

Др Живорад Рашевић*

ВETERАНИ ПРЕД ЕВРОПСКИМ СУДОМ ЗА ЉУДСКА ПРАВА: ВУЧКОВИЋ И ДРУГИ ПРОТИВ СРБИЈЕ

У овом раду објашњена је пракса правосуђа Србије, Уставног суда Србије и Европског суда за људска права у предметима Бобан Вучковић и др., који је вођен због непризнавања права на новчана примања резервним припадницима Војске Југославије–ветеранима оружаног сукоба из 1999. године. Критикован је рестриктиван приступ правосуђа у тумачењу и примјени норми антидискриминационог права (супротно начелу iura novit curia), као и преокрет у резонувању Европског суда за људска права. Предложени су путеви превазилажења у складу с међународним стандардима регулесања војне службе, чија су исходишта недискриминаторан третман војних резервиста у односу на друга лица која врше јавну службу у складу с нормама грађанског и радног права, као и уподобљавање потраживања ветерана повреди грађанског права личности због изложености физичком и психичком трошењу у војној служби током рата.

Кључне ријечи: *Ветерани. – Војни резервисти. – Дискриминација. – Право личности. – Уставна жалба.*

1. УВОД

Пресудом Великог вијећа од 25.марта 2014. окончан је поступак пред Европским судом за људска права (ЕСЉП) у предмету по представкама Бобана Вучковића и још 29 ветерана–бивших резервиста Војске Југославије (ВЈ) из оружаног сукоба 1999. године са државама–чланицама НАТО-пакта.¹ Подносиоци припадају цивилној

* Аутор је пуковник правне службе Оружаних снага Босне и Херцеговине, ветеран рата у БиХ.zrasevic @yahoo.com

¹ ЕСЉП је спојио поступак по тридесет представки број 17153/11, 17157/11, 17160/11, 17163/11, 17168/11, 17173/11, 17178/11, 17181/11, 17182/11, 17186/11,

популацији која се одазвала на позив државе и тако прихватила тешку војну дужност да је брани а, према њиховим наводима, за то није била плаћена.²

Судским поступцима претходило је дугогодишње незадовољство резервиста, које је кулминирало јавним протестима почетком 2008. године. Ово је уродило плодом за дио њих са пребивалиштем у Куршумлији, Лебану, Бојнику, Житорађи, Дољевцу, Прокупљу и Бלאцу: Влада Србије им је селективно, наводно због неразвијености општина, путем локалних управа исплатила „социјалну помоћ“ у замјену за одрицање од даљих потраживања. Мотиви Владе за овакав „споразум“ нису потпуно разјашњени; имајући у виду околности, извјесно је да се мање ради о правним, а више о социјалним и политичким разлозима. Подносиоци нису имали пребивалиште у тим општинама и због тога су остали ускраћени за исплате, па су стога покренули грађанске парнице 2009. године, које су окончане одбијањем због усвајања приговора застарјелости изјављеног од стране Јавног правобранилаштва. Како су у неколико других истоврсних парничних предмета судови заузимали супротне ставове о основаности приговора застарјелости и тужбеног захтјева, улиједила је уставна жалба због повреде права на правично суђење из чл. 32, ст. 1 Устава Републике Србије³ (УС) и права на једнаку заштиту права из чл. 36, ст. 1 УС. Уставни суд Србије (УСС) није прихватио навод о повреди чл. 32,⁴ а досудио је повреду чл. 36, ст. 1, позивајући се на мјесец дана раније заузети правни став у предмету Лабуд Николић и др.⁵ да је доношење различитих одлука другостепених судова у истим ситуацијама супротна праву на једнаку правну заштиту пред судовима.⁶ Као облик правичног задовољења наложио је објављивање

17343/11, 17344/11, 17362/11, 17364/11, 17367/11, 17370/11, 17372/11, 17377/11, 17380/11, 17382/11, 17386/11, 17421/11, 17424/11, 17428/11, 17431/11, 17435/11, 17438/11, 17349/11, 17440/11 и 17443/11.

² http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=hearings&w=1715311_15052013&language=lang.

³ *Службени гласник РС*, бр. 98/06.

⁴ Уставни суд је...одбацио као недозвољену у делу у коме се подносиоци позивају на повреду права на правично суђење и права на правно средство, сагласно одредби чл. 36, ст. 1, тач. 7 Закона о Уставном суду, јер нису навели уставноправне разлоге који би указивали на то да су им оспореним пресудама повређена наведена уставна права“. УСС, Бобан Вучковић и др., Уж-286/2011, Одлука од 5.12.2012, објављена у *Службеном гласнику РС*, број 4/13, ст. 3 образложења.

⁵ УСС, Лабуд Николић и др., Уж-2156/2011, Одлука од 7.11.2012., објављена у *Службеном гласнику РС* бр. 116/12.

⁶ Уставни суд је из садржине уставне жалбе Бобана Вучковића и других уврдио да су ови подносиоци у парничном поступку који је претходио уставносудском, били у идентичној чињеничној и правној ситуацији као и подносиоци устав-

пресуде, чиме је отворио могућност понављања поступка у смислу чл. 426, ст. 1, тач. 12 Закона о парничном поступку⁷ (ЗПП) и на тај начин одлучивање о основаности и висини потраживања препустио правосуђу Србије.

Војничким вокабуларом речено, почетни успјех подносилаца у првостепеном поступку пред ЕСЉП, у којем је донесена једна од ријетких пресуда о повреди забране дискриминације,⁸ неутралисан је одлучним контранападом државе против својих бранилаца: Велико вијеће је у другостепеном поступку усвојило прелиминарни приговор државе. Полазећи од досадашње антидискриминационе праксе и међународних стандарда ограничавања и дерогације људских права у односу на војну службу, у наставку су испитани процесни и материјалноправни разлози за овакав преокрет у резонавању ЕСЉП, као и основаност потраживања ветерана.

2. ПРВОСТЕПЕНИ ПОСТУПАК ПРЕД ЕСЉП

Подносиоци су упутили представку ЕСЉП не чекајући исход поступка пред УСС. Она је прихваћена иако нису били исцрпљени сви правни лијекови по унутрашњем праву: ЕСЉП је послјије увида у праксу УСС у истоврсним поступцима одбио приговор државе налазећи да се „овај посебан пут заштите (мисли се на уставну жалбу, прим. аут.) не може сматрати дјелотворним у односу на предмете као што је овај који су покренули подносиоци“.⁹ Представка је садржавала наводе о повреди права на правично суђење из чл. 6, ст. 1 Европске конвенције о људским правима и основним слободама (ЕК), из разлога што су домаћи судови, усвајањем приговора застарјелости потраживања, доносили различите пресуде по истом чињеничном и правном основу, с тим у вези и повреду забране дискриминације из чл. 14 ЕК и опште забране дискриминације из чл. 1 Протокола

не жалбе у предмету Уж-2156/2011...Уставни суд је оценио да је ...повређено право подносилаца уставне жалбе на једнаку заштиту права из чл. 36, ст. 1 Устава. Оваква одлука је утемељена на разлозима датим у образложењу Одлуке Уставног суда Уж-2156/2011...“ Одлука фн.4, ст. 2 образложења.

⁷ *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 49/13, 74/13.

⁸ Закључно са 2014од укупног броја донесених одлука (17754), досуђене су 232 повреде забране дискриминације по чл. 14 ЕК и 2 по Протоколу 12, што износи 1,31% од укупног броја предмета. Вид. Violation by Article and by respondent State (1959–2014), http://www.echr.coe.int/Documents/stats_violation_1959_2014_ENG.pdf, 21.4.2015.

⁹ ЕСЉП, Бобан Вучковић и др. против Србије, 1753/11 и др., Пресуда од 28. 8.2012, ст. 74.

12 уз ЕК. За разлику од УСС, ЕСЈП није дао за право наводима подносилаца по првом основу, налазећи их очигледно неоснованим: различито пресуђивање у сличним ситуацијама само по себи не представља повреду права на правично суђење, јер подносиоци нису доказали ни да се ради о дубоким и дуготрајним разликама, нити да је овакво пресуђивање резултирало правном несигурношћу.¹⁰ У погледу навода о повреди чл. 14 ЕК, ЕСЈП се у испитивању подручја заштићеног права није ограничио на неуспјешно истакнуту повреду чл. 6, ст. 1 ЕК и, сходно томе, према начелу несамосталности установе забране дискриминације одбацио представку.¹¹ Умјесто тога, *prorio motu* је испитао, примјеном начела аутономности, основаност са становишта повреде свих материјалних права из ЕК и повезао дискриминацију с правом на заштиту имовине из чл. 1 Протокола 1. Разлоге за овакав ентузијазам суда требало би тражити у истицању навода о повреди опште забране дискриминације из Протокола 12 уз ЕК, јер ова одредба шири домашај антидискриминационе заштите на сва права предвиђена законом. Посљедично, елиминисање чл. 14 повукло би обавезу ЕСЈП да се отисне у неистражена подручја: прво, да разматра однос Протокола 12 и чл. 14 ЕК, и друго, да се упусти у резонување о општој забрани дискриминације, које до сада није довољно развијено. Одржавањем навода о повреди чл. 14 одлучио је на исти начин као у ставу 6 изреке пресуде у предметима Сејдић и Финци против БиХ и у ставу 3 изреке пресуде у предмету Савез цркава „Ријеч живота“ и др. против Хрватске¹²: закључио је да нема потребе да посебно испитује наводе о повреди Протокола 12 и тако га поставио супсидијарно у односу на чл. 14 ЕК. Зато изгледа да истицање навода о повреди Протокола 12 повећава изгледе на успјех подносилаца представки, јер се у овом предмету ЕСЈП *prorio motu* упустио у испитивање кршења забране дискриминације у вези с оним правима из ЕК која нису била истакнута у представи, што обично не чини. Разлог за овако екстензивно тумачење чл. 14 ЕК би такође могао бити строжи надзор ЕСЈП,¹³ односно сужавање дискреционе оцјене државе¹⁴ због скандалозног покушаја извршне

¹⁰ *Ibid.*, тач. 60. Пресуде.

¹¹ О несамосталности, аутономности и супсидијарности примјене чл. 14 ЕК видј. Ј. Омејец, „Забрана дискриминације у пракси ЕСЈП“, *Зборник Правног факултета у Загребу* 59(2009), 886–893.

¹² ЕСЈП, Сејдић и Финци против БиХ, Пресуда број 27996/06 и 34836/06 од 22.12.2009. и Савез цркава „Ријеч живота“ и др. против Хрватске, 7798/08, Пресуда од 9.12.2010.

¹³ Т. Папић, *Збирка одлука о људским правима III, Пресуде ЕСЈП о забрани дискриминације*, Београд 2005, 185.

¹⁴

власти да утиче на рад правосуђа,¹⁵ што је оквалификовано жалосним (*regrettable*).¹⁶

Очигледно уважавајући став Повјереника за заштиту равноправности Србије, као основ дискриминације узео је регистровано пребивалиште подносилаца,¹⁷ а у аргументацији оправданости различитог третмана упутио је на ставове ове институције: оцијенио је поступање извршне власти арбитрарним и да стога тужена држава није убједила ЕСЉП да за то постоји објективно и разумно оправдање. То говори да тест оправдања различитог поступања није одмакао од првог корака, тј. да је утврђено да различито поступање није тежило легитимном циљу; друго, терет доказивања је на туженој држави, што је у складу с његовом досадашњом праксом.¹⁸

3. ПОСТУПАК ПРЕД ВЕЛИКИМ ВИЈЕЋЕМ ЕСЉП

О разлозима српских власти у Србији да побијају ову пресуду и разлозима Великог вијећа ЕСЉП да им ово допусти може се само нагађати. Имајући у виду да је првостепеном пресудом ЕСЉП била наложена недискриминаторска исплата ратних дневница у року од шест мјесеци од њене коначности, несумњиво су проблеми макроекономске стабилности мотивисали српске власти за борбу против својих бранилаца.¹⁹ Што се тиче одлуке Великог вијећа ЕСЉП, вјероватно су исти практични разлози били важни,²⁰ јер се ради о

¹⁵ „16. марта 2009. године Министарство економије и регионалног развоја послало је меморандум Министарству правде, тврдећи, између осталог, да постоје бројне тужбе из радних односа против јавних друштава, које могу угрозити економску стабилност државе. Ту су предложили Министарству правде да испита могућност да савјетује судове да обуставе одређене врсте поступака до краја 2009. године, као и да одустану од извршења било које правоснажне пресуде усвојене у тим поступцима*ibid.*, ст. 25 и 26.

¹⁶ *Ibid.*, ст. 59.

¹⁷ *Ibid.*, ст. 23 и 84.

¹⁸ О току одлучивања ЕСЉП у предметима забране дискриминације вид. Ж. Рашевић, „Забрана дискриминације и општа забрана дискриминације у пракси Европског суда за људска права“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине* бр. 5/2012, 344–365.

¹⁹ „Припремајући документацију за владу, један од аналитичара у тадашњем министарском кабинету сачинио је документ који почиње следећом констатацијом: „Проблем потраживања ратних ветерана Треће армије прети да се претвори у озбиљан удар на буџет Србије. Јер, исплату дневница тражи 49.769 особа и то 3.500 динара по дану. У коначном збиру то износи 13,5 милијарди динара. И за много богата земље ово је превелики трошак“. <http://bif.rs/2013/04/istravanje-bf-a-koliko-kosta-rat-i-duze-od-veka-traje-dug/>, 15.4.2013.

²⁰ Чл. 43, ст. 2 ЕК: „Одбор од пет судија Великог вијећа прихватиће захтјев ако се предмет тиче неког озбиљног питања везаног за тумачење Конвенције или озбиљног питања од опште важности“.

једној ситуацији потпуно атипичној за државу чланицу Савјета Европе.

Држава није напала на меритум, него је изнијела прелиминарне приговоре о не исцрпљивању ефективних домаћих правних лијекова, као процесним претпоставкама за вођење поступка пред ЕСЉП. Као дјелотворне, а неискоришћене правне лијекове у овој ствари навела је: (1) антидискриминацију тужбу по одредбама чл. 43 Закона о заштити дискриминације²¹ (ЗОЗД); (2) тужбу због повреде права личности из чл. 199 и 200 Закона о облигационим односима²² (ЗОО); (3) уставну жалбу УСС због повреде чл. 21 УС; (4) понављање парничног поступка по чл. 426, ст. 1, тач. 12 ЗПП у вези с Одлуком Уставног суда у истом предмету од 5.12.2012. Позивајући се на своју досадашњу праксу, Велико вијеће је насупрот првостепенем налазу утврдило да су „грађански и уставни правни лијекови били довољни и доступни за заштиту у вези с наводним повредама, а да су подносиоци пропустили да их исцрпе“, те да „није нашао да је било посебних разлога за ослобађање апеланата од захтјева за исцрпљивањем домаћих правних лијекова“. Ово је довело до усвајања прелиминарног приговора државе због чега „није могло разматрати меритум представке“.²³

Аргументација Великог вијећа за касни процесни бродолом подносилаца заслужује једну дубљу анализу.

Наиме, према чл. 192 ЗПП, суд није везан за правни основ који тужиоци наводе у тужби. Истицање правног основа потраживања у виду одредаба поменутог Правилника о путним и другим трошковима у ВЈ²⁴ није спречавало суд да утврђује основаност њиховог тужбеног захтјева у другим општим правним актима, поготово оним који су као хијерархијски виши представљали правни основ за доношење овог подзаконског акта. Другим ријечима, дужност грађанских судова да познају право налагала им је да испитају тужбени захтјев по свим релевантним одредбама материјалног права, које несумњиво укључују и повреде права личности из чл. 199 и 200 ЗОО. Што се тиче ЗОЗД, његове процесне одредбе из чл. 41–46 уређују парнични поступак

²¹ *Службени гласник РС*, број 22/09.

²² *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и *Службени лист СРЈ*, број 31/93.

²³ ЕСЉП, Бобан Вучковић и др. против Србије, 1753/11 и др., Пресуда од 25. 3.2014, ст. 85, 90 и ст. 1. изреке.

²⁴ Наведени правилник првенствено одређује права на дио материјалних трошкова лица у војној служби поводом путовања и боравка одвојено од породице. Треба имати у виду да доносилац акта–Генералштаб ВЈ није био орган управе, нити било који облик војног организовања у правној држави. Зато је његова надлежност да доноси опште правне акте у материји уређења субјективних права грађана прилично сумњива.

пред грађанским судом истовјетан оном који се подносиоци покренули својом тужбом, са извјесним модификацијама ради побољшавања тешког правног и фактичког положаја лица које тражи правну заштиту позивањем на дискриминацију. Ако је поступак и стварна надлежност иста, начело *iura novit curia* не може значити ништа друго до примјену материјалног права од стране суда *ex offio*, а не само по правној квалитацији подносилаца. При томе, ЗОЗД је ступио на снагу после подношења парничне тужбе,²⁵ што је ЕСЈП уочио, али није узео као олакшавајућу околност подносиоцима. Иако су имали пуномоћника, они нису били дужни да познају право; судови јесу имали ову дужност, али нису спровели тест дискриминације иако је презентовано чињенично стање јасно имплицирало примјену ЗОЗД.

Даље, ЕСЈП је експресно поклатио вјеру оцјени заступника државе да се начело *iura novit curia* не односи на УСС, тј. да је „потпуно разумљиво што УСС није по службеној дужности испитао ствар“²⁶ у односу на забрану дискриминације из чл. 21 УС. Ипак, постоје убједљиви формални, теоријски и практични разлози који говоре да то и није баш тако. Правни основ за ову оцјену не може се наћи ни у Закону о Уставном суду,²⁷ ни у Пословнику о раду уставног суда²⁸ него само у ставовима УСС од 30.10.2008. и 2.4.2009. Члан 85 Закона о Уставном суду само налаже подносиоцу да „Уставна жалба мора да садржи...назакну људског или мањинског права или слободe зајемчене Уставом за које се тврди да је повређено са ознаком одредбе Устава којом се то право, односно слобода јемчи,...“, а ничим није ослободио УСС од дужности да тумачи право полазећи од презентованог чињеничног стања (*Da mihi facta, dabo tibi ius*). Овако строга санкција подносиоцу који погрешно правно квалификује своје жалбене чињеничне наводе није у складу с обавезом УСС из чл. 18, ст. 3 УС да одредбе о људским и мањинским правима тумачи „у корист унапређења вредности демократског друштва, сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење“. То имплицира не само пуко језичко тумачење појединих партикуларних одредаба УС, него и логичко, систематско, телеолошко и сагласно тумачење више одредаба различитих правних извора којима се конструише норма којом се додјељује субјективно људско право, у овом случају право да се не буде дискриминисан. У том смислу, било би лако тумачити одредбу о једнакој заштити права из чл. 36, ст. 1 УС сагласно са забраном дискриминације из чл. 21 УС и у вези са чл. 14 и Протоколом 12 уз ЕК, или пак са чл. 32 УС. Наиме, у литера-

²⁵ Подносиоци су поднијели парничну тужбу дана 26. 3.2009, а ЗОЗД је ступио на снагу 7. 4.2009.

²⁶ Пресуда фн. 23, ст. 35 и 82.

²⁷ *Службени гласник РС*, бр. 109/07, 99/11 и 18/13.

²⁸ *Службени гласник РС*, бр. 103/13.

тури се једнака заштита права доводи у директну везу с концептом формалне једнакости, као правној установи антидискриминационог права,²⁹ а то је јасно изражено и у многим међународним изворима.³⁰ Већина Великог вијећа је, међутим, прихватила ригидно позитивистичке шпекулације заступника државе, упркос приговорима да се ради о претјераном формализму.³¹ На крају, терет доказивања о дјелотворности уставне антидискриминационе жалбе била је на заступнику државе,³² а он за то није презентовао, нити је могао презентовати доказе јер УСС до тада није усвојио ниједну уставну жалбу због повреде чл. 21 УС.³³ Штавише, у већ поменутом предмету Лабуд Николић и др., који је послужио УСС као прецедент за досуду повреде чл. 36 УС, није изостао жалбени навод о повреди за подносиоце кобног чл. 21 УС, који је УСС одбацио због неприхватања оцјене ЕСЈП о пребивалишту подносилаца као дискриминационом основу.³⁴ У том смислу су судије Поповић, Јудивска и де Гаetano сасвим основано истакле да ни изричито позивање на повреду чл. 21 „не би имало никаквих разумних изгледа на успјех“.³⁵

²⁹ Вид. нпр. S. Fredman, *Discrimination Law*, Oxford 2002, 4–15; тако и *Non-Discrimination in International Law*, Interrights, London 2011, 17; J. Clifford, „Locating Equality“, *The Equal Rights Review*, Vol. One 2008, 16–19; J. Hasnas, *Equal Opportunity, Affirmative Action, and the Anti-Discrimination Principle: The Philosophical Basis for the Legal Prohibition of Discrimination*, Law and Economics Working Paper Series, George Mason University, 4–14., http://ssrn.com/abstract_id=334720, 5.10.2013.

³⁰ Вид. нпр. чл. 5.9 Документа копенхагеншког састанка Конференције о људској димензији Организације за европску безбједност и сарадњу: „Сва лица су једнака пред законом и овлашћена су на једнаку заштиту закона без икакве дискриминације. У том циљу закон ће забранити сваку дискриминацију и јемчити свим лицима једнаку и учинковиту заштиту против дискриминације по било ком основу“. <http://www.osce.org/odihr/elections/14304?download=true>, 22. 4.2014.

³¹ Пресуда фн. 23, Издвојено мишљење судија Поповић, Јудивске и де Гаetана, ст. 3.

³² Вид. *Практични водич кроз увјете допуштености*, Вијеће Европе/ЕСЈП, децембар 2011, 18, ст. 56.

³³ Закључно са 14. 4. 2014. у електронској бази одлука УСС по уставним жалбама регистровано је укупно 49 предмета са наводом о повреди чл. 21 УС, али ниједна није усвојена. Електронска база доступна на <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>.

³⁴ „Оцењујући наводе уставне жалбе о повреди начела забране дискриминације из чл. 21 Устава, Уставни суд је оценио да нема основа за тврдње да су оспореним пресудама подносиоци уставне жалбе на било који начин дискриминисани због неког личног својства, нити су пружени било какви докази у том смислу. Како у уставној жалби нису пружени докази да им је због неког личног својства повређено људско или мањинско право зајемчено Уставом, што је неопходна претпоставка да би се могла утврдити повреда принципа забране дискриминације, Уставни суд је уставну жалбу у том делу одбацио...“ Одлука фн. 5, ст. 6.

³⁵ Пресуда фн. 23, Издвојено мишљење судија Поповића, Јудивске и де Гаetана, ст. 6.

Велико вијеће није се очитовало о основаности последњег приговора о дјелотворности понављања поступка, који је двоструко споран: прво, као изузетак кога држава треба да оправда посебним околностима,³⁶ и друго, због чињенице да је основ за његово подношење настао послје подношења представке ЕСЈП.

Поред тога, дубљим увидом у процесни слијед описаних поступака огољује се чињеница да су поступци пред УСС и ЕСЈП коинцидирани и да су се преплитали. Наиме, подносиоци су дана 21.1.2011. поднијели уставну жалбу УСС, а представку ЕСЈП свега три седмице послје, дана 14.2.2011, без чекања на одлуку УСС. Тиме су прихватљивост представке довели у питање због неисцрпљивања домаћих правних лијекова, у складу са чл. 35, ст. 1 ЕК. Основаност овакве процесне тактике изгледа ушито, али јој се према досадашњој пракси ЕСЈП не може негирати успјешност.³⁷ О мотивима подносилаца се може само шпекулисати; вјероватно су тражили путеве којим би повећали своје изгледе на успјех на било којој од инстанци, што се само по себи не би требало сматрати злоупотребом. Било како било, ово је резултирало правном несигурношћу која се у крајњем исходу обрушила на подносиоце. При томе, поступање УСС и ЕСЈП није пратило иначе потпуно јасно дефинисан редослијед поступака у унутрашњем праву и пред ЕСЈП. УСС је одлуку у предмету донио 5.12.2012, а засновао ју је на прецеденту од мјесец дана раније (7.11.2012) у предмету Лабуд Николић и др., по уставној жалби које је поднијета 13.5.2011, дакле скоро четири мјесеца послје подношења уставне жалбе у овом предмету. Првостепени поступак пред ЕСЈП окончан је пресудом од 28.8.2012, дакле више од три мјесеца прије одлуке УСС, која би по редовном току поступка требало да претходи поступку пред ЕСЈП. Да ствар буде компликованија, прецедент на коме је УСС засновао своју одлуку у овом предмету заснован је управо на поменутој првостепеној пресуди ЕСЈП.³⁸ На крају, одлука Великог вијећа донесена је 25.3.2014, а у утврђивање неприхватљивости представке урачуната је и одлука УСС која је донијета послје првостепене одлуке ЕСЈП. Укратко, УСС је своју одлуку о повреди субјективних људских права подносилаца утемељио на правним ставовима ЕСЈП у првостепеном поступку, а ЕСЈП је у другостепеном поступку утврдио неприхватљивост представке управо на основу те исте одлуке УСС. Овај процесни *circulus*

³⁶ „Не требају се искористити дискрецијска нити изванредна правна средства,...нити тражити понављање поступка, осим у посебним околностима,...“ *Практични водич кроз увјет допуштености*, 17.

³⁷ Упор. са Пресудом фн.12, у којој је ЕСЈП је мериторно одлучио у корист подносилаца иако нису искористили редовни правни пут у парници.

³⁸ „При томе, Уставни суд је имао у виду одлуку Европског суда за људска права у Стразбуру ‘Вучковић и др. против Србије’, 17153/11 од 28. августа 2012, којом је утврђена повреда забране дискриминацијеОдлука фн. 5, ст. 6.

vitiosus не само да је тешко схватљив, него и сумњив са становишта независности и непристрасности европског инстанционог надзора. Изнесене сумње поткрепљује и евидентна чињеница да је Велико вијеће ускратило могућност другостепеног мериторног одлучивања примјеном свог дискреционог овлашћења из чл. 35, ст. 4 ЕК „да одбаци представку коју сматра неприхватљивом...у било којој фази поступка“. За то је основ нашло у правној оцјени потпуно супротној ставу првостепеног вијећа, а у њу је урачунало и радње које је преузела држава послје подношења представке, и то одлуку УСС као доказ ефикасности уставне жалбе као правног лијека у унутрашњем праву и као основ за понављање поступка, као и ступање на снагу ЗОЗД и ЗПП. Једноставно, тешко је бранити поштовање начела једнакости оружја у поступку у коме је оцијењено да постоје процесне претпоставке за мериторно одлучивање, да би се касније у другостепеном поступку дискреционо оцијенило да тих претпоставки нема, и то урачунавањем накнадних радњи првостепено поражене тужене на побољшању свог процесног положаја.

Осим тога, ЕСЉП је без упуштања у оцјену правне природе установе застарјелости потраживања из чл. 376 ЗОО замјерио подносиоцима дуг проток времена од завршетка рата до подношења парничних тужби.³⁹ Ако већ подносиоци нису подастрли аргументе у своју одбрану, ЕСЉП је могао имати у виду ноторне чињенице које су се свакако могле посматрати као разлози за прекид и застој рока застареле: распад савезне државе и, посљедично томе, конфузију насталу промјеном адресата обавезе; обећања исплате и признања основаности потраживања која су свакодневно давали функционери извршне власти; признања права на накнаду штете и национално признање ветеранима од стране законодавца.⁴⁰ Даље, ако се истицањем приговора застарјелости обавеза квалификује као натурална (постојећа и утужива, али непринудна) облигација, основано је поставити питање да ли јавна власт има овлашћења да изјави овакав приговор у свјетлу њене обавезе на посебну заштиту ратних ветерана из чл. 69, ст. 3 УС.

Погодовање државе у овом предмету највише долази до изражаја ако се упореди са другим у којима је истакнута забрана дискриминације. Тако је нпр. у већ помињаном предмету Савеза цркава „Ријеч живота“ и др. против Хрватске⁴¹ ЕСЉП допустио представку коју је поднијело неколико вјерских организација, а да

³⁹ „...није пружено убједљиво објашњење зашто они нису раније покренули поступке за обезбјеђење наводних потраживања“. Пресуда фн. 23, ст. 87.

⁴⁰ Предлог Закона о борачко-инвалидској заштити, <http://www.parlament.gov.rs/narodna-skupstina-.872.html>, у процедури од 5.10.2012, чл. II образложења, 21.4.2014.

⁴¹ Пресуда фн. 12.

претходно уопште нису искористили редован правни пут, тј. покренули парницу против државе. Парадоксално, ЕСЉП је у истој пресуди, приликом оцјене прихватљивости представке нашао да парница није ефективни правни лијек, да би у оцјени повреде права на приступ суду закључио супротно.⁴² Ако је у овом предмету суд био наклоњенији подносиоцима и повргнуо поступање државе строжем надзору, очигледно је да су српски ветерани изгубили ту наклоност у другостепеном поступку. *Ratio* би могао бити у различитој оцјени важности дискриминационих основа: у предмету „Ријеч живота“ радило се о вјерској дискриминацији, која је у досадашњој пракси заслужила строжи надзор ЕСЉП,⁴³ док се то не би могло узети за пребивалиште.

Можда се ради о нелагоди ЕСЉП везано за истицање повреде опште забране дискриминације из Протокола 12 уз ЕК, коју би овдје требало примијенити у вези са законима Србије, односно социјално-економским правима која не потпадају под дјелокруг ЕК. Наиме, легитимност ове установе у европском окружењу је упитна,⁴⁴ а досадашње пресуде о њеној повреди нису исходовале правне посљедице које иду у прилог њеној примјењивости и ефикасности.⁴⁵

4. ИСХОД И ОБАВЕЗЕ СРБИЈЕ

Исход поступка пред ЕСЉП се не може посматрати једнозначно. Извјесно је да пресудом Великог вијећа ЕСЉП изузима себе из рјешавања проблема српских ветерана и адресује га на Србију, остављајући јој за то неорочено вријеме.⁴⁶ Између осталог, вјероватни *ratio* за овакво окончање поступка је оцјена да се ради о питању по којем је строг надзор није био потребан, јер потпада под дискрецију државе (*the Margin of Appreciation*⁴⁷), с обзиром на то да пребивалиште не спада у основе дискриминације које ЕСЉП сматра

⁴² *Ibid.*, Упор. ст. 45, 46 и 121.

⁴³ Вид. фн. 13.

⁴⁴ Од укупно 47 земаља чланица Савјета Европе, Протокол број 12 ратификован је у 18 земаља, а у поступку је у још 19.

⁴⁵ До сада су досуђена два кршења Протокола 12: у предметима Сејдић и Финци против БиХ, Пресуда фн. 12 и Зорнић против БиХ, Пресуда број 3681/06 од 15. 7. 2014. Пресуде су изазвале бројне контроверзе у правном систему БиХ, а њихово извршење је још увијек неизвјесно.

⁴⁶ Са друге стране, у првостепеној пресуди ЕСЉП је одредио рок од шест мјесеци за осигурање недискриминаторских исплата од дана коначности пресуде.

⁴⁷ Вид. А. Ostrovsky, „How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals“, *Hanse Law Review*, Vol.1 No1.

сумњивим.⁴⁸ Било како било, успјех државе се не односи на меритум: иако је другостепена процесна пресуда ставила ван снаге првостепену мериторну, чл. 18, ст. 3 УС обавезује српско правосуђе и законодавца да приликом тумачења међународних стандарда људских права узму у обзир и правна утврђења из првостепене пресуде. Она тако остаје барем посредно обавезујућа, макар у оном утврђујућем дијелу да је дискриминације било. Једна од поука из те пресуде била би да УСС приликом одлучивања о повреди права на једнаку правну заштиту пред судовима из чл. 36, ст. 1 УС треба да утврди да је различито пресуђивање у идентичним ситуацијама исходovalo дубоке и дуготрајне разлике које угрожавају правну сигурност и повјерење у правосуђе.⁴⁹ Даље, обавезе из Протокола 12 уз ЕК налажу да УСС напусти своје досадашње конзервативно и рестриктивно схватање забране дискриминације као акцесорног и супсидијарног начела тумачења других људских права, и приближи га самосталном субјективном праву.⁵⁰ Исто се односи и на преуску квалификацију дискриминационих основа, пошто чл. 14 и Протокол 12 шире њихов домашај на „било који основ“ и „други статус“, што потврђује и пракса ЕСЉП.⁵¹ На шири приступ упућује и отворена клаузула из чл. 21, ст. 2 Устава, у којој израз „Забрањена је свака дискриминација,...а нарочито по основу...“ указује да и друга лична својства осим наведених могу заслужити квалификацију дискриминационог основа. Ако је УСС нашао да пребивалиште није основ дискриминације зато што то није својство личности, ништа га није спречавало да испита неки други компаратор осим оног који му је сугерисао Повјереник за заштиту равноправности и ЕСЉП.

Што се тиче законодавца, у приједлогу Закона о борачко-инвалидској заштити понуђена су добра системска рјешења,⁵² али су ветеранска права ограничена само на појачано социјално збрињавање,

⁴⁸ Вид.фн. 13.

⁴⁹ Вид. Главу 2, посебно фн.10.

⁵⁰ D. Petrova, „Implementing anti-discrimination law and the human rights movement“, *Helsinki Monitor* 2006 no. 1, 19, 30.

⁵¹ Супротно оцјени УСС, пребивалиште је прихваћено као дискриминациони основ у предметима ЕСЉП *Darby v. Sweden*, 11581/85, 23.10.1990; *Carson and Others v. the UK*, 42184/05, 16. 3.2010; *Magee v the UK*, 28135/95, 6. 6.2000; *Lindsay and Others v. the UK*, 8364/78, 8. 3.1979; *Gudmundson v. Iceland*, 23285/94, 17.10.1996, итд.

⁵² „Предлог закона заснован је на следећим начелним принципима: ...– да се друга права корисника из ове области која нису непосредно везана за настанак телесног оштећења, односно погибљу неког лица (професионална рехабилитација, права из пензијског и инвалидског осигурања, права из области радних односа и др.), регулишу одговарајућим системским прописима и у њима, по потреби, изразе специфичности заштите ове категорије грађана;...“ Предлог закона фн. 40, чл. III образложења.

што само донекле задовољава најбоље упоредне праксе и међународне стандарде.⁵³

Ако је јасно трасирање путева заштите пред унутрашњим и међународним тијелима претпоставка правне сигурности, упутно је у регулисању субјективних права ветерана јасно одредити њихову природу и позитивноправну утемељеност. Полазећи од овог одређења треба се у наставку суочити с проблемом правне природе њихових потраживања, које је остало неразјашњено: спорно је да ли су сви резервисти примили исплате, и уколико јесу, по ком основу, тј. да ли се ради о накнади дијела материјалних или нематеријалних трошкова, плати, социјалној помоћи, политички мотивисаној субвенцији или нечем другом. Судећи по наводима заступника државе на јавној расправи пред Великим вијећем, није спорно да њима нису до сада системски ријешена њихова права, а да се до сада призната права односе на инвалидску и социјалну заштиту и рјешавање локалних проблема; да су војне јединице према одредбама Правилника о накнади путних и других трошкова у ВЈ исплатиле свим резервистима, укупно њих 200 хиљада, износе у вриједности око 340 милиона евра, што је по особи дневно износило око 10 тадашњих њемачких марака; да право на исплату није припадало за вријеме дана за одмор и посјету породици. Поуздавајући се у ове наводе, слиједи да држава јесте предузела одређене мјере по питању социјалне заштите, накнаде једног дијела материјалних трошкова који иначе припадају професионалним војницима, као и одштете онима који су претрпјели тјелесна и психичка оштећења у тој мјери да им се призна статус ратног војног инвалида. Како исплата резервистима само по основу вршења војне службе очигледно није било, очигледно је да јавна власт сматра да је војна служба резервиста *pro bono*, за разлику од свих других плаћених јавних служби. Зато треба испитати основност оваквог третмана у међународним и унутрашњим изворима.

Што се тиче међународних стандарда по питању уређивања права војних резервиста, постављене су одређене границе иначе широкој дискрецији јавним властима у уређивању ове области. Ради се о Препорукама Савјета Европе, тј. њене Парламентарне Скупштине (ПС СЕ) број 1742/2006 и Комитета министара (КМ) број 2010 (4) о људским правима припадника оружаних снага,⁵⁴ које одсликавају

⁵³ „Пакети бенефиција намијењени ветеранима могли би да укључују програме рехабилитације; финансијске бенефиције; здравствену заштиту; запошљавање (укључујући приоритет при именовањима у државној служби); додатке за инвалидитет, као и друге бенефиције у случају смрти; додаток на одјећу и финансијске савјете“. И. Ли, Х. Борн, *Приручник о људским правима и основним слободама припадника оружаних снага и запосленика у оружаним снагама*, OSCE/ODIHR, Варшава–Сарајево 2008, 202.

⁵⁴ Препоруке доступне на <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17424&lang=en> и http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/publications/cmrec_2010_4en.pdf, 23.4.2015.

међународне стандарде настале у пракси ЕСЉП. У овим препорукама, као и у пракси ЕСЉП, војник се квалификује као грађанин у униформи који ужива сва људска права и слободе као и цивили.⁵⁵ Наиме, напуштена су традиционална схватања војне службе као јавноправне обавезе и усвојена савремена, која јој приступају као специфичном грађанскоправном, односно радном односу између појединца и државе. Чл. 10.4.б. Препоруке ПС СЕ одређује да припадници оружаних снага, дакле и резервисти, морају уживати економска и социјална права, која укључују „право да приме поштене исплате“, ⁵⁶ а чл. 77 Препоруке КМ забрањује дискриминацију у уживању права и слобода у контексту војне службе. Ове се одредбе имају тумачити сагласно с обавезом државе да сваком призна право на „правичну плату и једнаку награду за рад једнаке вриједности без икакве разлике“ из чл. 7, ст. а.) тач. 1 Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима.

У овом предмету не би били основани приговори да би овакво једно право ипак потпадало под *imperium* јавних власти због могућности ограничавања или дерогације. Прво, Препоруке СЕ не допуштају ограничења права изван нужности војне службе,⁵⁷ а овдје се првенствено ради о другим разлозима, који се тичу макроекономске стабилности. Уосталом, ови разлози не могу бити важни у овом предмету, јер је од сукоба из 1999. године прошло већ много времена. Јавне власти су свакако имале довољно времена да барем признају потраживања као јавни дуг, а исплату одложе или разријеше оброчно на дужи период. Такође, нису испуњени ни општи услови ограничавања људских права:⁵⁸ у законима Србије није изричито одређено да војним резервистима не припадају исплате по основу војног ангажовања; не могу се наћи разлози који би оправдали да је мјера неисплаћивања „неопходна у демократском друштву“, а ако ипак јесте, да тежи легитимном циљу и да је сразмјерно оптерећујућа за резервисте у односу на дотични легитимни циљ. Ни други приговор о могућности дерогације права због „ванредних околности“ примјеном чл. 15 ЕК није одржив јер не задовољава услов сразмјерности: оваква се мјера никако не би могла сврстати у „најнужније мјере које захтијева хитност ситуације“.

⁵⁵ G. Nolte (ed.), *European Military Law Systems*, Berlin 2003, 370; K. Gleumes, *The Parliamentary Commissioner for the Armed Forces*, Berlin 225, 9–10.

⁵⁶ С друге стране, чл. 63. Препоруке КМ признаје се ово право само професионалним војницима. Ипак, у њеном Објашњавајућем меморандуму на стр. 23. појашњено је да „резервисти, као сваки други припадник оружаних снага, треба да уживају своја људска права“.

⁵⁷

⁵⁸ Димитријевић *et al.*, *Међународно право људских права*, Београд 2007, 132–136.

Ако међународни стандарди указују на обавезу јавних власти Србије да признају „право на поштене исплате“ војним резервистима, свакако је неопходно конкретно указати на унутрашње позитивноправне изворе .

Правна квалификација мора бити заснована на чињеницама, па треба имати у виду све околности које детерминишу фактичку природу војне службе резервиста. Специфичност сваког војног ангажовања, а посебно ратног, је материјално и нематеријално (психофизичко) трошење његових судионика. У тим околностима резервисти су у посебно тешкој ситуацији, јер су обавезни да напусте своје породице, радна мјеста и изворе егзистенције и врше опасну службу за коју се нису професионално определијели. Ако се вратимо у догађаје из 1999. године, видјећемо да су се резервисти, несобично испуњавајући своју уставну и моралну дужност⁵⁹ одазвали на позив државе и без икакве разлике у односу на професионалне војнике суочили с ратним страхотама и неизвјесностима на много интензивнији начин него остатак цивилне популације. Интензитет физичког и психичког трошења био је појачан из разлога својствених војној служби у рату, између осталог због суочавања с опасностима, руковања опасним средствима ратне технике, прихватања правног статуса борца као легитимне мете најсофистицираније ратне машинерије и излагања својих поступака по лупу одговорности за ратне злочине.

Наведени чињенични склоп указује да су међународне гаранције „права на поштене исплате“ оствариве у српском праву по два одвојена, али подударна и испреплетена позитивноправна основа: први је захтјев за уклањање посљедица дискриминаторског поступања, а други накнада нематеријалне штете.⁶⁰

Прво, ако је ЗОЗД у овом предмету већ истакнут као извор дјелотворног правног лијека, онда на основу чл. 16 овог закона резервисти као припадници војске (ст. 2) сасвим експлицитно уживају заштиту од дискриминације у остваривању права на једнаку накнаду за рад једнаке вриједности (ст.1). Ако ЗОЗД ипак не би био *ratione temporis* примјењив у овом предмету, до исте се оцјене може доћи примјеном теста дискриминације⁶¹ када се као дискриминациони

⁵⁹ О античком идеалу јавне службе: „...и дубоко уверени да је срећа у слободи, а слобода у храбрости, немојте се бојати ратних опасности...Јер разумног човека више боли понижење због кукавичлука него неосетна и тренутна смрт у ратном подвигу, са надом у опште добро“, (Периклов говор) Тукидид, *Пелопонески ратови*, Београд 1999, 106.

⁶⁰ О односу забране дискриминације и права личности Ж. Рашевић, *Забрана дискриминације у приватном праву*, Задужбина Андрејевић, Београд 2014, 72–74.

⁶¹ Вид. фн.18.

основ узме статус припадника резервног састава ВЈ. Овакво лично својство може изгледати неуобичајено и сумњиво, али му се тешко може порећи основаност, имајући у виду да објективно и разумно може потпасти под једну отворену клаузулу.⁶² Уосталом, ни пребивалиште се подједнако не може подвести под уобичајено схватање личног својства.⁶³ Једноставно, не смије се игнорисати оно што је сасвим очигледно у презентованим чињеничним наводима, без обзира што подносиоци нису препознали овај компаратор, тј упоредили свој статус са статусом професионалних војника и других плаћених јавних службеника. Враћајући се на тест дискриминације, непогодан третман резервиста у вршењу једнаке војне или друге јавне службе као јавне обавезе *pro bono* не би се могао оправдати легитимним циљем и тестом сразмјерности: нису замисливи аргументи за непогоднији третман најопасније и најтегобније јавне службе.

Друго, у складу с презентованим чињеничним налазима и правним оцјенама *supra* одговорност државе за невоље оних које је под пријетњом санкције позвала да је бране правно је утемељена и у чл. 200, ст. 1 ЗОО. Поред материјалне, она је обавезна да накнади и нематеријалну штету због претрпљеног бола и страха у војној служби свим учесницима њеног ратног подухвата. Наиме, интензивна физичка и психичка напрезања у вршењу војне дужности у рату се могу посматрати као повреде права личности и заслужују правичну сатисфакцију.⁶⁴

5. ЗАКЉУЧАК

Начело владавине права налаже јавним властима да правни субјективитет државе уподобулози узорног субјекта грађанскоправног односа. Њихова обавеза је да јасно определијеле правне основе за своје поступке, у смислу недвосмислене идентификације гаранција

⁶² „...забрањену дискриминацију представља само разликовање које је недозвољено и по основи и у односу на сврху која се жели постићи, сматрајући да разликовање које је „објективно“ и „разумно“ није недопуштено, иако почива на неком од забрањених основа. И обрнуто, ако је разликовање засновано на особини човека која није набројана у одредби о забрани дискриминације, прогласиће се забрањеним из истих разлога, суштински везаних за пропорционалност“. В. Димитријевић, *et al.*, 38–40.

⁶³ критеријум очигледно није заступљен код многих основа дискриминације, попут пребивалишта, вјерских и политичких убјеђења, сексуалне оријентације, и сл.

⁶⁴ А. Радоловић, „Право особности у новом Закону о обвезним односима“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, в. 27, бр. 1, 129–170 (2006), 143.

грађанских, политичких, социјалних или економских права. Тиме би пред правосуђем Србије и међународним тијелима олакшали заштиту субјективних права својим грађанима и дали један нов смисао владавини права.

Када се у предмету Вучковић и др. држава посматра као јединствен правни субјект у гарантном и заштитничком односу према резервистима може се закључити да су неусклађени и партикуларни поступци и ставови јавних власти изазвали правну несигурност, која свакако не иде у прилог посебној заштити ветерана из чл. 69, ст. 3 УС. Иако је дао је важна упутства српском законодавцу и правосуђу, ЕСЉП је превалио терет те правне несигурности на подносиоце представке и прогледао кроз прсте српским властима тако што се повукао из мериторног одлучивања. Широка дискреција јавних власти у овој ствари не може се оправдати чињеницом да су српски резервисти-ветерани из оружаног сукоба 1999. године били дискриминисани као вршиоци најопасније и најтегобније јавне службе, која једина није била плаћена. Признавање права на поштене исплате, било по основу уклањања дискриминације, било по основу накнаде нематеријалне штете због повреде права личности, исправило би овакав неповољан третман и упутило јасну поруку да Војска Србије представља пожељног послодавца чак и у најтежим околностима државне нужде. Ратовање има своју цијену; ако је грађанин најврједније добро, у ратне трошкове се мора урачунати и цијена његове службе за остварење ратних циљева.

Dr Živorad Rašević

VETERANS BEFORE THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: VUČKOVIĆ AND OTHERS AGAINST SERBIA

Summary

This paper investigates the case of Boban Vučković and others before the Serbian judiciary, Constitutional Court of Serbia and the European Court of Human Rights, which was induced by Serbian Government's lack of recognition of the right to a fair remuneration to the military reservists-veterans of the armed conflict in 1999, in former Yugoslavia. The judicial restrictive approach in interpretation and application of anti-discrimination law norms (contrary to the principle *iura novit curia*) was criticized. Certain solutions were proposed in accordance with international standards, based on non-discriminatory treatment of military

reservists in relation to other persons who perform public service, and on obligation to a just satisfaction due to violation of personality rights contained in physical and psychological attrition in military service during the war.

Key words: *Veterans. – Military reservists. – Discrimination. – Personality rights. – Constitutional appeal.*