



Baština Akademije nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine

Znanje kao univerzalna vrijednost - etički i moralni aspekti

Hafizovic, Resid; urednik

2024-10-29

Akademija nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine

<https://bastina.anubih.ba/handle/123456789/797>

Preuzeto s Baštine Akademije nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine

<https://bastina.anubih.ba/>

ETIČKE I MORALNE VRIJEDNOSTI U PROCESU STVARANJA I PRIMJENE PRAVA

*Jasmina Alihodžić**

Sažetak: Pravo nije jednoznačna pojava. Uzevši u obzir njegovo multidisciplinarno određenje, koje u sebi supsumira društvenu, jezičku, aksiološku i normativnu stranu, pravo kao sistem pravnih normi koje sankcioniše država, reguliše odnose u društvu. Pri tome, tako definisan sistem normi teži ostvarenju određenih vrijednosti i ciljeva u društvu. Pravda, odnosno ostvarenje općeg dobra, vrijednost je postavljena kao konačni cilj aksiološke komponente prava. Međutim, da li će pravna norma koja reguliše određene društvene odnose ili pojave biti utemeljena na moralnim i etičkim načelima određenog društva, nerijetko će zavisiti od nastojanja da se u zakonodavnom postupku stvaranja prava zaštite različiti grupni i lični interesi. Posljedično, može se dogoditi da se neka normativna rješenja neće, u potpunosti ili djelimično, uklapati u prihvaćenu viziju pravde utemeljenu na etičkim i moralnim vrijednostima jednog društva. U procesu ostvarivanja prava, organ primjene dužan je prihvatiti i primijeniti pravnu normu koja je rezultat viđenja pravde zakonodavca, pri čemu ne treba zaboraviti da su konkretna normativna rješenja odraz političke volje zakonodavne većine i uvijek su usmjerena na postizanje određenih političkih i pravnih ciljeva. Ipak, opća pravna načela na kojima počiva određeni pravni poredak, uključujući i načelo pravne pravičnosti, nalažu organu primjene da tumačenjem ili poduzimanjem drugih radnji u pravcu osiguranja principa ustavnosti i zakonitosti pravnu normu ili učini što pravednijom ili da poduzme radnje iz svoje nadležnosti za njenu izmjenu ili dokidanje. Cilj autorice ovog rada je da kroz praktične primjere ukaže na moralne i etičke vrijednosti i dileme stvaranja i ostvarivanja prava pod okolnostima postojanja višestrukih interesa u demokratskom društvu, koji mogu biti u međusobnoj koliziji sa stanovišta etičko-moralnog vrijednosnog sistema na kojem počivaju.

Ključne riječi: pravna norma, etika, moral, stvaranje prava, primjena prava

1. Uvod

Institucionalnost, normativnost i prinudnost¹ razlikuju pravo od drugih društvenih normi. To znači da i druge društvene norme (običajne, moralne) mogu postati pravnim normama ako su podložne sankcionisanju od strane države.² Na taj način može direktno ili indirektno doći do preklapanja, odnosno

* Redovni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli

¹ Dženeta Omerdić, *Osnovi teorije prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli, Tuzla 2022, 69-70.

² Radomir D. Lukić, *Uvod u pravo*, Naučna knjiga, Beograd 1969, 31-32.

podudaranja, na primjer, moralne i pravne norme.³ Vrijednosti na kojima počiva jedno društvo su temelj prava, a pravda, odnosno ostvarenje općeg dobra, vrijednost je postavljena kao konačni cilj aksiološke komponente prava, izvan koje ne bi trebali djelovati ni organi stvaranja ni primjene prava.⁴ Za potrebe ovog rada nužno je napraviti pojamovnu i sadržinsku razliku između prava i morala, kao i ukazati na njihovu međusobnu interakciju, u cilju ostvarenja ideala pravde, koji će se nerijetko manifestovati kao odnos općeg, odnosno javnog interesa društva kao cjeline, i pojedinačnog, odnosno individualnog interesa pojedinca. U prvom dijelu rada autorica će pokazati na koji način moralno-etički vrijednosni sistem društva utiče na zakonodavca kod kreiranja pravne norme. Uz to, važno je ukazati na značaj balansa između općeg/javnog interesa utemeljenog na etičko-moralnim vrijednostima društva i individualnog interesa pojedinca koji u takvom sistemu nastoji realizovati neko svoje pravo koje ne mora nužno slijediti taj isti sistem vrijednosti. Cilj drugog dijela rada je ukazati na etičko-moralne determinante primjene prava te značaj doktrine slobodne procjene u praksi ESLJP. Konačno, kroz primjer surogat majčinstva, autorica će nastojati pokazati svu složenost i multidisciplinarnost pravnog uređenja određenih društvenih pojava, ukazujući na etičko-moralne dileme koje potreba uređenja ovog instituta izaziva ne samo na unutrašnjem nacionalnom već i na globalnom planu. Na kraju slijede zaključna razmatranja.

2. Etičke i moralne determinante stvaranja prava

Moral je društvena norma koja svoju obaveznu snagu crpi iz svijesti o postojanju razlike između dobra i zla.⁵ To su vrijednosti koje je utvrdilo jedno društvo i koje utiču na ponašanje njegovih članova. Te vrijednosti imaju svoje korijene u tradiciji pojedinaca koji pripadaju određenom društvu, pa se posmatraju u socijalnom kontekstu. Tako moral nije istovjetan u svakom društvu: svaka zajednica i društvo imaju svoj moral.⁶ Moralne norme ostvaruju se u jednoj društvenoj zajednici snagom svoje ubjedljivosti i očiglednosti, pa matematskim rječnikom kazano, moralne norme su aksiomi ili temeljne istine

³ Dušan Nikolić, *Uvod u sistem građanskog prava*, Univerzitet u Novom Sadu, Centar za izdavačku djelatnost, Novi Sad 2006, 16-17.

⁴ V. više: Zlatan Begić, *O ustavu, legalitetu i legitimitetu – Osnovne teorije legaliteta i legitimiteta*, Fakultet za upravu Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2021, 160-161. V. i A. Raghunadha Reddy, *Role Of Morality in Law-Making: A Critical Study*, *Journal of the Indian Law Institute* 49(2), 2007, 194-211.

⁵ Dž. Omerdić, op. cit., 64-65.

⁶ R. Lukić, op. cit., 28.

koje se ne dokazuju i koje su po svojoj prirodi autonomne.⁷ Zbog postojanja različitih morala u različitim društvenim zajednicama, pa čak i različitog morala pojedinca koji je dio neke zajednice u odnosu na moral te zajednice, dolazi do potrebe da jedna zajednica svoj moral sankcioniše, čime on postaje heteronoman, odnosno zasnovan na autoritativnom propisivanju, te postaje djelotvoran putem formalne prinude (sankcije).⁸ Etika⁹ je subjektivna i sastoji se od unutrašnjih principa koji predvode, odnosno opredjeljuju individualno djelovanje. Etično ponašanje određeno je unutrašnjim moralom pojedinca, sistemom vrijednosti i ličnim integritetom, i upravo ove osobine utiču na razumijevanje onoga što je dobro i ispravno, te konačno opredjeljuju donošenje odluka i ponašanje pojedinca u određenim ambivalentnim situacijama. Valja naglasiti da različite kulture i društva imaju različito poimanje ideje morala i etičnog ponašanja, što u kontekstu stvaranja prava može rezultirati različitim pravnim rješenjima povodom istog pravnog pitanja u različitim pravnim sistemima. Pravo i moral u osnovi imaju zajednički cilj: ostvarivanje ideala pravde unutar jednog društva, odnosno ostvarivanje pravičnog i funkcionalnog društvenog života. To se postiže različitim sredstvima – u slučaju moralnih normi dobrovoljnim prihvatanjem moralnih standarda ili posredstvom neformalnog društvenog pritiska, dok je u slučaju pravnih normi riječ o njihovoj djelotvornosti putem formalne prinude. Onda kada unutar jednog društva, usljed postojanja različitih morala pojedinaca, grupe ili zajednice u cjelini, nije moguće obezbijediti pravičan i stabilan društveni poredak dobrovoljnim povinovanjem moralnim normama ili društvenim pritiskom, sankcionisanje morala zajednice postaje moralni imperativ koji za svoj krajnji cilj ima ostvarenje ideala pravde.¹⁰ Shodno tome, svaki zakon bi morao imati moralno utemeljenje radi osiguranja prihvatljivosti i djelotvornosti norme među onima na koje bi se ta konkretna norma trebala primjenjivati.¹¹

2.1. Ostvarenje pravde u fazi stvaranja prava

Po pretpostavkom da pravo i moral teže ostvarenju ideala pravde kao svog krajnjeg cilja, zakonodavac ima moralnu obavezu da kreiranjem adekvatnih normativnih rješenja stvara pravedno pravo.¹² Za razliku od nekih drugih

⁷ Ibid.

⁸ Ibid. V. i Peger Koler, Pravo, moral i vrlina, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 53(2), 2005, 67.

⁹ Jovan Babić, Etika i moral, *Theoria* 1, 2008, 35.

¹⁰ O vrstama morala v. više: P. Koler, op. cit., 63.

¹¹ Ibid., 67.

¹² D. Nikolić, op. cit., 113.

pojmovi i pojava koje se manifestuju svojom objektivnom datošću, pojam pravde je uglavnom subjektivno određen i veoma ga je teško objektivizirati na način da bude istoznačan na nivou cjeline jedne zajednice.¹³ Razlog tome može biti postojanje sukobljenih interesa pojedinaca ili grupa. Otklanjanje poteškoća u pitanju poimanja pravde, odnosno njena objektivizacija, može se postići kroz utemeljenost u pravnim normama (legalitet) te postojanje subjektivnog uvjerenja *većine* onih na koje se te pravne norme odnose da su normama predviđena rješenja ispravna i moralna za *većinu* članova zajednice i društvo kao cjelinu (legitimitet).¹⁴ Posebno ovdje naglašavamo riječ *većina*, budući da je sveobuhvatna pravda gotovo nedostižna. Na tragu toga, sve društvene vrijednosti kojima se postiže ostvarenje ideala pravde mogu se smatrati općim dobrom, javnim interesom, odnosno pravnim standardom regulisanim unutrašnjim i međunarodnim pravnim izvorima. Sve ostale vrijednosti su u sferi pojedinca koji može samostalno djelovati, sve dok takvo djelovanje ne prevazilazi okvire općih društvenih vrijednosti.¹⁵ Međutim, ponekad se normativno rješenje koje usvoji zakonodavac neće uvijek u potpunosti podudarati sa prihvaćenim idealom pravde, u kojem slučaju možemo govoriti o nepravednim ili nelegitimnim zakonskim rješenjima. Razlog tome leži u činjenici da zakonodavnu vlast čine predstavnici različitih političkih struktura, koji opet pod uticajem različitih faktora nastoje određenim normativnim rješenjem zaštititi različite lične ili grupne interese. Način da se efekti ovakvih nepravednih i nelegitimnih pravnih rješenja otklone leži u mogućnosti pokretanja inicijative za izmjenu, dopunu, odnosno stavljanje van pravne snage konkretnog pravila u za to predviđenom postupku.¹⁶

2.2. Odnos općih društvenih vrijednosti i individualnog interesa u procesu stvaranja prava

Konkretno normativno rješenje o nekom pravnom pitanju rezultat je ravnoteže odnosa općeg dobra i pojedinačnog prava. Dihotomija doktrinarnih stavova u konačnom opredjeljuje stav zakonodavca o određenom pravnom pitanju i dobija svoj izraz kroz konkretno normativno rješenje (npr. zašto je u nekim pravnim sistemima surogat materinstvo zabranjeno, a u nekima dozvoljeno). Tako postoje razlike između atomističkog i holističkog pristupa vrednovanja općeg interesa i individualnih prava. U prvom slučaju društvo se poima sa

¹³ Z. Begić, op. cit., 158; D. Nikolić, op. cit., 112.

¹⁴ Z. Begić, op. cit., 160.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ D. Nikolić, op. cit., 113.

aspekta pojedinca i njegovih individualnih prava, a ne sa aspekta zajedničkih vrijednosti, s obzirom na to da zajedničke vrijednosti proizilaze iz pojedinačnih prava.¹⁷ Holistički pristup poima društvo kao cjelinu i daje prednost zajednici, pa time i općem dobru u odnosu na pojedinca, odnosno pojedinačno pravo.¹⁸ Nadalje, prema učenju Taylora, a slijedom perspektive holističkog učenja, postoje određena “neumanjiva društvena dobra”.¹⁹ Važno je međutim, naglasiti da između ova dva naizgled suprotna pola postoji cijela skala mogućih pozicija od ekstremnog individualizma do ekstremnog holizma, uključujući i neka *srednja* stajališta umjerenog individualizma i umjerenog holizma, kako ih vidi Miller.²⁰

Učenje Aristotela temelji se na ideji općeg dobra i pojedinačnih prava koja egzistiraju u harmoniji,²¹ dok su moderni teoretičari prirodnog prava težili ka tome da opće dobro svedu na prosti zbir pojedinačnih prava.²² Hobbes je tako u svom *Levijatanu* odbacio ideju najvišeg dobra i smatrao da državu treba utemeljiti na pojedinačnom interesu i strahu.²³ Lock je s druge strane izjednačio javno ili opće dobro sa dobrom svakog individualnog člana tog društva.²⁴

U traganju za poveznicom između koncepta općeg dobra i individualnih prava neki autori smatraju da treba poći od dva shvatanja klasične ideje općeg dobra – Rusoovog koncepta opće volje i utilitarističkog pojma javnog interesa, pod pretpostavkom da oba učenja polaze od individualističkog poimanja političkog društva.²⁵ Međutim, kako navodi Tattay, i jedno i drugo učenje u konačnici zanemaruju i negiraju pojedinačnu volju, interese i prava.²⁶ Prema Russou, zakon je izraz opće volje. Svi građani imaju pravo da lično, ili preko

¹⁷ Szilárd Tattay, *The Common Good and Individual Rights*, u: *Law, Politics, and the Constitution: New Perspectives from Legal and Political Theory*, ur. Antonia Geisler, Michael Hein, Siri Hummel, Central and Eastern European Forum for Legal, Political, and Social Theory Yearbook, vol. 4, Peter Lang, Frankfurt am Main 2014, 159-169.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Charles Taylor, *Irreducibly Social Goods*, u: *Philosophical Arguments*, Harvard University Press 1997, 127-145.

²⁰ Fred D. Miller, *Nature, Justice and Rights in Aristotle's Politics*, Clarendon Press, Oxford 1995, 191-239.

²¹ Aristotel nije tvrdio da opće dobro nadilazi pojedinačni interes, već da je bolje postići i zadovoljiti opće dobro. Tako u Nikomahovoj etici ističe: “Iako je ono (dobro) isto i pojedincu i državi, svakako je nešto veće i savršenije postići i održati dobro države; pa iako je poželjno i dobro samo za pojedinca, ljepše je i božanskije postići ga narodu i državama.” Aristotel, *Nikomahova etika*, Hrvatska sveučilišna naklada, Zagreb 1992, 1094b, 2.

²² S. Tattay, op. cit., 160.

²³ “Jer, ne postoji nikakav finis ultimus (krajnja svrha), niti summum bonum (najviše dobro), kako se vidi u knjigama starih moralnih filozofa.” Thomas Hobbes, *Levijatan ili Građa, oblik i moć crkvene i građanske države*, Naklada Jesenski i Turk, Zagreb 2004, 74.

²⁴ John Locke, *Two Treatises of Government*, C. and J. Rivington, 1824, 75.

²⁵ S. Tattay, op. cit., 161.

²⁶ Ibid.

svojih predstavnika, doprinesu stvaranju zakona. On mora biti isti za sve, bilo da štiti ili kažnjava.²⁷ Kako bi se spriječilo nametanje i loša strana volje pojedinca (*volonté particulière*), potrebno je ustanoviti opću volju (*volonté générale*) kao nezavisan pojam koji sačinjava volja svakog člana društva za općim dobrom. Opća volja može nastati jedino iz posebne volje pojedinaca.²⁸ Međutim, Russoova teorija nailazi na različita tumačenja, koja idu od toga da se individualnost pojedinaca može postići samo kroz njihovu identifikaciju s društvom kao cjelinom, dok druga učenja polaze od premise da se individualnost, prema Russou, posmatra kao briga za sebe, s malim stepenom kolektivne svijesti na strani pojedinaca, što se ne mora nužno smatrati nedostatkom u društvu.²⁹

Utilitarizam kao teorija koju je razvio Bentham polazi od pretpostavke da je etički ispravno ono djelovanje koje povećava ukupnu sreću u svijetu, tj. promoviše opće dobro. Zajednički interes izražen kroz geslo “najveća sreća najvećem broju ljudi” postavljen je kao mjera dobrog i lošeg. Bentham je smatrao da javni interes predstavlja prosti skup pojedinačnih interesa, koji nema poseban kvalitet koji bi ga razlikovao od individualne korisnosti. Nedostatak Bentamove teorije ogleda se u zanemarivanju razlika među pojedincima, što može dovesti do toga da se žrtvuju dobra ili ograniče fundamentalna prava pojedinaca radi općeg blagostanja.³⁰

Uvriježeno je stajalište klasične doktrine općeg dobra da, u slučaju sukoba dobra zajednice ili općeg dobra i pojedinačnog dobra, prednost treba dati prvome.³¹ Međutim, vodeći se potrebom ostvarivanja ideala pravde prilikom kreiranja pravnog pravila kojim nastoji normativno urediti određenu oblast, zakonodavac treba težiti ostvarenju harmoničnog odnosa i međuzavisnosti općeg dobra društva i pojedinačnog prava individua koje u njemu egzistiraju.

3. Etičke i moralne determinante primjene prava

Moralne i druge društvene vrijednosti materijalizuju se kroz principe vladavine prava, poštivanje ljudskih prava i temeljnih sloboda, odnosno pravne standarde na nacionalnom i međunarodnom nivou pravne regulative i njihovu

²⁷ James Swenson, *On Jean-Jacques Rousseau Considered as One of the First Authors of the Revolution*, Stanford University Press, Stanford 2001, 163.

²⁸ Z. Begić, op. cit., 87.

²⁹ Ibid.

³⁰ S. Tattay, op. cit., 162.

³¹ Ciceron je ovo shvatanje odnosa općeg i pojedinačnog dobra iskazao u izreci *salus populi suprema lex esto* (spas naroda neka bude najviši zakon). Dragomir Stojčević, Ante Romac, *Dicta et regulae iuris*, Savremena administracija, Beograd 1984, 475.

efikasnu primjenu. Principijelno, organ primjene provodi pravdu onako kako je vidi zakonodavac, uzimajući u obzir svu kompleksnost i međuzavisnost faktora koji u konačnici utiču na sadržaj pravnog pravila.³² Osim toga, razumijevanje pojma sudske pravde nekada će zavisiti od toga da li je pravna norma (ne)potpuna i (ne)precizna, a sudija parničar mora riješiti spor čak i kada postoji pravna praznina.³³ Organ primjene u takvim slučajevima ima kreativniju, ali značajno složeniju ulogu utoliko što će imati moralnu obavezu da nepreciznu pravnu normu svojim tumačenjem učini što pravednijom. Međutim, ta njegova težnja za ostvarenjem pravičnog rješenja spora ne smije biti vođena vlastitim osjećajem pravičnosti (*aequitas cerebrina*). Organ primjene, naime, pravnu normu tumači onako kako bi je primijenila aktuelna zakonodavna vlast, vodeći se onim što je, prema uvjerenju većine onih na koje se pravno pravilo odnosi, ispravno, moralno, odnosno u konačnici pravedno za većinu članova društvene zajednice i društvo kao cjelinu.³⁴ Tu obavezu nameće mu načelo podjele vlasti. Pravičnost je tako dopuna zakona donesenog kao opće pravilo, ali koji je nepotpun ili neprecizan u nekim svojim dijelovima.³⁵

Pod određenim uslovima, moguća je i neposredna primjena načela pravne pravičnosti od strane organa primjene. To će biti u situaciji ako sam zakonodavac ukaže na takvu mogućnost, te u slučaju da postoji pravna praznina.³⁶ Prva situacija je moguća posredstvom tzv. korektivnog pravila (*correctrix legis*), kada sam zakonodavac ovlasti organ primjene da odstupi od konkretnog normativnog rješenja i presudi onako kako bi u konkretnom slučaju bilo pravično.³⁷

Ne treba izgubiti iz vida da opća pravna norma vrijedi za neograničeni broj slučajeva koji su naizgled isti ili slični, ali se suštinski mogu jasno međusobno razlikovati. Primjenom općeg pravnog pravila na naizgled iste, ali suštinski veoma različite situacije, mogla bi se počiniti nepravda prema subjektima određenog pravnog odnosa. Zato zakonodavac unaprijed predviđa mogućnost da se pod određenim okolnostima uzmu u obzir specifičnosti konkretnog slučaja kako bi se efekat nepravde odluke sveo na minimum.³⁸

³² *Aequitas sequitur legem* – pravičnost je podređena zakonu.

³³ D. Nikolić, op. cit., 121.

³⁴ Z. Begić, op. cit., 160.

³⁵ *Aequitas est correctio legis generaliter latae, qua parte deficit*.

³⁶ D. Nikolić, op. cit., 114.

³⁷ V. član 169, stav 1. i 2. Zakona o obligacionim odnosima FBiH (*Sl. list SFRJ*, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989 – odluka USJ i 57/1989, *Sl. list RBiH*, br. 2/1992, 13/1993 i 13/1994).

³⁸ *Aequitas est perfecta quaedam ratio, quae ius scriptum interpretatur et emendat; nulla scriptura comprehensa, sed solum in vera ratione consistens*.

Organ primjene pomoću pravne pravičnosti ne stvara pravo, nego ga svojim tumačenjem dopunjuje.

U slučaju pravne praznine, organ primjene dužan je za taj konkretni slučaj stvoriti novo pravno pravilo koje će biti utemeljeno na relevantnim pravnim načelima, uključujući i princip pravne pravičnosti.

3.1. *Stepen slobodne procjene pred ESLJP*

Određene vrijednosti zaštićene su na nacionalnom i međunarodnom nivou pravne regulative u formi pravnih standarda i temeljnih prava i sloboda. Shodno Evropskoj konvenciji o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda,³⁹ države ugovornice dužne su osigurati svim licima pod njihovom jurisdikcijom prava i slobode definirane ovim instrumentom. U procjeni balansa općeg i pojedinačnog interesa, naročito je važna doktrina stepena slobodne procjene.⁴⁰ Doktrina dozvoljava Sudu da uzme u obzir činjenicu da će se Konvencija različito tumačiti u različitim državama članicama, s obzirom na njihove osobene karakteristike utemeljene na različitim kulturnim, moralno-etičkim i pravnim tradicijama.⁴¹ Stoga su državne vlasti u boljoj poziciji u odnosu na međunarodne sudije da daju mišljenje o sadržaju postavljenih zahtjeva, kao i procjeni neophodnosti restrikcije ili kazne koja je u pogledu takvih zahtjeva predviđena.⁴² Jasno je da stepen slobodne procjene igra važnu ulogu u pitanjima koja traže uravnoteženje općeg i pojedinačnog interesa, te kada je riječ o tumačenju različitih nejasnih termina i izraza koji se pojavljuju u odredbama Konvencije, primjerice “u interesu javnosti”, “u skladu sa općim interesom”, “poštivanje porodičnog i privatnog života”, “zaštita morala” i sl.⁴³ Ipak, raspon stepena slobodne procjene je varijabilna kategorija te ne postoje jasno određena pravila koja ga određuju. Kroz praksu Suda iskristalisale su se neke varijable koje se uslovno mogu smatrati elementima raspona stepena slobodne procjene, pa tako u oblastima gdje postoji velika diskrepanca među zakonima i praksom u različitim državama, stepen slobodne procjene država

³⁹ Evropski sud za ljudska prava, *Evropska konvencija o ljudskim pravima*, Council of Europe, 2021.

⁴⁰ V. više u Ronald St. J. McDonalds, *The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, u: *The Protection of Human Rights in Europe*, I/2, ur. Andrew Clapham, Frank Emmert, Collected Courses of the Academy of European Law [AEL], 1990, 95-161; P. van Dijk, G. J. H. van Hoof, *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Müller, Sarajevo 2001, 75-87; Christoph Grabenwarter, *European Convention on Human Rights: Commentary*, C. H. Beck – Hart – Nomos – Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014.

⁴¹ U predmetu *Handyside protiv Ujedinjenog Kraljevstva iz 1976. godine* Sud je po prvi put obrazložio način razmišljanja koji dozvoljava slobodnu procjenu.

⁴² Nav. prema P. van Dijk, G. J. H. van Hoof, op. cit., 76.

⁴³ Ibid., 78.

ugovornica je širi (npr. zaštita morala iz člana 8–11). Pažnja se poklanja *značaju prava ili aktivnosti koja je bitna za dobrobit pojedinca, prirodi cilja kojem se teži osporenim mjerom ili kontekstu te mjere, te da li se ili ne dati predmet tiče opće politike* (socijalne, ekonomske, politike održivog razvoja, zaštite okoliša i sl.). Praksa Suda pokazuje da nijedna od ovih varijabli, posmatrana izolovano, ne može imati dominantnu ulogu u determinisanju rasporeda stepena slobodne procjene, pa će se ovi faktori često morati posmatrati u njihovoj međusobnoj povezanosti. Može se primijetiti da je stepen slobodne procjene država ugovornica, uz još neke slučajeve, *uži* u predmetima u kojima se kao naglašen javlja identitet pojedinca ili intimni aspekt privatnog života iz člana 8. Konvencije (predmet *Ewans protiv UK*).

4. Analiza etičkih i moralnih dilema stvaranja i primjene prava na primjeru (prekogranichnog) surogat majčinstva

Moralno-etičke vrijednosti različitih država u velikoj se mjeri razlikuju kada je riječ o poimanju surogat majčinstva, što u kontekstu stvaranja prava u ovoj oblasti za posljedicu ima da neke zemlje u potpunosti zabranjuju surogat majčinstvo, neke ga izričito dozvoljavaju (pod određenim uslovima), dok u nekima (namjerno ili nenamjerno) ovaj institut nije pravno regulisan ili je nedovoljno regulisan.⁴⁴ Ono što, međutim, sva ova zakonodavstva dijele jesu brojna pitanja i dileme etičke, moralne, medicinske i pravne naravi na kojima surogat majčinstvo počiva. Ovdje ćemo izdvojiti samo jedno. Ako je u pitanju prekogranično surogat materinstvo (a najčešće jeste ako namjeravani roditelji dolaze iz zemalja koje ovaj institut zabranjuju!), hoće li doći do priznanja pravnog roditeljstva u toj državi? Posljedično, od odgovora na ovo pitanje zavisi kasnije ostvarivanje čitavog spektra prava djeteta rođenog putem surogat aranžmana. Za odgovore na ova pitanja od posebnog je značaja praksa ESLJP i doktrina slobodne procjene. S obzirom na to da se radi o pitanju u pogledu kojeg ne postoji jedinstven koncept zajedničkih moralno-etičkih vrijednosti, te imajući nadalje u vidu značaj prava i prirodu cilja koji se normiranjem i primjenom određenog pravila o surogat majčinstvu želi postići, jasno je da se radi o području gdje se državama ugovornicama ostavlja širok stepen slobodne procjene. Međutim, kada je riječ o identitetu pojedinca (u ovom

⁴⁴ Anita Duraković, Jasmina Alihodžić, *Međunarodno surogat materinstvo – osvrt na zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini*, Univerzitet “Džemal Bijedić” u Mostaru, Mostar 2020, 32-71.

slučaju djeteta!), ta sloboda procjene je značajno sužena.⁴⁵ Ovo je naročito važno uzeti u obzir u postupku eventualnog priznanja strane odluke o roditeljstvu, prilikom provjere da li je strana odluka ili javna isprava u saglasnosti sa domaćim javnim poretom.⁴⁶ Pojam javnog poretka spada među pravne standarde koji u teoriji, zakonodavstvu ni u judikaturi nisu precizno definisani. Pojam javnog poretka ne predstavlja prosti zbir imperativnih normi jedne države (uključujući i one o zabrani surogat majčinstva), već osnovna načela i standarde na kojima počiva to konkretno društveno uređenje.⁴⁷ Standard najboljeg interesa djeteta je ilustrativan primjer. Pravilno tumačenje instituta javnog poretka (uzimajući u obzir član 8. EKLJP i praksu Suda) od strane organa primjene može poslužiti kao svojevrstan korektiv u smislu izbjegavanja donošenja očigledno nepravične odluke, pri tome štiteći osnovne etičko-moralne vrijednosti društva.

5. Zaključna razmatranja

Pravo i moral shvaćeni kao skup univerzalnih humanističkih vrijednosti u osnovi bi trebali imati zajednički cilj: ostvarivanje ideala pravde unutar jednog društva, odnosno ostvarivanje pravičnog i funkcionalnog društvenog života. Tom idealu treba težiti kako u domenu stvaranja, tako i u fazi ostvarivanja, odnosno primjene prava. Konkretno normativno rješenje o određenom društvenom i pravnom pitanju iskazano kroz težnju zakonodavca da dostigne ideal pravde ili organa primjene da ga ostvari, uvijek će biti rezultat ravnoteže odnosa općeg dobra i pojedinačnog prava. Pravno pravilo koje reguliše neko društveno i pravno pitanje je opća norma, pa uvijek postoji mogućnost da ne bude jasna, precizna ili potpuna. Zato zakonodavac unaprijed predviđa mogućnost da se pod određenim okolnostima uzmu u obzir specifičnosti konkretnog slučaja kako bi se efekat nepravedne odluke sveo na minimum.

⁴⁵ U predmetima *Manesson protiv Francuske* i *Labassee protiv Francuske* stav Suda je da države mogu zabraniti surogat majčinstvo, ali ne mogu zanemariti, odnosno nepriznati roditeljstvo djece jer bi ih to dovelo u situaciju velike neizvjesnosti u pogledu njihovog identiteta. Identitet je potreban radi poštivanja privatnosti osobe. Sud naročito naglašava važnost postojanja genetske veze između djeteta i barem jednog od namjeravanih roditelja. V šire: A. Duraković, J. Alihodžić, op. cit., 142-154.

⁴⁶ Anita Duraković, Jasmina Alihodžić, Zlatan Meškić, *Europeanization of Public Policy in International Family Law – Overriding National Values or Gradual Harmonization?*, *Journal of Legal Ethical and Regulatory Issues* 23(3), 2020.

⁴⁷ Mihajlo Dika, Gašo Knežević, Srđan Stojanović, *Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu. Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima*, Nomos, Beograd 1991, 300.

Kada usljed različitih kulturoloških, tradicionalnih, socijalnih, historijskih, etičko-moralnih vrijednosti o pitanju poimanja nekog pravnog instituta ne postoji zajednički sadržilac, tada se ostavlja širi stepen slobodne procjene državama i njenim organima da određeno pravno pitanje zakonodavno urede ili u odnosu na njega donesu odluku. Pri tome, u odnosu na neka ključna pitanja koja se primjerice tiču identiteta pojedinca, države imaju znatno uži stepen procjene. Zabrana surogat materinstva preventivno djeluje s ciljem odvrćanja domaćih državljana od tog postupka, sprečavanja njegove komercijalizacije, kao i sprečavanja trgovine djecom. Međutim, ako je dijete već rođeno u okviru surogat aranžmana, ovi preventivni razlozi ne smiju biti presudni kod procjene da li je strano pravo, odnosno strana sudska odluka u suprotnosti sa javnim poretom, već se odluka donosi imajući u vidu cjelokupnost pravnog poretka države priznanja (uključujući praksu Suda), kako bi rješenje bilo u najboljem interesu djeteta. U konačnici, nije pravično iznositi paušalne i generalne izjave o tome šta bi za djecu rođenu u okviru surogat aranžmana bilo općenito najbolje, već je neophodno uzeti u obzir konkretna pitanja svakog pojedinačnog slučaja.

Literatura

- Aristotel (1992) *Nikomahova etika*, Hrvatska sveučilišna naklada, Zagreb.
- Babić, Jovan (2008) *Etika i moral*, *Theoria* 1, 35-48.
- Begić, Zlatan (2021) *O ustavu, legalitetu i legitimitetu – Osnovne teorije legaliteta i legitimiteta*, Fakultet za upravu Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo.
- Dijk, P. van, Hoof, G. J. H. van (2001) *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Müller, Sarajevo.
- Dika, Mihajlo; Knežević, Gašo; Stojanović, Srđan (1991) *Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu. Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima*, Nomos, Beograd.
- Duraković, Anita; Alihodžić, Jasmina (2020) *Međunarodno surogat materinstvo – osvrt na zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini*, Univerzitet "Džemal Bijedić" u Mostaru, Mostar.
- Duraković, Anita; Alihodžić, Jasmina; Meškić, Zlatan (2020) *Europeanization of Public Policy in International Family Law – Overriding National Values or Gradual Harmonization?*, *Journal of Legal Ethical and Regulatory Issues* 23(3). <https://www.abacademies.org/articles/europeanization-of-public-policy-in-international-family-lawoverriding-national-values-or-gradual-harmonization-9306.html>.
- Evropski sud za ljudska prava (2021) *Evropska konvencija o ljudskim pravima*, Council of Europe. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_bos (1. 4. 2024).
- Grabenwarter, Christoph (2014) *European Convention on Human Rights: Commentary*, C. H. Beck – Hart – Nomos – Helbing Lichtenhahn Verlag.
- Hobbes, Thomas (2004) *Levijatan ili Građa, oblik i moć crkvene i građanske države*, Naklada Jesenski i Turk, Zagreb.

- Koler, Peger (2005) Pravo, moral i vrlina, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 53(2), 59-78.
- Locke, John (1824) *Two Treatises of Government*, C. and J. Rivington.
- Lukić, Radomir D. (1969) *Uvod u pravo*, Naučna knjiga, Beograd.
- McDonalds, Ronald St. J. (1990) The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, u: *The Protection of Human Rights in Europe*, I/2, ur. Andrew Clapham, Frank Emmert, Collected Courses of the Academy of European Law [AEL], 95-161.
- Miller, Fred D. (1995) *Nature, Justice and Rights in Aristotle's Politics*, Clarendon Press, Oxford.
- Nikolić, Dušan (2006) *Uvod u sistem građanskog prava*, Univerzitet u Novom Sadu, Centar za izdavačku djelatnost, Novi Sad.
- Omerdić, Dženeta (2022) *Osnovi teorije prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli, Tuzla.
- Reddy, A. Raghunadha (2007) Role Of Morality in Law-Making: A Critical Study, *Journal of the Indian Law Institute* 49(2), 194-211.
- Stojčević, Dragomir; Romac, Ante (1984) *Dicta et regulae iuris*, Savremena administracija, Beograd.
- Swenson, James (2001) *On Jean-Jacques Rousseau Considered as One of the First Authors of the Revolution*, Stanford University Press, Stanford.
- Tattay, Szilárd (2014) The Common Good and Individual Rights, u: *Law, Politics, and the Constitution: New Perspectives from Legal and Political Theory*, ur. Antonia Geisler, Michael Hein, Siri Hummel, Central and Eastern European Forum for Legal, Political, and Social Theory Yearbook, vol. 4, Peter Lang, Frankfurt am Main, 159-169.
- Taylor, Charles (1997) Irreducibly Social Goods, u: *Philosophical Arguments*, Harvard University Press, 127-145.
- Zakon o obligacionim odnosima FBiH, *Sl. list SFRJ*, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989 – odluka USJ i 57/1989, *Sl. list RBiH*, br. 2/1992, 13/1993 i 13/1994.

ETHICAL AND MORAL VALUES IN THE PROCESS OF CREATION AND APPLICATION OF LAW

Abstract: Law is not a phenomenon that has a single meaning. Taking into account its multidisciplinary definition, which sums up the social, linguistic, axiological and normative side, law as a system of legal norms sanctioned by the state regulates relations in society. At the same time, the system of norms defined in this way strives to achieve certain values and goals in society. Justice, i.e. the realization of the common good, is a value set as the final goal of the axiological component of law. However, whether the legal norm that regulates certain social relations or phenomena will be based on the moral and ethical principles of a certain society will often depend on the effort to protect various group and personal interests in the legislative process of creating law. Consequently, it may happen that some normative solutions will not, fully or partially, fit into the accepted vision of justice based on the ethical and moral values of a society. In the process of exercising rights, the competent body is obliged to accept and apply the legal norm that is the result of the legislator's vision of justice, while

we should not forget that specific normative solutions are a reflection of the political will of the legislative majority and are always aimed at achieving certain political and legal goals. Nevertheless, the general legal principles on which a certain legal order is based, including the principle of legal fairness, order the competent body to interpret or take other actions in the direction of ensuring the principles of constitutionality and legality – either to make the legal norm as fair as possible or to take actions within its jurisdiction for its modification or termination. The aim of the author of this paper is to point out, through practical examples, the moral and ethical values and dilemmas of creating law and exercising rights under the circumstances of the existence of multiple interests in a democratic society, which may be in mutual collision from the point of view of the ethical and moral value system on which they are based.

Keywords: legal norm, ethics, morality, creation of law, application of law