скицирани развој и домашај појма, те његова природа и структура.

А. Развој и домашај

У литератури се наводи да се појам сразмјерности глобално развијао од начела моралне филозофије до правног начела.⁵ Овај алат практичног мишљења има дубоке коријене у природноправној традицији,⁶ а позитивноправно је утемељен у Пруској током еволуције из полицијске у правну државу крајем XVIII и почетком XIX вијека. У настојању да се обузда полиција од претјеране употребе силе, пруски законодавац и Високи управни суд су формулисали дужност полиције да употребљава адекватна и минимално потребна средства принуде, тј. она која су сразмјерна циљу којим се тај јавни интерес остварује.⁷ Учење о сразмјерности стекло је нову популарност узорном праксом поратног њемачког Уставног суда.⁸ Због потенцијала да обузда арбитрарност јавних власти, обликује судски надзор и усмјери очекивања приватних субјеката, оно је мигрирало из уставног у друге гране права, страно и међународно право (право људских права, право ЕУ, међународно привредно право), па је постало парадигма успјешног правног транспланта.⁹ Разлоге за ову

⁵ B. Schlink, *Proportionality in Constitutional Law, Why Everywhere but Here?*, Duke Journal of Comparative & International Law vol. 22, 2012, 302; J. Mathews, *Proportionality Review in Administrative Law*, http://elibrary.law.psu.edu/book_contributions/9, 1.4.2020, 1; D. Matic, D. Jerotijević, *Axiological Aspects of Economic Analysis of Law*, *Ekonomika* no 3, 2018, 47-54.

⁶ Темелји учења о сразмјерности се могу пронаћи у античкој филозофији, а његови елементи су развијани од стране истакнутих природноправних теоретичара. Тако св. Августин оправдава одлуку хришћанског владара да користи силу ако постоји легитиман циљ у виду исправљања неправди (праведан разлог), а Цицерон и Гроцијус развијају појам одмјеравања користи и штете прије одлучивања. Тома Аквински развија доктрину двоструког ефекта, којим оправдава негативне посљедице мјере предузете у доброј намјери. Вид. D. Whetham, *The Just War Tradition, A Pragmatic Compromise*, in: *Ethics, Law and Military Operations* (ed. D. Whetham), London, 2010, 65-75.

⁷ B. Schlink, *op. cit.*, 294-296.

⁸ У одредби њемачког Устава која се односи на ограничење људских права не помиње се сразмјерност. У чл. 19. ст. 2: „Ни у ком случају се не смије повриједити основно право у свом битном садржају“ (Е. Шарчевић (прев. и прир.), *Устав Савезне Републике Њемачке*, Сарајево, 2019, 66).

⁹ B. Pirker, *Proportionality Analysis and Models of Judicial Review*, Groningen, 2013, 387; А. Ван Акен, *Вагање људских права – уставно тумачење у међународном праву*, *Анали Правног факултета у Београду* бр. 4, 2009, 79; B. Schlink, *op. cit.*, 297-298; V. Vadi, A

нову популарност треба тражити колико у налазима правне науке о његовој практичној корисности, толико у чињеници да се ради о већ раније правнодогматски етаблираној и свеprisутној позитивноправној установи. Тако се назнаке појма сразмјерности лако могу идентификовати у кривичном, управном, радном, антидискриминационом и хуманитарном праву. Оне се могу пронаћи и у установама приватног права, додуше у мањем обиму због његове веће правно-догматске развијености и ужег уставно-судског надзора.¹⁰

Б. Правна природа

Мишљења о правној природи и значају овог појма су подијељена. У литератури му се приписују различита значења и називи, као што су начело, анализа, тест, алат, метод. Разлике у значењима и ширини примјене појма су велике, чему су сигурно допринијеле историјске, политичке и институционалне специфичности правних система у којима се употребљава. Они аутори који сматрају да се овај појам афирмисао као правна установа резонују да се ради о начелу компаративног уставног права,¹¹ међународног права људских права¹² или пак цјелокупног међународног права.¹³ Штавише, због његове ширине и практичне погодности за примјену у другим правним гранама и у друге сврхе, неки од њих га сматрају најопштијим правним начелом.¹⁴

Са друге стране, они скептичнији му негирају институционалну утемељеност, сматрајући да се ради о аморфном појму без значења, згодном алату, процедури, скупу тестова који креирају корисну структуру дискреционог одлучивања, метафори, основном начину практичног резонувања, или пак згодном хеуристичком средству у трагању за најбољим тумачењем права, итд.¹⁵ Становиште о његовој правности је предмет аргументованих критика: Да представља химеру која скрива аргументе моралне природе; Да није јасно шта се вага (интереси, принципи, субјективна права или разматрања), како се вага (којом мјером), и ко то чини или би требало да чини (судија или законодавац); Да вриједности које се вагају нису самјерљиве; Да има ограничену улогу код

History of Success? Proportionality in International Economic Law, in: *The Reform of International Economic Governance* (ed. Antonio Segura Serrano), London, 2016, 2,4.

¹⁰ В. Pirker, *op. cit.*, 81-83, 87-88, 210, 384, 387; Ж. Рашевић, *Забрана дискриминације у приватном праву*, Београд, 2014, 38-40.

¹¹ S. Tsakyrakis, *Proportionality, An assault on human rights?*, *International Journal of Constitutional Law* no. 3, 2009, 468.

¹² В. Димитријевић *et al.*, *Међународно право људских права*, Београд, 2007, 79-83.

¹³ V. Vadi, *op. cit.*, 35; A. Peters, *Proportionality as a Global Constitutional Principle*, MPIL Research Paper Series no. 2016-10, 2016, 35.

¹⁴ D. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, 2004, 159-187.

¹⁵ S. Tsakyrakis, *op. cit.*, 468-472; B. Chapman, *Incommensurability, Proportionality and Defeasibility*, *Law, Probability and Risk* no. 3-4, 2013, 272-273; J. Habermas, *Between Facts and Norms*, Massachusetts, 1996, 259.

сукоба људских права, јер је више дизајниран за избјегавање рјешења сукоба и да стога не може помоћи код истинских уставних дилема.¹⁶

Међутим, неподијељено је мишљење да овај појам спада у домен херменеутике, јер се ради о начину правничког одлучивања који је теоријски елабориран на критици традиционалног поимања формално-логичког тумачења и примјене права. У том смислу, истиче се Канторовичево објашњење правничког одлучивања као метода одмјеравања интереса путем истраживања сврхе закона¹⁷ и Фивегов приједлог топике као технике проблемског мишљења које је по својој природи индуктивно, а не дедуктивно.¹⁸ Тако се у савременој прагматско-социолошкој херменеутици сразмјерност сматра суштином правног расуђивања, које је истовремено техника, вид практичне разборитости и пут сазнања (*techne*, *phronesis* и *episteme*) тј. методизација судијске слободе које се састоји у вагању интереса полазећи од објашњења чињеница посматраних у ужем или ширем контексту.¹⁹ Као алат практичног мишљења он се операционализује кроз аргументацију примјене правних норми које нису конкретизоване у тој мјери да могу понудити недвосмислено рјешење правног проблема правним силогизмом, најчешће у ситуацијама када се сукоб норми не може ријешити дерогацијом једне од њих.²⁰ Овакав метод одлучивања је комплекснији и компликованији од супсумције случаја под норму, јер се састоји у вишефазном поступку тестирања могућих исхода примјене различитих метода тумачења.²¹

Дакле, учење сразмјерности је неизбјежан начин правничког одлучивања када се тумаче недовољно конкретизоване норме људских права, колико због потребе за њиховим еволутивним развојем толико и због немоћи уставотворца и законодавца да предвиде све могуће сукобе норми. Природа овог начина одлучивања се најбоље може објаснити као тест којим правосудне и друге институције оцјењују оправданост мјера предузетих у јавном интересу, а које задиру у људска права. Одговори на питање о природи и домаћају овог правног феномена су различити, јер се он етаблирао као начин резоновања у развијеним јуриспруденцијама, а као правна установа само тамо гдје је позитивисан као такав. Као што је видљиво у чл. 20. став 3, српски уставотворац је нашао за сходно да га позитивише као уставно начело. Тиме је обавезао државне органе да примјењују овај тест, иако га није јасно изразио.

¹⁶ S. Tsakyrakis, *op. cit.*, 468-472, 490; B. Chapman, *op. cit.*, 12, 272, 273; J. Habermas, *op. cit.*, 259.

¹⁷ X. Канторович, *Борба за правну науку*, Београд, 2006, 83, 95-97.

¹⁸ J. Хасанбеговић, *Топика и право*, Београд, 2005, 321-329.

¹⁹ С. Бован, *Правна херменеутика између филозофије и логике*, Београд, 2016, 109-124, 126-127, 135.

²⁰ B. Pirker, *op. cit.*, 81-83; B. Schlink, *op. cit.*, 301.

²¹ B. Pirker, *op. cit.*, 53; J. Mathew, *op. cit.*, 22; R. Alexy, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, Ratio Juris no. 4, 2003, 434-435.

1. Структура

Како структура теста није позитивноправно дефинисана, присутне су велике варијације у његовој практичној примјени и научним интерпретацијама. Ипак, у пракси међународних тијела за заштиту људских права, уставних судова и литературе људских права уобичајена је провјера оправданости одређене мјере којом се ограничавају људска права тестом сразмјерности, који слиједи након оцјена да је та мјера у складу са законом и неопходна у демократском друштву. У доступној литератури²² тај тест се састоји од оцјене четири критеријума у сљедећим корацима: (1) легитимност циља те мјере у виду доприноса одређеној друштвеној вриједности којом је та мјера управљена; (2) подесност (погодност, адекватност) те мјере за остварење тог циља; (3) избор мјере која најмање задире у субјективна права, а оптимално доприноси остваривању свих друштвених вриједности на коју та мјера утиче, и (4) сразмјерност у ужем смислу. Овај последњи критеријум се састоји у вагању и балансирању важности свих друштвених вриједности на коју та мјера утиче и ускраћивању њеног оправдања уколико задире у остваривање оне друштвене вриједности која има превагу, односно претјерано оптерећује субјективно људско право конкретизовано из те друштвене вриједности.

Дакле, структура теста сразмјерности се може објаснити алегоријом пута на коме се оцјењује сваки корак према циљу који се састоји у правној спознаји ваљаног баланса између супротстављених вриједности, начела или субјективних права. У том тесту позитивне оцјене о легитимности циља, подесности и оптималности представљају премисе за прелазак на наредни корак у утврђивању оправданости мјере, док негативна оцјена на било ком кораку одмах окончава ову операцију закључком о њеној неоправданости. Сваки корак теста задржава силогистичку форму, али се не може сматрати формално-логичком операцијом пошто су на сваком кораку закључци из премиса више прескриптивне природе, тј. више се изводе по критеријуму исправности него по истинитости. Другим ријечима, на сваком од описаних корака се до закључака долази колико методима правне науке толико и правилима практичне разборитости. При томе, сваки од корака је у акцесорном односу са претходним, а позитивне оцјене о мјери која се испитује представљају критеријуме који треба да буду кумулативно испуњени да би се мјера ограничења људског права оправдала.

²² В. Pirker, *op. cit.*, 15-39; R. Alexy, *op. cit.*, 436-437; В. Водинелић, *Грађанско право, Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Правни факултет Универзитета Унион : Службени гласник, Београд, 2012, 295; Ј. Вучковић, *Принцип пропорционалности и људска права*, Архив за правне и друштвене науке бр. 3-4, 2019, 135-137; З. Лончар, Д. Вучетић, *Принцип сразмерности у европском и српском праву : управноправни аспекти*, Теме бр. 4, 2013, 1623.

III СРПСКО ПОЗИТИВНО ПРАВО, МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ И ПРАКСА

Разматраном одредбом чл. 20. ст. 3. Устава, српски уставотворац се определио да сразмјерност позитивише и да је ситуирањем у одјељак 1 другог дијела сврста међу основна начела људских и мањинских права и слобода. У блиској правносистемској вези са овом одредбом је начело тумачења људских права сагласно међународним стандардима и пракси из чл. 18. ст. 3 Устава,²³ (рубрум Непосредна примена зајемчених права) којим је уставотворац назначио примат међународних људских права. Друга важна веза разматране одредбе је са чл. 20. ст. 1 Устава, којим се оправдава ограничење људских права, између осталог, „обимом неопходним да се уставна сврха ограничења задовољи у демократском друштву и без задирања у суштину зајемчених права.“ Она отвара дилему да ли је тест сразмјерности самостална фаза оцјене о оправданости ограничења, која наступа послјије оцјене о неопходности, или пак само један од услова за оцјену о неопходности мјере. Како је ниже показано, оба приступа су изражена и у пракси међународних институција и у уставносудској пракси. Било како било, овај рад се не бави наведеном дилемом, јер није од утицаја на конкретизацију теста сразмјерности.

Када је ријеч о сразмјерности, најважнији међународни извор је пракса Европског суда за људска права (ЕСЉП), пошто овај појам није позитивисан ни у Европској конвенцији о заштити људских права и основних слобода,²⁴ нити у Међународном пакту о грађанским и политичким правима.²⁵ Тест сразмјерног ограничења људских права је настао тумачењем одредби ЕК који се односе на она права којима је могућност ограничења изричито одређена (слобода изражавања, приватни живот и право на имовину) или пак имплицитно (право на слободу и безбједност), те на дерогацију у ванредним стањима и забрану дискриминације. У литератури се сматра суштинским елементом развоја узорне примјене ЕК који је обезбиједио апсолутни квалитет гаранција људских права.²⁶ Према бројним интерпретацијама, тест

²³ „Одредбе о људским и мањинским правима тумаче се у корист унапређења вредности демократског друштва, сагласно важећим стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење.“

²⁴ Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода (ЕК), *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/03, 5/05, 7/05 и *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 12/10 и 10/15.

²⁵ Међународни пакт о грађанским и политичким правима (МПГПП), *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/71.

²⁶ J. McBride, *Proportionality and the European Convention of Human Rights*, in: *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe* (ed. Evelyn Ellis), Oxford-Portland Oregon, 1999, 22-25.

сразмјерности слиједи након што суд утврди да је мјера државе у ограничавању људских права у складу са законом, у јавном интересу остваривања прописаних легитимних циљева,²⁷ те да је неопходна у демократском друштву.²⁸ Тест је различито назначен у бројним пресудама, што је у великој мјери условљено ширином дискреције коју ЕСЉП допушта држави у поступку (*the Margin of Appreciation*) и правилима о терету доказивања. Зато се јаснији обриси теста називају тек у литератури која анализира и систематизује његову примјену. Укратко, одређена мјера је сразмјерна ако је управо та мјера неопходна да би се постигао легитиман циљ дефинисан одредбама конвенције,²⁹ односно ако постоји разуман однос сразмјерности употребе средстава и циља који се жели да постигне.³⁰ У судским образложењима се оцјена о сразмјерности најчешће наводи као самостална фаза оцјене оправданости спорне мјере државе, која се проводи ако се оцијени да је та мјера законита и „неопходна у демократском друштву.“ У једном броју пресуда сразмјерност се сврстава под кровни појам неопходности, што није непознато у литератури људских права.³¹

Једина међународна позитивноправна одредба која се експлицитно позива на начело сразмјерности је она из чл. 52. Повеле о основним правима ЕУ (ЕУ 2010/Ц83/02): „Свако ограничавање остваривања права и слобода признатих овом повељом мора бити прописано законом и поштовати суштину тих права и слобода. Уз поштовање начела пропорционалности ограничења се могу утврђивати само када су неопходна и када одговарају циљу општег интереса који признаје Унија или су потребна ради заштите права и слобода других.“ Ни она не одређује јасно његов садржај, али барем потврђује мјесто теста у поступку оцјене оправданости ограничавања људских права иза оцјене о законитости и неопходности одређене мјере државе која задире у људска права.

²⁷ У појединим одредбама ЕК као легитимни разлози ограничења наводе се национална безбједност, јавна безбједност, економска добробит, спречавање нереда и криминала, заштита здравља или морала или права и слобода других, итд.

²⁸ Ж. Детертр, *Изводи из најзначајнијих одлука Европског суда за људска права*, Београд, 2006, 273-275, 285-287, 322-324.

²⁹ А. Јакшић, *Европска конвенција о људским правима : коментар*, Београд, 2006, 320-322

³⁰ Ж. Рашевић, *op. cit.*, 105.

³¹ Тако нпр. у чл. 10 Начела о одредбама ограничења и дерогација у МПГПП које је формулисало Америчко удружење за Међународну комисију правника, сразмјерност је посљедња фаза оцјене о неопходности мјере: „Када год је ограничење захтијевано употребом термина „неопходно“, подразумијева се да је ограничење: (а) засновано на једном од основа који оправдавају ограничења призната релевантним чланом Пакта; (б) одговара на хитну јавну или друштвену потребу (ц) тежи легитимном циљу (д) сразмјерно је том циљу.“ (*sic!*) American Association for the International Commission of Jurists, *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, Geneva, 1985, 6.

На крају, уставно начело сразмјерности је манифестовано у бројним домаћим законима, тако да схватања домаћег законодавца могу да послуже за ближе одређење садржине теста. У том је смислу најкориснији чл. 68. Закона о полицији³² (рубрум Принцип сразмерности), који одређује да примјена полицијских овлашћења мора бити сразмјерна потреби због које се предузима, да не смије изазвати веће штетне посљедице од оних које би наступиле без полицијске интервенције, да се бира оно полицијско овлашћење које изазива најмање штетних посљедица и за најкраће вријеме, и да се средства принуде примјењују поступно, уз минимум неопходне силе. О садржини теста сразмјерности говоре и други закони, али у мањој мјери. Тако је у чл. 10. Закона о државној управи³³ (рубрум Сразмерност. Поштовање странака) одређена дужност органа управе да *„користе она средства која су за странку најповољнија и ако се њима постижу сврха и циљ закона.“* У сличном маниру, у чл. 6. Закона о општем управном поступку³⁴ (рубрум Начело сразмерности) одређено је овлашћење органа управе да ограничи право странке *„само када је неопходно да се њиме оствари сврха прописа и само ако та сврха не може да се оствари другачијим поступањем који би се мање ограничавала права...“* Другачији приступ је у чл. 17 ст. 7 и 9 Закона о заштити података о личности,³⁵ којим законодавац одобрава изузетке од забране обраде посебних података о личности *„ако је таква обрада сразмерна остваривању циља, уз поштовање суштине права...“* Даље, у чл. 8. Закона о забрани дискриминације³⁶ одређено је постоји повреда начела једнаких права и обавеза *„ако не постоји сразмера између предузетих мера и циља који се овим мерама остварује.“* Дакле, разлике у домаћем нормирању садржине теста су велике, а заједничко им је што сви јасно дефинишу први корак, а то је оцјена о легитимности циља. Остали кораци у виду оцјена о подесности мјере, минималном задирању у зајемчена права и ваљаном балансу између мјере и легитимног циља се назире у законима који се односе на рад државне управе. Најпрецизнија упутства су добили полицијски службеници. То је сасвим разумљиво када се има у виду колико је велика опасност од неоправданог задирања у људска права примјеном полицијских овлашћења и колико је незахвална полицијска дужност да оцјењују *ex ante* законитост употребе средстава принуде у неизвјесним и опасним ситуацијама. Могло би се закључити да је законодавац мање-више вјеродостојно обавезао државне органе да цијене уставну оправданост мјера које предузимају. Међутим, остаје замјерка да није јасно упутио државне институције на редослијед корака који воде ка спознаји о ваљаном балансу

³² Закон о полицији, *Службени гласник РС*, бр. 6/16.

³³ Закон о државној управи, *Службени гласник РС*, бр. 99/14-пречишћени текст.

³⁴ Закон о општем управном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 18/16.

³⁵ Закон о заштити података о личности, *Службени гласник РС*, бр. 87/18.

³⁶ Закона о забрани дискриминације, *Службени гласник РС*, бр. 22/09.

између мјера које предузимају и посљедица у виду задирања у уставно зајемчена права.

Закључак о неартикулисаности редослиједа корака у примјени теста сразмјерности је подједнако упутан када се сумира овај преглед домаћих и међународних извора. Разлози за то су ипак различити. Неартикулисаност међународних извора је резултат казуистичког приступа ЕСЉП, који је у складу са схватањима сопствене судијске слободе допуштао различиту ширину дискреције државама у примјени ЕК. Са друге стране, код домаћих закона је проблем у правно-техничкој недоречености конкретизације уставног начела из чл. 20 ст. 3. Наиме, законодавац јесте обавезао државне органе да проводе овај тест, али су изостала упутства која поуздано воде до његовог пожељног циља.

IV ТЕСТ СРАЗМЈЕРНОСТИ У УСТАВНОСУДСКОЈ ПРАКСИ

Најважније детерминанте правно-догматског објашњења начела сразмјерности треба тражити у пракси Уставног суда Србије (УС) у предметима ограничавања људских права. Истраживањем електронске базе судских одлука³⁷ истиче се свега неколико њих у којима је резоновано позивањем на чл. 18. и 20. Устава. У наставку слиједи кратка анализа аргументације, најприје у предметима апстрактне контроле уставности.

У прва два предмета УС није тестирао сразмјерност законске мјере коју је огласио неуставном, иако је предузео први корак у виду оцјене о легитимности њеног циља. Наиме, у Одлуци бр. 1Уз-252/2002 од 26.12.2013. је утврдио да нису у складу са Уставом одредбе чл. 13-15. Закона о Безбедносно-информативној агенцији којима се овлашћује директор агенције да, када је то потребно из разлога државне безбједности и на основу претходне одлуке Врховног суда, одреди да се према одређеним физичким и правним лицима предузму одређене мере којима се одступа од начела неповредивости тајне писама и других средстава општења. У образложењу је закључио да право на тајност писама и других средстава комуницирања из чл. 41. није апсолутно, јер су допуштена одступања уколико су неопходна за вођење кривичног поступка и заштиту државне безбједности, на начин предвиђен законом. УС је нашао да у овом случају постоји „*допуштен разлог ограничења*“ у виду државне безбједности, али да због нејасности, непрецизности и неодређености није задовољен критеријум оправданости ограничења који произлази из начела владавине права у чл. 41. ст. 2 Устава: „*на начин предвиђен законом.*“ У том маниру, у Одлуци бр. 1Уз-1245/2010 од 13.06.2014. досудио је повреду исте одредбе. Тада је нашао да нису уставне формулације „*у складу са законом којим се уређује кривични поступак*“ и „*у складу са законима*

³⁷ Уставни суд, База судске праксе, <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>, датум посете: 1.1.2020.

којима се уређује рад служби безбедности Републике Србије и рад органа унутрашњих послова“, које се налазе у чл. 128. Закона о електронским комуникацијама, а уређују задржавање података о пресретању електронских комуникација у сврху кривичног поступка и државне безбједности. УС је оцијенио да су „услови и сврха дозвољеног одступања од тајности средстава комуницирања утврђени Уставом и као такви не могу бити предмет законске материје...“ Дакле, резонување УС овдје има формално-логичку форму, јер се састоји у силогистичком подвођењу спорне законске одредбе под шире тумачење владавине права. Назначење легитимног циља је само телеолошки аспект тог тумачења, а не корак теста сразмјерности.

У Одлуци бр. 1Уз 367/2013 од 03.11.2016., која се у дијелу 5. користи као огледна, УС је у потпуности провео тест сразмјерности и утврдио да није у складу са Уставом одредба чл. 336. Закона о прекршајима, којом се ускраћује издавање саобраћајних исправа лицима која нису платили прекршајне казне. Поново се позивајући на начело владавине права, закључио је да плаћање казни не потпада под уставну обавезу плаћања пореза и других дажбина из чл. 58. ст. 4., те да иако је уведено законом и „оправдано потребом заштите легитимног циља у јавном интересу (ефикаснија наплата новчаних прекршајних санкција) није неопходно у демократском друштву, односно да држава и без прописивања овог ограничења има друга ефикасна средства за наплату (...) те да се оваквим прописивањем не постиже правична равнотежа (баланс) између захтева општег интереса и захтева заштите права и интереса лица које захтева издавање одређених дозвола (...)“ те да „превазилазе сврху која се жели постићи наплатом новчане казне и обим неопходан да се уставна сврха ограничења задовољи без задирања у суштину зајемченог права коју дозвољава чл. 20. Устава.“

На крају је закључио и да је спорна законска мјера дискриминирајућа у смислу чл. 21. Устава, јер су лица којима су ова документа потребна као власницима моторних возила стављена у неповољнији положај у односу на она која то нису.³⁸ Аргументација садржи назнаке свих корака које су објашњени у дијелу 2.3. (легитиман циљ, подесност, минимално задирање и баланс легитимног циља и мјере) и квалификује недостатак оправдања мјере као чин дискриминације, што је у потпуности у складу са праксом ЕСЉП.³⁹ Једино што се може приговорити овом резонувању јесте редакција образложења из које се не може јасно формирати представа о редослиједу и међусобном односу корака теста.

³⁸ О суштинској повезаности начела сразмјерности и дискриминације, вид. В. Димитријевић *et. al.*, *op. cit.*, 79-81.

³⁹ Ж. Рашевић, *op. cit.*, 27-28.

У предмету ГУз-48/2016 Рјешењем од 26.10. 2017. одбачена је иницијатива за оцјену уставности одредби Закона о заштити становништва од заразних болести,⁴⁰ којим се налаже обавезна имунизација дјете. У образложењу УС се изјашњава о легитимности циља, подесности и ваљаном балансу мјере и циља, али пропушта да наведе трећи корак у виду оцјене да ли се циљ могао остварити мањим посезањем у људска права: *„Уставни суд налази да је мешање законодавца у остваривање права на физички и психички интегритет засновано на потреби да се заштити здравље целокупног становништва и особа у питању, да је као такво оправдано и сразмерно циљу који се жели постићи.“*

И међу конкретним уставним споровима се налази неколико предмета у којим се образлаже тест сразмјерности. Тако је у Одлуци бр. Уж-26/2012 одбијена уставна жалба В.Р. због повреде права на слободу изражавања из чл. 46. Устава, које се по наводима подносиоце састојала у изгубљеним парницама које против ње водио Д.Ш. због њених дефаматорних изјава, са образложењем да је *„предметно ограничење слободе изражавања било неопходно ради заштите права и угледа другог лица...“* Умјесто да оправда своју одлуку кумулацијом позитивних оцјена на свим корацима према спознаји о ваљаном балансу између слободе изражавања и права другог лица, УС је застао већ на првом кораку.

Док је претходна одлука ишла у корист актера политичког живота, УС је у Одлукама бр. УЖ-2634/2012 од 26.11.2015. и Уж-4162/2014 од 06.10.2016. заузео супротан став и прихватио уставну жалбу раније тужених новинара који су претходно изгубили парнице против носилаца политичких функција. Полазећи од значаја друштвене улоге медија, налаза да у пресудама није постављена јасна разлика између чињеница и вриједносних судова у дифаматорним тврдњама подносиоца, као и чињенице да је тужилац био носилац јавне функције чиме је *per se* подложен већој пажњи и преиспитивању јавности, УС је закључио да ограничење слободе изражавања подносиоца у парничним пресудама јесте било прописано законом, да је сврха ограничења у виду заштите права и угледа других допуштена, али да ограничење није било неопходно, *„јер разлози које су навели поступајући судови нису били релевантни и довољни.“* У овим одлукама УС није стигао до теста сразмјерности, јер је пресудио да су пресуде судова биле законите, али да нису биле неопходне. При томе се чини да је оцјена о легитимности циља у виду заштите права и угледа других била сувишна, јер тест сразмјерности овдје није ни провођен, а није ни био потребан.

Супротно томе, УС је у Одлуци бр. Уж-6364/2014 од 14.04.2016. у сличном предмету пресудио у корист носиоца јавне функције З.П. и потврдио парничне пресуде против медијске куће и новинара, у којима је

⁴⁰ Закон о заштити становништва од заразних болести, *Службени гласник РС*, бр. 15/16.

досуђено да информације о наводној кривичној одговорности З.П. нису биле пренијете у доброј вјери. УС је оцијенио да је ограничење слободе изражавања било законито, у допуштenu сврху и неопходно ради заштите права угледа другог лица. У овој одлуци је посебно важна изнесена аргументација о сразмјерности: *„На крају, задатак Уставног суда је да утврди и да ли је предметно ограничење слободе изражавања било пропорционално легитимном циљу чијем се постизању тежило (неопходно у демократском друштву), те да ли су разлози које су навели поступајући судови како би оправдали предметно ограничење били релевантни и довољни. Другим речима, у ситуацији када су, као у конкретном случају, супротстављена два права – право на слободу новинарског изражавања и право на част и углед, судови приликом одлучивања морају успоставити правичну равнотежу између супротстављених права.“*

УС је овдје повезао питања сразмјерности и неопходности мјере, сходно дилеми о односу ст. 1 и 3 чл. 20. Устава. Изостала је аргументација о корацима теста сразмјерности, а УС је очигледно пропустио да идентификује трећи легитиман циљ, у виду интереса јавности да буде информисана о носиоцу јавне функције.

За разлику од претходног предмета, у Одлуци бр. Уж-7062/2013 од 19.11.2015. УС није повезао питање неопходности и сразмјерности. Он није самостално разматрао жалбене наводе из апелације И.П. које су се односиле на повреду чл. 20. и 21., те одбио наводе који се односе на дужину притвора у смислу чл. 31. Устава, оцјењујући да *„је суд у оспореном решењу навео релевантне и довољне разлоге због којих је сматрао да је задржавање подносиоца уставне жалбе неопходно ради вођења кривичног поступка, који је вођен са потребном ажурношћу.“* Послије оцјењивања неопходности мјере и легитимности њеног циља, УС није наставио да корача путем спознаје њене оправданости. Могло би се резоновати да УС то није ни требало да чини, јер међународни стандард из чл. 5. ЕК који се односи на слободу и безбједност не садржи одредбе о ограничењу људских права путем теста сразмјерности. Са друге стране, то свакако није спречавало УС да тестира уставну оправданост дужине притвора, поготово што је начело сразмјерности манифестовано у релевантној одредби чл. 31. ст. 1 Устава (рубрум Трајање притвора), постављањем критеријума његовог „минимално неопходног“ трајања. Замјерка се састоји у томе што се у дилеми између међународних стандарда и уставних норми, УС требало да определијели за оне које пружају шире гаранције људских права и да се изјасни о задовољењу критеријума минималности посезања у људска права.

На крају, у Одлуци бр. Уж-7268/2013 од 19.11.2015. УС се позвао на чл. 20. став 1. Устава да би оправдао пропуст Апелационог суда у Новом Саду да упозна жалиоца са садржином претходне одлуке УС и омогући му да се изјасни о ставовима заузетим у тој одлуци у поступку њеног извршења.

Разлог за одбијање уставне жалбе Народног позоришта у Сомбору о повреди права на правично суђење из чл. 32. и 36. Устава нашао је у сопственом имплицитном „*посредном ограничењу људских права на расправљање и једнакост процесног оружја*“ које произлази из Уставом и законом прописаних овлашћења УС. Ово је прва уочена самостална примјена чл. 20. Устава, али то не даје разлога за оптимизам у погледу њене даље примјене, јер не изгледа убједљиво ова извињавајућа аргументација органа задуженог за заштиту људских права о његовим имплицитном овлашћењу да их ограничи. Наиме, разлози за ограничење права на правично суђење у чл. 32. став 3. Устава и чл. 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода наведени су само у односу на искључење јавности, а изнесена аргументација се не односи на *interius clausus* разлоге из чл. 32. став 3. Устава.⁴¹ Даље, у чл. 142. ст. 3. ограничење овог права је допуштено само у складу с Уставом, а ово право спада у круг асполутних права за које важи уставна забрана одступања у било којим приликама из чл. 202. ст. 4. Устава.⁴² При томе, оваква аргументација увелико одступа од раније заузетог става да свака могућност ограничења људских права мора бити изричито прописана уставом.⁴³ На крају, УС није ни поставио питање сразмјерности свог овако тумаченог овлашћења и права жалиоца на правично суђење – то није ни требало да учини јер није успио да идентификује легитиман циљ којим би оправдао своје одлуке.

Када се сумира изнесена уставносудска пракса, могло би се закључити сљедеће. УС није формирао сопствену доктрину сразмјерности која се разликује од праксе ЕСЉП, јер своје одлуке редовно аргументује образложењима овог међународног суда, у подједнако казуистичком маниру. Међутим, уочена су и одступања од примјене теста сразмјерности, јер УС поједине одлуке аргументује супсумцијом случаја под уставну норму или међународни стандард. Не спорећи да оштро разликовање сразмјерног ублажавања супротстављених норми од правног силогизма не одражава реалност судијског одлучивања,⁴⁴ чини се да би УС ипак требало да се остави силогистичког резонувања, јер је везан чл. 20. ст 3 као и сви други државни органи. Друго, УС образлаже своје оцјене о сразмјерности комбинацијом израза из чл. 20. ст. 3. Устава и из праксе ЕСЉП. При томе доминирају ови други појмови, што потврђује налаз о непрактичности наведене уставне одредбе. Треће, уочљива је несклоност УС да самостално

⁴¹ Ти разлози су: заштита интереса националне безбедности, јавног реда и морала у демократском друштву и заштита интереса малолетника или приватности учесника у поступку. Више о проблематичности ове уставне одредбе, вид. М. Пајванчић, Коментар Устава Републике Србије, Београд, 2009, 44.

⁴² М. Пајванчић, *op. cit.*, 183, 266.

⁴³ Вид. Одлуке УС РС, бр. IУз-1245/2010 од 13. јуна 2013. и бр. IУз-252/2002 од 26.12.2013.

⁴⁴ В. Pirker, *op. cit.*, 53; J. Mathews, *op. cit.*, 22; R. Alexy, *op. cit.*, 434-435.

испитује кршење чл. 20. Устава, а могло би се претпоставити да би изузетак у том смислу били једино предмети у којима оцијени да је потребан строжији надзор кршења људских права. Четврто, анализирани предмети наводе на закључак да се УС није јасно определијелио у погледу дилеме из трећег дијела о статусу теста као самосталне фазе поступка ограничавања људских права или као елемента оцјене о неопходности мјере која се испитује. На крају, што се структуре теста тиче, већ је примијењено да се УС обично фокусира на посљедња два корака. Наиме, нема много одлука у којима је негативно оцијенио легитимност циља и неподесност мјере.⁴⁵ Иако се провођење овако скраћеног теста сразмјерности уобичајило и у пракси ЕСЉП,⁴⁶ ту праксу не би требало подржати због нејасно изражене евентуалности потоњих корака у односу на претходне оцјене у тесту.

Све у свему, оцјена о квалитету анализиране уставносудске праксе зависи колико од становишта о ширини судске дискреције УС, са једне стране, толико и од става о његовој везаности уставом и међународним стандардима. Једно је ипак сигурно: имајући у виду функције УС као посљедње домаће степенице у поступцима за заштиту људских права и врховног тумача уставних норми, прецизнија артикулација теста сразмјерности би допринијела како хармонизацији међународног и домаћег правног система, тако и поузданијем вођењу државних органа у остваривању владавине права. Аргументација о мјерењу важности сврха којима су мјере државних органа управљене би свакако користила њиховој хијерархизацији која би обавезивала УС у будућим случајевима и на тај начин допринијела кохерентности његове казуистике и правној сигурности. Користи од тога би свакако имали и грађани, јер би државни органи посветили више дужне пажње разматрањима посљедица мјера које предузимају, те избору мјера које најмање задиру у људска права, а доносе највише друштвене користи. – цртица и

V ТУМАЧЕЊЕ ЧЛАНА 20. СТАВ 3. УСТАВА – ОЦЈЕНА И ПРИЈЕДЛОЗИ

Слиједи покушај да се домаће уставно рјешење тумачи у складу са налазима из овог рада. У том циљу се прво упоређују и анализирају одредбе чл. 20 ст. 3 са праксом УС која сумирана у 4. дијелу, теоријским налазима из другог дијела, те међународним стандардима који су објашњени у трећем дијелу. Потом се дефинише структура теста путем артикулације корака који би требало да подједнако буду сврисходни и позитивноправно утемељени.

⁴⁵ L. Anđelković, *op. cit.*, 243.

⁴⁶ B. Pirker, *op. cit.*, 44.

Табела 1. Поређење позитивноправних одредби, праксе УС, правне литературе и међународних стандарда

Сразмјерност у чл. 20. ст. 3. Устава	Сразмјерност у пракси УС (1Уз 367/2013 од 03.11.2016.) (дио 4.)	Сразмјерност у правној литератури (дио 2.)	Међународни стандард сразмјерности (дио 3.)	
			Пракса ЕСЉП	Чл. 52. Повеље о осн. правима ЕУ
Суштина права које се ограничава	Задирање у суштину зајемченог права			Поштовање суштине права и слобода
Важност сврхе ограничења	Легитиман циљ у јавном интересу	Легитимност циља	Легитимност циља	Циљ општег интереса који признаје Унија
Природа и обим ограничења	-Постојање других ефикасних средстава за остварење легитимног циља -Неопходност мјере у демократ. друштву	-Оптималност мјере (минимум посезања у људска права) -Неопходност (неопходност)	Разуман однос сразмјерности употребљених средстава и легитимног циља који се жели постићи	Неопходност
	Однос ограничења са сврхом ограничења	Подесност мјере за остварење легитимног циља		Мјера одговара циљу општег интереса или заштите права других
Да ли постоји начин да се сврха ограничења постигне мањим ограничењем права	Правична равнотежа (баланс) између захтјева општег интереса и и заштите права лица; мјере превазилазе сврху која се жели постићи	Ваљан баланс између предузете мјере и легитимног циља (Искључује се претјерано ограничавање људских права)		Поштовање начела пропорционалности

Табела 1. је попуњена супсумцијом појмова из праксе УС, литературе и међународних стандарда под појмове и према редослиједу из разматране уставне одредбе, како би стекла сазнања о њиховој усклађености. Разлике у дефинисању појмова су очигледне, али су колико-толико савладане њиховим ширим језичким и логичким тумачењем.

Када се анализирају упоређени појмови, потврђује се констатација Венецијанске комисије из Увода да разматрана уставна одредба одсликава коегзистенцију стандарда СЕ и ЕУ. Полазећи од ставова правне науке изнесених у дијелу 2. и праксе ЕСЉП, израз који се чини сувишним јесте „суштина права које се ограничава.“ Са друге стране, овај појам је наведен у чл. 20. ст. 3 Устава и чл. 52. Повеље основним правима ЕУ. У Уставу се он помиње у чл. 18. ст. 2, али његов смисао није позитивноправно објашњен. Ако се израз

односи на забрану ограничавања оних људских права за које Уставом нису прописани услови и сврхе ограничења (тј. апсолутна права, попут права на живот из чл. 24. Устава), такво упутство тумачу права сигурно не спада у одредбу чл. 20. ст. 3, која се односи само на права која се могу ограничити. Њему ту нема мјеста и ако се ради о намјери уставотворца да изрази учење о неприкосновености жаришног појма људских права у односу на његову периферију, јер се та разлика утврђује у сваком конкретном случају управо тестом сразмјерности.⁴⁷ Другу недоумицу у вези са тим изазива и услов ограничења људских права из чл. 20. ст. 1 у виду „обима неопходног да се уставна сврха ограничења задовољи у демократском друштву и без задирања у суштину зајемченог права.“ Израз „обим“ упућује на подвођење теста сразмјерности под појам неопходности, чиме уставотворац изражава двосмисленост око ситуирања теста сразмјерности која је већ објашњена у анализи литературе и интерпретацијама праксе ЕСЉП. Ако се одредба чл. 20. ст. 3 види као пуко понављање услова из чл. 18. став 1. и 20. став 1. Устава,⁴⁸ онда је тест сразмјерности само једна фаза оцјене о неопходности државне мјере. Разлике у ситуирању теста сразмјерности под оцјену о неопходности или пак послје је не производе практичне последице по квалитет судске аргументације, пошто овај тест у оба приступа представља последњи садржај оцјене о оправданости државне мјере.

Поред тога, редослијед појмова који је изложен у уставној одредби није методски усклађен са налазима правне науке. Наиме, корак оцјене о избору мјере која најмање задире у људска права је изражен прије него што је прописано упутство државном органу да провјери и оцијени да ли се његовом мјером уопште може да оствари легитиман циљ. То наводи на закључак да је уставотворац навео кораке теста не водећи рачуна о системском односу тих корака.⁴⁹ При томе, набрајање критеријума оправданости употребом зареза правилно упућује на кумулацију критеријума, али имплицира погрешан закључак да су сви критеријуми аутономни, тј. независни од претходних.

Наведене недоумице и замјерке из анализе упоређених појмова наводе на потребу тумачења уставне одредбе које би јасно и прецизно изразило структуру теста у складу са налазима правне науке и међународним стандардима. Као што указују теоријска разматрања у дијелу 2.3., одредбу чл. 20. ст. 3 Устава би требало тумачити по јасно дефинисаном редослиједу, при чему свака негативна оцјена одмах води ка закључку о неоправданости мјере ограничења људских

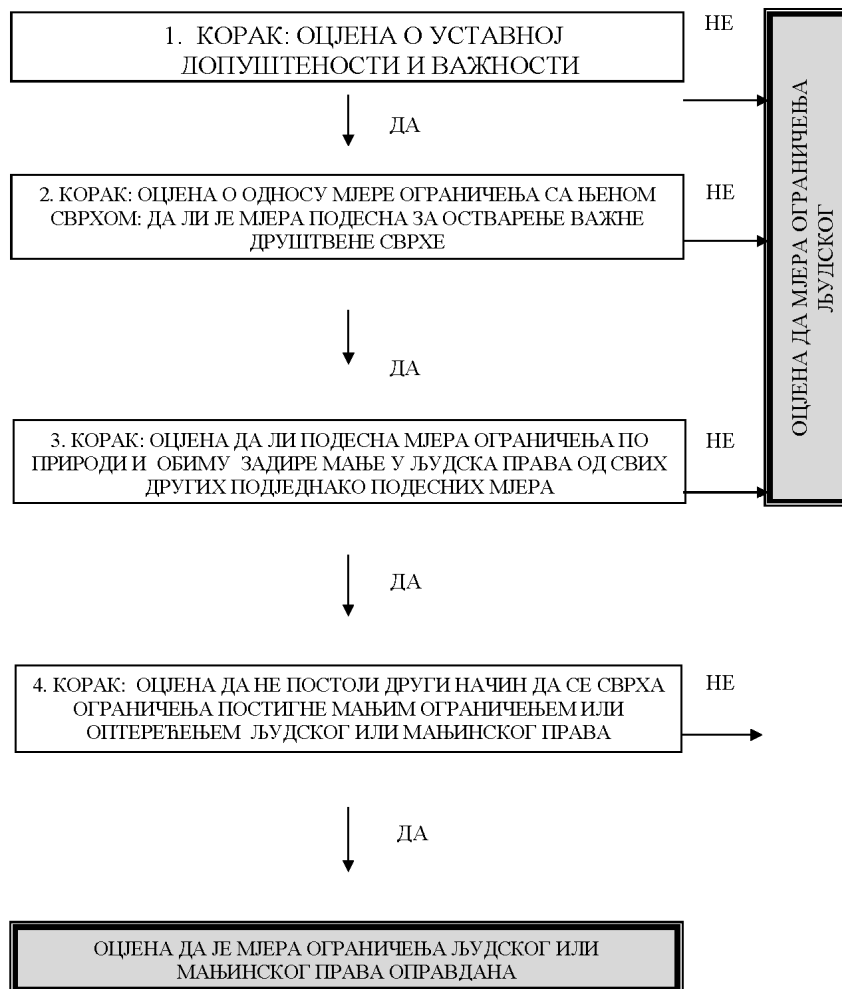
⁴⁷ Другим ријечима, тестирање сразмјерности ограничавања периферног подручја одређеног људског права које је такође одређено тестом сразмјерности представља *circulus vitiosus* који не може получити убједљивом аргументацијом.

⁴⁸ Венецијанска комисија, *op. cit.*, 29.

⁴⁹ У коментару Устава се само наводи да се ради о „четири упутства“, која садрже изразе из уставне одредбе, без навођења у каквом се међусобном односу та упутства налазе. М. Пајванчић, *op. cit.*, 31.

права. Да би се јасно изразиле системске везе између корака, њихов редослијед је најбоље изразити у форми алгоритма на слици бр. 1.⁵⁰

Слика бр. 1. Алгоритам теста сразмјерности ограничења људских права



Имајући у виду да једино ријечи, а не алгоритми, треба да изразе позитивно право, предлаже се *de lege ferenda* формулација одредбе чл. 20. ст. 3.

⁵⁰ Алгоритам као модел судијског одлучивања је нарочито развијен у Енглеској и Велсу у форми упуштања које издају правосудна тијела која тумаче судску праксу. У том смислу се ради о форми која је повољна да изрази начин правничког одлучивања. Вид. G. Brown, *Four Models of Judicial Reasoning in Sentencing*, Irish Judicial Studies Journal vol. 3, 2019, 66.

Устава која треба да боље изрази тест сразмјерности коришћењем исте или барем сличне терминологије, а у складу са ставовима правне науке и међународним стандардима:

Државни органи, а нарочито судови, овлашћени су да употребе меру којом се ограничавају људска и мањинска права само када оцене да су испуњени сви следећи услови:

- *Да је намеравана сврха те мере Уставом допуштена и важна;*
- *Да је мера подесна за остварење њене намераване сврхе;*
- *Да подесна мера из алинеје 2 овог става мање ограничава људско или мањинско право од свих других мера које би подједнако оствариле њену намеравану сврху;*
- *Да је намеравана сврха мере из алинеје 3 овог става важнија од уживања људских и мањинских права која се ограничавају њеном применом.*

Предности предложене одредбе у односу на важећу су следеће. Прво, изрази „овлашћење“ и „оцјена“ јасније изражавају природу дискреционе оцјене државних органа о приоритету супротстављених права, интереса, вриједности или сврха. Друго, јасно је изражен евентуални однос потоњих корака теста у односу на претходне, тј. немогућност преласка на наредни корак у случају негативне оцјене претходног. Треће, јасно је изражено да је оправдање мјере ограничења могуће једино у случају кумулације позитивних оцјена на свим корацима теста. Четврто, трагање за ваљаним балансом између легитимног циља и људских права је изражено компарацијом њихове важности, чиме се јасније назначавала природа дискреционог одлучивања које се састоји у приоритизацији, умјесто у вагању иначе несамјерљивих величина.

VI ЗАКЉУЧАК

Одредба чл. 20. ст. 3. Устава Републике Србије донијела је важну новост у уставном развоју Србије, у виду упутстава законодавној, извршној и судској власти о начину одлучивања о границама уставних гаранција људских права и слобода. Наведена одредба садржи појмове који омогућују тестирање сразмјерности у складу са праксом међународних тијела за заштиту људских права, али својом непрецизном редакцијом отвара могућности погрешних тумачења. Разумљивост текста који је изразио ову компликовану мисаону операцију је платио данак претјераној концизности.

Како је показано у другом дијелу, у правној литератури је дефинисана природа сразмјерности као теста и његова структура путем четири корака. То су оцјене о легитимности циља, подесности мјере којом се ограничавају људска права за постигнуће тог легитимног циља, њеној оптималности (минималном посезању у људска права) и ваљаном балансу циља и мјере. У трећем дијелу су се указале велике тешкоће у покушајима да се уставне норме и међународни стандарди на који те норме упућују сагласно тумаче. Те су тешкоће резултат правно-техничког несагласја уставних одредби са међународним стандардима,

различитих тумачења релевантне праксе ЕСЉП и разлика између рјешења у правним системима СЕ и ЕУ. Анализа невелике праксе УС у предметима који су укључивали примјену теста сразмјерности ограничавања људских права у четвртом дијелу је показала да се УС углавном угледа на праксу ЕСЉП. Међутим, показало се да његова аргументација није увијек усклађена са теоријским виђењима структуре и метода тестирања. У петом дијелу се показало да постоји могућност да се ширим тумачењем појмова из уставних одредби, теорије и међународних стандарда ускладе значења и проведе тест сразмјерности који би помирио слово Устава, литературу и међународне стандарде и праксу. Утврђено је да се четири корака теста сразмјерности налазе у евентуалном односу, тј. да се тест окончава било којом негативном оцјеном у дефинисаном редослиједу корака према спознаји о оправданости мјере која задире у људска права. Такође је утврђено да таква мјера може бити оправдана једино ако су кумулативно оцијењена позитивним сва четири корака.

Да би ојачао владавину права, српски уставотворац се определио да овај начин судијског одлучивања и универзално употребљив алат практичног мишљења сврста у уставна начела људских права. Тиме је обавезао све државне органе да га примјењују у складу са међународним стандардима и праксом. Како се показало, његова досадашња примјена би се могла сматрати добрим почетком превазилажења традиционалних представа о формално-логичкој природи правничког одлучивања. Даљи напредак у том смислу би свакако допринио сузбијању арбитрарности мјера јавних власти и јачању правне сигурности. Конкретизација овог уставног начела би требало да буде корак у том правцу.

Živorad Rašević, LL.D*

AN INTERPRETATION OF THE PROPORTIONALITY PRINCIPLE OF THE HUMAN RIGHTS LIMITATIONS

Summary

This paper attempts to contribute to the practical and normative explication of the Art. 20 Para. 3 of the Constitution of the Republic of Serbia. This provision is an important novelty in the Serbian constitutional development, envisaging the principle of the proportionality of the human rights` limitations. Utilising dogmatic approach, the nature, scope and structure of this principle are explained, and lege lata

* Cmgr FCMI, Lt. Col. Legal Service, Bosnia and Herzegovina Armed Forces.

interpreted. Besides, the relevant constitutional case-law is analyzed in order to find out how this principle has been understood and applied. It is concluded that wording of the pertinent constitutional provision is too concise and thus incomprehensible and practically unapplicable. Therefore, this paper recommends more precise lege ferenda. At this moment, a wider interpretation is necessary. Therefore, this paper proposes certain theoretical and practical guidelines for the proper use of this complex analytical judicial instrument.

Key words: *principle of proportionality, limitation of human rights, justification of the human rights limitation, legitimate aim.*