Dr Slobodan Beljanski,
advokat u Novom Sadu

JURISPRUDENCIJA

MILITANTNE DEMOKRATIJE*

Precedenti Ustavnog suda Srbije

SAŽETAK: Ustavni sud Srbije je u 2011. i 2012. godini donio četiri odluke o predlozima Republičkog javnog tužilaštva za zabranu rada nekoliko formalnih ili neformalnih udruženja građana. Autor analizira ove odluke kao inicijalne priloge jurisprudenciji militantne demokratije. Kritički se osvrće na njihove nedoslednosti i protivrečnosti i na izostanak teorijskog pristupa. Razmatra odnos sudske prakse i teorije i podseća na učenja o granicama slobode u delima Popera, Rolsa, Harta, Dala i Raza. Zaključuje da je borbena zaštita znak ugrožene, nespremljene ili oslabiljene demokratije kojoj je ponestalo snage da svoje neprijatelje marginalizuje kroz otvoreno sučeljavanje stavova. Odluke o zabrani rada pojedinih udruženja posredno su priznanje da u današnjoj Srbiji takvih snaga nema, ili da su one neznatne. Nakon dve odluke o zabrani rada, odluka Ustavnog suda kojom se poslednji predlog za zabranu odbija, u okolnostima primetnog porasta netolerancije u društvu, mogla bi da ohrabri neprijatelje slobode. Kao osnovnu slabost razmatranih odluka autor navodi: prevagu faktografskog pristupa nad analitičkim i pribegavanje linearnoj dedukciji u objašnjenju složenih društvenih pojava.

Ključne reči: militantna demokratija, Ustavni sud Srbije, sloboda udruživanja, neprijatelji slobode, ograničenja slobode

* Rad primljen: 7. 6. 2013. godine.

UVOD

Demokratija nosi agens samodestrukcije. Sloboda organizovanja otvara vrata i neprijateljima slobode, pružajući im priliku da naškode poretku pod čijim okriljem su bez teškoća uspeli i da se okupe i da mu se suprotstave.

Militantnom ili borbenom demokratijom¹ nazivamo politički sistem koji se opire takvoj inerciji. U njega su ugrađeni institucionalni i pravni instrumenti za ograničenje određenih sloboda i prava, s ciljem da se demokratija spase, a ove vrednosti zaštite. Paradoks je neizbežan.

Suočavamo se s davno postavljenom političkom aporemom: ako je pravo na udruživanje gotovo jednako neotuđivo kao i lična sloboda, neće li zakonodavac koji u demokratskom društvu pokuša da ga naruši napasti i sâmo društvo?² Danas su ograničenja izraz nastojanja da se pred opasnostima koje su svojstvene pluralističkoj demokratiji i ideji konstitucionalizma, očuva relacioni karakter slobode i održi racionalna ravnoteža između autonomije i kontrole.³ Zbog toga je mogućnost ograničenja slobode udruživanja našla svoje mesto među održivim principima temeljnih međunarodnih akata o ljudskim pravima.⁴

Potencijalne disjunkcije između održivih principa ove vrste i sistema u kome su ti principi priznati naročito dolaze do izražaja ako održivost principa, kao što će u našim primerima biti slučaj, nije zasnovana samo na pravu, nego zavisi od društvenih odnosa, moralnih vrednosti i političkih procena, od temporalizacije kompleksnosti, ili uključenosti u događaj, u stvarnosne i istorijske dimenzije svakog slučaja ponaosob. Otuda će i pravna interpretacija, ma koliko polazila od ustanovljenih značenja, više pripadati hermeneutici nego dogmatici i više biti upućena na pravno posredovanje nego na neposrednu primenu prava.⁵

¹ Pojam *militantna demokratija* potiče od nemačkog teoretičara Karla Levenštajna, s kraja tridesetih godina prošlog veka (Karl Loewenstein, „Militant Democracy and Fundamental Rights, I–II”, *American Political Science Review*, Vol. 31, No. 3&4, 1937). U obilju literature posvećene ovoj temi, zapažen doprinos savremenim interpretacijama dao je mađarski pravnik i sudija Evropskog suda za ljudska prava, Andraš Šajo (Sajó András, „From Militant Democracy to the Preventive State?”, *Cardozo Law Review*, Vol. 27, No. 5, 2005; „Militant Democracy and Transition towards Democracy”, *Militant Democracy*, ed. by András Sajó, Eleven, Utrecht, 2004).

² Aleksis De Tokvil, *O demokratiji u Americi*, IKZS – CIID, Sremski Karlovci – Titograd, 1990, 169–170.

³ Robert Dal, *Dileme pluralističke demokratije*, BIGZ, Beograd, 1994, str. 27–29; Karl Joakim Fridrih, *Konstitucionalizam (Ograničavanje i kontrola vlasti)*, CID, Podgorica, 1996, 193–194.

⁴ Prema odredbama čl. 11. st. 2. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, i čl. 22. st. 2. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima takva mogućnost postoji kada je to propisano zakonom i neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne ili javne bezbednosti, sprečavanja nereda i kriminala, zaštite zdravlja i morala ili zaštite prava i sloboda drugih.

⁵ Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1995, 347; Niklas Luman, *Društveni sistemi – Osnovi opšte teorije*, IKZS, Sremski Karlovci – Novi Sad,

Militantna demokratija prisutna je i u pravnom sistemu Srbije. U okviru ekskluzivne nadležnosti da odlučuje o zabrani rada političke stranke, sindikalne organizacije i udruženja građana, Ustavni sud⁶ je, u razdoblju od sredine marta 2011. godine do sredine novembra 2012. godine rešavao o četiri predloga Republičkog javnog tužilaštva za zabranu rada više različitih asocijacija. Donete odluke predstavljaju inicijalne priloge jurisprudenciji⁷ predmeta o kome je reč. Sva četiri judikata značajna su ne samo zbog rešavanja pojedinačnih slučajeva, ma koliko ovi bili medijski eksponirani, politički atraktivni i za neposredne aktere i najširu javnost važni, nego i zbog toga što su postali izvor prava konstitucionalne demokratije u kojoj je, saglasno odredbama čl. 55. st. 3. i 4. Ustava Srbije, čl. 11. st. 2. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i čl. 22. st. 2. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, ustanovljena mogućnost pravno dopuštenog ograničavanja slobode udruživanja.⁸

Tema ovog rada je, u prvom redu, provera potpunosti i međusobne usklađenosti argumenata Ustavnog suda. Rezultat provere, koja će se činjeničnih pitanja doticati samo uzgred, u bliskoj je vezi sa prosuđivanjem pravne utemeljenosti donetih odluka.

ODLUKE I IZDVOJENA MIŠLJENJA

Navijačke podgrupe

Zaključkom VIIU br. 279/2009 od 17. marta 2011. godine⁹ Ustavni sud je odbacio predlog Republičkog javnog tužioca za zabranu rada petnaest „ekstremnih podgrupa u okviru udruženja građana i van udruženja”, koje su u pre-

2001, 94–95; Herber Hart, „Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983; Hans Georg Gadamer, „Hermeneutik” I, *Gesammelte Werke*, Bd. 1, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1986, 333.

⁶ U daljem tekstu i: Sud.

⁷ Pojam *jurisprudencija*, u uslovnom i izvedenom smislu, povezujemo sa praksom Ustavnog suda na način na koji je Rosko Paund jurisprudenciju smatrao skupom merodavnog materijala za razumno predviđanje u okviru pravnog poretka, ali i sredstvom društvene kontrole u sistematskoj primeni sile politički organizovanog društva.

⁸ U navedenim odredbama međunarodnih pravnih akata predviđena je, između ostalog, i mogućnost ograničenja slobode udruživanja, pod uslovom da je to propisano zakonom i da je neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne ili javne bezbednosti, javnog reda (sprečavanja nereda ili kriminala), zaštite zdravlja ili morala ili prava i slobode drugih. U čl. 55. Ustava Republike Srbije propisano je da su zabranjena tajna i paravojna udruženja (st. 3), a da 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 (st. 4).

⁹ *Službeni glasnik RS*, br. 26/2011 od 15. aprila 2011. godine, 68–75 (u daljem tekstu, Ustavni sud biće označavan i skraćenim nazivom: „Sud”, a koristeće se i druge skraćenice: „KZ” za Krivični zakonik, „ZKP” za Zakonik o krivičnom postupku, „ZUS” za Zakon o Ustavnom sudu).

dlogu označene kao tobožnje grupe sportskih navijača, a u stvari „kriminogene grupe”, „privatne armije”, „grupno organizovani nasilnici, razbijači, nosioci i egzekutori netrpeljivosti, isključivosti i svakovrsne agresije”.

Zaključak se zasniva na nedostatku dokaza da su navedene podgrupe registrovane, da imaju osnivačke akte, da su povezane sa registrovanim udruženjima ili da su sa njihovim delovanjem povezana lica koja su osuđivana. Pored toga, Sud ističe da nisu pruženi ni dokazi da podgrupe predstavljaju tajna udruženja, jer se tajna društva stvaraju, a ne nastaju spontano, kao što se može pretpostaviti da su u ovom slučaju nastala.

Ukazujući na nepostojanje pretpostavki da se indikovane podgrupe smatraju tajnim udruženjima, ali i na izostanak dokaza o njihovoj povezanosti sa registrovanim udruženjima, Sud je podvukao da je vezan predlogom ovlašćenog predlagača, da ne može da postupa po sopstvenoj inicijativi i da bi nastavak postupka bio nespojiv sa načelima pravne države i podele vlasti koja daju „dovoljno prostora da i drugi organi deluju protiv ’ekstremista’ što oni i treba da čine”.

U Zaključku se indirektno, ali na dovoljno jasan način, prigovara pravnom pristupu i procesnim aktivnostima predlagača. Sud napominje da je u tri navrata od predlagača tražio dodatna razjašnjenja, najpre o statusu pasivnih subjekata, potom o epilogu krivičnih postupaka i povezanosti okrivljenih lica sa udruženjima, a na kraju i o upisu navijačkih podgrupa u Registar.¹⁰ Gotovo s prekorom ističe da se predlagač nije izjasnio o svim zahtevima, da nije smatrao neophodnim da dostavi dokaz da su ekstremne podgrupe upisane u Registar, da nije dostavio ma kakav dokaz o njihovim osnivačkim aktima, niti je objasnio njihovu povezanost sa udruženjima i saučinjenim krivičnim delima. Kao primer takvog odnosa, citira predlagačevo shvatanje da su podgrupe najverovatnije spontano formirane kao organizacije u okviru udruženja, „a da je na Ustavnom sudu da ceni i odgovornost i ustavnost delovanja i udruženja, ako nađe za potrebno, mada to nije prioritarno”.

„Nacionalni stroj”

Drugi slučaj razlikuje se od prvog, ne samo po vrsti odluke, nego i po argumentaciji. Odlukom VIIU br. 171/2008 od 2. juna 2011. godine¹¹ Ustavni sud je utvrdio da je organizacija „Nacionalni stroj” tajno udruženje čije je delovanje Ustavom zabranjeno, zabranio mu je da se upiše u odgovarajući registar i da promoviše i širi svoje programske ciljeve i ideje, a nadležne državne i druge

¹⁰ Registar se odnosi na Registar udruženja koji vodi Agencija za privredne registre, u skladu sa Zakonom o Agenciji za privredne registre (*Službeni glasnik RS*, br. 55/2004, 111/2009 i 99/2011).

¹¹ *Službeni glasnik RS*, br. 50/2011 od 8. jula 2011. godine, 320–326.

organe i organizacije obavezao je da preduzmu mere potrebne da se Odluka sprovede.

Činjenice da organizacija „Nacionalni stroj” nije upisana u Registar ni kao politička stranka ni kao udruženje građana, da nema lice ovlašćeno za zastupanje, da njeni opšti akti (Statut i Program) nisu ni potpisani ni datirani, niti ima podataka o njihovom poreklu, kao što nema podataka ni o osnivačkoj skupštini, o zvaničnom članstvu i rukovodstvu, Ustavni sud je smatrao formalnim nedostacima koji ne mogu imati presudan uticaj na ocenu da organizacija ipak ima karakter udruženja. Štaviše, našao je da se radi o nedostacima koji su upravo proistekli iz svesne i „neskriveno definisane” namere osnivača „da pripadnici ove organizacije i način njihovog međusobnog delovanja ostanu van domašaja javnosti, odnosno da deluju po principu tajne organizacije”.

Pravni osnov za Odluku Sud je našao u tajnoj formi delovanja, premda je utvrdio činjenice koje bi do zabrane mogle dovesti upravo zbog sadržaja rada. U Odluci je, naime, utvrđeno da je udruženje osnovano radi ostvarivanja Ustavom zabranjenih ciljeva: kršenja zajemčenih ljudskih i manjinskih prava i promovisanja rasne i nacionalne mržnje i nejednakosti. Utvrđeno je i to da je udruženje nastojalo da ostvari proklamovane ciljeve utičući na svoje članove da koriste „svo oružje koje im je na raspolaganju”, da budu „uvek spremni za ulični sukob sa neprijateljem”, da posećuju skupove „neprijatelja” i snimaju šta se radi, i da se, ukoliko su napadnuti na ulici, bore do poslednje kapi krvi. Ovakva programska orijentacija, međutim, Ustavnom sudu nije poslužila kao razlog za zabranu, već samo kao osnov da, saglasno odredbi čl. 171. st. 2. Ustava, uredi način izvršenja svoje Odluke, tako što je udruženju zabranio upis u Registar i promovisanje i širenje programskih ciljeva i ideja.

Sudija dr Olivera Vučić izdvojila je mišljenje. U obrazloženju ističe da su u čl. 55. st. 3. i 4. Ustava propisana dva nivoa zabrane, od kojih se prvi i najstroži odnosi na zabranjenost tajnih i paravojnih udruženja, a drugi na mogućnost zabrane udruženja zbog ciljeva i sadržaja njihovog delovanja. Prvi nivo zabrane ustavotvorac je rezervisao za sebe, ne prepuštajući nijednom drugom subjektu mogućnost da se tim pitanjem bavi. Drugi nivo zabrane poveren je Ustavnom sudu. Zbog toga Ustavni sud nije nadležan da utvrđuje tajni status neke organizacije, pa ni da donosi odluke u vezi sa tajnim oblicima rada. Nema nikakvog smisla ni određivanje načina izvršenja Odluke, jer zabranjenost postojanja podrazumeva zabranu delovanja, pa se drugim organima i organizacijama ne nalaže ništa drugo nego da poštuju Ustav, a registratoru povrh toga daje nalog da poštuje Zakon o udruženjima, polazeći od teško zamislive situacije da bi se jedno hotimično tajno udruženje prijavilo za upis.¹²

¹² Izdvojeno mišljenje sudije dr Olivera Vučić u predmetu Ustavnog suda VIIIU-171/2008 (*Službeni glasnik RS*, br. 50/2011, 326–328).

„Obraz”

U Odluci br. VIIU-249/2009 od 12. juna 2012. godine¹³ Ustavni sud je zabranio rad udruženju građana „Otačastveni pokret Obraz” zbog delovanja usmerenog na kršenje zajemčenih ljudskih i manjinskih prava i izazivanja nacionalne i verske mržnje. Naložio je brisanje iz Registra.

Obrazloženje se temelji na kompoziciji načelnih postavki i opštih empirijskih zapažanja: sloboda udruživanja nije apsolutna i neograničena; neprihvatljivo delovanje mora biti sprečeno ili onemogućeno ako se sloboda zloupotrebljava; najteže je utvrditi opravdanost mešanja vlasti u slobodu udruživanja; ograničavanju nema mesta sve dok udruženje ne postane realna opasnost za slobodno i demokratsko uređenje zemlje ili prava pojedinaca; čak i kada postoji realna opasnost potrebno je razmotriti da li do njenog izbegavanja mogu dovesti manje radikalne mere; sve mere moraju biti zasnovane na dovoljnim dokazima da udruženje, a ne samo njegovi pojedinačni članovi, teži nedozvoljenim ciljevima radi čijeg ostvarenja je spremno da primeni neustavna sredstva; delovanje udruženja ogleda se kako u javnom promovisanju ciljeva u programskim dokumentima i medijima, tako i u konkretnim aktivnostima koje preduzimaju članovi; za meru zabrane moraju postojati „ubedljivi imperativni razlozi”; neophodnost društvene potrebe za zabranu proizlazi iz izostanka očekivanih rezultata mēra koje su preduzeli drugi organi; nužna je srazmera između ograničenja slobode i legitimnog cilja koji se zabranom postiže.

Sudija Katarina Manojlović Andrić izdvojila je mišljenje. Primećuje da uporedna iskustva govore o veoma restriktivnom pristupu ograničenju slobode udruživanja, da se oprez i uzdržanost graniče sa praktičnim odsustvom primene i da se poznati primeri odnose samo na zabranu političke stranke, a ne i udruženja građana. Zamera na tome što u Odluci nedostaje iznošenje i analiziranje navoda, stavova i dokaza koji su na javnoj raspravi sučeljeni, dok su neki dokazi, na štetu organizacije čiji je rad zabranjen, proizvoljno i ekstenzivno prikazani. Najzad, ističe da je u primeni materijalnog prava izostao opšti teorijski osvrt, a posebno odgovor na pitanje o srazmernosti i neophodnosti.¹⁴

¹³ *Službeni glasnik RS*, br. 69/2012 od 20. jula 2012. godine, 89–101.

¹⁴ Odbijajuće izdvojeno mišljenje sudije Katarine Manojlović Andrić u predmetu Ustavnog suda VIIU-249/2009, *Službeni glasnik RS*, br. 69/2012, 102–104. Sa izdvojenim mišljenjem sudije Manojlović Andrić saglasila se sudija dr Olivera Vučić.

SNP „Naši” i drugi

U posljednjem slučaju, Odlukom br. VIIU-482/2011 od 14. novembra 2012. godine,¹⁵ Ustavni sud je odbio predlog za zabranu rada udruženja građana „Srpski narodni pokret 1389” iz Beograda i udruženja građana SNP „Naši” iz Arandelovca (st. 1. izreke), nalazeći da mere koje su prema članovima udruženja preduzimali nadležni državni organi „ne predstavljaju adekvatan odgovor demokratskog društva za učinjene povrede prava zbog čijeg bi neuspaha Ustavni sud mogao i morao zabraniti rad njihovih udruženja”, jer zabrana mora predstavljati „poslednji odbrambeni akt” koji sledi tek ako su nadležni organi „prethodno već iscrpili sve mere prevencije i adekvatnog sankcionisanja”.

U istoj Odluci (t. 2. izreke) Sud je ocenio da nisu ispunjene procesne pretpostavke za postupanje po predlogu za zabranu „SNP NAŠI 1389”, budući da su se svi učesnici u postupku saglasili da je pod tim nazivom, u periodu od avgusta 2010. godine do juna 2011. godine, egzistirao samo oblik privremene saradnje druga dva navedena udruženja koja je okončana neformalnim javnim saopštenjem aktera, a da za tvrdnju predlagača da to udruženje i dalje deluje nisu pruženi odgovarajući dokazi.

U zajedničkom izdvojenom mišljenju u odnosu na t. 1. izreke, sudije dr Bosa Nenadić i Katarina Manojlović Andrić iznele su da je u predmetima ove vrste Ustavni sud, umesto da izgradi kriterijume i utvrdi jasne stavove, pribegavao svojevrsnom *ad hoc* odlučivanju. Smatraju da kod nas ne postoji ustavni osnov da se odlučuje o zabrani rada udruženja građana koja nisu registrovana, zbog čega je pre trebalo pokrenuti postupak za ocenu ustavnosti određaba čl. 50. st. 1. i čl. 51. st. 2. Zakona o udruženjima, u kojima se omogućuje pokretanje i vođenje postupka za zabranu rada udruženja koja nemaju status pravnog lica.¹⁶

Mišljenje je izdvojila i sudija dr Olivera Vučić. Iako je podržala donetu Odluku, ogradila se od obrazloženja, ukazujući na neopravdano drugačiji pristup u odnosu na prethodno donete odluke i na činjenicu da se u kratkom razdoblju, u kojem društvene prilike nisu promenjene, na sasvim različit način odlučivalo o udruženjima bliskih pogleda i sličnih ciljeva. Podseća da je zabranu udruženja „Obraz” Sud zasnovao i na oceni da je Srbija nedavno prošla

¹⁵ *Službeni glasnik RS*, br. 6/2013 od 18. januara 2013. godine, 4–18.

¹⁶ Zajedničko izdvojeno mišljenje sudije dr Bose Nenadić i Katarine Manojlović Andrić u odnosu na Odluku Ustavnog suda VIIU-482/2011 od 14. novembra 2012. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 6/2013, 16–17. U izdvojenom mišljenju iznose se i primedbe procesne prirode koje se odnose na izostanak utvrđivanja karaktera postupka, na vođenje jedinstvenog postupka (umesto da se formiraju tri posebna predmeta i vode tri odvojena postupka) i na „vidnu aljkavost” Republičkog javnog tužilaštva čiji je predlog imao takve nedostatke da ga je trebalo kao neurednog odbaciti.

kroz veoma težak period opterećen ratovima podstaknutim nacionalnim i verskim antagonizmima, i da izgradnju demokratskog pluralističkog društva prate brojne predrasude, ali da se u ovoj poslednjoj stvari više ne pominju takvi argumenti, „kao da je dugo vreme učinilo da sećanja na spominjana dešavanja izblede” i da slične zabrinutosti za demokratske vrednosti više nema.¹⁷

TEZE I POBIJANJA

Odbacivanje predloga za zabranu

Odbacujući predlog za zabranu navijačkih podgrupa Sud se pozivao na odredbu čl. 36. st. 1. t. 4. Zakona o Ustavnom sudu (ZUS) kojom se ovakva vrsta odluke predviđa kada podnosilac u ostavljenom roku ne otkloni nedostatke koji onemogućavaju postupanje. Nasuprot tome, u Odluci o slučaju „Nacionalni stroj” Sud je naveo da je predlog za zabranu navijačkih podgrupa odbacio zbog nenadležnosti. Nenadležnost, inače, predstavlja poseban osnov za odbacivanje predloga, propisan u čl. 36. st. 1. t. 1. ZUS, koji se u Zaključku ne pominje.¹⁸ Nasuprot i jednom i drugom osnovu, dobar deo obrazloženja Zaključka sadrži razloge iz prećutanog trećeg osnova, označenog u čl. 36. st. 1. t. 5. ZUS, po kojem se predlog odbacuje ako sud smatra da je očigledno neosnovan.

Predmet naše pažnje je upravo deo obrazloženja koji za problem militantne demokratije ima suštinski, a ne samo formalni značaj.

Prethodni upis u Registar nije uslov za zabranu rada. To ne proizlazi samo iz jasne odredbe čl. 51. st. 2. Zakona o udruženjima,¹⁹ nego i iz prihvatljivog tumačenja relativno otvorene norme čl. 167. st. 3. Ustava. U slučaju „Nacionalni stroj” Sud je zaključio da organizovano, koordinirano, trajno i zajedničko delovanje određene grupe lica radi ostvarivanja unapred definisanih ciljeva i

¹⁷ Izdvojeno mišljenje sudije dr Olivera Vučić, *Službeni glasnik RS*, br. 6/2011, 17–18. Sa ovim izdvojenim mišljenjem saglasila se sudija Katarina Manojlović Andrić.

¹⁸ Predlagač je postupio u skladu sa čl. 80. st. 2. ZUS, jer je u predlogu naveo razloge i dokaze zbog kojih se traži zabrana rada udruženja građana, pa se pre može govoriti o razlozima koji nisu omogućavali zabranu, nego o nedostacima koji onemogućavaju postupanje. Na kraju krajeva, Sud je ne samo postupao, nego i doneo Zaključak sa relevantnim obrazloženjem.

¹⁹ U čl. 51. st. 2. Zakona o udruženjima propisano je da se postupak za zabranu rada udruženja može pokrenuti i voditi i u odnosu na udruženja koja nemaju status pravnog lica, a u čl. 2. st. 3. istog zakona određeno je da se na udruženja koja nemaju status pravnog lica shodno primenjuju pravna pravila o građanskom ortakluku, osim ako tim zakonom nije drugačije određeno. Ovim povodom, u zajedničkom izdvojenom mišljenju u odnosu na Odluku Ustavnog suda br. VIIU-482/2011 od 14. novembra 2012. godine ističe se da je nadležnost Ustavnog suda *materia constitutionis* i da se ne može, u odnosu na nadležnost određenu Ustavom, proširivati niti umanjivati aktima niže pravne snage.

opredeljenja, u skladu sa jasno propisanim načinom delovanja, funkcionisanja i finansiranja, kao i sa precizno utvrđenim pravima, obavezama i odgovornostima njegovih pripadnika, dozvoljava da se, uz ispunjenje ostalih materijal-nopravnih uslova, grupi zabrani rad. Istovremeno, ocenio je da „Nacionalni stroj”, koji ima upravo takav oblik rada, deluje po principu tajne organizacije i da je razlika između ovog tajnog udruženja i neformalnih grupa, kakve su bile ekstremne navijačke grupe i podgrupe, u nivou stabilnosti i determinisanja. Zbog toga je našao da za zabranu navijačkih podgrupa nije nadležan.²⁰

Daleko više pažnje, nego što su lutanja u pogledu osnova za odbacivanje predloga, privlače druge protivrečnosti.

U Zaključku Sud iznosi stav da se „neregistrovane organizacije koje nisu institucionalizovane” ne mogu smatrati legalnim udruženjima, „već tajnim organizacijama koje sa aspekta delovanja mogu predstavljati zavereničke, terorističke, kriminalne i slične grupe”, čije gonjenje je u nadležnosti tužilaštva.

Nije uverljivo objašnjenje da je izostanak registracije dovoljan razlog da se neka organizacija smatra nelegalnom, a pogotovo tajnom, niti da njen tajni oblik rada, sam po sebi, opravdava svrstavanje u kriminalni milje. Kontradiktorno je shvatanje da se tajnom može smatrati samo takva organizacija čije su odlike dovoljno prozirne da omoguće podrobno upoznavanje sa svim unutrašnjim mehanizmima njenog funkcionisanja. Osim toga, u slučaju „Nacionalni stroj” videćemo da se Sud ne smatra nenadležnim za tajne organizacije i da svoju nadležnost ne potire nadležnošću tužilaštva, nego je upravo izvodi iz činjenice da je i tužilaštvo prethodno preduzimalo određene mere.

Pravno značenje koje Ustavni sud pripisuje socijalnom fenomenu udruživanja, na određeni način blisko je tumačenjima koje je Karl Poper pripisivao teoretičarima zavere: kolektiviteti se prepoznaju kao grupne personalnosti koje nastaju u okviru zadatog plana, izabranog cilja i svesno primenjenog načina delovanja. Za razliku od teoretičara zavere, preporučuje Poper, teoretičar društva trebalo bi da razumeva kolektivitete pomoću analize društvenog delovanja njihovih pripadnika, objašnjavajući to delovanje ne samo na osnovu projektovanih ciljeva, već i na osnovu realnog ili mogućeg nastanka nameravanih posledica nameravanih akcija.²¹ U nadležnosti Ustavnog suda da zabranjuje rad udruženja nema jasno povučene granice između sociološkog i pravnog pristupa. Pri tom, ne radi se o suprotnosti između onoga što jeste i onoga što treba, već o upućivanju normativnog na eksplikativno bivstvo, o pravu koje iziskuje da juridička volja traži uporište u istorijskim okolnostima, psihološkim činioci-

²⁰ *Službeni glasnik RS* br. 50/2011, 325.

²¹ Karl Poper, *Pretpostavke i pobijanja – Rast naučnog znanja*, IKZS, Sremski Karlovci – Novi Sad, 2002, 198.

ma i moralnim vrednostima, a da, za razliku od Kelzenovog gledišta, ne izvodi na scenu pravne fikcije i ne postiduje ni pravne praktičare ni pravnu nauku.²²

Iz Zaključka se ne može sagledati da li bi, da je takvog predloga bilo, bilo i osnova za zabranu nekog drugog registrovanog ili neregistrovanog udruženja, ili za zabranu daljeg rada tajnih udruženja. Zbog toga ukazivanje na vezanost suda predlogom ovlašćenog predlagača pre deluje kao reakcija na predlagačevu neurednost i dociranje povodom predlagačevog gledišta o konformnim ovlašćenjima Suda, koja bi, nezavisno od činjenice da je predlog postavljen samo u odnosu na podgrupe „u okviru udruženja i van udruženja”, dopuštala Sudu da, kako se to u predlogu navodi, „ako nađe za potrebno” oceni i delovanje same grupe, tj. samog udruženja. Uzgred, doza ironije govori i o nepotrebnom prebacivanju odgovornosti na predlagača u situaciji kada nisu nađeni ni formalni ni suštinski razlozi za „odgovornost” subjekata koji su predmet postupka, pa je nebitno da li je izostanak zabrane mogao biti posledica i predlagačevih propusta.

Već u narednoj odluci, međutim, Sud će odstupiti od ovako strogog pristupa identitetu predloga i odluke. U slučaju „Nacionalni stroj”, naime, iako se predlog nije odnosio na zabranjenost i zabranu rada tajne organizacije samo zbog toga što jeste tajna, već na zabranu neregistrovane ali organizovane i eksponirane skupine zbog prirode njenog delovanja, Sud nije smatrao da je striktno vezan predlogom, ni u pogledu obima, ni u pogledu sadržine.

U Zaključku se insistira na krivičnim osudama i na vezi tih osuda sa delovanjem ekstremnih podgrupa. I ovo, u neku ruku, odstupa od širokog i raznog zahvatanja u oblast protivpravnosti u ostala tri predmeta. U slučaju „Obraz”, na primer, Sud se pozivao i na podnete prekršajne i krivične prijave, i na samo pokrenute, ali ne i pravnosnažno okončane, prekršajne i krivične postupke. U slučaju „SNP 1389” (i drugi), Sud nabraja i rešenja o zabrani održavanja javnih skupova koja, istina, ne smatra relevantnim, ali ne zbog vrste primenjenih mera, nego zbog toga što su prekršajni postupci pokretani isključivo protiv fizičkih lica, a ne i protiv udruženja.

U osnovi, iako to posebno ne obrazlaže, Ustavni sud opravdano pravi razliku između kriminalizacije individualnih akata i suspenzije prava namenjenih udruženjima. Krivične osude najsnažniji su dokaz o nedopuštenom delovanju članova udruženja, ali nisu i uslov za donošenje odluke o zabrani rada. Ipak, Sud ovu razliku detaljnije ne razmatra.

Svi razlozi za zabranu udruženja, propisani u čl. 55. st. 4. Ustava (delovanje usmereno na nasilno rušenje ustavnog poretka, kršenje zajemčenih ljudskih ili manjinskih prava ili izazivanje rasne, nacionalne ili verske mržnje), nose

²² Hans Kelsen, *Zur Soziologie des Rechts. Kritische Bemerkungen*, 39. Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 1912, 602; Hans Kelsen, *O granicama između pravničke i sociološke metode*, IK Gece Kona, Beograd, 1927, 7–12, 40–42.

obeležja krivičnih dela: *Pozivanje na nasilnu promenu ustavnog uređenja* (čl. 309. KZ), *Izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti* (čl. 317. KZ), *Povreda ravnopravnosti* (čl. 128. KZ), *Povreda slobode izražavanja nacionalne ili etničke pripadnosti* (čl. 130. KZ), *Sprečavanje javnog skupa* (čl. 151. KZ) ili *Sprečavanje političkog, sindikalnog i drugog udruživanja i delovanja* (čl. 152. KZ). Pretpostavka nevinosti, međutim, kao jedno od vodećih načela krivičnog postupka, ali i jedno od osnovnih ljudskih prava – prava na pravnu sigurnost u kaznenom pravu (čl. 34. st. 3. Ustava), ne dopušta da se iko smatra krivim za krivično delo sve dok se njegova krivica ne utvrdi pravnosnažnom odlukom suda.²³ Budući da mogućnost zabrane udruženja nije uslovljena prethodnim činjenjem krivičnih dela, nema sumnje da Ustavni sud može utvrditi da postoji propagiranje ili manifestovanje govora mržnje, diskriminacije, kršenja drugih ljudskih i manjinskih prava ili nasilne promene ustavnog uređenja, i tamo gde nema pravnosnažne odluke suda kojom se pripadnik udruženja osuđuje za odgovarajuće krivično delo.

Zabrana zbog forme rada

U vreme donošenja Odluke u slučaju „Nacionalni stroj” Ustavni sud nije bio ovlašćen da zabranjuje udruženje građana samo zbog toga što ima tajnu formu rada, već jedino zbog sadržaja programa, ciljeva i delovanja (čl. 55. st. 4. Ustava).

To i jeste glavni prigovor sudije dr Olivera Vučić. U izdvojenom mišljenju se ističe da je bespredmetna zabrana onoga što je Ustavom zabranjeno, mada se i ovaj prigovor stavlja iz formalnih razloga, a ne i zbog nedopuštenog sadržaja delovanja koji daje mogućnost da se uskrati sloboda neprijateljima slobode i da se ne tolerišu netolerantni.

Teže je, međutim, složiti se sa shvatanjem da su tajna udruženja Ustavom zabranjena zbog toga što je „tajno suprotno onome što se javno promoviše i štiti pravnim poretom”, a tajno je „jer se kosi sa vrednostima koje su sadrža-

²³ U našem pravnom sistemu postojala su ili postoje i rešenja suprotna ovom načelu. Nekadašnji Zakon o amnestiji predviđao je da se amnestiraju lica koja su „učinila” određena krivična dela čak i kada za ta krivična dela postupak nije ni pokrenut, ili je još u toku (*Službeni list SRJ*, br. 28/1996). Ova greška kasnije je ispravljena, jer je u istovrsne zakone uneto da se odnose na lica koja su „učinila, odnosno za koja postoji osnovana sumnja da su učinila” određeno krivično delo. Ista greška, međutim, pojavljuje se u Zakonu o odgovornosti za kršenje ljudskih prava (*Službeni glasnik RS*, br. 58/2003, 61/2003), u kome se kršenjem ljudskih prava, između ostalog, smatra svaka radnja koja „predstavlja krivično delo ili drugo kažnjivo delo za koje se goni po službenoj dužnosti, a za koje je nastupila zastarelost krivičnog ili drugog kaznenog gonjenja, u čijem je izvršenju lice određeno ovim zakonom učestvovalo kao izvršilac, podstrekač, saučesnik, pomagač, organizator zločinačkog udruženja ili čije izvršenje nije sprečio u skladu sa svojim zakonskim ovlašćenjem” (čl. 5).

ne u važećem pravu, sa prihvaćenim načelima i ustanovljenim institucijama”, zbog čega tajnost podrazumeva da su „priroda udruženja, ciljevi čijem ostvarenju teži i način njihovog ostvarenja različiti od javno promovisanog sistema vrednosti, od društveno prihvatljivih i opravdanih zalaganja i odnosa prema tim vrednostima”.²⁴ Istini za volju, u ovakvom pristupu sudija Vučić nije usamljena. Polazeći od iste postavke da su neregistrovane organizacije tajne, zavereničke, terorističke, kriminalne i slične grupe koje je Ustav izričito zabranio, i u teoriji se zastupa stav da je zahtev za zabranu takvih organizacija bespredmetan.²⁵ Da je tako, bilo bi opovrgnuto osporavanje nenadležnosti Ustavnog suda, jer bi sama forma delovanja podrazumevala postojanje suštinskih razloga za zabranu iz čl. 55. st. 4. Ustava, za koju Ustavni sud jeste nadležan. Iako tajnost organizovanja može biti u vezi sa suprotstavljanjem temeljnim dobrima demokratije, ona sama po sebi takve pobude ne dokazuje. Podjednako postoje, ili se mogu zamisliti, i tajna udruženja sa prihvatljivim ciljevima, čija je manje ili više fingirana zaklonjenost sračunata na psihološke efekte ekskluzivnosti i snagu *arcanuma* u širenju mreže uticaja i sticanju posebnog ranga i autoriteta.

Razlog za zabranu tajnih udruženja, u prvom redu, treba tražiti u nastojanju da se obezbede pretpostavke za slobodan dijalog između poznatih učesnika debate i omogućiti da se izvori organizovanog uticaja na javni život podvrgnu sudu javnosti, da se pruže garancije za ravnopravan položaj u ekspresivnom sticanju identiteta, a onemogućiti stvaranje centara moći koji izmiču raspoznavanju i osporavanju. Iz ovoga sledi i potreba da se osujete ili na najmanju meru svedu uzgredne pobude ili posledice tajnog delovanja, koje bi se ogledale u snaženju iracionalnih motiva za socijalno povezivanje i u smanjenju osećaja odgovornosti i rizika. Privlačnost zavereničke posvećenosti, po pravilu, snižava kritičnost, kao što i anonimnost pojačava odvažnost i spremnost na upotrebu svih sredstava. To pogotovo dolazi do izražaja ako je tačna ocena da se od tzv. disciplinarnih društava krećemo ka društvima kontrole koja počivaju na trenutnoj komunikaciji i urgentnoj intervenciji.²⁶ Pitanje je, naravno, da li su ovi razlozi dovoljni za zabranu, polazeći od toga da im, očigledno, nedostaje srazmernost između preduzete opresivne mere i opasnosti koja pretila od tajnog oblika rada.

Ali, u istu zamku se delimično uhvatio i sam Ustavni sud. Iako se bazira na formalnom faktoru, Sud se, u prvom redu, rukovodio suštinskim razlozima za zabranu: sadržajem ciljeva i aktivnosti tajne organizacije. Drugim rečima,

²⁴ Ovo shvatanje ima oslonac i u nešto manje eksplicitnoj postavci Ustavnog suda da tajne organizacije „sa aspekta delovanja mogu predstavljati zavereničke, terorističke, kriminalne i slične grupe” (Zaključak od 17. marta 2011. godine).

²⁵ Milan Jovanović, *Ustavna ograničenja za zloupotrebu demokratije*, u „Ustavno ograničenje slobode udruživanja – Zbornik radova”, Ustavni sud Republike Srbije – Evropska komisija za demokratiju putem prava – Venecijanska komisija, Beograd, 2010, 96.

²⁶ Žil Delez, *Pregovori* (razgovor sa Tonijem Negrijem), Karpos, Loznica, 2010, 248–249.

iako se poziva na formalno, jednostavno i sâmo po sebi dovoljno pravno uporište odluke – da će se udruženju zabraniti registracija i delovanje zato što je tajno i Ustavom zabranjeno – Sud prekoračuje ovaj prag, pa svoju odluku poentira etičkim osnaživanjem pravnih razloga, okrećući ih i usmeravajući na sadržinu delovanja u kojoj preovlađuje diskriminacija i podsticanje rasne, nacionalne i verske mržnje. Istina, u Odluci se ne ponavlja stav iz Zaključka da sama tajnost podrazumeva delovanje suprotno pravnom poretku i javno promovisanom sistemu vrednosti, nego se za ovakvo delovanje udruženja iznose ubedljivi dokazi.

Drugi problem odnosi se na izvršenje Odluke. Ako se izvršenje deklaratorne odluke kojom sud utvrđuje da se radi o tajnoj organizaciji obezbeđuje zabranom registracije, zabranjuje se nešto što – kako se to na drugi način iznosi i u izdvojenom mišljenju – subjektu zabrane i nije cilj, nešto što on ne želi da postigne i što u njegovom određenju, samom idejom zabrane, ili potrebom da se onome kome je tajnost jedna od bitnih odlika zabrani da prestane da bude tajno, opovrgava prethodno utvrđeno svojstvo. Pored toga, zabranom se onemogućuje da isti subjekt, napuštanjem dosadašnje protivprave forme rada, pod uslovom da je samo takva forma rada dovela do svih konstatovanih i zapovedenih zabrana, način delovanja obznani i legalizuje. Najzad, zabranom se posredno priznaje da tajnost nije ni trajna ni dovoljno izražena osobina, čim se prelazak na javnu scenu uzima kao realna opasnost i neskrivena aspiracija.

Slično je i sa zabranom budućeg delovanja. Mada utvrđuje da u sadržini rada „Nacionalnog stroja” ima rasizma i podsticanja na rasnu, nacionalnu i versku mržnju, Ustavni sud ne zabranjuje ovu organizaciju zbog toga, već isključivo zbog tajne forme rada. *Non sequitur!* Takva konkluzija ne sledi iz inače ispravnih i prihvatljivih premisa.

Svojevrсна kritika Odluke proizlazi iz potrebe da se zakon naknadno prilagodi njenoj izreci. Sam zakonodavac je krajem 2011. godine, najverovatnije na podsticaj iz Ustavnog suda, u Zakon o Ustavnom sudu uneo novi čl. 81a, u kome izričito propisuje ono što je u prethodno donetoj Odluci već učinjeno.²⁷ Da tumačenje nije izlazilo iz okvira zakona, predsedan bi bio dovoljan, a dopuna zakona suvišna. Ako su tumačenjem prekoračena zakonska ovlašćenja, zabrana retroaktivnosti sprečiće da inovacija bude od bilo kakve koristi za legalitet pravnog ekskursa, osim ako se kao korist ne računaju i nepravni, odn. moralni i psihološki efekti ovakve legislativne rehabilitacije. Traženje pokrića u naknadnoj kodifikaciji katkad pre devalvira nego što konvalidira, i više ukazuje na prethodno nepravo, nego što daje za pravo. Kasnije će, u zajedničkom izdvo-

²⁷ Čl. 81a ZUS glasi:

„Kada je predlogom tražena zabrana tajnog ili paravojnog udruženja, Ustavni sud će svojom odlukom utvrditi da je delovanje takvog udruženja zabranjeno Ustavom.

Odlukom iz st. 1. ovog člana Ustavni sud može odrediti preduzimanje mera koje su neophodne da se spreči delovanje tajnog ili paravojnog udruženja.”

jenom mišljenju u odnosu na Odluku VIIU-482/2011 od 14. novembra 2012. godine biti podvučeno da je nadležnost Ustavnog suda *materia constitutionis* koja ne može zakonom biti proširivana ili sužavana.

Najzad, Odluka protivreči u Zaključku izraženom stavu da je Ustavni sud vezan za predlog ovlašćenog predlagača. Upravo ovakvom Odlukom Sud je odstupio od predloga Republičkog javnog tužilaštva koje nije tražilo da se utvrdi da je „Nacionalni stroj” tajno udruženje, već da se zabrani rad ovog udruženja zbog delovanja koje je usmereno na izazivanje rasne i nacionalne mržnje. Čini se da bi odluka u skladu sa predlogom imala i bolje činjenično uporište i jasniji pravni smisao. Pod pretpostavkom, naravno, da je njena srazmernost i neophodnost bila utvrđena na način o kome će biti reči u narednim redovima.

Zabrana zbog sadržaja rada

Polazne osnove Odluke u slučaju „Obraz”, kao što smo prethodno naveli, kombinacija su pravno-političkih načela i praktičnih teškoća sa kojima se sreće sud primenjujući ih. Neke konstatacije se podrazumevaju: relativni karakter slobode, nedoumice pri utvrđivanju da li je mešanje vlasti opravdano, ili naglašena potreba da za takav zahvat postoje ubedljivi razlozi i dokazi. U drugima se jednostavno prenose zakonske formulacije. Ne mali broj, međutim, protivrečan je, nejasan ili nedorečen.

Ističe se, na primer, da delovanje udruženja „mora biti sprečeno, onemogućeno, pa čak i zabranjeno” kada je sloboda udruživanja zloupotrebljena. Predstavljanje represije u direktivnoj formi suprotno je njenoj dispozitivnoj preskripciji. U čl. 55. st. 4. Ustava ograničenje se ne propisuje kao obaveza, već kao mogućnost uslovljena nizom pretpostavki. Ograničenje slobode i prava ne može neposredno proisteci iz praktički i etički nerazgovetnog, a pravno otvorenog pojma zloupotrebe. Uostalom, sam Ustavni sud je u Zaključku o navijačkim podgrupama konstatovao da je mogućnost ograničenja slobode udruživanja fakultativna i da „država procenjuje da li je ono umesno”, a da je zabrana udruženja „osobito osetljivo pitanje”. Nije bilo potrebe da se odluka koja se na „imperativne razloge” poziva, iako se na njima ne temelji, osnažuje prigodnom i nedoslednom interpretacijom propisa i njihovom usiljenom bezuslovnošću.

Pogotovo su nepotrebni leksički i logički ispadi poput objašnjenja da je ograničenje slobode moguće samo kad za to postoje „imperativni razlozi”. Ako razlozi nešto samo mogu da opravdaju, teško ih je nazvati imperativnim. Osim toga, ako za nešto postoje razlozi, oni su adekvatni ili neadekvatni, ubedljivi ili neubedljivi, dovoljni ili nedovoljni, a nikako imperativni. Ovu frazu ne bi trebalo mešati sa imperativnom normom, jer njoj, sve da u ovom slučaju i postoji, ne bi bila potrebna ubedljivost, već isključivo formalna primenljivost.

Prilikom ocene proporcionalnosti, Sud se opravdano oslanja i na specifične prilike u Srbiji. Da li će se pretnje demokratiji suzbijati zabranom slobode udruživanja zavisi od toga koliko je politički sistem stabilan i koliko ga takve pretnje ugrožavaju. Zbog toga je tumačenje i jednog i drugog izuzetno važan aspekt odluke. I u teoriji se priznaje prevaga konkretnih okolnosti nad principima. Pitanje da li je netolerantno udruženje toliko snažno da odmah može nametnuti svoju volju i sprečiti učinak psihološkog efekta po kome sloboda netolerantnih pojačava veru u slobodu, kaže Rols, uvodi nas u dilemu koju sama filozofija nije u stanju da reši. Da li sloboda netolerantnih treba da bude ograničena da bi se sloboda sačuvala, zavisi od niza konkretnih okolnosti.²⁸

Jedno od najvećih iskušenja u ograničenju slobode upravo je srazmernost ograničenja sa legitimnim ciljem. Neujednačenost prakse Evropskog suda posledica je nevolja s pronicanjem u istorijske i aktuelne političke okolnosti određene države, i manje-više iznuđene upućenosti na njeno vlastito „polje slobodne ocene”.²⁹ Prag tolerancije je nemoguće predodrediti. On je i u kodifikovanom pravu prepušten precedentnoj evaluaciji. Realne prilike često ne prate konceptualnu ravan, nego doziraju i njeno razumevanje i njeno prilagođavanje. U tom smislu prag tolerancije izmiče striktnim propozicijama, zatvorenim pravnim formulama i naučnim prognozama, jer nije u stanju da do kraja objektivije problem i da metodski otkloni bilo kakav uticaj sadašnjosti na tumačevo razumevanje.³⁰

Na ovom terenu, međutim, Sud se nije najbolje snašao.

Pribegavajući neizbežnoj temporalizaciji problema Ustavni sud navodi da je Srbija prošla kroz „veoma težak istorijski period opterećen ratovima podstaknutim nacionalnom i verskom suprotstavljenosti naroda u regionu”, da je ona demokratsko pluralističko društvo koje se još uvek izgrađuje, a da je, pored toga, i društvo „opterećeno brojnim predrasudama koje imaju svoje duboke korene u istoriji naroda na prostorima Balkana”.

Uprkos приметnom nastojanju da se odgovornost za sukobe raseje po regionu, ova zapažanja su u osnovi tačna. Čini se, ipak, da ni uz pomoć takvih saznanja Sud nije našao ključ za oblast graničnih situacija, ili za oblast „polusenke” kojom je Hart označavao probleme nastale izvan utvrđenih značenja i

²⁸ Džon Rols, *Teorija pravde*, Službeni list – CID, Beograd – Podgorica, 1998, 208.

²⁹ Vojin Dimitrijević, *Ograničenja slobode udruživanja i srodnih prava dozvoljena međunarodnim pravom*, u „Ustavno ograničenje slobode udruživanja – Zbornik radova”, op. cit., 65–66. Videti presudu Velikog veća Evropskog suda za ljudska prava od 13. 02. 2003. godine u predmetima *Refah Partisi & Others v. Turkey* (predst. br. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98). Takođe: Patrick Macklem, *Militant Democracy, Legal Pluralism and the Paradox of Self-Determination*, U Toronto, Legal Studies Research Paper No 05–03, 2005, <http://ssrn.com/abstract=702465>, 25–38. O praksi Evropskog suda više: Violeta Beširević, *A Short Guide to Militant Democracy: Some Remarks on the Strasbourg Jurisprudence*, *European Yearbook of Human Rights*, 2012, 243–257.

³⁰ Hans Georg Gadamer, *Ibid.*, 338.

standardnih slučajeva. Otuda, i pored relativno tačne dijagnoze, Sud dokazuje srazmernost zabrane fiktivnom opasnošću da bi delovanjem proskribovanog udruženja bili poništeni naponi „kojima se iskazuje demokratska tradicija srpskog naroda”. Teško je, naime, razumeti o kakvoj se zaštiti i o kakvoj pozitivnoj demokratskoj tradiciji uopšte može raditi u društvu u kome se demokratski pluralizam tek izgrađuje, za koje se istovremeno kaže da je opterećeno brojnim predrasudama i da u nedavnoj prošlosti nije bilo samo podložno nacionalnom i verskom antagonizmu, nego čak i spremno da se zbog tog antagonizma upušta u ratove! Polazne tačke su kontradiktorni sudovi, u kojima sud o pozitivnoj demokratskoj tradiciji nema istinosnu vrednost. Kada se na neistinitom eksplanansu izgrađuje i neempirijski dokaz i teleološko objašnjenje, radi se ili o pogrešci u dokazu ili o pukom sofizmu. Kada se to događa u istoriografiji, tada posla imamo sa istorijskim mišljenjem u kome se poželjne predstave projektuju kao uzrok stanja, a političko planiranje poistovećuje sa istorijskim nasleđem. Slične predstave, iako se pozivaju na zbilju, ne baziraju se na verodostojnim izvorima ili neposrednom iskustvu, već na idealističkim zamislima koje su doprinosile i još uvek doprinose „izmišljanju tradicije” i stvaranju političkih mitova. Tako je i sam Ustavni sud, *nolens volens*, dao prilog kulturi fantazmagorija koja svako ugrožavanje demokratije čini samo izglednijim i opasnijim.

U našim prilikama, naime, zabranom se ne štiti nikakva nepostojeća tradicija, već se, eventualno, štite samo naponi da se demokratski pluralizam uobliči. Ukorenjenost demokratskog sistema bila bi razlog više da se zabrana delovanja onih koji taj sistem ne priznaju ili pokušavaju da ugroze ne smatra ni neophodnom ni srazmernom. Ako tradicijom nazovemo nastavljanje puta onih generacija koje su nam prethodile i osećanje istorije određene pojave, tada o demokratskoj tradiciji Srbije malo može biti reči, izuzev svojevrsnog osećanja imaginarne istorije koja je postala deo političke mitologije i nacionanog predanja. Populističkoj retorici i patriotskim pokrićima najmanje je mesto u argumentovanju judikata.

Druga nedoslednost Odluke proizlazi iz njenog oslanjanja na nedelotvornost kaznenopravne zaštite. U Zaključku kojim odbacuje predlog za zabranu navijačkih podgrupa, Sud se, između ostalog, pozvao i na propise o nadležnosti državnih organa u oblasti pravosuđa i unutrašnjih poslova da otkrivaju, sprečavaju i sankcionišu delovanje koje je država kriminalizovala. Osporavajući svoju nadležnost, Sud konstatuje da „država ne mora da se bavi sportskim udruženjima već pojedincima koji ih čine tako što će ih goniti za krivična dela koja su svojim delovanjem u organizaciji učinili”. Budući da bi ovakav stav vodio negaciji Ustavom propisane nadležnosti Ustavnog suda u celini, u slučaju „Obraz” Sud je našao da jeste nadležan, jer je udruženje nastavilo sa delovanjem usmerenim na kršenje osnovnih ljudskih sloboda i prava „i pored preduzetih mera i aktivnosti nadležnih državnih organa” (prekršajne i krivične prijave, presude),

tj. da je nadležan upravo zbog toga što nadležni organi nisu delovanje udruženja „uspeli da suzbiju”! Mešaju se dva plana koja su u slučaju navijačkih podgrupa jasno razdvojena: delovanje udruženja i sankcionisanje kriminalnog ponašanja njegovih članova. Uloga Ustavnog suda se ne bi smela svesti na supstituisanje izostalih efekata krivičnopravne zaštite.

Odbijanje predloga za zabranu

U slučaju „Obraz” Sud se poziva na srazmernost između ograničenja slobode i legitimnog cilja koji se zabranom postiže, a u slučaju „SNP 1389” i SNP „NAŠI” polazi od srazmernosti mera koje su prethodno preduzeli nadležni državni organi. Te dve srazmernosti ne mogu se stavljati u istu ravan. Ona prva odnosi se na vrednosti unutar fenomena slobode o kojoj odlučuje sam Ustavni sud, a ova druga tiče se srazmernosti između prirode prestupa i mera koje preduzimaju policija, javno tužilaštvo i sud. Ustavni sud bi, razume se, i ovu drugu srazmernost trebalo da uzme u obzir kao deo činjenične građe, ali nika-ko i da je poistoveti sa suštinom odnosa u kome se prihvatljivost ograničenja slobode odmerava prema ideji demokratije i prema konkretnim društvenim pri-likama i potrebama koje se na toj ideji temelje.

Kada odlučuje o predlogu za zabranu „SNP 1389” i SNP „NAŠI” Sud ne negira preduzete mere državnih organa, ali ih ne smatra dovoljnim, ni po vrsti ni po obimu. Odluku o odbijanju predloga za zabranu Sud zasniva na sta-vu da poslednji odbrambeni akt demokratskog društva u vidu zabrane rada ne-kog udruženja može proisteći samo iz krajnje ozbiljnog i intenzivnog kršenja Ustavom zagaranovanih ljudskih ili manjinskih prava i nesumnjivog nastoja-nja njegovih članova da se ostvari nasilno rušenje ustavnog poretka, ili da se izazove rasna, nacionalna ili verska mržnja. S druge strane, Sud nalazi da je meru zabrane rada moguće izreći tek kada se pouzdano utvrdi da sve prethodno preduzete mere nadležnih državnih organa nisu sprečile kontinuirano delovanje udruženja, usmereno ka pomenutim ciljevima.

Stavovi su, očigledno, protivrečni. Iz prvoga bi se moglo zaključiti da ta-kvog delovanja, po vrsti, sadržaju i potrebnoj meri, u konkretnim slučajevima nije bilo. Iz drugoga sledi da predlog za zabranu nije odbijen zbog nedovoljnih dokaza o kvalitetu i kvantitetu ekstremnog delovanja, već zbog toga što drugi državni organi nisu protiv tog i takvog delovanja preduzeli odgovarajuće mere. Umesto da budu koordinirana, sukobljena su dva pravna plana: materijalni i procesni. Ako se ocenjuje da s materijalnog aspekta postoje svi razlozi za zabra-nu, ali da zabranu osujećuje to što se nije doprlo do potrebnog nivoa represije u hijerarhiji ustanova i gradaciji instrumenata, tada je izlišno ovaj drugi razlog podupirati dovođenjem u sumnju onog prvog – ukazivanjem na odsustvo izve-

snosti da je kršenje Ustava bilo „krajnje ozbiljno i intenzivno”. I obrnuto, ako nema „krajnje ozbiljnog i intenzivnog” kršenja Ustava, tada redosled i vrsta preduzimanih mera od strane drugih državnih organa ne igraju nikakvu ulogu.

Nasuprot i jednom i drugom, međutim, iznosi se i postavka o recidivu, pa se zaključuje da bi se za svako „dalje ponavljanje istih ili sličnih kažnjivih ili uznemirujućih aktivnosti udruženja moralo pribеći izricanju mere zabrane njihovog rada” (odjeljak V odluke). Drugim rečima, ne osporava se da je delovanje bilo i kažnjivo i uznemirujuće, i da bi do zabrane moglo doći samo pod uslovom da nisu urodile plodom represivne mere drugih državnih organa, ali se uporedo sa tim zastupa i oprečno shvatanje da bi Sud, bez obzira na intervencije drugih državnih organa, isto ili slično delovanje zabranio u slučaju da bude ponovljeno! Moglo bi se zaključiti da, zapravo, i nisu u pitanju kvantitet i delotvornost reakcije drugih nadležnih državnih organa, niti takva reakcija uopšte (mada Ustavni sud istrajno ističe svoju supsidijarnu ulogu i na njoj zasnovanu supremaciju), već, sam po sebi, kvantitet akcije pasivnog subjekta postupka, koji se Sudu, u ovom trenutku, čini nedovoljnim. Ali, kad je reč i o prirodi reakcije, pomalo zbunjuje način na koji je Sud umanjio značaj preduzetih mera, ocenjujući da nije relevantno osam prekršajnih presuda o izrečenim zatvorskim i novčanim kaznama, zbog toga što se odnose na prekršaje iz Zakona o javnom redu i miru, bez eksplicitne naznake o pripadnosti okrivljenih nekom od udruženja čija se zabrana traži, i da od uticaja nije ni devet rešenja o zabrani održavanja javnih skupova, čiji je sazivač „SNP 1389” ili zajedničko udruženje „SNP NAŠI 1389”, zbog toga što su povodom okupljanja građana prekršajni postupci pokretani isključivo protiv fizičkih lica, a ne i protiv udruženja!

U slučaju „Obraz”, međutim, Sud se nije pozivao samo na programske dokumente i proklamovane ciljeve udruženja, već i na konkretne aktivnosti njegovih članova. Uostalom, to merilo potiče iz prakse Evropskog suda koji ne smatra odlučujućim isključivo program udruženja, već i njegovo stvarno delovanje, ispoljeno u aktivnostima onih koji su ovlašćeni da u ime udruženja javno istupaju.³¹

Predmet kritike može biti i uporno insistiranje na stavu da je intervencija Ustavnog suda u materiji slobode udruživanja uvek supletivni, naknadni i završni čin prethodno očekivanih, preduzetih ili bezuspešnih mera drugih državnih organa i da predstavlja izraz uplitanja *nec plus ultra*. Ustavni sud, nema sumnje, može pribеći zabrani i ne čekajući delovanje drugih državnih organa i efekte mera koje su ti organi preduzeli, kada se u programskim dokumentima određene organizacije propagira nasilna promena demokratskog poretka, politička, verska ili etnička diskriminacija, rasizam ili terorizam.

³¹ Videti napomenu u fusnoti 27.

Problem ove Odluke je i u vremenu njenog nastanka. Ona se ne može posmatrati kao izolovani akt načelne odbrane građanskih sloboda, povezan sa preuzimanjem rizika koji nose pojedinačni izrazi tolerisanja netolerantnih, već je moramo uzeti i kao upadljivi gest tolerancije koji je usledio nakon dva upadljiva gesta netolerancije. Zbog toga je moramo posmatrati i u pravno-istorijskom i u socijalno-političkom kontekstu. U izdvojenom mišljenju se tačno primećuje da je od donošenja Odluke o zabrani udruženja „Obraz”, u kojoj se Sud poziva na nacionalne i verske antagonizme i brojne predrasude koje opterećuju izgradnju demokratskog pluralističkog društva, pa do odbijanja predloga da se zabrane udruženja „SNP 1389” i SNP „NAŠI”, proteklo premalo vremena da bi se moglo raditi o stvarnoj promeni društvenih prilika i odustajanju od prethodne argumentacije.³² U javnim komentarima ove poslednje Odluke čula se i cinična opaska da se u tom razdoblju zapravo nije promenilo ništa osim vlasti! Po svemu sudeći, međutim, na gore su se promenili upravo antagonizmi zasnovani na nacionalnim, verskim i političkim predrasudama. Utisak je da su se antidemokratski orijentisane snage u tom razdoblju odomaćile zahvaljujući ne samo svojoj nasrtljivosti, već i pouzdanju u pretpostavljenu naklonost onih koji državu vode i sa kojima su donedavno otvoreno delile uverenja.

JURISPRUDENCIJA I TEORIJA

U jednom od izdvojenih mišljenja opravdano se kritikuje izostanak teorijskog osvrta na ograničenje slobode udruživanja, posebno kada se ima na umu neraskidiva veza ove slobode sa drugim osnovnim političkim slobodama (mišljenja, izražavanja, okupljanja).³³ Ista zamerka podjednako se može staviti na sve odluke, bez obzira na to da li se predlog za ograničenje slobode udruživanja usvaja ili odbija.

Na šta bi se u pravnoj praksi odnosio teorijski pristup?

U prvom redu, bilo je neophodno utvrditi ne samo sadržaj i način delovanja udruženja i nespojivost njihovih ideja i akcija sa osnovnim vrednostima demokratskog društva, već i domašaj tih ideja, njihovu recepciju, kritiku, rasprostranjenost i političku ekspanzivnost. Sa teorijskog aspekta trebalo je razmotriti granice tolerancije, odmerene snagom, uverljivošću i prihvaćenošću delovanja predstavnika suprotstavljenih političkih shvatanja, koji bi bili u stanju da učinke antidemokratskih snaga umanje ili suzbiju.

³² Videti napomenu u fusnoti 14.

³³ Odbijajuće izdvojeno mišljenje sudije Katarine Manojlović Andrić u predmetu VIIIU-249/2009.

U filozofiji prava i političkoj teoriji razmatrano je obilje tematski srodnih pitanja koja su, *in iure proprio*, i srazmerno našim prilikama, u odlukama Suda morala naći svoje mesto i dobiti adekvatne odgovore. Pomenimo najmarkantnije.

Paradoksi slobode i tolerancije povezuju se sa ranim pokušajima antičkih mislilaca da reše problem u kome bi se demokratska država našla kad se suoči sa onima koji, opijeni slobodom i lišeni svake stege ili obavezanosti pisanim ili nepisanim zakonima, izgube meru i povedu je u tiranidu.³⁴

Poper je smatrao da je tolerancija moguća sve dok njene protivnike možemo da nadziremo pomoću racionalnog argumenta i javnog mnjenja, a kada to nije moguće, tada je potrebno imati pravo da se svaki pokret koji propoveda netoleranciju stavi van zakona i da se huškanje na netoleranciju i na proganjanje smatra kriminalom.³⁵

U nastojanju da utvrdi da li postojanje individualnog prava povlači moralno opravdanje za ograničenje slobode drugog i određivanje kako taj drugi treba da postupa, Herbert Hart formulisao je tezu da nosioci nekog zajedničkog poduhvata koji su pristali da ograniče svoju slobodu imaju pravo da slično podvrgavanje zatraže i od onih koji su od takvog ograničenja stekli, ili bi mogli da steknu, neku prednost. Politička obaveza nastaje zato što su članovi upućeni da sarađuju u društvu kao takvom. Obaveza proizlazi iz ocene da je posledica pojedinačnog čina neposlušnosti gora od posledica poslušnosti, bilo da se radi o direktnim efektima, bilo da postoji samo verovatnoća da se neki zakon neće poštovati.³⁶

Džon Rols je postavio i pitanje za koje ciljeve tolerantni imaju pravo da ne tolerišu netolerantne, ako takvo pravo uopšte postoji. Zaključio je da moraju egzistirati znatniji rizici za legitimne interese, da ustavne slobode treba čuvati sve dok sama sloboda nije u opasnosti i da netolerantnima nema razloga da se odrekne sloboda kada je ustav siguran.³⁷ Iako Rolsova formula, kao i većina drugih, ne napušta teren apstrakcije, to ne umanjuje značaj definisanja polaznih tačaka, bez kojih bi put do zaključka o tome kada je u svakoj pojedinačnoj situaciji „sloboda u opasnosti”, a kada je „ustav siguran”, bio daleko teži.

Nezavisne organizacije, isticao je Robert Dal, blisko su povezane sa četiri problema demokratskog pluralizma: stabilizacijom nepravdi, deformisanjem građanske svesti, izokretanjem društvenih programa i otuđivanjem od kontrole nad onim što je postavljeno kao društveni program. Organizacioni pluralizam,

³⁴ Platon, *Država*, 563, 564, Kultura, Beograd, 1957, 288–289.

³⁵ Karl Poper, *Otvoreno društvo i njegovi neprijatelji*, BIGZ, Beograd, 1993, I, 349–350.

³⁶ H. L. A. Hart, *Are There Any Natural Rights*, *Philosophical Review*, 1955 (*Ima li prirodnih prava*, u zb. Herbert Hart, „Ogledi iz filozofije prava”, Plato, Beograd, 2003, 151–168).

³⁷ Džon Rols, *Ibid.*, 205–209.

međutim, u bliskoj je vezi sa pluralitetom interesa i od velike je koristi za formiranje trajne političke kulture, bez obzira na činjenicu da jačanje unutrašnje solidarnosti i kohezije ide uporedo sa „deformisanjem” građanske svesti – jačanjem podela na opštem planu i konflikata sa nepripadnicima. Zbog toga je važan element prosvetlene građanske svesti prihvatanje političkog sukoba kao neizbežnog i odgovarajućeg aspekta političkog života, za koji je, kada se radi o manjem broju ljudi, dovoljno buđenje vrline jačanjem posvećenosti opštem dobru, a kada su u pitanju veće skupine, preostaje samo snaženje prosvetelenog egoizma.³⁸ Uklapajući ovu Dalovu poruku u našu temu, prosvetčenim egoizmom mogli bismo smatrati upravo militantnu demokratiju.

Strogi pluralizam, smatra Džozef Raz, priznaje vrednost mnogih inkompatibilnih i mnogih suparničkih načina života, pa za vredne, premda nesavršene, priznaje čak i one načine života koji sami poriču istinu pluralizma. Otuda pravi pluralist ne teži eliminaciji sukoba, nego uklapanju sukoba u javnu kulturu. Sukob se izbegava jedino kroz represivnu perfekcionističku uniformnost. To, naravno, ne znači da suparničke načine života i dalje ne treba smatrati pogrešnim, a način života koji oni oblikuju nesavršenim, kao što ne znači da slobodu izražavanja od njih ne treba štiti. S druge strane, u prilog slobodi izražavanja obično se ističu: doprinos izgradnji identiteta, afirmacija različitih mogućnosti i javno potvrđivanje u procesu prenošenja, očuvanja i obnavljanja kulture.³⁹

Bilo bi veoma korisno da su u odluke Suda ugrađene ocene koje se odnose na iznete postavke. Između ostalih, i na Rolsove komponente političkog liberalizma, kao što su: *ideal javnog uma, dobro uređeno društvo, razložni pluralizam, ili liberalni principi legitimnosti*. Posebno je, pri tome, važna polazna tačka Rolsove *well-ordered society* ideje: pošto je raznolikost razložnih i sveobuhvatnih doktrina (religijskih, filozofskih i moralnih) trajno svojstvo javne kulture demokratskog društva, odsustvo te raznolikosti može se obezbediti samo represivnim merama. Probni kamen za demokratsku ideju tolerancije jeste podnošenje tereta rasuđivanja u kome neće važiti pretpostavka da sve naše razlike vode poreklo iz neznanja ili izopačenosti, suparništva i neprijateljstva, već da neki od konfliktnih sudova mogu biti istiniti, a drugi lažni, ili čak da svi mogu biti lažni.⁴⁰

³⁸ Robert Dal, *Ibid.*, 68–77, 217–219.

³⁹ Džozef Raz, *Etika u javnom domenu – Ogledi iz moralnosti prava i politike*, CID, Podgorica, 2005, 174, 182–185. Raz smatra „vrednim” i dostojnim „priznanja” one suparničke načine života koji omogućuju svojim sledbenicima da imaju „dobar i vredan život”. Ovakva popustljivost proističe iz shvatanja da „rđav govor”, da bi bio zaštićen, mora biti izraz ili prikaz nečega što je deo vrednog načina života, a ne i načina života koji su potpuno neprihvatljivi i zato neiskupivi.

⁴⁰ Džon Rols, *Politički liberalizam*, Filip Višnjić, Beograd, 1998, 68–73, 88–93.

Dužnu pažnju trebalo je posvetiti teorijskom aspektu govora mržnje. To bi podrazumevalo razmatranje sociološkog fenomena prezira (*die Verachtung*),⁴¹ ali i odnosa između reputacije i klevetanja određenih grupa (*group defamation, group libel*) i legalnih oblika zaštite od kolektivnih obeda i invektiva.⁴² Nisu smeli biti zanemareni učinci političkog, etničkog ili verskog prezira u doba krize, kada raste sklonost ka jednostavnim programima, despotizmu, podaništvu, prokazivanju, ekskomunikaciji i odbacivanju dijaloga. Radi se o pretnjama poniklim iz ekspanzivne prosečnosti, za koju je Hajdeger govorio da je demonska uvek kada se sa rušilačkom zlobom ustremi na ono što je iznad nje i kada sve u čemu ima duha predstavlja kao laž.⁴³ Istorija je prepuna pouka o privlačnoj snazi pogubnih ideologija. Istrajno i vaniskustveno podavanje njihovoj moći nije plod samo psiholoških činilaca. Takve ideologije su, kako zapaža Adorno, rezultat objektivnog propadanja logičke evidencije.⁴⁴

Stabilnija društva su tolerantnija. Prihvatanje ove činjenice kao pravnog pravila održava nestabilnost u nestabilnim, tj. pravno dopušteno manje tolerantnim društvima, jer niži prag tolerancije dodatno doprinosi političkoj napestosti. Ujedno, ovo pravilo bi etabliralo legitimnu težnju ka održavanju privida demokratije koja bi kontinuirano predstavljala granični slučaj, pravdajući represivnost nestabilnošću, a nestabilnost proizvodeći represivnošću. Neverovanje u to da su javni dijalog i razboritost dovoljna garancija da će opasno nagovaranje biti marginalizovano ili pobijeno, mora biti zasnovana na temeljnoj analizi snage nagovora i odziva na nagovor, kako u pogledu povoda za njim, tako i u pogledu njegove kritike.

Svaka pravna formula kojom bi se opravdavalo ograničenje slobode radi njenog očuvanja, zasniva se na relativno otvorenom vrednosnom sudu. Kao i u etici, ovi vrednosni sudovi imaju pretenziju na objektivnost. Ako država zadržava pravo na intervenciju u kojoj će zbog moguće zloupotrebe ograničavati ili isključivati određene slobode i prava, mora računati i sa zloupotrebom prava na intervenciju. I rasuđivanje o zloupotrebi slobode zasnovano je na vrednosnom sudu. Ujedno, ono ne govori samo o primeni određenog pravila, nego i o ispravnosti te primene. Katkada nije problem u sprečavanju zloupotreba, već u zloupotrebi ovog sprečavanja. Sprečavanje zloupotreba podrazumeva idealna merila i idealne prosuditelje. Zloupotreba sprečavanja zloupotreba posledica je

⁴¹ Peter Sloterdijk, *Prezir masa: Ogled o kulturnim sukobima u modernom društvu*, u zb. „U istom čamcu”, Beogradski krug, 2001, 133–203.

⁴² Jeremy Waldron, *Dignity and Defamation: The Visibility of Hate*, *Harvard Law Review*, 2009, Vol. 123:1596, 1600–1602, 1621–1623; Thomas David Jones, *Human Rights: Group Defamation, Freedom of Expression and the Law of Nations*, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, 81–89.

⁴³ Martin Hajdeger, *Uvod u metafiziku*, Vuk Karadžić, Beograd, 1976, 61.

⁴⁴ Theodor Adorno, *Minima moralia*, Veselin Masleša, Sarajevo, 1987, 105–106.

izneveravanja ovih ideala sa pozicija volje njihovog kreatora da ih učini nekonkurentnim, neprikosnovenim i neproverljivim. Možemo li ustanoviti merila kontrole radi održavanja slobode organizovanja i delovanja, a da u njima ne ostavimo dovoljno otvorenih mogućnosti koje će slobodi uopšte biti neprekidna pretnja? Represivno održavanje demokratije je dokaz njene krize, a ne snage. U odbrani lako ranjive demokratije država je uvek pred rizikom da izgubi ono što brani. Pogotovo kada se brane simboli konstitucionalne demokratije koji mogu biti daleko od stvarnosti i koji su od stvarnosti utoliko dalji što su niži kriterijumi za pribegavanje njenoj borbenoj odbrani. Zbog toga se s pravom ukazuje na sukob militantne i konstitucionalne demokratije, na teret diskriminacije koji militantna demokratija nosi i na ključno pitanje da li u konstitucionalnoj demokratiji mogu postojati pravna delanja koja padaju na testu legitimiteta.⁴⁵

Kao rezultat nastojanja da se vrednosti postave na realistički i na objektivčan način, rešavanje problema nastalih usled krize često se prenosi na etički plan. Ne samo zbog pitanja kakvo je uređenje za nas dobro i kakva su pravila za održavanje tog uređenja dobra, već i zbog pitanja prosuditelja najboljeg portekta i polaganja prava na vrednosnu univerzalizaciju.

Jurisprudencija i teorija su jedna drugoj izvor i podsticaj. Ustavni sud kao da je to smetnuo s uma. Zastao je na pola puta. U njegovim odlukama nema neophodnog odziva na teorijske aspekte problema.

ZAKLJUČAK

Prve odluke Ustavnog suda Srbije o ograničavanju slobode udruživanja izraz su opravdane zabrinutosti pred sve agresivnijim oblicima organizovanog delovanja ekstremno nacionalističkih i antidemokratski orijentisanih snaga. Zabrinutost, međutim, ne može biti osnov judikata. Potrebna je sveobuhvatna argumentacija koja se odnosi na dokaze, pravne razloge i logiku socijalnih i političkih relacija. Odlukama Ustavnog suda nedostaje takva potpunost. Ujedno, one nisu lišene nedoslednosti i protivrečnosti. To se ne tiče samo odluka o zabrani rada, već i odluka kojima se predlozi za zabranu odbijaju ili odbacuju.

Da li današnjoj Srbiji, imajući u vidu sve aspekte razmatranih problema, preči ozbiljna opasnost od strukturnih promena koje mogu razoriti demokratsku državu?

⁴⁵ Nenad Dimitrijević, *Militantna demokratija, konstitucionalna demokratija i osnovna prava: da li su prijatelji demokratije neprijatelji slobode?*, „Militantna demokratija – nekada i sada”, zb. priredila Violeta Beširević, Pravni fakultet Univerziteta Union i Službeni glasnik, Beograd, 2013, 31–60 (u štampi).

U istoriji je bezbroj primera da upravo zabrane, pogotovo ako su preuranjene, neadekvatne ili površno obrazložene, dovode do jačanja pojava kojima su pokušale da stanu na put. Protekcionistički afekt, primećuje Habermas, često gura vodu na vodenicu etnocentričnih, ksenofobičnih i antimodernih snaga koje odbijaju raznolikost uverenja i složenost životnih okolnosti.⁴⁶ Takve efekte nikada ne treba isključiti. Isto tako, ne sme se prevideti ni to da svojevrsan doprinos ohrabriranju nosilaca antidemokratskih tendencija daje i uzdržavanje od njihovog suzbijanja, posebno kada se, kao u poslednjoj odluci Ustavnog suda, uzdržavanje može pripisati afirmaciji umišljenih potencijala pravne države i kada predstavlja izraz upadljivog nesklada između narastanja organizovanog delovanja neprijatelja slobode i nagle promene kriterijuma u vrednovanju njihove moći. Iracionalnosti neprijatelja demokratije može se suprotstaviti samo racionalnost trepljenja ili uskraćivanja njihove slobode. U suprotnom slučaju i s jedne i s druge strane imaćemo prevlast svesti koja, prema sažetoj dijagnozi Radomira Konstantinovića, kao „plemenska svest”, smislu daje funkciju mita, a svoj zatvoreni kosmos širi na motivu izdaje i na poricanju svake racionalnosti smisla.⁴⁷

Iako je dobro izdvojen, klasifikovan i predstavljen deo bitnih činjenica i prvi nivo vrednosnih ocena o prirodi i neposrednom značenju proklamacija i aktivnosti neprijatelja demokratije, u odlukama Ustavnog suda izostala je analiza njihove recepcije i kritike, kao što je izostao i preko potreban teorijski pristup. Zbog toga nedostaje i potpunija ocena neophodnosti i proporcionalnosti primenjenih represivnih mera ili nepostojanja razloga za njihovu primenu. To ne znači da donete odluke, da obrazloženja sadrže sve ono što je propušteno, ne bi bile adekvatne. O njihovoj adekvatnosti, međutim, pa i o njihovoj pravnoj osnovanosti, bez toga se ne mogu izvesti pouzdani zaključci.

Borbena zaštita dokaz je ugrožene, nespremne ili oslabljene demokratije, kojoj je ponestalo snage i sposobnosti da amortizovanje društvenih sukoba prepusti slobodnom sučeljavanju stavova, ili je bar ponestalo poverenja u takav put i ishod. Odluke Ustavnog suda o zabranama posredno su priznanje da u današnjoj Srbiji takvih snaga i sposobnosti nema, ili da su one u toj meri neznatne da su krajnja sredstva jedini preostali lek. Nagla zamena represivnog kursa liberalnim, bez odgovarajuće promene društvenih prilika, ili čak uporedo sa snaženjem neprijatelja demokratije, ovu slabost samo čini uočljivijom.

Teško je izbeći ocenu da Ustavni sud nije našao dobru ravnotežu između *ultima ratio* represije koja po cenu demokratskog legitimiranja uvek pomalo kasni, i politike preventivne represije, svojstvene autoritarnim režimima.

⁴⁶ Jürgen Habermas, *Postnacionalna konstelacija i budućnost demokratije*, u „Postnacionalna konstelacija – Politički eseji”, Otkrovenje, Beograd, 2002, 122.

⁴⁷ Radomir Konstantinović, *Filosofija palanke*, Treći program – leto, Beograd, 1969, 385.

Ocena koju dajemo više je plod širokog kritičkog tumačenja sudskih odluka, nego polemike sa kritičkim stavovima koji bi u njima bili izraženi. Nedostatak tih stavova, ujedno, njihova je osnovna slabost. Faktografski pristup nosi prevagu nad analitičkim. Pravni kliše i šablonska obrazloženja dominiraju nad činjeničnom građom, umesto da ova utiče na njihovu transformaciju i genezu. U interpretaciji opštih normi i otvorenih pravnih pojmova pribegava se pravnoj dogmatici, a u objašnjenju složenih društvenih pojava linearnoj dedukciji i aksiomatskoj metodi.

THE JURISPRUDENCE OF MILITANT DEMOCRACY PRECEDENTS OF CONSTITUTIONAL COURT OF SERBIA

Slobodan Beljanski, Ph. D.
attorney at law in Novi Sad

S u m m a r y

The Constitutional Court of Serbia made in 2011 and 2012 four decisions on proposals of the Republic Prosecutor for placing a ban on the work of a few formal and informal civil associations. The author analyzes these decisions as initial enclosures in favor of jurisprudence of militant democracy. He criticizes their inconsistencies and contradictions as well as the absence of theoretical approach. He discusses the relationship between court practice and theory and reminds of the teachings on limits of freedom in the works of Popper, Rawls, Hart, Dahl and Raz. The author concludes that militant protection is a sign of endangered, unprepared and weakened democracy which lacks strength to marginalize enemies through bringing attitudes face to face. The decisions of the Constitutional Court on forbidding the work of certain associations indirectly mean recognition that such forces do not exist in Serbia or that they are weak. After two decisions which forbid the work, the decision by which the last proposal for forbidding is refused, in the situation when tolerance in the society is getting smaller, for enemies of freedom it works urging. As basic weakness of the discussed decisions the author quotes: preponderance of phactographic approach over analytic one and resorting to linear deduction in explaining complex social phenomena.

Key words: militant democracy, Constitutional Court of Serbia, freedom of association, enemies of freedom, restrictions of freedom