

*Mr Dragana Ćorić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

AMERIČKA DOKTRINA O ZAŠTITI STEČENIH PRAVA

Sažetak: *Američka, i uz nju, engleska pravna teorija, su razvile najveći broj mehanizama zaštite stečenih prava. Veoma retke povrede stečenih prava od strane retroaktivnosti su, sa druge strane, bile dovoljne da „uzdrmajū“ jedan od osnovnih temelja vladavine prava, a to je pravna sigurnost. Apsolutna pravna sigurnost, pod koju ovde možemo supsumirati i princip zaštite stečenih prava i(ne)retroaktivnosti, kako tvrde naučnici i praktičari anglosaksonske provenijencije, je moguća, ali teško izvodljiva. No, retko samostalno i decidno izjašnjavanje upravo o zaštiti stečenih prava i zabrani retroaktivnosti, i češće spominjanje istih u okviru vladavine prava čine anglosaksonsku pravnu teoriju i posebno kao najrazvijeniju-američku pravnu teoriju, interesantnom za dalja teorijska proučavanja.*

Ključne reči: *američka pravna teorija, stečena prava, pojam, doktrina*

1. Uvodne napomene

Angloamerička pravna tradicija je tradicija sudskih predsedana, inspirisana neprekidnim i veoma budnim radom sudske nomenklature, u svim vremenskim razdobljima, u toku postojanj, a posebno u SAD. Zakonodavna funkcija se ovde doživljava skoro kao prolazna ili uzgredna funkcija jedne od vlasti u okviru podele vlasti, jer sudska vlast i same sudije, kao nosioci tumačenja istih tih normi, imaju daleko odgovorniju funkciju¹. Nji-

¹ Ističe se da sudije i jesu na izvestan način iznad zakonodavca, jer ocenjuju ustavnost zakona i svojim odlukama mogu zaustaviti važenja nekog zakona, ili zahtevati njegovu izmenu. No anglosaksonsko pravo upravo zbog sistema precedenata je tu ulogu ipove-

hov posao sa procesom tumačenja pravnih normi započinje, i neretko to tumačenje prerasta u novo pravilo, u zavisnosti od viđenja i unutrašnjih osećaja pravde i morala samih sudija. Iako se u javnosti često citira fikcija da su sudovi i ovde kao i u evropskokontinentalnom pravnom sistemu puki tumači pozitivnog prava, i sudije uporno tvrde da su njihove presude interpretativnog karaktera, praksa govori upravo suprotno.

Paund je smatrao da je druga faza razvoja prava – striktno pravo², gde pravo prevashodno ima funkciju regulisanja odnosa u društvu a država je organ društvene kontrole. Pravna pravila su ovde visoko formalizovana, neelastična i nefleksibilna. No upravo ovakav koncept prava nam donosi kao značajne ideje izvesnosti (sigurnosti) i uniformnosti. Dalje, faza liberalizacije prava kao faza prirodnog prava ili jednakosti ima kao ključnu reč umesto izvesnosti – moralnost ili neki drugi vid etičkog inputa, kao što su jednakost ili savest. Doprinos ove faze je u pravnoj evoluciji i definisanju koncepta dobre vere i moralnog ponašanja koja se može postići kroz razum, etičke solucije tj rešenja kontroverzi i sukoba dužnosti.

Sledeći nivo je, smatra dalje Paund, nivo zrelosti prava, u kome se na izvestan način „zgušnjava“ proces stvaranja prava, a ključne reči su bezbednost i jednakost, što se delimično derivira iz dva izvora, jedan je insistiranje striktnog prava da se isti pravni lek treba uvek primeniti u istoj situaciji (što jeste segment pravne sigurnosti), a delom i iz insistiranja na jednakosti ili prirodnom pravu u pogledu tretiranja svih ljudskih bića kao i pravnih lica, i pod uslovom priznavanja punog kapaciteta prava. „Zrelost“ prava, dakle, insistira i na sigurnosti i u ovom smislu je potrebno izvršiti poređenje ove faze sa fazom striktnog prava. Akcenat u obe faze je bio upravo na obezbeđenju sigurnosti, a što proizlazi iz insistiranja na svojini i ugovoru kao fundamentalnim idejama američkog prava. **Sigurnost je, dakle, dobijala svoju garanciju jedino kroz obezbeđivanje nesmetanog uživanja prava svojine i mogućnosti zaključenja ugovora.**

Skoro 100 godina kasnije, situacija na ovom planu se nije bitnije promenila. Savremena jurisprudencija angloameričke provenijencije se i dalje oslanja više na takve sudske presude, koje imaju kreatorski značaj, nego na same propise³. Propisi, kao što su ustavi, bilo federalni ili država

čalo. Više o tome: *R. C. van Caenegem: Judge and Lawgiver in Anglo-American history, European review, Vol 11. Nr. 3, str. 325-339.*

² Rosco Paund, *The Spirit of Law*, 1921.

³ Ideja o pravu ne može nastati posle izvesnog broja posebnih odluka, i pravi izvor prava je usmena tradicija: R-Floyd Clarck, *The Science of Law and Lawmaking* (Being an

članica, statuti i dr. predstavljaju polazište za sva dalja razmatranja i toliko potrebno preciziranje najopštijih postulata u jednoj državi. Stoga i sama angloamerička pravna teorija i praksa, budući da imaju različita polazišta u odnosu na evropsko kontinentalno pravno usmerenje, imaju i drugačije ishode. Ustavi kako federacije tako i federalnih jedinica u SAD imaju generalno ograničenja da ne smeju da ugrožavaju ili narušavaju ugovorna prava, tj prava koja proističu iz bilo kojih zaključenih ugovora. No sudovi ovo retko koriste da stvore apsolutnu zabranu protiv ugrožavanja ove vrste, već se pravdaju opravdanim interesom koji ustanovi država. Sudovi u ovom smislu koriste *dvostepenu analizu akata* da bi odlučili da li je retroaktivna primena propisa dozvoljena i ne ide li na štetu stečenih ugovornih prava. Ako je retroaktivnost u ovom slučaju moguća, dalje se vrši provera da li je ugrožavanje ugovornih prava suštinske prirode, da li je država iskazala značajan i legitiman društveni cilj dozvoljavanjem ovakve mogućnosti i da li je prilagođavanje prava i obaveza iz ugovora bazirano na razumnim uslovima da li odgovara ciljevima zbog kojih je usvojen novi zakon. Ovakvoj proveri se pristupa sa posebnom pažnjom kad je jedna od ugovornih strana sama država⁴.

Ipak, ne treba prenebregnuti i činjenicu da nisu ovde samo sudije jednako kreatori pozitivnog prava kao i sam zakonodavac. Naime, to često čine i značajniji pravni pisci, doduše posredno, jer njihova pravna stanovišta citiraju sudije u svojim obrazloženjima, posebno ako izražavaju *dissent*, tj. svoj glas izdvajaju iz većine prilikom glasanja za donošenje jedinstvene presude. Pravnoteorijske debate, kao što je Hart-Devlin debata o moralnoj sadržini prava, traju i nekoliko godina ili decenija, sa krajnje neizvesnim i nepredvidivim ishodom. Oštrini takvih debata pogoduje i krajnje liberalna klima u samim sudovima, jer sudije, donoseći i obrazlažući svoje presude, provejavaju iste te pravnoteorijske stavove kao osnove za određene sudske ishode.

Neretko dodajući i sopstvene iste ili slične argumente u prilog jednom od postojećih pravnoteorijskih stanovišta o nekoj stvari, sudije posebno u SAD staju i na stranu ne samo zakonodavca, već i naučnika, jer od snage njihove teorijske argumentacije zavisi i dužina trajanja njihovog predsedana. U suprotnom, isti može biti „oboren“, što je svakako teže, kompleksnije i te-

Introduction to law -a general view of law of its forms and substance, and a discussion of the question of codification), 1898 str. 20. U tome i jeste ključna razlika između shvatanja prava i primene prava između anglosaksonskog i evropsko-kontinentalnog sistema, u prvom se tumačenju, shvatanje i primena vrše od pojedinačnog ka opštem a u drugom - od opšteg ka pojedinačnom.

⁴ Više o tome: *Deborah K. McKnight; Legal Analysis, Minnesota House of Representatives, Research Department Revised, June 2005.*

že se podnosi od običnog vraćanja neke presude prvostepenom organu na ponovno suđenje, kao što je slučaj u evropskokontinentalnom sistemu. Ovde se ne obara samo jedna presuda, već se ruši ceo jedan sistem sigurnosti, zasnovan na takvoj presudi, ceo sistem očekivanih ponašanja suda, tužilaca, stranaka, zastupnika. U evropskokontinentalnom pravnom sistemu ovakvi slučajevi su veoma česti, jer drugostepeni sudovi prebacuju teret nazad na prvostepeni sud i vraćaju mu na suđenje ceo predmet iz početka. U SAD rušenje presedana i stvaranje novog je prilično teško, jer se ruši i institucija presedana, i institucija sudije kao lica koje ustanovljava pravila za ubuduće slično zakonodavcu i nestaje sigurnost građana.

Iako je postojao poseban akcenat na nekim doktrinama *common law-a* i njihovoj većoj primenljivosti, *common law* je i tada u osvitlu 18. veka i tokom celog 18. veka bilo daleko od sopstvene unifikacije u svakom smislu. Čak su i Edvard Kouk i Metju Hejl govorili o potrebnoj otvorenosti *common law*⁵ sistema prema promenama shodno društvenim kretanjima, a neki su išli dotle da kažu da razumevanje jednog originalnog teksta u ovom smislu podrazumeva posebno i očekivanja o budućem procesu ineterpretacije tog teksta same po sebi. Dvorkin je ovde govorio o dve vrste originalizma, jedan je semantički, gde bi posebno norme o stvaranju prava bile tumačene na onaj način i u onom smislu kako je tvorac tih normi hteo da one budu tumačene. Drugi tip je očekivani originalizam, pod kojim je podrazumevao da se tumače u svetlu onih posledica koje je normotvorac očekivao da će te norme usled svoje primene imati. Originalisti su težili da pomalo i ograniče sudsku interpretativnu diskreciju,⁶ te bi ih možda ograničili tako što bi tražili od njih da pogledaju sve i jedan slučaj počev do kongresnih statuta i da prihvate ono što je većinski stav, a ne da imaju svoje mišljenje. Neki autori su istakli stav, da cilj upravo ovakve prevencije sudija, da se preterano angažuju u voljnom ali i arbitrarnom presuđivanju, je nedovoljan, da opravda rekurs originalizma, budući da prihvatanje bilo kakvog interpretativnog metoda sprečava sudije da se upravo tako i angažuju.⁷

⁵ *Common law* prihvata ona pravila građanskog ponašanja koja proističu iz common wisdom i iskustva društva, koja su ustoličena u vremenom ustanovljenim običajima, a koja su finalno dobila sudsku sankciju i afirmaciju. Verbalni izraz *Common law-a* je u pravnim maksimama, defincijama, sudskim odlukama, koje su sačuvane i dostupne svima u govorima velikih pravnika i izveštajima sudskih odluka, preuzeto iz *W. C. Robinson: Elementary law, and Elementss of American Jurisprudence*, navedeno u: *Frederic W. Maityland and Francis C. Montague, A Sketch of English Legal History, 1915, str 213.*

⁶ *Bernadette Meyler: TOWARDS A COMMON LAW ORIGINALISM, Stanford Law Review, December 2006, vol 59, str. 551-571.*

⁷ *Keith E. Whittington, Constitutional Interpretation, Textual meaning Original intent, and Judicial review, 39(1999).*

2. Mesto doktrine u pravnom sistemu i odnos prema pravnoj sigurnosti

Značajna faza u konstituisanju ograničenja, baziranim na ideji višeg zakona primenjuje se u okviru zakonodavnih ovlašćenja u američkom ustavnom pravu, i čini je doktrina stečenih prava. Iako postoje izvesna ograničenja, koja se sugerišu prilikom ispoljavanja političkog autoriteta, a da se poštuje privatna svojina, što je princip poznat još od srednjeg veka, razvoj teorije o omnipotenciji tj. svemogućnosti zakonodavca je išao u pravcu da se i privatna svojina može oduzeti ako je u pitanju javni interes. Individualistička teorija 18. veka i prirodnopravna filozofija podržali su misao da takva državna akcija, koja bi narušila svetost privatne svojine, treba dobro da se opravda. Nakon što je federalni ustav počeo sa primenom, ovo stanovište je ponovio i sudija Paterson, insistirajući upravo na tome da je pravo na sticanje i posedovanje imovine i njenen zaštite jedno od prirodnih i neotuđivih prava čoveka. Njihovo očuvanje je stoga primarni cilj društvene zajednice.

Tako je potvrdio i Vrhovni sud federalne države Karoline u jednoj svojoj sudskoj presudi – *doktrinu da novi zakon ne može povrediti stečena prava i zaključeni ugovor*. Ali kad je prevagnula suprotna doktrina, *nekoliko sudova je povodom stava da se u slučaju sumnje nijednom zakonu ne sme pridati povratno dejstvo, postavilo kao osnovnu doktrinu tj. obavezu da ni u jednom slučaju zakon koji se tumači u procesu primene ne dođe u konflikt sa stečenim pravima*. Iako teorijski dobro osmišljeno, u praksi nije bilo često poštovano.

Sama američka doktrina ustavnog prava, kako je definisao Džon Maršal, ustav i obaveze koje on nameće, stavlja na najviši nivo poštovanja. Svako ponašanje, iole kontra ustavnim načelima, treba smatrati nevažnim. Sudije su posebno dužne poštovati ustavna načela u svom radu, a imaju sva ovlašćenja da koristeći sopstveno mišljenje i pravno shvatanje donose presude koje će biti potpuno pravno zaštićene. No, to mišljenje sudija varira, kao ni u jednoj drugoj sferi društvenog života, jer oni „luta-ju“ između liberalizma i konzervativizma, između Scile i Haribde pravnog sveta.

Ono što je izvesno jeste postojanje različitih pojmovnih i vrednosnih koncepata pre Maršala⁸, koji su se izgrađivali tokom 17. i 18. veka. Kako danas neki savremeni autori tvrde, tadašnji pravni teoretičari ali i praktičari su veoma vešto transformisali politička pitanja u pitanja isključivo

⁸ Shannon C. Simson: *The American Revolution in the Law: Anglo-American Jurisprudence before John Marshal*, Princeton University Press, 1990, str. 44.

pravne prirode. U nekim slučajevima je bilo izuzetno teško napraviti nedvosmislenu vezu između sudskih presuda donetih još u kolonijalno doba sa postrevolucionarnom sudskom retorikom.

Postoje tri problema od istorijskog značaja, koja je definisala sama američka revolucija u pravu: pitanje pravne sigurnosti, sudske nezavisnosti i prostora za slobodno sudsko odlučivanje. Ovde se suočavamo sa veoma ozbiljnom problematikom, u smislu da kada pravo nije poznato, odnosno izvesno sudijama i/ili im nedostaje potpuna nezavisnost u radu, obični građani onda počinju samostalno da deluju te zauzimaju samovoljno prostor ostavljen sudijama da rade, za prostor u kome će oni sami odlučivati u pojedinim slučajevima i sami sprovesti kazne. Kad se pravna sigurnost i sudska nezavisnost osiguraju, prostor za odlučivanje se maksimalno sužava i nije moguć ulazak u njega običnim građanima, već samo kvalifikovanim – sudijama.

U tom smislu, neki autori govore o nivou predvidljivosti od 0, 5⁹, što znači da u celom sistemu postoji bar jedan slučaj u kojem se ne može odlučiti na već poznat i uobičajen način, već se mora pristupiti uspostavljanju novog presedana. Tako, ako postoji više od jednog optimalnog rešenja za neki pravni problem, sudija može da odabere ono pravno rešenje koje najviše odgovara njegovom unutrašnjem osećaju pravde. To automatski implicira strankama u postupku neizvesnost, jer ne mogu očekivati tačno određeno rešenje svog problema, a sudija u okviru svojih širokih diskrecionih ovlašćenja kao jedino merilo ima – sopstveno mišljenje koje ne mora nužno biti – i ispravno, pravilno ili zadovoljavajuće za stranke u sporu.

Neodređenost samo po sebi može imati izvor u otvorenom sadržaju jezika akata i samih presuda.¹⁰ Bilo koje ekstenzivno stvaranje prava od strane sudstva bi predstavljalo uzurpaciju ovlašćenja narodnih predstavnika, ali bi sa druge strane bila blokirana institucija pravosuđa.

Vremenom su razvijeni mehanizmi za smanjenje pravne neodređenosti, kao što su :

1. *delegalizacija*-stavljanje nekih propisa van snage i da se zato ne uzimaju u obzir prilikom planiranja budućih aktivnosti

⁹ Pravna neodređenost raste, što se primena nekog pravila približava nivou 0, 5. Još kompleksniji odnos postoji u slučaju kad se predviđanje smanjuje od 0, 5 do 0. Ispod 0, 5 pravna sigurnost raste, budući da su sva pravila su povezana sa nekim drugim srodnim pravilima. Ako se pak približava 0, 5, to maksimizira pravnu neizvesnost, jer ne može se predvideti koja strana ima veće izgleda da uspe u sporu. *Anthony D'Amato: Legal Uncertainty, California Law Review, Vol 71, No1, January 1983.*

¹⁰ *Ken Kress, Legal Indeterminacy, California Law Review, vol 77, 1989, str. 283*

2. *Non rule donošenje odluka* – npr. kompjuterizovana procedura koja koristi regresivnu analizu svih prethodnih slučajeva

3. *usklađivanje pravila sa prirodnim pravom*. Sam Džon Finis je opisao mnoga pravila iz prirodnog prava kao pravila koja odgovaraju savremenom smislu za praktičku razumnost. Tu će svakako postojati jaz koji se može prevazići na sledeće načine:

a) stvaranjem novog zakonodavnog tela – Komisija za reviziju slučajeva, koja bi svojom aktivnošću popunjavala prazninu između sudova i legislative, jer zakonodavac reguliše *pro futuro* a sudstvo gleda unazad i konsultuje se sa već donetim propisima i predsedanima.

b) revidirati učenje o pravu u smislu promene popularnih stavova o sadržaju prava. Najveća očekivanja su upravo od strane pravnih teoretičara, kao slobodnih stvaralaca pravnih stavova, koje često konsultuju same sudije.

Novija pravna teorija razmatra još dva, na izvestan način slična problema, koja se odnose na preciziranje korpusa pozitivnog prava. Naime, *šta se dešava sa aktima niže pravne snage, koji su vremenom promenjeni, a doneti su na osnovu akata više pravne snage, koji se nisu menjali, i šta sa onim aktima, opet niže pravne snage, koji su ostali nepromenjeni ali je viši pravni akt, koji je poslužio kao pravni osnov za donošenje istih, – promenjen?*¹¹ Kanadska pravna teorija ali i sami pravници praktičari, suočeni sa brojnim problemima koje im nameću navedene situacije, nisu mogle zauzeti jedinstveno stanovište.

Angloamerička teorija govori i o *access to law* – pristup pravu, u smislu da se donose zakoni shodno društvenim promenama, da oni budu razumljivi i njihovi zahtevi realno ostvarljivi većini adresata. No potrebno je da i sami građani mogu jasno da utvrde koje pravo se odnosi na njih, tj koje pravo ulazi u korpus-pozitivnog.

Stoga, i samo razmatranje angloameričke pravne teorije ima u ovom radu drugačiji pristup i svakako drugačije ishode, neočekivanije i doslednije nego u ijednoj drugoj oblasti prava.

3. Pojam stečenih prava u američkoj pravnoj teoriji i praksi

Doktrina stečenih prava predstavlja, po mišljenju nekih američkih teoretičara, prvo veliko postignuće sudova nakon ustanovljavanja sudske revizije. U ovoj doktrini je sadržana matrica ali i suština svih ustavnih

¹¹ Robert A Dupperon, *Interpretation Acts-Impediments to Legal certainty and Access to Law, Statute Law review*, 26/2005, str. 64-68

ograničenja¹². Zapravo predstavlja mogućnost, ili pre, obavezu sudske zaštite svim pojedincima, čija prava stečena za vreme važenja jednog propisa, drugim propisom budu povređena ili ukinuta. U pitanju je zahtev, kog se moraju pridržavati zakonodavci, ako svojim propisom dotiču prava na život, slobodu i imovinu. U praktičnoj primeni ova doktrina je dobila na efikasnosti, povezivanjem sa principom podele vlasti i prebacivanjem tereta dokazivanja na pravosuđe.

Sam termin „stečenih prava“, kao i brojni drugi termini, tokom celog svog postojanja, bio predmet različitih rasprava i teoretičara i praktičara. Ono što je primetno je da je svaki pokušaj definisanja počinjao i završavao se – u imovinskoj sferi, tačnije sferi posedovanja prava i zemljišta. U tom smislu je značajno stanovište sudije Patersona iz 1795¹³. godine da je „**evidentno, da je pravo ljudi da stiču imovinu i da je štite prirodno i neotuđivo pravo čoveka.**“ Zakonodavac nema stoga pravo da ikome ono što je jednom stečeno, posebno zemljište, oduzima i da ga prenosi drugom bez volje i znanja njenog sopstvenika, a bez pravične kompenzacije. To nije u skladu sa mirom i blagostanjem čovečanstva, protivno je principima društvenog zajedništva i svakoj slobodnoj vladavini i na kraju protivno je duhu i pismu samog ustava¹⁴.

Stečena prava se definišu i kao prava koja je stekla individua po zakonu koji je garantovao da se učine neki akti da bi se stekla određena prava. Prava se smatraju stečenima kada pravo na njihovo uživanje, sadašnje ili buduće, pripada pojedincu kao njegovu vlasništvo. Ispravno je primećeno da ideja, da sudovi ove stavove definišu, je više sociološke i političke, nego pravne i čak i praktične prirode¹⁵.

Možemo govoriti o tendenciji nastaloj posle 1850. godine za zaštitu stečenih prava, a protiv tada narastajuće tendencije zakonskih akata da se ta ista prava, posebno imovinska, povređuju. U slučaju *Regents of the University of Maryland v. Williams*, 9 Gill&J. 365, 408, 409 (1838), navedeno je, da postoji osnovni princip prava i pravde koji je u skladu sa prirodom i duhom društvenog uticaja. Zaštita najvećih ljudskih vrednosti-života, slobode i imovine, je princip koji se izdiže i iznad zakonodavne delatnosti kao takve i uspostavlja bitna ograničenja u tom smislu. Svi pojavni oblici realizacije ovih vrednosti jednako potpadaju

¹² Edward s. Corwin: *A Basic Doctrine of American constitutional Law*, Michigan Law Review, February 1914. Videti i u članku istog autora: *The Extension of Judicial review in New York 1783-1905*, Michigan Law Review, February 1914.

¹³ Potpun tekst presude dostupan na: http://nesara.org/court_summaries/van_hornes_lessee_v_dorrance.htm

¹⁴ Ista presuda, kao u fusnoti 380.

¹⁵ Ibid.

pod režim zaštite, bilo da su to prava sama po sebi, sposobnosti, privilegije ili imuniteti¹⁶.

Vrhovni sudija Maršal je pokazao privrženost ovoj doktrini još 1803. godine, kad je primetio da je vladavina Amerike definisana kao vladavina zakona a ne vladavina ljudi. To će sigurno dovesti do toga da ova situacija dobije ovako visoku zaštitu, posebno ako pravo ne obezbeđuje pravni lek za zaštitu stečenih prava. Kasnije je isti ovaj sudija istakao da zakonodavni akt Džordžije, gde se garantuje pravo svojine na zemlji, treba tumačiti kao da je u pitanju stečeno pravo i da je to zapravo ugovor koji ne može da ugrozi nijedan drugi sličan akt. U istom slučaju je sudija Džonson izjavio da država ne poseduje pravo da opozove sve što je dotada garantovala, no donosi presudu na osnovu opštih principa, razuma i prirode same stvari u pitanju.

Čak i pre ove odluke, vodeći eksponenti federalističke politike kao što su Džeјms Vilson, Aleksandar Hamilton i Džon Maršal su sve ovo definisali kao deo teorije o zaštiti stečenih prava u pogledu imovine i ugovora, ali koja su moguća da se ograniče putem ustava. Oni su bili zastupnici nezavisnog sudstva, čija dužnost je da sačuva osnove prava i da proverava sve oblasti¹⁷. Iz navedenog se može zaključiti da je sama doktrina zaštite stečenih prava svoje korene imala u najranijim počecima američke pravne teorije, ali više posredno, kao mehanizam zaštite privatne svojine, posebno prava na posedovanje zemljišta.

4. Oprečni teorijski stavovi i sudske presude koje su ih formirale

Jednu od najpoznatijih definicija i samih stečenih prava i principa zaštite stečenih prava izneo je sudija Čeјs u slučaju *Calder v. Bull*, 3 Dall. 386 (1798)¹⁸. , kasnije proglašenim za vodeći slučaj u pogledu ustavne instrukcije protiv primene retroaktivnih zakona. Država Konektikat je naime usvojila propis kojim je stavljen van snage sudski dekret, kojim je odbijen zahtev za preispitivanje podobnosti testatora da sačini testament. U obraćanju Vrhovnom sudu, tužilac je isticao da je taj propis ustanovio *ex post facto* zakon. U finalnoj sudskoj odluci, sudija Semjuel Čeјs je tvrdio da iako su svi *ex post facto* zakoni nužno i retroaktivni, nisu istovremeno i svi retroaktivni zakoni koji utiču na građanska prava, istovremeno i *ex post facto* zakoni.

¹⁶Bryant Smith, *Retroactive Laws and Vested Rights*, *Texas Law Review*, April 192-7, No 3

¹⁷Ovo je jedan od značajnih principa federalističke ideologije u Americi koja je nastavila život i nakon propasti federalističke stranke.

¹⁸Potpun tekst presude dostupan na <http://www.constitution.org/ussc/003-386.htm>

Zabrana za kasnije ustanovljavanje dela, važi za krivične zakone ali ne po njemu i za građanske sporove. *Ex post facto* zakon podrazumeva buduće kazne koje nisu ni postojale, odnosno nisu bile kazne za slučajeve koji nisu ni bili oglašeni krivičnim delima jer u vreme činjenja to nisu bili, ili delo čine težim nego što jeste ili predviđaju teži oblik ili kaznu kasnije, ili se menjaju proceduralna pravila dokazivanja u cilju povećanja šansi za osudu. Sam slučaj je bitan u ustavnoj teoriji jer je zatvorio *ex post facto* zakonima vrata i u građanskim stvarima, a otvorio još mnoga pitanja i formirao novu doktrinu stečenih prava.

Sudija Čejs je dalje tvrdio, da **čovjek ne može biti nateran da radi ono što zakoni ne zahtevaju od njega ili da se uzdržava od nečeg što nije zabranjeno**. On je ovu doktrinu zaštite stečenih prava „izvukao“ iz višeg prava i osnova, kao što je to uradio i sudija Paterson 1795. godine pri definisanju pojma stečenih prava.

Uzimajući kao osnovu samu prirodu američke slobodne republikanske vladavine i prve velike principe društvenog zajedništva, Čejs je utvrdio da zakonodavna vlast čak i ako nije izričito utvrđeno pisanim ustavom, ne sme da povredi prava prethodnika, privatni ugovor ili pravo privatne svojine. Suprotna tvrdnja bila bi politička jeres, toliko „neprihvatljiva geniju i duhu i pozitivnog i prirodno-pravnog sistema, da bi bila automatski smatrana ništavom“¹⁹. U tom smislu, ni država ne sme da oduzme bilo kom pojedincu ličnu slobodu, sigurnost, imovinu, i da to opravda zaštitom načina vladavine koji je ustanovljen.

Zakon koji kažnjava građanina za dozvoljenu radnju ili bolje rečeno za radnju koja nije učinjena ili koja kad bude učinjena nije u suprotnosti sa bilo kojim važećim propisom, zakon koji poništava ili povređuje zakonito zaključene privatne ugovore i koji čoveka čini sudijom u njegovoj ličnoj stvari, to je sve protiv razloga pravde²⁰ i nema osnova da građani daju ni zakonodavstvu ni pravosuđu ovlašćenja da mogu postupati i drugačije. Zabrana takvih akata zakonodavstva svakako postoje u ustavu ali to zabranjuju i razlozi razuma.

Posebno je u američkoj pravnoj teoriji i praksi razmatrano pitanje *ex post facto* zakona, tj. zakona koji regulišu neku situaciju nakon njenog nastupanja. U ovom smislu, mogu se razlikovati dve situacije: da zakon reguliše neki društveni odnos i situaciju koja se dešavala u prošlosti, ali da se dejstvo tog zakona prostire samo *pro futuro*, ili da se dejstvo zakona ide i unazad, tj retroaktivno. Akti pomilovanja ili oprosta, kako tvrdi su-

¹⁹ Presuda u slučaju *Calder v. Bull*, 3 Dall. 386(1798)

²⁰ Iz presude povodom slučaja *Calder v. Bull*, 3 Dall. 386(1798)

dija Čejs²¹, imaju osnova za svoje postojanje, jer je njihovo donošenje inspirisano postizanjem posebne koristi i pravde za pojednca ili društvo. Ali *ex post facto* zakonom mogu se smatrati samo oni zakoni kojima se postojeća kazna pooštava, uvodi se nova kazna ili se uvodi novo krivično delo. Jedino takvi zakoni mogu se smatrati retroaktivnima, jer se ne poštuje ustanovljeno pravilo *nulla poena, nullum crimen sine lege*.²² Ovakvi i njima slični zakoni su nepravedni. ***Svaki zakon koji šteti stečenim pravima, a ovde se posebno potenciraju (stečeno) pravo na život i slobodu i sva druga prava i slobode koje proističu iz njih, je opšte nepravedan i automatski ništavan.***

Dalje je navedeno da se svaki zakon koji opravdava postojeće nepravne akte treba smatrati-retroaktivnim (iako je njihovo postojanje ponekad krajnje potrebno). Treba imati u vidu veliku razliku između pozakonjenja nelegalnog i činjenja nevinog krivim kao i kažnjavanja neke radnje kao da je krivično delo, a da to nije bila u vreme kada je činjena. Jer da jeste, verovatno ne bi ni bila počinjena.

Već unutar samog sudskog veća u slučaju *Calder*, oprečno mišljenje u ovom smislu je izrazio sudija Iredel²³. Sudija Džems Iredel je tvrdio da ideja prirodne pravde nije regulisana fiksnim standardima, već se dešava da najsposobniji i najčestitiji ljudi upravo misle različito o istim stvarima, i jedino što sud može reći u sličnom slučaju jeste da je zakonodavac usvojio akt koji je suprotan apstraktnom principu prirodne pravde. Iredel je bio veoma skeptičan po pitanju postojanja prirodnih prava i mogućnosti pravosuđa da pravilno pristupi sadržaju prirodnog prava, te je samim tim podvrgnuo sumnji i sama stečena prava.

U jednoglasno donetoj presudi²⁴, Vrhovni sud SAD, pred većem kojim je predsedavao sudija Čejs, je utvrdio da zakonodavac u datom slučaju nije doneo *ex post facto* zakon i ***da stoga nije povređen čl. 1. ustava koji kaže da nijedna država neće ući u bilo kakav ugovor, savez ili konfederaciju putem retroaktivnih zakona ili zakona koji povređuju obaveze preuzete po osnovu ranije zaključenih ugovora ili garanciju bilo kog prava.***

²¹ Ibid.

²² U svojoj bogatoj praksi, engleski sudovi su svojim presudama uticali na definisanje novih krivičnih dela, koja nisu ranije postojala, npr. huljenje na boga je retroaktivno ustanovljeno 1676. godine, falsifikovanje javnih isprava 1727. godine, itd. Izvor: *James Popple: The Right to Protection from Retroactive criminal Law, Criminal Law Journal, Vol 13, No4, 1989, str. 251-262.*

²³ Videti presudu na: <http://www.constitution.org/ussc/003-386.htm>

²⁴ Ibid.

5. Povezanost sa retroaktivnošću propisa i principom pravne sigurnosti

U pravnoj teoriji SAD oduvek je bilo prisutno poricanje i postojanja i značaja prirodnopravne teorije i prava. Doktrina prirodnog prava se prihvatila kao nešto što ima veći naučni nego praktični značaj. Neki autori, ipak pridaju joj veliki značaj u periodu formiranja američkog ustavnog prava, ali da se vremenom ova oblast toliko razvila da je prirodnom pravu mesto jedino u „muzeju pravnih relikvija“²⁵, a neki ide i do toga, da ga oglašavaju jednim od većih poglavlja u istoriji ljudskih grešaka²⁶. Sledeći uobičajenu praksu engleskih pravnih autoriteta, da omalovažavaju značaj prirodnog prava, američki pravni pisci još u najranijem periodu u SAD insistiraju na istom tom stavu, tj. da ove teorije nemaju značaj u razvoju američkog prava.

Izuzev nezaobilazne primene principa razumnosti u *common law* sistemu, prirodnopravne teorije posle početnog entuzijazma koji ih prati od revolucionarnih događanja u 18. veku, često su zaobilažene u sudskim presudama, posebno u onim slučajevima gde se raspravljalo o važnosti zakona. Ortodoksno pravilo koje je važno i još uvek važi, jeste da sudije ni u jednom slučaju ne treba da oglase neki akt nevažećim isključivo s pozivom na prirodno pravo, već zato što nisu u skladu sa pozitivnim pravom²⁷. Stečena prava su prema tome izvan domena prirodnog prava, te je odlučivanje sa pozivom na njihovo poštovanje-dozvoljeno.

No, sudija Vrhovnog suda Kent je svoje mišljenje o sudskoj zaštiti stečenih prava izveo upravo iz radova evropskih pravnika prirodnopravne orijentacije, kao što su Grocijus i Pufendorf. Kent, naime, smatra da se zakonom nekom licu može oduzeti ranije stečena imovina, ako to zahteva javni interes i ako će pojedinac biti pravično rekuperiran. Ovakvo stanoviše potiče iz „najdubljeg osećaja univerzalne pravde“, koju nijedno pozitivno pravo ne može pravilno da uobličiti i primeni.

Kakva je povezanost stečenih prava sa retroaktivnim propisima? Prvo treba razjasniti samu prirodu retroaktivnog zakona i posledice njegovog delovanja²⁸. **Zakon je retroaktivan ako se pretpostavi da daje snagu prošlom događaju u nameri da kreira novo pravo ili obavezu.** U pitanju je događaj koji se desio pre stupanja na snagu propisa, a moguće je,

²⁵ Manley O. Hudson, „Advisory Opinions of National and International Courts,“ *Harvard Law Review*, XXXVII (June, 1924), 970, 971

²⁶ John W. Salmond: „The Law of Nature,“ *Law Quarterly Review*, XI (April, 1895), 121.

²⁷ Robert P. Reeder „Constitutional and Extra-Constitutional Restraints,“ *Univ. of Penna. Law Rev.*, LXI (May, 1913), 441, 446

²⁸ Robert P. Reeder, navedeno delo, 441.

da ta obaveza, koju kreira taj novi propis, se nalazi samo u tom propisu, ili da ta obaveza ide unazad u odnosu na događaj od čijeg postojanja i njegovo postojanje zavisi. ***Tim novim zakonom daje se pravni značaj nekoj stvari, radnji, aktivnosti ili sposobnosti koja ranije nije postojala ili nije bila potrebna za sticanje nekog prava ili realizovanje neke obaveze, niti se moglo opravdano očekivati da će imati odgovarajući značaj u nekom budućem periodu.***

U američkoj pravnoj teoriji, najčešće je citirana sledeća definicija sudije Storija²⁹: ***svaki propis koji oduzima ili povređuje prava stečena pod režimom postojećih propisa ili stvara novu obavezu, ili dodaje novu sposobnost za ispunjenje nekih obaveza ili transakcija koje su već učinjene, ima se smatrati retroaktivnim.*** Sličnu definiciju nalazimo i u presudi *Pittsley v. State fund*, da je ***retroaktivni zakon onaj koji ukida prava stečena pod postojećim zakonima ili stvara novu obavezu, ili ustanovljava nesposobnost za sticanje već stečenih prava ili obavljenih transakcija.***

No i ovde nailazimo na oprečna mišljenja, kao što je ono istaknuto 1822. godine, da je veoma moguće da neki retroaktivni zakon svojim postojanjem i dejstvom uopšte ne utiče na stečena prava, tj ne povređuje ih niti ukida. U tom slučaju ni ta retroaktivnost nije-loša pravna ni društvena pojava.

Sa druge strane, retroaktivnost i njenu suštinu možemo posmatrati i kao izazov ne samo upućen zakonodavcu i državi, već i –samoj logici. Ako bi ipak ustanovili pravilo koje traži da osoba oblikuje na novi način svoje prošlo ponašanje to bi značilo regulisanje paradoksa i apsurdnosti, da se garantuje nešto što je nemoguće i da je jedino izvesno u celom pravnom sistemu-neizvesnost istog. U tom smislu, neprihvatljivo je mišljenje da je bolje imati retroaktivni zakon, nego nemati nikakav zakon, jer iako je veoma moguće da se takvim zakonom nikome neće načiniti šteta, ulazimo u domen oborivih pretpostavki i sa istom verovatnoćom se može utvrditi i suprotno, tj činjenje veće štete nego koristi postojanjem takvog propisa.

Sledeće pitanje koje su američke sudije opravdano postavile je, šta je to što jedan retroaktivni zakon može da legalizuje a šta ne?Možda oni koji su generalno u saglasnosti sa principom večne pravde su validni ili mogu biti validni a ostali ne?Mnogi pokušaji u preciziranju granica dozvoljenog retroaktivnog zakonodavstva nisu imali puno uspeha. Čak, čini se, da su još više povećali konfuziju u teoriji i praksi. Neki dalje tvrde, da

²⁹*Wilkinson v Leland, 2 Pet 627, 658 1829*);presuda dostupna na <http://supreme.justia.com/us/27/627/case.html>

ako je „defekt“ sudske prirode, ne može se izlečiti, a ako nije, onda je još moguće izvršiti ispravku³⁰.

Šta činiti dalje sa zakonom koji konvalidira ono što je pravno manljivo? Postoje prilično oprečna mišljenja, ali svakako da postoji pravo osobe koja je ranije stekla neko pravo ili interes da isti ostaju sigurni u pogledu svakog akta od strane zakonodavca.

6. Stavovi savremenih pravnika

Do sredine 20 veka, *common law* sistem u SAD je funkcionisao na principu da je pravo- prirodno, a da sudije samo „pronalaze“ pravo. Ali razvoj pravnog realizma i jačanje zakonodavnim putem donetog prava je dovelo do toga da su sudovi prešli na ulogu tumača prava a ne da više „pronalaze“ prirodno pravo³¹. Sudija je do tada davao snagu, ne samo svojoj skali vrednosti, već onoj skali koja mu se otkrila u njegovom čitanju društvenog uma i svesti.³²

Stavovi savremenih pravnika povodom ranije iznetih pitanja su veoma različiti. Od toga da „ne postoji opšta moralna obaveza da se pravo poštuje samo zato što je pravo“³³, već da postoje neki „kontekstualno osnovani razlozi koji obavezuju neke pojedince“, do otvorene kritike i suprotstavljanja³⁴ najčešće i najšire citiranim slučajevima kao što su *Calder v. Bull*, *3 Dall. 386 (1798)*, *Van Horne's Lessee v. Dorance*, *2 U. S. (Dallas) 304 (1795)*, i drugi.

Još u Levijatenu je **Hobs tvrdio da je vizija pravične zajednice ona u kojoj se zločinom ne može proglasiti nešto tek nakon što je počinjeno**. No Nirberški proces protiv nacista nakon Drugog svetskog rata je, nažalost jedan od najboljih primera da ima potpuno opravdanih situacija u kojima se svetost i ovog načela mora narušiti³⁵.

³⁰ Pod *defektom sudske prirode* ovde se podrazumeva oblik i suština ispoljavanja - sudijske volje i mišljenja. Dakle, moguće bi bilo ispraviti problem procesne prirode, ako neki korak tokom donošenja presude nije poštovan, ali je nemoguće ispraviti mišljenje sudije, budući da je upravo to njegovo mišljenje jedinstveni pečat toj presudi i kao takvo je neizmenljivo.

³¹ *A. L. Goodhart, What is the Common Law; The Law Quarterly Review. Vol 76, 1-960, pp 45-56*

³² *Benjamin Cardozo, The Paradoxes of Legal Science, Columbia University Press, 1960, str. 55.*

³³ *Ken Kress, Legal Indeterminacy, California Law Review, vol 77, 1989, str. 283,*

³⁴ *Paul Craig Roberts, How the Law was Lost, Cardozo Law Review, Vol 20, 1999, str. 853*

³⁵ Tokom samog Nirberškog procesa, kao jedan od argumenata za primenu retroaktivnog zakonodavstva, pomenuto je da su ta dela, za koja se nacistima sudi, u to vreme kada su počinjena predstavljala povredu etičkih i univerzalnih načela, iako nisu i

Pravna sigurnost je princip koji treba da nadmaši vreme. No nasuprot tome, stoji sve veća težnja zakonodavca, da pravila i principi koji se ustanovljavaju, postaju sve neodređeniji, jer tako se ostavlja širi prostor za primenu.

Radbruch³⁶ u svom četvrtom minutu posvećenom filozofiji prava kaže da javni interes zajedno sa pravdom, jeste osnovni cilj prava. I da samo pravo poseduje svoju vrednost, a to je da samo sebe obezbedi od nesigurnosti. Ipak, zbog ljudske nesavršenosti, ali i nemogućnosti da se u potpunosti predvide društvene promene, tri glavne vrednosti prava-javni interes, pravna sigurnost i pravda nisu uvek u harmoničnom odnosu i razmišljamo da li je bolje imati važeće loše, štetne i nepravedne zakone, zbog razloga pravne sigurnosti, da ti zakoni kakvi god da su, da postoje. Treba svakako imati u vidu da neki zakoni ponekad mogu biti toliko štetni i toliko nepravedni da i njihovo važenje i njihov pravni karakter im se moraju osporiti.

Savremenu američku pravnu praksu a samim tim i teoriju, karakteriše princip zabrane retroaktivnosti. Ustav SAD izričito zabranjuje donošenje zakona i drugih pravnih akata sa povratnim dejstvom na oba nivoa – federalnom i država članica. Navedeno su prihvatile, i većina država članica u svojim ustavima, posebno u oblasti krivičnog prava. Naime, i pravno i etički je potpuno pogrešno narušiti načelo *nulla poena, nullum crimen sine lege*, iz bilo kojeg razloga(čak i „zadovoljenja pravde“). Međutim, zakonodavac nije u potpunosti isključio mogućnost ustanovljavanja povratnog dejstva, već predviđa da pojedini amandmani, mogu dobiti takvo dejstvo, u izuzetnim situacijama. Retroaktivnost predstavlja opasnost po ljudske, opštedruštvene, političke i druge odnose, pogotovo kada se ne pojavljuje u izuzetnim prilikama. Kao takva utiče na pravne posledice koje su strane u nekom pravnom odnosu već ranije dogovorile i koje nisu uzimane u obzir prilikom zaključivanja nekog ugovora, jer jendostavno nisu ni postojale.

Neke američke države npr. Mičigen, primenjuju u svakom pojedinačnom slučaju tzv. *test retroaktivnosti*³⁷:

zvanično bila zabranjena pozitivnim pravom. Sa druge strane, retroaktivni zakoni se vide kao moćan mehanizam u obračunu sa prošlošću, gde se saradnici prethodnog policijskog ili drugog okupatorskog režima mogu kazniti kako zaslužuju dela koja su počinili. Videti: *Martin P. Golding: Retroactive legislation and restoration of the Rule of Law, Annual - Review of Law and Ethics, Vol 1, 1993.*

³⁶ *Gustav Radbruch: Five Minutes of Legal Philosophy(1945), reprinted in Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 26, No1, 2006, pp. 13-15.*

³⁷ *Više o tome: Timothy A. Baughman: „Justice Moody’s Lament Unanswered: Michigan’s Unprincipled Retroactivity Jurisprudence“, preuzeto sa sajta: <http://www.michbar.org/journal/article>*

a) Razmatra se svrha novog zakona, kao i koliki je stepen izmene u odnosu na stari propis.

b) Moguće je korišćenje starog zakona, ako je stepen pormena toliki da je stari zakon povoljniji za stranku u postupku. Navedeno se smatra veoma bitnim pri rešavanju dileme koji zakon-novi ili stari-treba primeniti na slučajeve koji su već otvoreni, tj. koji su u toku. Na ovaj način se štite, kao u nemačkoj pravnoj teoriji, pravna očekivanja, ali se i sud oslobađa odgovornosti za praktične posledice koje mogu proizvesti novi precedenti, tj. odluke koje iz korena menjaju poznati sadržaj prava.

v) Razmatraju se efekti retroaktivne primene novog zakona, prvenstveno merenje stepena korisnosti i pravednosti primene jednog ili drugog rešenja.

Ovakav „test“ nema neku posebnu vrednost, već predstavlja opravdanje u konkretnom slučaju zašto je donet ili primenjen retroaktivni zakon, kao i u suprotnoj situaciji. *Test retroaktivnosti* je generalno zabranjen opštom federalnom normom, ali ga pored Mičigena primenjuju i neke druge države. Kuriozitet vezan za ovu državu je i postojanje tzv. *principijelna retroaktivna jurisprudencija*, koja je nastala iz prakse sudova različitih instanci, prilikom interpretiranja federalnih i statuta svoje države.

Američka pravna teorija se izdvaja razlikovanjem dva stepena retroaktivnosti:

1. *strongly retroactive laws* – važeći i pre nego što su formalno stupili na snagu. Zahvataju kako posledice dela koje su se desile u prošlosti, tako i neposredne fakte iz kojih je navedena posledica proistekla.

2. *weakly retroactive laws*/ menjaju pravne posledice dela koji su se desili u prošlosti. Iako ih teoretičari smatraju retroaktivnošću manjeg intenziteta, ovo je zapravo klasičan primer povrede stečenih prava, koja su ranije ostvarena prema tada važećim zakonima.

7. Retroaktivna primena sudskih presuda-istorijat i primena

Zabrana retroaktivnosti je počela donošenjem američke Deklaracije o nezavisnosti 1776. godine, gde je u čl. 3 naveden princip *nulla poena sine lege*. I Džeferson je bio protiv takvih zakona uopšteno, ali ostale federalne države, kao i sam ustav su imali izričitu zabranu samo protiv krivične retroaktivnosti. Iako je Medison postavio ovo pitanje tokom brojnih konstitucionalnih debata, tek je naknadna konsultacija Blekstouna naglasila da njegova lična defincija retroaktivnosti, na koju su se „Očevi osnivači“³⁸ i pozivali pri sastavljanju ustavnih tekstova, podrazumeva samo

³⁸ *Founding Fathers*-politički lideri koji su učestvovali u stvaranju američke države i nacije, počev od potpisivanja Deklaracije nezavisnosti 1776. godine do donošenja Us-

krivične zakone. To su decidirano potvrdili i sudije Čejs i Paterson u slučaju *Calder v. Bull*³⁹

Retroaktivna primena sudskih presuda i pored brojnih prepreka je ostala kao norma. Problem često nastaje kada sud razmatra primenu nekog pravila koje izgleda kao novo u nekom smislu⁴⁰. Problem je zapravo u poverenju, jer jedna ili obe stranke su se oslanjale na staro pravo i ispada nekorektno primeniti novo pravo prema njima. Prepoznajući sve ovo kao problem, ***sudovi su počeli da razmišljaju da li i koliko ekstenzivno ta nova pravila treba da se primenjuju i da li treba da se primene na buduće slučajeve, tj. na sve događaje koji su se desili posle dana ustanovljavanja precedenta ili samo na takve buduće slučajeve i stranke koji su precedent u tom slučaju.***

Ovaj eksperiment sa prospektivnošću je dostigao svoj vrhunac 60-ih i 70-ih godina 20. veka, kad je Vrhovni sud SAD primenio različite forme prospektivnosti u izvesnim krivičnim i građanskim slučajevima, i to sa velikim uspehom. Sud se naime prihvatio čvrstog pravila retroaktivne primene u krivičnim stvarima na direktnoj osnovi, isto tako je postupio i u civilnoj sferi. Ipak, kontroverzna jurisprudencija novog prava je daleko od toga da je potpuno uređena. Vrhovni sud još uvek nije definitivno rešio cilj primene retroaktivnosti u građanskim slučajevima na direktnoj bazi.

U slučaju *US v. Schooner Peggy*, zabeležen je sledeći stav predsednika suda Maršala: „ako pre donošenja presude apelacionog suda pravo⁴¹ interveniše u nekoj oblasti i pozitivno promeni pravilo koje nešto reguliše, pravo se onda svakako mora poštovati, ili se njegova obaveznost poriče. Sud mora da odluči shodno postojećem pravu i da ako je nužno ostavi po strani presudu, no u slučaju povrede bilo kog prava takva se presuda mora poništiti“. Tako je u slučaju *Vandenbark v. Owens-Illinois Glass Co*, koji se rešavao 140 god posle ovog, sud ponovo afirmisao stanovište, ***da sudovi svoje odluke treba da prilagode pravu koje je i kad je stupilo na snagu.*** Takođe u isto često citiranom slučaju *Cooper v. Watson*, Vrhovni sud Minesote je ***retroaktivnost definisao kao pridavanje takve snage nekom zakonu koji onda oduzima ili povređuje prava stečena pod prethodnim zakonom, stvara novu obavezu ili dužnost ili stvara nemo-***

tava SAD: B. Frenklin, DŽ. Vašington, DŽ. Adams, T. Džeferson, DŽ. Džej, DŽ. Medison i Aleksandar Hamilton.

³⁹ *Greg Bailey, From Revolution to Reconstruction - a Biography of William Blackstone (1723-1780), London, 1960., pg 27.*

⁴⁰ *Bradley Scott Shannon, The retroactive and Prospective Application of Judicial Decisions, Harvard Journal of Law and Public Policy, vol 26, 2003, pg 213.*

⁴¹ U ovom smislu-zakonodavni organ.

gućim situaciju da se ranije preuzete obaveze izvrše, U ovom slučaju se dalje spominje i da je *retroaktivan onaj zakon „koji je uperen da utiče na postojeće transakcije ili postojeća prava, i to pre nego što je zakon stupio na snagu i da im pridaje efekte koji inače nisu svojstveni njihovoj prirodi, gledano sa aspekta zakona za vreme čijeg važenja su se desili*. U ovoj presudi su čak navedeni i tipični retroaktivni zakoni, tj „oni koji utiču na proceduralna prava u smislu da produžavaju ili skraćuju period za preduzimanje nekih radnji u postupku, kao i onaj zakon koji se primenjuje na posledice radnji koje su nastale pre nego što je novi zakon stupio na snagu“. No nisu ni svi zakoni koji utiču na situacije nastale pre njihovog stupanja na snagu nužno retroaktivni, već je potrebno da je ispunjen uslov da takav zakon mora da utiče na pravo ili obavezu koji su stečeni pre stupanja na snagu novog zakona.⁴²

Interesantno je napomenuti da je Vrhovni Sud SAD u jednom slučaju bio spreman da primeni retroaktivni precedent ako budu ispunjeni sledeći uslovi:

1. da se odlukom, koja će se retroaktivno primeniti, ustanovljava novo pravilo, da li tako što će nadvladati tj poništiti prethodni precedent na koji su se stranke u sporu mogle osloniti ili odlučivanjem na osnovu *prvog utiska* čije rešenje nije još jasno predviđeno nekim drugim pravilom.

2. razlozi „za“ i „protiv“ uvođenja retroaktivnosti trebaju se odmeriti u svakom slučaju, kao i nejednakost koju stvara retroaktivna primena.

Navedena teorijska i praktička utemeljenja ukazuju na veoma razvijenu svest o potrebi brižljivog i opreznog korišćenja retroaktivnosti, upravo zbog povećane bojazni povređivanja ili ugrožavanja stečenih prava. Neki autori smatraju da sva stečena prava, budući da i formalno i sadržinski potiču od strane države, nisu jedno i zauvek stečena, tj. da čovek nema prethodno pravo na ta i takva prava, jer država je ta koja slobodno određuje uslove pod kojima se prava stiču ili gube.⁴³ Premda, shodno načelu pravne sigurnosti, nije dozvoljeno, moralno prihvatljivo i legitimno poništavati već ranije stečena prava. Američka pravna teorija je, kako je već navedeno, čvrsto stala na stanovište očuvanja ovakvih stečenih prava, bez obzira na mogućnost legalnog i legitimnog ukidanja ovih prava.

⁴² Tako je u slučaju *Halper v. Halper* sud odlučio da nije retroaktivno primeniti novi pravilnik o izdržavanju deteta u slučaju kad je brak roditelja okončan pre stupanja na snagu tog pravilnika, jer pravo da se dobije sudska odluka o izdržavanju deteta nije bilo moguće pre donošenja odluke o razvodu braka. *Deborah K. McKnight; Legal Analysis, Minnesota House of Representatives, Research Department Revised, June 2005. str. 2.*

⁴³ Vojin Dimitrijević, Milan Paunović, Vladimir Đerić: „O ljudskim pravima“, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 1997, str. 12-15.

8. Zaključne napomene

Anglosaksonski pravni sistem i u pogledu primene principa zaštite stečenih prava, načela moguće retroaktivnosti zakona, kao i u pogledu međusobnog odnosa oba, ima specifičan stav. Blizu potpuno jasnog i nedvosmislenog stava, koji bi trebao da bude prisutan u svim vremenima razvoja prava, prava država u okviru anglosaksonskog pravnog sistema su deduktivnim putem izvodila i sve ostale principe iz pojedinačnih slučajeva. Sudijska kreacija prava i često „lutanje“ između prirodnopravnog i pozitivnopravnog pristupa i zakonodavca i samih sudija je sporadično ovu materiju dovodilo ili na margine razmatranja ili u epicentar dešavanja. No, vezivanje principa zaštite stečenih prava za imovinu, tj. svojinu je ipak češće izvodilo princip stečenih prava na „svetlo dana“.

Američka, i uz nju, engleska pravna teorija su razvile najveći broj mehanizama zaštite stečenih prava. Veoma retke povrede stečenih prava od strane retroaktivnosti su, sa druge strane, bile dovoljne da „uzdrmajū“ jedan od osnovnih temelja vladavine prava, a to je pravna sigurnost. Apolutna pravna sigurnost, pod koju ovde možemo supsumirati i princip zaštite stečenih prava i(ne)retroaktivnosti, kako tvrde naučnici i praktičari anglosaksonske provenijencije, je moguća, ali teško izvodljiva. No, retko samostalno i decidno izjašnjavanje upravo o zaštiti stečenih prava i zabrani retroaktivnosti, i češće spominjanje istih u okviru vladavine prava čine anglosaksonsku pravnu teoriju, naravno, samu američku pravnu teoriju i praksu, interesantnom za dalja teorijska proučavanja.

*Dragana Ćorić, LL. M. Assistant
Faculty of Law Novi Sad*

American Legal Theory about Acquired Rights

Abstract

American legal theory has its strength, inspiration and foundation from-the legal practice. System of legal precedents and judges which function more as creators, legislators, are two very reasons why the position of principle of protection of earlier acquired rights is rather different than in european-continetal group of laws.

In this article one can find genesis of principle of protection of acquired rights, from the beginning of 19th century up to now.

Key words: american legal theory, acquired rights, doctrine