INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO
INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW

ISSN 0039 2138 UDK 34

STRANI PRAVNI ŽIVOT

3/2014
Beograd, 2014.

Redakcija
Editorial board

Prof. dr Miodrag Orlić
redovni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu u penziji

Prof. dr Olga Cvejić-Jančić
redovni profesor Pravnog fakulteta u Novom Sadu u penziji

Prof. dr Spiridon Vrelis
redovni profesor Pravnog fakulteta u Atini i direktor Helenskog instituta za međunarodno i strano pravo u Atini

Prof. dr Mikele Papa
redovni profesor Pravnog fakulteta u Firenci i Prorektor Univerziteta u Firenci

Prof. dr. dr Wolfgang Rohrbach
redovni profesor Univerziteta u Beču

Prof. dr Vid Jakulin
redovni profesor Pravnog fakulteta u Ljubljani

Dr Stefanos Kareklas
advokat iz Soluna

Prof. dr Alesandro Simoni
redovni profesor Pravnog fakulteta u Firenci

Prof. dr Đorđe Ignjatović
redovni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu

Prof. dr Đorđe Đorđević
redovni profesor Kriminalističko-policijske Akademije u Beogradu

Prof.dr Dušan Vranjanac
vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu

Prof. dr Dejan Đurđević
vanredni profesor Pravnog fakulteta u Beogradu

Ratomir Slijepčević
sekretar Komisije za izradu Građanskog zakonika Republike Srbije

Doc. dr Goran Dajović
docent Pravnog fakulteta u Beogradu

Dr Branislava Knežić
naučni savetnik u Institutu za kriminološka i sociološka istraživanja

Dr Ana Knežević Bojović
naučni saradnik, NALED

Dr Jovan Ćirić
naučni savetnik u Institutu za uporedno pravo

Prof.dr Nataša Mrvić Petrović
naučni savetnik u Institutu za uporedno pravo

Prof. dr Vladimir Čolović
naučni savetnik u Institutu za uporedno pravo

Dr Aleksandra Rabrenović
naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo

Dr Jelena Ćeranić
naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo

Dr Katarina Jovičić
naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo

Prof. dr Vladimir Đurić
naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo

GLAVNI I ODGOVORNI UREDNIK
Editor in chief
Prof.dr Vladimir Čolović

ZAMENIK GLAVNOG I ODGOVORNOG UREDNIKA
Deputy of Editor in Chief
Prof. dr Nataša Mrvić Petrović

SEKRETARI REDAKCIJE
Secretaries of editorial board
Mr Jelena Vukadinović
Mr Milica Matijević

TEHNIČKI UREDNIK
Technical Editor
Miloš Stanić

IZDAVAČ
Publisher

INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO
Institute of Comparative Law

Beograd, Terazije 41
e-mail:institut@icl.org.rs, www.comparativelaw.info
tel. (011) 32 33 213

Štampa : **GORAGRAF**

Tiraž : 300 primeraka

SADRŽAJ

SKUP „GLOBALNO UPRAVLJANJE SVETOM“

Jovan Babić
JEDAN SVET, I MI U NJEMU
- PRILOG KRITICI GLOBALIZACIJE 13

Миша Ђурковић
ОД СВЕТСКЕ ВЛАДЕ КА ГЛОБАЛНОМ УПРАВЉАЊУ.....31

Драган М. Митровић
ЊИХОВО ГЛОБАЛНО УПРАВЉАЊЕ СВЕТОМ 53

Aleksandar Fatić
VREDNOSNI NARATIV U MORALNOM
OPRAVDANJU MEĐUNARODNE INTERVENCIJE 65

Jovan Ćirić
„MEKA MOĆ“ I GLOBALNO UPRAVLJANJE SVETOM 89

Мирољуб Јевтић
МОЛИТИВЕНИ ДОРУЧАК КАО
ВЕРСКО-ПОЛИТИЧКА ЧИЊЕНИЦА 109

ČLANCI:

Nataša Mrvić Petrović
SUPLETORNI ZATVOR U
EVROPSKIM ZAKONODAVSTVIMA 127

Jelena Ćeranić
ŠVAJCARSKI REFERENDUM O OGRANIČENJU
MIGRACIJA IZ EU: POSLEDICE NA ODNOSE
IZMEĐU ŠVAJCARSKE I EU 141

Велимир Живковић
ДЕЛИБЕРАТИВНА ДЕМОКРАТИЈА И УНАПРЕЂЕЊЕ ЛЕГИТИМИТЕТА МЕЂУНАРОДНОГ ИНВЕСТИЦИОНОГ ПРАВА 157

Милица В. Матијевић
СУДСКИ ПОСТУПЦИ ПО ТУЖБАМА ЗА НАКНАДУ ШТЕТЕ НАСТАЛЕ УСЛЕД МАСОВНОГ УНИШТАВАЊА СТАМБЕНЕ ИМОВИНЕ НАКОН ПРЕСТАНКА ОРУЖАНИХ СУКОБА НА КОСОВУ И МЕТОХИЈИ 185

Весна Ђорић
ПИТАЊЕ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ПОВРЕДЕ ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ О ЉУДСКИМ ПРАВИМА КОЈЕ СУ ПОСЛЕДИЦА АКТИВНОСТИ МИСИЈА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ 207

Vesna Klajn Tatić
PROFESIONALNA TAJNA ZDRAVSTVENIH RADNIKA I RAZLOZI ZA NJENO OTKRIVANJE 225

Miroslav Đorđević
STRUKTURA I POSEBNE VRSTE - *LOCATIO CONDUCTIO OPERIS FACIENDI* 245

Andrea Radonjanin
ZAŠTITA FOLKLORA: RADOVI U TOKU 267

Ана Човић
УСВОЈЕЊЕ У НЕМАЧКОМ И АУСТРИЈСКОМ ПРАВУ 285

Драгица Попеску
ДЕФАМАЦИЈА У ПРАВУ ЕНГЛЕСКЕ И САД 307

Igor Kaučič
IZBOR SUDIJA USTAVNIH SUDOVA U SLOVENIJI I KOMPARATIVNO 323

Милош Станић
ОДЛУЧИВАЊЕ О УСТАВНИМ ИЗМЕНАМА НА ПРИМЕРУ НЕКИХ САВРЕМЕНИХ ФЕДЕРАЛНИХ ДРЖАВА 345

Иван Тодоровић
КЛАСЕ У ПЛАНУ РЕОРГАНИЗАЦИЈЕ 359

Vladimir Kozar, Vesna Bilbija
ZAŠTITA PRAVA U POSTUPCIMA JAVNIH NABAVKI U REPUBLICI SRBIJI I ZEMLJAMA U REGIONU 377

Вељко Милутиновић
ЗНАЧЕЊЕ И ЗНАЧАЈ КРИТЕРИЈУМА УТИЦАЈА НА ТРГОВИНУ ИЗМЕЂУ ДРЖАВА ЧЛАНИЦА У ПРАВУ КОНКУРЕНЦИЈЕ ЕУ И ДРЖАВА ЧЛАНИЦА 395

Nevenko Vranješ, Đorđije Desančić
USTAVNI MODELI UČEŠĆA FEDERALNIH JEDINICA U CENTRALNOJ VLASTI 409

TABLE OF CONTENTS:

CONFERENCE "GLOBAL GOVERNANCE OF THE WORLD"

Jovan Babić
ONE WORLD AND WE IN IT
- THE CONTRIBUTION TO THE CRITIC
OF THE GLOBALIZATION 13

Miša Đurković
FROM THE WORLD GOVERNMENT
TO GLOBAL GOVERNANCE 31

Dragan Mitrović
THEIR GLOBAL GOVERNANCE 53

Aleksandar Fatić
VALUE NARRATIVE IN A MORAL JUSTIFICATION
OF INTERNATIONAL INTERVENTION 65

Jovan Ćirić
SOFT POWER AND THE GLOBAL RULLING
OF THE WORLD 89

Miroljub Jevtić
THE PRAYER BREAKFAST AS RELIGIOUS
-POLITICAl FACT 109

ARTICLES:

Nataša Mrvić Petrović
IMPRISONMENT FOR UNPAID FINES IN
EUROPEAN LEGISLATIONS 127

Jelena Ćeranić
SWITZERLAND' S REFERENDUM ON CAPPING EU IMMIGRATION: CONSEQUENCES ON RELATIONS BETWEEN SWITZERLAND AND EU 141

Velimir Živković
DELIBERATIVE DEMOCRACY AND ENHANCEMENT OF LEGITIMACY OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 157

Milica V. Matijević
THE JUDICIAL PROCEEDINGS IN COMPENSATION CLAIMS ARISING FROM THE WIDESPREAD DESTRUCTION OF RESIDENTIAL PROPERTY IN THE AFTERMATH OF THE KOSOVO* CONFLICT 185

Vesna Ćorić
THE ACCOUNTABILITY FOR THE VIOLATIONS OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS COMIMITED IN THE CONTEXT OF THE EUROPEAN UNION MISSIONS 207

Vesna Klajn Tatić
PROFESSIONAL SECRET OF HEALTH CARE PROFESSIONALS AND REASONS FOR DISCLOSURE 225

Miroslav Đorđević
STRUCTURE AND SPECIAL TYPES OF *LOCATIO CONDUCTIO OPERIS FACIENDI* 245

Andrea Radonjanin
PROTECTION OF FOLKLORE: A WORK IN PROGRESS 267

Ana Čović
GERMAN AND AUSTRIAN ADOPTION LAW 285

Dragica Popesku
DEFAMATION IN ANGLO-AMERICAN LAW 307

Igor Kaučič
ELECTION OF JUDGES OF CONSTITUTIONAL COURTS IN SLOVENIA AND COMPARATIVELY 323

Miloš Stanić
DECIDING ON FEDERAL CONSTITUTION AMENDMENDS IN EXAMPLES OF SOME MODERN FEDERAL STATES 345

Ivan Todorović
GROUPS IN REORGANIZATION PLAN 359

Vladimir Kozar, Vesna Bilbija
THE PROTECTION OF RIGHTS IN THE PROCESSES OF PUBLIC PROCUREMENT IN THE REPUBLIC OF SERBIA AND THE COUNTRIES OF THE REGION 377

Veljko Milutinović
MEANING AND SIGNIFICANCE OF CRITERIA OF EFFECT TO THE TRADE BETWEEN MEMBER STATES IN EU COMPETITION LAW AND MEMBER STATES 395

Nevenko Vranješ, Đorđije Desančić
CONSTITUTIONAL MODELS PARTICIPATION OF FEDERAL UNITS IN THE CENTRAL GOVERNMENT 409

U PROSTORIJAMA INSTITUTA ZA UPOREDNO PRAVO U BEOGRADU ODRŽAN JE 26.FEBRUARA 2014. GODINE SKUP „GLOBALNO UPRAVLJANJE SVETOM“. KNJIGA SA ISTIM NASLOVOM OBJAVLJENA JE 2012.GODINE. U OVOM BROJU OBJAVLJUJEMO ČLANKE ŠESTORICE AUTORA.

Prof. dr Jovan Babić[1]

Originalni naučni rad

UDK: 327:316.32

JEDAN SVET, I MI U NJEMU[2] - PRILOG KRITICI GLOBALIZACIJE

Apstrakt

Aspiracija za jedinstvenim upravljanjem svetom je stara koliko i svet. Ona proizlazi iz naše percepcije sveta kao jednog, bez obzira na sve razlike koje se u njemu takođe vide. Nekako izgleda da je svet, uprkos svim razlikama, ipak jedan, ili bar da je to jedan i isti kontekst u kome su smeštene sve one razlike koje se nalaze u svetu. U naše vreme ova percepcija je pojačana utiskom o sve većoj međuzavisnosti delova sveta, kao i osećajem da su razlike, ma koliko bile velike, sve manje važne u odnosu na ono što je isto ili bar slično u različitim delovima sveta. Ovaj osećaj jedinstva je još više pojačan percepcijom potrebe, ili nužde, da se o važnim stvarima u svetu odlučuje i upravlja na jedinstven način, bez kolizija koje bi proces odlučivanja učinile neefikasnim ili nemogućim.

Ključne reči: globalizacija, jedinstveno upravljanje svetom, razlike, međuzavisnost delova sveta, proces odlučivanja.

1. Uvod

U knjizi „*Globalno upravljanje svetom*“, koju su 2012. objavili Pravni fakultet Beogradskog univerziteta i izdavačka kuća Dosije studio, razmatra se pitanje jedinstvenog upravljanja svetom; ta tema je stara koliko i svet, ali u naše vreme ona dobija novi zamah. Taj zamah dolazi delimično iz istih starih motiva – uverenja da je svet jedan, bez obzira na sve razlike koje se u njemu mogu videti – ali, čini se, još više

[1] Redovni professor Filozofskog fakulteta Univerziteta u Beogradu, mail: jbabic@sezampro.rs

[2] Autorizovano izlaganje sa skupa povodom objavljivanja knjige *Globalno upravljanje svetom* koji je održan u Institutu za uporedno pravo 26. februara 2014. godine. Zahvaljujem se Jovanu Ćiriću na inicijativi da se taj skup održi, kao i svim učesnicima na skupu na inspirativnim izlaganjima od kojih su samo neki skupljeni ovde.

iz osećaja da je sadašnji svet došao u fazu posebno velike međuzavisnosti njegovih delova, takve međuzavisnosti koja povlači potrebu ili čak nuždu za jedinstvenim upravljanjem u najvažnijim stvarima zajedničkog života ljudi. Među tim stvarima posebno se ističu dve: sigurnost, koja enormnim razvojem tehnologije postaje sve fragilnija, i ekološka pitanja, koja u prošlosti možda nisu bila toliko važna samo zato što još nije bio dostignut onaj prag ugroženosti koji je dostignut, ili skoro dostignut, sada. Dakle, za pitanja kojima se bavi ova knjiga se ne može reći da su samo apstraktna teorijska pitanja bez praktične relevancije, naprotiv, radi se o pitanjima za koja izgleda da traže hitne i precizne delatne odgovore. Ipak, knjiga se tim pitanjima bavi prevashodno filozofski, istražujući njihovu pojmovnu osnovu i mogućnost plauzibilnih i relevantnih teorijskih odgovora na pitanja koja su u suštini praktička pitanja. Važnost tih pitanja je bila u osnovi odluke da se 9-ta konferencija *ILECS (International Law and Ethics Conference Series)*[3], 2008-me godine, posveti pitanju svetske uprave. Iz te međunarodne konferencije nastalo je više publikacija, od kojih je ova knjiga zadnja u nizu. Knjiga je prvo objavljena u Engleskoj 2010. godine, da bi uskoro, 2012., bila prevedena na srpski. Englesko izdanje je 2013-te doživelo i svoj *paperback* oblik. U tom kontekstu čini se primereno navesti nekoliko podataka koji su potencijalno važni ili bar zanimljivi, o njenom nastanku i o tome kako se došlo do njenog srpskog izdanja.

Ukratko, neposredno pred konferenciju 2008. godine dobio sam elektronsku poruku od Karol Kulikurdi (Carol Koulikourdi), urednice engleske izdavačke kuće *Cambridge Academic Publishing,* koja je čula za predstojeću konferenciju. Ta poruka je sadržavala pitanje da li bih mogao da napravim jednu antologiju tekstova na temu kojom će se konferencija baviti. Nakon kratkog kolebanja pitao sam Petra Bojanića (koji mi je pomogao oko organizovanja same konferencije) da li bi mi pomogao

[3] *ILECS (International Law and Ethics Conference Series)* je projekat koji smo 1997-me godine pokrenuli Saša Jokić i ja. Radi se o nizu konferencija o onome što ukratko može da se nazove *međunarodna etika;* u početku su konferencije išle jednom godišnje u dva dela, prvi deo u junu u Beogradu a onda nastavak u jesen negde u Americi. Od 2004. godine konferencije se organizuju svake druge godine, krajem juna u Beogradu, a od 2008. godine projekat vodimo Petar Bojanić i ja. Na konferencijama koje su organizovane u okviru ovog projekta obrađene su mnoge teme (o ratu, kolektivnom identitetu i kolektivnoj odgovornosti, tranzicionoj pravdi, vojnim intervencijama, ljudskim pravima i globalizaciji, toleranciji, suverenitetu i manjinskim pravima, terorizmu, svetskoj vlasti, asimetričnom ratovanju, pacifizmu) i mnogi od najuglednijih svetstkih filozofa i pravnika su na njima učestvovali (Burleigh Wilkins, Georg Meggle, Svetozar Stojanović, Alfred Rubin, Richard Falk, Anthony Ellis, Margaret Gilbert, Angelo Corlett, Thomas Pogge, Allen Buchanan, Larry May, Ingeborg Maus, Paul Guyer, Pauline Kleingeld, Jan Narveson, Michael Walzer, Nancy Sherman, David Rodin, i mnogi drugi). Iz projekta je proizašlo više knjiga i tekstova po časopisima u svetu, a sve konferencije je redovno pratio *Filozofski godišnjak* (v. sledeću fusnotu).

i, dobivši pozitivan odgovor, prihvatio sam taj poziv i tako smo ušli u proizvodnju knjige čiji prevod je predmet diskusije na ovom skupu. Pre toga smo imali dve druge publikacije koje su potekle sa ove konferencije. Prvo je, u skladu sa uobičajenom praksom da se rezultati junskih ILECS konferencija, nakon autorizovanja, krajem godine objavljuju u *Filozofskom godišnjaku,*[4] krajem 2008. godine, na engleskom jeziku, objavljen *supplement* uz *Filozofski godišnjak 21,* da bi sledeće, 2009., u novopokrenutoj ediciji Službenog glasnika *ILECS,* na srpskom jeziku bila objavljena knjiga *Svetska vlast*[5]. I dok je *supplement,* na engleskom jeziku, sadržao sva izlaganja sa konferencije (16) u knjigu je dodano još deset priloga stranih autora koji su prevedeni na srpski.

Knjiga *World Governance: Do We Need It, Is It Possible, What Could It (All) Mean?,* međutim, ima drugačiju strukturu. Od tekstova iz *Godišnjakovog supplementa* uzeta su samo četiri teksta, a zatim je dodato još 16 tekstova za koje mislimo da predstavljaju neke od najznačajnijih priloga savremene svetske produkcije o ovom pitanju. Zato se može reći da ta knjiga predstavlja jedan mogući presek svetske produkcije tekstova o svetskoj vlasti.[6]

Knjiga je izašla u avgustu 2010. godine. U jesen sledeće, 2011. godine, Miša Đurković organizuje u Institutu za evropske studije jednodnevni skup posvećen toj knjizi na kojoj pored dvojice autora (Aleksandra Pavkovića i mene) govori još nekoliko ljudi. Na tom skupu prof. Dragan Mitrović, sa Pravnog fakulteta, iznosi predlog da se knjiga prevede na srpski, i on onda organizuje da je objave Pravni fakultet (u svojoj biblioteci „Svetska pravna baština“) i izdavačka kuća Dosije studio, 2012. godine. Dakle, veliki broj ljudi, od kojih većina ovde nije pomenuta, je zaslužno da se knjiga koja je povod našeg okupljanja u Institutu za uporedno pravo 26.

[4] *Filozofski godišnjak* redovno prati ILECS skoro od samog početka, objavljujući sve radove nastale na osnovu konferencijskih izlaganja kao temat ili kao posebnu svesku. U ovom slučaju tekstovi nastali od izlaganja sa konferencije su objavljeni u *supplementu* koji je išao uz *Filozofski godišnjak 21,* 2008. Za ovu dugogodišnju praksu posebno treba zahvaliti Živanu Lazoviću, uredniku *Godišnjaka,* koji je tako postao deo projekta ILECS, jednog od najdužih projekata te vrste kod nas.

[5] V. Jovan Babić i Petar Bojanić, *Svetska vlast,* edicija ILECS, Službeni glasnik, Beograd 2009. (Edicija ILECS je pokrenuta na tragu projekta ILECS).

[6] Tekst koji nedostaje (a koji se inače pominje u više tekstova u knjizi) je tekst Alexandera Wendta, „Why a World State is Inevitable“, *European Journal of International Relations* 9(4). U Wendtovom tekstu se iznosi teza o nužnosti i nepovratnosti procesa proizvodnje svetske države; taj proces je dobio takvo ubrzanje da ga više ništa ne može sprečiti tako da će, po Wendtu, svetska država postati stvarnost u skoroj budućnosti od nekoliko decenija (ali čak i ako to bude išlo sporije to će se desiti pre isteka ovog veka). Taj tekst nije uključen u knjigu iz dva razloga – jedan je dužina tog teksta koja bi narušila zacrtanu dužinu knjige, a drugi je bio zahtev za ogromnim iznosom za pravo na preštampavanje.

februara 2014. prvo objavi na engleskom i onda prevede na srpski. Njena tema i njen sadržaj su povod da mi danas diskutujemo sa političkim patosom i osećajem relevancije o pitanjima čija važnost nadilazi prostu intelektualnu radoznalost i diskusiju podiže na nivo upitnosti o stanju sveta i neposrednom pravcu njegovog kretanja u ovom trenutku.

2. Jedinstvo i jednakost

Vlast funkcioniše kao kontrola, a svetska vlast kao svetska kontrola. Kontrola sveta, i to celog a ne njegovog najvećeg dela, oduvek je bila predmet direktnog ljudskog interesa, političkog i, još više, religijskog. U stvari, te dve strane ove totalne kontrole, politička i religijska, su zapravo oduvek bile povezane; to je tako zato što je religija naša najdublja politika. Pretpostavka o jedinstvu sveta je u suštini predmet jake želje da se svet vidi kao mesto smisla i vrednosti, a to podrazumeva da vrednosti nisu proizvoljne i da se ne zasnivaju samo u tome da je nama do nečega stalo nego i da u svemu postoji neki dublji, stabilan i trajan smisao. Bez pretpostavke o jedinstvu sveta ni objašnjenja nemaju svoju definitivnost i konačnost koja je deo njihove suštine. Konačni smisao zahteva univerzalnost kao zalogu apsolutnosti vrednosti, vrednosti koje nisu relativne. Univerzalnost je povezana sa večnošću, i obezbeđuje od propadanja. Zato je pretpostavka da je svet jedan nešto do čega nam je nužno stalo, i nije nimalo iznenađujuće da se ta zainteresovanost prenosi i na politički plan, u želji za globalnom regulacijom svetskih poslova.

Politički „problem“ jedinstva sveta rešavan je na različite načine. Jedan od načina da se on reši jeste da se samo naš deo sveta smatra stvarno vrednim a „ostatak sveta“ tretira kao nešto nevažno, nešto što ne postoji u punom smislu političkog postojanja. Puno političko postojanje imamo ako su zadovoljena dva uslova - da o svojim stvaima odlučujemo samostalno, suvereno (a ne da, ropski, moramo druge da pitamo šta mi „hoćemo“), i da ova činjenica bude priznata od drugih, da i drugi ovu samostalnost priznaju i poštuju. Ali ako se ostatak sveta tretira kao varvarski a mi sebe uzimamo kao „izuzetne“ i/li „izabrane“ onda se drugima poriče da su stvarno ono što nas čini vrednim postojanja, pre svega im se poriče pravo na moć da samostalno i konačno odlučuju o sebi i svome. „Varvari“ se ne broje, a njihova teritorija je predmet naše legitimne pretenzije na osvajanje, i onda je na nama da „proširujemo svet“ na njihove teritorije, praktično bez drugih ograničenja osim kapaciteta volje i mogućnosti da se to i ostvari. Druga mogućnost je bila da se ovo negiranje političkog

postojanja (i ljudske vrednosti) zamrzne u prezir ostatka sveta, koji se onda vidi kao nedostojana i nevredan stvarnog osvajanja (bilo simboličkog bilo stvarnog). Tako su taj problem rešavali stari Grci, koji su zaista ostatak sveta tretirali kao „varvare“, koje su smatrali sasvim pogodnim samo za to da im budu robovi (kada ih zarobe, umesto da ih ubiju).

Ali ni Grci nisu uvek uspevali da izbegnu probleme sa hegemonijom sadržanom u pojmu jedinstva sveta, što se vidi u dva velika pokušaja da savladaju želju za partikularnom suverenošću (koja se ispoljavala u njihovoj ljubavi prema slobodi svojih malih gradova-država) i uvedu jedinstvenu državu u „celom svetu“ (tj. njihovom „celom“ - civilizovanom - svetu, pošto se varvarski deo sveta zapravo ne računa). Ta dva, oba neuspela, pokušaja su Agamemnonov kolektivni grčki napad na nezavisnu Troju (ali, uprkos uspeha ove vojne intervencije, hegemonija nije uspela da se uspostavi) i atinski pokušaj imperijalnog ujedinjenja nezavisnih grčkih država-polisa u jedinstven politički savez sa jednom vrhovnom vlašću koja bi kontrolisala ceo grčki svet.[7] Međutim, snage heterogenosti su u oba slučaja prevladale[8], dajući prednost državnoj slobodi i suverenitetu pred finansijskim preduzetništvom i ekspanzionističkim mišljenjem.[9]

Drugi pojmovi smisla i vrednosti jedinstva sveta su imali drugačiju artikulaciju. Jevrejska ideja o izabranom narodu dopušta postojanje drugih ali samo kao „neizabranih“, jer Bog, onaj nevidljivi ali jedini istinski, voli samo Jevreje (pa se samo njihovo broji, tj. priznaje i postoji). Rimska civilizacija, kao i mnoge druge pre (npr. persijska) i posle nje, uzima celinu sveta pragmatično: kao onaj deo sveta za koji se isplati kontrolisati ga, ostavljajući džepove sveta izvan zainteresovanosti pa onda i izvan kontrole (podrazumevajući da u trenutku kada neki nekontrolisani deo sveta postane predmet zainteresovanosti da će on biti osvojen i stavljen pod kontrolu). Tako se grčka ideja o varvarima transformiše na taj način da se izvan „carstva“ ostavljaju cele regije i mnogi ljude čiji se životi

[7] Ovaj pokušaj je detaljno i precizno opisan u Tukididovoj *Istoriji peloponeskog rata.* Tamo je zapravo opisana propast grčke civilizacije; ta propast je bila zasnovana na atinskom imperijalnom hibrisu koji je dolazio iz atinskog osećaja suprematije (i neograničenog ovlašćenja koje bi trebalo da proizlazi iz suprematije). Problem sa suprematijom je to što je stalno treba dokazivati, što imperijalnu silu, koja više nema nikakvih drugih prepreka osim vlastite samokontrole (ako je ima), vodi u poziciju nasilništva (siledžijstva) koje jedino može pružiti kakav-takav “dokaz” nadmoći kao znaka svemoći. Siledžijstvo je međutim direktna negacija onoga što moć može učiniti pozitivnom vrednošću (pozitivna instrumentalnost). Ova opasnost je uvek latentno prisutna u imperijalnoj logici i može biti jedna od glavnih, ako ne i glavna, opasnosti koje se nadvijaju nad sadašnji svet.

[8] V. o ovome više u A. Watson, *The evolution of international society,* Routledge, London and New York 1992, ch. 5.

[9] *Ibid.,* 52.

ne broje kao nešto vredno, ali bez specifikacije o razlici između „nas“ i „njih“, što ostavlja mogućnost da „oni“ možda u nekom trenutku, ako im se posreći da ih osvojimo, postanu deo „nas“.

Ali ideja o totalnoj kontroli je ipak bivala dovoljno zavodljiva da proizvede ogromne, i u nekom smislu veličanstvene, poduhvate čovečanstva za konačnim i definitivnim ujedinjenjem. Aleksandar Makedonski je tako pokušao da grčku civilizaciju proširi na *ceo* svet. Hrišćani, a zatim i muslimani su pokušali da naprave istu stvar podvodeći (po pretenziji) ceo svet pod jednu jedinstvenu religiju, jedan pogled na svet. To je bilo u potpunoj saglasnosti sa moneteističkom prirodom tih religija. Evropocentrička ideja, u više varijanti od kojih su dve bile najizrazitije – španska hrišćanska, i britanska racionalističko-utilitaristička (bentamovska) – je pokušala da *kultiviše* svet tako što bi ga uključila i oblikovala u jedinstvenu evropsku, rimokatoličku kod Španaca a protestantsku (na ideji blagostanja i maksimuma moguće sreće) kod Britanaca, kulturu, proizvodeći možda dosada najveću socijalnu akciju u istorji čovečanstva poznatu kao *kolonijalizam.*

Danas imamo novu varijantu pokušaja realizacije ove stare ideje. Ovaj put je realizacija te ideje potpomognuta jednom činjenicom koja u prošlosti ili nije postojala ili nije imala taj značaj koji ima danas: međuzavisnošću, svetskom situacijom u kojoj delovi sveta direktno i sve više zavise jedan od drugoga. Možda je ova činjenica dovela do toga da je savremena globalizacija jedan amalgam svih prethodnih rešenja i da zato nema jasnu i preciznu artikulaciju. Ona je sa jedne strane po pretenziji ultimativna i teško podnosi džepove izvan globalne kontrole[10], ali pokazuje i znake pragmatskog zapostavljanja regija za koje nema jakog izgleda da mogu da se uključe u imperijalni progres u blagostanju. Sa treće strane, pojam „izuzetnosti“[11], nametljivo vidljiv u drastičnoj nejednakosti vrednovanja „naših“ i „njihovih“ smrti, bolova i šteta (razlici koja ponekad postaje kardinalna, tamo gde se nečiji gubici, bolovi,

[10] Slučaj Snouden to dosta jasno pokazuje: nervoza koja prati taj slučaj, čini se, ne svodi se na mogućnost štete koja eventualno preti već, mnogo više, proizlazi iz činjenice da je takav slučaj uopšte moguć – da je moguće pobeći od potere iako to normativno ne bi smelo da bude moguće. Cf. moj uvod u knjigu *Globalno upravljanje svetom,* 30.

[11] Stav izuzetnosti takođe nije nešto karakteristično posebno za naše vreme, on je jasno sadržan već u jevrejskoj ideji izabranog naroda, ali zapravo i pre toga u svakoj tribalističkoj isključivosti. Jedan od istorijski najupečatljivijih primera može se naći kod Tukidida, u Periklovom pogrebnom govoru (v. Tukidid, *Istorija peloponeskog rata,* 2, 34-46), gde atinski diktator Perikle kaže da smo “mi”, Atinjani bolji (kada osvajamo njihove teritorije) od “njih” kada brane svoje kuće i svoj zavičaj. Kada se to uporedi, npr., sa Obaminim govorima o američkoj ulozi u savremenom svetu može se videti jasna analogija.

smrti i poniženja uopšte ne broje,[12] a sve u kontekstu pretpostavljenje hipersenzitivnosti prema sopstvenim gubicima i bolovima – što kod poniženja ide dotle da se tuđi bolovi i tuđa poniženja skoro uopšte i ne percipiraju, a sopstvena doživljavaju kao nedopustiva) –ovaj pojam (u suštini primitivno-tribalističke) izuzetnosti igra ogromnu, iako donekle skrivenu, ulogu u procesu vrednovanja u shemama u kojima ta uloga ima nad-evaluativnu funkciju[13], npr. u vrednovanjima koja pretenduju da su „demokratska", „liberalna", čak „univerzalna". Iako se skoro nikad ne pominje, bez ovog aspekta je skoro nemoguće razumeti i opisati mnoge pojave u savremenom svetu. Istovremeno, njegovo intenzivno postojanje jasno pokazuje stepen primitivizma, arogancije i licemerja koji su prisutni u našim svakodnevnim evaluacijama o mnogim pojavama, od najmanjih do najvećih.

3. Nužnost nejednakosti

Sloboda je izvor sukoba, jer ona podrazumeva stvarnu mogućnost da se postupi drugačije što povlači mogućnost, i nužnost, neslaganja u preseku delanja različitih delatnika. Sloboda je izvor sukoba zato što je sloboda izvor mogućnosti želja i htenja *nezavisno od razlika* u pogledu njihove (u suštini naknadne) legitimisanosti aktom društvenog prihvaćanja. Sukob se može rešiti onako kako se rešavaju dileme (onako

[12] V. M. Koskeniemi, "Pravni univerzalizam: Između morala i moći u svetu sastavljenom od država", u J. Babić i P. Bojanić, *Secesija, tranziciona pravda i pomirenje,* Službeni glasnik, Beograd 2009, 474.

[13] Ovakve opravdavalačke sheme imaju ogromnu moć upravo zbog ove skrivenosti, ili podrazumevanja, koje im daje snagu predrasude (načela koje se ne dovodi, niti sme da se dovede, u pitane). U istoriji su to bivale najrazličitije stvari i mapiranje ovih shema bi bio zanimljiv istraživački poduhvat. Npr. u Evropi, a i u španskim kolonijama (Britanci su u kolonijama preferisali istrebljivanje) je to nekad bilo hrišćanstvo: ako stanovništvo nije pokršteno, ako kralj nije dovoljno „dobar hrišćanin", onda je to bio razlog za „zabrinutost" i intervenciju, i hrišćanstvo je igralo sličnu ulogu koju sada igraju ljudska prava i demokratija. Funkcionisanje ovih shema je savršeno: razlog da se pređe u hrišćanstvo (i ostavi svoja kultura i svoj prethodni identitet) je bio isti onaj koji sada ima potreba da se bude priznato da poštuješ ljudska prava i da zaslužuješ da budeš označen kao „demokratski režim": da izbegneš napad. Tako da ili ćeš nasilno biti pokršten (demokratizovan) ili ćeš se, pametno, sam pokrstiti (demokratizovati). Ova pretpostavka o „pameti" (kao i pretpostavka o „zlu", koje zaprečava *„ispravan put"* naših neprijatelja, bilo da je to put pokrštavanja bilo put demokratizacije) je deo ove krstaške logike prisutan u savemenim političkim procesima: naši neprijatelji su ne samo *zli varvari* (što nam daje pravo da se borimo protiv njih) nego su i *glupi* (što garantuje da je ono što rade rđavo). Ono što dodatno celu stvar „opravdava" je teza o razlogu za *našu* akciju: to je briga za *njihova srca i njihove duše.* To nama daje potpuni *imprimatur* da činimo *bilo šta* da uspemo, jer, u krajnjem, mi to sve radimo zbog njih, njihovog spasa, njihove političke pravovernosti, a ne zbog sebe. Mi se samo žrtvujemo, i na to možemo biti samo ponosni.

kako rešavamo sukob sa samim sobom) – razložno, vaganjem razloga za jednu i za drugu alternativu, ili za sve alternative koliko ih ima. Ali to podrazumeva nešto što u ovom preseku može ali ne mora da se nađe: spremnost da se odustane od svog stava, i svog interesa, ako druga strana raspolaže boljim razlozima od nas. To podrazumeva i nešto čega nema, da se sukob u stavu i interesu može do kraja i bez ostatka razrešiti razlaganjem razloga za i protiv nekog stava, kao da nam je zaista jednako stalo do svog i do tuđeg, kao da postoji ona ravnodušnost koja je pretpostavka stvarne i konačne jednakosti u objektivnosti suđenja. Ali ta ravnodušnost ne postoji, naprotiv zainteresovanost je izvor svake vrednosti: ono za šta niko nije zainteresovan je bezvredno bez obzira na to koja svojstva ima.

Ovde se suočavamo sa, po mom mišljenju, glavnim pitanjem kolektivnog delovanja. To je pitanje obaveznosti da se slede neka pravila koja će obezbediti da se savlada i ograniči ona neodređenost slobode odlučivanja koja uvek i do kraja zadržava mogućnost drugačijeg (mogućnost da se predomislimo, ako nas na to nagna razlog zasnovan u činjenici da smo zainteresovani više za nešto drugo, ili čak da prosto odustanemo). Da bi se moglo efikasno delati neophodna je *predvidivost,* a predvidivost isključuje neočekivanu promenu. Predvidivost je založena u uspostavljena, etablirana očekivanja. Da bi društvena saradnja mogla funkcionisati potrebna su pravila koja ponekad zovemo zakonima. Grubo pojednostavljeno[14], normalno stanje života, *mir,* stanje u kome imamo predvidivost, predstavlja jednu određenu artikulaciju distribucije društvene moći, pre svega na planu diferencijacije želja: u miru postoji jasna i precizna razlika između legitimnih i nelegitimnih želja, onih želja za koje je dozvoljeno da se imaju i realizuju i onih želja koje su zabranjene i čija realizacija, ili pokušaj realizacije, biva kažnjena. Posao uspostavljenih očekivanja je da isključe iz domena etablirane legitimnosti ona očekivanja koja nisu uspostavljena, kao i želje koje stoje u njihovoj osnovi. U tom smislu uspostavljenost (koja se konstituiše činom društvene prihvaćenosti nekog tipa postupanja, neke prakse, ili nekog očekivanja) teži da se zamrzne u tradiciju, zatvoreno društveno stanje koje se ne menja. Mir se zapravo i sastoji u tome – da se neizvesnost nepredvidivosti izbegne tako što će se postaviti neka granica u onome što sme da se čini.

Mir je posledica postojanja (stvarnog postojanja, ili važenja) zakona, i on kroz predvidivost obezbeđuje ostvarivost naših životnih planova, odnosno postavljenih ciljeva od kojih se ti planovi sastoje. Cena ove velike vrednosti jeste ograničenje ukupne slobode na jedan njen deo, a

[14] To sam obradio u svom sholastičkom tekstu "Struktura mira", u knjizi *Globalno upravljanje svetom.*

u osnovi te vrednosti je identitet subjekta legitimne zainteresovanosti (zakonodavna volja, državni identitet) i neki opis zajedničkog osećaja pravde koji daje legitimaciju da ciljevi tog subjekta budu tretirani kao obavezujući[15]. Ovaj opis pravde treba da bude takav da ostavi dovoljno prostora za slobodno postavljanje ciljeva i izglednost pokušaja njihove realizacije (što i jeste cilj mira, da obezbedi životnu sigurnost kroz obezbeđenje pravne sigurnosti), kako u sferi privatnosti tako i na političkom planu – da kolektivi, države, mogu, kao i pojedinci i grupe u njima, da slobodno postavljaju ciljeve i traže način za njihovu realizaciju unutar sheme uspostavljene zakonitosti. Otuda činjenica postojanja zakona implicira istovremeno jednakost (između svih legitimnih ciljeva) i nejednakost (između zakonitih i nezakonitih ciljeva). Nezakonite želje i nezakoniti ciljevi se diskriminišu zabranom. Imamo mir, imamo predvidivost, imamo uspostavljena očekivanja i osnovu za moguću sreću i blagostanje.

Međutim, *prima facie* sve želje su jednakovredne (one su izvor zainteresovanosti, koja je polazište i osnova za uspostavjanje ciljeva i delatnost na pokušaju njihove realizacije). Ova činjenica, zajedno sa osobinom slobode da proizvodi razlike i mogućnošću da razlike, čak i sasvim male, dugotrajnom akumulacijom proizvedu velike promene (promene u intenzitetu i opravdanosti želja i ciljeva), vodi u to da svaki mir vremenom gubi svoju uverljivost i privlačnost. Sloboda razara mir iznutra (ona je subverzivna). I sukobi koji nastaju mogu biti takvi da ne mogu da se razreše unutar sheme uspostavljenog mira (primenom svih raspoloživih razloga za i protiv svake alternative u odlučivanju) i da istovremeno ne mogu ostati nerazrešeni. To je ono mesto na kome se vidi ontološki primat sukoba, i rata, nad mirom koji ima normativni primat, kao stanje koje treba da ima obavezujuću stalnost (da važi *sub specie aeternitatis),* dok je rat, kao i svaki sukob, privremeno stanje, stanje koje treba da prodje (tako što se sukob razreši).

U kontekstu odlučivanja, a odlučivanje je medijum života (kao što je rečeno, taj medijum je postavljanje ciljeva i delatnost pokušaja njihove realizacije, sloboda: život bez slobode je normativo bezvredan, neljudski, kao život životinja, ili biljaka), imamo jasno ograničenje u domenu primene razloga za odlučivanje i delanje: na kolektivnom planu (a često i na individualnom) razlozi se brzo iscrpe, a sukob (problem) nije rešen. Tada se pristupa nekom van-razložnom vidu odlučivanja, kao što je glasanje ili rat: sukob nije mogao da se ostavi nerešenim pa je *odlučeno*

[15] V. moj članak "On State, Identity and Rights: Putting Identity First", *International Journal for the Semiotics of Law,* Int J Semiot Law (2012) 25.

da on bude rešen vanrazložnim načinom.[16] Ali tada je važan momenat da ti vanrazložni instrumenti budu primenjeni uz saglasnost svih onih koji učestvuju u odlučivanju[17]. Jedino tako će se izbeći nasilje nametanja svoje odluke drugome kao da je u pitanju njegova odluka, što bi drugoga pretvorilo u roba nadmoći moje odluke nad njegovom i njegovu volju ukinulo i u normativnom a ne samo faktičkom smislu (kada je izgubio primenom pravila koje je sam prihvatio: faktički može i sme da izgubi, i da mora da se povinuje odluci većine, ali normativno on svoju slobodu odlučivanja ne sme da izgubi nijednog trenutka).

Zašto je to važno u kontekstu upravljanja svetom? Važno je zbog dve stvari od velikog normativnog značaja za validnost zakona. Jedna od te dve stvari je *predstavljanje*, reprezentacija*,* stvarnost učestvovanja u odlučivanju od strane onih za koje se uzima da odlučuju: da su oni za koje se uzima da su odlučivali stvarno to i učinili, sami (svako normativo predstavlja sam sebe, onog trenutka kada se „predstavi", tj. kaže ko je on) ili preko svojih predstavnika ili preko tela koja ih predstavljaju (i u čijem izboru su svi odlučioci učestvovali). Drugi razlog je *pristanak,* konsenzus, u kome se podrazumeva da je neko pravilo, ili zakon, za mene obavezujući samo ako sam slobodno prihvatio da se taj zakon odnosi na mene. To je suština demokratije, da svi (normativno svi) učestvuju u odlučivanju. Ali to je slučaj samo ako je zaista tako. U demokratiji to podrazumeva nacionalnu državu u kojoj svi dele dve stvari, nacionalni (državni) identitet i zajednički (nekontestirani) osećaj pravde. Jedino

[16] Ako "mirno" rešavanje sukoba odredimo u skladu sa Milovim principom da je jedino ubeđivanje mirno rešavanje sukoba (v. Dž. S. Mil, *O slobodi,* gl. I), onda rešavanje sukoba glasanjem takodje nije „mirno", nije zasnovano na razlozima, i predstavlja oblik prisile koja dobija svoju validnost, kao i rat, kroz čin prihvaćenosti, od strana u sukobu, tog načina rešavanja kao pravila za rešenje sukoba. Rešenje sukoba glasanjem (a tome glasanje služi) je otuda bliže ratu nego debati, više je nametanje nego komunikacija ili transfer normativne snage sa jedne alternative na drugu. Međusobno ubeđivanje je način da se preko razložne snage relevantnih razloga dođe do saglasnosti, kad se to iscrpi može se desiti da sukob i dalje nije rešen, i ako postoji volja da se on ipak razreši može se preći na vanrazložno odlučivanje kao što je glasanje, gde će svako izneti svoj glas nezavisno od stvarne razložne snage koja stoji, ako stoji, iza tog glasa. Razlozi onda više ne funkcionišu konstitutivno (dajući odlučivu prednost jednoj nasuprot nekoj drugoj opciji) nego samo regulativno, *ex ante,* kao nešto što se više ne uzima kao aktualni izvor validacije. Oni funkcionišu bez mogućnosti da se išta još doda (a od razložne snage tu je samo ono što je uzeto, i to samo kao potkrepljenje stava izraženog u volji sadržanoj u glasu). Zato nema nikakve osnove da se kaže da iza alternative koja je dobila više glasova stoje bolji razlozi u odnosu na alternativu koja je dobila manji broj glasova. Glasovi su izraz volje a ne razlozi. Cf. J. Babić, "Ispravno i nužno: Ogled o odbrani", *Filozofski godišnjak* 24/2011, str. Fn. 8.

[17] Za razliku od razložnog, deliberativnog, odlučivanja gde to nije direktno relevantno, gde načelno svako ima pravo da iznese bilo koji razlog koji ima u vidu, bez prethodne saglasnosti drugih – razlozi imaju svoju snagu potpuno nezavisno od ovog uslova saglasnosti, oni su objektivni.

tako politički poraz može da funkcioniše kao izvor obaveze: da politička manjina može, na nekim sledećim izborima, postati politička većina, jedino tako je moguće da volja većine bude *legaliter,* u jakom i obavezujućem konstitutivnom smislu, takođe i volja manjine. Ali to je moguće samo ako su i manjina i većina *deo iste celine,* ako je manjina deo iste celine koje je i većina deo. To, što se predstavljanja tiče, znači da oni koji donose političke odluke koje su za mene obavezujuće moraju moći da se percipiraju kao moji predstavnici, kao normativno ja prisutno u njima. Što se pak pristanka tiče to znači da zakon, da bi bio obavezujući, mora da bude *naš zakon,* norma koju smo slobodno i stvarno prihvatili – a ne da smo bili prisiljeni da je prihvatimo. (Zato okupacijski zakoni, ma koliko bili normativno dobri, imaju svojstvo privremenosti, svojstvo regulativnog a ne konstitutivnog pravila). Tuđi zakoni nisu naši zakoni, i nemaju onu istu obaveznost za nas koju imaju za njih.[18]

Ovde se jasno nazire važnost prostornog faktora za artikulaciju pravnih normi (zakona), što je zapravo glavna stavka razlike između pravnih i moralnih kriterijuma evaluacije. Univerzalni su samo moralni kriterijumi, pravni kriterijumi to nisu. Pravne norme mogu, slobodnim činom prihvatanja, postati i biti obavezujuće i bez ovog svojstva (univerzalnosti) dok moralne norme prestaju da postoje onog trenutka kada izgube univerzalnost: one imaju univerzalnu obaveznost ili ih nema.

U vezi sa ovim su i druga dva svojstva pravnih normi: prvo, one su stvar odluke i mogle su biti drugačije (da je odluka o njihovom artikulisanju i aktiviranju bila drugačija), i, drugo, one mogu da se menjaju (kao što se i menjaju). U određenju ovih svojstava je založena sloboda, kao autonomija (samozakonodavstvo) onih koji zakone donose – oni zakone donose za sebe, ne nameću ih drugima, zakoni su zasnovani na slobodi, slobodi onih za koje oni važe a ne na slobodi nekog drugog, nekog okupatora ili uzurpatora. Upravo zato što je pravo zasnovano na slobodi ono je potencijalni izvor ropstva (u moralu nema ove partikularne slobode – već samo konačne kontrole svake slobode – ali zato nema ni ropstva[19]; zato su pravne norme, zakoni, kao i svi drugi postupci i sve druge aktivnosti, podložni moralnoj evaluaciji, na jednak način kao i sve drugo što ljudi čine). Tuđi zakoni, okupacijski ili uzurpatorski, podrazumevaju ropstvo, odsustvo poštovanja da se o svojim stvarima odlučuje samostalno, suvereno. Ali, ovo takođe podrazumeva postojanje

[18] Za goste važe, dok su u gostima, zakoni domaćina, naravno. Gosti mogu za sebe doneti i neke svoje zakone, ali dok su u gostima, i tu se jasno vidi važnost prostornog faktora, faktora teritorijalnosti, doneseni zakoni su sekundarni u odnosu na domaće zakone.

[19] Osim ako se moralu ne pristupi moralistički, ali moralizam je negacija i zloupotreba morala. (Možda se može dodati: Iako sve postoji zbog nekog dobra, sve takođe može i da se zloupotrebi).

zakonodavne volje, kolektiva sa dovoljno jakim identitetom da ima takvu volju kojom će sebi nametnuti norme za zakonskom obaveznošću. Sva ova važna svojstva pravnih normi su ubedljivo sačuvana u *principu teritorijalnosti:* – i identitet donosioca zakona, i mogućnost da zakon bude drugačiji, i da se menja. Dakle, teritorijalnost ima konstitutivnu ulogu za činjenicu važenja pravnih normi.

4. Teritorija

Da li ova svojstva mogu da se održe i bez konstitutivne uloge teritorijalnosti? Da li bez teritorije može biti slobodnih zakona? Nekako izgleda da bez (svoje) teritorije nema prave političke slobode niti prave suverenosti (kao što bez svoje kuće nema prave privatnosti kao fundamentalne pretpostavke kvaliteta slobode i slobodnog odlučivanja). Doduše, neki razblaženi oblici normiranja mogu da postoje i bez ovog uslova: moguća je eksteritorijalnost[20], mogući su i prekogranični običaji i norme, moguća je i jevrejska nacija koja je raspršena po celom svetu, moguće je i međunarodno pravo, ali bez teritorije teško da može biti zakona i države.[21] (Jevrejski narod je kroz milenijume uspevao da sačuva svoj identitet od propasti, ali snaga motivacije da imaju svoju *teritorijalno artikulisanu* državu, veoma vidljiva u stvaranju i trudu da se održi država Izrael, jasno pokazuje koliko je to važno za osnovnu pretpostavku postojanja suvereniteta nad samim sobom i važenja zakona: da zakon bude *svoj* zakon, i da postoji teritorija na kojoj će to važiti). Da bi bilo istinske slobode mora postojati prostor u kome si svoj na svome i u kome sve dok ne odlučiš niko drugi nema prava upliva.

Ipak, izgleda da ima dva sasvim različita oblika artikulacije teritorije u pojmu države. Jedan je da je teritorija neka vrsta privatne svojine jednog naroda koji na njoj obitava, mesto života tog naroda, i granice te teritorije predstavljaju granice do kojih se naši zakoni protežu, dok su iza tih granica susedi, koji na sličan način artikulišu svoj opšti život.

[20] U Šangaju su kroz dugo vreme naporedo, na istoj teritoriji, važili i kineski i britanski zakoni. Kinezima su sudili kineski sudovi, Britancima britanski. Ali defekt te situacije se vidi, pored svega ostalog, i u nuždi da se formiraju arbitražni sudovi, za slučajeve sukoba između Kineza i Britanaca. To možda izgleda bolje od čisto kolonijalne situacije u kojoj se jednoj strani uskraćuje pravno poštovanje, ali se može postaviti pitanje da li je ovakvo stanje bliže miru (stanju koje je normativno trajno) ili ratu (stanju koje je normativno privremeno)?

[21] V. Majkl Volzer, "Vladanje planetom", u knjizi *Globalno upravljanje svetom,* 81-82: "Strast sa kojom nacije bez države teže za državom ...." predstavlja jasno potkrepljenje ove tvrdnje. To je tako zato što je (samo) "suverena vlast [..] sredstvo [efikasne] samozaštite, i veoma je opasno biti lišen tog sredstva".

Teritorija pripada onima koji na njoj žive. Patrijarh Pavle tako kaže: „Čije ovce toga i planina“. U osnovi ovog pristupa je narodno pravo na samoopredeljenje i suverenost, a teritorija je deo inventara tog prava, ako ono postoji. Istovremeno, ona daje dodatni kvalitet suštinskom određenju „samoopredeljenja“: da narod vlada nad samim sobom, a ne da je pod vlašću nekoga drugog, nekog drugog naroda. Teritorija, ovde shvaćena kao neka svojina, otuda nije primarno određenje države već više njen instrument, njena oprema ili inventar. Neka teritorija je *naša* zato što *mi* tu[22] živimo, i ovo *mi* je tu konstitutivni faktor: postoji kolektivni identitet koji ima zakonodavnu volju dovoljno jaku da proizvede zakone zajedničkog života. I onda je naša teritorija tamo gde smo mi[23], pod uslovom da je zaista *naša,* tj. da smo njeni suvereni vlasnici i da imamo državu koja garantuje tu suverenost, i sva ona prava koja idu uz suverenost. Ovaj tip artikulacije državne teritorije možemo označiti terminom „kraljevstvo“, i karakteriše nacionalne države.

Drugi tip artikulacije državne teritorije je „carstvo“ (imperija), gde teritorija ima sasvim različit status (pa je i tip države bitno različit). Funkcija teritorije u imperijama je mnogo veća, ona je zapravo konstitutivna za određenje države: država nije naš narod koji obitava na nekoj teritoriji nego je država teritorija na kojoj smo u stanju da sprovodimo državnu kontrolu, na kojoj smo u stanju da primenjujemo zakone te određene države. Granica te teritorije *definiše* državu, za definiciju države teritorija je važnija od pripadnosti narodu (kolektivnom identitetu naroda)[24] čiji je to zakon. Ovako shvaćena država može zahvatiti onoliko teritorije koliko centralna vlast može da kontroliše, na kojoj može da sprovodi zakon, i to efektivno čini. Osvajanje i proširenje državne teritorije u ovom smislu nije

[22] Ni ovo nije nužan uslov. Tako npr. u Izraelu postoji “zakon o povratku” koji svakog Jevreja definiše kao (potencijalnog) građanina Izraela, i svaki Jevrejin može da dođe u Izrael i po automatizmu tog zakona dobije državljanstvo. Slično je npr.i u Nemačkoj (ili je bar tako donedavno bilo), pa su povolški Nemci iz centralne Rusije, ili Nemci iz Rumunije, koji često uopšte nisu znali nemački jezik, automatski dobijali nemački pasoš i državljanstvo, još pre nego što bi stigli na teritoriju Nemačke.

[23] Mogu se navesti upečatljivi primeri država koje se, čuvajući *svoju* teritoriju, *kreću* kroz prostor (kao neko ko seleći se iz jednog stana u drugi prenosi ne samo svoj ne uvek isti nameštaj nego i svoju uvek istu *privatnu teritoriju,* na kojoj je suveren i siguran). Tako se jermenska država, kroz svoju istoriju, *kretala* kroz prostor – postepeno se spustila sa Kavkaza sve do obale sredozemnog mora (u oblast Silicije, glavni grad Kraljevine Jermenije je tako jedno vreme bio Alep), da bi se zatim opet polako, ili brzo (zavisi kako se računa) vratila nazad na vrhove Kavkaza. V. npr. C. McEvedy, The Penguin Atlas of Medieval History; upor. npr. karte na str. 15 i 79, kao i one između. Slično, u naše vreme, polovinom 20. veka, Poljska se translatorno pomerila na zapad više stotina kilometara.

[24] Mada i ovde ima ograničenja: npr. za kandidata za predsednika SAD nije dovoljno da ima državljanstvo nego mora biti i rođen na teritoriji SAD (teritoriji koja je u trenutku rođenja deo SAD, ili možda i one koja je to u trenutku kandidacije?). Ovo je daleki odraz “prirodnog” identiteta “naroda”, iako za “naciju” činjenica pripadanja nekom narodu nema značaja.

osvajanje *tuđe* teritorije, ili oslobađanje svoje, već puko proširenje države na novu teritoriju. Granica označava samo tačku do koje zakon (može da) se sprovodi. Svet je jedan a pitanje jurisdikcije je stvar slučajnosti i napora da se obezbedi zakonitost i mir kako bi ljudi, kao pojedinci, slobodno komunicirali i poslovali jedan sa drugim. Legitimacija tog stanja se onda vrši direktnim pozivanjem na pojedince koji svojim pretpostavljenim pristankom legitimišu vlast. Kolektivi mogu da se konstituišu samo do mere u kojoj ne bi bi ugrozili političku lojalnost prema vlasti. Pojedinci se onda agregiraju prema bilo kom slabom identitetskom načelu, slabom u smislu da se odlučivalačka snaga kolektiva koji tako nastaju ne uzima kao suverena i nesvodiva nego upravo svodiva na skup pojedinaca koji je čine (i koji u taj kolektiv slobodno ulaze ili iz njega izlaze).

Zanimljiva je artikulacija demokratije u imperijama – ona podrazumeva zanemarivanje, ili svođenje na dekor, svojstava koje neke grupe ljudi u državi čine kulturnim ili etničkim (ili verskim) zajednicama, oduzimajući im svojstvo kolektiva koji može da suvereno donosi odluke (jednost vlasti prenosi suverenost na imperijalnu administraciju). Demokratija onda funkcioniše bez „naroda“, odnosno narod i državljanstvo se značenjski izjednačuju. To je sasvim vidljivo u savremenom američkom tumačenju značenja pojma „nacija“. To značenje, koje se na silu uteruje u celom svetu, proizvodi ogromnu količinu uglavnom bezuspešnog otpora[25], i predstavlja jednu od najmalignijih manipulacija savremenim svetom. Demokratija se onda ne poziva na narod, već na (celo) čovečanstvo a grupe postaju manjine u jakom statičnom smislu, onom smislu da ne funkcionišu kao buduće političke većine.

U principu jedno carstvo može da obuhvati i ceo svet, samo ako može da ga osvoji. Ono ne pretpostavlja postojanje nekog određenog naroda kao nosioca suvereniteta, niti bilo kakvo jače određenje jednosti koje bi bilo nezavisno od slobode izbora pojedinca. (U teoriji se ovakvo stanovište naziva „metodološki individualizam“)[26] Šta ovome fali?

[25] Uz, i to se mora reći, potpuno ignorisanje od strane naučne zajednice: o ovom problemu, koji je jedan od najvećih problema savremenog sveta, skoro da nema naznake u političkoj teoriji, političkoj filozofiji, teoriji međunarodnih odnosa, teoriji međunarodnog prava, itd. Potpuno negiranje jedne činjenice, kao da ona ne postoji! (Slično ignorisanje imamo i kod jedne druge, još važnije činjenice koja je posledica primene principa *Uti posidetis iuris* u kreiranju granica postkolonijalnih država. Ove države su primenom tog principa teško osakaćene i, možda trajno, onesposobljene za normalni život, demokratiju i da ne pominjemo, ali se, kao što vidimo, problemi koje to proizvodi pokušavaju “rešiti” na sve one načine koji zanemaruju ovaj faktor, koji je zapravo glavni izvor problema: kao da postoji prećutna saglasnost da se ti problemi rešavaju na svaki način *osim onog na koji bi mogli biti rešeni!)*.

[26] V. npr. Raimo Tuomela, *Social Ontology: Collective Intentionality and Group Actions,* Oxford University Press 2013, pp. 9ff.

Granice ljudske imaginacije, koja je osnovni izvor svih interesa i svega što nam je važno, nije lako mapirati, pa je teško reći da li je svetska uopšte moguća. Ono što se može reći jeste šta bi to značilo u odnosu na svet kakav poznajemo do sada. Jedan od problema sa kojima se suočavaju sva carstva kroz istoriju (uključujući i religijska „carstva") jeste fragmentacija. Ona nastaje proizvodnjom razlika koje, ma koliko male bile u početku, akumulacijom proizvode promene koje jednog trenutka mogu da ugroze pristanak na kome počiva legitimnost (i efikasnost) monopola sile, jednosti vlasti. Do tada legitimna upotreba sile postaje nasilje. I dešava se nešto doktrinarno nelogično, pokušaj secesije. Jer, zbog prirode teritorijalne artikulacije zakona u imperijama nema mnogo smisla govoriti o secesiji, zato što u carstvima nema „narodâ" već samo pojedinaca (u kraljevstvima je secesija *normaliter* ili samoopredeljenje porobljenog drugog naroda koji je nasilno uteran u teritoriju nekog drugog naroda, ili nastanak novog naroda iz dela prethodno jedinstvenog naroda). Ali i u carstvima se dešava da neka populacija počne da sebe percipira kao *narod,* bilo zato što je to oduvek bila (a određenje pojedinaca je bila samo imperijalna pravna fikcija) bilo zato što se iskristalisala neka specifičnost toliko velika da proizvede kolektivnu koheziju dovoljno snažnu da apsorbuje individualizam u prethodno postojećim pojedincima (na koje se imperija konačno svodi) i proizvede novi narodni osećaj. Nekako se dešava da se kraljevski princip probudi i efikasno negira carski. Pošto se ne zasniva na narodnoj volji onda se carstvo, kada jednom propadne, više ne obnavlja. Carstvo nije živa forma života, [27] i, iako se to ne vidi na prvi pogled (a obično se i negira) održava se sa poprilićnim naporom.

Čini se da su ova dva, u suštini veoma različita principa državnog ustrojstva, u stalnom sukobu, i da su uvek tu, prisutna i delatna. U jednom pravcu vuče princip jedinstva, koji stalno iznova pokušava da ujedini svet, po cenu razaranja ne samo živih kolektivnih formi nego i dotle uspostaljenih normativnih ustavno-pravnih sistema, u drugom pravcu vuče želja da se bude svoj na svome i da se prema drugima uspostavi granica. Ili, grubo svedeno na uprošćenu shemu, u imperijama je reprezentacija i pristanak jedna eluzivna i skoro iluzorna stvar jer je važna samo sreća i blagostanje. U nacionalnim državama ima i drugih stvari kao što su ponos i patriotizam, i kolektivni suverenitet i, naravno, sloboda.

Da li to znači da bi i svetska država, ako bi jednom nastala, bila privremena i ne bi mogla da se obnovi? Ili je moguće da se stvori *svetska*

[27] Kraljevstva, ili nacionalne države, međutim, imaju sposobnost preživljanja i obnavljanja, ponekad i nakon dugog vremena i naizgled potpune propasti. Primer obnove jevrejske države devetnaest vekova nakon propasti je samo najupečatljiviji primer.

nacija, da čovečanstvo, ljudski rod, postane *jedna nacija?* O tome možemo spekulisati, ali se čini da na to pitanje nije moguće praktički uverljivo odgovoriti. Veoma je verovatno da bi se čovečanstvo, suočeno sa nekom velikom opštom opasnošću, brzo i uspešno ujedinilo. Pitanje je šta bi bilo zatim: da li bi novouspostavljeno jedinstvo preživelo i nastavilo da i nakon što opasnost prođe postoji kao jedinstveni entitet, kao kolektiv koji se ponaša kao jedan odlučilac, kao jedna nacija? Čini se da bi šanse za to bile znatno veće ako bi ta opasnost bila neki *napad* spolja, od nekih *drugih* (od vanzemaljaca) nego ako bi to bila prirodna katastrofa. Ali to za svetsku državu predstavlja kategorijalnu zamku: ako bi ti vanzemaljci bili *pobeđeni* onda bismo *mi* mogli da *sebe* vidimo kao jedno *naspram drugoga.* A onda novouspostavljena „svetska nacija“ ne bi bila svetska, jer ne bi obuhvatala ceo svet nego samo *nas.* Baš kao u nacionalnoj državi.

Prof. Jovan Babić, Ph.D
Full Professor at the Faculty of Philosophy
University of Belgrade

ONE WORLD AND WE IN IT - THE CONTRIBUTION TO THE CRITIC OF THE GLOBALIZATION

Summary

The aspiration for the unified world governance is old as the world itself. As a matter of fact, it comes from our perception of the world as one, regardless of all the differences that could also be seen within. Somehow, it seems that the world, despite all differences that exist, is still only one, or at least that it is one same context in which all the differences which are in the world are placed. In our time, this perception is reinforced by the impression of the increasing interdependence of the world, as well as a sense that the differences, became less important compared to what is the same or at least the similar in the different parts

of the world, no matter how large the differences are. This sense of unity is further enhanced by the perception of need or necessity, to decide and manage the important things in the world in a unified manner, without collisions that could make the decision making process ineffective or even impossible.

Key words: globalization, world governance, differences, interdependence of the world, decision making process.

Др Миша Ђурковић[1]

Оригинални научни рад

UDK: 327:316.32

ОД СВЕТСКЕ ВЛАДЕ КА ГЛОБАЛНОМ УПРАВЉАЊУ

Апстракт

Повод за настанак овог текста је појава зборника о глобалном управљању који су уредили Бабић и Бојанић. Аутор узима тај зборник као одличан индикатор доминантних либералних схватања о пожељној трансформацији савременог света. На основу текстова реконструише се модел трансформације глобалних односа који лево-либерални аутори заговарају. Уочава се пре свега прелазак од идеје о централизованој светској влади ка децентрализованом глобалном управљању које се одвија на различитим нивоима. Аутор износи и своју критику датог модела.

Кључне речи: светска влада, глобално управљање, либерализам, хегемонија

*
* *

Да ли свет треба и може да добије једну светску владу и како до ње доћи? Током последње две деценије написано је много књига, чланака, елабората и одржано исто толико конференција, саветовања и семинара о овом питању. Тема светске владе је једна од оних граничних интердисциплинарних тема на којој се сусрећу филозофи, правници, политиколози, социолози, кибернетичари итд. Оно што карактерише већину ових разматрања је интенционалистички приступ, стриктно усмерен на разматрање нормативног идеала светске државе, који углавном игнорише претходне иначе веома инструктивне и корисне расправае о овом феномену какве су се водиле у више наврата током прошлог века (прва деценија, затим двадестих у вези са Лигом

[1] Виши научни сарадник, Институт за европске студије, Београд, mail: mdjurkov@gmail.com

нација и око тридесетих у вези са Бријановим планом о европским интеграцијама, као и у првој деценији после Другог светског рата у вези са низом универзалистичких и федералистичких предлога и иницијатива).

Друга одлика је дубоко просветитељски патос[2] разматрања светске власти. Доминатна струја долази из широког табора мислилаца који се данас називају и представљају «либералима», фундаменталистички оријентисаних у погледу прихватљивих система управљања и власти – либерална демократија је једино што је прихватљиво те се стога и сви облици глобалне власти виде као неки модуси либералне демократије проширени на регионални, а затим и светски ниво. Тако је расправа о светској власти изгубила експлицитно сваки контакт са непросветитељским визијама таквог феномена.

Неопходно је међутим подсетити се да су и Александар Македонски и римски цареви, и Наполеон и Хитлер између осталих таккође имали своје врло упечатљиве моделе светске власти повезане са њиховом личном глобалном доминацијом.[3] Штавише, они су покушали да своје моделе преточе у реалност. Изучавање тих покушаја такође би бацило врло важно светло и на неке од садашњих мера, понашања и предлога који наизглед имају другачију идеолошку и вредносну конотацију.

Савремене расправе, пре свега филозофске, о светској влади морају се дакле најпре допунити претходном премисом о моделима успостављања светске власти. Осим либерално-демократског модела који се у последњих двадесет година једини намеће као релевантан, неохподно је у расправе и анализе укључити и други модел, модел ауторитарне империје. Ако први у начелу треба да настане федералистички, одоздо, као постепено прожимање, и обједињавање процеса који повезују либералне демократије, други настаје као

[2] Најеминентнији претходник космополитске демократије (као жељеног облика светске владавине) јесте филозофија историје просветитељства, признаје Аркибући. Види, Archibugi, 2004, 466.

[3] Ово су наравно само неки примери каквих има много. Такође је важно подсетити се да су теократске политичке творевине какав је калифат или Свето римско царство, себе видели и доживљавали као хијерархијски, ауторитарно устројене моделе светске власти, односно светске империје, који у крајњем случају треба да се прошире на читав свет. Неки од најважнијих пројеката који се у уџбеницима наводе као претече европских интеграција настали су заправо као покушаји обнове јединства хришћанског света и обједињавања његове моћи у интересу овладавања Светом земљом и у крајњем случају такође читавим светом.

хегемонија, тако што нека велика сила освајањем и различтим облицима доминације (који не морају да буду само елементи тврде већ и меке или комбиноване паметне моћи) проширује своју власт, хегемонију, доминацију или свој модел организације на читаву куглу.

Увођење овог модела је од великог значаја јер запањујуће показује да понашање САД и Британије у последњих двадесет година више личи на тај модел него на модел аутономног, спонтаног удруживања федералистички организованих и повезаних либералних демократија. То индиркетно потврђују и најважнија либерална пера данашњице попут Погеа или Тамир, који при излагању свог модела на крају признају да ће његова успешност фундаментално зависти од снаге, способности и воље САД и земаља ЕУ да га глобално промовишу и наметну.[4]

Тамирова, следећи Дојла и Брилмајера, у свом чланку инсистира на томе да либерална хегемонија у свету, какав данас (1995) постоји нарочито доприноси успостављању праведног светског поретка (just world order).[5] Од тада су ови либерални хегемони извршили нелегалне војне интервенције у бар пет земаља, и организовали промене власти у бар још толико. Стање у тим државама данас тешко да би се могло тумачити као боље него пре њихових интервенција.

Постоје и значајни историјски контрапримери које Тамирова прескаче: постоји читав низ примера у којима су либералне демократије током последња два века зарад свог интереса рушиле демократске режиме и успостављале и помагале диктатуре па чак и теократије.[6] Најупечатљивији пример је случај рушења иранског премијера Мосадека који је власт изгубио управо због оданости демократским принципима одбијајући да примени силу против британских и америчких плаћеника.[7] И наша историја нуди неке занимљиве доприносе. Познат је пример из доба уставобранитеља приликом обарања власти Обреновића и владавине кнеза Александра Карађорђевића. У то доба су се за уставна начела у Србији залагале царевине (Руска и Аустро-угарска) док су либералне демократије, Британија и Француска чврсто стајале иза владара и залагале се за пуну ауторитарну власт.

[4] Pogge, 1992, Tamir, 2000.
[5] Tamir, 2000, 252.
[6] И данас САД и Британија подржавају читав низ теократских, ригидних режима у арапском свету од којих је наравно најозлоглашенији онај у Саудијској Арабији.
[7] Кинзер, 2004..

Тамирова испушта још једну важну димнезију. Британија, а исто важи и за Француску, до Првог светског рата била је најмоћнија светска царевина која је обухватала велики део светске територије и владала над стотинама милиона људи. Међутим, она је била либерална демократија само у унутрашњем уређењу старог центра империје, метрополе, дакле територије на британским острвима. Само су тамошњи становници имали политичка права и могућност партиципације у бирању власти и одлучивању. Стотине милиона поданика из колонија над којима се влдало, били су грађани другог реда, дискриминисани на основу расистичких принципа, као ниже расе које бели човек услед свог терета (Киплинг) за њихово добро тек мора постепено да цивилизује.

Дакле, много примера показује да хегемонија либералних држава уопште не мора да доприноси либерално демократском моделу светске власти. Сасвим је могуће да либерално-демократска држава спроводи империјалну (Британија) или квази империјалну (САД) доминацију и владавину над светом.

Увођење ових момената у расправу је важно и због основнијег методолошког питања које се односи на то шта је политичка филозофија (нарочито данас), шта она треба да буде и шта је предмет њеног истраживања. Оно што се данас из англо-америчке кухиње наметнуло као политичка филозофија је идеја о искључиво нормативном разматрању политичких појмова из либерално-демократске перспективе (феминизми, делиберације, контрактивизми, нормативизми). Тиме су историја и предмет класичне политичке филозофије дубоко редуковани и кастрирани јер се искључују фундаментална питања политике која се односе на моћ, њен смисао и значај, као и начине њеног практиковања и употребе.[8]

Није случајно дакле што се у актуелним дебатама не помињу раније расправе у којима је највећи број садашњих аргумената већ разматран, као што такође није случајно што се у одговарајућим уџбеницима и историјама европских интеграција не разматрају нацистичке идеје и модели реализације истог идела. Ова димзенија је међутим суштинска јер укључује једно од навјажнијх питања политичке филозофије, наиме димензију борбе за употребу појмова и политичких позиција.

[8] Види Ђурковић, 2005. Овој теми ћу се вратити и касније, а илустрација је други део овог текста.

*
* *

И актуелна дводеценијска расправа уско је повезана са споровима око *суверености*, при чему се овај појам заједно са *национализмом* узима као стигматизовани облик партикуларитета (негативног по дефиницији) који спречава развој пожељне универзалности приписане појмовима *космополитизма* и космополитске демократије, људских права, глобалне правде и сл. Велика новост је међутим, пребацивање тежишта са есенцијалистички и статички постављене идеје о институцији светске владе, на функционалистички, динамички и сложено представљене идеје светског владања или још боље светског управљања (governance). Отуд је сасвим логично што књига која је повод за овај рад носи управо такав назив: *World Governance: Do We Need It, Is It Possible, What (Could It) All Mean?*, односно у преводу *Светско управљање: да ли нам је потребно, је ли могуће и шта би све то могло да значи?*

Ради се о веома занимљивом зборнику радова који се појавио 2010. у издању престижне издавачке куће *Cambridge Scholars Publishing*.[9] Основа за ово издање је истоимена конференција која се одржала у Београду у јуну 2008. Но за потребе овог издања уредници су додали и неке друге радове који су представљани на ранијим конференцијама одржаваним у оквиру истог истраживачког пројекта,[10] као и неке који су се логиком уклапали у замишљени оквир зборника. Тако је настало издање које има важан значај за нашу филозофију и друштвене и хуманистичке науке уопште. Ретко се наиме дешава да се на овакав начин у светским оквирима представи неки интелектуални догађај који се одиграо у Београду и ретки су случајеви да наши аутори објављују код престижних светских издавача.[11]

Бабић и Бојанић су у сарадњи са уредницима издавачке куће тако саставили зборник који је веома репрезентативан у погледу

[9] Babić, J, Bojanić, P, (ур.), 2010. Српски превод целог зборника појавио се 2013 у издању Правног факултета у Београду.

[10] Серија конференција из области филозофије и етике међународних односа коју су у другој половини деведсетих заједно са Бурли Викинсом започели Јован Бабић и Александар Јокић. Временом је пројекат еволуирао, конференција је од ануалне постала бианулна, а уместо Јокића у организацију се укључио Петар Бојанић. Осим овог зборника на енглеском језику, као последица пројекта појавио се у издању Службеног гласника 2009 и зборик на српском језику Светска власт. Садржај се међутим у доброј мери разликује од енгелског издања.

[11] Свега неколико скорашњих случајева је познато и то углавном наших људи који годинама живе у иностранству (Радан, Павковић)

заступљености аутора и тематике која се данас разматра у оквиру нарације о светском управљању. Бабић је изразио жаљење што у овај зборник није ушао познати текст Александра Вента о неизбежности светске власти.[12] Већа је чини се штета што зборник нема више озбиљних чланака који су критички настројени према актуелним идејама и филозофским пројектима светске власти и космополитиске демократије. Занимљиво би било знати зашто овде нема Чендлеровог текста који се иначе налази у српском издању, као и Дузинасовог прилога. Ради се о квалитетним радовима релативно познатих аутора који припадају кампу оних левичара који су критички оријентисани према доминантним идеолошким пројектима,[13] и у својим радовима следећи традицију демаскирања приказују везу оваквих пројеката са глобалним империјализмом и америчким хегемонизмом.

Постоји обиље озбиљне литературе која критикује пројекте светске власти са различитих филозофских и политичко-теоријских позиција. Нпр. класични реалисти из области теорије међународних односа написали су неке значајне радове усмерене ка критици ових утопијских идеја. Волц као вероватно најважнији од њих има неколико текстова у којима се критички осврнуо на сличне радове и пројекте.[14] Овако се критички осврти, стварни проблеми и приказивање друге стране медаље могу наћи само код Јана Нарвесона (који одбацује саму идеју), Алфреда Рубина (који показује како велике државе зарад свог интереса манипулишу терминологијом и нормативом у сфери међународног права), Ингеборг Маус (критикује злоупотребу Канта за пропагирање идеје светске власти) и занимљиво код све тројице наших аутора. То је квантитативно далеко слабије од предоминантне позиције коју у различитим облицима заступају сви остали аутори, њих четрнаесторо.

Но тиме се доиста реалније приказује стварно стање у савременој политичкој филозофији. Оно је као што смо већ горе напоменули и као што и овај зборник показује, прилично јадно и неинспиративно. Дебате су одсечене од историјског искуства, класична аругментација, увиди и и аутори се селективно користе, уводи се низ бемислених аптрактних *изама* за опис нормативних позиција које се по правилу престављају у бинарној опозицији, без реда се креће између високе нормативности и практичне дневне политике. Коначно, простор за

[12] Види Вент, 2009.
[13] У тој традицији су и Данило Золо и Скот Хоторн.
[14] Види нпр. Нпр. Kenneth Waltz, « Globalization and Governance», *Political Science and Politics*, Vol. 32, No.4, 1999, 693-700

дебату и размишљање је сурово и брутално ограничен праксом и политиком научне мреже институција, часописа, фондација и сл, која непогрешиво следи оквире политичке коректности владајуће фундаменталистичке лево-либералне идеологије.[15]

Ово се најбоље види у имплицитно недодирљивој хипотези о апсолутној пожељности либералне демократије у њеном унутардржавном и космополитском виду с једне, и асполутној непожељности било каквог ауторитаризма с друге стране. Не само ауторитаризам него чак ни ауторитарни елементи унутар либерално демократских устава као што су ванредно стање или државни разлог, немају никакав легитимитет унутар овог дискурса, заинтересованог само за нормативна разматрања демократије и све оне мале кораке и процесе који воде успостављању светске власти.

Зборник је иначе састављен од три целине. Прва, под називом *За и против* обухвата седам текстова. Ричард Фалк, Мајкл Волцер, Стенли Хофман, Отфрид Хефе и Кембел Крејг износе аргументе у прилог светског управљања, Павковић указује на низ теоријских и практичних проблема у вези са (не)могућношћу сецесије у Вентовој глобалној творевини, док Нарвесон доказује зашто је светска влада страховито погрешна идеја.

Следи затим целина од пет текствоа посвећена споровима о Кантовом односу према идеји светске власти. Ту су Полин Клајнгелд, Томас Поге и Шерон Андерсон Голд који се залажу за глобално управљање тражећи подршку у Кантовим идејама, док Ингеборг Маус и Јован Бабић следећи Канта указују на његово суштинско противљење идејама светске власти, односно на немогућност трајног уклањања рата.

Последња целина носи назив *Примене*. Обухвата осам текстова. Рубин и Бојанић одскачу са критичком интонацијом бавећи се проблемима дефиниције и положаја пирата у међународном праву и у визији глобалне власти. Бјукенен и Киохејн разматрају легитимност институција глобалног управљања, Лари Меј пише о праву да се буде субјект међународног права, Ентони Елис разматра значај

[15] Ово се одражава на различите начине у свим областима практичне и интелектуалне делатности. Подсетимо се да владајући нормативни дискурс у круговима блиских Републиканској странци у САД, у последњој деценији, означаван обично као неоконзервативизам, у свом милитаризму, фундаментализму и привржености идеји насилне промоције демократије и људских права широм света, много више додирних тачака има са левим либралима него са класичним конзервативцима.

Међународног кривичног суда , Вирџинија Хелд пише о етици бриге у вези са светском владом, Пол Гилберт се бави глобалним цивилним друштвом, а Луси Кабрера се залаже са глобално грађанство као неизоставан део космполитизма.

Већина заступљених аутора припадају идеолошком кампу који себе данас представља као либерале. Такође велики број њих је некада био или експлицитно марксистички оријентисан, или близак неком облику левице. Суштински, посматрано из позиције скале класичне политичке теорије њих би пре требало третирати као умерене, еволуционо усмерене троцкисте (пре свега због циља, универзалне светске заједнице једнаких људи, метода перманенте (р)еволуције, и неупитности есхатолошке схеме) него као класичне либерале којима је национална држава из много суштинских разлога била незаменљиви овкир политике. То нису ни либерали манчестерске школе јер се од њих фундаментално разликују по разумевању односа политике и економије и по односу према тржишној привреди.

За многе антикомунисте из источне Европе велико изненађење је било то што је Запад изашао из хладог рата много склонији левим идејама него што су они очекивали. Дилема: комунистички исток, капиталистички запад скривала је дубоку еволуцију унутар западног света, на свим пољима која је водила ка сушптинском и дубинском скретању у лево већег дела западне цивилизације. То се нарочито рефлектовало у стању на универзитетима који су произвели овакву доминацију најразличитијих облика левог дисксурса који су креирали овакав интелектуални мејнстрим представљен и у нашем зборнику.

Како дакле изгледа модел светске владавине за који се они залажу?

*

* *

Полазећи од оживљене просветитељке есхатолошке перспективе, ови аутори велики значај дају процесу глобализације. Глобализација је вероватно најчешће коришћена реч у друштвеним наукама у деценији која је следила након пада комунизма. Пад берлинског зида симболички је схваћен као најава пада свих зидова и граница: између економија, народа, нација, држава. Глобализација је гиденсовски схваћена као интензивирање процеса и унутрашње сажимање света. Ранији просветитељи би сматрали да је сам тај процеес по себи довољан да се констатује кретање ка космополису. Ови нови

просветитељи, међутим, глобализацију схватају као позитиван, али дијалектичан и двостран процес који има добре стране, али носи и велике опасности[16]: пролиферација нуклеарног наоружања, глобално загађење, могућност ширења тероризма, повећање социјалних разлика, кршење људских права унутар појачаних међуетничких сукоба итд. Стога се као проблем поставља како констролисати овај фактички процес глобализације и како га усмеравати у пожељном правцу. Фалк то врло лепо дефинише: глобално управљање се бави успостављањем поретка у одсуству светске владе и међународних институција довољно јаких да примене глобалне норме у односу на политичке актере који им се одлучно противе.[17] Основни задатак је функционалистички, управаљање овим процесом за који стари вестфалијански овкир наводно није довољан.

Дакле сам есхатолошки циљ углавном није споран: то је светска владавина заједницом обједињеног човечанства. Али у фокус међутим улази управљање оним што се сада дешава. Дакле, читава ова интердицсиплинарна област анализе светске владавине доживела је функционалистички обрт и са анализе нормативног циља угланвом је прешла на истраживање актуелних процеса транзиције од вестфалијанског модела суверених држава ка наредним облицима који треба да доведу до крајњег циља.

Поређења са историјом марксистичке мисли су неизбежна. Ко год се бавио анализом теорије и праксе марксизма и реалног социјализма у двадесетом веку препознаје идентичну матрицу мишљења и методологију само изражену другим појмовима и категоријама. Да се подсетимо, у марксизму и разним другим дериватима социјалистичког покрета, циљ је такође био неоспоран и углавном замишљан на идентичан начин: комунизам као разотуђење сваког појединца и читавог човечанства, и овладавање природом и светским процесима у интересу човечанства (зато је пролетаријат имао месијанску улогу јер је он једина класа која не може себе да ослободи, а да не укине сваку експлоатацију).

Сви спорови су, међутим, вођени око тога како да се до тог жељеног циља дође. Оно што се данас назива *транзицијом* у оној традицији се називало *прелазним стањем*. Историја марксизма у двадесетом веку пебогата је разним покретима, правцима и практичним облицима:

[16] Урлих Бек то назива ризичним друштвом.
[17] У Babić, J, Bojanić, P, (ур.), (2010), стр. 20. Овде треба уочити и милитантну димензију принуде и приморавања.

анархизам, синдикализам, лењинизам, троцкизам, стаљинизам, демократија савета, социјал-демократија, аустромарксизам, народне демократије, самоуправљање, еврокомунизам, културна револуција, теологија ослобођења, да поменем само неке од њих. Основно поље на коме су се они разилазили је простор прелазног стања које су сви различито доживљавали и на коме су се залагали за различите стратегије и тактике долажења до истог циља: колико траје прелазно стање (социјализам), како се организује, које методе користити, како се односити према постојећем буржоаском свету и унутар земаља које су оствариле револуцију, и унутар оних у којима је либерална демократија и даље на власти, како се у међународној арени односити према несоцијалистичким земљама, како пословати са капиталистичким државама, банкама и корпорацијама итд.

Штавише, многи од ових аутора не само да тврде да је једна светска валда далеки пројекат него као своју позитивну одлику истичу одређену скепсу према превише централизованим визијама такве владе као потенцијално хегемонистичким.[18] Њих управо и занима простор између два екстремна типска модела, вестафилијанског са системом независних суверених држава, и глобалне централизоване државе. Отуд доминатно фукнционалистичка аргументација и тумачења чак и основних помова као што је демократија. Наиме велики број аутора инсистира на томе да демократија није прецизно и занавек дефинисан појам, да он доживљава сталне промене и адаптације, да је нпр. већ прелазак са директне демократије на представничку у САД био толики шок и револуција да се модел уопште и није називао демократијом него републиком, и д аконачно прелазак на регионалне, а затим и на глобалне моделе космополитске демократије такође значи нову револуционарну трансформацију појма и садржаја демократије.

У том међупростру они се фокусирају на елементе овог процеса као што су ерозија суверенитета, демократизација што већег броја ауторитарних држава, ширење механизама за заштиту људских права независно од воље и уређења појединачних држава, ширење социјалне правде, затим транснационалних демократских иницијатива, јачање глобалне јавне сфере и глобалног цивилног друштва, стварање додатних надвладиних институција као што је Међународни кривчни трибунал, прављење широке мреже која промовише универзалну космополитску културу људских права и врши притисак на власти значајних држава и међународних

[18] Види Лу, 2009. 95. и даље.

институција како би спроводили све мере у овом правцу, укључујући и санкције и хуманитарне војне интервенције. Циљ је да се створи децентрирана мрежа снажних актера који наступају у име одређеног скупа космополитских вредности и постепено трансформишу читав светски систем у том правцу.

Мајкл Волцер је због забринутости за опстанак појединачних култура и културне разноликости посебно заинтересован да то ново управљање буде плуралистичко. Разрађујући свој модел он долази до како каже трећег нивоа глобалног плурализма: треба створити скуп алтернативних центара и све гушћу мрежу друштвених веза које прелазе преко граница држава. Решење је да се гради на већ постојећим институционалним структурама или онима које полако настају и да се оне јачају чак и кад се међусобно надмећу.

Кад се то преточи у модел настјае нешто што за онога ко је доживео 1999 и њену обавештајно идеолошку и пропагандну припрему делује као права ноћна мора: «Тако трећи ниво глобалног плурализма захтева УН са сопственом војном снагом која би била способна за хуманитарне интервенције и јаке верзије чувања мира – али снагу која би и даље могла да се користи само уз одобрење Савета безбедности или велике већине у генералној скупштини. Она затим захтева Светску банку и ММФ довољно јаке да регулишу ток капитала и облике међународног инвестирања, и СТО способну да наметне радне и еколошке стандарде као и трговинске уговоре – свим тим међутим мора да се независно управља, без уске координације са УН. Потребан је и светски суд који би сам могао да хапси, али коме би требала подршка УН уколико се суочи са противљењем било које од (полу) суверених држава које чине међународно друштво. Додајмо овим организацијама велики број грађанских удружења која делују интернационално, укључујући политичке странке које своје кандидате истичу на изборима у различитим државама, и синдикате који остварују свој дугорочни циљ међународне солидарности, као и покрете окупљене око једног специфичног проблема.» Овом мрежом, наставља Волцер јача се политика глобалног друштва, али уз услов да све то никада не сме да конституише један центар. Потребни су мултипликовани извори политичке енергије који се увек другачије усредсређују.[19]

[19] Walzer, 2010, 57

Чак и овакво прелазно стање је дугорочни циљ, а не нешто чему смо данас близу. Но сваку прилику да се иде у том правцу треба искористити. Ово убеђење је широко распрострањено, па постоји велика спремност да се игноришу детаљи ако је циљ прихватљив. Чак и Вент тврди да нам није потребна јединствена влада у форми једног јединственог тела са једним лидером који доноси финалне одлуке.[20] Међутим као и сви мислиоци који су антисуверенистички усмерени и ови имају ултимативни проблем спроводивости одлука. Ко ће на крају, посебно у спорним ситуацијама да донесе одлуку? Вент зато на крају тврди да је једна ефикасна влада ипак ултимативни циљ јер мора да обезбеди извршивост одлука пре свега кад су у питању сузбијања проблематичних, изопштених држава и група. Упркос нелагодности у вези са понашањем САД (посебно у Бушовој неоконзервативној деценији) за које и они признају да се хегемонистички понашају, многи од кључних аутора на крају ипак признају да кретање у жељеном правцу зависи од добре воље пре свега САД и ЕУ да делују у складу са њиховим визијама хуманитарних интервенција и сузбијања суверенитета.[21]

*

* *

Следећи корак у разматрању је питање конкретних мера којима би данас и у скоријој будућности могло да се развије ово либерлано прелазно стање. Николас Хагер у својој недавно објављеној књизи Светска влада говори о осам могућих модела који могу да се развијају. 1. Стварање светске заједнице кроз организације, 2. Држање за УН и јачање уговора између великих сила, 3. Организовање конвенције за Светски устав, 4. Ревизија Повеље УН како би се ојачало међународно право, 5. Уговор за формирање нове глобалне организације која би постојала уз УН и ојачала је. 6. Стварање нетранспарентне (тајне) Светске владе кроз групе са ексклузивним члановима[22] 7.

[20] Wendt, 2003, 506

[21] Pogge, 1992. Тамирова тврди да је добро што данас постоји либерални хегемонизам. Tamir, 1995.

[22] Овај конспиролошки модел је веома развијен у алтернативама мејнстрим науци, посебно у круговима ревизионистичке историје. По њима ово је најрелевантнији модел јер се управо преко деловања таквих ексклузивних, нетранспарентних група које трансцендирају националне инстанце спроводи највећи део глобалног управљања и трансформација света бар у последњих стотинак година. Доступни подаци о организацијама као што су Билдерберг група, Трилатерала, Римски клуб или слободно зидарство потврђују да се ова димензија не сме изоставити као део објашњења одређених појава и токова у модерној светској историји.

Демократизација УН и чињење да глобално управљање постане одговорније, 8. Идеални обик светске владе који би изградио све институције попут војске, председника, владе, парламентарне скупштине, сената, суда и све то поставио изнад УН.[23]

Погледајмо како се међутим код аутора у књизи и њима сродних мислилаца виде пожељне конкретне мере и кораци за стварање модела какав је наведени Волцеров. Овде можемо да обрадимо само неке од најважнијих и најчешће помињаних.

1. Регионализам. Овај појам се користи у два основна вида. Други, политика јачања друштвених и административних ентитета нижег обима од држава, има значајну улогу у процесу дисперзије суверенитета националних држава. Поменута дисперзија иде према доле, дакле према мањим аутономним јединицама,[24] али и према горе, ка новим већим регионалним целинама које обухватају државе и на које поједине земље траснферишу своје ингеренције у све већем броју области. Европска унија се узима као веома успешан, већ у великој мери реализован протомодел, који показује реалну остваривост идеје регионализма. Многи аутори су још после другог светског рата уочили да је идеја о стварању светске владе, па чак и европске путем чина, уставне конвенције, неког револуционарног *fiat* неостварива. Отуд се као реалистичан модел у случају ЕУ показао еволутивни, али константни развој интеграција који је довео до веома високог степена интегрисаности који укључује и јединствену монету. ЕУ се дакле узима као пут који би требало да следе и друге регионалне иницијативе (НАФТА, АСЕАН, Панафричка унија итд), али и као нада да се сличном еволуцијом која води ка стварању региона у другом кораку може доћи и до обједињивања региона у светску владавину.

2. Универзална демократизација као пут ка миру. Опет имамо два момента. То је настојање да се што већи број земаља од ауторитаризма преведе у табор демократија (макар то за почетак укључивало само формални критеријум избора владе на релативно слободним изборима). И други, веру да ће већи број демократија допринети укупној демократизацији и пацификацији међународне арене. Ова вера је међутим и теоријски и икуствено крајње проблематична. Она се базира на старом миту о томе да демократије

[23] Hagger, 2010.

[24] Ерих Калер је још четрдсетих предлагао да се уместо држава на светској уставној конвенцији појаве делегати региона, као нижих, хомогенијих јединица.. Види у Niebuhr, 1949, 385

наводно не ратују међу собом као и да су демократије мирољубивије у међународним односима.[25] Бентам, Кант и Медисон се наводе као теретичари који су поставили ове старе хипотезе. Међутим још је понашање Атине показало да демократије могу да воде веома милитаристичку и насилну империјалистичку политику и да воде ратове у име колонизације, освајања, хегемоније. Њима у великој мери одговара модерно понашање Британије у деветнаестом и САД у двадесетом или двадесет првом веку. Да би се вештачки одржавао мит натеже се аргумент тако што се вилхелминска Немачка проглашава ауторитарном државом иако је била изборна демократија са широм бирачком базом од Британије и Француске итд. Такође се прескаче искуство француске револуције и европских ратова који су након ње уследили. Хобсбаум је добро уочио да су демократије често биле крволочније и милитантније због месијанизма и популизма, док су ауторитарне царевине у принципу бар у првој половини деветнаестог века водиле конзервативну и неагресивну политику усмерену ка очувањеу *статус квоа* и пацификацији унутрашњих револуционарних изазова.[26]

3. Супсидијарност. Ову идеју у арсенал глобалних космополитских метода углавном доносе европски аутори. Супсидијарност је једна од најчешће помињаних речи кад је у питању процес европских интеграција па је разумљиво зашто се њена симболичка и методолошка снага радо трансферише и на идеје о глобалном управљању. Суштина је у претходној хипотези коју је посебно Поге[27] радо развијао а сви врло радо прихватили, у дисперзији суверенитета, одлучивања и одговорности. Овај појам иначе долази из социјалног учења римокатоличке цркве, односно из папских енциклика. Уведен је крајем деветнаестог века да помогне у организацији хијерархије цркве. Одатле је преузет у политичку теорију хришћанске демократије, да би се прелио на систем организације ЕЕЗ, а затим и ЕУ. Његова сушптина је садржана у препоруци да сваки ниво власти треба директно да одлучује о оним питањима која се директно односе на њега и само на њега. Конкретно, то би значило да локална самоуправа и регионална влст не треба да очекују да им држава решава комуналне проблеме, или да Европска комисија нема права да се меша у оне послове које државе

[25] Део те дискусије обухваћен је код Аркибуђија, 2004, 441. Види и Xoffe, 2010, 82.

[26] И Аркибуђи и Хефе прихватају ове контраргументе али покушавају на крају да ипак спасу макар минимално важење основне тезе о већој склоности демократија ка међународним институцијама и кооперацији. Понашање САД међутим према УН, протоколу из Кјотоа и Римском трибуналу је веома јак контрааргумент.

[27] Види Pogge, 1992, Лу, 2009.

нису пренеле на европски ниво. Овај корисни принцип у пракси је међутим предмет сталних контроверзи и спорова око ингеренција између држава и Комисије, а све више и између држава и њених подјединица (региона, *лендера*, статистичких региона, аутономних покрајина). У сваком случају, ови мислиоци се надају да би тај принцип могао да помогне и дисперзији суверенитета и државних надлежности, те њиховој равномерној расподели између свих ових нивоа од светске власти до локалне самоуправе.

4. Унапређење и јачање већ постојећих међународних институција и њихово претварање у глобалне и светске (а не међународне). Многи од ових аутора су незадовољни понашањем и радом УН и доста се баве идејама о њиховој реформи уочавајући међутим колико је уопште проблематична сама идеја демократизације УН. Оданост левим идејама социјалне правде и приоритету борбе против сиромаштва чини их још скептичнијим према ММФ, Светској банци и посебно према СТО. Међутим, у недостатку других ове институције узимају као заметке будуће мреже глобалних институција и залажу се за њихову реформу. Као добар аспект њиховог деловања истиче се надређеност државном суверенитету и могућност да се преко њих врши условљавање ауторитарних режима.

Занимљиво је да у зборнику нико не помиње НАТО, што је прилично уобичајна пракса међу овим мислиоцима. А НАТО је заправо најважнија од институција преко којих се у последње две деценије практиковало гажење суверенитета и глобално управљање. Та институција је преузимала «правду» у своје руке и улогу регионалног и глобалног полицајца кад год је могла спроводећи хуманитаране интервенције и борбу против тероризма и без одобрења Савета безбедности. И док су рат протв Србије сви једнодушно подржали, окупације Авганистана и Ирака су помутиле веру у америчке намере. Штавише, чини се да је подржана аргументација реалиста који тврде да су све ове међународне институције заправо инструменти политике и интереса најјачих сила а пре свега САД.[28]

5. Стварање нових глобалних институција и агенција при чему се посебан нагласак ставља на независне судске инстанце које би могле да одлучују о разним аспектима унутардржавних полтика и да служе као инструменти глобалне демократизације. Томас Поге

[28] Неке депеше објављене у *Викиликсу* додатно су подриле веру у рад ових интитуција. Испоставило се да је и Римски трибунал као зпараво једина нова релевантна институција основана у складу са овим идејама, постала инструмент под контролом САД иако сама Америка не признаје тај трибунал!

се посебно истиче таквим пројектима који би на пример одлучивали о томе да ли је нека држава довољно демократска да јој се дозволи да продаје своје ресурсе на светкој пијаци. Резон ових мислилаца је подржан полувековним искуством рада судских инстанци у САД и праксом Европског суда правде. Ове недемократске институције су урадиле највише за ширење идеологије и система вредности до којих им је стало па стога траже да се таква пракса универзализује и подигне на светски ниво. Они су велики подржаваоци стварања *ад хок* међународних кривичних трибунала какви су суд за бившу Југославију и суд за Руанду. Ови трибунали су такође обележени веома контроверзном праксом селективне правде и посебно се труде да дешавања у турбулентним регионима одвоје од «заслуга» великих западних сила и да њих ослободе од било какве одговорности за распад земље и поједине злочине.[29]

6. Јачање глобалног цивилног друштва, стварање мреже невладиних институција најразлитијег типа које делују по одређеним питањима и стварају глобалну мрежу за демократизацију појединачних земаља и општу демократизацију света. Ово мора да обухвата све политички коректне организације као што су нво-и, омладинске и хуманитарне организације, феминистичке, еколошке, синдикате, фондације, удружења и покрете федералиста, паневропљана, подржавалаца рада УН итд.[30] Посебно се подржавају транснационалне иницијативе и ради се на томе да се при свакој значајној регионалној и глобалној институцији направи саветодавни форум у коме ће представници цивилног друштва бити заступљени.

Постоји међутим, и овде друга стран медаље, а то је еведентна употреба овог простора као инструмента за интересе великих сила и корпорација. Најзанимљивији пример је фомирање, ширење и употреба Отпора за подривање власти у оним државама које постану проблем западним силама, док се Отпор некако не појављује у Саудијској Арабији нпр.

Правац аргументације који Волцер развија покушава да следи класичну либералну традицију наводног неповерења према централизованим ауторитетима, али и комунитаристичку бригу

[29] Док се бивши лидери зараћених страна хапсе и осуђују, некадашњи лидери великих сила су одбијали да се у Хагу појаве и као сведоци.

[30] Један од бољих индикатора значаја ове мере је *легендарни* Фукујама. Након *Краја историје*, већ средином деведесетих, овај аутор се окренуо заговарању приче о развоју цивилног друштва као најважнијем недостајућем сегменту за остварење његових претходних пројекција.

о плурализму култура, односно о значају специфичне културе и система вредности у једној интегрисаној заједници као основе на којој институције могу да функционишу.[31] У сличном правцу ишао је немачки судија Дитер Грим кад је половином деведесетих у полемици са Хабермасом доказивао да не може бити европске демократије јер не постоји европски демос. Велики део либерала је усвојио ове увиде комунитариста па је чак и поменути првосвештеник левих либерала у Европи Јирген Хабермас еволуирао од своје фикс идеје уставног патриотизма ка сложенијем односу демократије и посебне културе и наслеђа заједнице у којој демократија треба да функционише.

С друге стране, набој фундаментализма чеесто се и даље осећа кад је у питању третирање нелибералних друштава. Један од најбољих примера је третман који је Ролсово *Право народа* доживело у овим круговима. Покушавајући да своју теорију правде развијану у *Политичком либерализму* и изграђену око идеје преклапајућег консензуса, пренесе на глобални ниво, Ролс је прокушао да направи аранжман заснован на принципу *modus vivendi* и толеранције између либерално демократских друштава и пристојно ауторитарних система. Иако је ставио низ ограда у погледу тога шта та друштва дефинише као пристојна, и иако чак није отписао ни хуманитарне интервенције у случају тешких повреда хуманитарног права, његова књига је доживела разорне фундаменталистички мотивисане критке из овог табора. Оптужен је зато што је одустао од просте екстраполације своје основне теорије на свет и што своју редистрибутивну схему не примењује на глобалном ниову.

*

* *

До сада смо износили основе ове нове нормативне квазилибералне теорије глобалног управљања односно светске владавине. Погледајмо сада у кратким цртама, како би изгледала на реализму заснована критика ових визија која се фокусира на практичне последице изнетих идеја.

Постоји ниво аргументације који се фокусира на проблем практичности и (не)примењивости ових теорија. Полази се од тезе да је консолидована држава са свим својим манама и даље најбољи и

[31] Један од основних елемената критике у Нибуровом раду «Илузија светске државе» јесте истицање да не постоји одговарајућа светска органска заједница која би моралом и обичајношћу подржавала нове институционалне аранжмане на глобалном ниову.

најпоузданији механизам како за заштиту индивидуалних права тако и за задовољавање свих других основних потреба савремених људи. Стога се сматра да се уместо подривања њеног легитимитета треба окренути ка њеном јачању и оспособљавању да боље обавља своје традиционалне, али и нове функције.

Идеја светске владавине оправдава се иначе полазећи од обе стандардне либералне уговорне теорије. Реалисти много лакше излазе на крај са локовским варијантама[32] које инвестирају просветитељску оптимистичку антропологију о добром човку који се уз адекватне минималне институције сам непринудно развија у кооперацији са другима. Основни аргумент иде на побијање ове оптимистичке антропологије и инсистирање на чињеници да се људска природа не мења те да је сукоб између људи и заједница неизбежна константа људске историје од које се мора полазити при развијању валидних теорија.

Постоји међутим и хобсовска линија оправдавања[33] која управо и полази од антрополошког песимизма. Ова стратегија тврди да су глобализација и појава апсолутне претње у виду нуклеарног наоружања и глобалног отопљавања нови фактори који захтевају да се хопсовкса линија аргументације прошири са нивоа држава на ниво света у виду глобалног управљања најважнијим изазовима и проблемима.

Реалистички напад на ову линију аргументација полази такође од неостваривости идеје (натерајте Кину, Русију и Иран да прихвате такве идеје!), али затим прелази на показивање фактичких последица селективног пропагаирања и наметања глобалог управљања под окриљем западних земаља, односно онога што Мајкл Дојл зове *Мировна унија (Pacific Union*). Суштински оквир се дефинише модификованим видом тезе Мартина Вигта да космополитизам у пракси води глобалној тиранији, која се простире тамо докле може.[34] У сваком случају сви видови космополитске теорије и на њој засноване акције доживљавају се као уношење додатног хаоса у међународни поредак и као наставак, односно квазиуниверзалистички инструмент интересне политике моћи оних земаља које стоје иза пропагирања таквих теорија.

[32] Данило Золо узима Фолка као парадигматичан пример.
[33] Золов пример је Норберто Бобио.
[34] Види Wight, M, 1991. Хантингтон је у свом доприносу овој расправи, есеју *Нема излаза* то формулисао на следећи начин:"Надати се бенигном завршетку историје је људски. Очекивати да се то деси је нереално. Планирати да се то деси је катастрофално.". Huntington, 1989.

Модификовани облик ове тезе јесте напад из позиције одбране демократије какав у овом зборнику износи Ингеборг Маус. Резиме тог аргумента тврди да је основа Кантове либералне визије била демократска република у којој се самостално одлучује о сопственим проблемима, док ове теорије које траже космополитску демократију нужно иду ка суспендовању стварно постојећих демократских творевина. Чињеница демократског дефицита у ЕУ користи се као упозорење да би на нивоу светске власти тај дефицит постао још већи, односно да би политика постала у потпуности ствар бирократске елите на коју обични грађани ни на који начин не могу да утичу.

Но, разорнији правац критике је демонстрација стварних последица употребе ових теорија и демаскирање скривених интереса који стоје иза њих, а које идеалисти нерадо износе или напросто игноришу. У оквиру њега веома значајан сегмент је демонстрирање двојних стандарда којим се наводни универзализам показује као инструмент само једне стране, а да та страна обично финансијски подржава заговорнике универзализма.

Но, чини се најопаснија ствар коју западњаци реализују није што свуда праве мрежу за промовисање својих визија и пропаганде, већ што се из тих сфера кадрови преливају у политику и бизнис па на крају добијемо општи галиматијас њихових људи и на власти и у економији и у трећем сектору. Формира се оно што су марксисти с правом назвали *компрадорска* елита. Дакле, читава локална елита обликује се као потпуно лишена морала и осећаја припадности својој средини. Голи хедонизам и материјализам остају једини циљеви, а метод је прихватање статуса нижих места у глобалној хијерархији владајуће светске елите. Они дакле свесно прихватају систем вредности, навике, поп културу, манире, моду, сексуалне праксе па чак и исхрану која постаје универзална у намери да се поистовете са моделима које диктирају врхови глобалне пирамиде, а цена за тај повлашћени положај и лагодан живот је да у својој земљи спроводе све налоге окупатора, омогућују неограничено богаћење и све врсте субвенција страним компанијама чиме уништавају домаћу привреду и с друге стране држе незадовољни народ у покорности.[35]

У сваком случају оно што је за нас овде занимљиво јесу врло јасно уочљиви блиски односи између главних интелектуалних јунака ове нарације о глобалном управљању, који су често и практично

[35] На овоме посебно инсистира Питер Гауен у Gowan, P, 2000. Ова анализа детаљно показује како домаћи играчи штите права страних компанија насупрот права домаћих привредних субјеката и радника.

ангажовани у разним комисијама, саветима, *тинк тенковима* и сл, и финансијера њиховог рада што су најчешће управо фондације повезане са највећим корпорацијама чији су власници и оснивачи у исто време и водећи чланови поменутих ексклузивних клубова, а чији је циљ глобално управљање у сопственом интересу.

Miša Đurkovic, Ph.D
Senior Research Associate
Institute of European Studies Belgrade

FROM THE WORLD GOVERNMENT TO GLOBAL GOVERNANCE

Summary

The reason for the occurrence of this article is the appearance of collection of works on global governance that is arranged by Jovan Babic and Petar Bojanic. The author takes this anthology as an excellent indicator of the dominant liberal views on the preferred transformation of the modern World. Starting from the collected texts he tries to reconstruct the model of transformation of global relations which left-liberal authors advocate. Primarily he emphasizes move from the idea of a centralized World government to a decentralized global governance that takes place at different levels. The author presents also his criticism of this model.

Key words: World government, global governance, liberalism, hegemony

Литература:

Archibugi, D, Held, D, (ур.), (1995), *Cosmopolitan Democracy: An Agenda for a New World Order*, Polity Press.

Archibugi, D, (2004), ” Cosmopolitan Democracy and its Critics: A Review”, *European Journal of International Relations*, Vol. 10(3), 437–473

Бабић, Ј, Бојанић, П, (ур.), (2009), *Светска власт*, Службени гласник, Београд

Babić, J, Bojanić, P, (ур.), (2010), *World Governance: Do We Need It, Is It Possible, What (Could It) All Mean?*, Newcastle upon Tyne, Cambridge Scholars Publishing

Вент, А, (2009), “Зашто је светска држава неизбежна?”, у Јован Бабић, Петар Бојанић, (ур.) *Светска власт*, Службени гласник, Београд

Вуковић, Н, (2007), *Логика империје*, Конрас, Београд

Goodman, E, (1953), “The Soviet Union and World Government.”, *Journal of Politics*, 15, May, стр. 231-53

Gowan, P, (2000), *The New Liberal Cosmopolitanism*, IWM Working Paper, No. 2, Vienna.

Ђурковић, М, (2005), *Капитализам, либерализам и држава*, Филип Вишњић, Београд

Ђурковић, М, (2009), «Еколошки тоталитаризам“, *Политика*, 26. 09.

Zolo, D, (2004), *Cosmopolis: La prospettiva del governo mondiale*, Feltrinelli, Milano

Кинзер, С, (2004), *Сви шахови људи*, Самиздат Б92, Београд

Кљакић, Љ, (2007), *Космополис: оглед о целини света и управљању светским пословима*, на страници
http://www.scribd.com/doc/32579294/Ljubomir-Kljaki%C4%87-KOSMOPOLIS-OGLED-O-CELINI-SVETA-I-UPRAVLJANJU-SVETSKIM-POSLOVIMA

Лу, К, (2009), „Светска влада“, у Јован Бабић, Петар Бојанић, (ур.), *Светска власт*, Службени гласник, Београд, стр. 81 – 105.

Niebuhr, R, (1949), „The Illusion of World Government“, *Foreign Affairs*, Vol. 27, No. 3 April, стр. 379-388

Pogge, T, (1992), " Cosmopolitanism and sovereignty", *Ethics*, Vol. 103, No. 1, October, стр. 48-75

Ролс, (2003), *Право народа*, Александрија прес, НСПМ, Београд

Schmitt, C, (1996), *Roman Catholicism and Political Form*, Greenwood Press

Tamir, Y, (2000), "Who's Afraid of the Global State?" , у *Nationalism and Internationalism in the Post-Cold War Era*, Kjell Goldmann, Ulf Hannerz, and Charles Westin (ур.). Routledge, стр. 216-243.

Филиповић, Д, (2008), *Анатомија глобалистичког смрада*, Принтмедиа, Београд

Hagger, N, (2010), The *World Government: A Blueprint for a Universal World State*, O Books 21.

Huntington, S, (1989), 'No Exit – The Errors of Endism', *The National Interest*, no. 17, Fall, стр. 3– 11

Шмале, В, (2003), *Историја европске идеје*, Клио, Београд

Höffe, O, (2010), "A Subsidiary and Federal World Republic: Remarks on Democracy in the Age of Globalization", у Babić, J, Bojanić, P, (ур.), *World Governance: Do We Need It, Is It Possible, What (Could It) All Mean?*, Newcastle upon Tyne, Cambridge Scholars Publishing.

Constantini, C, (2006), "*The 'timeless present': At the roots of Europe's identità",* у *German Law Journal*, Vol. 7, No. 2, 93-100.

Waltz, K, (1999), " Globalization and Governance", *Political Science and Politics*, Vol. 32, No.4, 693-700

Walzer, M, (2010), "Governing the Globe: What is the Best We Can Do?", у Babić, J, Bojanić, P, (ур.), *World Governance: Do We Need It, Is It Possible, What (Could It) All Mean?*, Newcastle upon Tyne, Cambridge Scholars Publishing.

Wendt, A, (2003), "Why a world state is inevitable", *European Journal of International Relations*, vol. 9 no. 4, стр. 491-542.

Wight, M, (1991), "The Three Traditions of International Theory," in *International Theory: The Three Traditions*, Leicester: Leicester University Press.

Проф. др Драган М. Митровић[1]

Оригинални научни рад

UDK:316.32:327

ЊИХОВО ГЛОБАЛНО УПРАВЉАЊЕ СВЕТОМ[2]

Апстракт

Књига „Глобално управљање светом“ која је 2012.године објављена на српском језику, претходно је објављена у Лондону 2010.године. Уредници те књиге су проф.др Јован бабић и др Петар Бојанић. У чланцима који су објављени у тој књизи, разматрају се социјалне, политичке и правне промене до којих би довела једна светска влада, односно светска држава, на чијем се успостављању одавно ради. Аутор се у раду осврће на карактеристична упоришта у тим чланцима и коментарише их, а, исто тако, анализира упоришта појединих аутора који у настанку једног таквог баука, који треба да прогута човечанство као свој плен, налазе пре његове добре него очигледне рђаве стране.

Кључне речи: савремени свет, глобално управљање, светска држава, светска влада.

I

1. Књига *Глобално управљање светом*, коју је 2012. године на српском језику објавио ЦИИ ПФУБ, захваљујући љубазности њених приређивача: професора др Јована Бабића и др Петра Бојанића, претходно је објављена у Лондону 2010. године. Сачињена је као зборник састављен од радова 22 угледна аутора, од којих су на наше задовољство и три домаћа. У њој се разматрају социјалне, политичке и правне промене до којих би довела једна светска влада, односно светска држава, на чијем се успостављању одавно ради. И не само

[1] Редовни професор Правног факултета Униврeитета у Београду; mail: draganm@ius.bg.ac.rs

[2] Ово стручно саопштење изложено је дана 26. фебруара 2014. године на округлом столу Института за Упоредно право, посвећеног књизи *Глобално управљање светом* (изд. Центар за издаваштво и информисање Правног факултета, Београд 2012. године) коју су приредили проф. др Јован Бабић и др Петар Бојанић

да се ради, већ је светски поредак са светском државом или владом званично најавио амерички председник Џорџ Буш старији у свом обраћању Конгресу већ 1996. године, упркос чињеници да је таква светска власт или влада још увек у сенци (*Shadow Government*). Већ та чињеница представља згодан повод да се осврнемо на карактеристична упоришта аутора овог зборника и коментаришемо их, нарочито на упоришта оних аутора који у настанку једног таквог баука, који треба да прогута човечанство као свој плен, налазе пре његове добре него очигледне рђаве стране.

2. Имајући овим поводом у виду различите изборе и супротна залагања аутора у зборнику *Глобално управљање светом*, желимо да подсетимо како су изрази „глобализам", „глобализација" или „мондијализам", уз друге изведене или сличне изразе, сковани и коришћени током последње две-три деценије XX века у академским расправама како би се означило све снажније дејство сједињујућих чинилаца у савременом свету. Убрзо су ови изрази постали саставни део речника бројних доктрина и идеолошких ставова. Такође, различити ставови око глобализације као друштвеног процеса довели су до даљих подела на тзв. „скептике" који поричу постојање глобализације као друштвеног процеса, „глобалисте" који у глобализацији виде пожељну промену која доводи до ширења идеологије неолиберализма и тржишне економије, „суперглобалисте" који глобализацију сматрају објективно планетарним процесом, „антиглобалисте" који се усредсређују само на непожељне последице процеса глобализације и „трансформационисте" који глобализацију проучавају свеобухватно и избалансирано. То јасно показује да постоје стручњаци и лаици који у јачању глобалистичких тежњи препознају озбиљну или највећу претњу демократији у савременим либералним друштвима. Многи други, пак, у глобализацији виде пут ка успостављању Светске државе за коју се треба залагати свим расположивим средствима. Постоје и бивши глобалисти, као на пример оснивач и извршни директор форума у Давосу, Клаус Шваб, који је прошле године, на скупу поменутог форума изјавио да глабализам ипак није довољно добар нити способан да реши савремене проблеме света, чиме се од поборника глобализације преобратио у скептика и могућег противника. Очигледно, суштина је у томе да разноврсност, а не униформност, даје потенцијал и замах овом свету. То као да једино глобалисти не примећују.

3. Можемо се запитати: како је уопште могло да дође до тога да фантазме о светској држави постану повод за размишљање о једној реалној појави у најави и настајању? Важан разлог за то можда треба потражити у преовлађујућим идејама које су омогућиле да се током целог XX века друштво, држава и право постојано релативизирају и расплињавају. Упоредо са тим, одвијало се притајено, а сада све чешће нескривено наметање човечанству глобалистичке идеје светске државе као нечег наводно закономерног и неизбежног. Надахнути таквим патократским, можда је боље рећи луциферовским намерама, протагонисти глобалног управљања из сенке су по ко зна који пут злоупотребили науку и неке њене посланике, који, по њима, треба стручно да објасне како једна светска компанија, светска влада или супер светска држава (изрази који се обично користе за означавање исте појаве) представљају нешто нужно и природно, а не неприродно и изопачено, и све то у име наводне сигурности и једнакости будућих светских грађана.

II

Због значаја идеја које подржавају глобалистичке процесе у свету, додатно ће бити приказано седам каратеристичних мултидисциплинарних правних теорија које згодно допуњавају претежно политиколошке теорије у овој књизи, видеће се где њихови заговорници греше, а затим и до чега њихови закључци доводе, јер највећи број њих отворено стреми ка истом циљу – глобалном управљању светом.

1. Први карактеристичан правац је *Покрет Критика правних студија*, основан осамдесетих година XX века у Америци са немогућим циљем да у целости критички испита правну појаву. Том приликом, обилато се користи Деридин метод деконтрукције како би се сагладала нова улога државе, права и правде у савременом свету. Ипак, главни представник није Жак Дерида већ Роберто Магабеира Унгер (један од академских ментора америчког председника Барака Обаме, поред његовог главног ментора, Збигњева Бжежинског). У својој књизи *Знање и политика* Унгер формулише „идеал заједнице са *органским групама* које ће превазићи систем доминације. Управљање активностима ових група и спречавање наметања једне другима вршиће *држава* која би требало да буде на светском нивоу“. Наравно, таква светска држава била би изнад тих органских група

и њихових партикуларних интереса, непоколебљиво следећи само свој интерес. Може се очекивати да ће те органске групе настати од будућих држава, ако је тачно предвиђање некадашњег генералног секретара Уједињених нација Бутрос Бутрос Галија, који је последње деценије прошлог века најавио да ће та организација до 2050. године бројати око 400 држава-чланица.

2. Постоје и феминистичке студије са својом *феминистичком јуриспруденцијом* и различитим правцима (*феминизам разлике, културни феминизам, радикални феминизам, Школа женско право* итд.). Тако су настале бројне „феминистичке теорије државе и права“, иако савремене најразвијеније државе са њиховим правима себе одавно не сматрају полно опредељеним, али се не одричу ни претензија на неку врсту универзалности свог права. Можда ће бити интересантно да скренем пажњу на још једну важну а недовољно познату чињеницу: према изјави Арона Русоа, постанак феминистичког покрета подстакла је и финансирала у првој деценији XX века Рокфелерова фондација (од 1913. године). То није учињено ни због каквих алтруистичких разлога, нити због успостављања полне равноправности жена у друштву, како се данас обично и умесно доживљава феминистички покрет, већ због разбијања породице, опорезивања запосленог дела женске популације која дотле није плаћала порез и преузимања „бриге о васпитању“ најмлађих нараштаја становника који треба да буду индоктринирани у духу припадања држави а не породици. Данас се промовише модел успешне пословне жене, али се прећуткује да је њихово запошљавање често условљено прихватањем изопачених уговорних обавеза, на пример да од тренутка свог запошљавања барем пет наредних година не смеју да рађају итд., како се и код нас данас поступа.

3. *Школа економске анализе права* има за циљ да укаже на тесну везу економије и права, нарочито на економске последице правних решења законодавних и судских органа. Основне су две идеје: да економија треба да буде коначни арбитар у судском поступку и да право треба да има за главни задатак „максимално увећање богатства а не стварање потпоре држави благостања”. Према Ричарду Поснеру, главном представнику ове школе, помоћ програмима социјалне помоћи није ништа друго до „крађа”. Ипак, оно о чему грађани свакодневно воде рачуна, школа економске анализе је уздигла до нивоа науке на провокативан и људски неприхватљив начин. Изгледа да су „учинци“ таквог учења доношење очигледно „неправедних закона“

(на пример, најновијег закона о запошљавању у Француској којим се терет трошкова сваљује /„редистрибуира“/ на сиромашније или незапослене слојеве грађана или укидање категорије сталног радног односа), „изненађујуће“ благе пресуде за „моћнике“, оснивање приватних затвора или, чак, „дух текста“ Болоњске декларације.

4. Криза правног позитивизма довела је и до стварања нових *конституционалистичких* теорија. Оне на прво место стављају проблем моралне коректности права. То изазива забуну, јер право увек мора да садржи барем минимум морала. Постоји још један разлог за забуну: већина данашњих развијених права већу пажњу посвећује починиоцима злочина него жртвама злочина. То важи како за банкаре и њихове опљачкане клијенте, тако и за лопова и жртву провале у стан. Збиља, можемо се запитати: о каквој је то моралној коректности права реч? На нивоу уставно-политичког система, конституционалистичке теорије се залажу за утврђивање одлучујуће улогу законодавца у области примене уставних начела и исте такве улоге судија приликом њиховог остваривања. У ствари, улога законодавца и судија је у овим теоријама толико наглашена да, када би се ова учења дословно применила, судије би требало да доносе одлуке супротне законима. Нарочито је карактеристично залагање за оправдање добровољне конституционализације сецесије као сагласног (консензусног) облика отцепљења, коју (због пристанка матичне државе) треба разликовати од једностране (унилатералне) сецесије (која се изводи без икаквог пристанка и обично насилице). Очигледно, иако мале научне вредности, конституционалистичке правне теорије нису мале политичке вредности, будући да могу да послуже као згодна „научна“ подлога новим глобалистичким политичким доктринама и идеологијама, што се чини. Није ли управо тим теоријама надахнут политички притисак дела међународне заједнице на Србију да добровољно и формално призна Косово као самосталну државу?

5. *Мултикултуралистичке правне теорије* нарочито разматрају односе који се тичу колективног идентитета најразличитијих социјалних група. Проблем представља решење односа улоге либералне државе и учења о колективним правима, јер либерализам почива на слободи и индивидуализму, док то није случај са колективним правима која почивају на идеји једнакости. Због тога се у овим теоријама нарочито истиче право друштвених група да се представе у светлу својих суштинских индивидуалних расних, религијских, полних, сексуалних и других разлика проистеклих из

колективног идентитета. И док већина земаља данас пробирљиво признаје право на постојање тзв. „аскриптивним групама“, дотле се у малом броју земаља (у којима постоји заштита проистекла из права на такво самоопредељења) сматра да та вредност постаје основ за развитак „алтернативних уставних оквира” и додељивање аутономије „у значајној мери“. Те групе такође имају право да се изјасне какву државну заштиту траже, пошто држава претходно изрази свој став о том питању. Тај став је понекад повољан, као што је случај са легализовањем хомосексуалних бракова или усвајањем деце у таквим браковима. На жалост, то је све мање случај са колективним правима читавих група и професија радника. Џозеф Раз је најпознатији заговорник идеје „мултикултуралног либерализма“ која данас доживљава неуспех чак у својој постојбини.

6. *Комунитаристичке правне теорије* нарочито истичу заједницу, идентитет и слободу као вредности, односно друштво као заједницу спојену истим вредностима. На пример, према Мајклу Волзеру („либералном комунитаристи“), „подручје правде је друштво у коме ниједно друштвено добро не служи као средство доминације“. А то значи да се подручје правде сигурно налази тамо где је то или неважно, или недостижно, или тамо где су сви изједначени у сиромаштву, што јесте циљ „Новог светског поретка“.

7. Најзад, почетком шездесетих година прошлог века, поново је оживљено интересовање за *социјални правни плурализам* међу представницима савремене социологије права. Заједничко им је истицање идеје о постојању мноштва различитих правних поредака унутар номинално истог поретка, чиме у овом тренутку згодно може да се објасни наднационални развој система права Европске уније. Један од тренутно најпознатијих, Норбер Рулан, закључује да је римско *ius gentium* створено како би се разрешио плуралистички проблем мноштва правних система који су примењивани међу покореним народима. Тај закључак се затим користи за објашњење наднационалног комунитарног права Европске уније, иако је очигледно да су сва савремена друштва саставно и суштински плуралистичка, што је случај и са њиховим правима.

III

Може се закључити како приказане мултидисциплинарне правне теорије имају за циљ раздвајање људи према полним и културним

обележјима или политичким, економским, државним и друштвеним везама. Усмерене су на три теме: право, правда и држава. Њихов циљ је да докажу како друштво треба прво деконструкцијом, а затим конструкцијом, довести до крајњег стања светске државе, све у духу Хегеловог учења о тези, антитези и синтези.

1. Када је реч о *праву*, треба скренути пажњу на три замерке у приказаним теоријама којима су надахнути и радови у овој књизи.

(1) Прву представља разматрање могућности конституционализације сецесионистичке клаузуле у либерално-демократским државама. Али, прихватање те новине и њено евентуално уношење у уставе захтевало би стварање потпуно нових појмова државе и државног уређења. А када би се таква реконструкција извела, умесно би се могло поставити питање да ли је тада то уопште држава. Чак и у најразвијенијим либерално-демократским државама савезног типа не постоји право на нулификацију (одустајање поништавањем акта, и то улагањем вета државе-чланице), нити право на сецесију (отцепљење).

(2) Следећу замерку представља то што се у приказаним теоријама садржај *правне државе* све више „разблажује“ њеним везивањем за најшире постојање и поштовање људских слобода и права у мултикултуралистичком или комунитаристичком смислу или се правна држава све отвореније оспорава и сматра излишном пошто она одавно више не може да одговори новим технолошким, информатичким, правним и другим изазовима. Због тога се тихо заговара нека врста просвећеног апсолутизма. То изнова освежава разматрање могућности увођења ванредног стања које би у једном кризном тренутку могло да прерасте у редовно стање великог броја држава или могуће редовно стање Светске државе. На пример, извршно наређење бр. 12919 даје председнику САД овлашћења свемогућег диктатора у случају неког „катастрофалног догађаја“. То значи да се Конгрес лишава права да „модификује, одбаци или прогласи неактивном“ председничку моћ у ванредним ситуацијама. У исто време, за све друге грађане укинут је *habeas corpus*, на основу кога се могу супротставити незаконитим радњама властите државне власти.

(3) Реченом треба додати и замерку чисто методолошког карактера, која се састоји у замени полазних поставки у овим теоријама. Карактеристичан пример представља Поснерово учење лишено сваке етичности, феминистичко учење због непотребног претеривања

(може ли уопште да постоји феминистичка теорија државе и права?, пошто је одређивање појмова државе и права изван и изнад разлога пола) или претеривање појединих мултикултуралистичких учења о праву аскриптивних група на склапање уговора са државом, које би као крајњу последицу укључивало и право на федерално устројство (територијално-политичку аутономију) по полној или сексуалној припадности чланова таквих група (што је увредљиво барем за националне мањине или верске конфесије као традиционалне баштинике тог права).

2. За приказане теорије је карактеристично релативизовање *правде*, све до извитоперавања њене природноправне идеје. На пример, поменути Мајкл Волзер (прво настављач а затим критичар идеја Џона Ролса и Роналда Дворкина), полази од друштвеног плурализма као основног подручја социјалне правде и умесно оспорава Ролсове тврдње истицањем да појединци нису само изоловани примарни субјекти, пошто схватање правде зависи од историје и културе сваког друштва. Али, ни Волзерово схватање правде не може да се прихвати, зато што се у његовом учењу правда релативизује и расплињава до нераспознатљивости, чак дотле да се умесно може поставити питање: шта је у његовом учењу правда, а шта право? То, наравно, није случајно, јер се релативизовање правде важећем праву прибавља лажни ореол праведности. Није исто имати бицикл у Сомалији или земљама високог стандарда, како примећује нобеловац Сун Јат Сен.

3. Када је реч о *држави*, треба се задржати на две теме: сувереност и светској држави. Прва је предмет отпореног оспоравања, а друга отвореног величања. Наравно, ни једно ни друго није тачно.

(1) Како је поменуто, у овим теоријама нарочито је изражена критика појма *суверености* и залагање за светску државу. То потврђује и следећа изјава Стоуба Талбота, заменика министра спољних послова председника Била Клинтона: „У следећем веку нације какве познајемо биће застареле, све ће државе признавати једну, глобалну власт. Национални суверенитет ипак није био тако добра идеја“ (наведено према магазину *Тајм* од 17. фебруара 1992. године). Карактеристичан је и пример Нила Мекормика који закључује да је Европа ушла у подручје „постсуверенитета“. Међутим, одбацити појам суверенитета значи занемарити његову средишњу улогу у правној и политичкој науци. То је нагнало друге писце да испитају могућности за преобликовање појма сувереност како би он одговорио новим изазовима (уместо његовог одбацивања

или укидања у науци). На тој основи је настала *теорија уставног плурализма*, по којој државе нису једина места на којима може да се пронађе сувереност. Однос између држава треба да буде *хетерархијски*, а не хијерархијски, јер савремене околности траже напуштање јединственог и апсолутног суверенитета у корист дијалога и прилагођавања између уставних власти различитих држава. Други писци, као Дејвид Хелд, закључују како државе неће ослабити због губитка свог спољашњег суверенитета. Напротив, тиме ће ојачати свој унутрашњи суверенитет(!) пошто увек постоје послови који су у искључивој надлежности државе.

Такво Хелдово учење о суверености, заједно са сличним учењима других писаца, представља својеврсну теоријску припрему за стварање једне нове „космополитске суверености“ чији би титулар била светска федерална држава са универзалним владаром као неком врстом хеленистичке верзије „одуховљеног закона“.

(2) Када је реч о *светској држави*, треба рећи да идеја светске државе (*World State*) или светске владе (*One World Government*) постојано траје од античких космополитских почетака, од киничке и стоичке школе до данас (Вергилије, Аурелије, Зола, Расел итд.). Али, док су античка и средњовековна схватања светску државу одређивала као универзалну монархију по узору на Римску империју, дотле савремена схватања светску државу одређују као модерну републиканску демократску државу са федералним државним уређењем, тј. као *светску федерацију држава* са универзалним владаром као неком врстом хеленистичке верзије „одуховљеног закона“. Присећајући се барем двехиљадугодишње државно-правне традиције, а нарочито обрасца Римске империје, можемо се запитати: ако једном настане мали светски Левијатан, неће ли он да порасте и развије се до размера које превазилазе суморна призивања Џорџа Орвела. Да такве сумње нису без основа показује пример обележавања педесетогодишњице од оснивања Уједињених нација 1995. године, када је усвојен предлог посебне Комисије УН за глобално управљање са насловом *Наше глобално управљање* који представља непосредан повод за ревизију Повеље УН у том правцу. То не треба да чуди, јер се Уједињене нације (UN), Међународни монетарни фонд (IMF) и Светска трговинска организација (WTO) сматрају стубовима Новог светског поретка (NWO) који треба да буде промишљена комбинација „суперкапитализма и комунизма под једном капом“ (изјава Ларија Мекдоналда, члана америчког Конгреса 1976. године).

Идеја светске државе, очигледно, представља варијанту државе развијену до крајњих граница у територијалном, персоналном и властодржачком смислу. Она би без икаквих правних ограничења могла да доноси универзално обавезне прописе, док правно никоме не би одговарала, постајући тако „правни бог“ у најчистијем смислу (*dominus et deus*). И њено право постало би налик на нешто „мање савршено божанско право“ (*lex divine*). Будући да би била федерализована, она би била спремна, како се спремно обећава, да буде одвојена од *цивилног друштва* које би „својим извандржавним положајем, постојањем слободног јавног мњења и других ванинституционалних облика повезивања, представљало не само аутономну област друштвеног живота ван домашаја државне власти, већ и суштинску брану од свеобухватности овакве суверене државе и тоталитарних тенденција које би могле у њој да се временом појаве“. Али томе не треба веровати, будући да савремена технологија укида сваку људску приватност, у корист тоталитаризма. То потврђују следеће две изјаве Ерика Шмита, блиског влади председника Обаме, на скупу Билдерберг групе у лондонском хотелу Гроув, одржаном од 6. до 9. јуна 2013. године. Прва гласи: „приватни живот представља ствар прошлости“. Такође, Шмит планира да Гугл претвори „у правог Великог брата према коме ће Орвелова *1984* изгледати као прича за малу децу“. Очигледно, са таквом технологијом, цивилно друштво може постојати само по форми, дакле, привидно, као још један симулакрум. Упркос томе, постоје писци који истичу како би тиме савремена аутономија добила нови замах. Али, истина је другачија. Највеће промене осетиће се у областима рада, синдикалног организовања које ће бити укинуто или сведено на пуку форму, укидања категорија сталног радног односа у корист искључивог закључивања уговора о делу (довољно је погледати насновији предлог Закона о радним односима Србије из 2014. године) итд., што ће довести до највеће могуће експлоатације већ осиромашене већине људи и њиховог довођења у робовски однос.

Поред садашњег примера Европске и Афричке уније (основане 2002. године), постојање истих глобалистичких намера потврђује 2005. године потписани али америчком народу необјављени и у америчком Конгресу нератификовани споразум, који није трговачке природе како би могло да се помисли, о оснивању Северноамеричке уније (*Security and Prosperity Partnership of North America* /NAU/). Изгледа да се од увођења нове новчане јединице (амеро) одустало. Али, од споразума се није одустало. Њиме су се чланице-потписнице (САД, Канада, Мексико) обавезале на одрицање од свог државног

суверенитета. То значи да би најстарији Устав САД из 1787. године у догледној будућности постао излишан, као и много млађи устави Канаде и Мексика. Такође, у плану је стварање и других сличних наднационалних творевина, на пример, Азијско-Пацифичке уније (која је предложена 2003. године). Све оне би у једном тренутку, заједнички, требало да се сједине под једном светском владом у светску државу. Да такав развој није измишљен потврђује изјава Џејмса Варбурга (члана Већа за спољне односе /CFR/ пред Сенатским одбором за спољне послове): „Имаћемо светску владу, свиђало се то вама или не, освајањем или пристанком“. Очигледно, цена слободе је непрестана будност грађана.

IV

На крају, запитајмо се: зашто нешто тако корисно и пожељно, као што је светска држава, треба наметати човечанству? Ако је разлог незнање и неразумевање, тада човечанству треба објаснити будуће благодети светске државе, а не уверавати га обманама или присиљавати на пристанак претњом или употребом насиља. Запитајмо се поново и поставимо озбиљно питање: како је таква фантазма постала стварна? Како се уопште догодило да један такав чудовишни пројекат постане могућ? Можда се одговор на то питање не налази само у проклетству људске природе склоне изопачењима, већ у нечем објективнијем: такав развој није омогућила ни црква, ни политика, а ни власт савремених држава, па чак ни савремених глобалних корпорација, већ *технологија* у најширем смислу те речи. Због тога више није разложно питати се да ли до светске државе, која се технолошки намеће, ма када једном настала, већ до какве светске државе: да ли до државе у којој ће владати *потребе*, јер технологија то већ сада омогућава, или до државе у којој ће владати *профит*, како је сада, јер то садашње монополистичко искоришћавање и расподела добара омогућавају, и све то на велико задовољство 10% светске патократске елите и велико незадовољство будућих 90% бедника и робова који су некад чинили човечанство.

Таква глобална друштвена неједнакост требало би, када би то уопште било могуће, да натера творце пројекта глобалног управљања са светском државом или светском владом да барем поцрвене од срама, а грађане да престану да спавају дубоким сном. Године 2000. 1% најбогатијих поседовало је 40% светског богатства, а њих 10% невероватних 85% светског богатства. Сигурно је данас много горе.

Сваког дана је све више рђавих вести за слободу грађана и квалитет њиховог живота. Произилази да је глобално управљање светом, какав је и назив књиге која је повод за овај текст о светској држави, пут који води ка уништењу цивилизације какву човечанство познаје. Требало би се барем замислити над овим чињеницама, јер ако је јуче било рано, сутра ће сигурно бити касно.

Prof. Dragan Mitrović Ph.D
Faculty of Law, University of Belgrade

THEIR GLOBAL GOVERNANCE

Summary

The book "Global Governance," which was published in 2012. Serbian language, previously published in London in 2010. The editors of this book are Prof.dr Jovan Babic and Dr. Peter Bojanic. The articles that were published in the book, discusses the social, political and legal changes that would lead one world government, ie. world state, in whose establishment has long been doing. The author points out the typical strongholds in these articles and comment on them and also analyzes the stronghold of individual authors in the emergence of such a monster, which should be swallowed mankind as its prey. These authors in mentioned articles define more good than bad facts.

Key words: modern world, global governance, world state, world government.

Dr Aleksandar Fatić[1]

Originalni naučni rad
UDK: 355.011

VREDNOSNI NARATIV U MORALNOM OPRAVDANJU MEĐUNARODNE INTERVENCIJE[2]

Apstrakt

U tekstu se razmatra moralna dimenzija međunarodne vojne intervencije, uključujući pitanje o tome šta znači „pobediti" u takvoj intervenciji, i koji su ključni aspekti za moralnu procenu pojedinačnih intervencija. Autor zastupa stav da su savremene vojne intervencije tako organizovane da ostavljaju malo prostora za dilemu o tome da li će intervenišuće snage vojno pobediti. Njihova pobeda u vojničkom smislu je osigurana velikom nadmoćnošću u tehnici, ljudstvu i korišćenju strateških prednosti. Stoga je pitanje koje ostaje nerešeno pobeda u nametanju ili zaštiti određenih vrednosti i moralnih principa, zbog kojih se, bar zvanično, intervencije i pokreću. Najčešći primer takvog vrednosnog objašnjenja ciljeva intervencije je „zaštita ljudskih prava" ili „promovisanje demokratije". Tekst razmatra uslove pod kojima neka vojna intervencija može biti moralno opravdana posmatrajući nužne (ne i dovoljne) uslove za to opravdanje. Autor u tekstu sugeriše da je teorija narativa najpogodniji okvir za objašnjenje moralnog vrednovanja vojnih intervencija.U tekstu se ukratko izlaže teorija narativa, razmatraju različiti tipovi narativa po strukturi, diskutuje odnos narativa, ličnog i kolektivnog identiteta i morala zajednice, i zaključuje da teorija narativa omogućava najpogodnije instrumente za moralno vrednovanje intervencija na osnovu kvaliteta narativa onih koji intervenišu i onih prema kojima se interveniše.

Ključne reči: pobeda, narativ, vrednosti, moralno vrednovanje, javna politika, vojna intervencija.

[1] Naučni savetnik, Institut za filozofiju i društvenu teoriju Beograd, Univerzitet u Beogradu; mail: fatic@instifdt.bg.ac.rs

[2] Tekst je nastao kao rezultat rada na projektu "Politike drušvenog pamćenja i nacionalnog identiteta: regionalni i evropski kontekst", br. 179049 koji se u periodu 2011-2014 izvodi u Institutu za filozofiju i društvenu teoriju Univerziteta u Beogradu, a koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Srbije.

1. Pojam pobede u međunarodnoj vojnoj intervenciji

Međunarodna vojna intervencija u konfliktinim žarištima predstavlja formu rata. Osim spoljašnjih obeležja rata, kao što su premeštanje vojnika, naoružanja i tehnike, borbena dejstva i faktička okupacija, to jest kontrola delova teritorije i institucija druge države, vojna intervencija sadrži i specifičnu logiku rata: ona se rukovodi idejom o ratnoj pobedi. Razumevanje pobede od strane trupa koje intervenišu u nekom sukobu, naravno, može biti i često je sasvim različito od razumevanja pobede koje karakteriše lokalno zaraćene strane. Dok, recimo, učesnici u jednom teritorijalno-etničkom sukobu kao pobedu mogu shvatati zauzimanje što veće površine teritorije, sa etnički što homogenijim stanovništvom i sa što vrednijim privrednim potencijalima, uz istovremeno ostvarivanje što povoljnije pozicije za kasnije pregovore o miru, intervenišuće trupe obično pobedu doživljavaju primarno u terminima vrednosti.

U ovoj razlici između shvatanja pobede leže i neki problemi u moralnom vrednovanju rata. Sa tačke gledišta učesnika u lokalnom ratu, a tipičan slučaj za međunarodnu intervenciju je građanski ili regionalni etnički rat, postoji moralna obaveza odbrane svoje zajednice i solidarnosti sa njom u ratnom naporu za koji zajednica smatra da je od vitalnog značaja za njenu budućnost. Kada građanski rat nastupa zbog narušavanja struktura društvene stabilnosti (propadanje institucija ili razaranje državnog okvira, kao što je to bilo slučaj u bivšoj Jugoslaviji ili danas u Ukrajini), postoje legitimni razlozi za etničke zajednice da pretenzije ka autonomiji, samostalnoj državi, ili pak ka osvajanju kontrole nad što većim delom prethodne države shvate kao preduslove za sopstvenu bezbednost u budućnosti. U konfuziji pravnih normi (a ona sama po sebi proizvodi i faktičku konfuziju društvenih normi, dirkemovsku "anomiju") primarna moralna obaveza za člana zajednice postaje refleksija faktičkih očekivanja zajednice.

Etnička grupa koja se, u odsustvu poznatih pravnih i društvenih normi koje joj daju osećaj bezbednosti, oseća nebezbedno, pa se homogenizuje i militarizuje, projektuje legitimno očekivanje od svojih članova da dele to osećanje ugroženosti i da se pridruže vojnom naporu. Individualni filozofski i moralni stavovi građana Banja Luke ili Bratunca u Bosni devedesetih godina prošlog veka, ili građana Luganska, Slavjanska i Donjecka u istočnoj Ukrajini danas, postaju sporedni. Ova dimenzija moralne obaveze pojedinca u vremenu nesigurnosti često se vrlo brzo i vrlo obuhvatno gubi iz vida *post factum*. Kada se građanski rat završi

ili dovede pod kontrolu, njemu se pridaje određeni moralni predznak i svako aktivno, a pogotovo entuzijastično, učešće u njemu takođe prima takav moralni (pa i pravni) predznak. Ovakvo vrednovanje je moralno manjkavo. Čak i kada bi rat koji trupe Donjecke Republike danas vode protiv ukrajinskih vlasti zaista bio nemoralan (što je verovatna, ali i krajnje sumnjiva kvalifikacija koja mu se u budućnosti može javno pripisati), to nikako ne znači da je angažovanje istaknutih boraca na strani Donjecke Republike takođe nemoralno, ili čak kriminalno.

Ljudi koji učestvuju u ratu na strani svoje zajednice, u situaciji u kojoj se vrši nelegalna preraspodela vlasti i stabilnost zemlje se urušava, osećaju moralnu obavezu zasnovanu na očekivanju svoje zajednice koja je, u tom trenutku, za njih u moralnom smislu primarna u odnosu na njihova lična razmišljanja o filozofskim temama kao što su političke obaveze građana prema državi ili poželjnost rešavanja konflikata pregovorima. Isti princip se odnosi na sve lokalne ratove, uključujući i one u kojima se čine krivična dela iz domena međunarodnog humanitarnog prava, kao što su prisilna masovna preseljenja stanovništva (takozvano "etničko čišćenje"). Dok ova vrsta individualne moralne obaveze, naravno, ne predstavlja poslednju reč u moralnom vrednovanju nečijeg individualnog učešća u građanskom ratu (jer ono zaista može biti nemoralno, pa i kriminalno, kao što je recimo bilo otvoreno kriminalno učešće raznih paravojnih formacija kojima su rukovodili kriminalci u ratovima u bivšoj Jugoslaviji), ono se svakako mora uzeti u obzir kao značajan, ako ne i glavni element ukupnog moralnog vrednovanja individualnog učešća u ratu kako u vreme rata, tako i *post factum.* Ova vrsta subjektivnog osećanja moralne obaveze najčešće se uopšte ne uzima u obzir u međunarodnom humanitarnom i ratnom pravu (Best, 2002). Ona se takođe ne uzima gotovo uopšte u obzir u razmatranju pitanja krivice za ratne zločine sa tačke gledišta međunarodnih odnosa (Brown, 1996).

S druge strane, moralno vrednovanje međunarodne intervencije je drugačijeg sadržaja. U tipičnom slučaju, pitanje vojne pobede, a samim tim ni vitalnih interesa zajednica u čije ime vojska interveniše, uopšte se ne postavlja. Vojnu intervenciju u načelu sprovode vojno nadmoćne structure, koje se rukovode načelom nesamerljive superiornosti u vojnoj sposobnosti prema lokalnim snagama, sa ciljem smanjivanja sopstvenih žtava i rizika na najmanju meru. U ratna žarišta u kojima se ratuje gerilski, pešadijskim i artiljerijskim naoružanjem, šalju se dobro opremljeni vojnici sa superiornim oružjem, uz vazdušnu i pomorsku zaštitu, obično tek nakon što se svaka ozbiljna pretnja ukloni projektilima ispaljenim izdaleka. Takva je, primera radi, metodologija NATO intrevencija, koje počinju

uništavanjam radara, lokalne artiljerije i većih formacija dobro obučenih trupa pomoću krstarećih raketa ispaljenih sa brodova, podmornica ili aviona, da bi se tek potom uputile pešadijske i artiljerijske trupe na teren, uz stalnu vazdušnu podršku. U takvim strateškim scenarijima ne postoji gotovo nikakva mogućnost da intervenišuća vojska ne "pobedi" u neposrednom vojnom smislu (Sheffer, 1992).

Upravo zbog "luksuza" koji vojnici intervenišuće vojske u načelu imaju u odnosu na "neprijatelja" (faktički garantovana vojna pobeda i maksimalna bezbednost kakvu je uopšte moguće obezbediti u vojnoj akciji), vrednosna i lična moralna pitanja koja se pred njih postavljaju su akutnija i relevantnija nego kada je reč o učesnicima u građanskom ratu. Pre svega, u današnjim intervenišućim vojskama gotovo svi učesnici su profesionalni vojnici. Za razliku od vojnika koji služe vojni rok na osnovu opšte vojne obaveze, profesionalni vojnici imaju izvesnu mogućnost izbora, pre svega karijere, a potom imaju i mogućnost prihvatanja ili neprihvatanja izvesnih misija koja je ugrađena u ugovore koje potpisuju. Dakle, oni u većoj meri (mada ne potpuno) dobrovoljno odlaze u misije intervencije, pri čemu nisu pod pritiskom očekivanja zajednice, nego isključivo pod pravnom obavezom koja proističe iz ugovora koji su potpisai sa vojskom. U SAD, na primer, ne postoji nikakvo moralno očekivanje zajednice da neko ode u vojnu intervenciju u Avganistan ili u Irak, iako postoji očekivanje da profesionalni vojnik, kada dobije naređenje da ide u takvu misiju, postupa u skladu sa svojim ugovorom i ispunjava svoje vojničke obaveze. Ako pojedinac ne ode u intervencionističku misiju, on neće biti stigmatizovan u svojoj zajednici. Sa druge strane, učesnik u građanskom ratu u Bosni, ako odbije da učestvuje u ratu, biće pre svega kažnjen, a potom i moralno stigmatizovan od najbliže zajednice koja to smatra izdajom. Dakle, sa tačke gledišta individualnog učesnika u intervenciji, moralno vrednovanje je kompleksnije i zahtevnije nego što je to slučaj sa učesnicima u građanskim ratovima (Kuperman, 2008).

Za nas je ovde pre svega zanimljiv sadržaj shvatanja pobede za intervencionističku vojsku. On je povezan sa nominalnim i javno predstavljenim razlozima za intervenciju. Ti razlozi se uglavnom zasnivaju na pozivanju na moralne i civilizacijske vrednosti. Tako su, na primer, intervencije u Haitiju, ali i u bivšoj Jugoslaviji, počivale na zvaničnom narativu o tome kako u autoritarne režime treba "uvesti demokratiju" (na način sličan procesu "uvođenja" vode ili struje u stambene zgrade, tako što će se spoljašnjom akcijom "instalirati" određene institucije i društvena praksa) i sprečiti nasilje.

Pobeda u intervenciji, prema tome, uključuje ne samo preživljavanje i vojnu prevagu (koja je faktički garantovana), nego i ostvarivanje misije koja se shvata u terminima vrednosti. Ta pobeda, za razliku od usko vojne pobede, u intervencijama je neizvesna, a njen moralni status, iako naizgled nekontroverzan, predmet je brojnih pitanja.

Neka od ovih pitanja su konsekvencijalistička, i odnose se na moralnu problematičnost intervencije u situacijama kada ona dovede do vrednosnih posledica koje su istovremeno nepoželjne i za lokalnu sredinu i za širu međunarodnu javnost, kao što su i suprotne proklamovanim vrednosnim ciljevima intervencije. Takvi moralni problem se postavljaju pred intervencije kakva je bila ona u Iraku sa ciljem rušenja sa vlasti Sadama Huseina, a koja je od jedne sekularne države stvorila državu prožetu sektaškim verskim podelama i sukobima. Od države koja je bila imuna na terorizam Irak je, posle intervencije, postao jedna od država sa najaktivnijim terorističkim grupama, iz koje stižu video snimci na kojima teroristi Al Kaide odsecaju glave zarobljenim Zapadnjacima i u kojoj na trgovima eksplodiraju minirani automobili. Takva je i intervencija u Avganistanu, posle 9. septembra 2001., u kome je proizvodnja makove paste, od koje se dalje proizvodi heroin, posle intervencije porasla na nivo od pre dolaska Talibana na vlast (Talibani su gotovo ugušili prozvodnju heroina), a zemlja je ušla u stanje hroničnog građanskog rata (Williams, 2012).

Sa konsekvencijalističke tačke gledišta, moglo bi se zaključiti da je, na vrednosnom nivou, međunarodna intervencija u Iraku i u Avganistanu doživela poraz, bar kada je reč o postizanju proklamovanih vrednosti.[3] Moralni problemi u vezi sa takvim intervencijama, između ostalog, proističu iz žrtava i štete koji su naneti ljudima, infrastrukturi, kulturi i poretku vrednosti, a da pri tome rezultati, za koje se može pretpostaviti da bi ih bar intervencionisti smatrali poželjnim, nisu usledili.

Sve ove moralne kontroverze intervencije koja je na planu vrednosti neuspešna zaslužuju celovitu diskusiju. Međutim, ovde ćemo se ukratko baviti problemom moralnog vrednovanja uspešnih intervencija, dakle intervencija koje dovode do pobede intervencionističkih snaga, pri čemu ta pobeda nije samo vojna, nago uključuje i postizanje ciljeva intervencije na nivou vrednosti. Taj problem ćemo razmotriti sa tačke gledišta postojanja moralne obaveze, sa samim tim i prava, da se interveniše.

[3] O skrivenim vrednostima ovde nećemo govoriti, jer se do njih može dopreti samo spekulativno i nije jasno koji učesnici u intervenciji su uopšte svesni takvih skrivenih ciljeva i u kojoj meri ih prihvataju. Reč je o vrednostima poput proširivanja sfere uticaja sopstvene države, obezbeđivanja trajnog jeftinog snabdevanja naftom ili gasom, postizanju strateške prednosti u odnosu na velike rivale u geografskom smislu, itd.

2. Moralna obaveza i pravo da se interveniše

Jedna od pretpostavki za pravo da se interveniše u drugim sredinama je ta da se vrednosti koje motivišu intervenciju mogu smatrati superiornim u odnosu na vrednosti protiv kojih se intervenište, što je uvek slučaj kada se govori o međunarodnoj intervenciji sa ciljem da se "uvede demokratija" ili da se "zaštite ljudska prava". U osnovi, ova vrsta pretpostavke o moralnoj obavezi počiva na ideji o superiornim vrednosnim identitetima, mada se u delu literature ona predstavlja i kao kantovska "savršena dužnost" (Bagnoli, 2005). Zajednica koja interveniše (a koja se često i naziva neformalnim terminom "međunarodna zajednica") konstituiše svoj identitet na temeljnim vrednostima za koje, kada su one ugrožene u nekom drugom delu sveta, može postojati dovoljna podrška javnosti da se interveniše da bi se one zaštitile. Odnos između vrednosti u ime kojih se interveniše i identiteta je važan, jer se potencijal i energija javnosti za intervenciju ne mogu dovoljno mobilisati ako vrednosti na koje se vlasti pozivaju nisu dovoljno konstitutivne za razumevanje samog kolektivnog identiteta intervencionističkog društva. Tek u tom slučaju može postojati dovoljno snažan osećaj moralne obaveze da se te vrednosti zaštite i na nekom drugom mestu, prosto zato što se bez tih vrednost smanjuje kohezija identiteta grupe koja interveniše.

Dobar primer za ovu vrstu shvatanja moralne obaveze su ljudska prava. Ona se smatraju samim temeljem vladavine prava u demokratskom poretku, i samim tim društvena praksa ili državna politika koje otvoreno, agresivno i dovoljno drastično narušavaju ljudska prava mogu se predstaviti kao kontekst u kome postoji moralna obaveza da se interveniše (Pease and Forsyth, 1993). Intervencije protiv arapskih režima koje su vodile SAD tokom poslednjih deset godina uvek su se zasnivale ne samo na projekciji nacionalnih interesa, nego i na moralnom opravdanju koje se zasnivalo na pretpostavci o drastičnom, dugotrajnom i otvorenom narušavanju ljudskih prava. Isto moralno opravdanje SAD su koristile i prilikom intervencije u Srbiji povodom krize na Kosovu 1999. godine: masovna prisilna preseljenja kosovskih Albanaca i represija nad njima koja narušava njihova ljudska i građanska prava. Naknadna preispitivanja legitimiteta i granica u primeni sile koja je upotrebljena da bi se ta preseljenja sprečila, u formi suđenja pred ad hoc međunarodnim sudom za ratne sločine u Hagu, pokazala su niz manjkavosti, pa i otvorenog zanemarivanja problema u samoj intervenciji (Ćirić, 2013; Fatić, 2000).

O opštoj strateškoj, kulturološkoj, pa i moralnoj opravdanosti intervencija na ovom mestu ne može detaljno biti reči, jer se radi o širokoj temi sa mnogim različitim dimenzijama. Ovde je reč samo o uslovima i vrednovanju pretpostavke o moralnoj obavezi da se interveniše u ime vrednosti koje se smatraju konstitutivnim za identitet zajednice, a samim tim i za relevantan standard prihvatljivog identiteta drugih zajednica. "Međunarodna zajednica" je danas grupa država i društava koji nemaju nikakav formalni međunarodni status. To nije zajednica koja se poklapa sa članstvom u Ujedinjenim nacijama kao relevantnoj globalnoj organizaciji država. Reč je o jednoj grupi zemalja koje dele slične vrednosti i politiku, koje se, za praktične svrhe, mogu opisati kao vrednosti i politika američkog i zapadnoevropskih društava. Ta neformalna grupa zemalja je zanimljiva jer je integrisana primarno na osnovu vrednosti, a ne geografije, regionalne reprezentativnosti ili nekog institucionalnog atributa kao što je pripadanje međunarodnim organizacijama. Reč je o grupi zemalja koja je statistički daleko najznačajniji nosilac međunarodnih vojnih intervencija na planeti. Identitet te grupe zemalja, kao i bilo koji drugi identitet, može se predstaviti kao narativ, to jest kao svojevrsna "priča" koja dovodi u vezu vrednosti, istoriju i različite aspekte razumevanja stvarnosti koje te zemlje i njihova društva, ne elementarnom nivou, dele.

Narativ o identitetu takođe, na neki način, predstavlja i epistemološku granicu razumevanja pozicije drugog: one vrednosti koje su fundamentalne za razumevanje sopstvenog identiteta mogu se univerzalizovati i ugraditi u ideju o moralnoj obavezi u odnosu na druge; međutim, vrednosti koje su nesamerljive sa ličnim ili kolektivnim identitetom, i koje nam, iako čine samu bazu tuđeg ideniteta, nisu razumljive, teško mogu uopšte igrati ulogu u našem razumevanju sopstvene moralne obaveze. Za zapadna društva, pojam ljudskih prava je povezan sa pravom na život, na politički subjektivitet građanina i sa nizom sličnih prava. Ljudska prva su ugrađena u razumevanje kolektivnog identiteta "zapadne demokratije" ili "liberalne demokratije". S druge strane, kolektivni identitet društava kakvo su, recimo, jemensko ili katarsko, počiva na moralnim vrednostima Islama u kome se ljudska prava ne odvajaju od dužnosti da se ispunjava božja volja, koja se u konkretnoj realizaciji ogleda u volji suverena kao božjeg predstavnika na zemlji. Stoga je ideja o demokratiji i individualnim ljudskim pravima u Jemenu jednako strana za izvorno shvatanje kolektivnog identiteta kao što je ideja o obaveznom obrezivanju novorođenčadi strana koncepciji kolektivnog identiteta američkog, britanskog ili ruskog društva danas.

Posledice ove epistemološke granice u međusobnom shvatanju vrednosti koje sačinjavaju kolektivni identitet za intervencionizam su

značajne. "Međunarodna zajednica" evro-američkih vrednosti ne može osećati moralnu obavezu da interveniše u Jemenu ili Kataru u situacijama kada su tamo ugrožena najvažnija prava i vrednosti za jemensko ili katarsko društvo. Te vrednosti su toliko različite od evro-američkih vrednosti da je za javnost, ali i za donosioce političkih odluka u međunarodnoj zajednici potpuno nezamislivo da se na njih odnosi dužnost da zaštite ta prava i te vrednosti. Radi se o vrednostima koje, primera radi, štiti šerijatsko pravo. Zamislimo situaciju u kojoj neka društvena grupa koja je dovoljno snažna da se suprotstavi vlastima Katara ili Jemena odluči da upada u škole u tim zemljama i, pod oružanom stražom, đacima propagira seksualne slobode, konzumiranje alkohola i droga, razvode i vanbračno roditeljstvo — vrednosti koje fundamentalno ugrožavaju samu bazu osećaja kolektivnog identiteta i morala zajednice, koje je zasnovano na Islamu (pri tome ta subverzivna grupa nije holivudska industrija zabave). Rezultat ove vrste propaganda može biti razaranje čitave kulture, a time, faktički, i vrednosne kohezije društva, uz nastupanje brojnih problema koje to društvo ranije uopšte nije poznavalo. Teško je zamisliti da bi javnost i političke elite međunarodne zajednice mogu osećati dovoljnu moralnu obavezu da intervenišu u Kataru da bi spasle katarsko društvo. Razlog je jednostavan: za njih je ona polimorfnost vrednosti i agresivno dovođenje u pitanje društvenog morala koja za katarsko društvo može biti fatalna — normalan deo demokratije. Oni ne mogu kognitivno dokučiti egzistencijalni značaj moralne kohezije za opstanak kolektivnog identiteta jemenskog ili katarskog naroda, i samim tim, iako bi to možda, idealno, bilo opravdano, ne mogu osećati moralnu obavezu da deluju, jer ne razumeju osnove za takvu obavezu.

Slična, mada manje drastična, je situacija koja se dogodila kada je ekscentrična ženska grupa pod nazivom "Pussy Riot" izvela uvredljiv "performans" u moskovskoj crkvi Hrista Spasitelja, rugajući se Bogorodici, nakon čega su članice uhapšene. Organizacije za zaštitu ljudskih prava sa Zapada su to odmah protumačile kao narušavanje prava članica grupe, polazeći od sopstvene kultrne potke u kojoj pravo na izražavanje, čak i kada je vrlo provokativno, čini deo ljudskih prava. Incident je podignut na najviši nivo i doveo je do direktne diplomatske konfrontacije između predsednika SAD Baraka Obame i predsednika Rusije Vladimira Putina. U zapadnom javnom mnenju prosto nije moglo biti jasno do koje mere nastup grupe Pussy Riot narušava osnovne vrednosti identiteta hrišćanske zajednice, pa i velike većine ruske građanske zajednice u celini, kao i u kojoj meri je igranje razgolićenih žena oko oltara Pravoslavne crkve agresivno i uvredljivo za vrednosti ruskog društva i Pravoslavne crkve, u kojoj, recimo, ženama uopšte nije dopušteno da uđu u oltar ni kada su

pristojno odevene i primereno se ponašaju. Osim postojanja zle namere, koja je na nivou realpolitičkog mišljenja svakako bila prisutna u ovom slučaju, jasno je da postoje i izvesna epistemološka ograničenja kada je reč o vrednosnim razlikama u identitetima.

Upravo zbog ove epistemološke granice međunarodna vojna intervencija koja se zasniva na moralnoj obavezi da se zaštite prava drugih zahteva izvesne dodatne kvalifikacije da bi bila moralno opravdana. Sama činjenica da osećamo moralnu obavezu, pa i kada je to osećanje potkrepljeno konsenzualnom podrškom javnosti, ne predstavlja moralno opravdanje za vojnu intervenciju. Ta obaveza mora biti potkrepljena faktorima koji intervencionistima daju moralni kredibilitet. Reč je o faktorima koji im daju superiodnu moralnu poziciju u odnosu na iste one vrednosti u ime kojih se intervencija izvodi. Drugim rečima, radi se o vrednosnom narativu koji definiše moralnu "priču" ili moralni identitet intervenišuće zajednice u poređenju sa vrednosnim narativom one zajednice protiv koje ili prema kojoj se interveniše. Nužan (ali ne i dovoljan uslov) za moralnu opravdanost vojne intervencije je taj da je vrednosni narativ intervencionističke strane sadržajno i strukturno superioran u odnosu na vrednosni narativ identiteta strane prema kojoj se interveniše, bar kada se, koliko je to god jednostrano, imaju u vidu one vrednosti u ime kojih se interveniše. Intervencija u ime zaštite ljudskih prava od strane intervencionističke strane koja drastično ugrožava ljudska prva očigledno ne bi zadovljavala taj nužan uslov moralne opravdanosti intervencije. Tako je, recimo, izvesno da vojna intervencija SAD protiv islamističkog režima koji primenjuje šerijatsko pravo, a koja se poziva na zaštitu prava na život, ne bi mogla biti moralno opravdana, iz prostog razloga što i SAD narušavaju pravo na život primenom smrtne kazne u svom sistemu krivičnih sankcija.

3. Vrednosni narativ i identitet

Vrednost teorije narativa kao osnove za razumevanje ideniteta, kako ličnog tako i kolektivnog, sastoji se pre svega u njenoj intuitivnoti i praktičnoj upotrebljivosti. Narativ je „životna priča" pojedinca ili zajednice koja na uverljiv način posreduje između ličnosti (ili kolektiva) i činjenica o stvarnosti u kojima taj pojedinac ili kolektiv žive. Prema Mariji Šehtman (Marya Schechtman) narativ je priča koja postavlja u uzajamne odnose važne događaje iz prošlosti, sadašnjosti i budućnosti, i koja leži u samom jezgru identiteta: narativ omogućava svest o sebi samom

i delovanje, tako je je osoba „autor“ sopstvenog života (Schechtman, 1996). Poremećaji ličnog narativa u vreme trauma ili kriza identiteta narušavaju sposobnost čoveka za samorazumevanje i mogu dovesti do ozbiljnih posledica za život, uključujući i mentalno oboljevanje. Situacija je ista sa kolektivnim identitetom: zajednice koje prolaze kroz kolektivnu traumu poput rata ili elementarnih nepogoda postaju posebno ranjive, a kada je trauma povezana sa konfuzijom u vezi sa moralnim načelima, sa nejasnim razlikovanjem između ispravnog i pogrešnog, onda je i identitet zajednice u smislu kolektivnog morala i sistema vrednosti u pitanju.

Prividna relativnost moralno ispravnog i moralno pogrešnog akutan je problem u situacijama rađanskog rata. Ranije naveden moralni zahtev zajednice da se postupa lojalno i da se doprinese ratnom naporu je neposredan, snažan i postavlja se u kontekstu složenih spoljnih okolnosti: nedostatak vremena i uslova za razložno razmatranje opcija i za odlučivanje, strah, nesigurnost u pogledu budućnosti, implicitna ili eksplicitna pretnja teškim posledicama (“izdaja” se u ratu kažnjava smrću, a u građanskim ratovima sa etničkim obeležjem posledice se često šire i na porodicu i bliske prijatelje “izdajnika”). Ova vrsta trauma direkno utiče i na lični i na kolektivni narativ. Ljudi i zajednice koji su prošli rat često se duboko menjaju iznutra i razvijaju dimenzije identiteta koje su im ranije bile sasvim nesvojstvene. Reč je o dobro poznatom uticaju ratne traume na ličnost i na integritet kolektiva.

Školski nastavnik ili lekar koji je učestvovao u građanskom ratu i u borbama, iako ranije možda uopšte nije imao negativne stavove od suparničkoj (neprijateljskoj) grupi verovatno će iz rata izaći sa takvim stavovima. On će u najmanju ruku biti podozriv prema stavovima i interesima druge grupe i skloniji da veruje da se njegov život, ponovo u budućnosti, može jednostavno „srušiti“ usled konfrontacije sa komšijama. Zajednica takvih ljudi će, prirodno, postupati drugačije i doživljavati svet drugačije nego zajednica ljudi koje karakteriše poverenje u namere drugih i relativna sigurnost u sopstvenu budućnost. Njen narativ i njene vrednosti biće značajno izmenjene. U nekim aspektima, taj narativ više neće odgovarati potrebama mirnodopskog života, koji zahteva relativno visok nivo poverenja u druge, u društvo i u legitimne odnose da bi svakodnevni život bio produktivan.

Prema Šehtmanovoj, da bi narativ bio autentičan, to jest da bi fundirao zdravu ličnost, on mora zadovoljavati dva osnovna uslova: „uslov artikulacije“ i „uslov stvarnosti“. Uslov artikulacije podrazumeva da je narativ dovoljno razumljiv drugima i da može da objasni važne događaje u

životu osobe ili kolektiva kao „razumljiva priča“ (Schechtman, 1996: 114). Uslov stvarnosti podrazumeva da narativ mora biti saglasan sa osnovnim “vidljivim faktorima” i “intepretativnim faktorima” (Schechtman, 1996: 120). “Razlog za ovo je u činjenici da je suština bivanja osobom u tome da stupamo u odnose sa drugim osobama i stoga je neophodno da se složimo o osnovnim osobinama stvarnosti koja nas povezuje.” (Poltera, 2011: 68, prevod autora).

Narativna konstrukcija nije prosto “pričanje priče”; ona je perspektiva kroz koju opažamo svoje živote i definišemo ko smo, bilo da smo pojedinac, nacija ili prosto interesna grupa. Stoga narativ, da bi bio “zdrav”, mora biti zasnovan na istini o događajima koji su nam važni i omogućiti smisleno tumačenje prošlosti i planova za budućnost da bi osoba, ili zajednica, mogli biti delatno produktivni i zaista “posedovati” sopstveni život.

Psihoterapija i savetovanje često se zasnivaju na narativu i na ideji da se on može popraviti kada je oštećen: kada se narativ popravi, u idealnom slučaju će se vratiti i osećaj kontrole nad sopstvenim životom i delotvornost u postizanju uobičajenih ciljeva.

U savetovanju, struktura narativa se koristi da bi se otkrili događaji i odnosi na koje upućuju mentalna stanja koja su na izgled lišena „referenta“ u stvarnosti. Iskustveno, psihologija je otkrila sredstva tumačenja poput mehanizama kompenzacije, poricanja ili potiskivanja koji objašnjavaju upravo mentalna stanja koja se na prvi pogled čine nepogodnim za drugačije lečenje (poput upotrebe lekova). Ova problematična mentalna stanja koja nanose patnju čoveku su možda proizvod “otkačinjanja” ili odvajanja opažanja i doživljaja stvarnosti od same njihove funkcije da upućuju na neki događaj ili drugi aspect stvarnosti. Drugim rečima, pretpostavka velikog dela psihoterapije i savetovanja u slučajevima trauma i patnje je da doživljaji koji sami po sebi predstavljaju problem (depresija, strah, itd.) u stvari postaju problem upravo zato što je zamračena ili izgubljena njihova autentična narativna veza sa realnim stvarima i događajima.

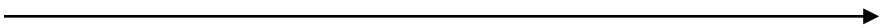
Strah od gubitka posla ili ljubavi nije patološki strah: on postaje patološki kada je ili naizgled bezrazložan, ili je do te mere nesrazmeran sa onim što ga naizgled prouzrokuje da se ne može kontrolisati. Pretpostavka savetovanja je da narativno popravljanje tumačenja straha može ponovo uspostaviti njegove stvarne dimenzije i vezu sa čovekovim doživljajem sveta u kome živi, što će onda, samo po sebi, omogućiti i dovođenje straha pod kontrolu.

Ponovno "tkanje" dela narativa koji nedostaje, koji je blokiran ili oštećen usled različitih opažajnih, saznajnih ili emocionalnih iskustava ili problema, često ponovo uspostavlja osnovnu usmerenost ili nameru da se posegne za stvarnošću van samog mentalnog stanja. Idealno, ako patim od nekontrolisanog i naizled neosnovanog straha (što je patološko mentalno stanje), ponovno tkanje pocepanog narativa bi mi moglo omogućiti da taj strah povežem sa njegovim stvarnim uzrokom, kao što je moguća ozbiljna bolest ili gubitak porodice. Nakon takvog ponovnog uspostavljanja "namere" straha da "posegne" za nekim delom stvarnosti ili moguće stvarnosti i da ga protumači, otvara se prostor za razgovor koji dimenzije straha može dovesti pod kontrolu razmatranjem realnih mogućnosti i posledica događaja koji izazivaju strah.

Pretpostavka za pokušaj popravke narativa je, naravno, da terapeut ili savetnik raspolažu sopstvenim funkcionalnim narativima: terapeut koji boluje od napada panike teško da će biti od pomoći osobi čiji problem je nekontrolisan strah. Uticaj jednog, bar relativno zdravog, narativa na drugi narativ, može biti lekovit. Isto tako, uticaj bolesnog narativa na manje bolestan narativ u načelu će biti štetan.

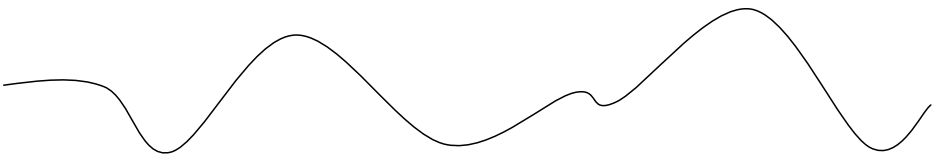
Bez namere da na ovom mestu detaljno razrađujemo upotrebu narativa za lečenje drugog narativa u psihoterapiji, važno je napomenuti da praktično sve ono što važi za individualne, važi i za kolektivne probleme sa narativom. Sa moralne tačke gledišta, međunarodna intervencija u vrednosni narativ jedne zajednice podrazumeva da je vrednosni narativ zajednice koja interveniše funkcionalniji i moralno "zdraviji". Čak i kada se zanemare epistemološki problemi koji proističu iz kulturnih razlika, o kojima je ranije bilo reči, posmatranje intervencije sa tačke gledišta gradivnih osobina narativa može biti zanimljivo i poučno.

Idealna struktura narativa je najjednostavnija moguća. Ona predstavlja jednu pravu crtu i označava zajednicu u kojoj postoji saglasnost o svim važnim vrednosnim pitanjima, zajednička sklonost miroljubivom rešavanju razlika u mišljenjima, jasna svest o sopstvenoj istoriji, sadašnjosti i planovima za budućnost, neupitan kolektivni identitet koji ne zahteva potvrdu kroz sukobe i dramatična sučeljavaja sa "značajnim drugim", itd. Dijagram tog tipa narativa je, idealno, ovakav:



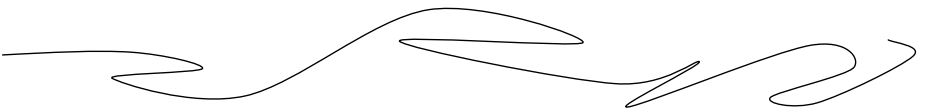
Dijagram 1: Idealan narativ

U većini slučajeva, međutim, jedan zdrav, funkcionalan narativ ima, u najboljem slučaju, blago talasastu formu, i označava generalno dobro utvrđen identitet sa pojedinim nesigurnostima i kontroverzama, kako u pogledu istorije, kolektivnog morala i duha, tako i u pogledu planova za budućnost. Takav narativ ima sledeću grafičku formu:



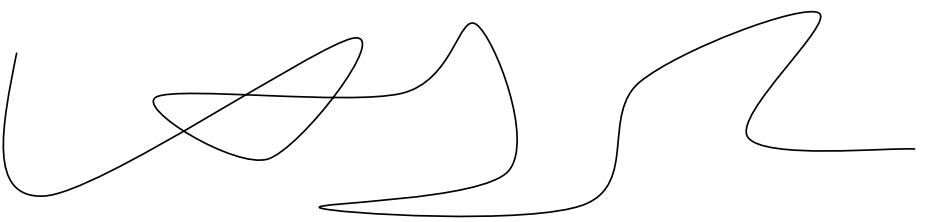
Dijagram 2: Zdrav i funkcionalan realan narativ 1

Nešto problematičniji, ali i dalje ukupno progresivan i relativno nekontroverzan narativ bi imao ovakav oblik:



Dijagram 3: Zdrav narativ komplikovanije strukture

U zajednicama sa problematičnim identitetom, narativ je komplikovanije strukture. On je izuvijan, neprirodnog oblika, upućuje na teškoće u razvoju, unutrašnjim odnosima, shvatanju kontinuiteta prošlosti, sadašnjosti i budućnosti zajednice, kao i na značajne promene u smeru njenog razvoja u političkom i društvenom smislu. Njegov oblik može biti ovakav:

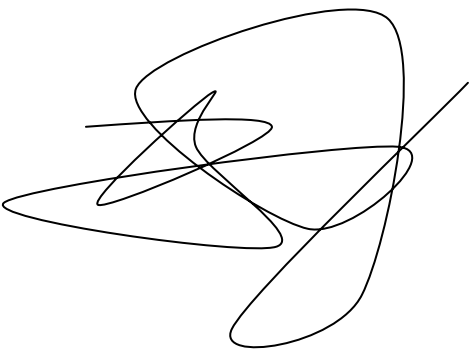


Dijagram 4: Narativ zajednice sa problematičnim identitetom

U strukturi ovog problematičnog narativa posebno su štetni njegovi delovi koji predstavljaju povratna zakrivljenja: oni označavaju

preispitivanja već usvojenih pravila i shvatanja, dovođenje u pitanje važnih vrednosti, njihove izmene, „prevladavanja" i „emancipacije", koje često vode moralnom relativizmu koji se može predstavljati kao moralni i civilizacijski „progres". Ova vrsta narativa karakteriše većinu „multikulturnih" društava (ne sva takva društva), u kojima unutrašnje društveno trenje različitih vrednosti stvara veću ili manju klimu moralne i običajne nesigurnosti. U multikulturnom društvu u načelu ima više dirkemovske anomije nego u monokulturnom društvu. Savremeno američko, britansko ili nemačko društvo tako imaju neuporedivo problematičniji narativ od savremenog finskog ili danskog društva, iako su sva ta društva demokratska i čak su zasnovana na donekle sličnim političkim ideologijama (uz varijacije u smislu naglašenog liberalizma u anglosaksonskom svetu i naglašenog socijal-demokratskog političkog mišljenja u nordijskom svetu). Dok nordijska društva uglavnom karakteriše narativ opisan u Dijagramu 2, američko, britansko, nemačko ili francusko društvo 21. veka obeležava narativ predstavljen Dijagramom 3.

Društva koja bismo nazvali „propalim državama", u kojima je stepen anomije vrlo visok, institucije nefunkcionalne a javna politika „kidnapovana" od strane interesnih grupa, te koja obiluju sukobima i neizvesnošću odlikuje narativ koji može izgledati ovako:



Dijagram 5: Narativ propale države

Zamislimo sada da opisanih 5 primera narativa označavaju moralnu i vrednosnu situaciju pojedinaca. Jasno je da bi svi oni sa narativima tipa 4 i 5 zahtevali terapiju ili savetovanje, jer su ti narativi ozbiljno nefunkcionalni, a uz nešto viši standard „zdravog" narativa, to bi se odnosilo i na one sa narativom tipa 3. Narativ tipa 3 sadrži povratna zakrivljenja koja ukazuju na probleme u zadovoljavanju „kriterijuma stvarnosti" kako ga opisuje

Šehtmanova, i samim tim je reč o narativu koji treba „popravljati". Narativi 4 i 5 su toliko isprepleteni i konfuzni da ne zadovoljavaju ni kriterijum stvarnosti ni kriterijum artikulacije, pa se stoga mogu smatrati sasvim patološkim narativima. Na nivou individualnog identiteta, ovi narativi označavaju ozbiljnu mentalnu bolest.

Kada se posmatraju na nivou društva (ili, institucionalno, na nivou države), oni označavaju duboko poremećene kolektive i institucije čiji je identitet upitan, a čije vrednosti su kontradiktorne, nejasne, moral nedovoljno jasno normativno izražen, ukratko društva u kojima vlada visok stepen anomije i u kojima je u velikom broju konteksta razlika između dobrog i lošeg relativna, nesigurna, ili čak izbrisana. Osoba za koju u velikom broju konteksta nije jasna razlika između dobrog i lošeg, ili generalnije između dobra i zla, smatrala bi se društveno opasnom i bila bi joj potrebna hospitalizacija. Društvo u kome u velikom broju slučajeva ne postoji jasna razlika između dobrog i lošeg, s druge strane, može biti i vrlo uticajno na globalnom planu. Ono može formirati globalne trendove koji su štetni, i, radije nego da bude „hospitalizovano", ono može disciplinovati sve one koji ne dele njegov moralni i vrednosni relativizam. Postoji velika faktička razlika između položaja pojedinca sa poremećenim narativom vrednosti i društva ili države sa jednako poremećenim narativom vrednosti. Moralne razlike, međutim, nema.

U savremenoj literaturi o ovoj temi posebno mesto zauzima rad Ričarda Kenigsberga (Richard Koenigsberg), koji je, na tragu sličnih razmišljanja, postavio pitanje o osnovanosti konzervativne upotrebe kvalifikacije o mentalnoj bolesti (ili „ludilu") koja zahteva da se ona primenjuje samo na pojedince. Kenigsberg smatra da se može smatrati da i kolektivi, pa i čitavi narodi, mogu biti mentalno bolesni, te da termin „ludilo" treba koristiti liberalnije i doslednije (Koenigsberg, 2009).

U svojim istraživanjima socijalne psihologije na tragu kantovske etike Kenigsberg je pišući o nacističkoj Nemačkoj i njenoj politici uništavanja Jevreja Kenigsberg se, pozivajući se na istraživanja Džefri Herfa (Jeffrey Herf — Herf, 2006), kritički osvrće na današnju naučno prihvaćenu upotrebu termina koji upućuju na ludilo, poput termina "psihoza". Kenigsberg sugeriše da je ludilo karakterizacija koja je realno šira od pojedinca i prisutnija nego što to savremena upotreba reči koje je označavaju dopuštaju. On argumentiše u prilog tezi da su Nazisti u stvari bili kolektivno ludi, to jest u moralnom smislu bezumni, jer su, recimo, Jevreje doživljavali do te mere paranoično da su bili spremni da ih uništavaju da bi se odbranili od pretnje koju su Jevreji predstavljali,

iako činjenice ukazuju na to da su Jevreji bili daleko od same mogućnosti da budu pretnja Nemačkoj tog vremena. Kenigsberg ide i dalje u svojoj argumentaciji i sugeriše da je kolektivno ludilo, između ostalog i u formi "iracionalne destruktivnosti", raširena i rasplamsana stihija u svetu, te da se u moralnom ambijentu u kome živimo nije moguće na odgovarajući način orijentisati bez priznavanja činjenice o raširenosti kolektivnog ludila, to jest ludila čitavih zajednica.

Kenigsbergova teza je zanimljiva u našem kontekstu jer predstavlja jednu prilično doslednu kantovsku argumentaciiju: moralna autonomija principijelno odriče pravo na intervenciju, jer moral je moguć isključivo kao individualna odluka, te se stoga moral ne može nametnuti silom. Istovremeno, moralna autonomija je prisutna samo kod racionalnog subjekta (subjekta sposobnog za ono što Kant naziva „univerzalnim htenjem", dakle za htenje koje racionalna osoba može želeti kao univerzalni princip). U situacijama kada pojedinci ili kolektivi pokazuju drastičnu nesaglasnost sa razumljivim moralnim htenjima ostalog sveta, oni se mogu smatrati ludima, kolektivno bezumnima, i samim tim im se može odreći autonomija, a time i "moralni imunitet" na spoljašnju intervenciju. Tako bi se, recimo, društva koja karakteriše vrednosni narativ identiteta predstavljen u Dijagramu 4 ili Dijagramu 5 mogla smatrati „psihotičnim" ili „ludim", samim tim i lišenim moralne autonomije, što bi onda otvorilo prostor za potencijalno moralno opravdanu međunarodnu intervenciju.

Jasno je, naravno, da u praktičnom smislu postoje ozbiljne prepreke na putu utvrđivanja uzajamnih odnosa vrednosti i vrednosne superiornosti narativa identiteta onih koji intervenišu i onih prema kojima se interveniše, pogotovo kada se ima u vidu činjenica da relevantnu procenu prave upravo oni koji intervenišu. No, pretpostavimo da je takva procena zaista moguća i u „realnom vremenu" i u realnim okolnostima koje u načelu važe u međunarodnim intervencijama. Ako je to zaista tako, onda intervencija može (ali ne mora) biti moralno opravdana samo u slučaju da interveniše društvo ili kolektiv sa gotovo idealnim vrednosnim narativom prema društvu ili grupi sa ozbiljno poremećenim narativom. „Moralni terapeut", trivijalno, mora biti bitno zdraviji od „moralnog pacijenta". Ovaj princip, koji je po svom konceptualnom sadržaju skroman, ipak je vrlo koristan jer nam daje široki i realističan manevarski prostor za moralnu procenu intervencija, čak i uz pretpostavku da smo u stanju da prevaziđemo epistemičku barijeru koja proističe iz kulturnih razlika.

4. Odnos vrednosnog narativa i moralnog vrednovanja međunarodne intervencije

Sa tačke gledišta intervencije koja se opravdava vrednostima (uključujući i ljudska prava), nužan uslov pozitivnog moralnog vrednovanja intervencije bio bi, u terminima teorije narativa, bitno superioran narativ intervencionista u odnosu na zajednicu prema kojoj se interveniše. To znači, da bi, recimo, zemlja sa vrednosnim narativom predstavljenim Dijagramom 2 možda mogla moralno opravdano da interveniše, u ime ključnih moralnih vrednosti, prema zajednici sa moralnim narativom iz dijagrama 4 ili 5. Jedna Danska možda bi moralno opravdano mogla da intervenise u Egiptu zbog krsenja prava ljudi na okupljanje, demokratsko glasanje i na javno zastupanje političkih stavova suprotstavljenih stavovima vlasti. Jedna Finska mozda bi moralno opravdano intervenisala prema jednom Iraku u kome se ljudi vešaju za politička krivična dela i u kome država sprovodi represiju protiv protivničkih etničkih grupa, kakvi su Kurdi. Zanimljivo je, međutim, da zemlje sa najzdravijim narativom identiteta praktično nikad (bar ne samostalno ili dominantno) ne intervenišu u drugim zemljama. S druge strane, zemlje sa problematičnim narativima, prepune konflikata, sukoba interesa, sa konfuznim moralnim normama, multiplikovanim i često uzajamno sukobljenim sistemima vrednosti, u kojima sve više vlada moralni relativizam, najviše intervenišu u drugim zemljama.

Svaka upotrebljiva metoda moralnog vrednovanja intervencije mora biti u stanju da podrži mogućnost da su neke intervencije (više) moralno opravdane. Teorija koja podrazumeva da ni jedna intervencija nije moralno opravdana nije praktično korisna, jer onemogućava moralnu procenu intervencija s obzirom na razloge za nju, na njene ishode, na namere koje su uključene u nju, kao i na kredibilitet onih koji intervenišu u odnosu na one prema kojima se interveniše. Teorija narativa omogućava takvo posmatranje i vrednovanje intervencija. Ona sugeriše da su minimalno potrebni (nužni, ali ne i dovoljni) uslovi za moralnu opravdanost intervencije dovoljno razumevanje vrednosnog narativa u odnosu na koji se interveniše, svest o relativnoj superiornosti sopstvenog vrednosnog narativa i razloga za tu superiornost, kao i verovatnim efektima intervencije (ti efekti ne smeju dodatno pogoršati narativ zajednice prema kojoj se interveniše).

Primenjujući ove jednostavne standarde teorije narativa na danas najupečatljivije međunarodne intervencije, one u Avganistanu, Iraku

i bivšoj Jugoslaviji, vide se različite nijanse moralne vrednosti tih pojedinačnih intervencija.

Dok je intervencija u Avganistanu, pa i ona u bivšoj Jugoslaviji, možda donekle popravila kolektivne narative zajednica prema kojima se interveniše (ako je u Avganistanu cilj bio uklanjanje talibanske kulture i vladavine, a u Jugoslaviji zaustavljanje rata), sa tačke gledišta posledica intervencija u Iraku je ozbiljno narušila narativ vrednosti i identiteta iračkog društva: ono je od sekularnog postalo ekstremističko islamsko društvo, a do tada miran odnos između Šiita i Sunita eskalirao je do ivice građanskog rata uz upotrebu teroritičkih metoda. Stoga bi se, sa tačke gledišta posledica intervencije za narativ, već moglo zaključiti da ova intervencija ima manje ili više jednoznačno negativnu moranu vrednost. Drugim rečima, sa priličnom izvesnošću se može zaključiti da je američka intervencija protiv režima Sadama Huseina, posmatrana sa tačke gledišta vrednosnih narativa, bila nemoralna.

Sa tačke gledišta kredibiliteta u smislu superiornosti narativa, intervencija u Jugoslaviji, u kojoj je besneo rat, možda je zadovoljavala ovaj nužan uslov moralnog opravdanja. Istovremeno, intervencija SAD prema Avganistanu, u kome nije bilo rata i društvo je živelo pod talibanskim režimom relativno mirno, izvedena je bez dovoljnog kredibiliteta intervencionista. Kada se uporede narativ američkog društva, koji se odlikuje problematičnom strukturom, sadrži dosta konflikata i vrednosnih protivrečnosti, sa vrednosnim narativom tadašnjeg avganistanskog društva, koje je bilo siromašno ali relativno stabilnih moralnih vrednosti (ne treba zaboraviti da su upravo SAD omogućile dolazak Talibana na vlast podržavajući ih kao „pokret revolucionarnih studenata" i nacionalnih emancipatora), rezultati ne idu jednoznačno u prilog superiornosti vrednosnog narativa američkog društva. Iako su SAD bile nesamerljivo ekonomski i vojno superiorne u odnosu na tadašnji Avganistan, odnos moralnih narativa ne meri se postojanjem šoping molova i brojem stanovnika koji poseduju kuće i automobile: on se meri doslednošću i stabilnošću moralnih vrednosti. Postoji više razloga da se veruje da su moralne vrednosti avganistanskog društva pre (a i posle) američke intervencije bile (i ostale) u najmanju ruku uporedive po svom značaju za članove zajednice, po svojoj normativnoj snazi i stepenu podrške koju su uživale, sa vrednostima američkog društva. Stoga je, sa tačke gledišta kredibiliteta narativa, američka intervencija protiv Avganistana bila nemoralna.

Ovakve procene možemo praviti s obzirom na dva osnovna aspekta narativa o kojima piše Šehtmanova: princip stvarnosti i princip

artikulacije. Postoje uverljivi razlozi za verovanje da je vrednosni narativ avganistanskog društva daleko bolje artikulisan, jednostavniji po strukturi, i normativno snažniji nego što je to narativ američkog društva. Sa tačke gledišta stvarnosti, taj narativ možemo različito procenjivati: pošto je on dominantno religiozan, on se samim tim ne osvrće previše na kongingentne činjenice sinhroničke stvarnosti koja okružuje Avganistan u međunarodnoj sferi (dominacija sekularnih društava i globalna vojna dominacija SAD), pa bi mu se u tom smislu mogla pripisati niža vrednost zbog nedovoljnog uzimanja u obzir stvarnosti o kojoj komunicira sa drugim kolektivnim narativima. S druge strane, u moralnoj raspravi stvarnost narativa se ne mora ograničavati na prepoznavanje aktuelnih empirijskih činjenica koje ide dalje od njihovog prostog konstatovanja; ono može uključivati i prepoznavanje principa i vrednosti kojima se te iskustvene činjenice vrednuju kao moralno neprihvatljive, delimično se ignorišu, ili se čak radi na njihovoj promeni. Ne postoje razlozi da se veruje da avganistanski imami koji su odbili retorički ultimatum SAD posle terorističkih napada na Nju Jork i Vašington 11. septembra 2001, da izruče vođe Al Kaide, nisu bili svesni objektivne premoći SAD. Može se, u najmanju ruku, pretpostaviti da savet avganistanskih mula koji je odbio ultimatum nije bio lišen osnovnog razumevanja činjenica i bar elementarne inteligencije, te da je razumeo visoku verovatnoću da će SAD napasti Avganistan. Stoga postoji razumna mogućnost da je njihovo odbijanje bilo motivisano moralnim vrednovanjem tog ultimatuma uprkos posledicama. Ukoliko je to slučaj, onda je uslov stvarnosti avganistanskog narativa bio zadovoljen, i tada bi se, uz neke druge uslove (da je postojala dovoljna podrška u avganistanskom stanovništvu ovom „principijelnom" moralnom stavu, na primer), moglo zaključiti da je, uprkos odsustvu šoping molova i atomskog oružja, avganistanski narativ u stvari bio superioran u odnosu na američki narativ.

Razmotrimo ukratko najnoviji, i unekoliko različit primer. 2014. godine, u vreme održavanja Zimske olimpijade u Rusiji, u Sočiju, kada je javnost celog sveta pratila Rusiju, izveden je državni udar u susednoj Ukrajini, u kojoj su demonstranti, za koje postoji opšte prihvaćen stav da su bar neki od njih otvoreni fašisti, demonstracijama smenili autoritarnog pro-ruskog predsednika Janukoviča i preuzeli vlast. Došlo je do bezbednosne i političke krize u zemlji, Januković je pobegao u Rusiju, a deo istočne i južne Ukrajine, naseljen sa više od 7 miliona stanovnika, većinom etničkih Rusa, podigao je pobunu, održao refernedume, proglasio nezavisnost i zatražio pripajanje Rusiji. Poluostrvo Krim je prvo zatražilo da se pridruži Rusiji i Rusija ga je uključila i integrisala u svoju teritoriju nakon kratke i efikasne pomorsko-kopnene intervencije usmerene na to

da se održi stabilnost i spreči nasilje. Krim je proglasio referendum dok su red na ulicama održavali ruski vojnici u neobeleženim uniformama. Oni su postepeno, uz pretnju silom ali uglavnom bez upotrebe sile, razoružali sve ukrajinske garnizone, brodove i jedinice i gotovo bez žrtava (osim nekoliko žrtava u nezgodama, ne u borbama) među Ukrajincima sve te vojnike poslali kući. Neposredno pre referenduma, zapadne madijske kuće su obavile kratku anketu među ne ruskim, nego ukrajinskim vojnicima stacioniranim na Krimu. U većini slučajeva oni su izjavili da nameravaju da glasaju za priključenje Rusiji, uprkos osećaju dužnosti prema Ukrajini, jer je „to bolje za budućnost njihove dece, pošto je Ukrajina propala". Neki su sa porodicama živeli u zapuštenim stanovima u kasarnama površine od 25 kvadratnih metara a bili su u kasnim pedesetim godinama i imai su preko 30 godina vojnog staža.

Ako ulogu Rusije na Krimu pre prisajedinjenja ruskoj teritoriji odredimo kao vojnu intervenciju, onda se u smislu moralnog vrednovanja te intervencije sa stanovišta narativa odmah postavlja pitanje upoređenja kredibiliteta i kvaliteta vrednosno-moralnih narativa Rusije i Ukrajine zahvaćene državnim udarom. Zavisno od toga kako procenjujemo pojedine činjenice, moglo bi se razumno zaključiti da je ruski društveni i vrednosni narativ značajno superioran u odnosu na ukrajinski, do te mere da čak i ukrajinski oficiri glasaju za prisajedinjenje Rusiji zbog kvaliteta života i funkcionalnosti društva. Analizom načina postupanja ruskih trupa vidi se poštovanje za ljudski život i namera da se osigura stabilnost i bezbednost. Kada se ova „intervencija" uporedi sa razvojem događaja koji je usledio u ostalim delovima istočne Ukrajine, u kojoj nema formalne ruske intervencije, vidi se da je u ovom drugom slučaju nastupio građanski rat, ubistva civila od strane ukrajinske vojske, masovno krvoproliće i zločini, poput zatvaranja i paljenja ljudi u zgradi u jednom od najvećih ukrajinskih gradova, Odesi. Drugim rečima, posledično posmatrano, ruska intervencija bi se mogla smatrati uspešnom u smislu očuvanja života i stabilnosti, dakle mogla bi se, konsekvencijalistički posmatrano, oceniti kao moralno opravdana. S druge strane, stepen artikulisanosti ruskog narativa identiteta, moralnih (pa i političkih) vrednosti je neuporedivo viši od ukrajinskog narativa u vreme puča, konfuzije vrednosti i nereda koji se ogleda, između ostalog, i u činjenici da su ukrajinske vlasti neposredno posle prevrata počele da hapse same učesnike prevrata kao fašiste. Konačno, u pogledu stvarnosti narativa, čini se jasnim da je prisajedinjenjem Krima Rusija zaštitila svoje sunarodnike, njihovu imovinu i kvalitet života, prepoznajući sasvim jasno osnovne činjenice u prevratu. Ako se složimo sa svim ovim procenama i konstatacijama činjenica, moglo bi se zaključiti da, za razliku od američkih intervencija

u Avganistanu i Iraku, ruska intervencija na Krimu zadovoljava oba nužna uslova za pozitivno moralno vrednovanje koja proističu iz teorije narativa.

5. Zaključak: prednosti i nedostaci narativnog vrednovanja intervencije

Prednosti narativne teorije su u vezi sa njenom praktičnom upotrebom u vrednovanju međunarodne intervencije. Ona omogućava da se pojedinačne intervencije moralno vrednuju na osnovu argumentovanog tumačenja činjenica, i zbog toga je prijemčiva za rasuđivanje u javnoj politici, međunarodnim odnosima, i etici primenjenoj na ove delatnosti. Ovaj pristup ostavlja otvorenom mogućnost neslaganja i različitog vrednovanja pojedinih intervencija: svaki od navedenih primera vrednovanja može se opovrgavati, unutar metodologije teorije narativa, zavisno od toga kako, primera radi, ocenjujemo različite aspekte pojedinih narativa, njihove odnose i vrednost. I sami principi artikulacije i stvarnosti su predmet argumentacije: moguća su različita argumentovana mišljenja o tome u kojoj meri neki narativ zadovoljava ili ne zadovoljava ove principe, bez dovođenja u pitanje metodologije teorije narativa. Ova unutrašnja fleksibilnost i prijemčivost za empirijski sadržaj i procene je velika praktična prednost teorije narativa. Ona izbegava neprimenljive „kategoričke" i „univerzalističke" metodologije moralnog mišljenja koje su, u načelu, znatno manje kadre da odgovore na zahtev za razlikovanjem između pojedinih intervencija s obzirom na relevantne činjenice.

Narativna teorija moralnog opravdanja intervencije takođe se može prevesti u javnu politiku. Ona, za razliku od apriorističkih shvatanja moralnog opravdanja, omogućava da moralno opravdanje bude u velikoj meri politički normirano, recimo ugrađivanjem nekih od svojih aspekata u nacionalne ustave i statute međunarodnih organizacija. Njena zavisnost od procene može se institucionalizovati na nivou javne politike poveravanjem takve procene različitim međunarodnim telima, stručnim ili drugim društvenim grupama, poput predstavnika međunarodnog nevladinog sektora. Moguće je, na primer, da u pogledu krize u nekoj zemlji odluku o opravdanosti intervencije sa moralne i političke tačke gledišta donosi neka relevantna regionalna organizacija koja je upoznata sa sistemom vrednosti u zemlji o kojoj se radi. Takođe je moguće da se legitimitet intervencije po metodologiji teorije narativa proverava kroz međunarodno pravosuđe. Drugim rečima, moguće je koristiti teoriju

narativa u postojećem institucionalnom i međunarodnopolitičkom instrumentariju. Može se, pri tome, očekivati da bi dosledna primena metodologije narativa, uz prepoznavanje epistemičkih i principijelnih ograničenja uzajamnog vrednovanja narativa, doprinela ukupnoj pravednosti i moralnom kvalitetu odluka koje ti instrumenti međunarodne politike donose ili omogućavaju.

S druge strane, slabost ove metodologije je u njenoj ograničenoj sposobnosti da aktivno operiše terminima kao što su „moralna obaveza", „dužnost", „univerzalni princip", pa čak i „univerzalni um" — terminima nasleđenim iz kantovske etičke tradicije koji su u moralnoj teoriji stekli veliki ugled. U izvesnom smislu, usvajanje teorije narativa „izmiče tlo pod nogama" ovim ambicioznim pojmovnim projekcijama potrebe za univerzalnom „moralnom metafizikom" koja je obeležila veliki deo modernog doba u razvoju moralne filozofije.

Poseban doprinos konkretnom moralnom vrednovanju međunarodnih vojnih intervencija teorija narativa nudi zahvaljujući svojoj sposobnosti da poveže individualne i vrednosti zajednice, kao i individualni identitet, i patologije tog identiteta, sa identitetom i patologijom zajednice. Ova sposobnost teorije narativa je korisna zbog toga što se pojedine procene i moralna vrednovanja koja se čine u vezi sa postupcima zajednica, ili sa javnom politikom, mogu proveriti razmatranjem analognih slučajeva u individualnom kontekstu. Posmatranje moralnih pitanja na individualnom planu je često jasnije nego njihovo sagledavanje na planu političke zajednice, pogotovo kada je reč o oceni vrednosnih sistema, doslednosti u opredeljivanju za moralne izbore, i ispoljavanju različitih vrlina. Sposobnost teorije da primeni iste principe za individualnu etiku i etiku političke zajednice stoga doprinosi kako teorijskoj eleganciji, tako i praktičnoj, korisnoj upotrebi te teorije kao primenjene etike. Upravo takva etika nam je potrebna za moralnu ocenu međunarodnih vojnih intervencija koja će omogućiti da se takve intervencije ocenjuju ne generalno, kao uopšteno pravo na vojnu intervenciju ili njegovo odsustvo, nego kao pojedinačne akcije koje će dobijati različite moralne ocene zavisno od relevantnih činjenica.

Aleksandar Fatić, Ph.D
Principal Research Fellow
Institute for Philosophy and Social Theory, Belgrade
University of Belgrade

VALUE NARRATIVE IN A MORAL JUSTIFICATION OF INTERNATIONAL INTERVENTION

Summary

The paper discusses the foundations of the moral evaluation of international military interventions in the context of the narrative theory of identity. The narrative theory portrays the collective identities and value systems of both the intervenors and those againt whom the intervention is launched in terms of 'narratives' of 'life stories' of the communities. The author argues that the narrative theory provides the most useful tools to develop models of moral evaluation of particular interventions. He suggests that, unlike the deontological moral theories, which operate te terms such as 'moral obligation' or 'duty' to intervene, the narrative theory does no aspire to universality, but is capable of integrating empirical evaluations and comparisons, thus allowing the establishment of credibility or lack of credibility to intervene, superiority of the intervenors' narrative, and a number of other factors. This allows the narrative theory to discriminate between particular interventions, without drawing generalized conclusions as to whether international interventions are morally justified or unjustified. The theory allows easy incorporation in the existing political institutions and practice, and promises to enhance the profile of moral evaluations within them. Finally, the theory allows for an empirically informed moral critique of military interventions based on the qualities of the value systems constitutive of the collective identities of the intervenors, as well as those which the intervenors attempt to address in the intervening theaters. In some cases, as the author shows, although the social and economic differences between the intervenors and the communities against which interventions are aimed are enormous, the qualities of the value systems in the sense of normative power, consistency and stability, suggest a superiority of the narratives of the recipients of intervention to those of the intervening states. However, the narrative theory makes the conclusions about moral

evaluations of interventions dependent on the specific interpretation of the relevant facts and value-judgements made with regard to what features of the intervention, the intervenors, or the recipients of the intervention are deemed morally decisive.

Ključne reči: victory, narrative, values, moral evaluation, public policy, military intervention.

IZVORI KORŠĆENI U TEKSTU:

Bagnoli, Carla (2005). 'Humanitarian Intervention as a Perfect Duty: A Kantian Argument'. *Nomos* 47: 117-148.

Best, Jeffrey (2002). *War and Law Since 1945*. Oxford: Oxford University Press.

Brown, Michael (ed.) (1996). *The International Dimensions of Internal Conflict*. Cambridge (Mass.): MIT Press.

Ćirić, Jovan, prir. (2013). *Haški tribunal između prava i politike*. Beograd: Institut za uporedno pravo.

Fatić, Aleksandar (2000). *Reconciliation via the War Crimes Tribunal?*. Aldershot: Ashgate.

Herf, Jeffrey (2006). *The Jewish Enemy. Nazi Propaganda during World War II and the Holocaust*. Harvard: Harvard University Press.

Koenigsberg, Richard (2009). *Nations have the right to kill. Hitler, the Holocaust, and war*. New York: Library of Social Science.

Kuperman, Alan (2008). 'Mitigating the Moral Hazard of Humanitarian Intervention: Lessons from Economics'. *Global Governance* 14: 219-240.

Pease, Kelly Kate and Forsythe, David P. (1993). 'Human Rights, Humanitarian Intervention, and World Politics'. *Human Rights Quarterly* 15: 290-314.

Poltera, J. (2011). Self-Narratives, Story-Telling and Empathetic Listeners.*Practical Philosophy* 10, 1: 65-79. (internet izdanje).

Sheffer, David (1992). 'Toward a Modern Doctrine of Humanitarian Intervention'. *University of Toledo Law Review* 23: 253-294.

Williams, David (2012). 'Afghan drug war debacle: Blair said smashing opium trade was a major reason to invade but 10 years on heroin production is up from 185 tons a year to 5,800'. *Daily Mail online*, 17. Februar, http://www.dailymail.co.uk/news/article-2102158/Heroin-production-Afghanistan-RISEN-61.html.

Dr Jovan Ćirić[1]

Originalni naučni rad

UDK: 316.32:316.7

„MEKA MOĆ“ I GLOBALNO UPRAVLJANJE SVETOM

Apstrakt

Podjarmiti nekoga bez rata vrhunac je vojnog umeća, smatrao je jedan kineski filozof. Jedan američki političar je rekao da nije važno koliko ste neprijatelja ubili, već koliko ste ih privukli na svoju stranu da vam budu saveznici. Sa druge strane, Staljin je ironično pitao Čerčila i Ruzvelta, koliko oružja i trupa ima u svojim rukama vatikanski papa? Nekoliko decenija kasnije, poljski papa Jovan Pavle II odgovorio je na to pitanje rušenjem Berlinskog zida, ali i čitavog komunizma. U svakom slučaju za pobedu u „hladnom ratu“ tenkovi, bombe, avioni, vojska, nisu bili toliko važni, koliko je bilo važno osvojiti srce i dušu mladih ljudi suprotne strane. U tom smislu Holivud, rokenrol, pop kultura i uopšte uzev način života i životni stil igrali su vrlo važnu ulogu. Čak i kada se mrzi Amerika, vole se Miki Maus i koka-kola, rekao je jedan srpski istraživač i to je ključ za razumevanje šta je to meka moć. Autor ovog članka međutim smatra da je analiza svega onoga što čini meku moć vrlo značajna ne samo zato da bi se shvatila prošlost i šta se to desilo u „hladnom ratu“, već je to svakako značajno i za razumevanje sistema vladanja u savremenom svetu. Francuski predsednik De Gol je govorio da je teško vladati narodom koji ima preko 300 vrsta sireva. U tom smislu je uvek bolje kada su ljudi obučeni na isti način, kada gledaju iste filmove, kada slušaju istu muziku, kada veruju u iste ideje, ili kada imaju iste životne stilove. Imajući sve to u vidu uloga pop kulture i meke moći je od izuzetne važnosti za globalno upravljanje svetom. U vezi sa tim bi se moglo govoriti da su različiti oblici manipulacije i medijske propagande, od izuzetnog značaja, te zbog toga autor ovog teksta posebnu pažnju posvećuje reklamiranju i ubeđivanju. Unifikacija životnih stilova u Mao Ce Tungovoj i Staljinovoj diktaturi bila je isuviše očigledna, svakako mnogo očiglednija nego što je to unifikacija u imperijama i diktaturama kakve su Beneton, Nike, Lewis, Hugo Boss i druge modne kompanije i kompanije koje proizvode pop kulturne proizvode.

[1] Naučni savetnik, Institut za uporedno pravo Beograd; mail: jciric@icl.org.rs

Ključne reči: meka moć, hladni rat, Holivud, pop kultura, životni stilovi, unifikacija, moda, manipulacija.

*
* *

Kao uvodne reči za tekst koji sledi, moglo bi se upotrebiti ono što kaže Miša Đurković: „I kada se mrzi Amerika, vole se Miki Maus i koka-kola.“[2] Makijaveli je govorio da je za vladara najbolje da bude i voljen, ali takođe i da njegovi podanici budu zastrašeni njime, međutim, pošto to dvoje retko idu zajedno, obično je za vladara sigurnije da odabere strah, da odabere da ga se više plaše, nego da ga vole. No, da li je danas baš tako? Klasična „tvrda moć“, zastrašuje, ali...„meka moć“ deluje zavodljivo, njome se ipak više postiže. Američka meka moć širi i uspostavlja zajedničke norme, vrednosti i verovanja, a to vodi svojevrsnoj „amerikanizaciji“ drugih zemalja.[3]

Kažu da je Staljin više verovao u „tvrdu moć“, u to da ga se ljudi plaše i da on zastrašuje svoje saradnike i protivnike, nego što mu je bilo stalo do toga da ga vole.[4] U tom smislu, za razumevanje „tvrde“ i „meke moći“, jedna njegova rečenica – pitanje, jeste vrlo značajna. „Koliko papa ima divizija?“, upitao je on, Čerčila i Ruzvelta, kada su mu skrenuli pažnju da Vatikan ima neke zahteve. Odgovor na to pitanje dočekali su, međutim, Staljinovi naslednici. Ovakav Staljinov stav izaziva čuđenje, imajući u vidu da je on sam bio teolog. Kao neko ko se bavio teologijom, morao je shvatati značaj borbe za osvajanje ljudskih duša.[5] Može se reći da se bojište često nalazi u glavama ljudi.[6] Amerikanci su odneli pobedu u „hladnom ratu“ ne zahvaljujući oružju, već zahvaljujući potpunom trijumfu u borbi za srca i umove ljudi.[7] Ako vi svog protivnika dezorijentišete i dekuražirate, čime njegovu spremnost da se bori i da vam se suprotstavi snizite na minimum, onda ste već završili veliki deo posla. Na primer ako uspete da u protivničkim redovima razvijete različite oblike dezorijentisanosti, defetizma i dezerterstva, onda je posao

[2] M. Đurković, *Slika, zvuk i moć – ogledi iz pop-politike*, Beograd 2009, 17.
[3] Chan Hui Yu, Popular Culture as a Means of Soft Power, *http://www.academia.edu/4961144/Popular_Culture_as_a_means_of_Soft_Power,* 10.11.2014
[4] V. Adamović, *Tri diktatora – psihopolitička paralela*, Beograd 2008, 167-185
[5] O tome, Đ. Šušnjić, *Ribari ljudskih duša*, Beograd, 2011.
[6] Dž. Naj, *Budućnost moći*, Beograd 2012, 59.
[7] M. Đurković, 10.

u dobroj meri završen.[8] Uzalud oružje ako oni koji treba da pucaju, ne žele da se bore, već više vole svog protivnika i sve što je njegovo, svu njegovu kulturu.

Ponekad i samo jedan čovek, kao što je to bio Isus Hristos uz pomoć nekolicine svojih sledbenika, može poraziti čitave velike imperije i doneti epohalne promene u svetskoj istoriji, pa i geografiji. Uostalom, upravo su Lenjin, Trocki, Staljin uz neveliki broj svojih sledbenika, članova boljševičke partije, srušili veliko carstvo i na kraju doveli do toga da je ta njihova državna tvorevina, koja je ujedno bila i religiozno-ideološka tvorevina bila na ivici da potpuno zagospodari čitavim čovečanstvom.

Primera ima još. Svega 100.000 Britanaca zagospodarilo je čitavom Indijom i dugi niz godina je vladalo nad 300 miliona Indijaca. A onda je bio dovoljan maltene samo jedan čovek: Mahatma Gandi, pa da on sam sruši vlast Britanaca i nagovesti rušenje čitave britanske imperije.[9] I francusko osvajanje Alžira, kao i alžirsko oslobođenje od Francuza, takođe mogu biti dobar primer.

U istoriji se pokazalo da svet ideja i religije, može biti jači od sveta realnosti i mnoštva oružja kojima ljudi raspolažu. Ili, kako bi to rekao Njegoš: „Boj ne bije svijetlo oružje, već boj bije srce u junaka!“. A to možemo tumačiti i na sledeći način: „ako je junak nespreman da se bori, plašljiv, nesiguran u sebe i u ono za šta se bori, neće mu pomoći najsavremenije oružje koje „poseduje“. Tako, ono što se danas popularno naziva „meka moć“, postaje isto toliko značajno kao i prava moć,[10] jer, kao što su još drevni kineski mislioci govorili: “Podjarmiti nekoga bez borbe, vrhunac je umeća”.[11] Odnosno, kako je to konkretno govorio Sun Cu, najbolje je pobediti bez potrebe za borbom.[12]

Ili, sve to isto možemo reći i na sledeći način: sovjetski vojnici su imali i te kako moćno i “svijetlo” oružje, pa ipak, u “hladnom ratu” oni su izgubili od Amerikanaca. Stvar je u suštini vrlo jednostavna: ako vojnici i ne samo vojnici jedne države, odnosno pre svega omladina te države, iskreno vole i preferirarju sve što dolazi iz neke druge države: i ideje i

[8] Neka istraživanja na primer kazuju da je u aktuelnoj ukrajinskoj krizi, dve trećine Rusa protiv toga da ruska vojska direktno interveniše u Ukrajini, *akter.co.rs/29-bezbednost/95781-dve-tre-ine-rusa-protiv-ruske-vojske-u-ukrajini.html* . 09.11.2014.

[9] *sr.wikipedia.org/sr/Махатма_Ганди* , 01.11.2014.

[10] O tome na primer P. Matić, „Rat za meku moć” , *Srpska politička misao* 2/2009, 31-44.

[11] „Učiniti neprijatelja da se bez borbe (samo)podčini, (samo)podjarmi, (samo)pokori, vrhunac je umeća ratovanja, - D. Nikolić, „Ratovanje bez rata – budućnost (ideal) američke dominacije svetom? ”, *Srpska politička misao* 1/2012, 112.

[12] Dž. Naj, 56

jezik i muziku i hranu i način oblačenja i filmove i sveukupnu robu široke potrošnje i ostale proizvode, onda teško možete očekivati da će oni biti baš mnogo revnosni i uspešni u bilo kakvoj borbi.[13] Tako dolazimo do suštine "meke moći", a što je pojam koji je devedesetih godina pojmovno uobličio Džozef Naj, profesor sa Harvarda.

Njut Gingrič, spiker u američkom Kongresu, u svoje vreme je rekao da ključ uspeha i nečije snage nije u tome koliko sam neprijatelja ubio, već u tome koliko sam ljudi pridobio da mi budu, da mi postanu saveznici. To je meka moć - sposobnost da drugoga privučete na svoju stranu, a to je značajnije, jače, ubojitije, nego da ga prisiljavate na to, ili da ga plaćate, podmićujete za to. "Meka moć" izvire iz atraktivnosti same države, njene kulture, političkih ideala i sveukupne politike dotične države.[14]

Za meku moć se može konstatovati da ona predstavlja sposobnost da se utiče na preferencije drugih kako bi ti drugi počeli da žele ono što i vi želite,[15] odnosno reč je o moći da ja uobličavam vaše želje,[16] a što se najčešće postiže ne otvorenim i direktnim ratom, već ubeđivanjem, ubeđivanjem, ubeđivanjem.[17] Tako, međutim, dolazimo do nauke o reklamiranju, do tzv. "skrivenih ubeđivača", a što je naslov poznate knjige, jednog od prvih istraživača psihologije marketinga i reklamiranja, Vansa Pakarda, koji je bio prvi koji je tzv. dubinsku psihologiju stavio u službu ubeđivanja – reklamiranja. Reklama se po njemu ne sastoji više u tome da se potrošač ubedi u to da je jedan proizvod bolji od konkuretskog, već u tome da se on ubedi da mu je jedan proizvod zaista potreban, a to se postiže delovanjem na podsvest potrošača i na njegove skrivene potrebe, a pre svega na emocionalnu sigurnost, uverenost u sopstvenu vrednost, zadovoljenje sopstvenog ega, osećanje moći, besmrtnosti, itd.[18] Suština je u tome da potrošač uopšte nije svestan da reklama, skriveni ubeđivači dejstvuju na njega, on nije ni svestan tamne strane svoje ličnosti, svoje podsvesti, ali, kroz skrivenu, sugerisanu poruku - reklamu, ta njegova podsvest isplivava na površinu i potrošač počinje da se ponaša sasvim nesvesno i kupuje i radi ono što inače ne bi. Tu se može

[13] Moć se sastoji u tome kako i šta prosečan čovek jede, pije, oblači se, načinu na koji govori, misli, odnosi se sa drugima itd. O tome M. Fuko, „Zašto proučavati moć", *Ovdje* januar, februar, mart 1996. citirano prema M.Đurković, 13.

[14] Joseph S.Nye Jr; - Soft Power – The Means to Success in World Politics; - Copyright 2004, by Joseph S.Nye Jr, Special Market Department at the Perseus Books Group 11 Cambridge Center, Cambridge MA, Preface, IX; X

[15] Dž. Naj, 28.

[16] *Ibid*, 31.

[17] *Ibid,* 59.

[18] V. Pakard, *Skriveni ubeđivači*, Beograd 1994, 85-98.

govoriti o mnogobrojnim manipulacijama, pa i o tzv. efektu 25. kadra, koji je pedesetih i šezdesetih godina otkrio istraživač Džejms Vajkeri. On je naime u dogovoru sa vlasnikom bioskopa, na kino-projektoru puštao kadar koji traje svega 0,003 sekunde, na kojem je pisalo "Koka-kola" i "jedite kokice". Oko nije moglo da registruje taj "25. kadar", pošto oko registruje ono što traje 0,05 do 0,06 sekundi, međutim ovih 0,003 sekunde, taj tzv. 25. kadar, delovao je subliminalno, na podsvest i to je imalo značajnog efekta, jer je ispred bioskopa, porasla prodaja koka-kole za 16, a kokica za 50 odsto. Korišćenje subliminalnog reklamiranja je zabranjeno, međutim, postojanje 25. kadra može se ustanoviti tek uz specijalnu aparaturu, pa je i pitanje da li se u stvarnosti takva vrsta reklamiranja ne koristi.[19] Ono što je ovde bitno, jeste da zadovoljenje nesvesnog i komunikološka svojstva robe, stručnjacima za manipulaciju ostavljaju velike mogućnosti za manipulaciju u svakom pogledu.[20] Savremena reklama postala je prvenstveno pitanje što bolje manipulacije, a ta saznanja i eksperimenti danas se obilato koriste u svetu politike i ideologije, pre svega u tom smislu kako svoju ideju što bolje prodati, odnosno naturiti. Naravno, kao i u propagandi svakodnevnih proizvoda, tako se isto i u propagandi ideologije i politike, koriste dostignuća i saznanja iz oblasti subliminalnog, podsvesnog delovanja- reklamiranja.[21]

Manipulacija i predstavljanje onoga što je lažno kao ono što je stvarno, je dakle danas osnov ne samo marketinške delatnosti, već i političko-informativne delatnosti u savremenom svetu.[22] Nama se ovde nameću i brojni primeri manipulacije i anti-srpske medijske propagandne histerije, koja je bivala uvod u kasnije vojne intervencije i bombardovanja.[23] Anti-srpska kampanja i medijska priprema kasnijih vojnih intervencija, trajala je vrlo dugo[24] i bila je uperena na bazične ljudske instikte, ljudsku podsvest, pri čemu je televizijska slika obično imala vrlo veliki značaj i uticaj na podsvest površnog konzumenta reklamnih, medijsko-političkih poruka. Tako je na primer CNN 9. jula 1999. objavio sliku jedne livade, jedne patike i jednog džempera, a rečeno je da je otkrivena do tada najveća

[19] O svemu tome, S. Kara-Murza, *Manipulacija svešću*, Beograd 2011, 72

[20] D. Pantić, Psihologija reklame: Kako da ti kažem da me kupiš?, *http://scindeks.ceon.rs/article.aspx?artid=1450-56810814361P,* 07.11.2014.

[21] M. Đurković, 66-84

[22] Noam Čomski na primer govori o deset načina, metoda za manipulisanje ljudima: preusmeravanje pažnje; stvaranje problema; postupnost promena; odlaganje; upotreba dečjeg jezika; buđenje emocija; neznanje; veličanje gluposti; stvaranje osećaja krivice; zloupotreba znanja, *http://www.6yka.com/novost/15833/comski-deset-strategija-manipulacije-ljudima,* 09.11.2014.

[23] B. Dimitrijević, „Od medijskog stereotipa do vojne intervencije", *Vojno delo* 2/1999.

[24] Vrlo sveobuhvatno o tome piše S. Vuković, *Etika zapadnih medija: Antisrpska propaganda devedesetih godina XX veka*, Novi Sad – Sremski Karlovci 2009.

(350 leševa) masovna grobnica Albanaca na Kosovu kod Prizrena. Već sutradan ove vesti uopšte nije bilo ni na toj, ni na nekoj drugoj televiziji.[25]

Sve u svemu, danas je moguće izmisliti nešto i nekakvu potpunu laž predstaviti kao istinu koju javnost prihvata bezrezervno i bez razmišljanja. Kao ilustraciju ovde treba pomenuti i američki film „Ratom protiv istine" („Wag the Dog") iz 1997. sa Robertom De Nirom i Dastinom Hofmanom u glavnim ulogama, a u režiji Barry Levinsona.[26] Da bi na nekoliko dana pre predsedničkih izbora, „spasili" predsednika SAD, uhvaćenog u seksualnom skandalu, ova dvojica „spin-doktora", izmišljaju i praktično organizuju čitav jedan rat u Albaniji i time „odvlače" pažnju američke javnosti od seks-skandala. U jednom trenutku, novinari, u albanskoj zabiti „pronalaze" jednu cipelu jednog otetog američkog vojnika u Albaniji. U znak pozdrava svom sunarodniku, kantri muzičari komponuju pesmu o cipeli koja dospeva na vrhove top listi, a građani SAD masovno kao amajliju, vezuju cipele za svoje prozore i svoje automobile. I cela Amerika počinje da maše cipelama i peva o cipeli, u znak pozdrava otetom, a u stvari nepostojećem Amerikancu u nepostojećem, isfabrikovanom ratu u Albaniji. Da li danas posle svih iskustava na našim i ne samo našim prostorima, iko može da pomisli kako je sve to preterano? Naravno uvek ostaje pitanje kako je moguće da se neke stvari, neki medijski stereotipi, priče i mehanizmi iz jedne u drugu situaciju ponavljaju po istom obrascu, a da građani, uvek prihvataju sve to gotovo bez ikakvog razmišljanja i bez ikakve dileme.

Ovde se nameću dva pitanja. Prvo, kakve to veze ima sa onim o čemu mi ovde govorimo, „meka moć", a drugo pitanje jeste pitanje: kako to da uvek isti stereotipovi uspevaju da „prođu" kod iste publike - stereotipi o humanitarnoj katastrofi, oružju za masovno uništenje, ljudskim pravima i sl. Odgovor se nalazi u površnosti i potrošačko-konformističkoj nezainteresovanosti prosečnog gledaoca, građanina, koji ima vremena da uz konzervu piva, posle napornog radnog dana i duge vožnje do svoje kuće, samo uzgred primi informaciju da se negde u nekoj dalekoj i njemu nepoznatoj zemlji događa nešto strašno.[27] Tako se dakle vraćamo na ono o čemu smo malopre govorili: manipulacija putem delovanja na bazične, podsvesne emocije i površno praćenje nekog izveštaja o nekim događajima. Sada se tu više ne radi ni o ubeđivanju, nego o podsvesno-psihološkoj sugestiji, koja uspešno zaobilazi subjektov razum i uspavljuje

[25] Z. Avramović, CNN-moralna grobnica: Kako se proizvodi mržnja između naroda? u Z. Avramović, *Srbi u getu demokratije*, Novi Sad 2007, 364.
[26] *http://en.wikipedia.org/wiki/Wag_the_Dog ,* 10.11.2014.
[27] J. Ćirić, *NATO agresija na Jugoslaviju – sedam pitanja i sedam odgovora na moralno-psihološke, socio-ekonomske i pravno-političke dileme*, Beograd 1999, 136

sve logičke stražare, koji bi eventualno sugerisali slušaocu ili gledaocu: „Ne, nešto je nelogično u celoj priči, ne može se verovati u tu priču“. Tako dolazi do pravog kalemljenja ideje, osećanja, emocije, ili ovog ili onog psihičkog stanja, tj. političke ideje. Jednostavno rečeno, kada sluša radio, kada gleda televiziju, čovek to uglavnom radi površno, bez da razmišlja o suštini, o ideji, o rečenici i njenim značenjima. On rečenice uglavnom ne može da ponovi, ali im zato veruje.[28] A veruje im, između ostalog i zato što uviđa i oseća da i (svi) drugi (gledaoci – slušaoci) veruju i prihvataju odgovarajuće stavove koji im se prezentuju putem masovnih medija, te i on svoje stavove i mišljenja počinje da usaglašava sa opštim.[29] Svi, nose džins, svi piju koka-kolu, svi govore engleski jezik, svi imaju svoju „stranicu“ na „Facebook-u“, na kojoj „lajkuju“, svi slušaju istu muziku i gledaju iste filmove, navijaju za iste timove, pa zašto bih ja bio izuzetak? Svi preferiraju Ameriku i njenu kulturu u odnosu na kulturu i politiku svoje zemlje (Rusije, Srbije, itd.) To je istovremeno i odgovor na pitanje zbog čega su pitanja manipulacije sa običnim reklamama, pa i manipulacije sa političkim idejama i stavovima, značajni za „meku moć“ jedne zemlje, Amerike konkretno. To „svi tako misle“ jeste jedna od ključnih propagandističkih tehnika.[30]

Majstori manipulacije se više nego manipulacijom svešću, služe manipulacijom podsvešću. Oni, deluju sugestivno na podsvest – na primer u tom smislu da je potrebno kupiti najnoviji program kompjutera i kompjuterskih igrica, odnosno najnoviji brend bilo kakvog novog proizvoda, ili čak i ideje. Sve to, sve te ideje, prodaju se i nameću, odnosno ponavljaju do u nedogled. Tako na primer, ističe se da je potrebno boriti

[28] S. Kara-Murza, 68

[29] N. Rot, *Osnovi socijalne psihologije*, Beograd 1973, 2013.

[30] Takođe ovde treba reći i to da se u razvijenim ekonomijama, u proseku oko 25 odsto nacionalnog dohotka, „obrće“ u sektoru propagande i reklame. O tome, A. Praktanis, E. Aronson, *Age of Propaganda: The Everyday Use and Abuse of Persuasion*, Holt Paperbacks publisher 2001, 432, - o knjizi u apstraktu, prikazu: J.S. Armstrong, Review of Antony Pratkanis and Elliot Aronson, Age of Propaganda: The Everyday Use and Abuse of Persuasion, *www.repository.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1089%content=marketing_papers,* 08.11.2014.

se protiv korupcije, protiv incesta,[31] za poštovanje ljudskih prava, danas čak i prava životinja, za kažnjavanje odgovornih za ratne zločine i sve u tom smislu. Priče o ratnim zločinima Srba u Bosni i na Kosovu se na primer neprestano ponavljaju sa ciljem da prodru u podsvest gledalaca srpskih medija, te tako razore identitet i da se nametnu odgovarajuće ideološke matrice.

Naravno treba konstatovati da se pop kultura ipak ne sme potcenjivati, jer je ona i u oblasti rokenrola i u oblasti filma i u mnogim drugim oblastima dala vrlo značajne rezultate, odnosno nešto što danas predstavlja opšteljudsku estetsko-etičku vrednost i tekovinu koja zaslužuje poštovanje, posebnu pažnju i analizu. Međutim, činjenica je da naročito u poslednjih nekoliko godina prisustvujemo izuzetnom snižavanju kriterijuma i dometa u najrazličitijim oblastima pre svega medijskog izražavanja. Ovde treba imati u vidu mnoge „rijaliti“ šou-programe, koji postaju izuzetno popularni i kod nas, a koji vrlo često služe opštem snižavanju svakog ukusa i moralnog kriterijuma u najširim slojevima stanovništva, a što sve ima izuzetno negativne posledice, ili možda bolje rečeno ciljeve „zaglupljivanja“ najšireg gledališta. Nisu u pitanju samo različite varijante „Velikog brata“, ili pak srpske verzije „Džeri Springer šou programa“, već se radi i o emisiji „Trenutak istine“ u kojima učesnici voajersko-egzibicionistički govore o nekim od najgorih mogućih sopstvenih nastranosti, kao što je na primer i incest, čime takve vrste psihopatologije dobijaju pravo građanstva i bivaju čak na neki način popularisane. Ako je dakle nekada „underground“ scena promovisala „RnR“, a kasnije i „punk“ kulturu, koje su imale svoje ozbiljnije etičko-estetske vrednosti, danas je to čini se nešto sasvim drugo, danas je samo i jedino komercijalno-tržišni uspeh prvo i jedino merilo svega postojećeg.

Socijalizam jeste imao neke prednosti u odnosu na liberalni, pogotovu neoliberalni kapitalizam, a ta prednost se sastojala u besplatnom školovanju, besplatnom lečenju i sigurnom zaposlenju. Međutim, upravo je to sa sigurnim zaposlenjem nakon završenog školovanja, ma kako to

[31] Kod nas se u medijima često mogu pročitati ovakvi izveštaji i naslovi: „Svaka treća žena trpi nasilje“, ili pak „svako peto dete je žrtva seksualnog nasilja u Srbiji“. Takve olako izrečene procene su sa jedne strane potpuno besmislene, a sa druge strane i krajnje opasne. U tom smislu, profesor Milan Škulić, navodi da je jedna nevladina organizacija objavila da je svako peto dete u Srbiji žrtva incesta, pa se pita: „Da li smo mi zemlja monstruma i njihovih žrtava?“, Milan Škulić u tekstu, Žrtve incesta i preterivanja, *http://www.politika.rs/rubrike/ostali-komentari/Zrtve-incesta-i-preterivanja.lt.html*., 11.11.2014. Suština je međutim u tome da se čitaocima sugeriše kako smo “mi” u svakom pogledu rđavi, a kako su nevladine organizacije, a pre svega oni koji ih pomažu i doniraju na svaki način dobri i uzor moralnosti. I to je vrlo jasna podsvesno-manipulativna, marketinška poruka, poruka koja promoviše “meku moć” one druge strane i “meku nemoć (neatraktivnost)” naše strane.

paradoksalno zvučalo, na mlade ljude u socijalizmu delovalo odbijajuće, jer je uspavljivalo njihovu „prirodnu“ potrebu i želju za borbom, za avanturom, alternativom, neizvesnošću i uzbuđenjem, a što je sve jedna sasvim ljudska potreba.[32] Na prvim višestranačkim izborima u Srbiji, partija socijalista, SPS, lansirala je parolu koja je imala u isto vreme i pozitivne i negativne psihološko-marketinške poruke: „Sa nama nema neizvesnosti“. Za stariju generaciju ta parola je bila pun pogodak, ali je za mlade ona bila potpun promašaj, jer mladi ljudi upravo vole uzbuđenje, avanturu, neizvesnost, što im socijalizam nije omogućavao, ali im je zapadnjački kapitalizam pružao. Uostalom, jedan od popularnijih filmova u svoje vreme kod nas je bio film: „Američki grafiti“, film o grupi tinejdžera koji besciljno jure kolima po nekakvom američkom gradiću. Na maštu, svest i podsvest mladih ljudi, to je delovalo provokativno.

Manipulatori reklamama koji manipulišu sa podsvešću, u stvari manipulišu sa nekim vrlo primitivnim ljudskim nagonima, kao što su pre svega sebičnost i pohlepa, što naročito kod mladih ljudi, željinih i uzbuđenja i toga da imaju i ostvare „sve i odmah“, obično nailazi na vrlo plodno tle. Time se pokazuje superiornost slobodnog tržišta i neoliberalnog kapitalizma.[33] Stvar je vrlo jednostavna: ako su američke trenerke, patike, farmerke, muzika, bolji, lepši i privlačniji od naših, onda je sigurno da je i sve drugo bolje, pa i aktuelna politika, po bilo kom pitanju, pa čak i kada je ta politika u sudaru sa „našom“ politikom. To je bila osnovna ideološka poruka, matrica sa kojom je Amerika nastupala prema svom ideološkom konkurentu iz doba „hladnog rata“, konkurentu koji se očigledno u svemu tome nije snalazio, već je poput Žan- Žak Rusoa polazio od toga da je čovek nesebično, altruističko biće uvek spremno na samožrtvovanje i na to da sve „svoje“ podeli sa drugima, te da je u tom smislu negativno uzimati samo za sebe, a ne deliti sa drugim.[34] Da li je čovek čoveku vuk, ili nije, isuviše je staro i komplikovano filozofsko pitanje, da bismo ga mi ovde ponovo otvarali, ali je jasno da su zapadni stratezi marketinga, politike i ideologije liberalizma i individualizma, odneli pobedu nad sovjetskim stratezima kolektivizma, u čijoj je svakodnevnoj političkoj praksi bilo čak i takvih besmislica, kao što je na primer bila i svojevremena

[32] Život je ulazio u mirnu kolotečinu, te je za mlade ljude Zapad postao idealna, bajkovita zemlja, gde su se uskraćene potrebe mladih ljudi cenile i poštovale, a na one potrebe koje je sovjetsko društvo dobro zadovoljavalo, niko nije mislio, S. Kara-Murza, 306.

[33] U svesti najvećeg broja, pogotovu mladih ljudi, društveni sistem slobodnog tržišta izjednačava se sa velikim, lepo uređenim bogatima supermarketom, ali ne i sa sistemom stalnog rada i velike odgovornosti.

[34] O tome A. Gams, *Nagon i norma*, Beograd 1995, 65-66.

kampanja u SSSR-u protiv „kicoša“.[35] O „kulturnoj revoluciji“ u Kini da i ne govorimo.

Sve u svemu, američki pohod na svet ne samo da je baziran na nagonsko-podsvesno-sebičnim porivima čoveka pojedinca, već je on u suštini sve te nagone podsticao i veličao,[36] prvenstveno kult „imati“, nasuprot kultu „biti“.[37] Manipulatoru je naravno uvek lakše da uđe u savez sa niskim i mračnim pod-ja, jer je lakše uzbuditi i pretvoriti u moćni impuls poročne, potiskivane strasti.[38] A to se u slučaju američkog pohoda na svet putem masovne pop kulture uglavnom dešavalo.

Mi bismo ovde mogli da govorimo da je dominantna medijska kultura danas psihopatska i devijantna kultura gde se kao predmet obožavanja (kultovi), pojavljuju narkomani, neurotičari, nakaradni i izmišljeni likovi sa filma, televizije i stripa. Od takvih jedinki se ne može formirati organizovana društvena zajednica koja bi bila sposobna da se odupre trgovačkom poretku.[39] U tom je smislu potrebno promovisati i forsirati hedonizam i hedonističku kulturu.[40] Tako trgovački poredak, profit i pitanje da li nešto i koliko donosi profita, postaje dominantno pitanje u svakom pogledu, pa i kada je reč o kulturi. Komercalizacija i imitacija postaju prvi i najvažniji principi u svim oblastima, pa i kada je reč o kulturi. Jednostavno rečeno svi su želeli da liče na Bitlse i Džejmsa Dina, da žvaću žvake, oblače džins, voze američka kola i puše marlboro. Zapadni kulturni obrasci, obrasci životnog stila, verovanja i vrednosti su se širili, preko različitih kanala komunikacije, pa i preko sadržaja popularne kulture.[41] Suprotna strana pak, nije nudila nikakvu alternativu,

---

[35] “Kicoši” su se pojavili pedesetih godina u SSSR-a, ali su vrlo brzo od strane zvanične ideologije oni bili kritikovani kao “izrodi”, a radilo se o novoj nadolazećoj socijalnoj pojavi, o mladeži koja je odrasla i odnegovana u gradovima i stekla neke nove potrebe i novu vrstu senzibiliteta, S. Kara – Murza, 308.

[36] R. Milašinović, *Američki pohod na svet*, Beograd 1996.

[37] From u tom smislu govori o buržoaskom primatu egoizma i sopstvene koristi nad svim ostalim strastima. E. From, *Imati ili biti*, Zagreb 1984.

[38] S. Kara-Murza, 74

[39] U prikazu knjige Žaka Atalija, Kratka istorija budućnosti, *http://www.ivonazivkovic.net/ATALI-DRUGI-DEO.html.* , 11.11.2014.

[40] Z. Avramović, „Gde su granice globalizacije kulture?“, u zborniku radova, *Globalizacija i desuverenizacija*, priredili V. Vuletić, J. Ćirić, U. Šuvaković, Kosovska Mitrovica 2013, 11

[41] M. Stanojević, „Izazovi globalizacije kulture: kulturni identitet i globalizacija“, u zborniku radova, priredili V. Vuletić, J. Ćirić, U. Šuvaković, 900

zapravo nudila je alternativu u vidu „radnika i kolhoznice“,[42] što nije moglo da privuče mnogo ljudi, pogotovu ne mnogo mladih ljudi.[43] Niko u samom socijalističkom lageru, nije želeo da liči na „radnika i kolhoznicu“ isto kao što niko nije želeo da liči na Ninu Hruščov već, ipak, pre svega na Žaklinu Kenedi.. Dogodilo se da je sve ono što je američko, postalo lepše, primamljivije i prihvatljivije od ruskog – sovjetskog. Jedan od najslikovitijih primera za sve to, dogodio se za vreme susreta Hruščov – Kenedi u Beču početkom šezdesetih godina XX veka. Fotografija njih dvojice u razgovoru ne razotkriva veličinu razlike između ta dva sveta, kao što je to slučaj sa fotografijom dve predsedničke supruge. I sa i bez sugestija i sa i bez reklama, nijedna žena na svetu ne bi poželela da bude kao Nina Hruščov, kao što nijedan muškarac ne bi poželeo Ninu Hruščov za svoju ženu.[44] Standardi i modeli, nametnuti kroz modne stilove i savremenu pop kulturu, gde danas sve značajnije mesto preuzima internet, pokazuju da se borba za socio-ekonomsku globalnu prevlast, za globalno upravljanje svetom odvijaju putem preoblikovanja identiteta, stavova, mišljenja, navika, ideja, mode, muzike, filmova i svega onoga što se podrazumeva pod tzv. mekom moći.

Pojednostavljivanje u podsvesti prosečnog građanina – konzumenta, naročito u vremenima „hladnog rata“, izgledalo je otprilike ovako: „ako su američke[45] žene doteranije i našminkanije, američki automobili luksuzniji, pakovanja/ambalaža američkih proizvoda svetlucavija i glamuroznija,[46] onda mora biti da su i američke političke ideje, stavovi i sistem sam po sebi bolji od svega onoga što je karakteristično za naš

[42] Mada se kasnije i od te alternative polako, ali sigurno odustajalo, te se u stvari događalo, da na ideološko-političko-marketinškom planu nije postojao nikakav pandan, nikakava alternativa. „moskviči“ i „volge“ više ne postoje, (o „trabantima“ i „vartburzima“ da i ne govorimo) već postoje samo zapadne robne marke. Gde ćete veći simbol globalizacije i globalne unificiranosti od toga?

[43] Jer su “radnik i kolhoznica“ simbol i poruka skromnosti, samopregora i samožrtvovanja, a to je nešto što u principu ne može biti opšte privlačno.

[44] Jovan Ćirić, American Way of Life, *www.nspm.rs/savremeni-svet/american-way-of-life.html*., 01.11.2014.

[45] Kada kažemo „američka“, mi mislimo na čitav kapitalistički, zapadni svet.

[46] Interesantan je upravo taj izraz “glamurozno“, jer se on upravo može povezati sa tom nekom vrstom zapadnjačkog, reklamerskog spoljnog opsenarstva i na neki način trgovačke prevare, upravo iz domena „meke moći“..U današnjem svetu sve postaje trik, opsena, prevara... Spoljno pakovanje i forma prodaju robu, a suština je nešto što je u potpunom zapećku. I kada je reč o bilo kakvim proizvodima i kada je reč o masovnoj pop – kulturi i kada je reč o političkim stavovima, obrazcima, idejama. Važna je boja u koju će nešto biti zapakovano i kakve sve emocije ta boja izaziva, te kakve se manipulacije na osnovu svega mogu sprovesti kod običnih građana. Filmovi pri svemu tome imaju poseban značaj, a oni nikako ne smeju biti previše opterećujući, previše umetnički, previše nagoniti na razmišljanje, jer sve mora biti u funkciji što brže, što površnije zabave i dokoličarstva. Sovjeti to nisu uspeli da shvate.

(socijalistički) svet, za naš sistem, za naše ideje, za naše živote". Prosečan čovek toga uopšte nije ni bio svestan, te je upravo u tome i bila tajna ispeha podsvesnog reklamnog ubeđivanja. U pitanju su dakle „skriveni ubeđivači" u političkom smislu te reči.

Nametanje estetskih vrednosti i kriterijuma, nije dakle samo sebi cilj, zapravo se kroz estetske vrednosti, pre ili kasnije nameću i etičke vrednosti, odnosno na kraju krajeva i političke vrednosti, kriterijumi i ideali. Etika i estetika, nisu udaljeni, zasebni vrednosni sistemi. Takođe se danas može govoriti i o vrlo opipljivoj ekonomskoj vrednosti savremene kulture, kulturne delatnosti, o tome da i modna industrija ima i te kakav ekonomski značaj, te da je na primer pop-muzička grupa „ABBA" bila jedan od najprofitabilnijih švedskih izvoznih artikala, ali je u prvom planu ipak to da se kroz popularnost jednog određog pop kulturnog proizvoda, ustvari produkuje popularnost čitavog etičko-političkog modela zemlje iz koje taj produkt dolazi. Tako se ispostavlja da postoji čitav jedan nerazmrsivi koloplet estetsko-etičko-kulturološko-političko-ekonomskih vrednosti i produkata koji utiču na standardizaciju ljudskog ponašanja, mišljenja i delovanja, a što je sa stanovišta globalnog upravljanja svetom od gotovo presudnog značaja. Nije preterano ako se kaže da je za globalno upravljanje svetom danas značajnije koju melodiju zvižduću tinejdžeri na svetskim meridijanima i koje web-sajtove najčešće posećuju na internetu, nego tenkovi, nosači aviona i interkontinentalne rakete.[47]

„Meka moć" se ipak ne sastoji samo u manipulacijama i prizemnim, jeftinim proizvodima savremene masovne pod(pop)-kulture. Mora se u tom smislu reći da je pre stotinu godina Humboltov univerzitet u Berlinu, bio model za ugled svima ostalima u svetu, dok danas potpuni primat preuzimaju američki univerziteti. Isto tako, mora se reći da je u 2003.

[47] Izgleda da Severna Koreja ima i rakete i atomsku bombu, ali, da li ona predstavlja bilo kakvu realnu opasnost bilo kome, osim možda donekle Južnoj Koreji, Kini i Japanu, te Rusiji na Dalekom istoku? Gledajući, najblaže rečeno čudni režim u Pjongjangu, može se steći utisak, kako je upravo Amerika ta koja ga prećutno, indirektno, ali i ne samo indirektno, podržava, iz makar dva razloga. Prvi razlog se sastoji u „vezivanju ruku" Kinezima, jer je Kina prisiljena da u posrnulu ekonomiju Severne Koreje ubrizgava novčanu pomoć i da stalno strahuje da će se suoćiti sa rekom izbeglica iz Severne Koreje. (David A.Baldwin; - Power and International Relations, u Walter CarlsnaesThomas Risse; Beth A.Simmons, ed. – Handbook of International Rečations, London Sage 2002, pp. 179 – citirano prema Dž. Naj, *Budućnost moć*i, Beograd 2012, 21. Drugi razlog, verovatno još značajniji se sastoji u tome da se preko Severne Koreje, levičarima, socijalistima, anti-globalistima širom sveta pokaže kako izgleda alternativa današnjem liberalnom zapadnom kapitalističkom svetu.. Pa sad vi birajte: ili ćete u kolektivnoj histeriji da oplakujete umrlog „faraona" i da strahuhujete da vas ne zadesi neki radni logor, ili smrtna kazna, ako ste neposlušni, ili ćete se opredeliti za demokratiju i slobodu, rokenrol, džins, „Marlboro" i sve ono što predstavlja simbol „Zapada" i njegove „meke moći".

godini u Nemačkoj, na jednu knjigu, izvorno, originalno objavljenu na nemačkom jeziku, dolazilo 9 knjiga, koje su sa engleskog jezika prevedene na nemački.[48] Sve nam to otvara mnoga pitanja koja se tiču, između ostalog i toga, kako i koliko jedna država ulaže u sopstvenu promociju i afirmaciju. A to na primer znači i stipendije za školovanje stranih studenata na sopstvenim univerzitetima, kao i čitav niz nekih drugih delatnosti na planu pre svega kulture, ali i prosvete i nauke, čime se širi ugled i uticajnost sopstvene zemlje u svetu.[49]

Odgajeni u dogmatsko-marksističkom maniru da je kultura nadgradnja, što će reći, pre svega trošak, kao i to da je za rat sa suprotnom stranom jedino važno imati što bolje oružje, zemlje socijalističkog lagera su u znatno većoj meri i znatno uspešnije trčale trku u naoružanju, nego trku u privlačenju stranih studenata na svoje univerzitete, trku u promovisanju svoje kulture i svojih kulturnih vrednosti. Broj filmova snimljenih u Srbiji je danas gotovo potpuno zanemarljiv, iako je evidentno da domaća publika veoma voli i preferira domaće filmove i serije, a što se vidi i po broju prikazivanih repriza.[50] Uprkos popularnosti domaćih filmova i tv-serija, u godini velikog jubileja stogodišnjice početka Prvog svetskog rata, nije bilo nijednog novosnimljenog domaćeg filma, ili drame snimljene na temu ovog jubileja, osim što je RTS repризirao seriju „Izdanci iz opaljenog grma“, koju je pre više od četrdeset godina o događajima iz Prvog svetskog rata, snimio niko drugi do hrvatski reditelj Eduard Galić.

Na ovom mestu bi trebalo reći i nekoliko reči o italijanskom marksističkom piscu, filosofu, Antoniju Gramšiju, koji je dvadesetih godina dvadesetog veka, razvio jednu specifičnu teoriju o kulturnoj hegemoniji, kada dolazi do nevidljive, u sitnim porcijama promene

[48] O svemu tome piše Josef Joffe 14. maja 2006. u „Njujork tajmsu“, *http://www.nytimes.com/2006/05/14/magazine/14wwln_lede.html?pagewanted=all&_r=0,* 12.11.2014.

[49] Jedno od pitanja koje se ovde nameću, jeste i pitanje prevođenja domaće stručno-naučne, ali i beletrističke literatutre, na strane jezike, pre svega na engleski jezik i slanje takvih knjiga u velike svetske biblioteke i knjižare. Da li je na primer objavljivanje domaćih naučnih tekstova i knjiga, prevedenih na engleski jezik prepušteno samosnalažljivosti pojedinačnih istraživača i njihovih matičnih kuća, ili iza svega stoji neka organizovana akcija? Čini se da svi znamo kakav je odgovor na ovo pitanje, bar kada je reč o Srbiji.

[50] Ovde takođe treba imati u vidu i ogroman uspeh koji su kod publike postigle neke novosnimljene tv serije, inače sa umetničke tačke gledišta sumnjivog kvaliteta. Mislimo pre svega na „Ranjeni orao“ i „Greh njene majke“, pa u izvesnom smislu i serije „Montevideo“. Tim serijama, naročito prvim dvema, mogle bi se uputiti neke ozbiljnije estetske zamerke, ali, uspeh koji su postigle kod domaćeg gledališta, pokazuje koliko su domaći tv gledaoci željni domaćih glumaca i serija na domaćem jeziku. I pored toga, te serije su uglavnom danas vrlo retke. Da li samo iz razloga finansijske krize?

mnjenja i raspoloženja u svesti svakog čoveka.[51] Prema Gramšiju, dominaciju u društvu ostvaruje jedna klasa kroz kulturnu hegemoniju, kroz tehnike potčinjavanja i voljno pristajanje potčinjenih. Elita ima svoje agente, a to su štampa, masovni mediji, organizovana religija, školski sistem i komercijalizacije popularne kulture.[52] Promene se obavljaju sasvim polagano, kap po kap tako da građani u većini nisu svesni da se i sami menjaju. Ispostavlja se u stvari da je Gramšijeva ideja o kulturnoj hegemoniji i tihim, postepenim promenama svesti građana, na neki način prethodnica onoga što danas nazivamo „meka moć". Tu je od ključne važnosti, smatrao je Gramši, kapilarno, molekularno osvajanje vlasti, gde se uticaj vladajuće elite širi u svim društvenim segmentima, ali postepeno, ne odjednom, gde pobeđuju najbolje organizovane grupe, a ne grupe čiji su zahtevi najpravedniji, ili najobjektivniji.[53] Čak ne ni najbrojnije i najpopularnije grupacije.[54]

Promene u tom „kapilarnom širenju (osvajanju) vlasti" nisu vidljive sve do samog kraja, do trenutka potpunog osvajanja vlasti i moći, kako „meke", tako i one klasične. U tom smislu, kao što rekosmo, jačina tih grupa nije presudna, ali je značajno to kako su one organizovane. U pitanju su različite nevladine organizacije, lobi grupe, organizacije za borbu za demokratiju i zaštitu ljudskih prava, prava životinja, ekologije i sl. Te i takve grupacije, obično dejstvuju sinhronizovano u međusbnoj sinergiji i te organizacije onima koji im se priključe obezbeđuju pre svega medijsku promociju, zatim putovanja u inostranstvo, stipendije, donacije i sve drugo što je značajno ljudima, naročito iz sveta umetnosti, kulture, politike. Time se zaista ostvaruje kulturna hegemonija (može se reći idejna prevlast) i svi koji žele uspeh, stipendije, promocije, naslovne strane i intervjue u udarnim terminima, a ljudi iz sveta umetnosti, kulture, politike po prirodi stvari to uvek posebno žele, svi ljudi iz tog sveta, mogu ostvariti svoje želje i snove, ako se pridruže onima koji predstavljaju „dobitnu kombinaciju". Vrlo brzo u udarnim terminima i medijima, više neće biti prostora za „one druge", za „marginalce", već će svi misliti i govoriti isto, slušati istu muziku, gledati iste filmove, oblačiti se na istovetan način,

[51] S. Kara-Murza, 63

[52] *http://rs.ejo-online.eu/tag/antonio-gramsi ,* 12.11.2014.

[53] M. Đurković, 66

[54] U tom smislu takođe ne mora biti važno ni koliko određena politička grupacija, partija, osvaja glasova. Često i sasvim male, reklo bi se marginalne političke partije, ako su njeni članovi pravilno raspoređeni na najvažnijim mestima, mogu imati neverovatno veliki, presudan uticaj u društvu. To se odnosi i na brojne nevladine organizacije, za koje bi se moglo pomisliti da su sasvim beznačajne, ali, smišljenim, strateškim ponavljanjem skrivenih ubeđivača, one postižu to da veliki deo građanstva počinje da ponavlja njihovu „mantru" i sasvim nesvesno usvaja njihov ideološki „vjeruju".

slobodno vreme provoditi na isti način, itd. Nije ni potrebno posebno isticati koliko je to značajno za uspešnost upravljanja, odnosno vladanja, kako na nivou jednog manjeg društva, tako i na globalnom nivou.

U tom se smislu čovek mora pozvati na De Gola, koji je, kažu, jednom prilikom izjavio: „Vladajte vi narodom koji ima preko tri stotine vrsta sireva“.[55] Odnosno događa se to da sledbenici, ali i ljudi uopšte, počinju da gube svoju individualnost, uniformišu se spolja, a potom počinju isto i da misle,[56] a to je u stvari važan segment globalizacije u njenom najgorem značenju, globalizacije kao gubljenja svake individualnosti i direktan, otvoreni put u diktaturu. Dalji procesi manipulacije, vladanja i upravljanja, daleko su lakši ukoliko su ljudi, na ovaj ili onaj način uniformisani. U tome je tajna suština čitave Mao Ce Tungove kulturne revolucije i spoljnjeg, ali i unutrašnjeg uniformisanja njegovih podanika. Razlika je samo u tome što su podanici Mao Ce Tungove imperije bili prinuđeni kaznom i strahom da se oblače, misle i ponašaju na istovetan način, kao i objektivnom nestašicom bilo kakve drugačije robe, bilo kakve druge alternative. Oni jednostavno nisu ni mogli da se oblače na različite načine. Danas, današnji podanici imperije „Beneton“ „Lewis“ i „Nike“, prividno imaju mogućnost drugačijeg izbora, ali zar će se neko svesno opredeliti za ono što je protivno opštim modnim trendovima? Ljudi dakle modnu ili kulturnu alternativu svesno ne koriste, tj. odbacuju je i potčinjavaju se diktatu[57] kojeg najčešće nisu ni svesni. Staljinovog, ili Maovog diktata bili su i te kako svesni, dok ovog savremenog (modnog) diktata ljudi uglavnom nisu ni svesni.

Pažnju ovde svakako zaslužuje i direktna i otvorena politička propaganda, koja je za Srbiju u poslednje vreme posebno karakteristična kada se radi o Haškom tribunalu i njegovim tzv. outreach programima. Taj outreach program je osnovan 1999. godine. Na samom sajtu Haškog tribunala se kaže da je „to bila prekretnica u sazrevanju Međunarodnog suda (Haškog tribunala). Bio je to znak da je sud postao u potpunosti svestan da će njegov rad odzvanjati mnogo dalje od pravosudnog mandata utvrđivanja krivice ili nevinosti optuženih pojedinaca. Osnivanjem *Outreach* programa, Međunarodni sud je prepoznao da ima ulogu u procesu suočavanja s prošlošću u bivšoj Jugoslaviji, što predstavlja jedan od ključnih izazova za društva koja su prošla kroz sukobe. No, da li će Haški tribunal uspeti u toj svojoj ideji i naumu da ubedi (obične) građane na području bivše Jugoslavije da je on pravedan i da se njegove presude

[55] V. Adamović, 542
[56] *Ibid*., 353
[57] Uopšte ne slučajno, tek izraz koji se uobičajeno koristi jeste izraz “modni diktat“.

imaju prihvatiti kao pravedne? Hrvatski krivičar Mirjan Damaška smatra da bi u Hrvatskoj bilo potpuno nemoguće da se prihvati nalaz Haškog tribunala prema kojem je osoba koju mnogi smatraju ocem domovine, u stvari zločinac.[58] Teško da se može govoriti da haška pravda i presude bivaju prihvaćene, doživljavane kao legitimne, pravedne, bilo od strane Hrvata, bilo od strane Srba. Haški tribunal međutim nastavlja da sprovodi svoje outreach, u stvari propagandne programe i aktivnosti. Tako su od strane Haškog tribunala održani brojni seminari, predavanja, tribine, „okrugli stolovi" na područjima bivše Jugoslavije, a sve sa ciljem da se najšira, ne samo stručna javnost u dotičnim zemljama pravilno, ili nazovi pravilno informiše i uveri u pravednost, legitimnost haških presuda.

Jedan je primer tu vrlo paradigmatičan. U drugoj polovini decembra 2011., oficir za vezu Sekretarijata Haškog tribunala u BiH posetio je tri škole u Sarajevu, Banja Luci i Prijedoru kako bi učenike upoznao sa radom Međunarodnog suda i njegovim dostignućima.[59] Šta iz toga mi možemo zaključiti? Propagatori, ideolozi Haškog tribunala su došli da decu podučavaju „dobru i zlu", deca su saslušala predavanja, imala su, ili nisu imala pitanja, a onda su se deca vratila kući, gde su ih sačekali očevi i dedovi, gusle i tradicija i sada je samo pitanje da li je i koliko od prepodnevnih predavanja ostalo u „dečijim glavama". Sve to može podsećati na neka druga vremena kada su na primer aktivistkinje AFŽ-a ženama upravo u Bosni držale predavanja o potrebi skidanja feredža. I zaista, žene su skinule feredže, ali... Prošlo je trideset, četrdeset godina od tada, a žene su upravo u toj Bosni (ili Sandžaku) ponovo stavile feredže.

Moglo bi se dakle reći da haška "outreach propaganda" po mnogo čemu podseća na komunističku "agitprop propagandu" sprovođenu neposredno posle Drugog svetskog rata, te nam se u tom smislu čini da, kao i komunistička propaganda, tako ni ova vrsta propagande neće imati uspeha, gledano na duge staze.[60] Neko bi naravno mogao reći da je to "pusta želja" pisca ovih redova, međutim, ipak se čini da će neuspeh "haške propagande" biti uslovljen pre svega time što je ta propaganda isuviše "gruba" i lako uočljiva, ogoljena, ista onakva kakva je bila i komunistička propaganda. Suština je, kako smo to već pokazivali u "skrivenim ubeđivačima", u tome da propaganda ne treba da bude

[58] M. Damaška, „Pravi ciljevi međunarodnog kaznenog pravosuđa", *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Vol.15 1/2008, Zagreb, 17.

[59] *http://www.icty.org/sections/Outreach/*

[60] "Na kratko" će svi prihvatiti pravdu po kojoj je „taj i taj" zločinac, prosto zato što se tako mora, „sila boga ne moli", tako je rekao „Hag",, „Bog", „Tito", ili neko drugi. Ali, na duge staze, čini nam se, biće kao i sa Dražom Mihajlovićem i mnogim drugima koji su od strane komunista bili proglašeni za zločince.

lako uočljiva, ne treba da bude već na prvi pogled jasno da je po sredi propaganda, već da sam "konzument" pomisli kako je to ono što je oduvek želeo: i kada je reč o pojedinačnim proizvodima i kada je reč o kulturi i kada je reč o politici. U tome je čini se i bio ključ uspeha američke propagande i njene "meke moći", naročito tokom šezdesetih, sedamdesetih i osamdesetih godina, kada su se mladi ljudi dobrovoljno potčinjavali modnim diktatima filmske, muzičke i svake druge industrije zabave, ali i političkoj ideologiji. Engleski jezik postajao je sve moderniji i sve dominantniji, te je kao takav dovodio do različitih oblika "desuverenizacije" i gubitka nacionalnih identiteta. Ovo se događalo pre svega putem filmova, muzike, interneta, lake zabave, no bilo kako bilo, tek mi danas sasvim opravdano možemo govoriti i o jezičkoj američkoj "mekoj moći" i hegemoniji, a što je sve u funkciji sveukupne dominacije.

"Meka moć" je imala veliki značaj za pobedu u "hladnom ratu", ali, danas je još važnije to što "meka moć" ima značaj u procesima uniformisanja i standardizacije ljudskog ponašanja. To je od ključnog značaja za ostvarivanje globalizacije, globalnog upravljanja svetom. Jer ako građani sasvim svesno i voljno odbacuju "drugo" i "drugačije", onda oni u stvari svesno i dobrovoljno prihvataju da budu kao i svi ostali i kada je reč o muzici i kada je reč o filmovima i kada je reč o oblačenju i kada je reč o životnom stilu i kada je reč o političkim idejama i svetonazorima. Tipična je tu rečenica i parola: "da živimo kao sav normalan svet!" Takođe je karakteristična i rečenica, parola koja je poznata iz studentskih protesta iz devedesetih godina: "Beograd je svet!"

Ovde treba reći, kada je reč o pravu, da ono uvek ima osobinu da se izražava u univerzalnim, ili bar kvaziuniverzalnim vrednostima.[61] Ovo pre svega zato što postoji vrlo izražena savremena potreba za univerzalizacijom i globalizacijom, koja je prvenstveno diktirana tehnološkim razlozima,[62] no univerzalizacija i globalizacija nisu karakteristični samo za pravo i moderne univerzalne tehnologije. Za globalno upravljanje svetom sve ono što smo ovde označili kao "meka moć" jeste od izuzetnog, možda i presudnog značaja. Aktuelni poredak vlasti i moći ne održava se avionima, tenkovima i raketama, već time što građani sasvim dobrovoljno pristaju na to da budu podanici modno-komercijalnog diktata i takvog globalnog upravljanja svetom. Ili, da još jedanput parafraziramo De Gola, koliko god da je teško upravljati narodom u kojem postoji mnoštvo različitih sireva, ali i jezika i ideja uopšte, toliko je lako upravljati onim društvima

[61] R. Kuzmanović, „Pravo, pravni standardi i njihovo narušavanje", *Pravna riječ* 35/2013, 15-16
[62] Jovan Ćirić, „Pravo i globalizacija", u zborniku radova, *Globalizacija i desuverenizacija*, priredili V. Vuletić, J. Ćirić, U. Šuvaković, Kosovska Mitrovica 2013, 949-975

u kojima su svi uniformisani, kao da se radi o vojsci i vojnicima. Današnji zapadni sistemi uniformisanih filmova i muzike, al i ponašanja i oblačenja, razmišljanja i verovanja, suštinski nisu bitno drugačiji, od Severne Koreje, ali, najveći broj uniformisanih podanika modnih diktatura na Zapadu, uopšte nije svestan da je uniformisan i da je zapravo samo šraf u jednoj globalnoj mašineriji. O tome se radi kada govorimo o "mekoj moći".

Jovan Ćirić, PhD
Principal Research Fellow
Institute of Comparative Law, Belgrade

SOFT POWER AND THE GLOBAL RULLING OF THE WORLD

Summary

To enslave someone without any war is the culmination of the military art, used to say one ancient Chinese philosopher. One American politican also said that it is not important how many enemies you have killed, but it is important how many enemies you have attracted to become your ally. On the other side Stalin ironically asked Churchill and Roosevelt how many troops and arms Vatican Pope holds in his hand? Few decades after that, Vatican Polish Pope John Paul II answered on that question, by destroying the Berlin Wall and the whole communism. Anyway, it could be said that for the victory in the so-called Cold War thanks, bombs, aeroplanes, troops were not so important, but the important was how to conquer the heart and the soul of the young people of the opposing side. In that sense Hollywood, R'n'R, pop-culture and generally said the way of life, the life style had the most important role. Even when you hate America, you like Mickey Mouse and Coca-Cola, said one Serbian researcher and it is a key for understanding what the soft power is. But, the author of this article thinks that the analyze of the soft-power is important not only for the understanding what has happened in the

history in the so-called Cold War. It is also important to understand the system of the rulling of the contemprorary world. French President De Gaulle used to say that it is very dificult to be the ruler of the nation that has more than 300 species of cheese. So, it is always better if people are dressed on the same way, if they watch same movies, if they listen same music, if they believe in same ideas, if they have the same life-styles. Having in mind that the role of the pop-culture and the soft power has the great importance in the global rulling of the world. In that sense, it could be said that different forms of manipulation and media propaganda are very important, and because of that the author of this text has payed great attention to advertising and persuasion. The unification of the life-styles in Mao Tse Tung's and Stalin's dictatorships were too obvious, much more than it is obvious today's unification in the empires (dictatorships) of Beneton, Nike, Lewis, Hugo Boss, and other fashion companies and companies that produce pop-cultural products..

Keywords: soft-power, Cold War, Hollywood, pop-culture, life styles, unification, fashion, manipulation.

Проф. др Мирољуб Јевтић[1]

Оригинални научни рад

UDK: 322:327(73)

МОЛИТИВЕНИ ДОРУЧАК КАО ВЕРСКО-ПОЛИТИЧКА ЧИЊЕНИЦА[2]

Апстракт

Молитвени доручак је важан политичко-верски догађај. Чињеница да се ради о политичком догађају је општепозната. Али она друга да је и верски није довољно истакнута у српској политичкој и друштвеној науци. То је последица чињенице да је наше друштво секуларизовано и годинама васпитавано да религија одумире и да не може утицати на политику. Молитвени доручак је доказ да то није тако и да религија много делује на политички живот САД. Самим тим много утиче и на остали свет. Зато што је Молитвени доручак значајна спољно-политичка институција.

Кључне речи: молитвени доручак, породица, религија, политика, политикологија религије

*

* *

Национални молитвени доручак на коме се сваке године у главном граду САД Вашингтону окупе бројне званице из читавог света је веома позната чињеница српској широј и научној јавности. Али судећи по ономе што се види из узајамне библиографије Србије која се доста пажљиво води у Народној библиотеци Србије нема радова који овај феномен обрађују на научни начин. Поготово нема радова који Молитвени доручак обрађују као примарно верско-

[1] Факултет политичких наука Универзитета у Београду, уредник часописа „Политикологија религије“; mail: miroljub.jevtic@fpn.bg.ac.rs

[2] Овај рад рађен је у оквиру пројекта 179008.

политички феномен, што и јесте његова суштина.[3] Ако се све ово има виду, јасно је да ће се Молитвени доручак у овом тексту обрађивати са тачке гледишта политикологије религије, као једне од најмлађих из корпуса политичких наука.[4]

У чему је значај Молитвеног доручак као верско-политичке чињенице. Одговор на то питање је веома лак. САД су се својом реалном снагом изборише да могу веома много да утичу на положај држава широм света. А на огроман број држава могу и пресудно да утичу. Случај бивше Југославије, односно, Србије је то посебно пластично показао. Србија је по објективним параметрима у многим сегментима југословенске кризе, била жртва, а испала је кривац, пре свега захваљујући политици САД према њој. Позиција САД према Србији била је једна од најнеочекиванијих чињеница која је Србе јако изненадила. А све то се десило пре свега због интереса, које САД као велика сила имају, али и због лобирања какав је управо Молитвени доручак

Дакле због великог, па у много чему пресудног утицаја САД на светске послове све заинтересоване стране у свету, односно све државе настоје да у САД имају јаке лоби центре на местима где се доносе одлуке. То су пре свега Вашингтон, односно, дистрикт Колумбија где су смештене најважније америчке институције али и Њујорку, као седишту ОУН.

У том смислу Национални молитвени доручак је је један од најважнијих канала преко кога се остварује лобирање за појединачне интерсе држава или интересних група.[5] Молитвени доручак је неспорно политичка чињеница, али је она и исто толико и верска, отуда његово име. Колико је Молитвени доручак сусштински верска чињеница види се из података о томе ко је његов домаћин. Најчешће се у српској јавности говори да је то доручак који организује председник САД. Са те тачке гледишта свима је јасно колико је важно наћи се на њему и проговорити коју реч са шефом вашингтонске администрације. Али та информација није тачна, организатор доручка није председник САД. Председник САД је само најважнији и обавезни и гарантовани учесник на Националном молитвеном доручку, што му даје превасходни политички значај. А

[3] Под кључном речи ‘’Молитвени доручак” нисмо у НБС нашли ниједан текст на српском језику који указује на Молитвени доручак у Вашинготну ,који премет овог рада.
[4] М.Јевтић, Political Science and Religion,*Политикологија религије*, бр. 1/2007.Волуме 1.
[5] B. Carson,*One nation:what we can all do to save America's future*,Sentinel 2014. Њујорк, више о томе.

организатор је једна хришћанска протестантска организација која је зове „Дружина“ или „Братство“. Међутим, име по којем је познатија јесте „Породица“[6]. Директни оснивач Породице је досељеник из Норвешке Абрахам Фр(р)ајд (Abraham Vereide).[7]

Дакле, молитвени доручак организује Породица у име чланова америчког конгреса. Молитвени доручак је првобитно био организован под именом „Председнички молитвени доручак“. Првобитно име скупа јасно показује зашто се, веома често, мисли да је то доручак који организује председник САД. Касније је 1970. године име промењено у „Национални молитвени доручак“, а скраћено име му је како смо рекли „Молитвени доручак“.

Молитвени доручак се организује сваког првог четвртка у фебруару месецу и одржава се од 1980. на истом месту - Вашингтон Хилтону. Скупу присуствује око 3500 званица. А од Двајта Ајзенхауера који је био председник од 1953.-1961., сви амерички председници су присуствовали овом догађају. Док је међу званицама било око стотинак страних делегација[8].

Доручак се организује као групни и низ индивидуалних састанака на којима делегације из иностраанства настоје да убеде представнике америчке администрације у оправданост политике за коју се њихове државе или лоби групе боре. При томе, настоје да утичу на америчке функционере да прихвате политику која одговара њиховим домицилним државама. Ово је политичка страна Молитвеног доручка. А нас, у овом случају, интерсује испреплетаност религије и политике у овом догађају.

Најважнија информација, у вези са претходним, јесте податак да је окупљање организовала једна организација која се у својој делатности инспирише хришћанством. Овде се види непосредна веза религије и политике[9]. Јер, једна типична верска организација организује као трајну делатност окупљање политичара са циљем остваривања битних политичких циљева. Како се ради о верској организацији, онда је јасно да она има политчке циљеве, односно да своју веру никако не одваја од политике. Напротив, политику сматра средством за остваривање својих циљева Политичко понашање

[6] J. Sharlet. The Family : *the secret fundamentalism at the heart of American power*, New York: Harper Collins, 2008, више о томе;
[7] http://thefellowshipfoundation.org/history.html ,13.6.2014.
[8] http://en.wikipedia.org/wiki/National_Prayer_Breakfast , 23.6.2014.
[9] N.Šturm,The Serbian Politology of Religion Libarary,*Политикологија религије*,бр.2/2012.

религиозних појединаца и организација није никакав изузетак већ правило америчког политичког живота. О томе је Алексис де Толвил веома детаљно писао: „Американци у својим мислима тако потпуно поистовећују хришћанство и слободу да је скоро немогуће постићи да замисле једно без другог... Видео сам како се Американци удружују како би слали свештенике у нове државе Запада да би и онде основали школе и цркве; боје се да се религија не изгуби у тим шумама и да народ који се тамо рађа неће бити исто тако слободан, као онај из кога је произашао. Сретао сам богате становнике Нове Енглеске који су напуштали завичај да би отишли на обале Мисурија или у прерије Илиноиса, да тамо ударе темеље хришћанству и слободи... Мислите можда да ти људи делају једино имајући у виду загробни живот, али варате се: вечност је само једна од њихових брига. Кад испитујете те мисионаре хришћанске цивилизације, веома ћете се изненадити, што ће вам они често говорити о овоземаљским добрима и што ћете наћи политичаре, где сте веровали да видите само вернике. „Све су америчке републике међусобно солидарне рећи ће вам они". Кад би западне републике пале у анархију или под јарам деспотизма, и републиканске институције које цветају на обалама Атлантика биле би веома угрожене; у нашем је, дакле, интересу да нове државе буду побожне, да би нам омогућиле да останемо слободни".[10]

Из овог описа Токвиловог јасно се види специфичност везе вере и политике у САД. Он даље вели „Не знам да ли сви Американци верују, јер ко би могао прочитати шта је у дну срца, али сигуран сам да религију сматрају неопходном за опстанак републиканских институција. Такво схватање није својствено само једној класи или странци налазимо га у свим слојевима".[11]

Управо ту леже мотиви утемљивача Молитвеног доручка из хришћанске организације „Породица". За њих је Доручак начин како да се одржи полиички систем САД, али и како да се делује на остатак читавог света. Јер, исто као што се не би могао одржати демократски поредак у Вашингтону, ако би у преријама Илиноја нестало религије, исто тако се не може одржати ни политички поредак САД, ако нема политичких вредности, заснованих на америчком протестантизму, широм планете.

У циљу ширења хришћанских вредности широм САД и планете, Фар(р)ајд је закључио да је то немогуће без политичке подршке и

[10] А. де Токвил, *О демократији у Америци*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Сремски Карловци, Нови Сад, 2002., 254.
[11] *Ibid*., 253.

зато је основао „Породицу“ 1935. године. Основни циљ органзације јесте, да делује на доносиоце политичких одлука. Тако да они, у својим активностима, као нспирацију имају библијске врдности. Фар(р)ајд је, што је веома важно, био убеђени антикомуниста. А време у којем је основао организацију било је обележено деловањем комунистичког Совјетског савеза, који није тајио жељу да читав свет преуреди у скаду са комунистичким идеалаима. Организација је формирана у граду Сиетлу у САД 1935. године. Њено формирање имало је директан политички повод. Фар(р)ајд је као антикомуниста био забринут због ширења комунистичких идеја из Русије и у свакој активности везаној за деловање радника видео је могућност комунистичке инфилтрације. Све је почело, када су се у Сиетлу, у време велике кризе, која је потресала град, већници из градске управе сакупили да процене како да реше кризу. Закључак до кога су дошли био је, да је немогуће само политичком акцијом решити проблем, већ им треба и духовна подршка. После једног одмора који су дали себи, као време за размишљање како де проблем реше, један од њих је дошао на наредни састанак и рекао осталим да га је Бог позвао да се кандидује за градоначелника. Остале колеге су га у томе подржале. После заједничких молитви и политичких активности везаних за класичан изборни процес одабрани од Бога је победио у трци за место градоначелника. Две године касније он је изабран и за гувернера државе Вашингтон у којој се Сиетл налази.[12]

Важна информација уз овај податак, јесте да је човек о коме се ради Артур Ленгли(1900.-1966.) потомак норвешких емиграната[13], дакле истог је порекла као Фар(р)ајд оснивач организације[14]. Предисторија покрета почиње 1935., када је Фар(р) ајд као методистички свештеник организовао месец молитве у Сан Франциску. Оно што је важно за овај текст, јесте само име те акције Молитвени доручак. Важно питање које би свако, ко се за ову појаву занима, поставио јесте зашто се та активност назива баш тако - Молитвени доручак. Одговор на то питање је садржан у чињеници да је Фар(р)ајд иницирајући састанке са политичарима уобичајено те активности обављао у време када су они имали паузу за доручак. Ту се разговарало о разним питањима која су се тицала проблема који су мучили заједницу. Како су ти састанци праћени молитвом, то се усталио назив Молитвени доручак.[15] Од почетка је та активност

[12] *http://sites.radiantwebtools.com/?i=3614&mid=1000&id=76027, 20..3.2014.*
[13] *http://en.wikipedia.org/wiki/Arthur_B._Langlie, 20..3.2014.*
[14] *http://en.wikipedia.org/wiki/The_Fellowship_%28Christian_organization%29, 20..3.2014.*
[15] *http://thefellowshipfoundation.org/history.html, 20.3.2014.*

имала све оне одлике које је имао Исус, који је био инспирација Фар(р)ајда. Он је попут Исуса окупљао људе различитог верског порекла, чак и супротних политичких визија, али их је све окупљао, желећи да их уједини у циљу решавања заједничких проблема[16]. То је објашњење, откуда оваква форма Молитвеног доручка какав ми видимо данас.

У априлу 1935. године Фар(р)ајд и тадашњи градоначелник Даглас су позвали 19 истакнутих политичара и бизнисмена на молитвени доручак и то је био почетак. У 1937. Години, 209 молитвених доручака је било организовано широм Сиетла. А 1940. 300 људи из читаве државе Вашингтон је присуствовало молитвеном доручку и част новог гувернера,поменутог Ленглија.

Дакле разлог да се Молитвени доручак организује био је потреба да се одређени друштвени проблеми решавају. У овом случају је инспирација за решавање друштвених проблема нађена у искреној вери у Исуса Христа. Основна дилема која би се поводом ове консататације могла поставити јесте откуда нам је став да се радило о искреној вери? Дакле, ми не можемо ући у главе људи и знати да ли је сваки од учесника у молитвеним доручцима заиста био верник. То се односи и на самог Фар(р)ајда. Али у условима секуларане државе, сасвим је логично да они од којих је тражена подршка то јесу. Јер, не постоји никакав правни основ да их неко натера да се религиозно понашају. Дакле, ако бирају да у недељу иду и цркву уместо да се окрећу у кревету, онда то чине зато што желе. Односно вероватно неко не жели, али од страха од већине која то жели иде и он.

На првим састанцима на којима су се иницијатори идеје окупили закључило се на иницијативу Фар(р)ајда , који је како смо рекли био методистички проповеник, да је за решавање друштвених проблема потребна искрена вера у мисију Исуса Христа. Дакле, искрена вера као полазна основа. Али, та искрена вера морала је да буде праћена конкретним акцијама. Значи, радом, али радом инспирисаним Богом. Такав рад је обавезно подразумевао поштење, преданост и саосећање са другим. Како резултат тога дошло је до концентрисаних напора иницијатора и утицјаних људи какав је био Ленгли. Његов долазак на место градоначелника а касније гуверенера био је резултат тога. Искреном вером и радом успели су да покрену многе ствари и реше бројна друштвена питања.

[16] *Ibid.*

Цела ова прича и објашњење, аутору овога текста је то сасвим јасно,тешко може да прође код секуларизованог и атеизираног читаоца. А таква је огромна већина оних који ће можда прочитати овај текст. Напросто речено, српска и европска научна и лаичка јавност ипрегнирана атеизмом, тешко прихвата да било ко, ко делује модерно може да верује у Бога. Јер смо учени да су то бесмислице. Уосталом цео наш систем образовања и мишљења почива на ставовима француских просветитеља од Волтера до Русоа. А они су мислили да је религија последиоца неразвијености, сиромаштава и ниског степена образовања[17]. И заиста, као да су ова упозорења била тачна. Развој Европе од времена просветитеља стално је доказивао да су они у праву. Број религиозних се стално смањивао и растао је број атеиста и агностика.

Како је Америка више од Европе грабила у индустријском развоју, подизању степена образовања, високог животног стандарда, просечан Европљанин има представу да се то одражавало и на релгиозност, те да није могуће да неко, ко делује софистицирано, говори језике, зна математику, обавља најкомплокованије захвате на људском мозгу итд., може веровати у бесмислице, каква је нпр., безгрешено зачеће. А ситуација је управо супротна. Само што већина Еврпљана то није хтела да види.

Узмимо нпр. Џорџа Буша млађег, председника САД од 2001-2009. Џорџ Буш не само да је религиозан и да верује у такве ствари какве су безгрешено зачеће и васкрснуће, него истиче да разговара са Исусом. Мало се зна да је религиозност била основни покретач спољне политике Џорџа Буша млађег.[18] То се посебно види из његовог става према спољној политици. Палестински политичар Набил Шаат је описао једне преговоре о регулисању кризе на Блиском истоку у којима је учествовао и Џорџ Буш. Набил Шаат је тада био министар иностраних послова Палестине, заједно са њим био је и тадашњи премијер Палестине Абу Мазен. Шаат је у изјави за ББЦ рекао: „Председник Буш је изјавио свима нама: Мене у овој мисији води Бог. Бог би ми рекао: Џорџе иди и потуци те терористе у Авганистану И ја сам то учинио. Онда ми је Бог рекао: Џорџе иди и окончај тиранију у Ираку. И ја сам то учинио. И сада поново осећам да божје речи долазе до мене: Дај Палестинцима државу, дај

[17] Погледати нпр. P.H.Thiry d'Holbach, *Le christianisme dévoilé ou Examen des principes & des effets de la religion chrétienne* ,Париз,2006.

[18] V. Clark, Allies for Armagedon,The Rise of Christian Zionism, Yale University Press,Њу Хавен , Лондон,2007., 14 и даље

Израелцима сигурност и донеси мир на Блиски исток. И уз божју помоћ ја ћу то учинити”.[19]

То је централна тачка, потребна да би се разумела верска суштина тако чистог облика политичког деловања какав је Молитвени доручак. Европа, формирана на идејама буржоаских револуција, чак и кад је, као што су енглески и дански случај, задржавала државну религију, суштински је радила да ова чињеница остане празна љуштура. Зато је могуће да данас Енглеска има државну цркву, каква је Англиканска, да поглавар цркве буде шеф државе краљ, а да ипак од религије у британској политици нема скоро ништа. Та чињеница је чиста форма. Да се одмах разумемо то је форма која има снагу закона и због тога изазова озбиљне политичке последице. Последице у домену организације државе, људских права итд. Али је ,ипак, форма. Тако нпр., одређен број бискупа по функцији улази у састав Горњег дома британског парламента. Данас тај број јесте 26. У оквиру њега су архиепископи од Кентерберија и Јорка, бискупи Лондона,Дурхама и Винчестера... [20].

Озбиљне политичке последице се огледају у томе да краљ има функцију патријарха у СПЦ, парламент расправља о стварима везаним за цркву итд. Све то је, веома често, само форма, али форма која правно обавезује. И управо због чињенице, да је то само форма, европска свест тешко може да схвати да у једном систему који се родио на идејама енглеских исељеника, може да постоји систем где је веза са религијом већа него што је у Енглеској. Стога се у Европи верска суштина Молитвеног доручка тешко схвата. Он се свуда па и у Србији доживљава као класично политичко деловање лишено спиритуалне димензије. А то напросто није тачно.

Како се у једном тексту каже: „Испирисани духом Сиетла, молитвени доручци су се појавили посвуда по САД. 1941. године, Сенат и Представнички дом САД су организовали своје прве молитвене доручкове“.[21] Дакле, врло јасно се види из ове информације да су најозбиљнији органи САД: Сенат и Представнички дом, као главни политички органи организовали Молитвени доручак. Дакле, самим тим је јасно колики је његов политички значај, кад они који стварају политику највеће светске силе организују такве ствари. Већ сама та чињеница јасно, показује сваком заинтересованом политичку

[19] Цитирано према, BBC.God told me to invade Iraq, Bush tells Palestinian ministers *http://www.bbc.co.uk/pressoffice/pressreleases/stories/2005/10_october/06/bush.shtml, 30.4.2014.*
[20] D. Shell. *The House of Lords*,Manchester University Press,2007.3. издање, 53
[21] *http://sites.radiantwebtools.com/?i=3614&mid=1000&id=76027*, 6.6.2014.

важност догађаја. Ником није потребно објашњавати шта значи за САД и целокупну светску политику, шта значи било каква активност ова два главна законодавна тела највеће силе света.Најистакнутији представници Сената и Представничког дома који су организовали ове скупове, прво као мале групе били су сенатор Френк Карлсон из Канзаса,сенатор Макр Хетфилд из Орегона,судија Гордон Пауел, сенатски капелан Ричард Халверсон, генерал Мервил Силверторн и Конрад Хилтон који је организовао први Молитвени доручак[22].

Темељи садашњем Молитвеном доручку који се, како рекосмо сада зове Национални молитвени доручак ударени су 1953. године. Тада су две групе конгресмена одлучиле да организују једном годишење скуп на коме би омогућиле тадашњем председнику САД Ајзенхауеру да може једном годишње да присуствује оваквим скуповима. По угледу на тај скуп, почели су да се одржавају молитвени доручци по разим градовима и земљама.

Основна идеја била је да се лидерима који руководе народима покаже да су проблеми које решавају тако тешки да их не могу решити само секуларним активностима, већ да се морају инспирисати Иусом Христом и да им само вера у њега може помоћи да реше проблеме са којима се суочавају[23]

Док је био жив Фар(р)ајд је инспирисао активности Породице. После његове смрти група најближих пријатеља је наставили са његовим активностима, али нико од њих није преузео отворену позицију вође. Међу њима су Даг Коу, пословни човек Пол Темпл, адвокат Џим Бел. Њима су се придружили организатори првог Националног молитвеног доручка из 1953.: сенатор Карлсон, судија Пауел, генерал Силвертон и капелан Халверсон[24].

Спиритуална димензија Националног молитвеног доручка се види из следећег става: „Са духом Христа у свом центру, навика да се окупљају се тако, проширила у сва нова друштва. Мушкараци и жене из свих социјално-економских слојева су проналазили поверење и наду окупљајући се у малим групама да би се приближили Исусу Христу“. [25] О вези са Исусом и како га треба следити на сајту Породице пише следеће: „Који је пример Исус створио за човечанство? Када је био упитан „Шта је божји и рад”, он је одговорио да је рад веровати

[22] *http://thefellowshipfoundation.org/history.html, 6.6.2014.*
[23] *Ibid.*
[24] *Ibid.*
[25] *http://sites.radiantwebtools.com/?i=3614&mid=1000&id=76027*, 6.6.2014.

у онога кога је Бог послао”[26]. Да би доказали то чињеницу креатори програма Породице се позивају на Јеванђеље по Јовану (6.29), где стоји управо то .

Надамо се да сада постаје јаснија спиритуална димензија овог политичког скупа, а самим тим и његов значај за политичку праксу и нормално за политикологију религије која теоријски проучава и дефинише све ове појаве важне за политичку науку.

Да би се схватило у чему су религијски корени овог догађаја, нека нам покажу следеће речи: „За време првог молитвеног доручка пре 2000 година, Исус је преломио хлеб са својим ученицима на обалама Тиберијског мора (Јован 21.). Тако им је потврдио своје васкрснуће, показао им се и објаснио обећање које им је дао: „Јер гдје су два или три сабрани у име моје ондје сам ја међу њима (Матеј 18:20). То је била прилика у којој се Петар помирио са Исусом“[27]. Ове речи историчара Молитвеног доручка најбоље показују његову верску природу. Молитвени доручци се организују, управо због инспирације коју им даје Нови Завет и са циљем да се постигне исти ефекат као у време Исуса да се окупљени помире на исти начин на који се, како цитат каже, апостол Петар помирио са Исусом.

Али теолошки карактер има директну политичку сврху. То је оно што је његова карактеристика. Он није само оно што је био догађај описан у Јеванђељу по Јовану у глави 21 на коју се позива цитирани текст. Сетимо се шта је тамо описано. Тамо је описана ситуација када се Исусови ученици после његовог васкрснућа налазе на обали Тиберијског мора и када не могу уловити рибу не могу се ни нахранити. У том тренутку се појављује Исус који чини да им раније празна мрежа буде пуна. Као резултат тога настаје заједнички обед, где су се сви наситили и да је пред тога остало много уловљене рибе за друге.

Јасно је већ из ових речи шта је теолошка суштина Молитвеног доручка. То је вера да ће захваљујући помоћи Исуса Христа сви они који иду за њим наћи довољно хране. Али, исто тако, да ће постати снажна заједница која може да реши све своје проблеме. У условима протестантске Америке то има и специфичну политичку садржину. Јер је протестантизам од почетак био праћен политиком.Читав процес рађања овог усмерења у оквиру хришћанстава био је везан за политику и оружане сукобе са Ватиканом.

[26] *http://thefellowshipfoundation.org/jesus.html,* 13.6.2014.
[27] *http://sites.radiantwebtools.com/?i=3614&mid=1000&id=76027*, 13.6.2014.

САД су, фигуративно речено, настале ко федерација протестантских верских заједница и протестаната који су у нови свет утекли да би нашли спас од верског угњетавања у Европи. Како су ти протестанти у САД, за разлику од Исуса његових и следбеника на које су се позивали нашли у политички празном простору, морали су да, упоредо са верском заједницом формирају и политичку заједницу која је била у функцији њихове вере. Парадоксално, на први поглед, али истинито. Они су у име вере начинили политичку заједницу. А онда су, када су САД створене, уместо теократије формирали секуларну државу. Али секуларну државу која је у основи имала тежњу за остваривааањем религијских идеала. О томе Џозеф Грибоски директор ''Центра за религију и јавну политику'' каже: „Религијска слобода је основни разлог успеха америчке републике. То је прва слобода у Повељи о правима. Наши оснивачи нису видели религију као приватну ствар, која нема односе са јавном политиком. Сасвим друкчије они су видели религију и религиозан народ као камен темељац наше демократије и симбол наше виталности као нације".[28]

Као резултат тога настале су САД као секуларна држава, али држава која је настала због очувања и развијања религијских идеала. Само, у том смислу, може се разумети верска суштина Молитвеног доручка. Дакле његова политичка суштина ни за ког није спорна. То су скупови који се организују да би се на њима политичари и истакнути друштвени делатници, који нису директно везани за политичке активности, али чије деловање изазива политичке последице, сусрели са најутицајнијим људима из америчког политичког живота. Пре свега са председником САД, а затим са другим члановима администрације и конгресменима и сенаторима. Дакле, њихови циљеви су отворено политички. Сваки од ових људи који присуствује Молитвеном доручку има за циљ да преко представника администрације САД лобира за своје политичке интересе. И то је свима јасно. Али, оно што људима изван америчког културног миљеа није јасно, или није довољно јасно, јесте да иза свега стоје религијски идеали. И тежња да се оствари идеална држава на земљи. И да таква држава постоји све док се не деси Судњи дан, када ће Исус понови доћи на земљу да суди живима и мртвима и када ће држава изгубити смисао и престати да постоји.

[28] Цитирано према *Hearning on State Department Annual Report on International Religious Freedom Before the House International Relations Committee Subcommittee on international Terrorism Nuclear Non-proliferation,and Human Rights,*str.1-2, Institut on Religion and Public Policy,nedatirano, Погледати сајт Института *www.religioandpolicy*. org Вашингтон

Инспиратори Молитвеног доручка су САД видели и виде као идеални облик политичког система најприлагођенијег људским потребама, све док постоји потреба за државом. Зато иза њихових религијских идеала стоји тежња да се читава планета у политичком смислу преуреди по угледу на САД. Дакле, да се у свет извози амерички модел политичке организације, односно, демократије на амерички начин. Ту је била суштина хладног рата са СССР, интервенције у Ираку, итд.

Како су САД успеле да се изборе за привилегован статус у светском политичком поретку и како судбине многих држава и народа зависе од њих то су лидери, пре свега малих, али и крупних држава, на неки начин приморани да подршку за своју политику траже у Вашингтону. Ту су чињеницу организатори и инспиратори Молитвеног доручка искористили за промоцију америчких политичких вредности. Дакле, они дубоко верују у исправност америчког политичког модела. Али, исто тако, и у корисност тог облика политичког система за све народе и државе на свету. Зато верују да ће извозом таквог политичког поретка помоћи другим народима. Зато извоз америчке демократије доживљавају и као човекољубиву активност.

Молитвени доручак се показао као изванредно средство за извоз америчког политичког модела. Сада његови организатори не морају, као амерички пионири који су су упућивали у прерије Илинoја, како вели Токвил, да иду у свет. Јер свет долази код њих и моли за помоћ. А уз помоћ која им се из САД, под одређеним условима даје, нуди им се и амерички политички модел. Дакле, ако желе помоћ САД морају, за узврат, да нешто од америчког модела демократије примене код себе.

И ту је политичка суштина молитвеног доручка. Оно што је важно за читаоца из Србије јесте да ту нема никакве преваре. Дакле људи из „Породице“ који организују доручак и лобирају да председник или конгресмени приме неку делегацију или појединца не чине то искључиво зараде ради. Што не значи да се у цео процес не укључује новац. Ми само хоћемо да кажемо да новац, који је у САД као средство за лобирање јавна ствар и сасвим легитимна, не само легална, сасвим у складу са калвинистичким моралом. Али новац овде није главна ствар, чак и кад се подразумева. Овде је главна ствар вера људи из Породице да они помажу ширење хришћанског система вредности по угледу на Исуса на Тиберијском језеру.

Начин на који делују чланови Породице је, што је посебно важно, само донекле транспарентан. То организацији даје мистичност о којој се испредају разне приче. Али истовремено Породица у свом програму говорио о ономе што је основно у у њеној активности. Породица истиче да је њена улога саветодавна. Дакле, она себи даје право, сматрајући да поседује морални капитал везан за веру у Христа, да саветује оне који доносе одлуке. Пре свега, највише државне функционере. Како је у томе успела преко Националног молитвеног доручка, она пред малобројне одабранике доводи председника САД и друге високе функционере. Тако се доказала као организација чије савете председник и остали чланови администрације уважавају. Зато је углед Породице у свету велики. И стога многи шефови држава, председници политичких партија и лоби група, којима је помоћ САД потребна, преко Породице настоје да се приближе америчкој администрацији. А то Породици даје велику моћ и утицај широм света.

О томе како делују, чланови Породице говоре на свом вебсајту, где стоји да је њихов основни задатак да помажу лидерима да задрже и ојачају хришћанске вредности.[29] Да би остварили то, они организују сусрете лидера, политичких делатника и интелектуалаца различитог порекла или верске припадности на скуповима, где се успостављају везе и изражавају жеље и мишљења.

На основу тога лидери САД се упознају са потребама људи који долазе из различитих крајева света да траже помоћ или савет како да поступају у ситуацијама које су за њих битне[30]

Оно што је за нас важно јесте, да слика коју о себи даје Породица, због тајног реализовања код неких људи изазива подозрење. Зато је многи, либерално оријентисани интелектуалци, оптужују да је тајна хришћанско-фундаменталистичка организација које се бори за циљеве који нису у интересу америчком друштву.

Једна од најзначајнијих критика долази из пера Џефа Шарлета, који је написао монографију о деловању Породице.[31] Шарлет у својој књизи настоји да покаже да Породица има веома озбиљне политичке циљеве засноване на хришћанском фундаментализму. Стога је, по њему, све оно што она јавно говори потребно узети са опрезом. Јер

[29] *http://thefellowshipfoundation.org/history.html*, 6.6.2014.
[30] *Ibid.*
[31] J.Sharlet, *The Family, The secret fundamentalism at the heart of american power*,HaperCollins,2008, New York

се иза Христољубивих речи крију тежње да се амерички политички живот претвори у политику хришћанског фундаметализма. Све са циљем да се сва либерална достигнућа америчког политичког и културног модела доведу у питање.[32]

Наслов књиге је посебно индикативан. Фундаментализам није појава која се у Америци крије.[33] Напротив, појам фундаментализам је настао у САД. И амерички фундаменталисти са поносом истичу да су то што јесу - фундаменталисти[34]. Дакле, није проблем у томе. Америчко друштво је у томе смислу јасно подељено. Постоје хришћански фундаменталисти, умерено религиозни људи и либерални агностици и атеисти. То је дакле јасно. Али, овде, Шарлет указује да поред јавно декларисаних фундаменталиста, који за либерални поредак нису проблем, постоје они који то јесту. Ради се о фундаменталистима који не истичу свој фундаментализам, али се тајно боре за његове вредности. Они у том смислу настоје и и успевају да у своју корист инструментализују власт. Породица је, по њему, типичан пример таквог верског фундаменталистичког покрета, који ушао у највише врхове власти и усмерава америчку политику ка остваривању својих циљева.

Са те тачке гледишта, Шарлет види Породицу као проблем. Суштина његових примедби најбоље се види из кратког приказа књиге штампаног на корицама са намером да привуче читаоца. Тамо стоји: „Они тврде да су само група пријатеља, али они окрећу милионе долара кроз корпорације ослобођене пореза. Тврде да презиру политику, али конгресмени из обе странке их описују као најутицајнију верску организацију у Вашингтону. Кажу да нису хришћани, већ, једноставно, верници. Иза кулиса у току сваког Националног молитвеног доручка од 1953. је била Породица, елитна мрежа посвећена религији моћи и за моћне. Њихов циљ је „Исус плус ништа“. Њихов метод је тајна дипломатија“[35].

Овај опис Шарлета јасно показује снагу коју он приписује Породици. Ако се подсетимо ставова које, о улози религије у САД, даје Џозеф Грибоски, или ако наведемо оно што о односу религије и политике у САД вели Кенет Волд, онда нам постаје снага Породице у политичком животу САД и магична привлачност Молитвеног

[32] *Ibid.*

[33] B.E. Brasher(editor)*Encyclopedia of Fundamnetalism,Routledge*,Њу Јорк. Лондон,2001. Више о томе

[34] Погледати нпр. *Falwel An Autobiography*, Liberty House publishers. Линчбург,1997.

[35] J.Sharlet исто

доручка, на коме теже да се нађу сви они који представљају нешто у свету политике али и културе уопште. Поменути Кенет Волд вели: „Устав је јасно утврдио секуларну државу или секуларну владу, али чинећи тако, није било намере да се религија спречи да има утицај на друштво уопште и посебно на политику. Управо су религијске идеје имале снажан утицај на сам Устав и на политички систем који је тако створен. Религијске идеје су имале снажан утицај на различите покрете, укључујући онај који је довео до укидања ропства и на унапређење грађанских права. Религијске институције остају важна места где народ учи грађанске норме"[36].

Ако се удубимо у значење те информације, коју нам даје један од најквалификованијих политиколога религије у САД, онда нам постаје јасно колико је јака веза политичког система односно политике и религије у тој моћној земљи. А када узмемо у разматрање оно што каже Шарлет постаје јасно колики је значај Породице за креирање политие САД. Односно колики је значај Молитвеног доручка, као места где се уз помоћ чланова Породице допире до најутицајнијих политичара САД, и стиче прилика да се они увере у исправност политичких ставова за које се тражи подршка.

*

* *

За сам крај текста, чини нам се да смо показали колико је Молитвени доручак важан догађај, односно институција, јер је већ постао институција за остваривање политичких циљева било у САД, било игде у свету. У исто време, колики је утицај религије на политику у тој моћној земљи. Јер и према званичним ставовима Породице и према овоме што о њима кажу они који их критикују, њихова идеја је остваривање политичког поретка, коме у основи стоји хришћанство, односно хришћански фундаментализам.

Све то помаже да се хвати колико је од интереса свих оних којима је разумевање и помоћ САД потребна да имају везе са Породицом и да присуствују Молитвеном доручку,. А то, са друге стране, не може да остане без последица на унутрашњополитички живот оних који Породицу моле за помоћ. Јер добијање помоћи обавезно значи и давање неких уступака. Какви ти уступци могу да буду, може

[36] The religious landscape of the United States: *U. S. Society & Values*, Electronic journal of the U.S. Information Agency vol. 2, 29

се сазнати само пажљивим анализирањем деловања Породице. Деловања које инспирацију налази у фундаментима протестантског хришћанства.

Prof. Miroljub Jevtić, Ph.D
Faculty of Political Sciences, University of Belgrade
Editor of journal "Politics and Religion"

THE PRAYER BREAKFAST AS RELIGIOUS-POLITICAl FACT

Summary

The prayer breakfast is an important political and religious event. The fact that it is a political event is of common knowledge. But the other one, that it is religious too, is not clearly marked in the Serbian political and social science. This is due to the fact that our society is secularized and educated for longtime that religion is dying and can not affect politics. The prayer breakfast is evidence that it is not true. Because prayer breakfast as religious manifestation affects the political life of the United States. On the other hand, U.S. politics affects the rest of the world. That is why the National Prayer Breakfast is significant foreign policy institutions.

Keywords: Prayer breakfast, Family, Religion, Politics,Politology of religion

ČLANCI

Nataša Mrvić Petrović[1]

Originalni naučni rad

UDK: 343.26+343.271.8(4)

SUPLETORNI ZATVOR U EVROPSKIM ZAKONODAVSTVIMA

Apstrakt

U radu je analiziran institut zatvaranja u svrhe prinude dužnika na plaćanje novčane kazne izrečene zbog učinjenog krivičnog dela ili prekršaja. Konstatuje se da je sporna pravna priroda supletornog zatvora kao i kriminalno-politički razlozi zbog kojih se određuje. Autor upoređuje rešenja u nemačkom i francuskom zakonodavstvu i navodi iskustva u primeni supletornog zatvora u Nemačkoj, Švedskoj, Engleskoj i Velsu i Škotskoj. Nezavisno od kulturoloških osobenosti datih društava koje utiču na opredeljenje građana da plate novčanu kaznu, generalno se pokazuje efikasnijim prinudna naplata (iz zarade ili imovine dužnika) ili zamena radom u javnom interesu nego obavezna primena zatvora u svrhe prinude dužnika na plaćanje.

Ključne reči: supletorni zatvor, alternative zatvoru, Engleska, Francuska, Nemačka, Škotska, Švedska

1. Uvod

Supletorne kazne (lat. *suppletorius* – dopunski, dopunjujući, naknadni) su kazne kojima se dodatno utiče na osuđenika da plati novčanu kaznu koju nije dobrovoljno platio u paricionom roku. Svojstvene su kaznenom pravu i primenjuju se kao uobičajeni način izvršenja sudske odluke kojom je okrivljeni osuđen na plaćanje novčane kazne zbog učinjenog javnopravnog kaznenog delikta (krivičnog dela, prekršaja).

„Preteča“ sadašnjih supletornih kazni jeste nekadašnji dužnički zatvor, čiji se elementi i danas mogu prepoznati u reliktnom institutu

[1] Naučni savetnik, Institut za uporedno pravo u Beogradu, mail: petroviczdravko@ikomline.net

supletornog zatvora primenjenog u svrhe dodatne prinude na osuđenog da plati novčanu kaznu. Uprkos anahronosti, supletorni zatvor postoji kako u anglo-saksonskom, tako i u kontinentalnom pravnom sistemu. Ustanova je sporna kako zbog svoje pravne prirode, tako i sa kriminalnopolitičkog stanovišta. Jer, ako je u 19. veku stavljanje u zatvor bio uobičajen način da „animirate" dužnika da plati, danas bi trebalo da je isključena svaka mogućnost da se ograniči sloboda onome ko je sudskom odlukom obavezan da plati novčanu kaznu ili da izvrši druga novčana davanja (za troškove postupka, po usvojenom imovinskopravnom zahtevu ili tužbi u građanskom ili privrednom sporu) ili da plati druge dažbine (za carinski ili poreski dug). Zbog toga je članu 11 Međunarodnog pakta o građanskim i ljudskim pravima[2] iz 1966. godine isključena mogućnost da neko bude zatvoren samo iz tog razloga što ne može da ispuni svoju ugovornu obavezu. Na osnovu te odredbe onemogućena je primena supletornog zatvora u postupku izvršenja odluka sudova u parnici i privrednim sporovima. Međutim, ta ustanova je još uvek zadržana u kaznenom pravu, kao način izvršenja sudskih odluka. Prema tome, uprkos tendenciji smanjenja zahvatanja države u pravo na slobodu čoveka, još uvek u pravnim sistemima opstaje ustanova kojom se dužnik lišava slobode u cilju prinude na plaćanje.

U međuvremenu, sa pojavom tzv. alternativnih krivičnih sankcija, doživela je reafirmaciju ideja da se neplaćena novčana kazna može „odraditi" radom u javnom interesu *(community service)* čime je „katalog" tzv. supletornih kazni proširen na jednu alternativu zatvoru *(non-custodial sanction)*. Supletorno kažnjavanje je predviđeno i u kaznenom zakonodavstvu Republike Srbije, a značajno je zastupljeno u praksi izvršenja odluka prekršajnih sudova. Zbog toga utiče na porast broja kratkotrajnih kazni zatvora (a time i na uvećanje tzv. zatvorske populacije)[3]. Zato postoji potreba da se bolje objasni pravna priroda supletornih kazni i ukaže na strana zakonska rešenja kojima bi se mogla povećati efikasnost naplate novčane kazne. U tom cilju analizirani su primeri iz evropskih država u kojima se učestalo izriče novčana kazna tako da može da postoji potreba primene supletornih kazni u postupku izvršenja.

---

[2] Ratifikovan u federativnoj državi u čijem je sastavu bila Republika Srbija Zakonom o ratifikaciji Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, *Službeni list SFRJ* br. 1/1971.

[3] V. N. Mrvić Petrović, „Kratkotrajne kazne zatvora u praksi sudova u Republici Srbiji" u: *Kaznena politika kao instrument državne reakcije na kriminalitet,* Banja Luka 2014, 307-326.

2. Pravna priroda supletornih kazni i postupak za njihovo odmeravanje

Pravna priroda supletornih kazni se objašnjava na primeru tzv. supletornog zatvora kojim se tradicionalno zamenjuje neplaćena novčana kazna izrečena za učinjeni delikt. Zatvor kojim se zamenjuje neplaćena novčana kazna (za krivična dela, prekršaje, građanske delikte, neplaćene globe ili takse po odlukama organa uprave i slično) je prinudna mera koja treba da posluži motivisanju kažnjenog da plati novčanu obavezu.

Pravna priroda supletornog zatvora (a time i drugih sankcija koje bi mogle biti određene u zamenu za neplaćenu novčanu kaznu) je sporna. Nije jasno da li je to kazna ili mera neke druge prirode. Sličnost sa kaznom zatvora je očigledna, jer se osuđeni koji nije platio novčanu kaznu lišava slobode. Međutim, svrha supletornog zatvora u kome se primenjuje čini razliku od kazni koje mu se mogu izreći zbog učinjenog delikta: zatvaranje se koristi kao mera prinude kako bi osuđeni platio novčanu kaznu. Prema tome, supletorni zatvor nema kazneni (punitivni) karakter – to nije kazna zbog izvršenog delikta, niti kazna za neplaćanje, nego sredstvo kojim se nastoji na plaćanje privoleti osuđeni koji to dobrovoljno nije učinio u određenom roku.

Primeri iz stranih zakonodavstava pokazuju da nije sporno da je supletorni zatvor pravni institut iz oblasti izvršenja kaznenih sankcija i globa koje odrede organi uprave. U nemačkom pravu postoji nekoliko vrsta supletornog zatvaranja primenjenog u različitim kaznenim postupcima. Naglašava se da takvo zatvaranje treba razlikovati od kazne zatvora, jer mu je svrha da se kažnjeni prisili na plaćanje, a ne da se dodatno kazni. Po svojoj funkciji, supletorni zatvor je bliži drugim procesnim prinudnim merama usmerenim na plaćanje kazne ili procesno kažnjavanje svedoka ili veštaka (najpre novčano, a onda i zatvorom) ako odbiju da izvrše svoje procesne uloge, nego kazni zatvora. Međutim, problematično je to što se novčana kazna (lakša sankcija) u postupku izvršenja zamenjuje težom kaznom i to potpuno drugačije pravne prirode[4].

Za supletorni zatvor kojim se zamenjuje neplaćena novčana kazna izrečena učiniocu krivičnog dela koristi se izraz *Ersatzfreiheitsstrafe* (doslovno zamena kaznom lišenja slobode). Institut je regulisan u

[4] M. Seebode, „Problematische Ersatzfreiheitsstrafe“ u: *Festschrift für A. Böhm,* Berlin-New York 1999, 520.

paragrafu 43 nemačkog Krivičnog zakonika[5] (StGB) u kome je predviđeno da se takvo zatvaranje primenjuje u slučaju kada se novčana kazna izrečena osuđenom ne može naplatiti. S obzirom na to da se novčana kazna u nemačkom zakonodavstvu određuje po sistemu dnevnih iznosa, jedan dan zatvora zamenjuje jedan dnevni iznos izrečene novčane kazne, a minimum zatvora određenog u zamenu neplaćene novčane kazne je jedan dan. Za razliku od kazne zatvora koju sud izriče presudom osobi koju proglasi krivom za učinjeno krivično delo, supletorni zatvor se određuje posebnom naredbom organa zaduženog za izvršenje sudske odluke (*Vollstreckungshaftbefehl).* Primenu takve mere određuje pravosudni saradnik u državnom tužilaštvu koji u Nemačkoj predstavlja službenika nadležnog za izvršenje u krivičnim stvarima. Na taj način je jasno naglašena proceduralna razlika između kazne zatvora i supletornog zatvora, kao i naročita svrha zatvaranja kojim se nastoji privoleti osuđeni na plaćanje novčane kazne.

Slično kao što je predviđeno u Krivičnom zakoniku i u Zakonu o prekršajima[6] (OWiG) je u paragrafima 96 i 97 propisan *Erzwingugshaft* (zatvaranje radi prinude na plaćanje). Prema § 96 posle proteka roka za plaćanje prekršajne novčane kazne sud može, na zahtev službenika nadležnog za izvršenje ili po sopstvenoj inicijativi, odrediti zatvaranje radi prisiljavanja kažnjenog da plati kaznu ako novčana kazna u celini ili u pretežnom delu nije plaćena ili ako kažnjeni nije dao dokaze o svojoj platežnoj sposobnosti ili nije platežno sposoban ili nema drugih okolnosti na osnovu kojih bi se ta njegova sposobnost mogla proceniti. To je, međutim, poslednje sredstvo radi naplate potraživanja, jer se prvo nalaže sudu da olakša položaj kažnjenog tražeći podesne načine (u dogovoru sa službenikom zaduženim za izvršenje) za plaćanje kazne kroz obročne isplate i slično. Zatvaranje radi prisiljavanja na plaćanje može da traje najduže do šest nedelja, a u slučaju da je lice osuđeno zbog prekršaja učinjenih u sticaju (kada su novčane kazne veće), zatvaranje može najduže da traje do tri meseca. Ovakvo zatvaranje kojim se zamenjuje neplaćena novčana kazna izvršava se prema paragrafu 451 st. 1 i 2 ZKP-a, dok se u odnosu na maloletnike i adolescente shodno primenjuju odredbe paragrafa 83-85 zakonodavstva koje se odnosi na maloletnike.

U paragrafu 98 Zakona o prekršajima regulisano je izvršenje zatvora prema mladima i adolescentima. Predviđeno je interesantno rešenje da se

[5] Krivični zakonik od 13. novembra 1998. (*Bundesgesetzblatt* - BGBl. I S. 3322), sa poslednjim izmenama na osnovu čl. 1 Zakona od 23. aprila 2014 (BGBl. I S. 410).

[6] Gesetzt über Ordnungswidrigkeiten. Zakon je iz februara 1987. (BGBl. I S. 602), sa poslednjim izmenama na osnovu čl. 18. Zakona od 10. oktobra 2013. (BGBl. I S. 3786).

zatvaranje kojim se zamenjuje neplaćena novčana kazna može zameniti: radom u javnom interesu, naknadom štete prouzrokovane izvršenjem prekršaja, učešćem u obuci za vožnju (u slučaju saobraćajnih prekršaja), kao i obavljanjem određenih usluga, a ako takva zamena nije moguća, onda se čak može odrediti maloletnički zatvor u trajanju najduže do mesec dana.

Treća vrsta zatvaranja je *Ersatzzwangshaft* i predstavlja prinudnu meru primenjivu u izvršnom postupku u odnosu na bilo koje nenaplaćeno novčano potraživanje. Takvu zamenu određuje svojom odlukom upravni sud. Uslovi koji su predviđeni su da: izvršenje novčanog potraživanja nije uspelo, da je sud saslušao lice koje nije platilo novčano potraživanje kao i da postoji opasnost da se neće moći prinudno naplatiti. Takva mogućnost je predviđena Zakonom o parničnom postupku[7], ukoliko nije moguće sprovesti odgovarajuće radnje prilikom izvršenja (paragrafi 888, 901, 904 ZPP). Može da traje od tri dana do dve nedelje, odnosno najduže do šest meseci (zavisi od procesnog osnova). Upravo se takva vrsta zatvaranja kosi sa zabranom iz čl. 11 Međunarodnog pakta o građanskim slobodama i pravima, iako je propisana kao administrativna prinudna mera koju može odrediti samo upravni sud i koja je subordinirana kazni.

Funkcija supletornih kazni u francuskom zakonodavstvu ostvaruje se primenom posebne prinudne mere. Reč je o instututu lišenja slobode u svrhe prinudnog izvršenja neizmirenih novčanih obaveza prema državi *(contrainte par corps)*. Za razliku od generalne mogućnosti da se zatvaranjem prinudi na plaćanje dužnik koji duguje državnoj blagajni po bilo kom pravnom osnovu, u članovima od 749. do 762. Zakona o krivičnom postupku[8] posebno je regulisano sudsko zadržavanje *(contrainte judiciaire)* kao specifična vrsta *contrainte par corps*.

Sličnost sudskog zadržavanja sa lišenjem slobode zbog neplaćene novčane kazne je očigledna: razlike su u tome što se sudsko zadržavanje može odrediti samo za ona krivična dela ili prekršaje za koje je inače propisana kazna zatvora (a bila je izrečena novčana), dok se na sve druge situacije (uključujući tu i javnopravne delikte za koje je propisana isključivo novčana kazna) kao i u svakom drugom slučaju u kojem

[7] Proglašen 5. decembra 2005. (BGBl I S. 3202) sa izmenama u BGBl 2006 I S. 431; 2007 I 1781, poslednje po čl. 1 Zakona od 31. avgusta 2013. (BGBl I S. 3533).

[8] Code de procédure pénale (*Journal Officiel République Française* – JORF, 8. 1. 1958. sa izmenama od 8. aprila 1958.), poslednja redakcija usklađena sa Zakonom 204 od 9. marta 2004 (Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JORF od 10. marta 2004. na snazi od 1. januara 2005, *http:///www.légifrance.gouv.fr*:, 24. 6. 2014).

dužnik nije ispunio svoje finansijske obaveze prema državi primenjuje *contrainte par corps*, kao uobičajeni način izvršenja.

Odredbom iz člana 749. francuskog ZKP-a je predviđeno da na zahtev Republičkog javnog tužioca sudija za izvršenje naređuje sudsko zadržavanje lica koje dobrovoljno nije platilo novčanu kaznu koja mu je izrečena zbog učinjenog jednog ili više krivičnih dela ili prekršaja za koje je propisana kazna zatvora ili onome ko ne plati novčanu kaznu po odlukama poreske uprave ili carine. Zadržavanje lica koje novčani iznos ne plati na vreme podrazumeva njegovo zatvaranje u periodu koji može da traje od dvadeset dana do tri meseca, zavisno od visine izrečene neplaćene novčane kazne ili druge dugovane novčane obaveze (čl. 750).

Sudsko zadržavanje ne sme biti određeno prema maloletniku ili licu starom preko 65 godina, prema nesolventnom licu koje je takvim proglašeno odlukom suda ili drugog nadležnog organa, ni istovremeno prema mužu i ženi, čak i kada duguju po različitim pravnim osnovama (članovi 751-753). Postupak radi određivanja sudskog zadržavanja pokreće javni tužilac pred sudijom nadležnim za izvršenje pošto protekne pet dana od isteka roka za dobrovoljno plaćanje novčane dažbine. Pošto sprovede kontradiktorni postupak, sudija je ovlašćen da donese odluku o zadržavanju, na koju osuđeni ima pravo žalbe višoj sudskoj instanci. Takođe, sudija može da odobri privremeno odlaganje plaćanja (do šest meseci), ako postoje naročite okolnosti na strani dužnika koje opravdavaju takvo odlaganje. Takođe, sudija za izvršenje može podići poternicu za licem koje izbegava plaćanje (čl. 754). Kako je reč o postupku izvršenja, stranka prema kojoj se mera određuje naziva se dužnik *(débiteur)* ili uhapšeni dužnik *(débiteur arrêté)*, bez obzira što je prethodno bio osuđen na novčanu kaznu u kaznenom postupku.

Sudsko zadržavanje propisano je u delu krivičnoprocesnog zakona u kome se predviđa izvršenje sudskih odluka, što jasno naglašava naročitu svrhu te mere. Izraz „zadržavanje“ koji je prihvaćen u Zakonu od 2004. godine u još većoj meri ističe razliku od kazne zatvora koja zamenjuje neplaćenu novčanu. Sudsko zadržavanje ima za svrhu prinudu dužnika da plati, a ne da zameni neplaćenu novčanu kaznu, kao što je to slučaj u germanskim zakonodavstvima. Posledica je da dužnikova finansijska obaveza, ako nije u međuvremenu izmirena, ne prestaje po isteku krajnjeg roka zadržavanja[9]. Sve to govori u prilog argumenata od ranije isticanih u francuskoj doktrini da je zadržavanje dužnika posebna procesna prinudna

[9] Slično je predviđeno i u čl. 314 Zakona o prekršajima Republike Srbije iz 2013 (v. N. Mrvić Petrović, *Komentar Zakona o novog Zakona o prekršajima,* Beograd 2014, 215-216).

mera koja se određuje u izvršnom postupku, a ne kazna. To stanovište došlo je u sukob sa stavovima Evropskog suda za ljudska prava, koji je u slučaju zatvaranja podnosioca predstavke radi prinude da plati kaznu za carinski prekršaj zauzeo stav da se ta mera po pravnoj prirodi ne razlikuje od kazne, te se i na nju proteže primena Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama[10]. Prema tome, i onaj ko je zatvoren kako bi se prisilio na plaćanje može se pozivati na zaštitu svojih prava jednako kao i svako drugo lice lišeno slobode.

Slično primerima iz Nemačke i Francuske, institut supletorne kazne zatvora postoji i u holandskom zakonodavstvu. Regulisan je Zakonom o finansijskim kaznama *(Financial Penalties Act)* iz 1983. godine. U Zakonu je došlo do izražaja neuobičajno liberalno kriminalno-političko opredeljenje da za sva krivična dela, pa čak i ona za koja je propisana kazna doživotnog zatvora nije isključena mogućnost izricanja novčane kazne, dok je potrebno posebno obrazložiti okolnosti zbog kojih se neplaćena novčana kazna zamenjuje zatvaranjem[11]. U slučaju da novčana kazna izrečena pravosnažnom sudskom odlukom ne bude plaćena u određenom roku, šalje se prva pisana opomena osuđenom, a pri tome se automatski i to značajno uvećava iznos neplaćene kazne. Posle druge opomene, sudski izvršitelj može kao sredstvo izvršenja iskoristiti prinudnu naplatu na imovini kažnjenog lica. Ako taj način naplate nije moguć, javno tužilaštvo je formalno nadležno da predloži sudu da odredi zatvaranje radi prinude osuđenog na plaćanje. S obzirom na to da se prethodno pokušava sa prinudnom naplatom iz zarade osuđenog i iz njegove imovine, u suštini inicijativu za zamenu neplaćene novčane kazne zatvorom daje Centralna agencija za naplatu novčanih kazni, koja prati uspešnost izvršenja. Zatvaranje određeno u svrhe prinude na plaćanje može trajati minimalno jedan dan, a najduže do šest meseci. U slučaju da osuđeni u toku trajanja zatvaranja ili naknadno odluči da plati novčanu obavezu, uskladiće se iznos preostalog dela kazne sa periodom koji je proveo u zatvoru. Sve ove obračune u suštini izvršava Agencija, iako formalno odgovarajuću inicijativu preduzima javno tužilaštvo[12].

---

[10] Presuda u slučaju Jamil v. Francuska (8. juni 1995, serija A, 317-B, paragraf 32), nav. prema: G. Dutertre, *Extraits clés de jurisprudence : cour européenne des Droits de l'Homme,* Conseil de l' Europe, Strasbourg 2003, 223-224.

[11] P.J. Tak, *The Dutch Criminal Justice System,* 3-rd, Nijmegen 2008., 115.

[12] M.M. Boone, "Imposed versus Undergone Punishment in the Netherlands", *Electronic Journal of Comparative Law,* vol 6 December 2002, *http://www.ejcl.org/64/art64-27.html*, 12. 6. 2014.

3. Strana iskustva u primeni supletornih kazni

Učestalost primene supletornih kazni može se dovesti u vezu sa kaznenom politikom sudova u kojoj novčane kazne preovlađuju među ukupno izrečenim za kaznene delikte. Takva situacija postoji u većini razvijenih evropskih država, posebno u Nemačkoj, Austriji, Danskoj, Finskoj ili Švedskoj, dok se u Republici Srbiji novčano kažnjava najčešće za prekršaje. Međutim, poređenja razvijenih država u pogledu izricanja supletornog zatvora pokazuju da postoje značajne međusobne razlike. Na primer, učešće supletornog zatvora u Nemačkoj je 6,5%, a u Engleskoj i Velsu, kao i u Španiji to učešće iznosi samo 0,2%, u Francuskoj 0,01% dok se u Danskoj i Švedskoj gotovo ne dešava da dođe do zamene neplaćene novčane kazne u kaznu zatvora[13]. Štaviše uočena je pojava da u Nemačkoj, u kojoj se u 82% slučajeva za neki kazneni delikt izriče novčana kazna, supletorni zatvor značajno učestvuje u ukupnom broju izvršenih kratkotrajnih kazni zatvora, pa je zato reformom krivičnog zakonodavstva omogućena zamena neplaćene novčane kazne radom u javnom interesu[14]. Na osnovu čl. 293 Uvodnog zakona za Krivični zakonik (Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch, skraćeno EGStGB)[15] ustanovljena je nadležnost u korist nemačkih pokrajina da podzakonskim aktima koji regulišu izvršenje predvide da se umesto kazne zatvora u svrhe prinude na plaćanje može odrediti rad u javnom interesu. U većini pokrajina šest časova rada može zameniti jedan dan zatvora, osim u Baden-Württemberg-u i Bremenu u kome se primenjuje niži maksimum (četiri časa). Prema projekciji saveznih vlasti, zamenom neplaćenih novčanih kazni radom u javnom interesu mogla se samo u jednoj pokrajini ostvariti ušteda u budžetu veća od 300 000 evra godišnje[16].

Za razliku od situacije u Nemačkoj, u Švedskoj se još od tridesetih godina prošlog veka u praksi uobičajila prinudna naplata iz imovine dužnika kao sredstvo izvršenja novčane kazne, zbog čega retko dolazi

[13] F. Dünkel, "Ersatzfreiheitsstrafen und ihre Vermeidung. Aktuelle statistische Entwicklung, gute Praxismodelle und rechtspolitische Überlegungen", *Forum Strafvollzug* 3/2011, 144; M. Seebode, 522.

[14] Tim povodom isticano je da se takva zamena suprotstavlja konceptu dobrovoljnosti rada u javnom interesu, njegovoj resocijalizatorskoj funkciji, a da sam rad dobija stigmatizirajući karakter (A. Böhme, Gemeinnützige Arbeit als Strafe, *Zeitsshrift für Rechtspolitik* 9/1998, 361, 364). Sa druge strane, zamena radom u javnom interesu neopravdano ublažava prinudu (M. Seebode, 522).

[15] Zakon od 2. marta 1974. (BGBl. I S. 469; 1975 I S. 1916; 1976 I S. 507), poslednje izmene na osnovu člana 1 Zakona od 20. decembra 2012. (BGBl. I S. 2756).

[16] F. Dünkel, G. Shell, *Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen durch Gemeinnützige Arbeit: das Projekt „Auswegen" in Mecklenburg: Vorpommern*, Mönchen-Gladbach 2006, 163 i dalje.

do primene supletornog zatvora u praksi[17]. Ako prinudna naplata kazne ne bi bila moguća (zbog smanjenih materijalnih mogućnosti dužnika), dužniku se oprašta dug prema državi. Takva mogućnost ustanovljena je još 1969. godine. Reč je o izuzetnim slučajevima, jer se 90% kazni plaća, budući da to pojedinac shvata kao pitanje vlastite časti i društvenog ugleda. Nemogućnost plaćanja se doživljava kao priznanje činjenice da je onaj ko ne može da plati na dnu društvene lestvice kao„socijalni slučaj", pa se zato većina građana trudi da svoje novčane obaveze izvrši po svaku cenu. Od 1990. godine je za otpuštanje duga nadležna posebna komisija. Ona ceni da li su opravdani razlozi da dug bude oprošten zbog veoma loše ekonomske situacije dužnika. Na osnovu te odluke, izvršitelj odustaje od prinudnog izvršenja. Smatra se da je otpuštanje duga u nekim izuzetnim slučajevima pragmatično i pravično rešenje, jer bi inače zatvor koji se određuje u zamenu za neplaćenu novčanu kaznu pogoršao položaj siromašnih pripadnika marginalnih socijalnih grupa. Uprkos tome, postavlja se pitanje da li takva abolicija supletornog zatvora ne šalje građanima pogrešnu poruku da neki od njih uživaju faktički „imunitet od sankcija"[18]. Švedski primer pokazuje da se novčane kazne, finansijske globe i sva druga imovinska dugovanja, u skladu sa jedinstvenim Zakonom o izvršenju novčanih kazni (Act on Enforcement of Fines) iz 1979. godine mogu efikasno izvršavati prema istom sistemu. Samim tim, prinudno izvršenje novčane kazne (čak i kada je ona izrečena zbog učinjenog krivičnog dela) lišeno je svake penalne retribucije. Pa ipak, radi zaštite javnog interesa predviđeno je da u slučajevima izvršenja novčanih kazni za krivična dela, prema članu 12/a i čl. 13 navedenog zakona, javni tužilac ima pravo žalbe sudu na odluku komisije kojom se otpušta dug osuđenom[19].

I u anglo-saksonskom pravnom sistemu (u Engleskoj i Velsu, Škotskoj i Irskoj) postoji mala potreba za primenom supletornog zatvora u praksi. Izvršenje se u Engleskoj i Velsu preduzima na osnovu *Fines Act*-a iz 2010. godine. U izveštaju pripremljenom za britanski parlament 12. maja 2010. navedeno je da je zatvaranje u svrhe prinude na plaćanje retko primenjeno u praksi u Engleskoj i Velsu (do 40 slučajeva godišnje)[20]. Pretežno se radi o neplaćenim kaznama koje odrede prekršajni sudovi (najčešće za

[17] Ipak visoko je učešće supletornog zatvora (22%) u ukupno izrečenim kratkotrajnim kaznama zatvora (H. von Hofer, "Imprisonment for Non-Payment of Fines in Sweden", in *Crime policy in Europe. Good Practices and promising examples*, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2004, 120.

[18] *Ibid.*, 122-123.

[19] EUROJUSTICE, Country Report: Sweden, 2006, 431-456, *http://www.euro-justice.com/files/file.php5?id=27*, 12. 6. 2014.

[20] Izveštaj dostupan na *http://www.parliament.uk/briefing-papers/SN05525.pdf , 17. 6. 2014.*

saobraćajne prekršaje), neplaćenim porezima ili neispunjenju drugih imovinskih obaveza (uključujući tu prevarne postupke oko dobijanja ili korišćenja kredita ili izbegavanje plaćanja izdržavanja članovima porodičnog domaćinstva). Zatvaranje nije moguće odrediti zbog duga za neplaćene račune za gas ili električnu energiju, kao ni u slučaju sudski ustanovljene insolventnosti ili bankrotstva dužnika. Postoji ujednačeni stav da se supletorni zatvor sme koristiti samo kao krajnje sredstvo onda kada nije moguće postići naplatu kazne na druge načine (na primer, u slučaju kada dužnik stalno ignoriše sudske naloge za plaćanje, kada ne poštuje sud ili serijski izvršava delikte), a ne automatski čim se ustanovi da novčana obaveza nije dobrovoljno izvršena[21].

Sudski postupak u kome se određuje kazna zatvora u zamenu za neplaćenu novčanu kaznu (ili drugu finansijsku obavezu) je sumarni i odvija se kroz nekoliko faza. Na samom početku postupka sud preduzima procesnu radnju saslušanja dužnika *(means hearing)* kako bi prikupio podatke o razlozima što dug nije plaćen i ispitao da li postoje uslovi da to bude učinjeno. Na osnovu tog saslušanja sud daje instrukcije dužniku u kom periodu i na koji način treba da plati dug, pri čemu se dužnik obavezuje da te instrukcije poštuje. U slučaju da to ne učini, sud može doneti uslovni nalog za zatvaranje dužnika *(suspended committal order)*. Nalog se koristi onda kada sud proceni da dužnika treba ozbiljno upozoriti na posledice neizvršenja obaveze, recimo kada je sud odredio da plaćanje izvršava svake nedelje ili meseca deponovanjem određenog novčanog iznosa u sud, a osuđeni propušta te rokove. Sud takođe može tražiti od dužnika da da kauciju da će svoje obaveze ispuniti. Kršenje kaucije razlog je da policija može uhapsiti dužnika i sprovesti ga u zatvor. Ali, čak i toj fazi pritvaranja *(committal stage)* postoji mogućnost da dužnik izbegne zatvaranje ako, pristupajući sudu predoči podatke o svojim prihodima, troškovima i dugovima i načinu na koji planira da ih uskladi i tako ubedi sud da može platiti dug na rate ili do određene visine[22]. Samo ako izbegava da pristupi sudu ili ako pristupi, ali ne uspe da dokaže kako ozbiljno nastoji da plati dug, dužnik će biti zatvoren u svrhe prinude kako bi izmirio svoje obaveze. I ranija istraživanja (Moxon, Whittaker

[21] Judicial Communications Office, Friday 22 March 2013, Court finds Practice for Dealing with Non Payment of Fines is Unlawful, *http://www.courtsni.gov.uk/en-GB/Judicial%20Decisions/SummaryJudgments/Documents/j_sj_220313/j_sj_warrants-for-enforcement-of-fines-and-confiscation-orders_220313.pdf*., 23. 6. 2014.

[22] U izuzetnim slučajevima, na osnovu okolnosti slučaja, sud je ovlašćen da može otpisati deo duga dužniku (*remitting)*. Zbog uočenih manjkavosti u Fines Act-a iz 2010.odredbama u predlogu novog Fines (Payment an Recovery) Bill iz 2013. predviđena je mogućnost prinudne naplate iz zarade dužnika, tako da je nalog suda *(attachment order)* usmeren ka poslodavcu dužnika.

1996; Whittaker, Mackie, 1997), kao i rezultati evaluacije iz 2002. godine ukazuju da su u Velikoj Britaniji 90% onih prema kojima se primenjuje supletorni zatvor osobe muškog pola, 76% njih su nezaposleni, a 66% su ranije bili osuđivani (55% i sa više osuda istovremeno). U polovini slučajeva (46%) supletorni zatvor je bio određivan zbog neplaćenih komunalnih računa i drugih dažbina, što je i bio razlog za promene statutarnih odredbi.[23] Zbog toga je, kao i u Švedskoj, i u Engleskoj i Velsu moguće otpuštanje duga u slučaju da dužnik nije u mogućnosti ni na koji način da izvrši svoje finansijske obaveze.

U Škotskoj je nešto drugačije uređena nadležnost organa za izricanje novčanih kazni za kaznene delikte i način njihovog izvršenja. Zbog uočenih teškoća u izvršenju u Škotskoj je reformisan postupak izvršenja tako što je 2008. godine uveden novi službenik za naplatu novčanih kazni koji uspostavlja kontakt sa osuđenim i prikuplja podatke na osnovu kojih će, uzimajući u obzir i predloge dužnika, biti ustanovljeni najpogodniji uslovi pod kojima će moći da plati kaznu. Ti podaci su sadržani u dokumentu koji sud naknadno verifikuje.[24] Pored toga, postoji duga tradicija (preko dvadeset godina) da se kao uspešna alternativa supletornom zatvoru koristi rad u javnom interesu[25].

Očigledni napori da se u razvijenim državama Evrope poboljša efikasnost naplate novčanih kazni delimično su podstaknuti aktivnostima tela Evropske Unije. Potreba za nesmetanom naplatom novčanih kazni unutar Evropske unije uticala je na to da je u februaru 2005. godine Savet Evropske unije usvojio Okvirnu odluku o primeni principa uzajamnog priznanja odluka o finansijskim kaznama[26]. Na osnovu te Okvirne odluke trebalo bi da bude omogućeno nesmetano izvršenje izrečene novčane kazne ili globe bilo gde na teritoriji Unije. Na taj način izbeći će se situacije da državljani jedne članice koji na teritoriji druge učine prekršaj ili drugi delikt, napuštanjem teritorije te zemlje izbegnu plaćanje izrečene

[23] D. Redmond, *Imprisonment for Fine Default and Civil Debt,* Report to the Department of Justice, Exuality and Law Reform, May 2002, Stationery Office, Dublin, Guvernment Publications, 14-15; D. Moxon, C. Whittaker, *Imprisonment for Fine Default,* Researh Findings No. 35, Home Office Research and Statistics Directorate, London 1996; C. Whittaker, A. Mackie, *Enforcing Financial Penalties,* Home Office Research Study 165, Home Office Research and Statistics Directorate, London 1997.

[24] Financial penalties and fines enforcement in Scotland, *http://www.scotland.gov.uk/Publications/2011/11/29083648/4*, 19. 6. 2014.

[25] G. Mc Ivor, C. Pirnat, Ch. Grafl, "Unpaid work as an alternative to imprisonment for fine default in Austria and Scotland", *European Journal of Probation 2/*2013, 3.

[26] Council Framework Decision 2005/214/JHA of 24 February 2005 on the application of the principle of mutual recognition to financial penalties, *http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32005F0214*, 1. 7. 2014.

novčane kazne ili globe. Iako je predviđeno pojednostavljenje procedure izvršenja stranih sudskih odluka, ipak se predviđaju posebne okolnosti pod kojima bi bilo moguće da nadležno telo države članice odbije takav zahtev druge države. Razlozi su različiti i odnose se na dejstvo zabrane *ne bis in idem*, okolnost da osoba uživa diplomatski imunitet ili neke druge privilegije zbog kojih je isključena mogućnost da prema njoj bude pokrenut kazneni postupak, kao i kada je iznos kazne manji od 70 eura. Krajnji rok za implementaciju ove Okvirne odluke bio je 2007. godine, ali do sada nisu sve članice Evropske unije postupile po toj odluci.[27]

4. Zaključak

Analizirani primeri iz stranog prava pokazuju da su supletorne kazne specifične po tome što zamenjuju (supstituiraju) neplaćenu novčanu kaznu i što predstavljaju prinudnu meru koja se koristi u postupku izvršenja novčane kazne. Njihova primena je fakultativna i nastupa kao posledica slobodnog izbora kažnjene osobe, koja se opredelila da neće platiti novčanu kaznu koja joj je izrečena. Bez obzira na to, kao i na činjenicu da se supletorni zatvor koristi radi prinude na plaćanje, u postupku izvršenja se moraju poštovati osnovna prava lica lišenih slobode. Čini se da primeri iz anglo-saksonskog i švedskog prava pokazuju prednosti pristupa u kome se zatvaranje radi plaćanja primenjuje kao poslednja mogućnost kada okolnosti slučaja ukazuju da dužnik namerno izbegava da izvrši svoje imovinske obaveze iako je to u mogućnosti da učini. Interesantan je i francuski model po kome pokušaj prinudne naplate iz imovine dužnika prethodi zatvaranju. U germanskim sistemima, međutim, ceo smisao primene supletorne kazne jeste u izbegavanju postupka prinudne naplate (za koji se smatra da opterećuje državu i vodi odugovlačenju izvršenja). Taj pristup je do sada tradicionalno bio prihvaćen i u kaznenom zakonodavstvu Srbije, a, kako se vidi, ne može uspešno da reši situacije u kojima neplatiša ima materijalnih sredstava, ali radije bira da bude zatvoren, nego da plati ono što duguje. Pri tome iznos novčane kazne može višestruko da nadmaši trajanje supletornog zatvora, naročito ako je reč o kaznama za carinske ili poreske prekršaje ili krivična dela učinjena iz koristoljublja.

Uporedno istraživanje načina izvršenja supletornih kazni ukazuje na prednosti jedinstvenog, centralizovano nadziranog i fleksibilnog sistema

[27] Internet stranica European Commission (Justice), *http://ec.europa.eu/justice/criminal/recognition-decision/financial-penalties/index_en.htm*, 1. 7. 2014.

u kome je moguće primeniti postupno sve teža sredstva izvršenja, tako da zatvaranje sledi kao najteža mera prinude. Suprotno tome, kogentna norma koja propisuje dužnost suda ili organa zaduženog za izvršenje sudske odluke da odmah zameni neplaćenu novčanu kaznu kaznom zatvora ne doprinosi efikasnoj realizaciji finansijske obaveze. Na to ukazuju primeri iz nemačke sudske prakse. Kako su slična rešenja prisutna u našem kaznenom zakonodavstvu, bilo bi celishodno menjati ih. Prema tome, domaći zakonodavac trebalo bi da bude inspirisan stranim rešenjima u kojima se olakšava dužnikov položaj tako što se dozvoljava dogovor oko načina realizacije finansijske obaveze, ali uz čvrste garancije dužnika da će takav dogovor ispuniti ili uz stvaranje uslova da svoju obavezu „odradi“. Tako bi zatvaranje onog ko ne plati preostalo kao poslednja prinudna mera, a ne bi bilo najčešći „izvor“ kratkotrajnih kazni zatvora u Srbiji, kao što je to sada slučaj.

Prof. Nataša Mrvić Petrović, Ph. D
Principal Research Fellow
Institute of Comparative Law, Belgrade

IMPRISONMENT FOR UNPAID FINES IN EUROPEAN LEGISLATIONS

Summary

This paper analyzes the imprisonment for debtors to pay a fine for a felony or misdemeanor. Legal nature imprisonment for unpaid fine is debatable. Unclear criminal-political reasons for default. The author compares the imprisonment for unpaid fines in German and French law, and the experience in practice in Germany, Sweden, England and Wales and Scotland. Cultural differences between societies affect the commitment of citizens to pay a fine, but in general it can be concluded that that the effective enforced collection (from the earnings or assets of the debtor) or replacement work in the public interest rather than mandatory use of imprisonment for unpaid fines.

Key words: imprisonment for unpaid fines, community sanctions, England, France, Germany, Scotland, Sweden.

Doc. dr Jelena Ćeranić[1]

Originalni naučni rad

UDK: 341.215.43(494)

ŠVAJCARSKI REFERENDUM O OGRANIČENJU MIGRACIJA IZ EU: POSLEDICE NA ODNOSE IZMEĐU ŠVAJCARSKE I EU

Апстракт

Rad je posvećen inicijativi za ograničenje migracija iz EU koju je švajcarski narod podržao na referendumu i posledicama ovakvog ishoda referenduma na odnose između Švajcarske i EU. S obzirom na to da Švajcarska nije članica EU, odnosi između ove zemlje i EU uređeni su na osnovu bilateralnih sporazuma, koji su predstavljeni u prvom delu rada. Drugi deo posvećen je samoj inicijativi za ograničenje migracija iz EU i referendumu koji je održan u februaru 2014. godine. Inicijativa „Protiv masovnih migracija" u direktnoj je suprotnosti sa Sporazumom o slobodnom kretanju ljudi, jednim od sedam bilateralnih sporazuma koje je Švajcarska potpisala 1999. godine. Svih sedam sporazuma predstavlja jedinstven sporazum u smislu da su povezani preko tzv. „giljotina klauzule". To znači da raskidom jednog od bilateralnih sporazuma, ostalih šest prestaje da bude na snazi. Stoga su u trećem delu rada razmotrene posledice usvajanja inicijative za ograničenje imigracije iz EU na odnose između Švajcarske i EU i proces evropskih integracija uopšte.

Ključne reči : Švajcarska, referendum, Evropska unija, ograničenje migracija, sloboda kretanja ljudi.

1. Uvodne napomene

Švajcarska ili zvanično Švajcarska konfederacija, alpska država smeštena centralnom delu Evrope, sastoji se od dvadeset šest kantona. Švajcarska ima dugu tradiciju samoupravljanja, suverenosti i nezavisnosti

[1] Naučni saradnik, Institut za uporedno pravo Beograd; Docent, Pravni fakultet, Banja Luka; mail: ceranicj@gmail.com

u spoljnoj politici, što psihološki utiče na stav švajcarskog naroda prema evropskim integracijama. Neutralnost Švajcarske potvrđena je još na Bečkom kongresu 1815. godine, a definisana je kao nemešanje u ratove između drugih zemalja. Prava i obaveze neutralnih zemalja u vreme rata ustanovila je međunarodna zajednica 1907. godine. U vreme mira neutralne države određuju sopstvena pravila, ali moraju ostati izvan vojnih blokova, kao što je npr. NATO. Status neutralne zemlje zaštitio je Švajcarsku ne samo od rata, već i od eventualnog rasparčavanja zemlje do koga bi moglo doći ukoliko bi različite jezičke zajednice podlegle iskušenju i stale uz različite strane u sukobu.[2]

Švajcarski demokratski sistem postao je značajan faktor raspoznavanja švajcarskog naroda. Švajcarski građani učestvuju u političkom životu zemlje na tri nivoa: opštinskom, kantonalnom i federalnom. Federalnim ustavom predviđen je sistem neposredne demokratije. Instrument švajcarske neposredne demokratije na federalnom nivou uključuje pravo birača na podnošenje ustavne inicijative i referendum.[3]

Uprkos tome što se nalazi u samom srcu evropskog kontinenta, Švajcarska predstavlja izolovano ostrvo na mapi EU. Švajcarska nije članica ni EU, ni Evropskog ekonomskog prostora, ali tesno sarađuje sa Unijom. Naime, Švajcarska je najbliži sused EU, ali ne samo geografski, već i kulturno i ekonomski. Švajcarska je jedan od četiri najznačajnija trgovinska partnera EU, zajedno sa SAD, Kinom i Rusijom. S druge strane, EU i njenih dvadeset osam država su najznačajniji partner Švajcarske za sada.[4] Saradnja između Švajcarske i EU prevashodno se odvija na osnovu velikog broja bilateralnih sporazuma.

Međutim, jedan događaj iz februara 2014. godine preti da naruši višedecenijsku dobru saradnju između Švajcarske i EU. Na referendumu je izglasana inicijativa radikalne desničarske Partije švajcarskog naroda (najveće stranke u vladi) koja je nazvana „Protiv masovnih migracija“. Ovom inicijativom predlaže se ograničenje talasa imigracija državljana država članica EU, koji dolaze u Švajcarsku da rade ili žive i da se uvedu kvote za broj dozvola boravka koje se godišnje mogu izdati građanima EU.

Uvođenje kvota o broju imigranata suprotno je načelu slobodnog kretanja ljudi između EU i Švajcarske, koje je garantovano bilateralnim

[2] A. Kellerhals, „Switzerland's relationship with the EU : integration at its own speed?“, *Multi-speed Europe* (eds. A. Kellerhals, T. Baumgartner), EuropaInstitut, Zurich, 2012, 150.
[3] *Ibid,* 150-151.
[4] *Ibid.*

sporazumom. Inače, slobodno kretanje ljudi je jedno od načela na kojima počiva jedinstveno tržište[5] i osnovno je pravo svih građana, kako švajcarskih tako i građana Unije. Osim toga, ograničenje slobode kretanja ljudi imaće posledice i na sve ostale sfere saradnje između Švajcarske i EU.

Švajcarska ima tri godine da sprovede rezultate referenduma. Za to vreme EU će raditi zajedno sa vladom Švajcarske kako bi se našao način da se prevaziđe problem koji proizilazi iz ovakvih rezultata.

U prvom delu rada razmotreni su bilateralni sporazumi potpisani između Švajcarske i EU. U okviru drugog dela rada predstavljena je inicijativa „Protiv masovnih migracija". Posebna pažnja posvećena je reakcijama EU na rezultate referenduma. U trećem delu rada ispitane su posledice referenduma na odnose Švajcarske i EU i evropski integracioni proces uopšte.

2. Bilateralni sporazumi između Švajcarske i EU

U odnosima sa EU, Švajcarska sledi princip tzv. bilateralnog pristupa. Umesto sveobuhvatne integracije (članstvo u EU), specifične oblasti uzajamnih interesa uređene su putem tradicionalnih međunarodnih sporazuma. Danas postoji više od sto sporazuma. Zajedno sa sporazumima kao što su Sporazum o slobodnoj trgovini iz 1972. godine i Sporazum o osiguranju iz 1992. godine, ova bilateralna putanja saradnje najbolje se može sagledati kroz prizmu dve grupe (paketa) sporazuma zaključenih u posebnim rundama pregovora : Bilateralnih sporazuma I (*Bilaterals I*) iz 1999. godine (ima ih ukupno sedam i tiču se : istraživanja, javnih nabavki, međusobnog priznanja ocene usaglašenosti, trgovine poljoprivrednim proizvodima, civilnog vazdušnog transporta, kopnenog transporta i slobodnog kretanja ljudi) i Bilateralnih sporazuma II (*Bilaterals II*) iz 2004. godine (ima ih ukupno devet i odnose se na : povezivanje sa „Šengenom" i „Dablinom", oporezivanje štednje, suzbijanje prevara, procesovane poljoprivredne proizvode, životnu sredine, statističke podatke, medije, penzije i obrazovanje, stručno usavršavanje i omladinu). Ovi sporazumi dopunjuju Sporazum o slobodnoj trgovini kroz postepeno i kontrolisano uzajamno otvaranje tržišta.[6]

[5] Jedinstveno tržište EU počiva na četiri osnovne slobode. To su : Sloboda kretanja robe, Sloboda kretanja ljudi, Sloboda kretanja kapitala, Pravo nastanjivanja i pružanja usluga.
[6] A. Kellerhals, T. Baumgartner, "A different neighbourhood policy: Switzerland's approach to European Integration", *EU Neigbourhood Policy – Survey and Perspectives,* (eds. A. Kellerhals, T. Baumgartner), EuropaInstitut, Zurich, 2014, 272.

2.1. Funkcionisanje Bilateralnih sporazuma I i II

Što se tiče pravne prirode bilateralnih sporazuma, oni predstavljaju međunarodne ugovore između Švajcarske, s jedne strane, i EU, ili u slučaju Sporazuma o slobodnom kretanju ljudi država članica EU, s druge strane. U Švajcarskoj su bilateralni sporazumi automatski primenljivi nakon ratifikacije ili stupanja na snagu. Dakle, nije potrebno njihovo transponovanje u nacionalno pravo. U skladu sa švajcarskom praksom, bilateralni sporazumi nalaze se između ustavnih i običnih federalnih zakona.[7] Svaki od bilateralnih sporazuma počiva na posebnom tekstu ugovora i o svakom od njih se pregovaralo najpre odvojeno, a kasnije u paketima. Dok bilateralni sporazumi iz 2004. godine nisu vezani jedni za druge, sporazumi iz prvog paketa iz 1999. godine predstavljaju jedinstven sporazum u smislu da su vezani preko tzv. giljotina klauzule. To zapravo znači da raskidom jednog od bilateralnih sporazuma, preostalih šest sporazuma iz paketa prestaje da bude na snazi.[8]

2.2. Zajednički odbori

Za svaki pojedinačni sporazum iz Bilateralnih paketa I i II uspostavljen je tzv. Zajednički odbor sa ciljem da obezbedi primenu i funkcionisanje ovih sporazuma. S obzirom na to da se Švajcarska nije obavezala da sledi razvoj zakonodavstva EU u oblastima koje se tiču ovih sporazuma, tj. da automatski usvaja nova zakonodavna rešenja EU, morali su biti uspostavljeni Zajednički odbori. Ovi odbori su sastavljeni od predstavnika EU i Švajcarske i glavna funkcija im je da obezbede ispravno sprovođenje sporazuma kroz dijalog između strana.[9] Na redovnim sastancima odbora, razmenjuju se informacije o razvoju zakonodavstva EU u oblastima koje su značajne za rad tog odbora. U slučaju razlika u tumačenju bilateralnih sporazuma, odbori su odgovorni za rešavanje sporova između strana. Oni moraju težiti prijateljskom i prihvatljivom rešenju za obe strane, kako bi se očuvalo funkcionisanje ovih sporazuma. Odgovarajuće odluke mogu se, u osnovi, doneti samo zajedničkim sporazumom ugovornih strana.[10]

---

[7] *Ibid,* 272-273.
[8] *Ibid.*
[9] A. Kellerhals, 156-157.
[10] A. Kellerhals, T. Baumgartner, 273.

2.3 Usklađivanje sporazuma sa razvojem zakonodavstva EU

U okviru Bilateralnih sporazuma I i II, ugovorne strane su zadržale autonomiju donošenja odluka, drugim rečima, nisu prenele zakonodavne nadležnosti nadnacionalnom (supranacionalnom) telu. Švajcarka je, ipak, u kontekstu bilateralnih sporazuma, usvojila različite zakonske odredbe EU. Međutim, sporazumi ne sadrže obavezu Švajcarske da sistematično usvaja buduće zakonodavstvo EU i odluke Evropskog suda pravde. Dakle, Švajcarska je obavezna da usvoji zakonodavstvo Unije, ali samo u onoj verziji koja je postojala u vreme zaključenja sporazuma. Zbog toga se oni nazivaju „statičnim" sporazumima. Samo pojedini sporazumi imaju „dinamičnu komponentu" u smislu da su predviđena određena prilagođavanja razvoju zakonodavstva EU.[11] Zajednički cilj bilateralnih sporazuma jeste da se, kroz uklanjanje prepreka prekograničnoj trgovini i harmonizaciji zakonodavstva, u odnosima Švajcarska – EU uspostave uslovi slični onima koji postoje u okviru zajedničkog tržišta. Dakle, ugovorne strane imaju, uprkos zadržavanju autonomije donošenja zakona, interes da im zakoni budu usaglašeni. U prilog tome govori činjenica da Federalni sud, u svojim presuda, zakone EU tumači u skladu sa tumačenjem Unije. Kada je reč o stepenu obaveznosti u pogledu zakonodavne aktivnosti Unije, može se uočiti razlika među sporazumima. Oni mogu biti grubo podeljeni u tri grupe: sporazumi o saradnji, sporazumi o liberalizaciji i sporazumi o pristupanju.[12]

U kategoriju sporazuma o saradnji spadaju, pre svega, oni sporazumi preko kojih je Švajcarska želela da se uključi u programe i agencije EU. To su sporazumi u oblasti istraživanja, medija, životne sredine, obrazovanja/omladine i statistike. Zatim, sporazumi o saradnji odnose se na uzajamnu težnju ka posebnim interesima, tačnije sprečavanju prevara u oblastima indirektnih poreza i javnih tendera, oporezivanju prekograničnih transakcija kapitala, kao i oporezivanju penzija nekadašnjih članova vlada država članica EU. Zahvaljujući specifičnim ciljevima i ponekad ograničenom periodu važenja ovih sporazuma, oni ne sadrže nikakve propise u vezi sa razvojem zakonodavstva EU. Izuzetak predstavlja Sporazum o statistici.[13]

Sporazumima o liberalizaciji teži se uzajamnom otvaranju tržišta i uklanjanju trgovinskih prepreka i oni se odnose na oblasti slobodnog kretanja ljudi, trgovine poljoprivrednim proizvodima, uzajamnog priznanja

[11] *Ibid,* 273-274.
[12] *Ibid,* 274.
[13] *Ibid,* 275.

poštovanja ocenjivanja, kopnenog saobraćaja, javnih nabavki, trgovine procesovanim poljoprivrednim proizvodima i vazdušnog saobraćaja. Sporazumi iz ove kategorije su, u osnovi, „statično“ postavljeni, drugim rečima, Švajcarska se obavezala da usvoji *status quo* Unije u odgovarajućoj oblasti u vreme zaključivanja sporazuma.[14] Nakon što su sporazumi zaključeni, Švajcarska nije obavezna da prati razvoj zakonodavstva EU u toj oblasti. Ovi sporazumi polaze od principa jednakosti ugovornih strana. Sporazumi o liberalizaciji imaju stoga obavezno komponentu okrenutu budućnosti; u slučaju da se zakonodavstvo EU i Švajcarske razvijaju u suprotnim smerovima, same osnove sporazuma biće dovedene u pitanje. O tome svedoče i pojedine odredbe sporazuma. Pre svega, sporazumi uglavnom uspostavljaju obavezu da ugovorne strane obaveštavaju jedna drugu o planiranim zakonodavnim promenama u relevantnim oblastima i ukoliko je potrebno, razmenjuju mišljenja. Takođe, u pojedinim slučajevima, pre usvajanja novog zakonodavstva Unije, švajcarski eksperti daju mišljenje o tome.[15] Odgovarajuća pravila u sporazumima ukazuju da uprkos osnovnoj „statičnoj“ koncepciji sporazuma, određen pritisak za usklađivanjem postoji.[16]

Sa sporazumima o pridruživanju Šengenu/ Dablinu (policijska i pravosudna saradnja, azil i migracije), Švajcarska je otišla najdalje kada je reč o učešću u evropskoj saradnji, u poređenju sa ostalim sporazumima iz Bilateralnih paketa I i II. Pored usvajanja već postojećeg zakonodavstva EU, Švajcarska se takođe obavezala da i ubuduće usvaja zakonodavstvo EU u odgovarajućoj oblasti. Stoga je, kao neka vrsta kompenzacije, predviđeno da švajcarski eksperti budu uključeni u zakonodavni postupak pre donošenja novog zakonodavstva EU.[17]

Dakle, novi zakoni Unije moraju se primenjivati u Švajcarskoj u isto vreme kao i EU. Ukoliko to ne bude moguće zbog nekih ustavnih prepreka, relevantno zakonodavstvo Unije mora, koliko je moguće, privremeno da se primenjuje. U meri u kojoj Švajcarska odbija promenu ili ne obezbedi privremenu primenu, smatraće se da su sporazumi raskinuti, ukoliko Zajednički odbor ne donese neko alternativno rešenje u roku od 90 dana. Iako je u oba sporazuma, Švajcarska zadržala formalnu autonomiju donošenja odluka, u suštini, teško da postoji mogućnost da se odstupi od zakonodavstva EU, a da to ne prouzrokuje raskid sporazuma. Stoga se može govoriti o delimičnoj integraciji u oblasti Šengena / Dablina.[18]

[14] *Ibid,* 276.
[15] *Ibid,* 276-277.
[16] Ovo je potvrđeno i u praksi, npr. u oblasti koja se tiče Sporazuma o slobodnom kretanju ljudi, odgovorni zajednički odbor redovno odlučuje o usklađivanju sa izmenjenim zakonodavstvom EU.
[17] A. Kellerhals, T. Baumgartner, 277-278.
[18] *Ibid.*

3. Inicijativa „protiv masovnih migracija“ na referendumu

Inicijativu nazvanu „Protiv masovnih migracija“ podnela je radikalna desničarska Partija švajcarskog naroda, inače najveća partija u federalnoj vladi. Kao glavni razlog za pokretanje ove inicijative navodi se zabrinutost da Švajcarska zbog prevelikog broja stranaca polako počinje da gubi svoj identitet, drugim rečima, da kulturu zemlje urušavaju stranci koji čine čak jednu četvrtinu ukupnog broja stanovnika.

Zanimljivo je da je ovo drugi referendum o imigracionoj politici u poslednjih deset godina u Švajcarskoj. Prvi je održan 2005. godine, kada je švajcarski narod glasao za pristupanje Šengenskom sporazumu. Dakle, u to vreme Švajcarska je glasala za otvaranje granica sa EU i 2008. godine uspostavljena je sloboda kretanja ljudi između EU i Švajcarske. Međutim, devet godina kasnije, narod je promenio mišljenje o slobodi kretanja ljudi između EU i Švajcarske. Dana 9. februara 2014. održan je referendum „Protiv masovnih migracija“ na kome je narod podržao inicijativu da se ograniči imigracioni talas iz EU, što je izazvalo različite reakcije u Uniji.

3.1. Sadržina inicijative

Prilikom razmatranja pozadine ove inicijative trebalo bi imati na umu nekoliko statističkih podataka. Zanimljivo je da 23,4 odsto, dakle skoro jednu četvrtinu stanovništva Švajcarske čine stranci. Godišnji emigrira u Švajcarsku oko 80 hiljada ljudi, što iznosi 1 odsto ukupnog broja stanovnika. Švajcarski pasoš dobije 30 hiljada ljudi godišnje. Trenutno ima milion građana EU u Švajcarskoj i 430 hiljada švajcarskih državljana u EU.[19]

Inicijativa predlaže da se ograniči migracioni talas državljana iz EU, koji dolaze u Švajcarsku da žive i rade i da se uvedu kvote kada je reč o broju dozvola boravka koje se godišnje mogu izdati građanima EU. Osim toga, u inicijativi se pominje da mora postojati prednost građana Švajcarske na švajcarskoj berzi rada. Ovi predlozi u direktnoj su suprotnosti sa bilateralnim Sporazumom o slobodi kretanja ljudi. Inače, da bi se oni mogli sprovesti u delo, mora doći do izmena i dopuna Ustava. Stoga je predviđeno uvođenje novog člana 121a u Ustav Švajcarske. Cilj

[19] “Swiss access to EU market under threat after immigration vote”, *http://www.ft.com/cms/s/0/f534a5fe-919c-11e3-8fb3-00144feab7de.html#axzz3GtRqtUqe*, 12.10.2014.

inicijative o ograničenju migracija iz EU jeste da Švajcarska kontroliše imigracije bez obzira na bilateralne obaveze predviđene Sporazumom o slobodnom kretanju ljudi.

3.2. Argumenti za i protiv inicijative

Među brojnim argumentima koje su isticali podnosioci inicijative za ograničenje masovnih migracija, mogu se izdvojiti četiri koji su najčešće pominjani. Najpre, zbog velikog broja stranaca cene zakupa nekretnina neverovatno su skočile. Zatim, veliki broj imigranata počeo je da predstavlja ozbiljno opterećenje za sistem socijalnog osiguranja. Osim toga, zbog masovnih migracija došlo je do generalnog otuđenja među ljudima u Švajcarskoj i do porasta stope kriminaliteta u pograničnim oblastima. I na posletku, isticano je da su švajcarski tramvaji i vozovi postali prepuni i da vožnja u njima više nije prijatna.[20]

Što se tiče argumenata protiv inicijative, jedan od glavnih bio je nedostatak švajcarskih stručnjaka u pojedinim oblastima, kao što je npr. nauka, zdravstvo itd. Upravo zbog toga je veliki broj stručnjaka dolazio da radi u Švajcarsku. Zatim, protivnici ove inicijative insistirali su na tome da sistem kvota dovodi do opterećenja birokratije. I na posletku, argument sa dalekosežnim posledicama je postojanje tzv. giljotina klauzule. Sporazum o slobodnom kretanju ljudi jedan je od sedam bilateralnih sporazuma i njegov raskid automatski dovodi do stavljanja van snage i ostalih šest sporazuma iz tog paketa.

3.3. Rezultati referenduma

Na referendum, održan 9. februara 2014, izašlo je oko 56 odsto građana, što je prilično neuobičajeno za Švajcarsku, jer izlaznost glasača obično iznosi oko 44 odsto. Švajcarski narod glasao je za ograničenje slobode kretanja ljudi i uvođenje kvota na broj građana EU koji mogu godišnje da dobije dozvolu boravka u Švajcarskoj. Rezultat je bio tesan i sa neznatnom razlikom (50, 3 odsto za i 49, 7 odsto protiv) narod je podržao inicijativu „Protiv masovnih migracija“.[21]

---

[20] *Ibid.*

[21] “Switzerland voted against EU migration”, *http://analyzingeurope.com/switzerland-votes-against-e-u-migration/,* 10.10.2014.

Zahtev da inicijativa bude prihvaćena dvostruko je uslovljen. Prvo, većina kantona (najmanje 14 od 26) i drugo, većana građana Švajcarske mora da odobri inicijativu. Oba zahteva su, u ovom slučaju, ispunjena. Francusko govorno područje mahom je glasalo protiv inicijative, dok je nemačko podržalo inicijativu.[22] Francusko govorno područje Švajcarske oduvek je bilo tolerantnije za imigrante i radikalna desničarska Partija švajcarskog naroda tamo je manje popularna nego u konzervativnijem nemačkom govornom području. Ipak, Ciriški kanton i grad Bazel nisu podržali inicijativu za ograničenje migracija iz EU, što je razumljivo jer se radi o dva velika grada u kojima su smeštene mnoge međunarodne korporacije.[23] Shodno tome, ovi gradovi zainteresovani su za stručnu radnu snagu bez obzira na to odakle dolazi. U italijanskom kantonu skoro 78 odsto glasača podržalo je odluku o uvođenju kvota za imigrante iz EU. Ovakav rezultat je očekivan jer u ovom kantonu već ima mnogo imigranata koji govore italijanski i slobodu kretanja ljudi doživljavaju kao pretnju na njihova potencijalna radna mesta.[24]

3.4. Reakcije EU na usvajanje inicijative o ograničenju migracija

Reakciju EU na ishod referenduma u Švajcarskoj najbolje ilustruje rečenica Vivijan Reding (*Viviane Reding),* Potpredsednice Evropske komisije i Evropskog komesara za Pravosuđe, osnovna prava i građanstvo, koja je nakon referenduma izjavila da „Jedinstveno tržište nije švajcarski sir. Ne može postojati jedinstveno tržište sa rupama.“[25] Drugim rečima, princip slobodnog kretanja ljudi nije nešto o čemu se može pregovarati.

Rezultati referenduma izazvali su burne i oprečne reakcije u EU. Dok su euroskepticima bili šlagvort za izjave da je evropski projekat pred propadanjem i da u njemu ne želi da učestvuje čak ni Švajcarska koja nije članica EU, privrednici i biznismeni iz EU osudili su Švajcarsku zbog ovakve odluke i izrazili nadu da će ona biti oštro kažnjena.

---

[22] *Ibid.*

[23] Zanimljivo je da su ruralni krajevi, gde je većina glasača podržala inicijativu (posebno u nemačkom govornom području zemlje), najmanje pogođeni imigracijom. Suprotno tome, stanovnici velikih gradova, gde u lokalnim vozovima i tramvajima možda ponekad budu veća gužva, glasali su protiv inicijative.

[24] “Switzerland voted against EU migration”, *http://analyzingeurope.com/switzerland-votes-against-e-u-migration/*, 10.10.2014.

[25] “Swiss access to EU market under threat after immigration vote”, *http://www.ft.com/cms/s/0/f534a5fe-919c-11e3-8fb3-00144feab7de.html#axzz3GtRqtUqe,* 12.10.2014.

Kada je reč o evropskim političarima, njihove prve reakcije na rezultate referenduma donekle se razlikuju. Predsednik Evropske komisije Žoze Manuel Barozo (*José Manuel Barosso*) upozorio je da će rezultati imati ozbiljne posledice na odnose sa dvadeset osam država članica EU. Međutim, nemačka kancelarka Angela Merkel (*Angela Maerkel*) usprotivila se bilo kakvoj osveti protiv Švajcarske zbog rezultata referenduma, ističući da će interesi EU najbolje biti očuvani tako što će se sačekati da se vidi kako će Švajcarska sprovesti rezultate referenduma. „Ne može zbog toga što je jedna strana uradila nešto u jednoj specifičnoj oblasti, druga strana da kaže da ništa ne funkcioniše u drugim oblastima.“[26] Zauzimajući mnogo strožiji stav od Nemačke, francuski ministar industrije bio je veoma oštar upoređujući rezultate referenduma sa „kolektivnim samoubistvom“.[27]

Protivnici inicijative i švajcarski poslovni lideri zabrinuti su zbog eventualnih odluke EU da uvede sankcije Švajcarskoj i ponovnog otvaranja pregovora o bilateralnim sporazumima i u drugim sferama saradnje. Većina kompanija plaši se gubitka stručne radne snage koju će biti teško zameniti, ukoliko švajcarske granice ne budu potpuno otvorene za građane EU. Približno 300 hiljada graničnih radnika svakoga dana dolazi u Švajcarsku da radi.

Unija je jasno stavila do znanja da će biti ponovnih pregovora. Iako radikalna desničarska Partija švajcarskog naroda ističe da će se postići kompromis, na koji način i uopšte koja vrsta kompromisa je moguća, za sada nije poznato.

4. Posledice švajcarskog „DA“ na referendumu

Nakon što se švajcarski narod na referendumu izjasnio o pitanju imigracija iz EU, vlada ima tri godine da tu odluku sprovede. Međutim, ostaje otvoreno pitanje kakve će posledice imati referendum na odnose sa EU, kao i uopšte na proces evropskih integracija.

Inicijativa o ograničenju imigracije iz EU u direktnom je sukobu sa odredbama bilateralnog Sporazuma o slobodnom kretanju ljudi. Ovim sporazumom predviđen je princip jednakog tretmana domaćih državljana i državljana država članica EU, kao i jednako pravo na zaposlenje. Zatim,

[26] “Merkel advises against hasty EU penalties to Switzerland”, *http://www.euractiv.com/socialeurope/merkel-advises-hasty-eu-penaltie-news-533601,* 14.10.2014.
[27] *Ibid.*

veliki problem i ozbiljne posledice na odnose sa Unijom Švajcarska će imati zbog tzv. giljotina klauzule. Sporazum o slobodnom kretanju ljudi spada u sporazume iz Bilateralnog paketa I, a oni predstavljaju jedinstven sporazum u smislu da su povezani preko tzv. giljotina klauzule. Drugim rečima, raskidom jednog od bilateralnih sporazuma, preostalih šest sporazuma iz paketa prestaje da bude na snazi.[28]

4.1. Posledice na odnose Švajcarske i EU

Što se tiče posledica usvajanja inicijative „Protiv masovnih migracija" na odnose Švajcarske i EU, švajcarski predsednik Didijer Burkhalter (*Didier Burkhalter*) izjavio je da nema razloga da se sve prekine zbog odluke koja još nije na snazi.[29] Naime, Ustavom Švajcarske predviđeno je da vlada, ima tri godine da sprovede u delo rezultate referenduma.

Uprkos tome, određene posledice su nastupile vrlo brzo nakon objavljivanja rezultata referenduma. S jedne strane, saradnja između Švajcarske i EU u određenim oblastima je prestala, dok je, s druge strane, saradnja u novim oblastima „na čekanju" (*on hold*).

Saradnja između Švajcarske i EU prestala je u oblastima na koje se odnose preostalih šest sporazuma iz Paketa bilateralnih sporazuma I (kome pripada i Sporazum o slobodnom kretanju ljudi). Reč je o izuzetno značajnim oblastima kao što su npr. istraživanje i obrazovanje. Dakle Švajcarska više ne učestvuje u programima obrazovanja (Erasmus) i programima istraživanja (Horizon 2020), jer oni podrazumevaju slobodno kretanje istraživača i studenata.[30] Takođe, Švajcarska više ne učestvuje ni u programu MEDIA (koji se odnosi na podršku filmskoj produkciji).

Kada je reč o nekim novim oblastima, u kojima još nije došlo do saradnje između Švajcarske i EU, ovde je saradnja na čekanju. U tu grupu spada npr. Sporazum o električnoj energiji, REACH. Isto tako, potpisivanje Sporazuma o slobodnom kretanju ljudi između Švajcarske i Hrvatske (kao dvadeset osme države članice EU) je na čekanju. Nepotpisivanje Sporazuma sa Hrvatskom je, na neki način, odgovor Švajcarske na to što je odmah bila isključena iz programa Erasmus i

[28] A. Kellerhals, T. Baumgartner, 272-273.
[29] "Merkel advises against hasty EU penalties to Switzerland", *http://www.euractiv.com/socialeurope/merkel-advises-hasty-eu-penaltie-news-533601,* 14.10.2014.
[30] „Switzerland gets first penalty for immigration vote", *http://www.euractiv.com/global-europe/switzerland-gets-penalty-immigra-news-533548,* 15.10.2014.

Horizon 2020. Budući da je Švajcarska obavezna da otvori svoje tržište za hrvatske državljane u naredne tri godine (počevši od 1. jula 2014.), Hrvatska smatra neprihvatljivim da je Švajcarska tretira kao da ne pripada EU i to u naredne tri godine, koliko Švajcarska ima vremena da sprovede rezultate referenduma.[31]

4.2. Implikacije na proces evropskih integracija

Švajcarski referendum o masovnim migracijama ima dalekosežne posledice ne samo na odnose Švajcarske i EU, već i uopšte na evropski integracioni proces. Naime, ovaj referendum pokrenuo je neka veoma važna pitanja u EU koja se moraju rešiti što pre, a od kojih zavisi budućnost same Unije.

Pre svega, kada je reč o slobodi kretanja ljudi u EU, nameće se pitanje da li je sistem kvota ili neki drugi vid kontrole potreban. Jedno od rešenja za problem masovnih migracija moglo bi biti da se uvedu posebna pravila za sve male zemlje (kao što je, između ostalih, i Švajcarska).

Takođe pitanje, kojim će EU morati da se bavi u bliskoj budućnosti, a koje nije neposredno u vezi samo sa Švajcarskom, tiče se demokratske strukture specifične organizacije država kao što je EU. S tim u vezi, pitanje referenduma i njegove percepcije širom Evrope predstavlja danas veoma osetljivu temu. Ono što je posebno interesantno, a u skladu je sa demokratskim razvojem EU, jeste da postoje predlozi da se uvede referendum i u samoj EU. Dakle, građani EU mogli bi da izražavaju svoju volju neposredno na referendumu. Očekuje se da bi na taj način bio ublažen demokratski deficit.[32] Međutim, čini se da zagovornici uvođenja referenduma na nivou EU zaboravljaju da, koliko god bio demokratski, referendum predstavlja ozbiljan i nepredvidiv instrument.

Na posletku, ali ne najmanje važno, jeste pitanje fleksibilnosti evropskog integracionog procesa. Naime, Evropska unija je danas (sa dvadeset osam država članica) daleko složenija i heterogenija zajednica država, nego što je bila na početku, kada su Evropske zajednice imale

[31] *Ibid.*

[32] Još krajem osamdesetih godina prošlog veka, Evropske zajednice suočile su se sa demokratskim deficitom. Ova pojava označava osećaj građana da se proces integracija odvija bez njihovog učešća i mimo njihove kontrole. Problem demokratskog deficita vremenom je prerastao u opšte nezadovoljstvo građana EU koje je rezultiralo naglim porastom evroskepticizma u poslednjih par godina. (V. J. Ćeranić, „Institut evropskog građanstva – aktuelna pitanja i perspetive“, *Pravni život*, 12/2013, 328).

šest članica. Postepeno sa povećanjem broja država članica, rasle su i razlike među njima. „Evropska ekonomska zajednica se od funkcionalne i sektorske ekonomske zajednice transformisala u političku zajednicu i ekonomski savez država sa vrlo ambicioznim i široko postavljenim ne samo, ekonomskim već i političkim ciljevima.“[33] Iako se tokom više od pedeset godina postojanja suočavala sa problemima koje je uspešno prevazilazila, od 2008. godine EU se nalazi u najvećoj i najneizvesnijoj krizi od svog osnivanja. Kao jedan od metoda rešavanja krize navodi se diferencirana integracija. „Pod diferenciranom integracijom se, kao generičkim pojmom, podrazumevaju različiti stepeni saradnje između pojedinih grupa država članica EU. Pravni osnov te saradnje nalazi se u načelu bliže saradnje ili fleksibilnosti. Načelo bliže saradnje sprovodi se na različite načine koji dovode do različitih stepena integracije između država članica.“[34] Dakle, moglo bi se reći da načelo fleksibilnosti, institucionalizovano u vidu mehanizma bliže saradnje,[35] na neki način, „predstavlja most između proširenja Unije i produbljenja integracija, tj. omogućava da Unija, uprkos sukcesivnom povećanju broja država članica, napreduje i unapređuje saradnju.“[36] Stoga se često pominje da bi trebalo povećati mogućnost upotrebe *opt-out* klauzula kako za države članice tako i za pridružene zemlje.

5. Zaključni osvrt

Nakon referenduma održanog u februaru 2014. godine na kome su švajcarski građani dali podršku inicijativi za ograničenje imigracija iz EU, švajcarska vlada ima tri godine da sprovede pravno obavezujuće rezultate referenduma. Najveći izazov koji očekuju kako Švajcarsku, tako i EU, biće kako se nositi sa rezultatom na način da njihovi odnosi ostanu intenzivni koliko god je to moguće, naravno uz poštovanje rezultata referenduma.

Iako su neposredno nakon referenduma i Švajcarska i EU zauzele stav da ni u čijem interesu nije da se suspenduje saradnja u pojedinim oblastima (npr. u oblastima istraživanja i energije koje utiču na konkurentnost), do

[33] R. Vukadinović„Diferencirana integracija kao spasonosni metod integracije ili dezintegracije EU“, *Pravna riječ*, 39/2014, 542.
[34] *Ibid,* 543.
[35] Bliža saradnja predstavlja instrument predviđen Osnivačkim ugovorima. Države članice koje nameravaju da uspostave međusobno bližu saradnju mogu koristiti institucije i postupke predviđene Ugovorima uz poštovanje određenih uslova. (V. J. Ćeranić, *Oblici povezivanja država članica u EU*, Službeni glasnik, Beograd 2011, 22).
[36] J. Ćeranić, 23.

toga je ipak došlo. Osim toga, ovaj referendum izazvao je dosta pažnje u Evropi, otvorivši neka pitanja koje se ne tiču samo odnosa Švajcarske i EU, već i samih temelja ove specifične organizacije država, koja već nekoliko godina preživljava ozbiljnu krizu.

Sadašnja situacija može biti razrešena jedino intenzivnim i dugotrajnim procesom pregovora između EU i Švajcarske. Poznato je da je Švajcarska oduvek imala antagonističke zahteve sa kojima se, inače, suočavaju zemlje sa puno imigracije. S jedne strane, zahteve za jeftinom radnom snagom, a s druge strane, latentnu ksenofobiju prema strancima.[37] Švajcarci su oduvek bili obazrivi u vezi sa EU i njenim politikama. Tako je i slobodno kretanja ljudi bilo svojevremeno pitanje na referendumu. Očigledno je da se eksperiment, u koji je Švajcarska odlučila da se uključi pridružujući se Šengenskom sporazumu, nije pokazao funkcionalnim. Štaviše, čni se da je Švajcarska, posle „šengenske epizode", postala manje tolerantna prema građanima EU, pravdajući se time da je švajcarski narod počeo da oseća određenu presiju od strane EU, a da oni to nikako ne vole i da na to nisu navikli.

U kom pravcu će se odvijati odnosi između i Švajcarske i EU teško je predvideti u ovom trenutku. U svakom slučaju, njihovi odnosi u budućnosti najviše će zavisti od međusobnih pregovora i načina na koji švajcarska vlada bude sprovela rezultate referenduma.

[37] "Switzerland voted against EU migration", *http://analyzingeurope.com/switzerland-votes-against-e-u-migration/,* 10.10.2014.

Jelena Ćeranić, Ph.D,
Research associate, Institute of Comparative Law, Belgrade
Assistant professor, Faculty of Law, Banja Luka

SWITZERLAND' S REFERENDUM ON CAPPING EU IMMIGRATION: CONSEQUENCES ON RELATIONS BETWEEN SWITZERLAND AND EU

Summary

The paper deals with Switzerland's referendum on capping EU immigration and its implications for relations between Switzerland and EU. Since Switzerland is not an EU Member State, relations between this country and EU are regulated on the basis of bilateral agreements. Those agreements are presented in the first part of the article. The second part is devoted to the initiative „against mass immigration" followed by referendum held in February 2014. By introducing yearly quotas for immigrants to Switzerland, the initiative „against mass immigration" is in conflict with the bilateral Agreement on free movement of persons. This agreement is one of seven bilateral agreements signed by Switzerland in 1999. The agreements constitute a single agreement in that they are tied to one another through the so-called „Guillotine Clause". This means, that through the rescission of one of the bilateral agreements, the other six agreements in the package cease to be in force. The third part of the article is dedicated to consequences of the adoption of initiative on the relations between Switzerland and EU and implications on the European integration process in general.

Key words: Switzerland, referendum, European Union, capping immigration, free movement of persons.

Велимир Живковић
Мастер (Београд), MJur (Oxford)[1]

Оригинални научни рад
UDK: 339.727.22:321.7:341.6

ДЕЛИБЕРАТИВНА ДЕМОКРАТИЈА И УНАПРЕЂЕЊЕ ЛЕГИТИМИТЕТА МЕЂУНАРОДНОГ ИНВЕСТИЦИОНОГ ПРАВА

Апстракт

Међународно инвестиционо право је предмет и подручје све интензивнијег академског истраживања, али и оштрих дебата у политичкој сфери. Одредбе о заштити страних инвестиција, које на различите начине задиру у суверенитет земаља, постале су нарочито котроверзне услед њихове примене у арбитражним одлукама велике вредности и одлука донетих на штету држава у развоју. Ово у све већој мери изазива отпор различитих, не само мање развијених, држава и отвара питање даљег опстанка постојећег система решавања спорова са страним улагачима. У том погледу, посебан је значај питања легитимности постојећег режима, насупрот релативно неспорној легалности, и начинима на који би легитимитет могао бити унапређен. Овај рад разматра питање унапређења легитимитета кроз примену одређених начела делиберативне демократије у контексту идеје израде кодификације међународног инвестиционог права као једног од предлога за реформу.

Кључне речи: делиберативна демократија, дискурс, међународно инвестиционо право

1. Увод

Међународно инвестиционо право (МИП) је грана међународног јавног права коју у формалном смислу чини преко три хиљаде

[1] Мастер (Београд), MJur (Oxford); Истраживач сарадник, Институт за упоредно право, mail:velimir85@yahoo.com

билатералних споразума о заштити страних улагања, билатералних инвестиционих споразума – БИС (енг. *bilateral investment treaties - BITs*) и известан број мултилатералних регионалних споразума. Кључна одлика ових споразума је право страног улагача као приватног, недржавног ентитета да непосредно тужи државу домаћина у којој улаже пред арбитражним трибуналом у случају повреде одређених одредби ових споразума. То су пре свега стандарди третмана страног инвеститора попут „поштеног и правичног третмана" (енг. *fair and equitable treatment*), националног третмана, третмана најповлашћеније нације и одредбе о експропријацији за коју инвеститор сматра да није спроведена на одговарајући начин, пре свега у погледу постојања и висине надокнаде. Права експлозија тужби и арбитражних одлука у овој области почиње деведесетих година XX и наставља се у првој деценији XXI века, уз пресуде против држава које у неким случајевима прелазе милијарду долара.[2] Упоредо са порастом броја случајева развија се и арбитражна пракса кроз формулисање правила тумачења и прецизирања постојећих стандарда. Овај развој праксе иде у правцу који многе државе и одређени аутори у овој материји сматрају превише наклоњеном инвеститорима, и у директној супротности са легитимним правом државе да својим прописима и активностима тежи остваривању циљева у општем јавном интересу.

Узимајући у обзир вредност и природу спорова не чуди да се ова област налази у стању преиспитивања основних и деценијама релативно неспорних начела. Тренутно стање се неретко описује као постојање оштре реакције, ако не и побуне, против постојећег режима,[3] а које се пре свега огледа у одбијању држава да се повинују арбитражним одлукама донетим против њих,[4] иступањима из чланства у Међународном центру за решавање инвестиционих спорова (телу које административно организује велики број арбитража),[5]

[2] В. одлуку трибунала у случају *Occidental Petroleum v The Republic of Ecuador* (ICSID Case No. ARB/06/11) доступну на *http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1094.pdf,* којом је тужиоцу додељено преко 1,7 милијарди америчких долара одштете, уз камату.

[3] A. Kaushal, „Revisiting History: How the Past Matters for the Present Backlash Against the Foreign Investment Regime", *Harvard International Law Journal* 50/2009, 491, и генерално M.Waibel et al. (ур.), *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Kluwer, 2010.

[4] Најпознатији је случај Аргентине, која је одбила да исплати око 450 милиона досуђених надокнада штете у вези финансијске кризе 2001. године, што је довело до одређених санкција САД и скорашњег поравнања са тужиоцима.

[5] У питању су конкретно Боливија, Еквадор и Венецуела.

раскидањем постојећих БИС[6] и озбиљним дискусијама о потреби постојања механизама решавања спорова између инвеститора и држава у будућим споразумима о трговини и инвестицијама.[7] У литератури су присутне често неуобичајено жучне критике постојећег система по различитим основама од стране различитих невладиних организација и једног броја аутора у овој области.[8] Све ово је допринело стварању слике о угрожености даљег постојања система МИП, посебно у поређењу са периодом масовног склапања различитих инвестиционих споразума током деведесетих година XX и почетка XXI века.[9]

Постојање кризе МИП је неспорно али за неке ауторе, критике и реакције одређених држава су и даље релативно ретка појава, и генерално су више мотивисане незадовољством поводом појединих арбитражних одлука и унутрашњим политичким разлозима него убеђењем да је развој МИП неприхватљиво наклоњен страним инвеститорима.[10] Не заузимајући на овом месту нужно став о овом питању, размере дискусија о питањима доследности,[11]

---

[6] Међу различитим примерима, Јужна Африка је раскинула низ БИС за европским земљама попут Немачке, Холандије и Швајцарске. Недавно, Индонезија је раскинула БИС са Холандијом и према наводима владе Холандије намерава да исто учини и са још 67 потписаних БИС. Видети *http://indonesia.nlembassy.org/news/2014/03/bilateral-investment-treaty%5B2%5D.html.*

[7] Европска комисија је, у нескладу са досадашњом праксом, отворила поступак јавне расправе и прикупљања мишљења да ли би овакав механизам требало укључити у Споразум о трансатлантском трговинском и инвестиционом партнерству са САД. Видети *http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-292_en.htm.* По закључењу дискусије, Комисија је саопштила да је примила преко 150,000 (!) поднесака на ову тему, чија ће анализа трајати најмање шест месеци.

[8] За један од истакнутијих примера критике од стране цивилног друштва видети CEO/TNI, *Profiting from injustice: How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*, Corporate Europe Observatory and Transnational Institute, 2012. Од аутора се истичу, на пример, M. Sornarajah, ,,The Retreat of Neo-Liberalism in Investment Treaty Arbitration", у: C.A. Rogers, R.P. Alford (ур.), *The Future of Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2009 и G. Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law,* Oxford University Press, 2008.

[9] У њих спадају и БИС и мултилатерални споразуми који су макар делимично посвећени зачтити страних инвеститора и инвестиција (попут северноамеричког NAFTA споразума или Споразума о енергетској повељи).

[10] На пример, C.N. Brower, S.W. Schill, ,,Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?", *Chicago Journal of International Law*, 9/2008-2009, 495-499.

[11] Добар преглед ових дискусија видети код R. Dolzer, ,,Perspectives for investment arbitration: consistency as a policy goal?", у: R. Echandi, P. Sauvé (ур.), *Prospects in International Investment Law and Policy: World Trade Forum,* Cambridge University Press, 2013.

транспарентности,[12] нивоа и логике резоновања у арбитражним одлукама,[13] и економским резултатима и оправдањима постојања БИС,[14] уз већ наведена турбулентна политичка дешавања, у сваком случају указују да се МИП у значајној мери налази у стању практичног и теоретског превирања.

Једна од заједничких тачака ових дискусија је често стављање у први план појма легитимитета МИП. Легитимитет се понекад изричито разматра као такав,[15] али и када није експлицитно предмет расправе може се закључити да су различите критике система (попут оних о транспарентности процеса одлучивања и ставова да је су правила МИП резултат неочекиваних тумачења БИС од стране малог круга арбитара) у суштини усмерене ка одређеним облицима легитимитета. Ово и није изненађење ако се узме у обзир да је у области међународног јавног права легитимитет све присутнија али и све контроверзнија тема, са понекад оштрим критикама угледних аутора на могућност и/или потребу уношења таквог концепта у међународно право.[16]

Такве критике узроковане су повременим ослањањем на намерно широко постављено схватање легитимитета како би се оправдали

[12] На пример, G. Kaufmann-Kohler, „In search of transparency and consistency: ICSID reform proposal", *Transnational Dispute Management* 2/2005; G.B. Born, E.G. Shenkman, „Confidentiality and Transparency in Commercial and Investor-State International Arbitration", у: C.A. Rogers, R.P. Alford (ур.), *The Future of Investment Arbitration,* Oxford University Press, 2009.

[13] На пример, F. Ortino, „Legal Reasoning of International Investment Tribunals: A Typology of Egregious Failures", *Journal of International Dispute Settlement,* 3/2012 и O.K. Fauchald, „The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis", *European Journal of International Law*, 19/2008.

[14] За добар преглед на ову тему видети K.P Sauvant, L.E. Sachs (ур.), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, Oxford University Press, 2009.

[15] C.N. Brower, S.W. Schill, 495ff; S.D. Franck, „The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions", *Fordham Law Review*, 73/2004-2005;
J. Kurtz, „Building Legitimacy Through Interpretation in Investor-State Arbitration: On Consistency, Coherence and the Identification of Applicable Law", *University of Melbourne Legal Studies Research Paper*, 670/2013; S.W. Schill, „Enhancing International Investment Law's Legitimacy: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach", *Virginia Journal of International Law,* 52/2011-2012.

[16] В. на пример, T.M. Franck, „The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power: International Law in an Age of Power Disequilibrium", *American Journal of International Law*, 100/2006; S. Wheatley, „A Democratic Rule of International Law", *European Journal of International Law*, 22/2011; M. Koskenniemi, „Miserable Comforters: International Relations as New Natural Law", European Journal of International Relations, 15/2009.

поступци чија би легалност у најбољем случају била врло спорна.[17] Оправданост таквих критика ипак не би требало да онемогући употребу одређених форми легитимитета као аналитичког оруђа за увид у тренутну ситуацију у одређеној области права и давање предлога за евентуалну реформу. Први корак у том циљу је указивање на чињеницу да легитимност није једнозначан појам. Како би тај појам био од користи у материји МИП, потребно је разлучити његове различите облике и шта се може постићи посматрањем кроз одређени облик као референтни систем анализе, уз свест о ограничењима која намећу избором једног од облика. Како је легитимитет МИП једно од често разматраних питања, пажљива анализа овог питања овде посебно добија на значају.

Разматрање легитимитета добија и нову димензију када се говори о потреби реформе кроз стварање нових правних инструмената. По угледу на ситуацију у међународном привредном праву (пре свега уговорном праву),[18] све су чешћи предлози за стварање кодификације правила МИП кроз правно необавезујући али у пракси утицајни инструмент.[19] Оваква кодификација би потенцијално допринела уједначавању начина на који арбитражни трибунали одлучују о релативно сличним или пак истоветним нормама садржаним у БИС. Идеално, уједначена пракса би потом довела до веће предвидивости принципа и правила, а у перспективи и до пораста легитимитета читавог режима МИП на тај начин.

Оправдано се може поставити питање да ли овакав начин кодификације нужно доводи до унапређења легитимитета МИП. Поред пораста легитимности који се везује за унапређење предвидивости, отворено је питање да ли само стварање кодификације са собом носи одређене проблеме у погледу других аспеката легимитности. Ко би идеално имао мандат да ова решења кодификује? Зашто би државе нужно биле склоне прихватању овако створеног инструмента? Ако постоји отпор правилима каква сада постоје, на који начин би њихова кодификација,уз потенцијално мање измене, помогла успостављању

[17] В. извештај International Independent Commission on Kosovo, *The Kosovo Report: Conflict, International Response, Lessons Learned* (2000), 4 где је НАТО интервенција против СРЈ окарактерисана као 'нелегална, али легитимна'.

[18] Неки од најпознатијих примера су Принципи европског уговорног права (Principles of European Contract Law - PECL) и Принципи међународних трговинских уговора UNIDROIT (UNIDROIT Principles og International Commercial Contracts).

[19] В. на пример, прилоге у A. Bjorklund, A.Reinisch A (ур.), *International Investment Law and Soft Law*, Edward Elgar, 2012 као и J. Karton, „Reform of Investor-State Dispute Settlement: Lessons from International Uniform Law", Transnational Dispute Management 1/2014.

легитимитета? Шта је са демократским легитимитетом таквог стварања правила међународног права?

Стварање кодификације као такве није идеја коју би требало тек тако одбацити. Али уместо да и сама постане тачка спорења у домену легитимитета, ова кодификација би кроз свој начин израде и садржана правила могла допринети унапређењу ситуације. Оно што је потребно је размишљање ван устаљених категорија пописивања правила каква већ постоје, без превише значајних измена и компромиса, у циљу постизања јединственог решења. Пожељно је пре свега темељно преиспитати правила, притом поштујући у мери у којој је то могуће демократска начела легитимности.

Идеја која се ближе разматра у овом раду је да идентификација и формулација групе релевантних „нормативних дискурса" присутних у МИП може допринети потенцијалној реформи МИП кроз стварање правно необавезујуће али ауторитативне кодификације постојећих правила, са посебним циљем доприношења легитимности таквог подухвата, а последично и даљег развоја МИП. Акценат је у овом контексту, из више разлога који ће бити ближе образложени, на прилагођеној идеји дискурзивног представљања група и интереса која потиче из једног вида теорије делиберативне демократије чији је најкарактеристичнији представник Џон Драјзек. Формулисани нормативни дискурси могу служити као координате за упоредноправно истраживање и обликовање наведене кодификације. Наведени подухват захтева детаљније разматрање које излази из оквира овог рада, али је циљ да се на овом месту представе основи идеје делиберативне демократије у овом контексту и могући списак нормативних дискурса који би били од значаја.

Наш рад се састоји из четири дела. У првом делу се разматра појам легитимности уопште, различите перспективе у погледу легитимности и МИП, као и разлози за посматрање МИП кроз призму демократског легитимитета. Други део је посвећен приказу теорије делиберативне демократије, дискурзивног представљања и разлога за усвајање овог приступа при анализи проблема демократског легитимитета МИП. У трећем делу скицира се група дискурса присутних у МИП, уз објашњење разлика коју идеја нормативних дискурса садржи у поређењу са уобичајеним схватањем дискурса у теорији делиберативне демократије. Четврти део састоји се од закључних разматрања и представљања даљих смерница за истраживање.

2. Различита значења легитимности и МИП

У најширем смислу легитимност се може дефинисати као сагласност одређене појаве са правом или другим нормативним системом.[20] Везивање легитимности за право је најуже и можда и најједноставније схватање. Овакав правни легитимитет води до изједначавања легитимности и легалности (правне валидности) остављајући морална схватања и вредности у потпуности по страни.[21] С друге стране, сагласност одређене појаве са другим нормативним системима,који нису правни, доводи до узимања у обзир политичких, идеолошких, религијских, филозофских и потенцијално многих других схватања приликом оцене легитимности.

И правни и морални легитимитет (схваћен у било ком смислу) су део шире групе *нормативног* легитимитета, чије се постојање може оцењивати апстрактно и теоријски. С друге стране, *друштвени (социјални)* легитимитет је емпиријског карактера. Друштвени легитимитет је карактеристика која се придаје одређеној појави путем веровања одређеног учесника да је та појава морално или правно легитимна.[22] Постојање и интензитет таквог легитимитета није апстрактног карактера, већ се на различите начине објективно манифестује нпр. поштовање система и реда насупрот критици и отпору. Елемент веровања може пак довести до појаве лажног легитимитета, где се покорност систему одржава услед тога што се његов суштински несклад са прокламованим нормативним системом не примећује од стране оних који су му подређени из неког разлога, попут пропаганде или цензуре.[23] Могућа је, наравно, и обрнута ситуација, где је вера у одређени систем нарушена независно од фактичког стања, а пропаганда и утицај масмедија и овде могу играти велику улогу. Опадање нивоа друштвене легитимности МИП у очима актера, пре свега држава потписница БИС, је једна од манифестација кризе система о којој је било нешто речи овде више раније и низу наведених радова.[24] Стога није циљ овог рада да се анализира стање друштвене, фактичке легитимности, већ да се посвети пажња нормативним системима са којима би МИП могло

[20] В. дефиницију Oxford Dictionary of English на *http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/legitimacy.*

[21] C.A. Thomas, „The Concept of Legitimacy and International Law", *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 12/2013 (у даљем тексту 'The Concept of Legitimacy').

[22] C.A. Thomas, „The Concept of Legitimacy", 14.

[23] C.A. Thomas, „The Concept of Legitimacy", 14-15.

[24] В. посебно радове наведене у fn. 1 и 13 supra.

или требало бити у складу. Дубља анализа ове теме може пружити бољи увид у разлоге тренутног стања превирања и омогућити трасирање могућег пута за реформу.

Преглед различитих могућих схватања концепта легитимности указује на бројне начине на које се може посматрати легитимност било ког система права, националног или међународног, укључујући ту и МИП. Систем права може бити паралелно описиван, критикован или подржаван узимајући у обзир различита схватања легитимности или придајући им различиту тежину. Истински вредносно неутрална процена стања у МИП, а посебно предлога за реформу (ако се реформа сматра пожељном) није стога изгледна.[25] Али то не мора бити разлог за парализовање дискусија о будућности МИП. Различити погледи би требало да послуже као добар извор за анализу система из различитих углова и за узимање у обзир мноштва вредности и интереса који карактеришу МИП.

Различите одлике МИП указују на нормативне системе који се могу сматрати посебно значајним за даљу анализу, мада сигурно не пружају и исцрпну листу. Прво, МИП као мрежа од преко 3000 међународних уговора са генерално сличним одредбама може бити посматрана кроз призму чисто правне легитимности. Друго, механизам решавања спорова између држава и инвеститора од стране неутралних и независних експерата,[26] као и у неким другим гранама међународног решавања спорова (на пример у случају Тела за решавање спорова СТО)[27] омогућава и анализу кроз призму експертске легитимности, схваћене у смислу епистемолошког легитимитета праћеног правним ауторитетом. Коначно, правна природа МИП и утицај на понашање држава које има имају директан значај за демократску легитимност система. Наравно, ови облици легитимности се у одређеној мери преплићу и није увек могуће повући јасну линију између њих.[28]

Фокус даље дискусије ће у овом раду бити демократски легитимитет МИП. Ова област права припада корпусу међународног

[25] За генерални приказ видети M. Koskenniemi, „Letter to the Editor of the Symposium", *American Journal of International Law*, 93/1999.

[26] За потребне квалификације арбитара у инвестиционим споровима видети члан 14 Вашингтонске конвенције.

[27] В. на пример, C.A. Thomas, „Of Facts and Phantoms: Economics, Epistemic Legitimacy and WTO Dispute Settlement", *Journal of International Economic Law*, 14/2011 (у даљем тексту 'Of Facts and Phantoms').

[28] I. Hurd, *After Anarchy: Legitimacy and Power in the United Nations Security Council,* Princeton University Press, 2007, 66-73.

права, и бројне дискусије о демократском легитимитету које се односе на ову област су такође од од значаја и за МИП. Заправо, у контексту међународног права, дискусије о демократској легитимности су толико присутне да се израз легитимност заправо често користи као скраћеница за демократску легитимност.[29]

Истраживање питања демократског легитимитета посебно је оправдано, и стога изабрано за тему овог рада, када се узме у обзир потенцијал МИП да утиче на понашање држава у сфери доношења прописа. Питање у којој мери постоји могућност мешања у демократске процесе на националном нивоу кроз стварање наднационалног права заштите страних улагача је спорно.[30] За неке ауторе, овај процес је одмакао у довољној мери да се може говорити о новом глобалном управном праву које је наметнуто државама,[31] док други говоре о ситуацији у којој норме МИП постају део уставних одредаба.[32] У материји међународног економског права, сличне расправе довеле су до све исцрпније литературе посвећене овој теми.[33] На овом месту није могуће дати детаљнији преглед ставова о демократском легитимитету међународног права, али закључак који се најчешће намеће је да непостојање демоса на глобалном нивоу који би могао служити као заједница која би кроз демократско представљање могла легитимизовати ова правила значи да једноставно преношење концепта демократског легитимитета са националног на међународни ниво није могуће.[34] Ово је разлог због којег се међународно право у целини оцењује као недемократско, али истовремено и разлог за изношење предлога за ново одређење онога што би се могло сматрати демократски легитимним на међународном нивоу.[35]

---

[29] C.A. Thomas, „The Concept of Legitimacy", 12.

[30] В. на пример, дискусију о овим питањима код W.W. Burke-White, A. von Staden, „Private Litigation in a Public Law Sphere: The Standard of Review in Investor-State Arbitration", *Yale Journal of International Law,* 35/2010, 283-297.

[31] G. Van Harten, M. Loughlin, „Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law", *European Journal of International Law,* 17/2006.

[32] D. Schneiderman, *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise*, Cambridge University Press, 2008.

[33] B. C.A. Thomas, 'Of Facts and Phantoms', fn. 125.

[34] В. на пример, J.H.H. Weiler, „The Geology of International Law - Governance, Democracy and Legitimacy", *ZaöRV*, 64/2004, 560.

[35] В. генерално A. Moravcsik, „Is there a 'democratic deficit' in world politics? A framework for analysis", *Government and Opposition*, 39/2004, 336 и R.A. Dahl, „Can international organizations be democratic? A skeptic's view" у: I. Shapiro, C. Hacker Cordón (ур.), *Democracy's Edges*, Cambridge University Press, 1999.

У том контексту, може се сматрати као оправдана замена стандардних модела представничке демократије који заснивају демократски легитимет на изборима и представљању у парламенту одређеном алтернативом која је прилагођенија међународном поретку. Схватање демократије које би могло више одговарати у том смислу је делиберативна демократија, о којој ће бити више речи у овом раду. Пре детаљнијег излагања концепта делиберативне демократије, вреди изложити у кратким цртама неке карактеристике које оправдавају такав избор и поред неминовних ограничења која намеће глобални ниво.

Теоријски приступи делиберативној демократији у сфери политичких наука се разликују, али им је заједничко схватање да самоуправа једне заједнице и демократски легитимитет не захтева нужно или чак не захтева уопште пропорционално представљање или гласање о унапред одређеним опцијама, попут политичких партија или питања на референдуму. Делиберативна демократија је у суштини расправна и ставља акценат на расправу – дискусију, на комуникацију и снагу бољег аргумента.[36] Овакво схватање почива на претпоставци да сви они на које одређена одлука утиче би требало да буду у могућности да учествују у рационалној и информисаној расправи која би претходила њеном доношењу. Рационална размена аргумената, промишљање и отвореност ка промени почетног става су одлике које омогућавају боље и рационалније исходе, док у исто време пружају демократски легитимитет у очима оних који су учествовали или су могли да учествују у расправи. Заснивајући се на овим начелима, грана теорије делиберативне демократије коју заступа пре свега Џон Дрејзек – дискурзивно представљање и расправљање – пружа нове могућности за разматрање питања унапређења демократске легитимности кроз кодификацију МИП уз прилагођавања, о којима ће бити више речи у даљем тексту.

Постоје и два додатна разлога за ближе разматрање делиберативне демократије у овом контексту. Један је акценат који сами аутори у материји делиберативне демократије дају прилагођености овог концепта демократије међународном окружењу.[37] Други је да је овај концепт у одређеној мери већ заокупио пажњу теоретичара међународног права. У том смислу, посебно је значајан приказ

[36] S. Chambers, „Deliberative Democratic Theory", *Annual Review of Political Science,* 6/2003, 308.

[37] H. Buchstein, D. Jörke, „The Argumentative Turn toward Deliberative Democracy: Habermas's Contribution and the Foucaldian Critique" у: F. Fischer, H. Gottweis (ур.), *The Argumentative Turn Revisited: Public Policy as Communicative Practice*,Duke University Press, 2012, 278.

демократског легитимитета у међународном праву Стивена Витлија.[38] Стога даље излагање у овом раду може бити виђено и као допринос истраживању овог облика легитимитета у међународном праву.

3. Делиберативна демократија

3.1.Основи делиберативне демократије

Концепт делиберативне демократије није униформно схваћен у теорији.[39] Овде дат приказ заснован је на раду Јиргена Хабермаса, чијој грани теорије припада и Џон Драјзек. У Хабермасовом виђењу, политичка партиципација је активност једнаке укључености у процесе формирања воље кроз дискурс, са кључном улогом рационалних аргумената у политичким дебатама.[40] За Хабермаса, легитимно право захтева процес јавне дискусије који укључује све на које то право потенцијално утиче.[41] Хабермас ипак поставља и одређена ограничења оваквом схватању, наводећи да би апсолутна демократизација свих аспеката друштва и отвореност неких од темељних институција ка преиспитивању неминовно довела до нарушавања стабилности коју захтева савремена организација друштвеног живота.[42]

У нешто измењеном облику који ставља нагласак на потребу могућности али не и нужност укључивања у расправу, Џошуа Коен наводи да су „исходи демократски легитимни, ако и само ако су *могли бити* предмет слободне и рационалне дискусије међу једнакима".[43] Фокус на унапређење демократске легитимности кроз расправу присутан је и код других аутора.[44] У неколико последњих деценија,

---

[38] B. S. Wheatley, *The Democratic Legitimacy of International Law*, Hart, 2010.

[39] В. на пример, различите дефиниције у J. Elster (ур.), *Deliberative Democracy*, Cambridge University Press, 1998.

[40] H. Buchstein, D. Jörke, 273.

[41] J. Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Polity Press, 1996, 30-33.

[42] H. Buchstein, D. Jörke, 276-277.

[43] J. Cohen, „Deliberation and Democratic Legitimacy" у: A. Hamlin, P. Pettit (ур.), *The Good Polity*, Basil Blackwell, 1989, 22.

[44] В. за више примера J.S. Dryzek, *Foundations and Frontiers of Deliberative Governance,* Oxford University Press, 2010, 22-24; A. Fung, „Deliberative Democracy and International Labor Standards", *Governance: An International Journal of Policy, Administration and Institutions,* 16/2003, 51.

добија на снази идеја да легитимност демократија зависи у значајној мери од квалитета демократске расправе која служи да информише грађане и укључи што више њих или њихових представника.[45] За неке од аутора, расправа је само увод у гласање и владавину већине, али демократски легитимитет и даље произилази из процедура расправе која претходи гласању, а не из самог гласања.[46]

За Џона Елстера, који сумира значајан број других схватања, два кључна елемента делиберативне демократије су: 1) колективно одлучивање уз учешће свих на које ће одлука утицати *или њихових представника* и 2) одлучивање путем размене аргумената између учесника који су привржени вредностима рационалности и непристрасности.[47]

Легитимитет одређене одлуке која је резултат овог процеса није једина особина која завређује пажњу. Заговорници делиберативне демократије истичу да систематска, аргументована и свеобухватна дискусија може довести до бољих резултата у смислу квалитета, ефикасности и иновативности решења у поређењу са обичним гласањем базираним на унапред понуђеним опцијама. Нарочито, дискусија би требало да доведе до нових алтернатива које могу да плодотворно комбинују различите полазне позиције учесника.[48] Делиберативна дискусија представља уједињење капацитета свих укључених у расправу како би се ефикасније решили комплексни проблеми и превазишао проблем „ограничене рационалности" са којим се појединац сусреће.[49] У овом контексту, ограничена рационалност је израз који се користи за чињеницу да су способности појединца за откривање нових решења, као уосталом и имагинација, ограничене и склоне пропустима.[50] Наравно, овакав процес није без својих мана које би требало имати у виду. Дискусија сама по себи не елиминише могућност постојања ограничене рационалности читавих група и ствара такође опасност превладавања демагогије и

[45] J. Mansbridge, J. Bohman J et al., „A systemic approach to deliberative democracy" у: J. Parkinson, J. Mansbridge (ур.), Deliberative Systems: *Deliberative Democracy at the Large Scale*, Cambridge University Press, 2012, 1.

[46] B. B. Manin, „On Legitimacy and Political Deliberation", *Political Theory,* 15/1987, 356-362.

[47] J. Elster, „Introduction" у: J. Elster (ур.), *Deliberative Democracy*, Cambridge University Press, 1998, 8.

[48] J.D. Fearon, „Deliberation as Discussion" у: J. Elster (ур.), *Deliberative Democracy*, Cambridge University Press, 1998, 49; R. Gargarella, „Full Representation, Deliberation, and Impartiality" у: J. Elster (ур.), *Deliberative Democracy*, Cambridge University Press, 1998, 261.

[49] J.D. Fearon, 45, 49; B. Manin, 349-351.

[50] Према Fearon, 49, ово је базирано на чувеном раду Херберта Сајмона – H. Simon, *Models of Bounded Rationality*, MIT Press, 1983.

успеха реторике уместо праве размене аргумената.[51]

Оцена демократске легитимности неке појаве кроз призму делиберативне демократије би идеално захтевала одређивање типске процедуре која би требало да буде испоштована а са којом би се онда упоредио настанак правила МИП. Нажалост, да детаљно излагање неке идеалне процедуре или хомогено схватање исте код различитих аутора генерално није карактеристика теорије делиберативне демократије.[52]

Коен наводи три опште одлике који би требало да карактеришу идеалну расправу: 1) одлучивање о агенди, 2) предлагање алтернативних решења за проблеме на агенди уз разложно образлагање тих предлога и 3) закључивање расправе одабиром једног решења.[53] Општији, често цитирани модел улоге расправе у друштву је дуалистички модел Хабермаса, који идентификује ширу и углавном неорганизовану јавну сферу на једној страни и формализовани систем власти на другој. Дискусија о политичким питањима у јавној сфери ствара оно што Хабермас назива комуникативном моћи, која потом утиче на дешавања у сфери власти, уз настојање да се не подрију саме основе система - расправа не би смела да води у анархију. Како би се ово постигло потребно је одређено делиберативно филтрирање сирове комуникације, односно формулисање и образлагање предлога из јавне сфере.[54] Наравно, јасна је потреба за детаљнијом разрадом овог модела, чему су други аутори у одређеној мери допринели.[55]

Даље дограђујући Хабермасов модел, Драјзек износи шест елемената делиберативних система – *јавни простор* (слободна и неспутана дискусија), *овлашћени простор* (формално или неформално овлашћен, тј. институције које доносе одлуке које утичу и на јавни простор), *пренос* између ова два простора, *одговорност* овлашћеног према јавном простору, *мета-расправа* о томе како би делиберативни систем требало да изгледа и коначно *утицај* или степен до ког ових пет елемената заједно обликују садржај

[51] B. S.Chambers, *Reasonable Democracy: Jürgen Habermas and the Politics of Discourse,* Cornell University Press, 1996, 151.
[52] В. на пример, J.S. Fishkin, „Deliberative Democracy and Constitutions" , *Social Philosophy and Policy,* 28/2011, 247-248.
[53] J. Cohen, 22.
[54] H. Buchstein, D. Jörke, 276-277.
[55] В. генерално S. Chambers (fn. 48 supra) и M. D'Entréves Passerin (ур.), Democracy as Public Deliberation: New Perspectives, Manchester University Press, 2002.

колективних одлука.[56] Нешто више детаља би се могло дати за функционисање конкретних примера делиберативних форума у пракси,[57] али је за потребе даље дискусије довољно препознати да елементи процедуре укључују рационалну дискусију о аргументима изложеним у корист различитих полазних перспектива у циљу постизања исхода који ће утицати на одлуку која се односи на све оне који учествују у расправи.

Док је идеја расправе релативно јасна, за потребе анализе МИП потребно је посветити више пажње појмовима учесника и исхода. Управо у овом погледу Драјзекови концепти дискурзивног представљања и расправе, као и мета-консензуса могу пружити корисне увиде за потребе израде кодификације правила МИП.

3.2. Представљање и дискурзивна расправа

Идеја да би права делиберативна демократија увек захтевала смислено, информисано и рационално учешће апсолутно свих на које би одлука могла утицати је утопистичка. У литератури постоји јасна сагласност да је такав идеал неостварив.[58] И поред тога, одустајање од идеала учешћа свих за неке ауторе би могло представљати подривање демократског легитимитета. По речима Паркинсона: „То је проблем размере са којим се суочава делиберативна демократија – одлуке се могу чинити нелегитимним онима који остају изван форума, а укључивање већег броја људи би брзо довело до ораторског надметања, а не расправе."[59] Сагледавање проблема до којих би масовније расправе довеле чини их потенцијално могућим само у врло малим заједницама.

Неостваривост идеала универзалне расправе не чини и саму идеју делиберативне демократије пуком апстракцијом. Изједначавање универзалне расправе са сваким обликом делиберативне демократије заправо води изједначавању са директном демократијом као јединим извором праве демократске легитимности, што је идеја која постоји

[56] J.S. Dryzek, 11-13.

[57] На пример, M.E. Warren, H. Pearse (ур.), *Designing Deliberative Democracy: The British Columbia Citizen's Assembly,* Cambridge University Press, 2008.

[58] J.S. Dryzek, 45; J. Bohman, „Representation in the deliberative system" у: J. Parkinson, J. Mansbridge (ур.), *Deliberative Systems: Deliberative Democracy at the Large Scale,* Cambridge University Press, 2012, 76; R.E. Goodin, „Democratic Deliberation within", Philosophy & Public Affairs, 29/2000, 82-83.

[59] J. Parkinson, „Legitimacy Problems in Deliberative Democracy", *Political Studies*, 51/2003, 181.

још код Русоа.[60] Међутим, као што и Коен истиче, све и да је директна демократија могућа, то уопште не значи да би представљала и најбољи облик за аргументовану демократску расправу са циљем постизања оптималних решења.[61]

Као што и свакодневно искуство потврђује, мишљења и становишта могу се груписати и представљати на различите начине без нужне потребе да сваки појединац изнесе свој став. Политичке партије су један од облика овакве агрегације погледа на свет, иако су у пракси прилично несавршен приказ становишта свих својих чланова и/или гласача.[62] За заступнике делиберативне демократије, престављање не само да је могуће и у контексту расправа, већ је и само по себи довољно легитимно да не наруши демократски легитимитет коначног исхода уз задржавање предности налажења бољег решења кроз дискусију. Кључно питање у овом контексту постаје избор одговарајућих представника који би требало да учествују у расправи, одговарајућих у смислу сопственог легитимитета и репрезентативности шире заједнице на коју се будућа одлука односи.

У контексту стварања кодификације МИП, наведени закључак указује на потребу изналажења идеје како представити оне на које правила МИП утичу уз прихватање чињенице да је тешко решити проблем формалног избора њихових представника (било људи или институција). Управо у овој области идеја расправе међу дискурсима Џона Драјзека може служити као водич, посебно имајући у виду међународни карактер актера МИП. Дискурзивна расправа је значајан допринос теорији делиберативне демократије и може представљати један од задовољавајућих одговора на проблеме размере и масовности.

У најопштијем облику, Драјзек дефинише дискурс као начин разумевања света изражен кроз језик, што обухвата концепте, категорије и идеје базиране на одређеним тврдњама, претпоставкама, парадигмама, ставовима и представама стварности.[63] Дискурси такође подразумевају и одређене праксе, радње и активности, пошто су активности у друштву праћене речима које омогућавају разумевање значења активности.[64] Број диксурса који утичу на

[60] J. Cohen , fn 27; J.S. Dryzek, 88.
[61] J. Cohen, 30.
[62] В. на пример, M. Fatke, „Allure or alternative? Direct democracy and party identification", *Party Politics*, 20/2014, 248.
[63] J.S. Dryzek, 32.
[64] J.S. Dryzek, 32.

обликовање јавног мњења у данашњем свету је огроман, и не састоји се само од оних заступљених од одређених делова становништва, већ и апстрактних дискурса, попут животне средине, антиглобализма, верске толеранције и других вредности и перспектива.[65]

За Драјзека, дискурзивно представљање је централни аспект превазилажења проблема масовности и легитимитета,[66] с обзиром да је у складу са базичним начелом да ставови за и против одређених одлука морају бити објашњени онима који ће истима бити погођени на начин на који они то могу прихватити,[67] а посебно имајући у виду примењивост на глобалном нивоу где не постоји јасно дефинисани демос.[68]

Дискурзивно представљање је нешто што се дешава релативно редовно, иако није увек препознато као такво. Драјзек даје интересантан пример музичара и активисте Боно Вокса као представника дискурса „Африке", који није изабран на било какав формални начин, који се у овом контексту састоји од „жртава неправичног света и каприца природе, без правих представника, са сталним напорима ка утицању на савест богатих."[69]

Присуство великог броја различитих дискурса ипак не значи да је сваки дискурс релевантан за свако питање. Ово може бити значајна предност у смислу представљања у делиберативном систему. Према Драјзеку „број дискурса који је потребно представити у вези неког питања је генерално много мањи од, на пример, броја представника у уобичајеним законодавним телима, тако да би требало да буде могуће конституисати релативно мале групе за расправу које би садржале представнике свих релевантних дискурса." [70]

Оно што остаје од кључног значаја је да *сви* релевантни дискурси буду представљени, не само како би се очувао легитимитет већ и како би се у пуној мери остварила предност изналажења бољег решења кроз што више присутних перспектива. Предности хетерогеног

[65] J.S. Dryzek, 43.
[66] J.S. Dryzek, 43.
[67] J.S. Dryzek, 35.
[68] J.S. Dryzek, 45.
[69] J.S. Dryzek, 43-44.
[70] J.S. Dryzek, 44.

састава форума са расправу се често истичу у литератури.[71] Оно што је посебно важно истаћи као разлику у поређењу са традиционалном представничком демократијом је да број људи који се идентификује са одређеним дискурсом није од пресудног значаја у самој расправи. Рационалност коначног исхода може бити унапређена чак и укључивањем екстремних ставова које у том облику можда нико и не заступа у стварности („ђавољих адвоката").[72]

У оваквом облику представљања, демократски легитимитет одлуке се остварује у мери у којој је донета одлука у складу са констелацијом дискурса присутних у одређеној области и везаних за одређено питање, уз додатан фактор који је степен до ког је сама констелација предмет контроле од стране компетентних актера.[73] Овај додатни фактор има за циљ избегавање ситуације у којој се наметнути дискурси прихватају као легитимни и тиме обезвређује легитимитет коначне одлуке. Такво разумевање постизања демократског легитимитета је од посебног значаја за обликовање кодификације МИП и требало би га имати у виду у даљој дискусији.

3.3 Исходи расправе

На било који начин да се формира делиберативни форум, одвојено и једнако важно питање је какав ће бити конкретан исход расправе. Дискусија о конкретном питању може потенцијално довести до великог броја исхода, почев од постизања консензуса и поред различитих полазних положаја па све до потпуног размимоилажења. Поред тога у зависности од институционалног оквира у коме се спроводи расправа, исход може директно утицати на то да ли и како ће се рефлектовати на будуће одлуке по неком питању.

Делиберативна демократија је дуго била виђена као облик демократије који инсистира на постизању консензуса.[74] Инсистирање на консензусу насупрот прегласавању је сматрано за кључну разлику између делиберативне и класичне представничке демократије. Овакво поједностављено виђење није више толико присутно, и то са добрим разлогом. С обзиром на изразите тешкоће постизања консензуса у друштвеном и политичком животу чак и о релативно

[71] За преглед видети H. Buchstein, D. Jörke, 282.
[72] J.S. Dryzek, 47.
[73] J.S. Dryzek, 36.
[74] B. J. Habermas, 110.

споредним питањима, инсистирање на консенсузу као предуслову управљања друштвом и државом делује неостваривo.

Такво схватање је давно превазиђено и код теоретичара делиберативне демократије. Како Драјзек примећује, Хабермас и неки од раних аутора који су га подржавали су заиста представљали консензус као идеал коме треба тежити.[75] Али такав идеал је генерално напуштен још од краја осамдесетих година XX века, између осталог јер је закључено да би доводио до тога да дискурси морају постати или потпуно сублимирани у један или пак потпуно елиминисани, што нити је реална нити жељена ситуација.[76]

Исход који је генерално много лакше постићи је оно што Драјзек назива мета-консензусом. Мета-консензус је оруђе којим се структуира континуирани спор о неким кључним елементима расправе кроз постизање споразума о легитимности супростављених вредности, валидности супростављених становишта, прихватљивости понуђених алтернатива и о избору дискурса који би требало да буду заступљени.[77] Постизање мета-консензуса може олакшати склапање одређеног вида радног договора, *modus vivendi,* и учинити коначно донету одлуку легитимном у очима оних који би се могли сматрати губитничким дискурсима.[78] Осим у ретким ситуацијама када је консензус могућ, мета-консензус може омогућити напредовање уз поштовање плурализма постојећих схватања. Мада су конфликти око тога да ли је одређени дискурс легитиман и прихватљив и даље могући и неизбежни, мета консензус би требало да резултира споразумом о прихватљивом сету дискурса, уважавању супростављних ставова и ситуацији у којој би коначна одлука била прихватљивија независно од начина на који је донета (привремени споразум, гласање итд.).[79] Нагласак на признавању легитимности одређеног становишта насупрот инсистирању на консензусу (или некој форми компромиса) је још један важан аспект који би требало имати у виду приликом рада на изради кодификације МИП.

[75] J.S. Dryzek, 36.
[76] J.S. Dryzek, 36.
[77] J.S. Dryzek, 86.
[78] J.S. Dryzek, 36-37.
[79] J.S. Dryzek, 103-116.

4. Нормативни дискурси у контексту кодификације

У разматрању потенцијалне употребе делиберативне демократије за реформу МИП, требало би напоменути да је известан број аутора почео са истраживањем модела делиберативне демократије на глобалном нивоу.[80] Ипак, досадашњи радови су фокусирани на истраживање да ли постоји глобално цивилно друштво и одговарајући елементи државе на међународном плану који би омогућили и оправдали примену техника делиберативне демократије у доношењу одлука на глобалном плану. Требало би такође напоменути да су међународне финансијске и трговинске организације попут Светске банке и СТО такође биле предмет анализе кроз призму дискурса, посебно у смислу критиковања дискурса неспутаног неолиберализма који је виђен као доминантан у њиховом раду.[81]

Предлози који ће бити изнети у даљем раду имају другачији циљ. У наставку ће бити предложена идеја формирања пет група дискурса посебног типа (нормативни дискурси) који би могли представљати одговарајућу констелацију дискурса релеватних за анализу и реформу МИП. Њихова природа и улога су другачији, али повезани са оном коју имају дискурси у виђењу Драјзека. Групе нормативних дискурса имају за циљ да представе шире („драјзековске") дискурсе од значаја за МИП у форми која је прилагођенија за њихово укључивање у кодификацију и на начин који може допринети демократском легитимитету кодификације. Нормативни дискурси садрже, најшире посматрано, норме (правила и принципе различитог нивоа општости) које служе да представе становишта и перспективе изражене у одговарајућим општим дискурсима поводом питања која би могла бити регулисана у кодификацији МИП. На пример, општи дискурс заштите животне средине (чест предмет активизма НВО на глобалном плану) може наћи свој нормативни израз кроз предложено правило да мере које држава несумњиво преузима у циљу испуњавања јасно дефинисаних обавеза преузетих мултилатералним споразумима о заштити животне средине ни у ком случају не могу представљати одредбе о кршењу фер и поштеног третмана.

---

[80] На пример, A. Fung, 53ff и R.E. Goodin, S.R. Ratner, „Democratizing International Law", *Global Policy*, 2/2011, 241.

[81] M. Castells, *The Information Age, Volume I: The Rise of the Network Society*, Basil Blackwell, 1996; J. Stiglitz, *Globalization and its Discontents*, W.W. Norton, 2002; J.S. Dryzek, 40, 51.

Интеракција ових дискурса и потрага за њиховим потенцијалним консензусом у контексту израде кодификације би представљали облик специфичне, али за подизање легитимности и даље корисне расправе у смислу делиберативне демократије. Такав концепт расправе би тежио да остане колико је могуће у оквирима расправе према Коену,[82] као и другим разумевањима расправе, попут оног да је права расправа она где се све релевантне идеје чују, дискутују и одговарајуће оцене.[83]У значајно измењеном и пренесеном облику, нормативни дискурси могу бити представници оних актера на које МИП утиче, како би допринели расправи у јавном простору (у смислу Драјзека и Хабермаса) стварајући тако један вид замене за формалне делиберативне форуме за доношење колективних одлука везаних за МИП. Такви формални форуми за сада не постоје, нити делују изгледни у догледној будућности.

Овакво виђење дискурса и расправе међу њима не може у потпуности одговарати Драјзековој визији неограничене дискурзивне отворености, рефлексивности и укључености и његовом схватању дискурса који се непрекидно мењају. Ограничења МИП као правног феномена и природа стварања кодификације као процеса ограниченог трајања не могу се помирити са визијом расправе као непрекидног и стално мењајућег процеса.[84]

Ако се предложена форма расправе међу нормативним дискурсима схвати као један од више потенцијалних фактора који доприносе унапређењу легитимности кодификације МИП (други би био транспарентност рада на њеној изради, на пример), онда одступања од опште теорије дискурзивног представљања не доводе у питање вредност даљег истраживања. Вреди напоменути да примери делиберативних форума који су реализовани у пракси у различитим државама и сами садрже одступања од идеалних модела. Ограничавање броја опција у расправи зарад практичних разлога је било присутно, на пример, у једном од често навођених примера делиберативне демократије у пракси - грађанске дебате о реформи здравства у Великој Британији.[85]

Дискурси изложени доле би стога требало да представљају изворе за изналажење норми и покушај проналажења консензуса о питањима

[82] В. фн. 59 *supra.*
[83] J. Mansbridge et al., 11.
[84] В. на пример, J.S. Dryzek, 38-39.
[85] J. Parkinson, „Why Deliberate? The Encounter between Deliberation and New Public Managers", *Public Administration*, 82/2004, 391-392.

која би чинила садржај кодификације. Ове норме могу бити доступне у облику већ постојећих правила одређених правних система, или бити на вишем нивоу апстракције (попут ставова глобалних невладиних организација) и захтевати, тамо где је могуће, преобликовање у норме које су смислени допринос изради кодификације.

Ближе излагање о свакој од ових група нормативних дискурса захтева више простора него што је овде на располагању, али је на овом месту могуће изнети краћи преглед сваке групе и потенцијалне изазова у њиховом формулисању. Наведене групе дискурса су:

1) репрезентативне групе националних права („дискурси националних правних система”);

2) постојеће групе правила и принципа развијених од стране међународних инвестиционих трибунала („дискурси инвестиционе јуриспруденције”);

3) правила и принципи других грана међународног јавног права („дискурси међународног права”);

4) предлози и ставови изнети од стране глобалне НВО заједнице („НВО дискурси”).

5) предлози и ставови инвеститора као заинтересоване групе („дискурси права инвеститора”).

Дискурси инвестиционе јуриспруденције и међународног права осликавају чињеницу да је МИП део ширег међународног права и представљају интеракцију (некад дивергентну а некад конвергентну) између правила међународне заштите инвестиција и међународног права уопште. Дискурси националног права су од вишеструког значаја за МИП јер се, с једне стране, могу посматрати као *sui generis* представници држава као креатора и заинтересованих страна у режиму МИП, а с друге као извори правила било директно примењивих (директна примена националног права државе домаћина је честа у споровима) или индиректно – као извора инспирације за тумачење одредаба међународних инвестиционих споразума. Коначно, дискурси НВО и права инвеститора теже да представе перспективу цивилног друштва активног у овој сфери и пословне заједнице инвеститора. Кроз ове дискурсе, читав низ других (одрживи развој, права радника, слобода трговине) могу наћи своје место у процесу креирања кодификације.

4.1. Дискурси националних правних система

У овом конкретном контексту, нормативни дискурси националних правних система су сачињени од националних правних норми, пре свега јавног права, које имају за свој предмет регулисања питања која спадају у домен и одредаба БИС. Значај националних јавних права се нарочито истиче од стране поборника усвајања упоредног јавноправног приступа у МИП и виђења да је арбитражно решавање инвестиционих спорова облик судске контроле власти.[86] Постојећа правила на нивоу држава, посебно она која регулишу контролу вршења извршне власти, могу пружити значајан извор за интерпретацију одредаба које за предмет имају слична питања у МИП.

Правила и принципи који могу бити од значаја се неминовно разликују као резултат јединственог развоја појединих правних система. Број дискурса у овој групи би теоретски могао да укључи све земље које путем својих спразума учествују у формирању МИП. Са становишта дискурзивног представљања, сваки од тих система би теоретски имао право да буде представљен. Концепт нормативног дискурзивног представљања, што је посебна погодност, овде дозвољава апроксимацију већег броја дискурса у одређени број мањих са заједничким особинама, а без занемаривања кључних карактеристика сваког од њих. Незахвално је давати процене, али може се рећи са релативно високим нивоом сигурности да резултат било какве кодификације не би била исцрпна листа врло детаљних одредаба која би подсећала на управни законик. У том смислу одржавање одређеног нивоа апстракције такође повећава могућност налажења заједничког решења између националних правних система и њихово груписање у нормативне дискурсе.

Процес груписања правних система у гране и фамилије је добро познат у упоредном праву,[87] и има сличности са овим предлогом. Оно што би требало имати у виду је да постојећа груписања правних система која су честа у упоредном праву не морају бити од значаја у овом контексту. Груписање правила у дискурсе може варирати у зависности од конкретног питања. Чисто хипотетички, на пример, у погледу нивоа до ког се може ићи у разматрању одлуке управног

[86] В. на пример, J.W. Schill (fn. 13 supra) и F. Ortino, „The Investment Treaty System as Judicial Review", *American Review of International Arbitration*, 24/2013.
[87] В., на пример, K. Zweigert, H. Kötz, *Introduction to Comparative Law*, Oxford University Press, 19983, 63-73.

органа, одређени системи англо-америчке традиције могу бити у сагласју са онима континенталног права, а са другима то не мора бити случај. У другом случају, оваква констелација може променити и неки од система романске гране континенталног права који могу бити у контрасту са онима из германске.

Вреди на овом месту истаћи и изазове које овакво груписање са собом неминовно носи. Отворено је питање да ли се могу формирати довољно хомогени дискурси по сваком питању, или особености неких права не дозвољавају њихову апроксимацију. Али као ствар принципијеног приступа, дискурси националних правних система би требало да буду плодно тле за истраживање уз могућност за унапређење легитимности система из перспективе држава које се све чешће налазе у положају туженика.

4.2. Дискурси инвестиционе јуриспруденције

Интерпретација одредаба међународних инвестиционих споразума је до сада резултирала изналажењем значајног броја правила и принципа. У мери у којој се арбитражни трибунали ослањају на прецедент, што је честа појава,[88] ови дискурси могу бити као доминантни у стварању правила МИП. Њихова одлика је и интерна тежња ка ширењу и јачању, пошто значајан број арбитара себе види као имплицитно овлашћене за развој МИП кроз тумачење одредаба и стварање уједначене праксе. Овакав став, требало би подсетити, води ка дискусијама о легитимности стављања такве улоге у руке малог круга арбитара.

Чињеница да је постојећа пракса трибунала који примењују МИП дивергентна у погледу значајног броја важних питања указује да је и овде потребно рачунати на постојање више различитих дискурса, а не једног јединственог. Постојећа литература, анализа и критика јуриспруденције је од посебног значаја у идентификацији и обликовању појединачних дискурса у овој групи и од значаја за њихову међусобну интеракцију и успостављање веза са другим групама дискурса.

У погледу ове групе дискурса могло би се поставити питање да ли је оправдано одвајање правила и принципа МИП од ширег

[88] В., на пример, J. Commission, „Precedent in Investment Treaty Arbitration: A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence", *Journal of International Arbitration*, 24/2007.

корпуса правила међународног права, о коме ће бити нешто више речи. Постојање, размере и оправданост фрагментације правила међународног јавног права су предмет дуготрајних анализа и дебата у литератури, али у контексту кодификације МИП није нужно улазити дубље у то питање. Чињеница да је МИП створио своја специфична правила - у контексту овог дискурса требало би да буде прихваћена као таква. На пример, иако питање у којој мери инвестициони трибунали одступају од обичајног међународног права у тумачењу минималног стандарда третмана странаца завређује пажњу теорије, у контексту формулације постојећих дискурса и стварања кодификације значајније је препознати ту разлику и истражити могућност компромисних решења.

4.3. Дискурси међународног права

Дискурси међународног права су они који произлазе из међународног права уопште или појединих грана (не рачунајући МИП). Укључивање ових дискурса у разматрање будућих правила кодификације оправдано је, између осталог, с обзиром на то да је примена међународног права уз национално присутна у практично свим инвестиционим споровима.[89] Поред тога, стандарди третмана инвеститора присутни у практично свим БИС воде порекло од правила међународног права која су се развијала дуго пре настанка МИП.[90] У светлу овакве повезаности, за очекивати је да и друге гране међународног права могу бити од помоћи у стварању кодификације.

Правила БИС су слично формулисана као и правила у међународном економском праву, посебно праву СТО. Јуриспруденција Тела за решавање спорова СТО може бити од користи у тумачењу тих одредаба.[91] Опрез је неопходан када се имају у виду разлике у предмету регулисања и контексту спорова који настају пред различитим механизмима, али у мери у којој се јуриспруденција СТО ослања на општа правила међународног права правила ту формулисана могу служити као путоказ за МИП. Као

[89] В., на пример, члан 42 Вашингтонске конвенције и H.E. Kjos, *Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay between National and International Law*, Oxford University Press, 2013.

[90] B. M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 20103, 36-47.

[91] В. у том смислу J. Kurtz, „The merits and limits of comparativism: National treatment in international investment law and the WTO" у: S.W. Schill (ур.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010.

други потенцијалан извор у литератури се помиње јуриспруденција Европског суда за људска права,[92] посебно услед сличности ситуације спора приватног лица и државе и контроле вршења управних овлашћења. Мада сличности постоје, проблем је да због свог европског карактера ова јуриспруденција нема нужно глобални легитимитет, као и проблем да је пракса суда често превише недоследна да би могла бити потпуно употребљиви водич.

Релативно неконтроверзно би било укључивање јуриспруденције и академске анализе везане за правила Бечке конвенције о уговорном праву.[93] Чињеница да је известан број трибунала занемарио примену правила ове конвенције у тумачењу одредаба БИС је озбиљан пропуст који завређује не само критику већ и настојање да се у кодификацији на то скрене посебна пажња.

4.4. НВО дискурси

Улога активности НВО у контексту израде кодификације је специфична из најмање два разлога. Прво, чини се да у смислу нормативних дискурса, ставови НВО могу бити и представљати највећи изазов у смислу формулисања конкретних норми. Уз неке изузетке,[94] ставови изнети од стране НВО често садрже критику али не и конкретна (правна) решења за одређена питања или садрже предлоге врло високог нивоа апстракције.[95] Друго, НВО су тренутно можда и најпрепознатљивији активисти у великом броју питања која су од све већег значаја за МИП, посебно људска права, животну средину и питања заштите права радника.[96] И у овом случају је за очекивати да постоји више дискурса у погледу односа према МИП, с обзиром да НВО немају у свему исте ставове о улози заштите инвестиција и претходно наведеним питањима.[97]

[92] В. на пример, S.W. Schill, „International Investment Law and Comparative Public Law – An Introduction" у: S.W. Schill (ур.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010, 25-26.

[93] C. Schreuer, „Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration" у: M. Fitzmaurice, O. Elias, P. Merkouris (ур.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties*: 30 Years on, Martinus Nijhoff , 2010.

[94] В. IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development, < *http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_agreement.pdf*>, 15.05.2014.

[95] За пример друге категорије видети CEO/TNI, 72.

[96] В. генерално H. Mann, „Civil Society Perspectives: What Do Key Stakeholders Expect from the International Investment Regime?" у: J.E. Alvarez et al. (ур.), *The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options*, Oxford University Press, 2011.

[97] H. Mann , 23.

Питање које даље завређује пажњу је опрез који би требало имати у контексту демократског легитимитета ставова НВО, посебно када НВО преузимају на себе презентовања онога што сматрају интересом популације директно онима који су одговорни за стварање и управљање одређеним режимима на глобалном нивоу.[98] Иако је вредност НВО активизма препозната у модерним демократијама,[99] као и њихов утицај на дешавања у погледу глобализације, то и даље не значи да су НВО потпуно легитимни представници било националног или неког новог глобалног демоса. Ставови ових организација, иако сигурно представљају погледе дела становништва а могу утицати на јавно мњење уопште, у начелу немају за свој основ неки шири демократски процес приликом свог настанка.[100] Снага ових ставова остаје у валидним аргументима и презентованим доказима, а не у неком виђењу демократског легитимитета где су НВО на неки начин изабране да презентују ставове о различитим питањима, укључујући о МИП. Зато ставови НВО остају важна група дискурса за разматрање и унапређење стања у МИП, али их не би требало и некритички прихватати као став глобалног становништва.

4.5 Дискурси права инвеститора

Инвеститори као интересна група у МИП завређују представљање кроз нормативни дискурс, као група која има директан интерес за опстанак режима а чија позиција је такође подржана ширим дискурсима економског либерализма и слободне трговине. Проблем може представљати чињеница да „страни инвеститори" представљају врло аморфну групу често повезану једино чињеницом да су капитал уложили ван своје матичне земље. Да ли се велике мултинационалне корпорације и њима насупрот појединци као инвеститори (једни и други су присутни у МИП) могу сматрати деловима истог дискурса који би био довољно хомоген је питање које захтева даље истраживање.

[98] В. генерално J. Steffek et al., „Assesing the Democratic Legitimacy of Transnational CSOs: Five Criteria" у: J. Steffek, K. Hahn (ур.), *Evaluating transnational NGOs: Legitimacy, Accountability, Representation*, Palgrave Macmillan, 2010.

[99] L. Jordan, P. van Tuijl, „Rights and Responsibilities in the Political Landscape of NGO Accountability:
Introduction and Overview" у: L. Jordan, P. van Tuijl (ур.), *NGO Accountability: Politics, Principles and Innovations*, Earthscan 2006, 13-14.

[100] S. Charnovitz, „Accountability of Non-Governmental Organizations in Global Governance" у: L. Jordan, P. van Tuijl (ур.), *NGO Accountability: Politics, Principles and Innovations,* Earthscan, 2006, 24-30.

Оно што је релативно вероватно је да у смислу излагања нормативних ставова ситуација може бити слична као и са НВО. У мери у којој коморе страних инвеститора, на пример,[101] могу бити виђене као представници шире заједнице инвеститора, ставови изнети на рачун МИП би захтевали пажљиву анализу пре узимања у разматрање за формулисање правила кодификације.

5.Закључак

Као и у другим областима међународног права, питања легитимитета МИП све више постају централна у теоријским и политичким дебатама. Стварање кодификације МИП тешко може остати изоловано од ових дискусија. Напротив, питања процеса стварања, садржаја и практичног утицаја који би могла имати кодификација и сама постају део процене стања у МИП са становишта легитимитета. Стога је вредно пажње презентовати могуће начине на које питања легитимитета могу постати део стварања кодификације и бити од користи у препознавању релевантних интереса у сфери регулисања МИП и утицају тих интереса на коначни садржај кодификације.

За анализу у овом пољу одабрана је грана теорије демократије – делиберативна демократија. Анализа демократског легитимитета пружа предности јер је посебно прилагођена питањима постојања демократије ван националних граница, где разматрање кроз призму представничке демократије не може пружити прави увид.

Базирајући се на принципима дискурзивног представљања Џона Драјзека, имајући притом увек у виду одступања и ограничења, закључак је да у контексту израде кодификације посебан тип дискурса – нормативни дискурс, може пружити оруђе за идентификацију и формирање констелације дискурса који би били значајни за израду и пружити смернице у смислу садржаја. Конкретно, наведених пет група нормативних дискурса могу формирати ту констелацију – дискурси националних права, инвестиционе јуриспруденције, међународног права, НВО и права инвеститора.

Ове скициране групе дискурса несумњиво захтевају даље истраживања и прецизирања. Даља разрада сваког од њих може

[101] Активности Коморе америчких инвеститора у ЕУ могу бити пример у том погледу. В. <*http://www.amchameu.eu/TTIP/tabid/400/Default.aspx*>, 20.05. 2014.

пружити више детаља о томе како би могли помоћи формулацији правила МИП и како би дискурзивно представљање у овом контексту могло да изгледа. Ова тема остаје вредна пажње јер кодификација МИП која се предлаже може значајно утицати на друштвени легитимитет МИП у будућности и на однос и реакцију релевантних актера, а посебно држава као иницијалних креатора система. Будућност заштите страних улагања постаје све више неизвесна, што је у исто време и ризик и могућност за суштинско унапређење.

Velimir Živković
LL.M (Belgrade), MJur (Oxford),
Associate Researcher, Institute of Comparative Law

DELIBERATIVE DEMOCRACY AND ENHANCEMENT OF LEGITIMACY OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW

Summary

International investment law is an object of increasingly intensive analyises and debates in academic literature. Provisions on the protection of foreign investors which interfere in different ways into state sovereignty have become especially controversial due to costly arbitral awards against some states, causing resistance and questions regarding further survival of the system. In that regard, special attention should be given to the question of legitimacy of the existing regime (as opposed to its relatively uncontroversial legality) and ways through which it could be enhanced. This article deals with the question of legitimacy improvement through the application of certain principles of deliberative democracy in the context of a soft law codification of international investment law, which is one of the currently voiced proposals for reform.

Key words: deliberative democracy, discourse, international investment law

Milica V. Matijević, M.A.[1]

Originalni naučni rad
UDK: 347.426:347.235(497.115)

THE JUDICIAL PROCEEDINGS IN COMPENSATION CLAIMS ARISING FROM THE WIDESPREAD DESTRUCTION OF RESIDENTIAL PROPERTY IN THE AFTERMATH OF THE KOSOVO* CONFLICT[2]

Abstract

In the aftermath of the conflict, wave of violence spread through Kosovo and led to the forced displacement of minority communities and to the large-scale destruction of their residential property. No mechanism that would enable compensation of the lost property was ever established. Throughout 2004 and 2005 the owners of the destroyed/damaged property approached the local courts seeking judicial protection of their property rights, which resulted in the submission of a massive number of compensation claims. The paper investigates what has happened with these compensation claims by looking into the group of cases assisted through a EU-funded legal aid project. The main objective of the research was to identify main trends in the way the first, second and third instance courts have dealt with the compensation cases. The results of the analysis show that the trials started in less than 1/3 of the analysed cases and that they were finalized in an even lower number of cases. So far only a small portion of the analysed proceedings has been completed by the final decision, all of which have been unfavourable for the plaintiff. The paper

[1] Research Associate, Institute of Comparative Law, Belgrade; mail: milicavmatijevic@gmail.com

* This designation is without prejudice to positions on status, and is in line with the UN Security Council Resolution 1244/99 and the International Court of Justice Opinion on the Kosovo Declaration of Independence.

[2] The paper is second in series of statistical analysis dealing with the compensation claims filed with the courts in Kosovo in relation to the property damaged or destroyed in the aftermath of the 1999 conflict. These analyses are based on the results of the wider research on the violations of property rights of internally displaced persons in Kosovo conducted within the Project "Support to the Implementation of the Strategies for IDPs, Refugees and Returnees – Legal Aid" (EuropeAid/131328/C/SER/RS), funded by the European Union and implemented by a consortium led by Diadikasia Business Consultants S.A.

shows that the post-conflict property restitution has not yet taken place in post-1999 Kosovo despite the fact that it is a conditio sine qua non for return of displaced population and as such derived from the provisions of the core international human rights instruments.

Key words: post-1999 Kosovo, internally displaced persons (IDPs), compensation claims for the property damaged/destroyed after the conflict, residential property, judicial proceedings.

1. Introduction

Following the adoption of the UN Security Council Resolution 1244 and in parallel with the deployment of NATO and UN forces, a new wave of violence spread through Kosovo. The murders, abductions and intimidation of civilians, which erupted throughout the second half of 1999 and 2000, were primarily directed against minority communities[3] and have resulted in forced displacement of more then 75 per cent of Kosovo Serbs and Roma.[4] Their homes and other property they left behind became target of a widespread pillage and destruction.[5]

Although the post-conflict property restitution is a precondition for the return of displaced population and an individual right guaranteed by a number of international instruments, no mechanism that would enable restitution in kind or compensation for the damaged/destroyed property was established in Kosovo.[6] Majority of the owners could neither have hoped to have their properties rebuilt through the housing reconstruction programmes. Due to the shortage of funds, the reconstruction programmes were primarily directed at resolving the urgent housing needs of the Albanian returnees whose houses were destroyed/damaged *during the conflict*. Another reason was that the reconstruction funds were available only for those who decided to return. Given the volatile security situation and the lack of freedom of movement affecting minority communities,

[3] Violence was also directed against individuals of Albanian ethnicity who were regarded loyal to the Milošević regime.
[4] Human Rights Watch, "Abuses against Serbs and Roma in the New Kosovo", August 1999, Volume 11, No. 10, available at: http://www.hrw.org/reports/1999/kosov2/ (last accessed on 1 February 2014).
[5] See: Report of the Secretary-General on the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo [S/1999/779] of 12 July 1999, para. 5.
[6] The same holds true when it comes to the damages inflicted on private property *during the conflict*, which had been primarily sustained by the Albanian population in Kosovo.

this was for many years a condition impossible to fulfil for the greatest number of internally displaced persons (IDPs). Due to these factors, so far only a tiny portion of the houses destroyed or damaged *after the conflict* has been reconstructed.

Faced with nonexistence of the mechanism for post-conflict property restitution/compensation the owners of immovable property approached the local courts.[7] According to the available data, only through the Court Liaison Office **17 912** civil claims for damages (further "compensation claims") were filed before the courts in Kosovo in the period between 2003 and 2008.[8]

The adjudication of the compensation claims was subject to administrative interventions on several occasions. As a reaction to mass influx of these claims, on 26 August 2004 the Director of UNMIK Department of Justice (UNMIK DoJ) requested from the local courts not to process this type of claims "until such time as we have jointly determined how best to effect the processing of these cases."[9] The stay was lifted on 28 September 2008,[10] one month before the EU Mission in Kosovo replaced UNMIK in the rule of law sphere.[11] Furthermore, throughout 2008 and 2009 the proceedings before some courts were again suspended for the procedural reasons set in the local Law on Public

[7] In order to meet the five-year time limit prescribed by the applicable law, most of these claims were lodged throughout 2004 and 2005. See report "Shedding Light on Compensation Claims for the Property Damaged or Destroyed in the Aftermath of the Conflict in Kosovo* - Part I", prepared within the EU-funded project "Support to the Implementation of the Strategies for IDPs, Refugees and Returnees – Legal Aid", September 2013, p. 14 (copy on file with the author).

[8] See EU-funded project "Support to the Implementation of the Strategies for IDPs, Refugees and Returnees – Legal Aid", "Shedding Light on Compensation Claims for the Property Damaged or Destroyed in the Aftermath of the Conflict in Kosovo* - Part I", September 2013, p. 11 (copy on file with the author). The research analysed compensation cases archived in the Court Liaison Office in Gračanica/Graçanicë, which was established in 2003 by UNMIK in order to enable minority communities' access to the courts, impeded by the volatile security situation and other obstacles.

[9] The letter referred to the necessity to design proper strategy because a huge number of claims could become an obstacle to the functioning of the judicial system and given that "many claimants will require escorts in order to travel to the courts". UNMIK Department of Justice Letter of 26 August 2004.

[10] Human Rights Advisory *Panel case Milogorić and Others against UNMIK*, cases no. 38/08, 58/08, 61/08, 63/08 and 69/08, para. 8.

[11] On 9 December 2008, UNMIK's responsibility with regard to the judiciary in Kosovo ended with the establishment of the European Union Rule of Law Mission in Kosovo (EULEX), which assumed full operational control in the area of rule of law, following the Statement made by the President of the United Nations Security Council on 26 November 2008 (S/PRST/2008/44) that welcomed the continued engagement of the European Union in Kosovo.

Financial Management and Accountability.[12]

It is not known what has happened once the stays of proceeding were lifted. The official data on the civil trials in the compensation cases are not available, if existing at all. Nor there are reports or other sources of secondary data that could shed light on legal destiny of the compensation claims.

The paper investigates what has happened with the compensation claims after September 2008 when the stay of proceedings ordered by UNMIK was removed. It does so by trying to identify the main trends in the way the first, second and third instance courts have handled these claims. The paper also looks into the relevant case law of the Constitutional Court of Kosovo.

The structure of the paper reflects the main research objectives. After the introduction the paper describes the research methodology. Following that it presents the results of the statistical analysis which are grouped by the phases of civil trial. The proceedings before the first instance courts are analysed in Chapter 3.2., the appellate proceedings are dealt with in Chapter 3.3., while the Chapters 3.4. and 3.5. examine features of the proceedings before the Supreme Court and the Constitutional Court of Kosovo. In the conclusion the author summarizes the main findings.

2. Research methodology

The objective of the research inquiry was to investigate what has happened with the civil claims for damages inflicted on private property *after the 1999 conflict*. The analysed cases are distinct in several respects from the other compensation cases filled before the courts in Kosovo. They were initiated in relation to the damages caused by the acts of unidentified individuals. The compensation claims were based on the principle of objective responsibility and were directed against the

[12] Articles 67 and 68 of Law on Public Financial Management and Accountability (Law No. 03/L-048 of 13 March 2008) stipulated that the Ministry of Justice and the Ministry of Economy and Finance should be notified about any compensation claim against any public authority in Kosovo before their processing. This law was amended in 2010 when it had effectively suspended the proceedings in the compensation cases for up to 18 months or until Kosovo's Ministry of Justice notifies the court in writing that it assumed representation on behalf of the government or public authority (Article 25 (amending Article 68.2) of the Law on Amendment to the Law on Public Financial Management and Accountability No. 03-L-221 of July 2010).

authorities established in Kosovo after June 1999: the United Nations Mission in Kosovo (UNMIK), Kosovo Force (KFOR), Provisional Institutions of Self-Governance in Kosovo (PISG) and municipalities. As already noted, these claims were lodged in large numbers and the claimants come from the minority community groups.

The analysis was conducted on the group of compensation cases specific for the fact that at the time of the research the plaintiffs were receiving legal assistance and/or in-court representation. Namely, the research was carried on the sample of compensation cases that were initiated by IDPs owners who, at the time of the research, were beneficiaries of the project "Support to the Implementation of the Strategies for IDPs, Refugees and Returnees – Legal Aid" (further "Legal Aid Project").[13]

2.1. A brief note on the Legal Aid Project

The Legal Aid Project was initiated in November 2010 with the aim to provide legal aid to IDPs in the administrative, judicial and other matters before the institutions in Kosovo as their place of origin. It is fourth in series of successive legal aid projects funded by the European Union and the Government of Serbia.[14] As its predecessors, the Legal Aid Project operates through a network of offices located in the areas with the high concentration of IDPs (Kraljevo, Niš, Belgrade) and through two additional offices in Kosovo (in Kosovska Mitrovica/ Mitrovicë and in Gračanica/Graçanicë).[15]

The Project's lawyers provide legal aid that encompasses legal counselling, writing of pleadings and other submissions for the courts and administrative bodies, obtaining of documents necessary for the realization of IDPs' rights, and in-court representation before the judicial institutions in Kosovo. Given the interconnectedness between the current and the previous legal aid projects, legal aid is provided to both newly

[13] The project is implemented by Diadikasia S.A. Business Consultants in consortium with Euromed, Euro Management International and Initiative for Development and Cooperation - Serbia (IDC Serbia).

[14] The first project for the provision of legal aid to IDPs "Further Support to Refugees and IDPs in Serbia" was approved in 2008 under the Instrument for Pre-accession Assistance (IPA) and it was implemented by the Danish Refugee Council (DRC).

[15] The names of places in Kosovo are written in accordance with UNMIK Regulation No. 2000/43 on the Number, Names and Boundaries of Municipalities of 27 July 2000, which sets the rule that they should be written in both official languages and that the first in the order of names should be the name in the language of the community which makes the majority population in the named municipality.

registered cases and to those registered during the previous projects and subsequently transferred to the on-going Project. The provision of legal aid in property rights related cases is among the principal activities of the Project because these cases outnumber other types of cases for which IDPs are seeking assistance.[16]

Each case is registered in a legal database, which tracks various types of data about the cases and the Project's beneficiaries. The comprehensive legal aid database was established during the first project and since then it has been transferred to each new legal aid project. Hence, the database includes not only data for the cases registered during the on-going project but also for those in which the provision of legal aid had commenced during an earlier project but the cases have remained unresolved. The database encompasses all the activities undertaken in an individual case and the developments are tracked on the daily basis.

In addition to the electronic database, the Legal Aid Project also keeps a physical registry of cases. This registry is comprised of the case-files folders that contain the information registered in the electronic database, and the hard copies of the documents received from or sent to courts and other institutions in Kosovo. As with the database, the registry includes hard copies of all "active" cases. The physical registry is placed in the offices in Kraljevo, Niš and Belgrade.

2.2. Collection of data and limitations of the research

The data analysed in the research come from two sources – from the Legal Aid Project database and from the physical records of the cases kept in the Project's registry. The compensation cases were first extracted from the Project's database by filtering cases registered under the category "right to property" and its sub-category "compensation for damaged/destroyed property" (coded as "906" sub-category). The data for each compensation case identified in the database were then crosschecked by inspecting the case-files kept in the Project's physical registry. In order to collect data contained in the physical records, three field researches were undertaken in the Project's Offices in Kraljevo, Niš and Belgrade, during March and April 2014. In this way total of 511 compensation cases were identified, which make 30 per cent of all property rights related cases

[16] By 30 April 2014 when the research was initiated, the legal aid was being provided in 3733 cases before the institutions in Kosovo, of which in 1763 cases IDPs sought legal aid in relation to their property rights.

pursued before the institutions in Kosovo by the Project's beneficiaries. The subject of the analysis were only the "active" compensation cases *i.e.* those which were still pending before the courts in Kosovo by 30 April 2014.

For most of the research questions, the results of the analyses were classified according to the seat of the first or second instance court before which the compensation claim was filed. The classification reflects the old network of municipal courts in place until January 2013, as well the new system of courts established after the reform of the Kosovo justice sector.[17]

The major limitation of the research is that the analysed cases cannot be considered as representative of the entire group of compensation cases initiated in relation to the damages inflicted on the private property in the aftermath of the conflict. The principal reason for this is that the plaintiffs in these cases were supported through the free legal aid scheme, which at least theoretically places them in a better position in comparison to the other plaintiffs.[18] The second reason springs from the barriers that prevent an effective communication of IDP plaintiffs with the courts in Kosovo and *vice versa*. Namely, there are no postal services between Kosovo and the Serbia proper and the only way in which an IDP who is not a beneficiary of the Legal Aid Project could communicate with a Kosovo court is to hire a local lawyer or engage a person with the residence in Kosovo as his/her authorized agent for the service of documents.[19] This signifies that the Legal Aid Project beneficiaries are also in the position to be much better informed about the proceedings in the compensation cases than an average IDP plaintiff in this type of cases.

Another related limitation of the research ensues from the fact that its primary sources are the documents that were in the possession of the Project's beneficiaries at the time of the research. As there is no generally available system of communication between the courts and IDPs, this signifies that the results of the research can only show what has happened with the compensation cases *as known by the IDP plaintiffs*. In other words, it cannot be claimed that the analysed documentation in all cases necessarily reflects what has really happened with the compensation claims before the courts.

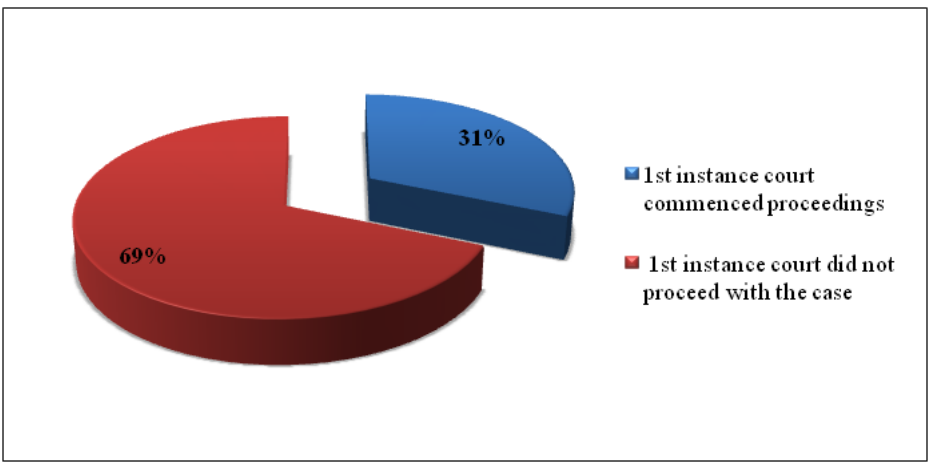
---

[17] Law on Courts No. 03/L-199, adopted on 22 July 2010 and entered into force on 1 January 2013.
[18] It should be added that for last couple of years the Legal Aid Project is the only project providing legal aid in these types of cases.
[19] See more on this in: The EU-funded Project "Further support to refugees and IDPs in Serbia", "Access to Justice for the Internally Displaced Persons from Kosovo", June 2012, pp. 32 - 40, available at http://www.pravnapomoc.org/web/Access_to_ Justice.pdf

3. Statistical analysis

After the initial examination of the compensation cases all the identified "active" compensation cases (in total 511 cases) where divided in two groups. The first group included 351 cases where no court action other then registration of a lawsuit had taken place.[20] The second group encompassed the compensation cases in which at least one court action was identified, that being any of the actions that are normally taken by a court in the course of civil proceedings (in total 160 cases). This classification showed that in only 31% of the analysed cases the trial started, as showed in the following graph.

Graph 1: Percentage of the compensation cases where the first instance court took action(s) towards adjudicating the case and percentage of those where no court action was identified, out of the total number of analysed compensation cases



Besides the copies of lawsuits, the only documents that were found in the files of cases in which no court action was identified were requests to speed up the proceedings.[21]

[20] Given the lack of postal services between Kosovo and the Serbia proper a more suitable phrase would probably be "or has been known to take place since the lawsuit was filed".
[21] Apart from the letters by which the plaintiffs notify the court about the change of address or about the appointment of a legal representative, which were sent through the assistance of the Legal Aid Project staff.

3.1. Requests to speed up the proceedings

When no court hearing has been scheduled over a long period of time, the only action the plaintiff can normally undertake is to address a competent court with a request to speed up the proceedings. In the local justice system this request represents information submitted to the president of a court with the suggestion to make use of its powers if it sees fit to do so.

According to the findings a total of 313 requests to speed up proceedings were sent to the courts in relation to the compensation cases pursued by the Project's beneficiaries. These requests were submitted in 238 cases: in 165 case one request per case was found and in 73 cases the plaintiffs filed two or more requests for speeding up the proceedings.

Given that their addressee is not obliged to take any legal action, a request to speed up the proceedings is not a remedy for the excessive length of proceedings.[22] For this reason it can neither be taken as an indication whether a plaintiff was active or passive in pursuing his/her case. Yet, the research has compared the two groups of compensation cases (cases in the process of adjudication and cases where no court action was identified) with regards the number of requests in order to investigate whether there is a reason to believe that they might have influenced the processing of compensation claims. The results of such comparison revealed that there is no correlation between the requests for speeding up proceedings and the activity/passivity of the courts in the compensation cases. Namely, in over 50% of cases in which the courts have taken no action one or more request(s) was lodged (in 188 out of 351 cases). When it comes to the group of cases where the adjudication is on the way or has been completed, in just 31,25% of these cases the request(s) for speeding up proceedings were filed (in 50 out of 160 cases).

3.2. Proceedings before the first instance courts

The results of the analysis conducted on 511 compensation cases in which the plaintiffs sought legal aid showed that in only 160 of these cases the first instance court started and/or completed the proceedings. These 160 cases, as presented above, do not exhibit a greater level of

[22] See ECtHR case of *Horvat v. Croatia*, no. 51585/99, 26 July 2001, para. 47.

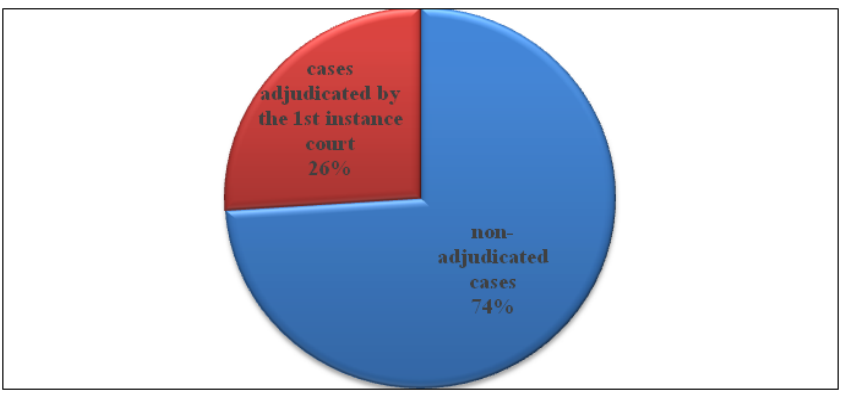
involvement of the plaintiff measured by the number of requests to speed up proceedings that were sent to the courts. The qualitative analysis of the lawsuits by which these cases were initiated also shows that they do not posses any distinctive feature in comparison to other analysed lawsuits.[23]

Another possible explanation for the courts' activity in these cases – their earlier submission - was also refuted given that the data on the years of their registration by the courts coincide with the trends established on a larger sample.[24] According to the analysis, most of the lawsuits were submitted in 2004 (129), a tiny portion of them in 2005 (14) and 2006 (12) and only few of them in 2007 (3) and 2008 (2).[25]

3.2.1. Final decisions of the first instance courts

In this part of the research the compensation cases were analysed in order to determine in how many of them the first instance courts issued a decision with *res iudicata* effect. The analysis showed that in the great majority of cases in which courts were active the first instance proceedings were already brought to an end. In 133 cases the final decisions of the municipal/basic courts were found, which makes 26% of all the analysed compensation cases.

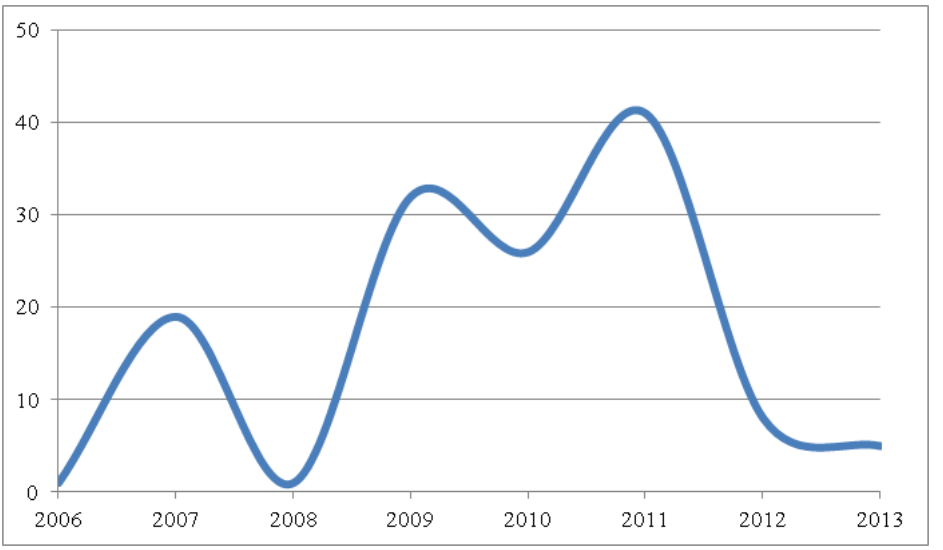
Graph 2: Share of compensation cases adjudicated by the first instance courts in the total number of analysed compensation cases.



[23] For an in-depth analysis of the basic features of these types of lawsuits see: EU-funded project "Support to the Implementation of the Strategies for IDPs, Refugees and Returnees – Legal Aid", "Shedding Light on Compensation Claims for the Property Damaged or Destroyed in the Aftermath of the Conflict in Kosovo* - Part I", September 2013.
[24] *Ibidem*, p. 14.
[25] As determined by inspecting the date indicated in the court endorsement stamp.

The analysis also showed that the first instance courts were the most active between 2009 and 2011 – the majority of the first instance decisions were passed in 2011 (41 rulings), 2009 (32 rulings) and 2010 (26 rulings).

Graph 3: Trend in the number of claims determined by the final first instance decision over time



In most of the cases, the verdict was given in the form of a decision (in 101 cases), and in less than 1/3 of them in the form of judgment (32 cases). However, no matter which of these two forms was used, both types of verdicts were final *i.e.* capable of having *res iudicata* effect.

Without exception, all the first instance civil proceedings were concluded negatively for the plaintiff. This means that the first instance courts have issued in total 32 negative judgments and 101 negative decisions.

The research also shows that only six courts have passed judgments in the analysed compensation cases (court in Viti/Vitina, Malishevë/Mališevo, Pejë/Peć, Klinë/Klina, Prishtinë/Priština and in Skenderaj/Srbica). None of these courts have ruled on the merits *i.e.* the claims were dismissed for the procedural reasons. The claims against the Provisional Institutions of Self-Government (PISG) and the municipalities were found to be "ungrounded" because the respondents did not have the capacity to be sued ("the respondents do not have passive legitimacy"). When it comes to UNMIK and KFOR as respondents, the courts concluded that

these two legal entities were "outside of the jurisdiction of the courts in Kosovo" and that segment of the claim was declared inadmissible.

The qualitative analysis of the text of these judgments revealed that they closely resemble each other. Apart from the heading, the statement of facts and the signature of the judge, their main elements (legal ruling, facts upon which the judgment is based and the grounds for decision) contain very similar if not identical text no matter which court passed the judgment. It was also observed that the Municipal Court in Pejë/Peć and the Municipal Court in Skenderaj/Srbica have passed judgments by filling in the pre-designed forms. This can probably explain how these courts have managed to deliver a great number of judgments in a very short period of time. For instance, almost all of the analysed judgments issued by the Municipal Court in Skenderaj/Srbica date from 2009.

When it comes to the final negative decisions, the courts have struck out compensation claims for four principal reasons: 1) "the lawsuit is not permitted by law", 2) the plaintiff failed to pay the court fee for filing a civil lawsuit, 3) the plaintiff failed to attend the main hearing, 4) the lawsuit is not within the court's subject-matter jurisdiction.

The greatest number of lawsuits was struck out because "the lawsuit is not permitted by law" (57 final decisions). These decisions were in many cases brought through some kind of "summarized procedure" *i.e.* without the court holding a hearing. As it is the case with most of the analysed judgments, the courts have often used templates when preparing these decisions and many of them were issued in a very short period of time. This was especially observed in relation to the cases pursued before the Municipal Court in Prishtinë/Priština.

In a significant number of the decisions (24 decisions), all of which were issued by the Municipal Court in Vushtrri/Vučitrn,[26] the claims were struck out because the plaintiff failed to pay the court fee for initiating a civil action. As the court in question did not have the possibility to deliver to IDP plaintiffs the order to pay court fees because of the lack of postal services, it used a legal presumption envisioned by the applicable law, that the service of documents is effectuated a week after they were placed at the court's notice board. Subsequently the court has considered the lawsuit to be withdrawn because the plaintiff did not pay the fees and has struck out the claim. The court in Vushtrri/Vučitrn used the same method

[26] Now a branch office of the Basic Court in K. Mitrovica/ Mitrovicë.

to make sure that these decisions become final. Namely, after ruling to strike out the claim the court was issuing another decision stating that service of the final decision is to be effectuated by its posting on the notice board of the court. Another 3 analysed compensation claims were struck out for the similar reasons before the court in Istog/Istok. Although neither this court could send the documents to the plaintiff, the court has struck out claims because the "plaintiff failed to attend the main hearing".

In 17 other cases, the Municipal courts in Prizren (1 case), Rahovec/Orahovac (1 case), Pejë/Peć (2 cases), Gjakovë/Đakovica (1 case), Istog/Istok (2 cases), Prishtinë/Priština (1 case), Ferizaj/Uroševac (3 cases) and in Skenderaj/Srbica (6 cases) have dismissed the claim as being outside their subject-matter jurisdiction. In the same decisions these courts ordered the claim to be transferred to the Kosovo Property Agency (KPA).[27]

3.2.2. Stay of proceedings

The examination of the case files also showed that the stay of proceedings ordered by UNMIK DoJ in 2004 was not the only situation in which the trials in the compensation cases were suspended. It was found that in 15 analysed cases the first instance courts have ordered stay of proceedings for other reasons.

Most of the decisions to stay proceedings (10) were issued when one or both parties to the proceedings did not attend the main hearing. An interesting feature of these decisions is that they *in fact* could lead to the negative conclusion of the proceedings because they included the following warning:

> "The proceedings will be stayed until one of the parties submits a motion for the continuation of proceedings. […] If none of the parties submits the motion for the continuation of proceedings within six months from the day when the stay of proceedings commenced, the court would hold that the lawsuit was withdrawn".

[27] The Kosovo Property Agency (KPA) is an independent agency mandated to resolve the conflict-related ownership claims and right of use claims in respect of private immovable property, including agricultural and commercial property, resulting from the armed conflict that occurred between 27 February 1998 and 20 June 1999. This quasi-judicial body has no competencies in the cases of damaged and destroyed property.

The chance of a compensation claim being considered withdrawn after these six months was very high since the service of the decisions on stay of proceedings was actually effectuated by their posting on a court's notice board.

Other courts had taken a completely different approach by resorting to a 180-day stay of proceedings. These decisions were based on the 2008 Law on Public Financial Management and Accountability, which ordered that the Ministry of Justice and the Ministry of Economy and Finance be informed about any unresolved compensation claim against a public authority in Kosovo before processing it.[28] In 2010 Law on Amendments on the Law of Public Financial Management and Accountability was passed, which effectively suspended the processing of the compensation claims for up to 18 months or until Kosovo's Ministry of Justice notifies the court in writing that it assumed representation on behalf of the Government or other public authority.[29]

3.2.3. Other documents issued by the first instance courts

Besides the final rulings, other types of documents issued by the courts in the course of civil proceedings were also found in the case files (in total 215 documents). These documents were mostly issued during the preparation of main hearing or in relation to the payment of courts fees and can be classified as follows: a) notice of court hearing (38), municipalities' response to claim (43), Government's response to claim (38), order to pay court fees (45), warning notice for the payment of courts fees (35), other documents (16).

The low number of hearing notices could indicate that in the great majority of cases the courts decided the claim without holding a hearing or that the service of these documents was effectuated by posting them on the courts' notice boards. Furthermore, a notable feature of the written responses to the claims submitted by municipalities and the Government of Kosovo was that they almost always contained the same text i.e. were prepared by using templates. Apart from the plaintiff's name and the court file number, these responses were identical in most of the cases.

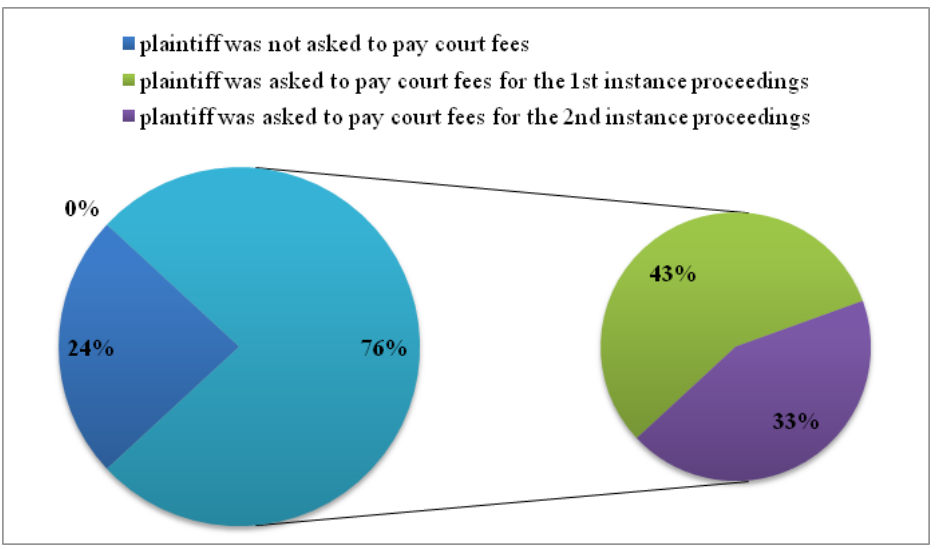
[28] See articles 67 and 68 of the Law on Public Financial Management and Accountability, No. 03/L-048 of 13 March 2008.
[29] Article 25 (amending Article 68.2) of Law on Amendment to the Law on Public Financial Management and Accountability No. 03-L-221 of July 2010.

3.2.4. Court fees

As it ensues from the previous chapter, the orders to pay court taxes and the warnings on the payment of court taxes were identified in a significant number of cases. It was also found that a number of claims were struck out because the plaintiff did not pay the court fee for lodging lawsuit. These findings largely coincide with the conclusions reached after the examination of the compensation cases in relation to the court fees.

As presented in the following graph, the plaintiff was ordered to pay court fees in 110 cases which makes 76% of the compensation cases processed by the court. This figure encompasses the first instance proceedings in which the plaintiff was asked to pay fees (62 cases), as well the cases in which the plaintiff was asked to pay court fee for lodging the appeal on the first instance decision (48 cases).

Graph 4: Percentage of cases in which the plaintiff was asked to pay court fees



A notable aspect of the issue of court fees is that different courts had different approach to the questions of whether the plaintiffs should pay court fees in the compensation cases and in which phase of the first instance proceedings the court fees should be paid. As observed, 8 out of 25 Kosovo first instance courts were asking the plaintiff to pay court fees. Majority of the court orders (84%) came from only three courts –

the courts in Prishtinë/Priština (30%), in Skenderaj/Srbica (19%) and in Vushtrri/Vučitrn (35%).

The analysis shows that in about 60% of the analysed cases (98 cases) courts did not take any action in relation to the payment of court fees for the first instance proceedings. This could be partly explained by the fact that until several years ago, in practice, courts were not insisting on the payment of court fees at the moment of the lawsuit's submission.[30] Another explanation could also be that the greatest number of compensation claims was struck out for the procedural reasons.

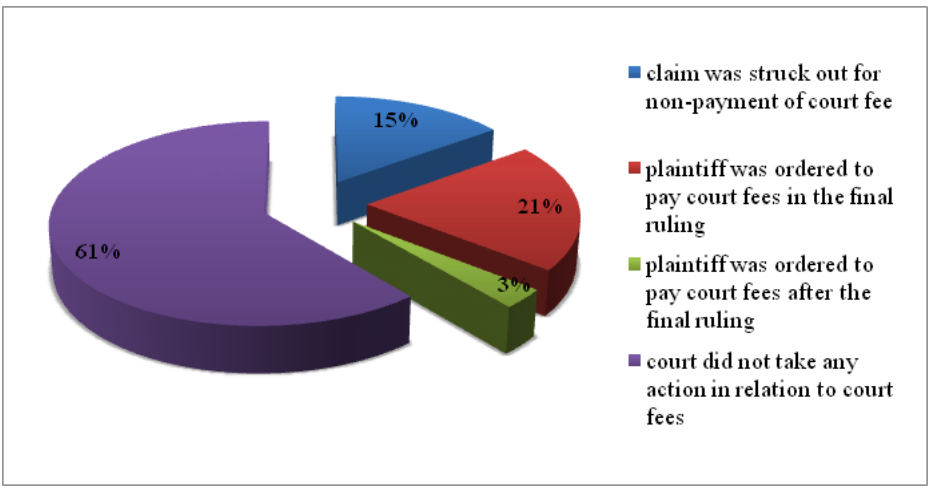
Despite such divergent practice all the courts responded in the same way to the court fee wavers. Namely, the analysis shows that 99% of the analysed lawsuits contained a request for the exemption from the payment of court fees.[31] Yet, in neither one analysed case has the first instance court decided about the plaintiff's request for the exemption from the payment of court fees.

The courts have ordered payment of court fees in different phases of the proceedings. The payment of a court fee for filing a lawsuit was set as a requirement for the adjudication of a claim in 24 cases. In 33 cases the plaintiffs were asked to pay court fees in the final decision while in 5 cases the courts ordered payment of court fees after the final decision was passed.

[30] According to the author's observations, before the issuance of Administrative Instruction No. 2008/02 on Unification of Court Fees of November 2008, the courts were not conditioning the registration and adjudication of a lawsuit by the prior payment of court fees.

[31] These findings are in line with the results of the analysis conducted on the claims archived in the Court Liaison Office, where it was found that 97% of these lawsuits included a court fee waver. See: EU-funded project "Support to the Implementation of the Strategies for IDPs, Refugees and Returnees – Legal Aid", "Shedding Light on Compensation Claims for the Property Damaged or Destroyed in the Aftermath of the Conflict in Kosovo* - Part I", September 2013, p. 18.

Graph 5: Percentage of cases in which the plaintiff was ordered to pay court fees with regard the phase of the first instance proceedings



The results of the research show that the amounts indicated on the orders and warnings for the payment of court fees varied from court to court and depending on whether the fees were charged separately for each legal action or altogether at the end of the proceedings. For instance, the lowest amount charged at the end of the trial was 128 EUR and the highest 1030 EUR.[32] It was also observed that the respondents did not claim recovery of their legal costs in any of the analysed cases.

3.3. Appellate proceedings

Most of the final verdicts in the analysed compensation cases were appealed. Yet, although a high number of appeals were identified only a tiny portion of the appellate proceedings was completed by the time of research.

3.3.1. Proceedings before the second instance courts

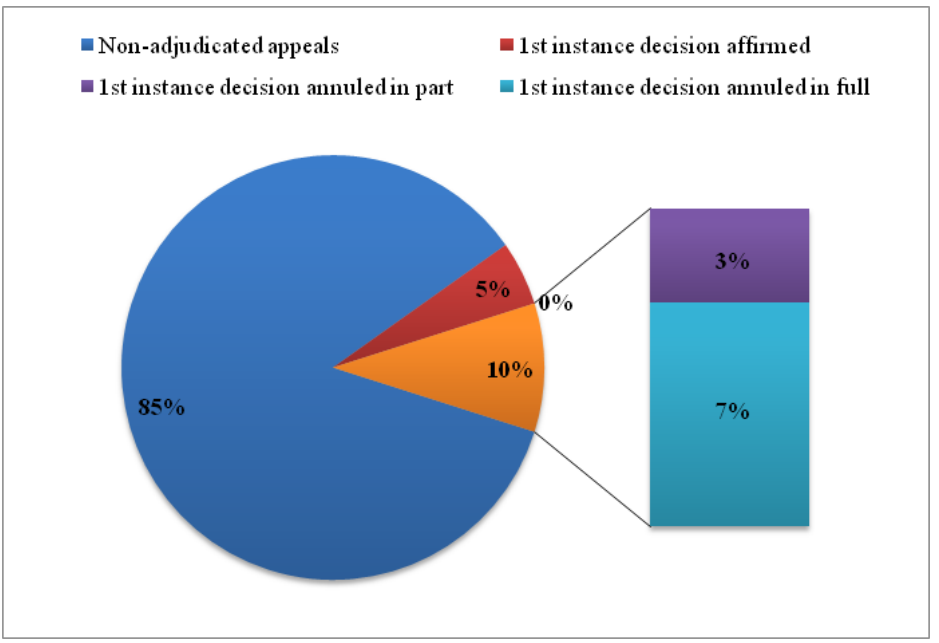
Majority of claims determined at the first instance level reached the appellate courts. This is not surprising since all the trials concluded by the

[32] The only similarity between the courts in this respect was the fee for appeal, which was always charged in the amount of 30 EUR.

municipal/basic courts were unfavourable for the plaintiff. The research looked in the appeals of the final verdict and the appeals of the decisions to stay proceedings.

According to the findings so far only 15 appeals were adjudicated. The appeal was dismissed in 5 cases and in 10 cases the appeal was successful or partially successful and appealed decision remanded back to the trial court.

***Graph 6**:* Overview of the appellate proceedings by their outcome



Over half of the appeals were lodged before the second instance court in Prishtinë/Priština (in 52 cases). A part of the explanation for this might lay in the fact that after the 2013 justice system reform this court became the appellate court for the whole Kosovo. As already mentioned, in many cases the appellant was asked to pay court fees. Surprisingly, the appellants were asked to pay fee even in those cases in which the appeal was lodged in relation to the trial court's omission to rule on the court fee waver.

3.3.2. Proceedings before the Supreme Court of Kosovo

Very few cases (4 in total) were appealed before the Supreme Court of Kosovo as the court of last instance. In these cases the plaintiffs have filed petition for extraordinary review ("revizija") claiming that a) the second instance court has violated the provisions of Civil Procedure Code, b) that the decision of the court is based on inaccurate and incomplete determination of the factual situation, and/or c) that the decision is based on an incorrect application of law. The Supreme Court of Kosovo has concluded three of these cases by dismissing the petition as ungrounded.

3.4. Proceedings before the Constitutional Court of Kosovo

So far, in only one compensation case supported through the Project's legal aid scheme, the plaintiff sought protection of his rights before the Constitutional Court of Kosovo.[33] In the *case of Branko Radeč* (Case No. KI96/13), the applicant submitted the application for the constitutional review of the decision of the Kosovo Court of Appeal. The applicant alleged violation of a number of rights guaranteed by the Constitution of Kosovo, such as the right to fair trial, right to property, right to efficient legal remedy, right to home and the prohibition of discrimination. The facts of this case can be summarized as follows:

In 2004 the applicant filed a compensation claim before the Municipal Court in Vushtrri/Vučitrn against the Municipality of Vushtrri/Vučitrn and the Provisional Institutions of Self-Governance in Kosovo, seeking compensation for damaged property. In the complaint, the applicant alleged that *"after the arrival of KFOR* in *Kosovo, the buildings that are located* in *the mentioned plot have been completely destroyed and the immovable property was stolen and destroyed, the orchard, acacia plantation and the forest were cut down, and the agricultural land is used by unauthorized persons."* The applicant also requested exemption from the payment of court fees by recalling his IDP status, loss of all his belongings as a consequence of the conflict and the fact that the payment of court fees would drastically affect his and his family's subsistence. The Municipal Court in Vushtrri/Vučitrn had never ruled on the court fees waver and in 2010 it decided to struck out the claim because of the plaintiff's "failure

[33] One more referral was submitted to the Constitutional Court of Kosovo in relation to the compensation claim, but after the completion of the research.

to pay the court fee for lodging a lawsuit". As described above, in relation to other similar decisions of the same court, the court based the decision on the presumption that the claims was withdrawn because the fee was not paid after the court placed the warning for the payment of fee on its notification board. In practice, none of the documents issued by the court, including the warning, could be delivered to the IDP plaintiff for the lack of the functional postal services between Kosovo and the Serbia proper. Three years later the second instance court rejected the applicant's appeal and confirmed the decision of the Municipal Court in Vushtrri/Vučitrn. The Court of Appeal rejected the appeal as ungrounded for the following reasons: a) the first instance court has undertaken at least two actions in order to notify the claimant about the court fees - in 2010 it notified the Office for International Cooperation of the Kosovo Ministry of Justice and later on it posted the warning on the payment of court fees at its notice board; b) the plaintiff did not submit any evidence to substantiate his court fee waver.

The Constitutional Court has rejected the referral in the *case of Branko Radeč* as inadmissible. In its decision it stated that the Municipal Court and the Court of Appeal *"followed the relevant rules and procedures and reasoned their decisions"* and that therefore, it cannot be concluded "*that the relevant proceedings were in any way unfair or tainted by arbitrariness"*.

4. Conclusion

The restitution of property lost during the conflict is a duty of responsible authorities spelled in the international legal documents for the protection of displaced persons and is a direct consequence of a set of individual rights laid down in the core international human rights instruments. The UN Principles on Housing and Property Restitution for Refugees and Displaced Persons (the so-called "Pinheiro Principles"), translate the right to property, freedom from arbitrary interference with one's home and right to housing into a distinct right to restitution: "everyone who has been arbitrarily or unlawfully deprived of housing, land and/or property [should] be able to submit a claim for restitution and/or compensation to an independent and impartial body".[34] The same right was spelled in the UN Guiding Principles on Internal Displacement, which establish the duty of competent authorities to assist IDPs to

[34] Principle 13.1. (E/CN.4/Sub.2/2005/17).

recover property and possessions they left behind.[35] Another important soft law instrument applicable to the post-conflict situations, the UN Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law,[36] draws the right to restitution and compensation of property from the right to remedy for human rights violations. This legal document elaborates the right to post-conflict property restitution by linking it to the important international law principle that a victim of human rights violations should be restored as closely as possible to the conditions existing before the violations occurred.

The restitution of property or compensation of damages sustained as a consequence of conflict is *conditio sine qua non* for finding durable solutions for displaced population. The displaced persons should be compensated for their losses regardless of whether they have chosen to return, locally integrate or resettle. Furthermore, the IDPs do not lose the right to restitution or compensation once their displacement is over,[37] since this right is not an entitlement conditioned upon having the IDP status.

Yet, the results of the analysis presented in the paper show that 15 years after the conflict the property restitution in Kosovo is far from being completed. The proceedings started in less than 1/3 of the analysed compensation cases and in an even lower number of cases these proceedings were completed. All the analysed first instance proceedings were concluded negatively for the plaintiff. In most of the final decisions the court struck out the claim by assessing that "the lawsuit is not permitted by law". The analysis also showed that so far a very tiny percentage of the appellate proceedings has been finalized, and that in none of the cases covered by the research the plaintiff was awarded compensation for the loss of property.

---

[35] Article 29.2 of the Guiding Principles (E/CN.4/1998/53/Add.2).

[36] Resolution adopted by the United Nations General Assembly on 21 March 2006, A/RES/60/147.

[37] The Brookings-Bern Project on Internal Displacement & Georgetown University's Institute for the Study of International Migration, "When Displacement Ends - A Framework for Durable Solutions", 2007, p. 15, available at: http://www.brookings.edu/reports/2007/09displacementends.aspx (last accessed on 1 May 2014).

Мр Милица В. Матијевић
Истраживач сарадник
Институт за упоредно право Београд

СУДСКИ ПОСТУПЦИ ПО ТУЖБАМА ЗА НАКНАДУ ШТЕТЕ НАСТАЛЕ УСЛЕД МАСОВНОГ УНИШТАВАЊА СТАМБЕНЕ ИМОВИНЕ НАКОН ПРЕСТАНКА ОРУЖАНИХ СУКОБА НА КОСОВУ И МЕТОХИЈИ

Резиме

Талас насиља који је преплавио Косово и Метохију након доношења УН СБ Резолуције 1244 у јуну 1999. године имао је за последицу расељење припадника мањинских зајединца и масовно уништавање њихове стамбене имовине. По окончању сукоба није успостављен посебан правни механизам за обештећење оних који су претрпели штету. Током 2004. и 2005. власници уништених и оштећених непокретности почињу да траже заштиту својих права пред судовима, што доводи до подношења огромног броја захтева за накнаду штете. У раду се истражује судбина ових захтева кроз анализу групе случајева у којима су тужиоци расељена лица која поступке по тужбама за накнаду штете воде уз подршку пројекта за пружање правне помоћи финансираног од стране Европске уније. Циљ истраживања био је да се утврде главне карактеристике поступака који се по тужбама за накнаду штете воде пред првостепеним, другостепеним и трећестепеним судовима. Резултати истраживања указују на то да су судски поступци започети у мање од 1/3 анализираних случајева и да је још мањи број ових поступака правноснажно окончан. Ни у једном од пресуђених предмета суд није усвојио тужиочев захтев за накнаду штете. Иако је право на реституцију имовине изгубљене током сукоба уређено бројним међународним документима и представља *conditio sine qua non* за повратак расељених лица, у раду се закључује да ни 15 година по завршетку сукоба остварење овог права на Косову и Метохији није омогућено.

Кључне речи: Косово и Метохија након сукоба из 1999. године, интерно расељена лица, захтеви за накнаду штете настале након сукоба, стамбена имовина, судски поступци.

Др Весна Ћорић[1]

Оригинални научни рад
UDK: 341.231.14:341.24

ПИТАЊЕ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ПОВРЕДЕ ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ О ЉУДСКИМ ПРАВИМА КОЈЕ СУ ПОСЛЕДИЦА АКТИВНОСТИ МИСИЈА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Апстракт

Проблем одговорности међународних организација за повреде извршене у склопу њихових мисија свакако представља једно од веома сложених питања у правној теорији и пракси. У границама овог рада, анализа ће се ограничити на проучавање једног аспекта овог проблема који се односи на питање одговорности ЕУ за повреде ЕКЉП које су последица активности мисија ЕУ. У том контексту, размотириће се новине које предвиђа нацрт споразума о приступању ЕУ ЕКЉП, као и критички оценити да ли ограничења присутна у судском систему установљеном ЕКЉП стоје на путу успешног остваривања предложених решења.

Кључне речи: Европска конвенција о људским правима, Европски суд за људска права, мисије Европске уније, заједничка спољна и безбедносна политика.

1. Уводне напомене

На преговарачком састанку одржаном у априлу 2013. године између представника Европске уније (у даљем тексту ЕУ) и Савета Европе дошло је до обостраног прихватања коначне верзије нацрта Споразума о приступању Европске уније Европској конвенцији о људским правима (у даљем тексту ЕКЉП).[2] Иако је на почетку

[1] Истраживач сарадник, Институт за упоредно право, mail: vesnacoric@yahoo.com
[2] The Fifth Negotiation Meeting between the CDDH Ad Hoc Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Final Report to the CDDH, Strasbourg, 10. June 2013, 47+1(2013) 008rev2,*http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1(2013)008rev2_EN.pdf,* 11.08.2014, 2-3.

преговарачког процеса, тачније у јулу 2010 године, била исказана спремност на обе стране за што хитнијим поступањем, тек након приближно три године рада обострано је прихваћена садржина Закључног нацрта Споразума о приступању.[3]

Иако се обостраном прихватању Закључног нацрта приписује пресудан значај за даљи развој бројних аспеката заштите људских права[4] у границама овог рада, анализа ће се ограничити на допринос који би примена механизма приступања ЕУ ЕКЉП на начин предвиђен овим споразумом остварила у погледу одговорности ЕУ за повреде ЕКЉП које су извршене у склопу мисија ЕУ. У том светлу, изложиће се и бројни критички тонови који су јавили у стручним и научним круговима у току преговарачког процеса приликом израде датог решења.

Након указивања на значај решења која се предлажу у нацрту Споразума о приступању[5] у погледу процесуирања повреда права из ЕКЉП извршених у склопу мисија ЕУ, указаће се на потенцијална ограничења у судском систему заштите људских права која стоје на путу ефикасног спровођења датих решења. У том циљу настојаће да се критички испита пракса Европског суда за људска права (у даљем тексту ЕСЉП) која је претходила потписивању правних инструмената о приступању како би се што потпуније сагледале дате тешкоће.

---

[3] Council of the European Union, *The Stockholm Programme – An open and secure Europe serving and protecting the citizens*, 2 December 2009, doc. 17024/09;Council of Europe, press release 545(2010), 7 July 2010; the Council gave the Commission a mandate for negotiation on 4 June 2010 with negotiation directives (Document 9689/10).

[4] B. F. Fabbrini, J Larik, „The Accession of the EU to the ECHR and its Effects: *Nada v Switzerland*, the Clash of Legal Orders and the Constitutionalization of the EctHR", 2013, 42, *http://www.ssrn.com/abstract=2334905 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2334905*, 11.09.2014; European Commission Press Release, IP/10/906 Strasbourg 7 July 2010.

[5] Иако ће се у оквиру овог рада анализа пре свега ограничити на решења Закључног нацрта Споразума о приступању, битно је нагластити да су преговарачке активности биле усмерене на израду читавог сета правних инструмената неопходних за приступање ЕУ ЕКЉП. Дакле, осим нацрта Споразума о приступању, појмом неопходних правних инструмената за приступање ЕУ ЕКЉП је обухваћена и Декларација ЕУ, модел Меморанудума о сарадњи, као и Допунски извештај уз нацрт Споразума о приступању. B. Fifth Negotiation Meeting between the CDDH *Ad Hoc* Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights , Final Report to the CDDH, Strasbourg, 10. June 2013, 47+1(2013) 008rev2, 3.

2. Ширење и прецизирање надлежности Европског суда за људска права у погледу вршења контроле мера и пропуштања које се односе на заједничку спољну и безбедносну политику Европске уније

Коначне верзије нацрта правних инструмената о приступању ЕУ ЕКЉП недовосмислено потврђују да ће, након приступања, ЕСЉП постати надлежан да процењује усаглашеност мера и пропуштања ЕУ са одредбама ЕКЉП, укључујући и усаглашеност оних мера и пропуштања које се односе на материју заједничке спољне и безбедносне политике. Тачније, нацрт споразума о приступању дате мере и пропуштања изричито не искључује из надлежности ЕСЉП.[6] Питање постојања надлежности ЕСЉП да испитује усаглашеност мера и пропуштања предузетих у оквиру заједничке спољне и безбедносне политике је као спорно и сложено у значајној мери поделило европску научну мисао и стручну јавност у току израде инструмената о приступању.

Тако су, на пример, француски представници у току израде нацрта инструмената о приступању предложили да се искључи или ограничи надлежност ЕСЉП у погледу оцене усаглашености мера и пропуштања који се односе на заједничку спољну и безбедносну политику ЕУ са одредбама ЕКЉП.[7] Француском предлогу придружила се Велика Британија, док су Немачка и државе уговорнице ЕКЉП које при томе нису чланице ЕУ заузеле супротно становиште.[8] Битно је напоменути да је поменута француска иницијатива даље дала повод за настанак различитих концепција у стручним и научним круговима у погледу питања да ли би и у којем обиму требало да се приступи ограничавању надлежности ЕСЉП при испитивању мера и пропуштања из области заједничке спољне и безбедносне политике. Евидентна размимоилажења у ставовима довела су и до отварања

[6] J. Polakiewicz, „EU Law and the ECHR: Will EU Accession to the European Convention on Human Rights Square the Circle?“, Fundamental Rights In Europe: A Matter For Two Courts, Oxford Brookes University, 18 January 2013, 7, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Accession_documents/Oxford_18_January_2013_versionWeb.pdf., 10.09.2014.

[7] B. Council of the EU doc no 16385/11, 3 наведено према T. Lock, „End of an Epic? The Draft Agreement on the EU's Accession to the ECHR“, *Yearbook of European Law* vol. 31, no. 1 2012, 187.

[8] Stian Oby Johansen, „Some thoughts on the ECJ hearing on the Draft EU-ECHR accession agreement (Part 1 of 2)“, 6. May 2014, 1-2, *http://obykanalen.wordpress.com/2014/05/06/some-thoughts-on-the-ecj-hearing-on-the-draft-eu-echraccession-agreement-part-1-of-2/*, 22.09.2014.

нове рунде преговора у 2012. години.[9]

Док су се поједини аутори залагали за ограничење надлежности ЕСЉП у погледу контроле мера и пропуштања које су предузете у оквиру заједничке спољне и безбедносне политике,[10] друга група аутора противила се било каквом виду ограничавања надлежности ЕСЉП у том погледу.[11] Жаке (*Jacque*) је као најистакнутији поборник првог схватања, заговарао увођење ограничене надлежности ЕСЉП у погледу вршења контроле усклађености материје из области заједничке спољне и безбедносне политике са основним правима. Наиме, Жаке се залагао за ограничен вид надлежности ЕСЉП у датој области која би постојала искључиво у случајевима у којима је надлежан и Суд правде Европске уније (у даљем тексту СП ЕУ). Он је свој став објаснио истакавши да би пуна надлежност ЕСЉП у погледу свих аката и пропуштања водила асиметрији између контроле коју врши СП ЕУ и ЕСЉП, будући да је члан 275. УФЕУ у великој мери искључио надлежност СП ЕУ у погледу одредби заједничке спољне и безбедносне политике и аката усвојених на основу тих одредби.[12]

Осим тога, Жаке је тврдио да је већина мера усвојених на основу заједничке спољне и безбедносне политике пре политичке него правне природе, те да се стога увођење тако широко постављене надлежности чини излишним. У том контексту, он је даље истакао да настанак предложеног вида контроле од стране ЕСЉП нису очекивали ни сами творци Оснивачких уговора. Наиме, полазећи од традиционалног схватања контроле усклађености, Жаке тврди, да је незамисливо да се класичној контроли усклађености са одредбама ЕКЉП подвргавају мере и пропуштања из области заједничке спољне и безбедносне политике. Оне, наиме, ретко производе правна дејства на трећа лица, осим у случајевима на које се примењују ограничења предвиђена ставом 2. члана 275. УФЕУ у погледу којих већ постоји

[9] Непуних годину дана од подношења договорених нацрта, тачније 13. јуна 2012. године Комитет министра Савета Европе дао нови мандат Управном комитету да настави преговоре са ЕУ али у промењеном саставу како би окончао преговоре о неопходним правним инструментима за приступање. B. The Fifth Negotiation Meeting between the CDDH *Ad Hoc* Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Final Report to the CDDH, Strasbourg, 10 June 2013, 47+1(2013) 008rev2, пара. 2-3.

[10] J. P. Jacqué, „The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms“, *Common Market Law Review* vol. 48, no. 4, 2011, 1005; Stian Oby Johansen, 1-2.

[11] B. T. Lock, (2012), 187; M. Kuijer, „The Accession of the European Union to the ECHR: A Gift for the ECHR'S 60th Anniversary or an Unwelcome Intruder at the Party?", *Amsterdam Law Forum*, vol. 3, no. 4, 2011, 29-30; J. Polakiewicz, 16.

[12] J. P. Jacqué, 1005-1006.

надлежност СП ЕУ.[13]

Као што је већ напоменуто, присталице супротног становишта предвођени Локом (*Lock*) и Куијером (*Kuijer*) су се залагали за неограничену надлежност ЕСЉП у погледу судске контроле мера и пропуштања ЕУ који су предузете у оквиру заједничке спољне и безбедносне политике.[14] Аргументација коју су они развили чини се уверљивијом и боље утемељеном.

Пре свега, они истичу да би потпуно искључење надлежности ЕСЉП у погледу контроле мера и пропуштања које се односе на заједничку спољну и безбедносну политику са основним правима водило одсуству надлежности ЕСЉП и у погледу рестриктивних мера против физичких и правних лица које се усвајају у оквиру заједничке спољне и безбедносне политике.[15] Имајући у виду да управо поменуте рестриктивне мере, представљају од свих мера које се усвајају у оквиру заједничке спољне и безбедносне политике, сегмент у којем најчешће долази до повреда људских права, намеће се закључак да би искључење надлежности ЕСЉП у тим случајевима угрозило легитимност процеса приступања ЕУ ЕКЉП, као и водило одбацивању споразума о приступању од стране појединих чланица ЕУ.[16]

С друге стране, поборници тзв. концепта „пуне надлежности“ ЕСЉП упућују такође критике и поменутој концепцији у оквиру које се заговара модел делимично ограничене надлежности ЕСЉП у материји из области заједничке спољне и безбедносне политике. Они се, наиме, противе делимичном ограничењу надлежности ЕСЉП, којим би се заправо поистоветио круг ситуација у погледу којег постоји надлежност ЕСЉП и СП ЕУ у материји из области заједничке спољне и безбедносне политике. Насупрот Жакеу који је истицао да се једино применом датог модела може да спречи настанак асиметрије између контроле коју врши СП ЕУ и ЕСЉП, они тако формулисан концепт делимично ограничене надлежности ЕСЉП сматрају неодговарајућим услед одсуства јасно постављених граница. Такав модел би, по њиховом мишљењу, водио нарушавању правне сигурности и настанку ситуација у којима би ЕСЉП био принуђен да самостално одлучује о томе да ли постоји надлежност СП ЕУ у погледу одређеног питања.[17]

[13] *Ibidem.*
[14] M. Kuijer, 29-30; J. Polakiewicz, 7-16; T. Lock, (2012), 187.
[15] T. Lock, 187-189.
[16] J. Polakiewicz, 7-16.
[17] T. Lock, 189-191.

На трећем месту, присталице ове концепције упућују основану критику претходно изложеном ставу који је изнео Жаке, а који се састоји у томе да је већина аката из области заједничке спољне и безбедносне политике пре политичке него правне природе. Наиме, они оправдано истичу да недавно кодификована заједничка безбедносна и одбрамбена политика представља најочигледнији изузетак у том погледу. Члан 42. став 1. УЕУ омогућава покретање мисије ван територије ЕУ у оквиру којих се може прибећи како цивилним, тако и војним средствима. Овакво решење, које ће касније бити детаљније анализирано, свакако отвара могућност настанка бројних повреда људских права у погледу којих је нужно обезбедити ефикасан систем заштите.

На крају, присталице ове концепције оправдано истичу да образложење којима се објашњава извршено ограничење надлежности СП ЕУ у погледу материје из области заједничке спољне и безбедносне политике, не би могло да се искористи као изговор за сужавање надлежности ЕСЉП у погледу процесуирања повреда ЕКЉП извршених мерама или пропуштањима предузетим у оквиру заједничке спољне и безбедносне политике. Ограничење надлежности СП ЕУ у погледу дате материје које је извршено у члану 275. УФЕУ, чини се оправданим будући да се на тај начин настојао очувати међувладин карактер заједничке спољне и безбедносне политке, као и сувереност држава чланица ЕУ. Међутим, ти разлози не би могли да послуже као оправдање за ограничавање надлежности ЕСЉП у погледу испитивања да ли су актима из области заједничке спољне и безбедносне политике повређена људска права гарантована ЕКЉП. Наиме, ЕСЉП таквим деловањем не би могао ни у једном случају да наруши сувереност држава чланица.[18]

Изложени закључци друге групе аутора предвођених Локом и Куијером чине се у потпуности утемељеним, те не постоји ни један довољно основан разлог за било какво ограничење надлежности ЕСЉП у том погледу. Наиме, предвиђањем надлежности ЕСЉП у нацртима инструмената о приступању у погледу оцене усаглашености мера и пропуштања ЕУ, који се односе на област заједничке спољне и безбедносне политике са одредбама ЕКЉП, попуњава се пре свега постојећа правна празнина у европском систему заштите људских права, која је настала као последица формулације члана 275. УФЕУ.

[18] T. Lock, 187.

Подсећања ради, у члану 275. став 1. предвиђа се да СП ЕУ није надлежан у погледу одредби које се односе на заједничку спољну и безбедносну политику, као ни за акте донесене на основу тих одредби. Овом формулацијом се, на први поглед, у потпуности искључује надлежност СП ЕУ у погледу одлучивања о питањима која се односе на сферу заједничке спољне и безбедносне политике. Међутим, праве размере дате правне празнине су у суштини далеко мање него што то на први поглед изгледа. Наиме, већ у другом ставу истог члана наводе се изузеци од прописаног искључења надлежности, те се предвиђа надлежност СП ЕУ да врши надзор над поштовањем члана 40. УЕУ, као и да, под одређеним условима, испитује законитост одлука Савета којима се одређују рестриктивне мере против физичких и правних лица.

Имајући у виду да управо поменуте рестриктивне мере, представљају од свих мера које се усвајају у оквиру заједничке спољне и безбедносне политике, сегмент у којем најчешће долази до повреда људских права, може да се закључи да ће се, хипотетички гледано, у перспективи, јављати веома узак спектар ситуација у погледу којих СП ЕУ не би био надлежан да одлучује о усклађености мера и пропуштања из оквира заједничке спољне и безбедносне политике са основним правима. Из наведеног произилази да ће се, након приступања, појављивати једино мали број случајева у области заједничке спољне и безбедносне политике у којима ће се ЕСЉП указати прилика да се изјасни у погледу одређеног питања пре СП ЕУ. Такав закључак јасно указује на неоснованост Жакеове тврдње о „развоју асиметричних надлежности“ између ЕСЉП и СП ЕУ.

Међутим, и поред истицања ограничених димензија и значаја постојеће правне празнине у европском поретку заштите људских права, битно је нагласити да ће се основни значај увођења механизма приступања у погледу питања обухваћених спољном и безбедносном политиком, испољити у сфери заједничке безбедносне и одбрамбене политике, која је, по први пут, под тим називом, формално кодификована Уговором из Лисабона, иако је у пракси заживела десет година раније као „европска безбедносна и одбрамбена политика.“[19]

Ради се о области која представља саставни део заједничке спољне и безбедносне политике и која се, пре свега, огледа у увођењу могућности вршења мисија изван ЕУ које, између осталог, укључују,

[19] L. C. Ferreira-Pereira, „The European Security and Defense Policy under the Lisbon Treaty: State of the Play and Future Prospects“, May 2013, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., Online Publication, 4, *http://www.kas.de/wf/doc/9916-1442-2-30.pdf*, 10.10. 2014.

очување мира, спречавање сукоба, као и успостављање мира и стабилизацију након сукоба.[20] Будући да су државе чланице те које стављају на располагање своје цивилне и војне капацитете ЕУ, како би ЕУ спровела заједничку безбедносну и одбрамбену политику, поставља се питање одређивања субјекта одговорног за повреде које проистекну из мера и пропуштања предузетих у контексту датих мисија које се врше у оквиру ЕУ.

3. Проблем утврђивања персоналног важења Европске конвенције о људским правима

У оквиру разматрања проблематике пасивно легитимисаних субјеката пред ЕСЉП, као релевантно искрсава и сложено питање одговорности државе за акт једне међународне организације чији је она члан. Наиме, дато питање поставило се у низу предмета, између осталог: *Метјус против Уједињеног Краљевства*,[21] *Босфорус Хава Јолари Туризм Ве Тицарет Аноним Шикрети против Ирске*,[22] *Бехрами против Француске и Сараманти против Француске, Немачке и Норвешке*.[23]

У оквиру овог рада, анализа ће се ограничити искључиво на случајеве са којима се ЕСЉП у протеклој деценији сусретао у ситуацијама у којима су истицане повреде људских права из ЕКЉП, а које су при томе биле проузроковане у оквиру предузимања мисија изван територије ЕУ, покренутих по налогу међународне организације.

Док се у ретким случајевима, нпр. у предмету *Ал Џеда против Уједињеног Краљевства*,[24] одговорност успела приписати

[20] Као задатке у оквиру којих се могу користити цивилна и војна средства наводе се у члану 43. став 1. УЕУ, између осталог, задаци спречавања сукоба и очувања мира, као и постизање стабилизације након сукоба. В. између осталог члан 42. ставови 1. и 3. УЕУ и члан 43. став 1. УЕУ.

[21] *Matthews v. the United Kingdom*, представка бр. 24833/94, пресуда од 18 фебруара 1999.

[22] *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS v. Ireland*, представка бр. 45036/98, пресуда од 30. јуна 2005.

[23] *Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway*, представке бр. 71412/01 и 78166/01, одлука о прихватљивости од 2 маја 2007.

[24] *Al-Jedda v. United Kingdom*, представка бр. 27021/08, 7. јул 2011, пара. 83. У датом случају се приписивање одговорности Уједињеном Краљевеству, а не Уједињеним нацијама, образложило тиме, да за разлику од већине других мисија, пре свега раније цитираног случаја *Бехрами против Француске и Сараманти против Француске, Немачке и Норвешке (Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway)* у датом случају Уједињене нације нису преузеле контролу у погледу спровођења релевантних резолуција СБ. В. M. Milanović, „European Court Decides Al-Skeini and Al-Jedda," 07. July 2011, *http://www.ejiltalk.org/european-court-decides-alskeini-and-al-jedda/*, 02.09. 2014.

Уједињеном Краљевству, које је учествовало у датој мисији, а не међународној организацији у оквиру које је мисија покренута, у другима је утврђивано одсуство *ratione personae* надлежности. Као добар пример у том погледу може да послужи одлука у предметима *Бехрами против Француске и Сараманти против Француске, Немачке и Норвешке*.[25] У датим случајевима, одговорност се није могла приписати туженим државама, будући да су оне деловале по налогу међународне организације. С друге стране, будући да дата међународна организација није уговорница ЕКЉП, није се могло улазити ни у питање њене одговорности за наступелу повреду ЕКЉП.

Ступањем на снагу нацрта правних инструмената о приступању, ЕУ ће стећи пасивну легитимацију пред ЕСЉП тако да би проблем процесуирања датих повреда и одређивања одговорног субјекта био у потпуности отклоњен у случајевима када је повреда одредби ЕКЉП несумњиво извршена по налогу ЕУ и у склопу њених мисија.

Иако се у горе поменутим случајевима радило о мисијама покренутим под командом Уједињених нација, а не ЕУ, очекује се, у перспективи, прилив бројних представки ЕСЉП, услед којих ће се он, даље, упустити у испитивање да ли је наступила повреда одредби ЕКЉП радњама или пропуштањима извршеним у оквиру мисија покренутих по налогу ЕУ**.** У прилог извесности будућих мисија ЕУ, па и покретања поступака пред ЕСЉП у случају евентуалних повреде ЕКЉП, говори податак да је у периоду од 2003. до данас по налогу ЕУ предузето више од 20 мисија у различитим крајевима света, изван ЕУ.[26] Уколико приступање не буде спроведено на начин предвиђен актуелним нацртима, у будућности ће се наилазити на исте проблеме трагања за одговорним субјектом, као у горе наведеним предметима, у којима су повреде ЕКЉП наступиле у склопу вршења мисија, покренутих под командом других организација.

4. Проблем утврђивања просторног важења Европске конвенције о људским правима

Иако би се, дакле, применом механизма приступања на начин конципираног актуелним нацртима изричито омогућила пасивна

[25] В. раније цитирану одлуку о прихватљивости у предметима *Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway*.

[26] Између осталог, дате мисије су предузимане на територији Африке, Балкана, Средњег истока и Југоисточне Азије. B. L. C. Ferreira-Pereira, 2-3.

легитимација ЕУ, која нужно подразумева и могућност приписивања одговорности ЕУ за повреде извршене у оквиру датих мисија, актуелни нацрти не нуде решења једног другог проблема који може да угрози успостављање ефикасне контроле у оквиру европског система заштите људских права. Реч је о питању утврђивања просторног важења ЕКЉП, које је у пракси ЕСЉП већ доводило до озбиљних проблема. Дати проблеми ће се у будућности, по свему судећи, нарочито интезивирати у случајевима који се буду односили на мисије ЕУ које се предузимају ван територије Савета Европе.[27]

Наиме, члан 1. ЕКЉП који предвиђа да су државе уговорнице у обавези да пруже заштиту људских права свим субјектима који су у њиховој надлежности је у пракси стварао проблеме при тумачењу појма надлежности.[28] ЕСЉП је у својој јуриспруденцији стајао на гледишту да се појам надлежности из члана 1. ЕКЉП не поклапа с појмом територије државе уговорнице ЕКЉП, односно да једно лице може, у начелу, бити под јурисдикцијом државе уговорнице и када се не налази на њеној територији.[29] Претходно изложен став, ЕСЉП је даље у пресуди *Лоизиду* учврстио уобличивши га у начело да се сходно ЕКЉП надлежност државе може простирати и изван државних граница.[30]

У литератури и пракси су се разликовале четири категорије изузетака од начела територијалног важења ЕКЉП. У питању су следећи основи екстериторијалне надлежности: случајеви ефективне контроле, случајеви ефективног дејства, случајеви екстрадиције или протеривања, као и случајеви који се односе на вршење власти у дипломатским и конзуларним представништвима у иностранству.[31]

[27] T. Lock, 187.

[28] „Високе стране уговорнице јемче свакоме у својој надлежности права и слободе одређене у Делу I ове Конвенције.“ В. члан 1. ЕКЉП; Д. Поповић, *Европско право људских права*, Службени гласник, Београд 2012, 50; S. Miller, „Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention“, *The European Journal of International Law* vol. 20 no. 4, 2010, 1226.

[29] В. између осталог, пара. 90. *Дрозд и Јануошек против Француске и Шпаније (Drozd and Janousek v. France and Spain,* представка бр. 12747/87, пресуда од 26. јуна 1992.); *Лоизиду против Турске (Loizidou v. Turkey*, представка бр. 15318/89, пресуда од 23. марта 1995; *Иласку и други против Молдавије и Русије (Ilascu and Others v. Moldova and Russia*, представка бр. 48787/99, пресуда од 8. јула 2004.).

[30] В. пара 87. *Loizidou v. Turkey*, представка бр. 15318/89, пресуда од 23. марта 1995.

[31] В. пара. 68, 69, 70, и 73. одлуке у предмету *Банковић (Banković and Others v. Belgium and Other 16 Contracting Parties,* представка бр. 52207/99, одлука о прихватљивости од 12. децембра 2001.); R. Lawson, „Life After Banković: On the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights“, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties* (eds. F. Coomans, M.T. Kamminga) Hart Publishing, Oxford 2004, 105. Истиче се да је заједничко обележје све четири категорије то што се одговорност државе заснива на вршењу одређеног облика контроле.

Истицало се да се за разлику од концепта надлежности у међународном јавном праву, појам надлежности у смислу члана 1. ЕКЉП прагматичније и флексибилније схвата, што подразумева и предвиђање ширег круга изузетака од начела територијалне примене. Широко постављеним концептом екстериторијалне надлежности се, дакле, настојала пружити што потпунија и ефикаснија заштита људских права гарантованих ЕКЉП.[32] Међутим у наредним редовима ће се указати на мањкавости на тај начин конципиране екстериотијалне надлежности, као и на опасности које оне представљају по изградњу ефикасног европског система заштите људских права.

Приликом утврђивања екстериторијалног важења ЕКЉП, ЕСЉП је најчешће прибегавао тесту ефективне контроле, те се стога прво приступа анализи тог основа.[33] ЕСЉП је ефективност контроле применио као мерило територијалног важења ЕКЉП у низу случајева, укључујући, између осталог: *Лоизиду против Турске,*[34] *Иласку и други против Молдавије и Русије*,[35] *Иса и други против Турске*,[36] *Оџалан против Турске*[37] и *Медведјев и други против Француске.*[38] ЕСЉП је нашао да трајање контроле није пресудно при утврђивању постојања ефективности контроле једне области.[39] Међутим, ЕСЉП је у предмету *Банковић и други против Белгије и других*[40] учинио значајан заокрет. Он, је наиме, одступио од примене теста ефективне контроле, иако околности самог случаја не пружају јасно оправдање за такво поступање.

У том случају, ЕСЉП по први пут, уводи мерило тзв. јурисдикционе везе за заснивање екстериторијалног важења ЕКЉП, упркос томе што су се подносиоци представке позивали на то да је потребно применити тест ефективне контроле у конкретном случају.[41] Подносиоци су, са своје стране, тврдили да је бомбардовање којем

[32] S. Miller, 1245.

[33] M. Milanović, „From Compromise to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties“, *Human Rights Law Review* vol. 8. no. 3., 2008, 424–426.

[34] В. раније цитирану пресуду у предмету *Loizidou v. Turkey.*

[35] В. раније цитирану пресуду у предмету *Ilascu and Others v. Moldova and Russia*, пара. 392

[36] *Issa and Others v. Turkey,* представка бр. 31821/96, пресуда од 30. марта 2005, пара. 69- 74.

[37] *Öcalan v. Turkey,* представка бр. 46221/99, пресуда од 12. маја 2005, пара. 91.

[38] *Medvedyev and Others v. France*, представка бр. 3394/03, пресуда од 29. марта 2010.

[39] В. раније цитирану пресуду у предмету *Issa and Others v. Turkey,* пара. 74.

[40] В. раније цитирану одлуку у предмету *Banković and Others v. Belgium and Other 16 Contracting Parties.*

[41] A. S. de Frías, „Extraterritorial Application of the ECHR: A Relevant Contribution to the Peace and Security?”, 21, *www.uv.es/esil2012/pdf/6salinas.pdf*, 29.09.2014.

је претходила контрола ваздушног простора над читавом државом, било, у суштини, израз ефективне контроле територије друге државе.[42] Резонавање ЕСЉП се, у датом случају, на први поглед, чини логичним, мада истовремено превише рестриктивним.[43] ЕСЉП је рестриктиван приступ настојао да образложи посебним околностима самог случаја. Наиме, он је истицао да се једино посредством копнених трупа, за разлику од самосталног деловања ваздушних снага, може успоставити ефективна територијална контрола.[44]

Као једно од суштинских ограничење формуле јурисдикционе везе истиче се, даље, њена недовољна одређеност, тачније недовршеност, с обзиром да се њоме не одређују конститутивни елементи јурисдикционе везе. ЕСЉП је у датом случају представку прогласио неприхвативом налазећи да није убеђен у постојање јурисдикционе везе између подносиоца представке и одговорних држава, будући да подносиоци представке и њихови преминули рођаци „нису били у стању да се нађу у надлежности одговорних држава, на основу екстериторијалног акта у питању“.[45]

Осим неодређености самог резоновања, критика се упућује закључку ЕСЉП у предмету *Банковић* због тога што он не изгледа текстуално утемељен на ранијим пресудама, нити мисаоно произилази из претходног судског излагања у предмету *Банковић*, у којој се спомињао критеријум ефективности контроле.[46] Исто тако, конструкција јурисдикционе везе није доследно разрађена ни у потоњим одлукама ЕСЉП. Између осталог, примећује се да је ЕСЉП у каснијим одлукама био мање строг у процени појма надлежности по члану 1. ЕКЉП, у односу на став заузет у предмету *Банковић*.[47] На тај начин се, у перспективи, отвара простор за даље недоследности ЕСЉП приликом тумачења појма надлежности из става 1. ЕКЉП.

[42] В. раније цитирану одлуку у предмету *Banković and Others v. Belgium and Other 16 Contracting Parties*, пара. 74 -81.

[43] R. Wilde, „The ‘Legal Space’ or ‘Espace Juridique’ of the European Convention on Human Rights: Is It Relevant to Extraterritorial state Action?”, *European Human Rights Law Review* vol. 12, no. 2, 2005, 117; E. Roxstrom, M. Gibney, T. Einarsen, „The NATO bombing case (Bankovic et Al. v. Belgium et al.) and the limits of Western Human Rights Protection”, Boston University International Law Journal, vol. 23, 2005, 60.

[44] M. Kearney, „Extraterritorial Jurisdiction of the European Convention on Human Rights”, *Trinity College Law Review* vol. 5, 2002, 138; K. Altiparmak, „Bankovic: An Obstacle to the Application of the European Convention on Human Rights in Iraq?”, J*ournal of Conflict & Security Law* vol. 9 no. 2, 2009, 227.

[45] В. раније цитирану одлуку у предмету *Banković and Others v. Belgium and Other 16 Contracting Parties*, пара. 82.

[46] S. Miller, 1234.

[47] Д. Поповић, 55.

Уз то, сумњу у погледу даљег недоследног поступања ЕСЉП превасходно изазива чињеница што је ЕСЉП, након одлуке у предмету *Банковић*, крајње неусклађено приступао питањима територијалног важења ЕКЉП. У појединим предметима је наставио да примењује мерило јурисдикционе везе,[48] у другима се окренуо ранијем тесту ефективне контроле,[49] док је у неким ситуацијама у потпуности избегао суочавање са проблемом просторног важења.[50]

Тако се, на пример, у предмету *Ал-Скеини и други против Уједињеног Краљевства*, поново применило мерило тзв. јурисдикционе везе.[51] У датом случају је ЕСЉП утврдио постојање јурисдикционе везе између жртава и подносиоца представки са одговорном државом у смислу члана 1. ЕКЉП. Међутим, овом пресудом ЕСЉП је пропустио да прецизира и појасни сопствени став о појму јурисдикционе везе.[52] Наиме, он је једино закључио да је за постојање такве везе довољно вршење власти и контроле. Будући да су британске трупе у датом случају неспорно вршиле власт и контролу над појединцима убијеним у току безбедносних операција, у датом случају је установљена јурисдикциона веза.[53]

Основни недостатак формуле тзв. јурисдикционе везе огледа се у томе што се њоме не прецизира који су то конститутивни елементи неопходни за утврђивање јурисдикиционе везе. Пре свега, отвара се питање, да ли вршење власти и контроле представљају нужне предуслове за њено утврђивање и уколико престављају због чега се њихова испуњеност није процењивала и у предмету *Банковић*.

Будући да ЕСЉП истовремено примењује формуле ефекивне контроле и јурисдикционе везе, као и да су елементи појма јурисдикционе везе, још увек, нејасно постављени постоји велика опасност недоследног поступања ЕСЉП, у перспективи,

[48] *Marković and Others v. Italy*, представка бр. 1398/03, пресуда од 14. децембра 2006.; Ben El Mahi and Others v. Denmark, представка бр. 5853/06, одлука од 11. децембра 2006.; *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom*, представка бр. 55721/07, пресуда од 7. јула 2011.

[49] Раније цитирана пресуда у предмету *Issa and Others v. Turkey,* пара. 75; Раније цитирана пресуда у предмету *Ilascu and Others v. Moldova and Russia,* пара. 392; *Al-Jedda v. The United Kingdom*, представка бр. 27021/08, пресуда од 7. јула 2011., пара. 84-86.

[50] *B. Behrami and Behrami against France and Saramati against France, Germany and Norway*, представке бр. 71412/01 и 78166/01, одлука о прихватљивости од 2. маја 2007., пара.146. Радило се о два случаја које је ЕСЉП спојио у јединствен поступак.

[51] В. раније цитирану пресуду у предмету *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom,* пара.149.

[52] Д. Поповић, 56.

[53] В. раније цитирану пресуду у предмету *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom,* пара. 147-149.

при решавању проблема просторног важења ЕКЉП. Поменута недоследност се свакако одражава на ефикасност заштите људских права у Европи и прети да наруши правну сигурност у судском систему установљеном ЕКЉП.

5. Закључна разматрања

Бројне критике које се упућују у стручним и научним круговима предложеном прецизирању и проширењу надлежности ЕСЉП у погледу оцене усаглашености мера и пропуштања које се односе на материју заједничке спољне и безбедносне политике ЕУ са основним правима чине се недовољно утемељеним. Истиче се да су опречни ставови у погледу датог питања управо довели до кашњења у изради коначне верзије нацрта инструмената о приступању. Извршена анализа указује да опоненти коначно усвојеног решења нису изнели ни један основан разлог у прилог ограничења надлежности ЕСЉП у том погледу.

Наиме, предвиђањем надлежности ЕСЉП у нацртима инструмената о приступању у погледу оцене усаглашености мера и пропуштања ЕУ, који се односе на област заједничке спољне и безбедносне политике са одредбама ЕКЉП, попуњава се пре свега постојећа правна празнина у европском систему заштите људских права, која је настала као последица формулације члана 275. УФЕУ. С обзиром на ограничене димензије постојеће правне празнине у европском поретку заштите људских права, чини се да ће основни значај ступања на снагу нацрта инструмената о приступању у погледу питања обухваћених спољном и безбедносном политиком да се испољи у сфери заједничке безбедносне и одбрамбене политике, која је, по први пут, под тим називом, формално и кодификована Уговором из Лисабона. Наиме, очекује се, у перспективи, прилив бројних представки ЕСЉП, поводом којих ће се он, даље, упустити у испитивање да ли је наступила повреда одредби ЕКЉП радњама или пропуштањима извршеним у оквиру мисија покренутих по налогу ЕУ. У прилог извесности будућих мисија ЕУ најбоље говори већ навођен податак да је у периоду од 2003. до данас по налогу ЕУ предузето више од 20 мисија у различитим крајевима света, изван ЕУ.

Међутим, упркос неспорној сврсисходности предложеног прецизирања и ширења надлежности ЕСЉП у погледу процесуирања повреда људских права које су наступиле у склопу мисија ЕУ, у овом раду

је настојало да се укаже и на постојеће недоречености и недоследности на које се наилази у пракси ЕСЉП.

Иако решење којим би се увела пасивна легитимација ЕУ пред ЕСЉП представља значајан напредак, битно је у перспективи што прецизније разграничити ситуације у којима се за повреде извршене у склопу мисија ЕУ одговорност приписује ЕУ од оних када се као одговорна лица јављују државе чланице.

Као што је истакнуто у оквиру овог рада постоји велика опасност од даљег недоследног поступања ЕСЉП при решавању проблема просторног важења ЕКЉП, с обзиром да ЕСЉП истовремено примењује формуле ефекивне контроле и јурисдикционе везе, као и да су елементи појма јурисдикционе везе, још увек, нејасно постављени. Таква недоследност би даље, након приступања, водила нарушавању правне сигурности у судском систему установљеном ЕКЉП, будући да би приликом предузимања мисија ЕУ ван територије Савета Европе у сваком конкретном случају постојала неизвесност у погледу тога да ли ће ЕСЉП да се огласити надлежним да одлучује у датом случају, а самим тим и да ли ће се уопште пружити могућност да се ЕУ прогласи одговорним за повреду извршену у склопу датих мисија.

Дати проблем би се на целисходан начин могао да отклони изменом актуелних нацрта инструмената о приступању у којима је пропуштено да се изврши потребно прецизирање просторног важења ЕКЉП, код случајева у којима би се ЕУ нашла у улози туженог у погледу повреда које је извршила у горе поменутом контексту ван територије Савета Европе. Имајући у виду да се процес усвајања нацрта инструмената о приступању већ налази у подмаклој фази, било би упутно трагати и за другим методама. У том контексту, потебно је настојати да се нужна појашњења унесу у будуће протоколе уз ЕКЉП, с обзир4ом да присутна мањкавост омета успешно спровођења предложених новина, а самим тим и стоји на путу успостављања ефикасног система заштите људских права у Европи.

Vesna Ćorić, Ph.D
Research Associate, Institute of Comparative Law

THE ACCOUNTABILITY FOR THE VIOLATIONS OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS COMIMITED IN THE CONTEXT OF THE EUROPEAN UNION MISSIONS

Summary

The issue of the jurisdiction of the European Court on Human Rights over actions and omissions adopted under the Common Foreign and Security Policy was much debated in the process of drafting the instruments on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights. It significantly divided scholars and other professionals. The undertaken analysis demonstrates an importance of establishing the unlimted competence of the European Court of Human Rights in that regard.

The extension of the jurisdiction of the European Court of Human Rights in the given sense would remove various gaps in the accountability for human rights violations existent at moment within the legal system of the European Union. Primarily, it would close the gap created by first paragraph of Article 275 of the Treaty on the Functioning of the Eropean Union. However, a main achievement of an introduction of the jurisdiction of the European Court on Human Rights over the European Union for actions and omissions, adopted under Common Foreign and Security Policy will be apparent in a sphere of the recently codified Common Security and Defense Policy. It appears from the framework regulating European Union missions that without having unlimited jurisdiction of the European Court of Human Right for violation committed in the context of the European Union missions, a number of committed breaches of human rights might remain unpunished.

The analysis of the draft revised instruments on the accession and the Treaty of Lisbon will be followed by providing an overview of relevant case law of the European Court of Human Rights. The analyisis of the

given jurisprudence seems particularly important as to identify flows and potential obstacles which in long run may undermine the successful implementation of the draft revised instruments on the accession.

Keywords: European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, European Union missions, Common Foreign and Security Policy

Dr Vesna Klajn Tatić[1]

Originalni naučni rad
UDK: 614.253.84:34

PROFESIONALNA TAJNA ZDRAVSTVENIH RADNIKA I RAZLOZI ZA NJENO OTKRIVANJE[2]

Apstrakt

Pretežan cilj ovog članka je da razmotri razloge za otkrivanje profesionalne tajne zdravstvenih radnika, pre svega, lekara, i da odmeri da li se ova otkrivanja svode na ozbiljno profesionalno nesaveno ponašanje; koji su izuzeci od dužnosti čuvanja profesionalne tajne i jesu li oni opravdani, i to kako sa stanovišta naše i strane pravne teorije, tako i sa gledišta našeg i stranog zakonodavstva, Direktive 95/24 EC o zaštiti ličnih podataka, Direktive R/97/5 o zaštiti medicinskih informacija, sudske prakse i staleških pravila medicinske profesije.

Pošto se, najpre, izlože opšta pravna pitanja profesionalne tajne zdravstvenih radnika i prateća pravna regulativa, u daljem izlaganju opširno se razmatraju razlozi za njeno otkrivanje, sa posebnim ukazivanjem na odluke britanskih sudova.

Ključne reči: profesionalna tajna, otkrivanje tajne, privatnost i poverljivopst informacija, pristanak pacijenta, krajnja nužda, javni interes.

1. Uvod

Čuvanje profesionalne tajne drevna je dužnost lekara prema pacijentu. Originalan izvor lekareve dužnosti čuvanja profesionalne tajne je Hipokratova *Zakletva*, u kojoj se kaže: „Bez obzira šta vidim i čujem u toku moje profesije, isto kao i van moje profesije u mom opštenju sa ljudima,

[1] Naučni savetnik, Instituta društvenih nauka u Beogradu; mail: vklajn@idn.org.rs

[2] Napomena o radu: tema je obrađena s ciljem da bude rezultat rada na projektu br..179023: i rada na projektnoj temi br. 41 0004 (2011-2015), podržanih od strane Ministarstva za prosvetu, nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije, a čiji je nosilac Centar za pravna istraživanja Instituta društvenih nauka u Beogradu.

ako je to nešto što ne treba da se javno objavi, neću nikome da otkrijem tajnu, zadržavajući takve stvari kao svetu tajnu".[3] Ovu dužnost nalaže i Američko medicinsko udruženje u 4.poglavlju *Principa medicinske etike*: „Lekar treba da poštuje sva prava pacijenta, kolega i drugih zdravstvenih radnika i treba da čuva poverenje pacijenata u okvirima zakonskih ograničenja".[4] Dužnost čuvanja tajne o kojoj se govori u dva navedena izvora nije apsolutna. Od lekara zavisi koja informacija „ne treba da se govori strancu" ili da li je čuvanje tajne u okviru zakonskih ograničenja ili ih prekoračuje. Treća zakletva o profesionalnoj tajni ili medicinskoj poverljivosti je Ženevska deklaracija, iz 2006. godine, doneta od strane Svetske zdravstvene organizacije (*WHO*), koja glasi: „Poštovaću tajne koje su mi poverene, čak i posle pacijentove smrti". Ovde je obaveza apsolutna. Sva tri izvora lekareve dužnosti čuvanja profesionalne tajne, mada se razlikuju u opsegu, osvetljavaju važnost poštovanja pacijentovog poverenja.[5]

Dugo vremena čuvanje profesionalne tajne predstavljalo je isključivo moralnu dužnost lekara prema pacijentu. Do njenog preobraćenja u pravnu obavezu doći će tek u osamnaestom veku. Za otkrivanje tajne od strane „medicinskog personala" prvi put je bila utvrđena kazna u Pruskom opštem zemaljskom pravu, 1794. godine.[6] U devetnaestom veku, dužnost čuvanja profesionalne tajne sankcioniše se u krivičnim zakonicima i tako ostaje sve do danas. Krivični zakonik Srbije sadrži krivično delo „neovlašćenog otkrivanja tajne" u članu 141, stav 1, u kome stoji:"Advokat, lekar ili drugo lice koje neovlašćeno otkrije tajnu koju je saznalo u vršenju svog poziva, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do jedne godine".[7] Takođe, Zakon o krivičnom postupku propisuje da „isključenje od dužnosti svedočenja" ima „lice koje bi svojim iskazom povredilo dužnost čuvanja profesonalne tajne (verski ispovednik, advokat, lekar, babica i dr), osim ako je oslobođeno te dužnosti posebnim propisom ili izjavom lica u čiju je korist ustanovljeno čuvanje tajne" (član 93, stav 2).[8] Osim toga, Zakon o zdravstvenoj zaštiti Srbije uređuje dužnost čuvanja profesionalne tajne u članovima 30 i 37.[9] Najposle, Zakon o parničnom

[3] Ciitrano prema: S. Jovović: „Poverljivost i privilegija – osvrt na američku regulativu", *Engrami*, vol.29, januar-jun br.1-2/2007, 66.
[4] *Ibid.*
[5] K.Brooks:" Medical Ethics and Law: Confidentiality", *J N Ethics Forum* 2006, 3:146-153
[6] Upor. J.Radišić: "Profesionalna tajna medicinskih poslenika", u: *Medicinsko pravo*, II prerađeno i dopunjeno izdanje, izd. Pravni fakultet Univerzitete "Union" i "Nomos", Beograd 2008, 155, fn. br.3.
[7] *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005; 88/2005, isprav. 107/2005, 72/2009; 121/2012 i 104/2013.
[8] *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011; 101/2011; 121/2012; 32/2013 i 45/2013.
[9] *Službeni glasnik RS*, br.107/2005;72/2009-dr.zakon, 8/2010 i 99/2010.

postupku Srbije „ovlašćuje lekara da uskrati svedočenje o činjenicama koje je saznao u vršenju svog zanimanja, ako postoji obaveza čuvanja profesionalne tajne“ (248, stav 3).[10] Lekareva tajna postala je i sastavni deo staleških pravila medicinske profesije. Tako, na primer, Centralni medicinski savet (*General Medical Council/GMC*) Velike Britanije doneo je Vodič za lekare, koji je stupio na snagu 2009. godine i koji obezbeđuje dobru medicinsku praksu u pogledu poverljivosti.[11] *GMC* u Vodiču kaže: „Pacijenti imaju pravo da očekuju da će njihovi lekari držati u poverenju informacije o njima. Poverljivost je neophodna za uspostavljanje odnosa poverenja između lekara i pacijenata“.[12]

Danas se smatra da dužnost čuvanja profesionalne tajne predstavlja vid oživotvorenja ustavom zagarantovanog prava na ljudsko dostojanstvo i privatnost.[13] Otuda se zaštita pacijenta od indiskrecije ostvaruje kroz odredbe krivičnog, građanskog i staleškog prava lekara. Preciznije rečeno, iz neovlašćenog otkrivanja lekareve tajne može da proizađe krivična kazna, obaveza naknade štete i disciplinska odgovornost pred staleškim sudom lekara.[14]

Pretežan cilj ovog rada je da razmotri razloge za otkrivanje profesionalne tajne zdravstvenih radnika, pre svega lekara, i da odmeri da li se ova otkrivanja svode na ozbiljno profesionalno nesavesno ponašanje; koji su izuzeci od dužnosti čuvanja profesionalne tajne i jesu li oni opravdani, i to kako sa stanovišta naše i strane pravne teorije, tako i sa gledišta našeg i stranog zakonodavstva, Direktive 95/24 EC o zaštiti ličnih podataka, Direktive R/97/5 o zaštiti medicinskih informacija, sudske prakse i staleških pravila medicinske profesije.

2.Pravna pitanja profesionalne tajne zdravstvenih radnika

Zaštita profesionalne tajne lekara komplikovana je zato što je ona predmet tri preklapajuće sfere interesa: profesionalnih, zakonskih i etičkih. U kontekstu medicinskog prava, posebno je teško da se odvoji pravni od etičkog konteksta.[15] Ipak, ne može biti sumnje da profesionalnu tajnu

[10] *Službeni glasnik RS*, 72/2011; 49/2013.

[11] General Medical Council: *CONFIDENTIALITY – Guidance for doctors – Regulating doctors – Ensuring good medical practice* – This guidance come into foce on 12 Octobar 2009. Skraćeno: *GMC*, *Confidentility: Protectiong and Providing Information* 2009.

[12] *GMC: Confidentility*, 2009: 1.

[13] V. članove 23 i 42 Ustava Republike Srbije, *Službeni gasnik RS*, br.83/2006.

[14] J. Radišić, 156.

[15] Mason and Mc Call Smith: *Law and Medical Ethics*, Eight Edition, Oxford University Press, Inc, New York United States, Chapter 6: „Medical Confidentiality“, 2011, 173

ili medicinsku poverljivost ozbiljno uzimaju jednako i pravnici i etičari. Većina kritičara, međutim, ukazuje na činjenicu da princip profesionalne tajne lekara narušava opšti društveni napredak i, posebno, elektronska obrada podataka o bolestima i bolesnicima i medicinske dokumentacije, koji olakšavaju veće i brže širenje informacija o pacijentu, povećavajući rizik od neovlašćenog otkrivanja i, uopšte uzev, povećavaju probleme. Zdravstveno osiguranje je šire rasprostranjeno, a podela rada u zdravstvu je još kompleksnija, što sve više ugrožava privatnu sferu pacijenta. Zbog toga u odnosu više strana i sama dužnost čuvanja profesionalne tajne znatno je relativizovana. S druge strane, zaštita ljudskih prava razvija se kontinuirano i vremenom se usavršava, a zaštita privatnosti stiče tradiciju. Dosledno tome, danas postoji zaštita privatnosti pojedinca i poverljivosti podataka o ličnosti i oni su deo opšte zaštite ljudskih prava.[16] Stoga i britanski Centralni medicinski savet (*GMC)* nameće strogu dužnost registrovanim medicinskim praktičarima da se uzdrže od dobrovoljnog otkrivanja trećim licima informacija o pacijentu koje su čuli, direktno ili indirektno, u njihovom profesionalnom svojstvu. Kršenje ove obaveze smatra se ozbiljnim prestupom i izlaže lekara širokom nizu potencijalnih profesionalnih kazni.[17]

Zakon o zdravstvenoj zaštiti (ZZZ) i Zakon o pravima pacijenata[18] Srbije, britanski Zakon o ličnim podacima (*Data Protecting Act 1998*) i Zakon o ljudskim pravima (*Human Right Act 1998*), oba iz 1998. godine, i implementacija Direktive Saveta Evrope 95/24/EC o zaštiti ličnih podataka,[19] odražavaju snažan evropski interes u predmetu koji se reflektuju svuda u Preporukama Saveta Evrope o zaštiti medicinskih podataka.[20] Ove preporuke uključuju ne samo opšte principe kojima treba da se rukovode nacionalni zakoni o poverljivosti medicinskih informacija, već takođe obuhvataju preporuke koje su u vezi sa takvim pitanjima kao što su skaldištenje podataka, njihov prelazak preko granice i upotreba podataka u medicinskom istraživanju, pružajući dalju zaštitu medicinskim informacijama.

[16] Upor. H.Mujović-Zornić: „Pravna pitanja profesionalne tajne farmaceuta“, Međunarodna naučna konferencija: „Pravni sistem i društvena kriza“, Pravni fakultet Prištine-Kosovska Mitrovica, 22.06.2011, 185-186; V. u vzi s tim: Konvenciju Saveta Evrope o ljudskim pravima i biomedicini, 1997, stupila na snagu 2009. (*Convention of the European Council on Human Right and Biomedicine, Oviedo, 4.IV 1997, entered into force on December 2009*); Uneskovu Univerzalnu deklaracija o bioetici i ljudskim pravima, 2005.

[17] General Medical Council/*GMC:Confidentiality*, 2009.

[18] *Službeni glasnik RS*, br.45/2013.

[19] *European Directive 95/24/EC on the Protection of Individuals with Regard to the Process of Personal Data and on the Free Muvement of Such Data (Protection Directive)*. U daljem tekstu: Direktiva 95/24 EC o zaštti ličnih podataka.

[20] *Council of European's Recommendation on the Protection of Medical Data*, 1997. U daljem tekstu: Direktiva R/97/5 o zaštiti medicinskih informacija.

Dužnost čuvanja profesionalne tajne odnosi se na činjenice koje su poznate samo ograničenom krugu lica. Uslov je da za držanje u tajnosti tih činjenice pacijent ima „razuman“ interes *dostojan zaštite.* Osim toga, činjenice koje mora da drži u tajnosti lekar bi trebalo da je saznao upravo u „u vršenju svog poziva“ (član 141, stav 1 KZ Srbije). S druge strane, korist od čuvanja tajne ne može da se ceni objektivno, tj. kako bi se neko drugi, na pacijentovom mestu, prema njoj odnosio; važi utoliko *subjektivno merilo*, bez pravnog i moralnog vrednovanja. Drugim rečima, pacijent na koga se podatak odnosi *mora i sam da želi da on bude nedostupan trećima.* Dužnost čuvanja profesionalne tajne odgovara pacijentovom „pravu na privatnost i poverljivost informacija“. To znači da „pacijent ima pravo na poverljivost svih ličnih informacija koje je saopštio nadležnom zdravstvenom radniku, uključujući i one koje se odnose na njegovo stanje zdravlja i potencijalne dijagnostičke i terapijske procedure, kao i pravo na zaštitu svoje privatnosti tokom sprovođenja dijagnostičkih ispitivanja, poseta specijalisti i medicinsko-hirurškog lečenja u celini“ (član 30, stav 1 ZZZ). Podaci iz medicinske dokumentacije spadaju, takođe, u lične podatke o pacijentu i pretstavljaju službenu tajnu. (član 37, stav 1 ZZZ). I podaci o ljudskim supstancama na osnovu kojih može da se utvrdi identitet lica od koga one potiču, isto tako, smatraju se službenom tajnom (člna 37, stav 3 ZZZ). U pravnoj teoriji vlada mišljenje da pojam profesionalne tajne zdravstvenih radnika treba da se tumači široko, tako da on, pored podataka o bolesti i bolesniku, obuhvata i podatke o ličnim, porodičnim, profesionalnim, ekonomskim i finansijskim prilikama pacijenta, kao i njegovim odnosima sa drugima.[21]

Prema Zakonu o zdravstvenoj zaštiti Srbije obavezu da čuvaju tajnu o ličnim podacima pacijenta imaju „svi zdravstveni radnici i zdravstveni saradnici, kao i druga lica zaposlena u zdravstvenim ustanovama, privatnoj praksi, odnosno organizaciji zdravstvenog osiguranja kod koje je pacijent zdravstveno osiguran, a kojima su ti podaci dostupni i potrebni radi ostvarenja zakonom utvrđenih nadležnosti“(član 37, stav 2 u vezi sa članom 30 ZZZ). Osim toga, smatra se da obavezi čuvanja tajne o ličnosti pacijenta podležu i studenti navedenih profesija,[22] sekretarice i ostala lica koja su po zanimanju lekarevi pomoćnici.

Britanski Zakon o zaštiti podataka iz 1998. godine, nastoji da kategorizuje medicinske informacije o pacijentima u dve posebne grupe. Deli ih na (i) *lične i osetljive lične podatke* i na (ii) *anonimne podatke*. Obe

[21] Upor. J. Radišić, 157, fn. br.12; 158, fn. br.17.

[22] Član 321, stav 2 švajcarskog Krivični zakonika i nemački Krivični zakonik, u: E.Deutsch/A. Spickhoff, *Medizinrecht,* 5. Auflage, München 2003:312; Upor. J. Radišić, 156.

su relevantne u zdravstvenim okolnostima. Podaci koji su anonimni nisu pokriveni odredbama ovog zakona. „Lični podaci“ definišu se kao „ma koje informacije koje se odnose na pojedinca ili moguće prepoznatljivu prirodu osobe; prepoznatljiva osoba je ona koja može da se identifikuje, direktno ili indirektno, posebno sa upućivanjem na jedan identifikacioni broj ili više faktora specifičnih za nju: fizičkog, psihosocijalnog, mentalnog, ekonomskog, kulturnog ili društvenog identiteta (član 2 britanskog Zakona o zaštiti podataka). Dirketiva R/97/5 o zaštiti medicinskih podataka, osim utvrđivanja da su podaci „lični podaci“, zahteva da su ti podaci „obrađeni“. Direktiva predviđa veoma širok opseg koji ovaj termin uključuje: „ma koja operacija, bilo da su sredstva automatska ili ne, kao što je sakupljanje, obeležavanje, organizacija, uskladištenje, prilagođavanje ili menjanje, povraćaj, savetovanje, upotreba, otkrivanje sa prenosom, širenje ili kombinovano, blokiranje, brisanje ili uništavanje“ (član 2(b)). Prema britanskom Zakonu o zaštiti podataka „osetljivi lični podaci“ definišu se kao podaci koji se odnose na rasno ili etničko poreklo, politička mišljenja, religiozna ili filozofska uverenja, članstvo u trgovačkoj uniji i na obrađene podatke koji se odnose na zdravlje ili seksualni život (član 8). Što se tiče „anonimnih podataka“, apsolutna anonimnost je nedostižna, ako ne iluzorna. Anonimnost i prepoznatljivost su relativni pojmovi; „ pojedinac se neće smatrati „prepoznatljivim“, ako prepoznavanje zahteva nerazumnu količinu vremena i radne snage“.[23]

Pristanak je najopštiji i očigledan faktor da ozakoni obradu (osetljivih) ličnih podataka. S druge strane, zakonito je da se obrađuju osetljivi podaci da bi se zaštitili vitalni interesi subjekta ili druge osobe tamo gde se odnosni podaci tiču fizički ili zakonski nesposobnog pojednica da dâ svoj pristanak. Pored svega toga, države članice Evropske unije imaju pravo da prave izuzetke na osnovu „suštinskog društvenog interesa“. Šta su ovi društveni interesi, ili šta mogu da budu, primetno je velikim delom iz opšteg smisla Direktive R/97/5 o zaštiti medicinskih informacija, koja donosi posebne odredbe za, na primer, nacionalnu bezbednost, istragu i gonjenje zločina, legitimne novinske aktivnosti i medicinska istraživanja. U pogledu medicinskih istraživanja, države članice EU imaju, kao prvo, diskreciono pravo da odmere pravo pristupa za pojedince u kontekstu istraživanja (član13 (2)). Drugo, pristup odnosnim odredbama Direktive ne primenjuje se kad su podaci anonimni, pošto je zakon zainteresovan samo za lične podatke, tj. one putem kojih pojedinac može biti prepoznat. Čak i tako, pacijenti moraju da budu obavešteni kada se podaci obrađuju

[23] *Council of Eurpean's Recommendaton R (81) 41 on Regulations for Automated Medial Data Book* 1981; Council of Europe, *Recommendation R (97) 5 on the Protection on Medical Data* (Direktive R/97/5 o zaštiti medicinskih informacija).

i o svrsi za koju je verovatno da će biti obrađeni, osim ako se istraživanje sprovodi na osnovu izveštaja koji su toliko vremenski stari da bi uključivalo neproporcionalni napor da se stupi u kontakt sa pacijentima da bi se dobio njihov pristanak.[24]

3. Izuzeci od dužnosti čuvanja profesionalne tajne

Razmotrićemo sledeće izuzetke od dužnosti čuvanja profesionalne tajne, u nastojanju da procenimo koliko i kada su oni opravdani: otkrivanje profesionalne tajne koje zahteva zakon; otkrivanje profesionalne tajne na osnovu pacijentovog izričitog pristanaka; otkrivanje profesionalne tajne pacijenta koji nije sposoban da donosi vlastite odluke i otkrivanje profesionalne tajne u javnom interesu, bez pristanka pacijenta.

3.1. Otkrivanje profesionalne tajne koje zahteva zakon

Nesumnjiva situacija u kojoj lekar može da prekrši dužnost čuvanja profesionalne tajne je *kada to od njega zahteva zakon.* To znači da je otkrivanje profesionalne tajne zakonito i lekar ne treba da strahuje da će doći do zakonskog postupka, ali to nužno ne znači da je otkrivanje tajne etično.[25] Lekar može biti primoran da otkrije tajnu i sudskom naredbom, kada je u sudu dat dokaz ili postoji zakonski zahtev da se dâ obaveštenje o izvesnim ozbiljnim zaraznim bolestima.[26] U vezi otkrivanja profesionalne tajne koje zahteva zakon, britanski Cenralni medicinski savet (*GMC)* kaže da lekar može da otkrije informacije da zadovolji određeni zakonski zahtev. On treba da obavesti pacijenta o takvom otkrivanju, kadgod je to izvodljivo, ali se pristanak pacijenta ne zahteva.[27] I prema srpskom Krivičnom zakoniku, neće se kazniti lekar za neovlašćeno otkrivanje tajne ako je to u opštem interesu ili u interesu drugog lica, koji je pretežniji od interesa čuvanja tajne (član 141, stav 2). Takođe, prema Zakonu o zdravstvenoj zaštiti Srbije nadležni zdravstveni radnik može da saopšti podatke o zdravstvenom stanju pacijenta punoletnom članu porodice u slučaju kada pacijent nije dao pristanak a saopštenje je neophodno radi izbegavanja zdravstvenog rizika člana porodice (član 37, stav 6). I član 37, stav 7 ZZZ dozvoljava da se podaci iz medicinske dokumentacije pacijenta, odnosno iz zdravstvene evidencije mogu da dostave na uvid,

[24] Mason and Mc Call Smith, 176.
[25] *GMC:* Good Medical Practice, 2001; K. Brooks, 1.
[26] *GMC:* Serious communicable diseases, 1988; K Brooks, *Ibid.*
[27] *GMC: Confidentiality*, 2009: 19.

kao i u obliku zapisa, odnosno izvoda iz medicinske dokumentacije, samo na zahtev sudskih organa, organa starateljstva, organizacije zdarvstvenog osiguranja, organa nadležnog za poslove statistike *kada je to propisano zakonom* (kurziv – VK), druge zakonom ovlašćene zdravstvene ustanove, kao i na zahtev druge oganizacije kad je to propisano zakonom. Podaci iz stava 7 ovog člana dostavljaju se kao službena tajna (stav 8, člana 37).

3.2. Otkrivanje profesionalne tajne na osnovu pacijentovog izričitog pristanka

Druga nedvosmislena situacija kada lekar može da otkrije poverljivu informaciju jeste *pacijentov izričiti pristanak da to učini.* Prema našem ZZZ podaci iz medicinske dokumentacije koji spadaju u lične podatke o pacijentu i predstavljajju službenu tajnu, i krug lica koji je obavezan da čuva profesionalnu tajnu u smislu člana 37, stav 2, mogu biti oslobođeni te obaveze samo na osnovu pismenog ili drugog jasno i nedvosmisleno izrečenog pristanka pacijenta ili odlukom suda (stav 4, člana 37). Osim toga, ako je pacijent dao pristanak, nadležni zdravstveni radnik može da saopšti podatke o zdravstvenom stanju pacijenta punoletnom članu porodice pacijenta (stav 5, člana 37 ZZZ). Takođe, krug lica koji je obavezan da čuva profesionalnu tajnu u smislu stava 2 člana 37 ZZZ, koji neovlašćeno odnosno bez pristanka pacijenta ili punoletnog člana porodice pacijenta, raspolažu podacima iz medicinske dokumentacije i neovlašćeno iznose u javnost te podatke, odgovorni su za odavanje službene tajne (član 37, stav 9 ZZZ). U vezi s tim, u britanskoj pravnoj teoriji ističe se da stav nije tako jasan kada pacijent nije ni pristao niti se suprotstavio otkrivanju tajne, kao na primer, deljenju informacija sa drugim davaocima lečenja. Takvi vidovi kršenja profesionalne tajne moraju biti i, uopšte uzev, jesu prihvaćeni u anglosaksonskoj praksi, a kako je već ranije bilo rečeno, prihaćeni su i u srpskoj, švajcarskoj i nemačkoj pravnoj teoriji i zakonodavstvu. Savremena bolnica ne može da funkcioniše izuzev kao timski napor, a i mladi lekari moraju da se uvežbavaju. Britanski Vodič Cenralnog medicinskog saveta (*GMC*) priznaje ovu neophodnost i dopušta da se podele informacije sa drugim praktičarima za koje se pretpostavlja da su odgovorni za kliničko vođenje pacijenta i do opsega koji lekar smatra da je potreban za izvršavanje njihovih posebnih dužnosti sa drugim zdravstvenim profesionalcima koji sarađuju sa lekarom u vođenju pacijenta.[28] Pri tome Vodič *GMC* naglašava važnost da pacijent bude informisan o činjenici da će informacija o njemu

[28] *GMC: Confidentiality*, 2009.

biti podeljena za lečenje ili iz drugih razloga, kao što je planiranje usluge ili medicinsko istraživanje. Odgovornost je lekara da osigura da se ova prava na informaciju cene prema tome da li su bila saopštena u strogom profesionalnom poverenju. Lekareva dužnost je, pri tome, sužena na razuman način, pošto nije realno da se očekuje da on snosi teret ma kojih narednih postupaka svojih kolega.[29]

3.3. Otkrivanje profesionalne tajne pacijenta koji je fizički, mentalno ili zakonski nesposoban da donosi vlastite odluke

Lekar može takođe da otkrije poverljivu informaciju o pacijentu ako on veruje da je to u najboljem interesu pacijenta. Ova situacija teže je odbranjiv razlog za kršenje dužnosti čuvanja profesionalne tajne. Ove odluke se, u principu, donose u slučajevima koji uključuju pacijenta koji nije fizički, mentalno ili zakonski sposoban da donosi vlastite odluke. Ako lekar veruje da pacijent nije sposoban da donosi odluke, privremeno ili trajno, zakon dopušta lekaru da čini šta god je potrebno za unapređenje pacijentove dobrobiti. Ako je pacijent vrlo bolestan ali nije nesposoban, i ipak, ne pristaje da se otkrije poverljiva informacija, lekar mora da poštuje ovu želju, čak i ako on veruje da je to suprotno najboljim interesima pacijenta.[30] U slučajevima u kojima je pacijent nesposoban i traži da lekar ne otkrije informaciju, *GMC* sugeriše lekaru da pokuša da ubedi pacijenta da dopusti podesnoj trećoj osobi da se uključi u savetovanje. Ako pacijent i dalje odbija, lekar je opravdan u otkrivanju informacije, bez pristanka pacijenta, ako je to u najboljem interesu pacijenta. On bi trebalo da obavesti pacijenta pre nego što tako učini i da bude spreman da opravda svoju odluku.[31]

3.4. Otkrivanje profesionalne tajne u javnom interesu, bez pristanka pacijenta

Lekar može da prekrši dužnost čuvanja profesionalne tajne *bez pristanka pacijenta*, ako on veruje da bi to bilo *u interesu javnosti* (*društva*). Ovo je možda najkontroverzniji razlog za otkrivanje profesionalne tajne lekara, odnosno za kršenje dužnosti čuvanja profesionalne tajne po mišljenu koje zastupaju britanska pravna teorija, Vodič *GMC*, sudska

[29] Upor. Mason and Mc Call Smith, 178.
[30] K. Brooks, 1-2 i fn. br.1.
[31] K. Brooks, *Ibid.*; *GMC: Cofidentiality*, 2009: 22-24

praksa i zakonodavstvo.[32] Za razliku od toga, u našoj, nemačkoj i švajcarskoj pravnoj teoriji, zakonodavstvu i sudskoj praksi ovlašćenje da se profesionalna tajna otkrije *postoji uvek u slučaju kad pretežnijem interesu (javnom ili privatnom) zapreti određena opasnost koja može da se otkloni jedino otkrivanjem tajne* (*stanje krajnje nužde*). To važi pod uslovom da je odavanje tajne „podesno sredstvo" za otklanjanje opasnosti.[33] Taj uslov zadovoljavaju ovi slučajevi: otkrivanje duševne bolesti određenog pacijenta u cilju njegovog smeštanja u odgovarajuću ustanovu; obaveštenje nadležnog upravnog organa o teškom oboljenju pacijenta koji ga čini nesposobnim za vožnju automobila i opasnim po ostale učesnike u saobraćaju;[34] obaveštenje policije o zlostavljanju dece od strane pacijenta, posebno kad postoji opasnost da se ovo ponovi.[35] Stanje krajnje nužde opravdava i lekara koji obavesti suprugu pacijenta ili njegovu seksualnu partnerku da je muž ili njen seksualni partner inficiran HIV virusom, jer su život i zdravlje žene važniji od dužnosti da se tajna čuva.[36] Ovo bi trebalo da važi i kad su u pitanju ostale ozbiljne zarazne bolesti. Pored bračnog druga, lekar je ovlašćen da i druga lica, koja su bliska pacijentu, upozori na opasnost od zaraze ukoliko je prethodno bezuspešno pokušavao da ubedi pacijenta da sam preduzme mere zaštite.[37] Britanski Centralni medicinski savet (*GMC)* izdao je 2009. opšte smernice o profesionalnoj tajni i pristanku, u kojima se, između ostalog, kaže: „Lekar može da otkrije informaciju o poznatom seksualnom kontaktu pacijenta sa ozbiljnom seksualno prenosivom bolesti, ako ima razloga da misli da pacijent nije obavestio tu osobu, a ne može da ga prisili da to učini. U takvim okolnostima, lekar bi trebalo da kaže pacijentu pre nego što učini otkrivanje, kada je to praktično moguće i bezbedno. Lekar mora da bude spreman da opravda odluku o otkrivanju lične informacije bez pristanka. Lekar ne sme da otkrije informaciju ma kome, uključujući rođake koji nisu bili, i nisu, izloženi riziku od infekcije".[38] U britanskoj pravnoj teoriji naglašava se u vezi HIV-a i drugih ozbiljnih seksualno prenosivih bolesti, da je ovde u pitanju ne samo privatan interes pojedinaca na poverljivost u pogledu njegovog/njenog zdravstvenog stanja, već i *društveni interes* (kurziv-VK) da se

[32] Mason and Mc Call Smith, 180 i dalje; K. Brooks, 2.
[33] Član 34 nemačkog Krivičnog zakonika
[34] V. J. Radišić, 162-163, fn. br.46; S. Jovović, 65-69, fn. br.13 (ovaj primer se odnosi na pravnu regulativu SAD); Mason and Mc Call Smith, 198.
[35] J. Radišić, 162; Mason and Mc Call Smith, 189-190.
[36] *Ibid.,* 162-163, fn. br.46; *Ibid.,* 186.
[37] J. Radišić, 163, fn. br.47.
[38] *GMC, Confidentility*, 2009; v. i: britanski Department of Health: *Policy Consultation on Confidentiality and Discclosure of Patient Information: HIV and Sexsually Transmited Infection* ST/s, 2006, u: Mason and Mc Call Smith, 186.

spreči širenje zarazne bolesti. Dimenzija javnog (društvenog) zdravlja mora da se ovde uzme u obzir u punoj meri.[39]

Iz do sada rečenog čini se da je jasno da nijedno kršenje poverenja ne treba olako da nastane i ma koji postupak kojim se pristupa trećoj strani mora da bude opravdan pod jasnim uslovima. Sumnje u pogledu prirode i stepena rizika nesumnjivo bi potkopale slučaj za otkrivanje profesionalne tajne. Može se reći, da u britanskom pravu postoji, u najboljem slučaju, diskreciono pravo zdravstvenog radnika (lekara) da otkrije tajnu ali ne, za sada, i zakonska obaveza da to učini. Obrnuto, čini se da u nekim delovima SAD i Kanade postoji opšta *common law* dužnost, a ponekad i zakonska dužnost da se obaveste oni koji su izloženi riziku. U mnogim državama SAD, posebne zakonske odredbe nameću dužnost osobama koje su HIV pozitivne da otkriju svoj status svojim seksualnim partnerima. U našoj i nemačkoj pravnoj teoriji ističe se *jedino* da pravo lekara da obznani profesionalnu tajnu može, u određenim okolnostima, da se preobrati u *obavezu otkrivanja tajne.* Na primer, ako su bračni drugovi ili seksualni partneri pacijenti istog lekara, pa on utvrdi da je jedan od njih zaražen virusom *side.* U tom slučaju postoji kolizija lekarevih dužnosti: prema zaraženom bračnom drugu, odnosno seksualnom partneru lekar je dužan da njegovu zarazu čuva u tajnosti, dok prema zdravom ima obavezu da štiti život i zdravlje od opasnosti zaraze. Pošto je interes za održavanje života i zdravlja (privatnog i javnog) pretežniji od interesa za čuvanje tajne, lekar je dužan da zdravog bračnog druga, odnosno seksualnog partnera obavesti o opasnosti zaraze, ukoliko nije ubeđen da će onaj koji je zaražen sam obavestiti zdravog.[40]

Međutim, dok naša, nemačka i švajcarska pravne teorija, zakonodavstvo i sudska praksa ovaj, kao i ostale razloge, o kojima je već bilo reči, podvode pod stanjâ krajnje nužde, britanski pravni teoretičari, zakonodavstvo i sudska praksa iste razloge za otkrivanje profesionalne tajne nešto drugačije argumentuju. Kod odlučivanja da li da otkrije informaciju o svom pacijentu, lekar mora da uravnoteži javni interes u znanju poverljivih detalja naspram interesa svog pacijenta da sačuva tajnu. Da li je javnost u značajnom riziku ako se ne otkrije informacija? Ako lekar otkrije ličnu informaciju, kako će to uticati na njegov odnos sa pacijentom i da li je manje verovatno da će pacijent tražiti pomoć usled nedostatka poverenja? Pitanje je koji je od ovih rizika značajniji.[41]

---

[39] Mason and Mc Call Smith, 185-186.
[40] J. Radišić, 163, fn. br.48.
[41] Upor. K. Brooks, 2.

- Jedan primer u kome je britanski sud smatrao da je kršenje dužnosti čuvanja profesionalne tajne u *javnom interesu* je slučaj *W v Edgell*. U ovom slučaju pacijent je bio zatvoren u bolnicu za mentalno zdravlje u koju je primljen kao uslovno osuđen. Za potrebe odlučivanja da li da se odobri zahtev za premeštaj u drugu bolnicu, od dr. *Edgell*-a traženo je da napiše izveštaj o trenutnom zdravstvenom stanju *W*-a. Izveštaj dr. *Edgell*-a nije bio povoljan, jer je psihijatar dr. *Edgell* smatrao da je *W* bio opasan čovek sa morbidnim (*bolesnim*) interesovanjem za eksplozive. *W* je povukao svoj zahtev, ali je dr. *Edgell* poslao svoj izveštaj direktoru medicinske ustanove u kojoj je *W* boravio i ministru unutrašnjih poslova (osobi koja će imati konačnu reč o osolobađanju ili ne oslobađanju *W*-a). *W*-a je tužio dr. *Edgell*-a za kršenje profesionalne tajne. Istražni sudija *Scott J* odlučio je da lekareva dužnost čuvanja tajne *W*-a nije apsolutna i da je u interesu javne bezbednosti otkrivanje direktoru *W-ove* bolnice i ministru unutrašnjih poslova opravdano pošto su oni imali legitimnu potrebu da znaju detalje izveštaja.[42] Pažnja britanskog Cenratlnog medicinskog saveta (*GMC)* bila je usmerena na pitanje u kojim okolnostima je izuzetak od pravila o profesionalnoj tajni dopušten. Vodič *GMC* koji se primenjivao u to vreme sadržao je paragraf 79, u kome se kaže: „Retko, mogu da nastanu slučajevi u kojima otkrivanje u javnom interesu može da bude opravdano, na primer, u situaciji u kojoj bi propust da se otkrije odgovarajuća informacija izložilo pacijenta, ili nekog drugog, riziku smrti ili ozbiljne povrede".[43] Sudija *Scott J* zasnovao je svoje zaključke na širokim razmatranjima – da lekar u sličnim okolnostima ima dužnost ne samo prema pacijentu, već takođe prema javnosti i da bi potonja zahtevala od njega da objavi rezultate svog ispitivanja odgovarajućim vlastima, ako bi, po njegovom mišljenju, javni interes to zahtevao; ovo bi bilo nezavisno od pacijentovih uputstava o pitanju.[44] Apelacioni sud jednoglasno je potvrdio odluku istražnog sudije da odbaci tužbu, ali je to učinio sa više rezerve, posebno izražene u mišljenju sudije *Binghama LJ.* Privatni interes koji se upoređuje sa javnim interesom odbačen je u korist postojanja javnog interesa u održavanju profesionalnih dužnosti poverenja; odmeravanje interesa otuda iziskuje da se sprovede prema okolnostima uobičajene težine. U ovom slučaju, bio je zadatak suda, a ne lekara, da odluči da li je takvo otkrivanje bilo ili nije bilo kršenje ugovora o lečenju. Osim toga, nije bilo sumnje da je član 76 Zakona o mentalnom zdravlju, iz 1983. godine (*Mental Health Act 1983*), odražavao jasnu parlamentarnu nameru da ograniči pacijenta da slododno zatraži savet i dokaze za određene cilje koji će se prihvatiti kao poverljivi.

[42] [1990] Ch 359 at 398 [1989] 1 All ER 1099 at 1102; Mason and Mc Call Smith, 180; K. Brooks, 2
[43] Mason and Mc Call Smith, *Ibid.*
[44] *Ibid.*

Samo nadjačavajuće okolnosti mogle bi da opravdaju lekara koji postupa suprotno pacijentovim vitalnim interesima u odsustvu pristanka. Ipak, u ovom slučaju, strah od realne opasnosti za javnu bezbednost dao je pravo lekaru da saopšti osnove za svoju zabrinutost nadležnim vlastima.[45]

- U slučaju *X v Y* zdravstvene vlasti tražile su nalog da se zaustavi tabloidno objavljivanje imena lekara koji su imali HIV. Sudija dodeljuje nalog govoreći da: „Na duge staze čuvanje profesionalne tajne jedini je način da se osigura javno zdravlje...budući da, u suprotnom, pacijenti neće dolaziti kod lekara ako lekari počnu da izigravaju njihovo poverenje. Osim toga, čuvanje profesionalne tajne vitalno je da osigura društvo isto koliko i privatno zdravlje, na one, bar, zaražene koji dolaze da se savetuju sa njima...U istom slučaju, sud dalje kaže: „Javnost uopšte i pacijenti posebno imaju pravo da očekuju da bolnički dosijei budu poverljivi i nije ni na jednom pojedincu da sâm krši ovo poverenje bilo da ga je izazvao novinar ili drugi".[46]

Međutim, tokom 1990-tih godina, pitanje AIDS-a bila je oblast u kojoj su mediji bili nezasiti. Kao posledica toga, u mnogim slučajevima događalo se da su imena zaraženih lekara bila široko objavljena u štampi. Ime lekara bilo je objavljeno, uprkos činjenici da je zdravstveni odbor nameravao da sačuva anonimnost. Ranija vladina politika zahtevala je da zdravstvena tela zabeleže sve kontakte pacijenata sa takvim medicinskim praktičarima (lekarima). Zato je bilo praktično nemoguće da se sačuva anonimnost.

Pitanja su došla do vrhunca u slučaju *H* (*a healthcare worker*) *v Associted Newpapers Ltd*.[47] Ovaj slučaj razlikovao se od ma kog drugog u meri u kojoj su odredbe britanskog Zakona o ljudskim pravima, iz 1998. godine, bile na snazi u vreme kada je štampa tražila ili ime zdravstvene ustanove (*N*) za koju je *H* radio, ili da se obznani specijalnost *H* i približno vreme (datum) kada je on postao HIV pozitivan. Fundamentalna tenzija prava i interesa pojavila se između, s jedne strane, prava *H* na poštovanje njegovog privatnog života (član 8) i, s druge strane, prava štampe na slobodu izražavanja (član 10). Pitanja su se komplikovala činjenicom da je *H* dobio stručni savet da su rizici kojima je on izložen, a koji zahtevaju od njega disciplinu, neznatni, izazivajući postojeću politiku vlade koja je zahtevala da zdravstvene ustanove preduzmu „povratno ispitivanje" kako bi prepoznale pacijente koji su došli u kontakt sa HIV pozitivnim

[45] *Ibid.,* 180-181.
[46] [1985]2 All ER 648, [1992] 3 BMLR 1; [1988] 2 All ER 648 at 665, (1992) 3 BMLR 1 at 2, per *Rose J*, u: *Ibid.,* 184.
[47] [2002] EWCA Civ 195 65 BMLR 132.

zdravstvenim radnicima.[48] U uravnotežavanju delikatno postavljenih pitanja između članova 8 i 10, Apelacioni sud smatrao je da postoje u izvesnoj meri argumenti koji podržavaju obe strane. Shodno tome, sud je potvrdio sudski nalog protiv *H* ili *N*. S druge strane, rizik po *H* da bude identifikovan bio je nedovoljan da opravda ograničenje *jedino* na otkrivanje njegove specijalnosti – u stvari, bio je stomatolog. Takvo ograničenje uskratilo bi priliku da se iznesu u javnost aspekti debate koji su od važnog javnog interesa.[49]

- U slučaju *zlostavljanja deteta*, roditeljska autonomija oduzima se na osnovu nepodobnosti, dok je lekar pokriven, zakonski, doktrinom o potrebnosti i profesionalno, po savetu *GMC*, da je opravdano otkrivanje profesionalne tajne u tim okolnostima.[50] Po istom principu, sud ima pravo da naredi, u okviru slobode odlučivanja, da se u izveštaj unese sadržaj iskaza roditelja datog policiji, da bi se razmotrio prilikom procene takvih slučajeva.[51] Apelacioni sud potvrdio je da slučaj *In re C (a minor)* ostaje vodeći u odlučivanju pitanja o otkrivanju profesionalne tajne zbog zlostavljanja dece.[52] Valja reći, ipak, da pravo ili privilegija o neotkrivanju ne zavisi toliko od principa poverljivosti koliko ona leži na javnom interesu ili, konkretnije, na detetovim interesima. Na primer, kršenje poverljivosti (tajnosti) može biti potrebno da bi se pomoglo u traganju za nestalim detetom.[53]

Poseban aspekt u prilog poverljivosti ličnih informacija nastaje iz odnosa roditelja i dece u tinejdžerskoj dobi. Lekar koji snabde kontraceptivnim sredstvima devojku ispod 16 godina starosti, na njen zahtev, izvršio je dužnost prema društvu, jer je kontracepcija, medicinski, bolja od abortusa. Zaštita od krivičnog gonjenja zdravstvenog profesionalca koji postupa da zaštiti interese detata u pitanju seksualnog zdravlja ili trudnoće sada je obezbeđena (garantovana) u britanskom zakonodavstvu, na primer.[54] Svako pravo na pristanak nosi sa sobom istovremeno pravo na tajnost i obratno (*vice verse*). Pri tome, valja da se naglasi da je lekaru čvrsto nametnuta i obaveza da pokuša da ubedi

[48] *Health Service Guidance on the Management of AIDS/HIV Infected Health Care Workers and Patient Association* (HSC 1998/226) , u: Mason and Mc Call Smith, 184-185
[49] Mason and Mc Call Smith, 185-186.
[50] *GMC: Cofidentiality*, 2009: §§ 53-56.
[51] *In re C (a minor) (care proceeding disclosure)* [1997] Fam 76.
[52] V. *Re H (children))* [2009] EWCA Civ 704; Mason, 2011: 189; V. i: britanski Royal College of Pediatris and Child Health: *Responsibility of Doctors in Child Protection Care with Regard to Confidentiality*, 2004.
[53] Mason and Mc Call Smith, 189-190.
[54] Britanski *Sexsual Offence Act,* 2003, s 14 (2) i (3) i s 73; Mason and Mc Call Smith, 190-191.

devojku da obavesti svoje roditelje ili da mu dozvoli da to on učini – što, samo po sebi, ustanovljava jednu važnu kvalifikaciju normalnih pravila o profesionalnoj tajni. Odluka da se poštuje poverljivost maloletnika može, povremeno, da bude vrlo delikatna, a to je posebno tako kada se prepisuju lekovi, kao što su recimo, antidepresivi.[55]

- Uslovi nisu tako jasni kada lečenje pojedinca nije primarno bazirano na medicinskim razlozima ali, u isto vreme, utiče na celu porodicu. *Familijarna priroda mnogih genetskih informacija* znači da i neposredni i ne tako neposredni članovi porodice mogu da imaju interes da znaju, ili da imaju pristup, genetskim podacima rođaka zato što posledice mogu da imaju uticaja na njihovo vlastito zdravlje i životne odluke. Primer iz domena zaštite podataka ilustruje član 29 o Zaštiti podataka Radne grupe Evropske komisije,[56] koji obavezuje da se prate i preporučuju neohodne izmene u zakonima o zaštiti podataka, u kome (članu 29) se posebno kaže da: „U meri u kojoj genetski podaci imaju familijarnu dimenziju, može da se traži da to bude „zajednička" informacija za članove porodice, koji imaju pravo na informaciju koja može da ima posledice na njihovo vlastito zdravlje i budući život".[57] Što se tiče posledica navedenog, Radna grupa nastavlja: „Precizne pravne posledice ovog argumenta još uvek nisu jasne. Najmanje dva scenarija mogu da se zamisle. Jedan je da bi drugi članovi porodice mogli takođe da se smatraju „subjektima podataka" sa svim pravima koja proizlaze iz toga. Druga opcija je da bi i drugi članovi porodice imali pravo na informaciju drukčijeg karaktera, na osnovu činjenice da to može da utiče na njihove lične interese. Međutim, u oba scenarija, dalje opcije i uslove bi trebalo da se razmotre između različitih zahteva (tvrdnji) članova porodice, bilo da one imaju pristup informacijama ili da se one drže kao poverljive."[58] Radna grupa dostavila je u vezi člana 29 jedno mišljenje o značaju „ličnih podataka", 2007. godine, formulisano da pomogne zemljama članicama u primeni Direktive EU o zaštiti ličnih podataka. Podsetićemo da su „lični podaci" oni iz kojih određeni pojedinac može biti prepoznat, direktno ili indirektno, i uključuju ma koje „informacije" koje se odnose na tog pojedinca. Grupa razrađuje ovu definiciju u vezi sa članom 29. Informacija može da se odnosi na osobu *bilo* ako je „sadržaj" o osobi (na primer, medicinska analiza koja se jasno odnosi na pacijenta) *ili* ako je „svrha" obaveštenja za koje se informacija daje (ili će se verovatno dati) utiče na osobu *ili*

[55] V. Slučaj *Inqury into Death Emma Jane Jeudry* (15) January 1997 (neobjavljen), Glasgow Sheriff Court); Mason and Mc Call Smith, *Ibid.*
[56] European's Article 29 Data Protection Working Group.
[57] Artcle 29 Working Group, *Working Document on Genetic Data*, 2004, 8-9.
[58] *Ibid.*; V. i: Mason and Mc Call Smith, 192.

ako „rezultati“ upotrebe informacije imaju, ili će imati, uticaj na prava i interese osobe. Važno je da se naglasi da ovo treba da se čita kao alternative a ne kumulativno. Osim toga, Radna grupa priznaje da ista informacija može da se odnosi na različite osobe, ali ne nudi konkretna uputstva o tome kako bi ovom informacijom trebalo da se rukuje.[59]

- *Medicinska istraživanja* su predmet od značajnog javnog interesa. U idealnom slučaju, pacijentov pristanak na upotrebu njegovih podataka u istraživanju trebalo bi da se dobije, ali to nije uvek moguće ili izvodljivo. Pacijentove informacije mogu biti otkrivene ako je to potrebno za ciljeve medicinsko-istraživačkog projekta koji je odobrio komitet za etiku istraživanja ili drugo nadležno telo. Odeljenje za zdravlje (*Departement of Health*), na primer, kaže da: „Kada bi javnom dobru značajno služilo otkrivanje ličnih informacija o pacijentu, može biti osnova za otkrivanje. Ključni princip za primenu je onaj o proporcionalnosti. Dok ne bi bilo razumno i proporcionalno da se otkrije informacija istraživaču tamo gde bi se od pacijenta mogao da traži pristanak, dotle ako bi bilo neizvodljivo pronaći pacijenta bez nerazumnog napora a verovatnoća štete po pacijenta je zanemarljiva, onda bi podrška za istraživanje mogla da se smatra da je proporcionalna“.[60] Slično tome, i nedavno revidirani Vodič *GMC* naglašava važnost javnih (društvenih) interesa u epidemiologiji, istraživanju i zdravlju koji mogu da se dobiju od sekundarne upotrebe podataka o pacijentu, tj. od upotrebe informacija osim one za koju su te informacije bile prvobitno sakupljene. Iako ističe da pristanak pacijenta na takve upotrebe treba normalno da se traži, *GMC* prihvata da pristanak nije uvek moguć ili izvodljiv i da je opravdano da lekari otkriju prepoznatljive informacije koje unapređuju takav „pozitivan“ javni interes sve dotle dok se izvesne garancije poštuju. Garancije uključuju činjenicu da je (i) neophodno da se koristi informacija; (ii) da nije izvodljiva anonimnost ili kodirana informacija i (iii) da je analiza troška i koristi i koristi i štete od otkrivanja izvršena. Ako bi postojeći zakonski putevi za otkrivanje mogli da se iskoriste, onda bi oni trebalo da imaju prioritet. Jedna takva zakonska odredba ustanovljena je članom (s) 251 britanskog Zakona o nacionalnim zdravstvenim uslugama, 2006. godine, koja dopušta Državnom sekretaru da donese odredbe za obradu medicinskih podataka pacijenta u medicinske svrhe kada (i) ni pristanak ni anonimnost nisu mogući niti izvodljivi i (ii) kada bi se i inače kršila povereljivost takvom upotrebom ovih podataka. Nacionalni informativni odbor za zdravstvenu i socijalnu zaštitu (*National Information Board for Health ad Social Care*) ima odgovornost za upravljanje ovim pravima.

[59] Mason and Mc Call Smith, 193.
[60] Department of Health: *Confidentilaity: NHS Code of Practice*, 2003.

Propisi dozvoljavaju da se poverljive informacije o pacijentu obrađuju u cilju ili (i) dijagnostikovanja zaraznih bolesti i drugih rizika po javno zdravlje; (ii) prepoznavanja kretanja takvih bolesti i rizika; (iii) kontrole i sprečavanja širenja takvih bolesti i rizika; ili (iv) praćenja i upravljanja: (a) epidemijom zarazne bolesti; (b) slučajevima izloženosti zaraznim bolestima; (c) isporuke efikasnih i bezbednih imunizirajućih programa; (d) neželjenim reakcijama na vakcine i lekove; (e) rizicima infekcija koje izaziva hrana i okruženje (uključujući i snabdevanje vodom); (f) davanjem informacija osobama kod kojih je dijagnostikovana zarazna bolest i rizici sticanja ove bolesti. Propisi takođe pružaju podršku Registraciji kancera (*Cancer Registries)* koji prikuplja informacije o slučajevima kancera.[61]

Sa ovim uslovima, u stvari, pokrivaju se i mere javnog zdravlja i istraživački ciljevi. Prijave za takve upotrebe pacijentovih podataka proverava, u Velikoj Britaniji, npr., Komitet za etiku i poverljivost koji je sastavljen od stučnih i laičkih članova.[62]

4. Zaključak

Sa tačke gledišta pojedinca krajnje je važno da se održi čuvanje poverene tajne. Ako profesionalna tajna ne bude održana, pojedinac može biti predmet diskriminacije zbog izvesnih detalja njegove prošle medicinske istorije, na primer, osiguravača ili poslodavca. Pored toga. poverljivost je u srcu medicinske etike i suštinska je za održavanje poverenja u odnosu lekara i pacijenta. Ako su pacijenti u stanju da veruju svojim lekarima i drugim zdravstvenim radnicima koji su u krugu lica obaveznih da čuvaju profesionalnu tajnu, pacijenti će mnogo verovatnije tražiti medicinsku pomoć kada im je potrebna. S druge strane, interes društva u održavanju profesionalne tajne je glavna iz istih razloga kao za pojedinca. Sudovi priznaju društvenu potrebu za održavanjem profesionalne tajne u brojnim slučajevima. Sudija je u slučaju *W v Edgell* priznao da je čuvanje profesionalne tajne glavno za dobru zdravstvenu zaštitu.[63]

Uprkos tome, pojam profesionalne tajne, kao uostalom i svakog drugog oblika diskrecije vezane za obavljanje profesionalnog zanimanja,

[61] Mason and Mc Call Smith, 195-197.
[62] Mason and Mc Call Smith, 197; V. i: The Academicy of Medical Sciences: *Personal data for public good: using healh information in medicine research*. A Report from Academy of Medical Sciences, January 2006, 3-55.
[63] *W v Edgell* [1990] 1 All ER 835.

poima se danas široko. Opseg zaštite profesionalne tajne ne određuje se isključivo prema posebnim zakonskim normama, nego i prema opsegu domašaja prava ličnosti. Pravo ličnosti pojedinca dolazi, ponekad, u međusobnu koliziju koja nedopušta njeno celovito poštovanje. Ova kolizija iziskuje *odmeravanje vrednosti* sukobljavajućih interesa i nadjačavanja slabijih u korist nadmoćnijih. Pravo pacijenta na privatnost povlači se, najčešće, iz razloga koji se u našoj, nemačkoj i švajcarskoj pravnoj teoriji i zakonodavstvu podvode pod stanjâ krajnje nužde, dok se u britanskoj pravnoj teoriji, zakonodavstvu, profesionalnim vodičima i sudskoj praksi, kao i iz opšteg smisla Direktive R/97/5 o zaštiti medicinskih informacija, ti razlozi podvode pod pojam „suštinskog javnog (društvenog) interesa", kao što su nacionalna bezbednost, istraga i gonjenje zločina, legitimne novinske aktivnosti i medicinska istraživanja. Osim toga, dužnost čuvanja profesionalne tajne oslabljena je opštim društvenim napretkom i podelom rada u medicinskoj delatnosti. Što je zdravstveno osiguranje masovnije i podela rada u medicini potpunija, sve više je ugrožena privatna sfera pojedinca. Dvostrani odnos lekar - pacijent pretvara se u trostrani odnos, čime se i dužnost čuvanja profesionalne tajne znatno relativizuje. Najposle, elektronska obrada podataka i medicinske dokumentacije čine ozbiljne prepreke da se održi obaveza čuvanja profesionalne tajne.

Vesna Klajn Tatić, PhD
Principal Research Fellow
Institute of Social Sciences, Belgrade

PROFESSIONAL SECRET OF HEALTH CARE PROFESSIONALS AND REASONS FOR DISCLOSURE

Summary

The prevalent objective of the present article is to analyze reasons for disclosure of professional secret in health care, particularly that of physicians, and to evaluate whether such disclosure amounts to grave unconscionable conduct; what would the exceptions be from the duty to keep a secret and whether they are justified, from the point of view of

our national and foreign legal theory, domestic and foreign law, Directive 95/24 EC on the protection of personal data, Directive R/97/5 on the protection of medical data, case law and professional rules in the medical profession.

After the general legal issues about professional secret of health care workers are presented, reasons for its disclosure are observed in detail, with a special reference to case law of the British judiciary.

Key word: professional secret, secret disclosure, privacy and confidentiality of information, patient consent, extreme necessity, public interest.

Miroslav Đorđević, master prava[1]

Originalni naučni rad

UDK: 347.454(37)

STRUKTURA I POSEBNE VRSTE *LOCATIO CONDUCTIO OPERIS FACIENDI*

Apstrakt

Većina privatnopravnih instituta evropsko – kontinentalnih pravnih sistema svoje poreklo pronalazi u rimskom pravu. To je posledica kako oskudnosti izvora starijih pravnih sistema, tako i činjenice da je u ljudskoj istoriji rimsko pravo po prvi put iznedrilo jedan relativno zaokružen pravni sistem, sličan modernim pravima. Rimski kontrakt locatio conductio operis faciendi, koji se označava kao preteča savremenog ugovora o delu, pak predstavlja nešto drugačiji slučaj. On u sebi obuhvata (delom) ugovor o delu, ali i nekoliko drugih ugovornih odnosa koji ga čine složenim. U ovom radu autor analizira locatio conductio operis faciendi u klasičnom rimskom pravu (uz osvrt na Justinijanovo pravo), posebne vrste ovog ugovora, kao i mogućnost da je on kroz podvrstu locatio conductio horrei u sebi obuhvatao i ugovor o ostavi sa naknadom. Ovaj specifični institut rimske pravne istorije pruža uvid u odnos Rimljana prema određenim vrstama rada i evoluciju tih shvatanja tokom rimske istorije, tj. stvaranja osnove za izgradnju onoga što danas nazivamo ugovorom o delu.

Ključne reči: *locatio conductio operis faciendi*, ugovor o delu, *locatio conductio horrei*, *Lex Rhodia de iactu*, rimsko pravo, pravna istorija.

1. Uvod

Mnoštvo složenih međuljudskih odnosa, do kakvih dolazi prilikom vršenja kakvog organizovanog rada, rimsko pravo je regulisalo kroz

[1] Istraživač pripravnik, Institut za uporedno pravo Beograd, mail: miroslav.djordjevic@yahoo.com

nekoliko ugovora od kojih centralno mesto zauzima *locatio conductio*.[2] Ovaj ugovor se u literaturi obično definiše kao „konsenzualni kontrakt kojim se jedna strana obavezuje da će drugoj strani predati na privremeno korišćenje određenu stvar, staviti na raspolaganje svoju radnu snagu ili izvršiti neko delo, a ova će za to platiti ugovorenu naknadu.“[3] U rimskom pravu su se, dakle, pod jednim ugovorom podrazumevala zapravo tri bitno različita kontrakta: ugovor o zakupu stvari (*locatio conductio rei*), ugovor o najmu radne snage (*locatio conductio operarum*) i ugovor o delu (*locatio conductio operis faciendi*[4]). Iz kazuistike dostupnih izvora se vidi da Rimljanima ova distinkcija nije bila strana, ali je ona, kako rimski jurisprudenti nisu bili naklonjeni uopštavanjima i definisanju, sistematski uobličena tek od strane pandektista. Od navedenih podvrsta posebno je interesantan *locatio conductio operis faciendi*, u kome pronalazimo preteču ugovora o delu. Ovaj kontrakt pak, kako ćemo videti, ipak ima nešto drugačiju sferu primene od modernog ugovora o delu, kao i specifičan položaj i karakteristike u okviru kontrakta *locatio conductio*. Ako se u obzir uzmu i njegove posebne vrste, jasno je da ovde nije reč o jednom od onih ugovora koji gotovo istovetan oblik imaju u rimskom i modernom pravu.

2. Elementi ugovora *locatio conductio operis faciendi*

2.1. Definicija, osnovni elementi i zamena subjekata

Danas se u literaturi *locatio conductio operis faciendi* uglavnom definiše kao „konsenzualni kontrakt kojim se jedna strana, izvođač (*conductor*), obavezuje da u ugovorenom roku obavi određenu aktivnost, po pravilu na stvari koja je stavljena na raspolaganje, a druga strana, naručilac (*locator*), se zauzvrat obavezuje da plati određenu sumu novca.“[5]

---

[2] Ovaj kontrakt nema analogni ugovor u modernom pravu i nemoguće je adekvatno ga prevesti na srpski jezik (takođe i engleski, nemački itd..), pa ćemo ga ovde navoditi isključivo u latinskom, izvornom obliku.

[3] Ž. Bujuklić, *Rimsko privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012, 384.

[4] U literaturi se neretko označava i samo kao *locatio conductio operis*. Vidi npr: H. Hausmaninger, W. Selb, *Römisches Privatrecht*, Böhlau, Wien 2001; D. Knežić - Popović, *Ugovor o delu u rimskom pravu*, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo 2004; ili R. Zimmermann, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996.

[5] A. Malenica, *Rimsko pravo*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 2009, 367. Slično i D. Stojčević, *Rimsko privatno pravo*, Savremena administracija, Beograd 1988, 271; O. Stanojević, *Rimsko pravo*, Službeni glasnik SCG, Beograd 2003, 375. Nisu retki pak autori koji izbegavaju ovo definisanje: B. Eisner, M. Horvat, *Rimsko pravo*, Nakladni zavod Hrvatske, Zagreb 1948, 393.

Čitav *locatio conductio* je u rimskim izvorima pokriven uglavnom kazuistički, pa zato problem razgraničavanja *locatio conductio operis faciendi* sa *locatio conductio rei* i *locatio conductio operarum* predstavlja jedno od glavnih težišta problema izučavanja ovog instituta. Zajedničke karakteristike su brojne. Svi su biletarealni, konsensualni i teretni ugovori *bonae fidei*, koji su se štitili istim tužbama, ali je njihova ekonomska suština bitno različita, što se vidi i iz (prividne) zamene subjekata.

Kod *locatio conductio rei* zakupac je *conductor* - on od *locatora* za određenu svotu novca zakupljuje stvar (*res*), a kod *locatio conductio operarum* poslodavac je *conductor*, kome *locator* vrši neki rad (po pravilu fizički - *operae*). Ovde se može reći da je logička „spojnica“ ova dva ugovora rimsko shvatanje rada za drugoga (o čemu će više reči biti kasnije), po kome sam rad predstavlja stvar. Kauzu posla predstavlja dobijanje novca (*merces*) za davanje stvari, tj. rada na određeno vreme. *Locatio conductio operis faciendi* je pak ugovor kod koga *conductor* vrši rad, preciznije treba nešto da uradi (*opus*) po nalogu *locatora*. Dakle, ako se akcenat stavi na ekonomsku suštinu, a to je “ko vrši kakav rad ili daje stvar u zakup za novac”, onda je inverzija očita:

locatio conductio	**locator**	**conductor**
- **rei**	*zakupodavac*	zakupac
- **operarum**	*najamni radnik*	poslodavac
- **operis faciendi**	naručilac	*izvođač dela*

Međutim, ako se u obzir uzme etimologija reči *locator* (od *locare* – staviti, smestiti), i *conductor* (poneti sa sobom, uzeti), vidi se da je akcenat na davanju stvari (tj. rada), a kako smo videli, kod *locatio conductio operis faciendi*, *locator* obavlja “određenu aktivnost, po pravilu na stvari koja je stavljena na raspolaganje”. *Locator* je i ovde predao neku stvar, pored toga što daje i novac. Prilikom razmatranja sličnosti sa kupoprodajom Gaj tako kaže:

„Takođe je neizvesno da li je kupoprodaja ili ugovor o delu zaključen ako sam sa zlatarom ugovorio da od svog zlata napravi prstenje određene težine i oblika i za to primi npr. dvesta denara. Kasije kaže da se ovde materijal prodaje, a da je rad predmet ugovora o delu, ali većina autora smatra da je zaključena kupoprodaja. Ali, ako sam dao svoje zlato, a ugovorimo nagradu za njegov rad, sklopljen je ugovor o delu“. [6]

[6] Gai Inst. 3. 147. U ovom prevodu Obrada Stanojevića *locatio conductio* je zavisno od fragmenta prevođen kao zakup, najam radne snage ili, kao u ovom slučaju, ugovor o delu.

Dakle, iako je ekonomska suština ugovora *locatio conductio operis faciendi* drugačija (*causa* je da *locator* dobije stvar kakvu želi, a da za njenu izradu *conductor* dobije novac), tj. inverzna u odnosu na prva dva ugovora, jasno je da *locator*- ova predaja materijala od koga *conductor* treba da napravi stvar, predstavlja pravni rezon za svrstavanje ovog pravnog posla zajedno sa zakupom stvari i najmom radne snage.

Međutim, često je predmet prestacije ugovora o delu bilo neko drugačije *facere*, ne nužno na stvari, npr. podučavanje kakvom zanatu i sl. odakle strogo pravno - tehnički proizlazi da je onda je neko lice koje *locator* odredi (najčešće rob ili član *familiae*), ili pak sam *locator* - predmet prestacije, tj. "stvar". U poslednjem slučaju on pored toga što daje novac sam sebe "stavlja" (*locare*) na raspolaganje *conductor* – u, koji ima da ga, na primer, poduči nekom zanatu.

Iz navedenog razloga, čine se potpunijim definicije ovog ugovora koje obavezama *locator* - a dodaju "…stvar *ili lice*...", zato što to lice, iako je često rob (stvar), to ne mora uvek biti, kako ćemo nešto kasnije videti i iz primera sačuvanog ugovora o delu iz klasičnog perioda. Tako Kazer dodaje: "*... an einer Person oder Sache, die ihm vom locator (Besteller) überlassen wird*"[7], a od naših autora sličnu, nešto čak koncizniju definiciju daje Milošević: „Naručilac se obavezuje da preduzimaču (izvođaču dela, *conductor*) preda neku stvar ili lice, a on se obavezuje da svojom aktivnošću s tom stvari ili licem ostvari određen rezultat, za koji će dobiti novčanu nagradu."[8] U svakom slučaju, jasno je da je ovde uobičajena pravna gimnastika rimskih jurisprudenata dovela do toga da se tri bitno različita posla svrstaju u istu šemu *locatio conductio*.

Osnovne elemente rimskog ugovora o delu čine *consensus* strana ugovornica oko *opus* –a koji *conductor* ima da učini u zamenu za *locator*-ov *merces*. Za nastanak ugovora je dovoljna prosta saglasnost volja, po pravilima koja su predviđena za sve konsenzualne ugovore.

---

[7] M. Kaser, R. Knütel, *Römisches Privatrecht*, C.H. Beck, München 2008, 245.

[8] M. Milošević, *Rimsko pravo*, Pravni fakultet Univeziteta u Beogradu, Beograd 2010, 369. Ima i autora koji se prilikom ovog definisanja vode isključivo navedenim Gajevim fragmentom, što dovodi do nepotpunog rezultata: "Ugovor o djelu, tj. preuzimanje i narudžba izvedbe nekog djela u pravilu se sklapala na taj način da je naručitelj (*locator*) davao materijal, a izvođač (*conductor*) se obvezao da će od donijetog materijala napraviti proizvod" - M. Boras, L. Margetić, *Rimsko pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka 1998, 156.

2.2. Naknada

Naknade (*merces*) je morala biti određena (*certum*) i sve dok se o njoj stranke ne dogovore ugovor ne postoji. "*…nisi enim merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi*."[9] Uslov nije pak bio da ona mora biti i pravična, tj. dozvoljavalo se da jedna strana ugovornica za sebe izbori svojom umešnošću i bolju cenu od one koja je realna.[10]

U klasično doba takođe postoji nedoumica da li je zaključen ugovor o delu ako je prepušteno trećem licu da proceni iznos naknade. Gaj u svojim Institucijama bez sugerisanog odgovora samo postavlja ovo pitanje:

„Otuda se postavlja pitanje da li je zaključen ugovor o zakupu ili delu kada je prepušteno drugom da proceni naknadu, npr. da Ticije odredi kolika će ona biti." [11]

Ovu dilemu klasičnog rimskog *locatio conductio operis faciendi* ne možemo da razrešimo ne zato što nema adekvatnog izvora, već zato što je samim Rimljanima to izgleda dugo bilo sporno.[12] Tome u prilog govori i činjenica da je u Justinijanovim *Institucijama*, dakle postklasičnom izvoru, izložena ova dilema koja je, kako se kaže, postojala "*inter veteres*" (pri čemu se ne misli samo na predklasične '*veteres*', već i na klasične jurisprudente): „U staro vreme („starima") bilo je sporno da li je važeća ovakva prodaja..."[13] Izgleda da je upravo tek u Justinijanovo doba ova dilema razrešena, što vidimo po konstrukciji "*sed nostra decisio ita hoc constituit…*", a znamo da je tekst ovih Institucija bio pravno obavezujući. Rešenje koje se dalje navodi je potvrdno, dozvoljava određivanje cene od strane trećeg lica, uz napomenu da ugovor neće postojati ako treći ne može da odredi cenu.[14] Sve ove odredbe nalaze se u delu koji reguliše kupoprodaju, ali se analogno, po samom tekstu *Institucija* primenjuju i na *locatio conductio*, a samim tim na *locatio conductio operis faciendi*.[15]

Druga dilema koja u Gajevom udžbeniku ostaje otvorena jeste da li ugovor postoji ako naknada nije bila određena u novcu, već na neki drugi način.

[9] Gai Inst. 3.142.

[10] D.19.2.22. prevod M. Đorđević. U Justinijanovom pravu se ovo rešenje menja uvođenjem *laesio enormis*.

[11] Gai Inst. 3. 143. prevod O. Stanojević.

[12] Suprotan primer navodi Votson pozivajući se slučaj iz Katonove *De agricultura,* u kome se čeka završetak zidanja kuće da bi se odredila njena cena. Više o tome: A. Watson, *The Law of Obligations in Later Roman Republic*, Oxford 1965, 103-104.

[13] Iust. Insti. 3. XXIII 1. prevod M. Đorđević.

[14] *Ibid.*

[15] Na analognu primenu upućuju Iust. Inst. 3. XXIV 1. i Iust. Inst. 3. XXIII 1.

„Takođe, nije izvesno da li postoji ugovor o zakupu ako tebi dam stvar da je upotrebljavaš a zauzvrat dobijem od tebe drugu stvar na upotrebu.“[16]

Iako se ovaj fragment očito prevashodno odnosi na ugovor o zakupu (po konstrukciji “*rem tibi utendam*”), te u ovom fragmentu i Obrad Stanojević *locatio conductio* prosto prevodi kao “zakup”, čini nam se da ne postoji prepreka za zaključak da se on mogao odnositi i na ugovor o delu. Mogla bi to hipotetički biti, na primer, situacija u kojoj jedno lice izrađuje nakit drugom licu u zamenu za prevoz neke robe.

Odgovor na ovo pitanje, kao i u prethodnom slučaju, leži u Justinijanovim *Institucijama*, koje potvrđuju navode da je o ovome bilo spora. Dilema je upoređena sa odnosom kupoprodaje i trampe (*permutatio*), a stav koji je konačno izložen je negativan - u tom slučaju se ne radi o *locatio conductio*, već o *proprius genus contractus*.

„Na primjer, ako se dve komšije, koji imaju svaki po jednog vola, pogode da će uzajamno uzajmljivati jedan drugome svog vola za deset dana za izvršiti neku stanovitu radnju, pa ako vo jednoga propadne kod drugoga neće se davati mjesta ni akciji iz davanja niti onoj iz primanja pod najam, pa ni akciji posluge, jer posluga u tom slučaju nije besplatna, no akciji praescriptis verbis.“[17]

Dakle, po uskraćivanju prava na *actio locati* i *actio conducti* i upućivanju na *actio praescriptis verbis*, jasno je da je ovde, kao i u slučaju *permutatio,* bila reč o *contractus innominati* (bezimenom kontraktu), a ne ugovoru o delu. Argument da je naknada za *locatio conductio operis faciendi* morala biti izražena u novcu i u klasičnom periodu, upravo kroz analizu bezmenih kontrakata, daje Paulus:

„Ako ti nešto dam da bi mi uzvratio činjenjem, kao što se postupa kod lokacije, na primer da naslikaš sliku, ukoliko ti dam novac nastaje locatio, kao u gornjem slučaju emptio; ako je reč o stvari, neće nastati lokacija nego ili actio civilis za ono na šta imam pravo, ili kondikcija za povraćaj datog.“[18]

Može se ovde postaviti pitanje postojanja interpolacija, koje bi prilagodile fragmente poželjnim rešenjima kakva će samo malo kasnije pronaći mesto u Justinijanovim *Institucijama*. D. Knežić - Popović tako

[16] Gai Inst. 3. 144. prevod O. Stanojević.
[17] Iust. Inst. 3. XXIV 2. prevod L. Bakotić.
[18] D.19.5.5.2. prevod D. Knežić-Popović.

ovaj fragment, kao i Ulpijanov *D.16.3.1.9*. koji takođe ovo potvrđuje (a biće izložen nešto kasnije kod *locatio conductio horrei*) naziva "notorno sumnjivim" u kontekstu interpolacija.[19] Međutim, većina autora, računajući i pomenutu autorku, ipak smatra da je pravilo *merces in numerata pecunia* važilo i u klasično doba. Da li je ovo pravilo važilo bez izuzetka posebno je pitanje i o njemu ne postoji saglasnost u literaturi.[20] Često se tako kao primer nenovčane naknade u literaturi navodi kolonat sa naturalnom zakupninom (*colonia partiaria*), ali osim što je sporno da li on uopšte predstavlja *locatio conductio* za rimske jurisprudente[21], on u svakom slučaju ne potpada pod *locatio conductio operis faciendi,* pa se zato ovde njime nećemo posebno baviti.

2.3. *Opus* (ostvarenje dela)

Ugovorom *locatio conductio operis faciendi* služile su se zanatlije, prevoznici, zidari, ali i umetnici, slikari, svirači i drugi. Osnovnu distinkciju ovog ugovora u odnosu na *locatio conductio operarum*, kao i njegovu ekonomsku suštinu čini njegov drugi obavezni element – *opus*. Za razliku od ugovora o najmu radne snage, ovde predmet ugovora nije sam rad, već ostvarenje dela, bilo ono materijalno (da se od nekog materijala nešto napravi, de se nešto preveze) ili nematerijalno (da šegrt savlada zanat). Nešto najbliže definiciji *opus*-a *locatio conductio operis faciendi*, što pronalazimo u izvorima, nalazi se u delu *Digesta* u kome se objašnjavaju pojmovi, a daje nam je Paulus, pozivajući se na Labea:

„Locatio conductio operis po rečima Labea označava ono što Grci nazivaju apotelesma (rezultat), a ne ergon (rad, projekat), neki dovršeni proizvod izvršenog opus-a."[22]

Ovaj fragment je u romanistici tumačen na više načina[23], a mi smo mišljenja ga je najtačnije shvatiti da je *opus* jednak *αποτέλεσμα* (apotelesma), a ne *έργων* (ergon), tj. *opus* je rezultat, a ne sam rad. Kako je već pomenuto (*Gai Inst. 3.147.*), taj opus treba da bude izvršen na stvari, odnosno licu koje *conductor*- u stavi (*locare*) *locator* (inače je reč o kupoprodaji). Sam rad naručioca posla nije zapravo ni interesovao, već ga je interesovao samo rezultat. Da li će *conductor* angažovati

[19] D. Knežić - Popović, 132.
[20] *Ibid.*
[21] M. Milošević, 368.
[22] D.50.16.5.1. prevod M. Đorđević.
[23] D. Knežić-Popović, 90 – 92.

podizvođače ili pomagače u svom poslu, nije uticalo na valjanost posla, jer je *causa* posla - *opus*, do koga se dolazi radom. Na koji način i ko vrši rad *locator*- a je zanimalo samo ukoliko je posao *intuitu personae* (npr. slikar).[24]

Postoji dilema da li su delatnosti iz *artes liberales*[25] mogle biti predmet *opus*-a. Pravilo je bilo da ne mogu, ali su postojali izuzeci. Postoji tako mišljenje da se sa *artes liberales* kroz *locatio conductio operis faciendi* nisu smeli baviti slobodni ljudi, dok su oni pak to mogli dozvoliti svojim robovima i oslobođenicima.[26] Veštine i zanati koji su po pravilu bili predmet ovog ugovora nisu dobili značajno mesto u izvorima koji su ostali sačuvani, ali je zato ostao sačuvan izvestan broj ugovora vezanih za ova zanimanja.[27] Oksirinhijski papirusi (*oxyrinchus papirii*), koji su krajem XIX i početkom XX veka otkriveni blizu istorijskog grada Oksirinha u Egiptu, sadrže više hiljada različitih dokumenata među kojima ima i nekoliko ugovora srodnih ugovoru o delu.[28] Pored izučavanja zanata, *opus* ugovora *locatio conductio operis faciendi* bile su i razne zanatske usluge, prevoženje stvari i lica, zidanje, izrada umetničkih predmeta, muziciranje, vršenje rituala u pogrebnim procesijama ("narikače") itd.

2.4. Ispunjenje, odgovornost i zaštita

Ispunjenje dela ostvarenjem *opus* – a i predajom novca bio je normalan način gašenja obligacija iz *locatio conductio operis faciendi*. Ukoliko nije precizirano da *conductor* lično mora da obavi neki posao, dozvoljavalo se da npr. neko drugo lice iz radionice obavi taj posao ili da u njemu koristi pomagače (npr. majstor izrađuje statuu i koristi šegrte za grube radove oko kamena, posle čega on vrši finu obradu). O toj posebnoj potrebi da se drugačije mora ugovoriti svedoči Ulpijanov fragment:

"Postoje široke razlike u pogledu inteligencije, prirode, obrazovanja i iskustva kod zanatlija. U skladu sa time, ako neko obeća da će lično napraviti brod ili kuću ili iskopati jarak, i to posebno uz naznaku da će

[24] R. Zimmermann, 394.

[25] D.50.13.1. „Pod slobodnim zanimanjima (*artes liberales*) podrazumevamo ona koja Grci nazivaju ἐλευθερία: računajući tu govornike, gramatičare, geometre, lekare..." prevod M. Đorđević.

[26] A. Watson, 109 – 110.

[27] Više o ovome: W.L. Westermann, „Apprentice Contracts and the Apprentice System in Roman Egypt", *Classical Philology* 9/3 (1914), 295 – 315.

[28] P. Oxy. XLI 2971; P. Oxy. II 275; P. Oxy XXXI, 2586; P.Oxy LXVII, 4596 –, *droitromain. upmf-grenoble.fr*, 20. 9. 2014.

baš on svojim radom to učiniti, njegov jemac (treće lice), ako on sazida ili iskopa jarak, neće (time) osloboditi ugovarača, osim ukoliko (ovaj) uma saglasnost naručioca posla."[29]

Međutim, u literaturi ima dosta tvrdnji da je ovaj fragment interpoliran od strane Justinijanovih kompilatora i da se u klasično vreme zapravo pretpostavljalo da onaj ko je ugovorio posao, taj posao mora i da uradi lično.[30] Ukoliko je to tačno, svakako se moglo ugovarati i drugačije.

Sloboda ugovaranja određivala je vreme i mesto izvršenja, a ukoliko oni nisu precizirani (a najčešće su bili) koristili su se elastični standardi poput "započeto što je pre moguće", dovršeno "za neko uobičajeno, normalno vreme" i sl.[31] Iz razloga sigurnosti ovi elementi su se po pravilu ugovarali, a iako pisana forma nije bila uslov valjanost ovog ugovora, ona je verovatno takođe zbog sigurnosti, često činjena.[32]

Ako je predmet prestacije ovog ugovora neka stvar (zlato od koga se pravi prsten), svojina na takvom materijalu po pravilu nije prelazila na *conductor*-a za vreme njegove obrade (ili prevoza, čišćenja i sl.), već je on na njima imao samo detenciju. Postoje pak neki slučajevi gde je izgleda dolazilo do prenosa svojine i oni se u literaturi nazivaju *locatio conductio irregularis*.[33] Pored ovih slučajeva, do promene vlasništva je moglo doći ukoliko je stvar zamenljiva (npr. vino ii žito određeno za transport), kada *conductor* postaje sopstvenik i dužan je da po izvršenom poslu *locator*-u obezbedi istu količinu iste vrste stvari[34] (ovo naravno ne važi ukoliko se zamenljiva stvar ponaša kao *species* – npr. određena bačva vina dobijena od nekog važnog magistrata na poklon). Kako saznajemo od Gaja, ukoliko mu je stvar ukradena, *conductor* pak može imati pravo na *actio furti* (vlasnik zadržava pravo na *actio locati*, a *actio furti* može koristiti tek ukoliko prva ne uspe zbog insolventnosti *conductor*-a).[35]

[29] D.46.3.31. – prevod. M. Đorđević.

[30] "Dok je u klasičnom pravu izvršenje posla imalo strogo lični karakter, dotle se u Justinijanovom pravu obaveza na lično izvršenje nije podrazumevala i trebala je biti izričito ugovorena. Ako u tom smislu nije bilo ništa ugovoreno, naručilac dela se nije mogao opirati izvršenju od strane nekog drugog." - D. Knežić – Popović, 133. Drugačije: A. Malenica, 368.

[31] *Ibid*. 134.

[32] V. W.L. Westerman, 295 – 315.

[33] A. Watson, 106.

[34] D. Stojčevič, 272.

[35] Gai Inst. 3. 205. „Isto tako, ako je suknar (fulon) uzeo odeću da je očisti i uredi ili ako je krojač uzeo da je okrpi za određenu naknadu, njemu pripada pravo na *actio furti* protiv onog ko je ukrao, a ne sopstveniku, jer se sopstvenika ne tiče da li je odeća ukradena, budući da ima pravo na tužbu kojom će tražiti svoju stvar iz ugovora o delu (*actio locati*) protiv suknara ili krojača, pod uslovom da suknar ili krojač imaju sredstva da isplate naknadu za stvar. A ako su insolventni, tako da vlasnik ne može da dobije svoje, i njemu pripada pravo na tužbu iz krađe, jer je zainteresovan da stvar ne propadne." prevod O. Stanojević.

Što se jednostranog raskida ugovora tiče, *locator* je mogao raskinuti ugovor u slučaju da *conductor* delo nije završio u dogovorenom roku, ili ga je završio, ali nije isporučio, kao i u slučaju da se ispostavi kako troškovi izrade znatno prevazilaze cenu iz predračuna troškova.[36]

Po pitanju odgovornosti *conductor*-a za *locator* -ovu stvar koja je u njegovoj detenciji tokom trajanja ugovora, iz izvora saznajemo da je ona generalno bila pooštrena, ali i stepenovana zavisno od konkretnog *opus*-a.[37] Obuhvatala *je omnis culpa*, a pošto je ovaj posao zahtevao izvesnu stručnost, i obavezu da delo izvrši *lege artis*, tj. postojala je odgovornost za nedovoljno znanje - *imperitia*.[38] Ulpijan tako kaže:

„Celzo piše u osmoj knjizi Digesta da neumešnost – neznanje, nesposobnost – treba smatrati krivicom – nemarnošću, nehatom, pa stoga onaj ko preuzme telad za ispašu ili /odeću/ da je uredi, odnosno očisti, odgovara za nemarnost, pa se ono što učini zbog neumešnosti smatra nemarnošću, nehatom, jer je taj posao preuzeo izjavljujući da je vešt u svom poslu.“ [39]

Pošto je *conductor*, kako smo videli, mogao da angažuje pomoćnike, on odgovara i za *culpa in eligendo,*“krivicu za (loš) izbor”:

„Ako je neko ugovorio da će prevesti stub, pa se taj stub za vreme dok je bio podizan, prevožen ili skidan – polagan, istovaran, polomi, on će odgovarati za taj rizik ako postoji nemarnost na njegovoj strani ili kod osoba čijim se radom koristio. Nemarnosti nema ako je poduzeo sve ono o čemu bi vodio brigu veoma pažljiv čovek. To isto tako treba shvatiti i u slučaju kada je neko ugovorio da će prevesti bačve ili gredu, a može se primeniti i na ostale stvari.“[40]

Za određene poslove predviđena je pak najstroža odgovornost – objektivna odgovornost, *custodia*[41], koja će u Justinijanovom pravu postati nešto drugačija *culpa in custodiendo*.[42] Ova odgovornost bila je

[36] D. Knežić – Popović, 135.

[37] Drugačije pak tvrdi Malenica. U svom udžbeniku on generalizuje i prosto kaže da „izvođač mora čuvati stvar i odgovara za *custodia*“, što na osnovu fragmenata koje iznosimo smatramo nepreciznim, jer nisu svi *conductor*-i odgovarali za *custodia*. V. A. Malenica, 368.

[38] M. Milošević, 370.

[39] D.19.2.9.5. prevod M. Polojac.

[40] D.19.2.25.7. prevod M. Polojac.

[41] M. Milošević, 370.

[42] *Culpa in custodiendo* je za razliku od objektivne *custodia* bila subjektivno merilo. Više o tome: J. Danilović, „*Custodia* i ugovor o delu u rimskom klasičnom pravu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/*1969,* 339 – 363.

opštim normama predviđena za suknare (fulone) i krojače, verovatno zbog učestalosti angažovanja ovih radnika i problema koji se mogu naslutiti.[43] *Conductor* koji je odgovarao za *custodia*, je pak uvek bivao oslobođen odgovornosti ukoliko je do štete došlo usled događaja koji čovek nikako nije mogao sprečiti, kao što su prirodne sile, upadi neprijateljske vojske, prirodna smrt roba i svi oni drugi razlozi koji se u izvorima nazivaju "viša sila"- *vis maior* ili *casus maior*.[44] Dobar primer za ovo daje sledeći Javolenov fragment:

"Flako je ugovorio sa Marcijem da mu podigne kuću; pošto je deo posla bio završen, došlo je do zemljotresa pa se zgrada srušila. Masurije Sabin smatra, kad je do toga došlo prirodnom silom, kao što je zemljotres, da to ide na štetu, rizik Flaka." [45]

Osvrnućemo se samo kratko i na problem trenutka prelaza rizika kod *locatio conductio operis faciendi*. Kod ovog ugovora se ovo pitanje pokreće ukoliko je izvedeno delo delimično ili potpuno uništeno pre isporuke i to bez krivice *conductor*-a.[46] U literaturi[47] se ističe kako se rizik "delio" između *locator*-a i *conductor*-a na šta navodi Paulusov stav iz jednog Labeovog fragmenta:

„Ako je do ovoga (rušenja) došlo krivicom loše zemlje, locator snosi rizik. Ali ako se to dogodilo zbog lošeg rada, gubitak je tvoj (conductor-ov)." [48]

Međutim, situacija je ipak bila složenija, a probleme stvara i činjenica da Rimljani terminom *periculum* neretko pored rizika označavaju i odgovornost.[49] Postoje teorije koje objašnjavaju složenost ovog problema u rimskim izvorima činjenicom da je u nekom trenutku klasičnog perioda došlo do promene u shvatanju, te se sa *periculum conductoris* prešlo na *periculum locatoris*. Ceo problem je umnogome sličan kupoprodaji i dilemi da li je u klasično doba važio princip *periculum est emptoris*

[43] Gai Inst. 3. 206: „Ono što je rečeno za suknara i krojača primenjuje se i na lice kome smo dali stvar na poslugu. Kao što i oni odgovaraju za čuvanje stvari (*custodia*) tako i onaj koji je uzeo stvar na poslugu treba da odgovara za čuvanje stvari." prevod O. Stanojević.
[44] J. Danilović, 341.
[45] D.19.2.59. prevod M. Polojac.
[46] D. Knežić – Popović, 110.
[47] R. Zimmermann, 402-403.
[48] D.19.2.62. prevod M. Đorđević.
[49] D. Knežić – Popović, 111.

ili *periculum est venditoris*.[50] Tako je gornja konstatacija o "podeljenom riziku" zapravo samo način da se izbegne davanje odgovora na pitanje koji je tačan momenat kada je rizik sa *locator*-a prešao na *conductor*-a. Pored moguće promene shvatanja samih Rimljana, situaciju dodatno komplikuje činjenica da se ovo pitanje rešavalo različito zavisno od slučaja. Ne želimo da dalje ulazimo u ovaj problem, jer njegova puka elaboracija zahteva više prostora nego što je predviđeno za čitav ovaj rad. Zato ćemo samo izneti, radi ilustracije, zaključke do kojih je došla D. Knežić – Popović, koji se na osnovu izložene argumentacije i dostupnih izvora čine utemeljenim:

"*Locator operis* snosi rizik: 1. ako delo bude uništeno posle adprobacije[51]; 2. ako delo bude uništeno neizbežnom vanjskom silom (višom silom) i pre probacije; 3. ako propusti ili odugovlači probnu proveru; 4. ako je poslenik izvršio rad po njegovim uputima; 5. ako je delo propalo zbog lošeg kvaliteta materijala za obradu.

Conductor operis snosi rizik: 1. pod uslovom da je delo propalo pre probacije; 2. ako je delo propalo zbog slučajnosti koje su nastale u okviru rada na delu."[52]

Zaštita se u *locatio conductio operis faciendi* ostvarivala putem tužbi *actio locati* i *actio conducti*. Kako se u *demonstratio* ovih tužbi morao navesti pravni osnov, *causa* posla, to predstavlja još jednu indiciju da su Rimljani morali shvatati visok stepen posebnosti *locatio conductio operis faciendi* u okviru koncepta *locatio conductio*.

3. Neke posebne vrste *locatio conductio operis faciendi*

3.1. *Locatio conductio horrei*

Jedan od srodnih i do kraja nerasvetljenih ugovora jeste i ugovor o uskladištenju *locatio conductio horrei* ili *locatio conductio horreorum*. Već kada se pogleda rimska sistematizacija ugovora kao izvora obligacija pada u oči odsustvo posebnog ugovora kod koga jedna strana drugoj čuva određenu stvar u zamenu za novac. Drugim rečima, nedostaje neka vrsta

[50] Ogroman broj interpolacija u ovoj materiji otežava njeno izučavanje, ali se ipak čini da ima osnova za tvrdnju da je u klasično doba važilo pravilo *periculum est venditoris*. V. M. Đorđević, „Comparative Analysis of Risk Passing in Roman Law, Serbian Doctrine and 19th Century Legislation", *Annals of the Faculty of Law in Belgrade* 3/2008. 285 – 293.

[51] *Adprobatio* se javlja kod posebne vrste *locatio conductio operis faciendi* – ugovora o građenju.

[52] D. Knežić – Popović, 113 – 114.

posebnog, teretnog *depositum*-a (ostava), jer je jasno da se sa razvojem rimske države i privrede ovakva potreba morala učestalo javljati.

Rimljani su način za zaključivanje ovog pravnog posla, ekstenzivnim tumačenjem, pronašli u *locatio conductio*. Kako o ovom ugovoru svedoči svega nekoliko fragmenata *Digesta*, pitanja je daleko više nego odgovora, počevši od broja strana ugovornica i pravne prirode ovog ugovora, do pitanja odgovornosti.[53] Još jedno pitanje koje se logično postavlja jeste: kojoj od tri podvrste *locatio conductio* ovaj ugovor pripada?

Ukoliko se prihvati teza da u ovom poslu postoje dve strane ugovornice, lice koje daje stvar na uskladištenje (ostavodavac[54]) i lice koje je skladišti (skladištar - *horrearius*), odmah pada u oči da se prvi u izvorima označava kao *conductor*, a drugi kao *locator*.[55] Kako bismo pronikli u pravnu suštinu ovog posla pođimo od interesantnog Ulpijanovog fragmenta, koji se u literaturi uglavnom navodi kao dokaz da je naknada za *locatio conductio* morala biti novčana. Nama je ovde pak on interesantan zbog nečeg drugog - u celu priču oko zamene subjekata u *locatio conductio* on unosi dodatnu zabunu i potvrđuje tezu da je *locatio conductio* fikcijama i elastičnim tumačenjima održavan kao jedinstven ugovor.

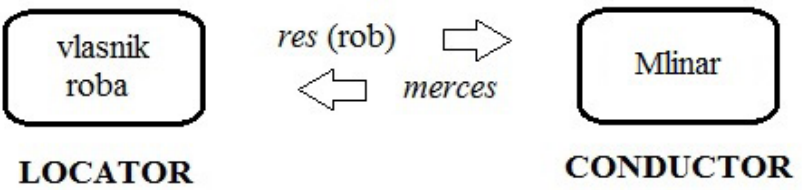
„Ako neko primorava roba, koji je poveren na čuvanje, da radi u mlinu, mislim da je moguće podići actio conducti protiv njega, ukoliko je dobio novac za čuvanje. Međutim, ako sam ja primio novac za ovog roba koji je odveden da radi u mlinu, ja mogu da pokrenem actio locati. Ali, ako je rad ovog roba naknada za njegovo čuvanje, ovo je nalik locatio conductio, ali pošto novac nije dat, može se koristiti actio praescriptis verbis.“[56]

Dakle, u ovom slučaju je jedno lice dalo nekom mlinaru roba da ga čuva. Motiv za ovo bi mogla biti kazna za roba zbog skitanja ili bežanja.[57] Ulpijan se dalje pita, u slučaju da mlinar počne da prisiljava roba da radi u mlinu, koju tužbu vlasnik roba može da podigne, pa potom navodi tri slučaja zavisno od toga da li je i kome dat novac.

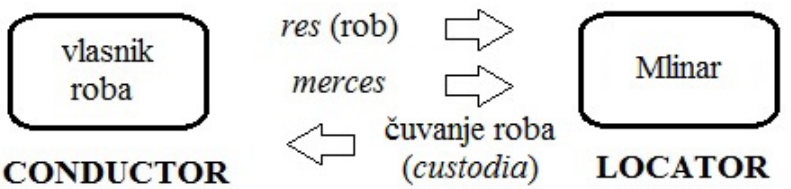
Pođimo od (manje) sporne druge situacije: ako je vlasnik primio novac za to što je mlinaru dao roba, on može da pokrene *actio locati*, što

[53] *Ibid*. 129 - 130.
[54] Ovde se pod ostavodavcem ne podrazeva onaj iz *depositum*-a, već ostavodavac iz ugovora o ostavi sa naknadom.
[55] *Ibid*.
[56] D.16.3.1.9. prevod M. Đorđević.
[57] D. Knežić-Popović, 131.

znači da je on *locator*, a pravni posao po logici stvari *locatio conductio rei* (mlinar je u tom slučaju zapravo zakupio roba za određeni iznos koji je isplatio vlasniku). Ovde jedino ostaje sporno zašto bi vlasnik uopšte tužio mlinara u ovom slučaju jer je ovaj njegovog roba naterao da radi, kada je upravo to *causa* posla, ukoliko je reč o *locatio conductio rei* (novac je pritom uredno isplaćen). Da je motiv bio samo "čuvanje" roba, zašto bi mu onda mlinar, *conductor* isplaćivao bilo kakav novac? Može se tako samo zaključiti da je ovde reč o *locatio conductio rei*, te da u ovom slučaju vlasnik kažnjava svog roba tako što ga daje "na čuvanje" – u zakup da radi. Razlog za tužbu onda nije okolnost što je rob prisiljen da radi, već bilo koji od razloga za *actio locati*.



Prvi slučaj je interesantiji za *locatio conductio horrei*, jer smatramo da je upravo ovde o njemu reč. Ulpijan kaže da vlasnik može podići *actio conducti*, ukoliko je mlinar dobio novac za čuvanje roba (pa ga prisiljava da radi, umesto samo da ga čuva). Ako vlasnik može podići *actio conducti*, onda je on *conductor*, a mlinar *locator*, pa cela situacija izgleda ovako:



U direknoj vezi je i treća situacija koju Ulpijan navodi, u kojoj, kako kaže, nema *locatio conductio* ako je sam rad roba naknada za njegovo čuvanje, već se može koristiti *actio praescriptis verbis* (bezimeni kontrakt). Dakle, sam rad roba se ne smatra naknadom, već ona mora biti novčana. Treći primer se približava *depositum* – u, ali pod njega ne potpada. Da je u pitanju *depositum*, došlo bi do *furtum usus*-a od strane mlinara pošto je rob prisiljen da radi. Ulpijan kaže bi *actio depositi* (*directa*) stajala na raspolaganju vlasniku da je rob dobijao samo hranu i

da ništa nije dogovoreno o njegovom radu.[58]

Vratimo se drugom primeru. Kako vidimo ovde jedno lice plaća drugom da mu određenu stvar sačuva neko vreme. Ukoliko uzmemo u obzir da Ulpijan vlasniku stvari daje *actio conducti* i da je kako smo videli, kod *locatio conductio horrei* ostavodavac *conductor*, jasno je da je ovde reč o takvom ugovoru.[59] Njegovu pravnu prirodu i položaj u *okviru locatio conductio* pokušačemo da objasnimo pomoću sledeće šeme:

CONDUCTOR		LOCATOR
zakupac / poslodavac	*locatio conductio rei/operarum* ⇦ res/operae merces ⇨	zakupodavac / najamni radnik
izvođač radova	*locatio conductio operis faciendi* ⇦ res/persona ⇦ merces opus ⇨	naručilac
ostavodavac	*locatio conductio horrei* res ⇨ merces ⇨ ⇦ opus (čuvanje stvari)	horrearius

Okolnost da je kod *locatio conductio horrei* ostavodavac u izvorima označavan kao *conductor*, a *horrearius* kao *locator*, neke autore upućuje na *locatio conductio rei*, ali ih potom činjenica da je *locator*, kako doktrina jednodušno priznaje, odgovarao za kustodiju u ovom slučaju,

[58] D.16.3.1.9.

[59] U svom delu „*Ugovor o delu u rimskom pravu*“ D. Knežić-Popović navodi fragment D.16.3.1.9. kada govori o obaveznosti novčane nadoknade, ali ga ne elaborira i ne navodi u poglavlju o *locatio conductio horrei*.

vraća na teren *locatio conductio operis faciendi*.[60] Iako postoje mnoge sličnosti sa raznim ugovorima, a pogotovo sa *locatio conductio rei* i *operarum*, mišljenja smo da je *locatio conductio horrei* podvrsta *locatio conductio operis faciendi* kod koga se pod *opus* podrazumeva čuvanje neke stvari. Već gornja šema pokazuje kako su ova dva (pod) ugovora kao u ogledalu - zapravo identična uz zamenu subjekata. Postavlja se pitanje zašto je do ove inverzije došlo? Etimologija nam pri rešavanju ovog problema nije od velike pomoći, ali je značajno što i ne odmaže. Kako *locare* znači "smestiti, staviti", a *conducere* može da znači i "poneti sa sobom", sklapanje posla se fleksibilno može opisati ovim izrazima – jedno lice donosi sa sobom stvar koje drugo lice smešta u skladište. Ponudili smo jedno objašnjenje, ali priznajemo da precizan odgovor ipak ostaje nepoznanica.

Još jedno pitanje koje se nameće jeste domet primene ovog ugovora. Kako sam naziv *locatio conductio horrei* dolazi od *horreum* (skladište, ostava) nameće se zaključak da se ugovor koristio za ono što danas Zakon o obligacionim odnosima naziva "uskladištenjem".[61] Međutim ne postoje ni sadržinske i etimološke prepreke za zaključak da se ovaj ugovor mogao koristiti u velikom broju raznovrsnih situacija (poput analizirane situacije iz Ulpijanovog fragmenta gde nije slučaj o klasičnom skladištenju). Današnjim pravnim rečnikom on bi se mogao označiti kao ugovor o ostavi sa naknadom.

Na kraju, pokušaćemo da definišemo rimski *locatio conductio horrei* kao podvrstu ugovora *locatio conductio operis faciendi* sa inverzijom subjekata, u kome se *locator* obavezuje da će sačuvati (*opus*) neku *conductor* – ovu stvar u zamenu za novac.

Ovakav zaključak proširuje domašaj primene *locatio conductio operis faciendi* i dodatno ga udaljuje od ugovora o delu kakav poznajemo danas. Na kraju ćemo prikazati samo još jedan jedan primer *locatio conductio horrei* koji je takođe na prvi pogled sličan sa *locatio conductio rei*. Ovaj "ugovor" o izdavanju skladišta je sačuvan na *Sulpicii*-skim tablicama.[62]

"Nardus, rob Publiusa Sulpiciusa Seleukusa, pišem u prisustvu i uz odobrenje mog gospodara Publiusa Sulpiciusa, zato što on kaže da

[60] V. D. Knežić-Popović, 130-131.
[61] ZOO, čl. 730.
[62] Sulpicijske tablice, *Tabulae Pompeiane Sulpiciorum*, sadrže 127 dokumenata (dobrim delom ugovore) i pronađene su u blizini Pompeje. Pripadale su porodici Sulpicii. – više o ovome: G. Rowe, *Roman Law in Action: The Archive of Sulpicii (TPSulp)*, *http://www.law.usc.edu/centers/clhc/archives/workshops/documents/Rowe.pdf*, 20.9.2014.

je nepismen, da sam dao skladište za držanje žita broj 26, na gornjim spratovima Barbacija na imanju Domicija Lepida, u kome je 13.000. modii aleksandrijskog žita (koje će moj gospodar proveravati sa svojim robovima), za naknadu od 100 sestercija mesečno."[63]

U ovom ugovoru, ili bolje rečeno, zapisu o ugovoru, lice čije ime ne znamo, *conductor*, je sklopilo ugovor sa Publiusom Sulpiciusom Seleukusom, odnosno njegovim robom Nardusom, (*horrearius, locator*) o skladištenju neke robe u skladištu broj 26. Način na koji je tekst sročen može pogrešno da navede na zaključak da je ovo *locatio conductio rei*, u kome je predmet zakupa skladište. Međutim, akcenat ovde nije na zakupu skladišta, već na čuvanju stvari u njemu ("gospodar ga obilazi sa svojim robovima"), a ton ovog izvora je takav, jer je jedna od osobenosti ugovora *locatio conductio*, pa i *locatio conductio horrei* neko privremeno stanje. Iz tog razloga su se oni i često zapisivali (što nije bio uslov punovažnosti), kako bi u ovom slučaju *horrearius* imao jasnu sliku svojih obaveza.[64]

3.2. Ugovor o građenju

Ugovor o građenju je danas Zakonom o obligacionim odnosima predviđen kao poseban ugovor u odnosu na ugovor o delu.[65] U Rimu su oba ugovora bila deo *locatio conductio*, pri čemu bi se ugovor o građenju mogao svrstati u podvrstu *locatio conductio operis faciendi* uz određene, značajne specifičnosti. One su proizašle iz istih razloga iz kojih je danas ugovor o građenju poseban ugovor, a to je pre svega okolnost da je u pitanju delatnost velikog značaja i vrednosti za strane ugovornice, pa su dodatna pravila, pre svega u cilju sigurnosti, neophodna.

Prva specifičnost jeste "stvar" od koje se pravi *opus*, tj građevinski materijal od koga će se nešto zidati. Njega je po pravilu obezbeđivao *conductor*, a ne *locator*, koji je pak sa druge strane obezbeđivao zemlju na kojoj će se graditi.[66] U kontekstu zidanja zgrade, ovo je potpuno logično, ali treba primetiti da odstupa od pravila *locatio conductio operis faciendi* po kome *locator* daje *conductoru* materijal za izradu stvari (*Gai Inst. 3. 147.*).

---

[63] Tekst preuzet iz P. Du Plessis, *Letting and Hiring in Roman Legal Thought: 27 BCE – 284 CE*, Brill, Leiden 2012, 188. preveo M. Đorđević.
[64] P. Du Plessis, „The Roman Concept of *lex contractus*", *Roman Legal Tradition* 3/2006, 80.
[65] ZOO čl. 630.
[66] D. Knežić – Popović, 124 – 126.

Osobenosti uključuju i posebno naglašenu potrebu za pravljenjem predračuna, jer je zidanje po pravilu vrlo skup posao, a kako smo videli, znatno uvećani troškovi predstavljaju osnov za jednostrani raskid ugovora. Takođe, predviđena su dva načina izvršenja ovog ugovora: *aversione*, gradnja, tj. dovršavanje *opus*-a u celini (kao kod drugih *locatio conductio operis faciendi*) i *in pedes mensurasve*, način koji se sreće samo kod ugovora o građenju, a podrazumeva izradu, tj. gradnju u fazama (što se verovatno neretko nametalo kao ekonomska nužnost).[67]

Najvažnija specifičnost ugovora o građenju jeste *probatio*, koji smo već pomenuli u delu o prelasku rizika, a svodi se na ispitivanje, proveru i pregledanje urađenog. Trenutak probacije je bio od velikog značaja, jer je predstavljao momenat prelaska rizika sa *conductor*-a na *locator*-a. Mogla se završiti pozitivno (*probatio*) ili negativno (*improbatio*) u slučaju da građevina nije izgrađena stručno i da ne odgovara zahtevima iz ugovora.[68]

Kumulativno ovi elementi čine značajnu razliku između ugovora o građenju i nekog drugog *locatio conductio operis faciendi*, ali kako je njihova priroda suštinski samo korektiv u kontekstu obimnog posla velike vrednosti, nema osnova za neko veće izdvajanje ugovora o građenju u odnosu na ugovor o delu u rimskom pravu.

3.3. *Lex Rhodia de iactu*

Lex Rhodia de iactu („Rodoski zakon o izbačenim stvarima“) predstavlja tipičan primer onoga što bismo mogli nazvati uspešnim pravnim transplantom, i to ne nekakvim nametnutim rešenjem, već pravilom koje je sistem primalac (rimsko pravo), od sistema donora (plovidbeno pravo Rodosa) svojevoljno i kvalitetno implementirao.

Kako se od druge polovine Republike tržišna razmena značajno intenzivirala, čest problem je predstavljao gubitak brodova u nemirnom Sredozemnom moru (*naufragium*). Često su zapovednici, kapetani brodova (*magister navis*), da bi izbegli ovu sudbinu, pribegavali izbacivanju tereta kako bi olakšali lađu. Ukoliko se plovidba posle toga završi uspešno, postavljalo se pitanje ko snosi odgovornost za izbačene stvari.[69]

---

[67] *Ibid*.
[68] *Ibid*.
[69] R. Zimmermann, 406-409.

Ugovor o transportu robe morem se zaključivao kao tipičan *locatio conductio operis faciendi*. Vlasnik robe (*locator*) davao je zapovedniku broda (*conductor*) određene stvari koje je ovaj za određenu naknadu imao da mu negde preveze. Na jednom brodu se po pravilu nalazila roba većeg broja poverilaca, koji su tako, prilikom izbacivanja stvari najčešće bili neravnomerno oštećeni. Postavilo se pitanje, ako je roba jednog žrtvovana za opšti benefit, da li bi i konačni gubitak onda trebalo da bude opšti, a ne da padne na jednu "žrtvu sudbine".[70] Razrešenje ove situacije pružao je *Lex Rhodia de iactu*, koji je bio, može se reći, deo rodoskog *lex mercatoria maritima*.

Ovo pravilo je verovatno izvorno feničansko, a na Rodosu je tokom vremena uobličeno u pomorski zakon.[71] Rimljani ga preuzimaju negde sredinom Republike, a o njegovom sadržaju nam govori više fragmenata iz *Digesta*. Po slovu ovog zakona, u slučaju "opšte havarije" svi poverioci, *locatori*, kao i vlasnik broda, *conductor*, solidarno snose štetu u srazmeri sa vrednošću njihove spašene robe. Tako Paulus kaže:

„Zakon ostrva Rodosa/o izbačenim stvarima odnosno o zajedničkoj havariji/predviđa da štetu koja je nastala izbacivanjem robe radi olakšavanja broda snose svi, jer je to učinjeno u zajedničkom interesu"[72]

Načina realizacije ove solidarne obligacije je bilo nekoliko pa se tako drugom, takođe Paulusovom fragmentu kaže:

„Ako je zbog opasnosti za brod došlo do izbacivanja, vlasnici izgubljene robe, ukoliko su zaključili ugovor o prevozu, treba da pokrenu spor protiv zapovednika broda sa actio locati, dok on može pokrenuti spor protiv svih ostalih čija je roba spasena sa actio conducti da bi se šteta srazmerno podelila na sve. Servije je, međutim, odgovorio da protiv zapovednika treba pokrenuti spor sa actio locati, da bi on robu ostalih putnika zadržao dok oni ne namire odgovarajući deo štete. Ipak, u slučaju da zapovednik ne zadrži robu, on i dalje ima pravo na tužbu protiv putnika." [73]

Pored pokretanja tužbe protiv zapovednika broda (koji se potom "regresira" od onih čija je roba spašena), postojala je izgleda i mogućnost da oštećeni svoje obeštećenje zatraži i direktno od lica čija je roba spasena:

[70] *Ibid*.
[71] Ž. Bujuklić, 389.
[72] D.14.2.1. prevod. M. Polojac.
[73] D.14.2.2. prevod M. Polojac.

„Ako je brod zahvaćen nevremenom izbacio robu jednog trgovca da bi postao lakši, ali je kasnije potonuo na drugom mestu, u plićoj vodi, pa su robu ostalih trgovaca ronioci izvadili, Servije je smatrao da trgovac čija je roba bila bačena da bi brod bio olakšan može tražiti od trgovaca, vlasnika spasene robe – obeštećenje."[74]

U poslednjem slučaju je zapovednik broda, *conductor*, izgubio na kraju brod i pretrpeo samim time ogromnu štetu, ali je deo robe spasen, pa je ovde verovatno iz praktičnih razloga i razloga solventnosti dozvoljeno da se *conductor* "preskoči".

Lex Rhodia de iactu je tako uneo izvestan korektiv, slično ugovoru o građenju u *locatio conductio operis faciendi*. Razlozi za ovo nisu bili samo solidarne prirode, već se tako smanjivao, "delio" rizik trgovaca i stvaralo svojevrsno "osiguranje", što je pospešivalo ubrzani razvoj prekomorske trgovine. Ovaj zakon se u literaturi navodi kao primer "rimske genijalnosti da elastičnim tumačenjima inkorporiraju (ovaj zakon) u svoje pravo"[75], preciznije u okvire već postojećeg ugovora *locatio conductio operis faciendi.*

4. Zaključak

Rimskopravni kontrakt *locatio conductio operis faciendi* je složen ugovor, koji za razliku od mnogih drugih rimskopravnih instituta nema adekvatnog parnjaka u današnjim pravima. Nesumnjivo je da u ovom institutu pronalazimo poreklo modernog ugovora o delu, ali je *locatio conductio operis faciendi* obuhvatao i mnoštvo drugih ugovornih odnosa. Tako posebna vrsta ovog kontrakta, *locatio conductio horrei*, daje dovoljno jasne pokazatelje kako je obim njegove primene obuhvatao i teretnu ostavu. Sa druge strane okolnost da predmet ovog ugovora po pravilu nisu bile delatnosti iz *artes liberales*, koje su se vršile putem *mandatum*-a, dodatno pak udaljuje *locatio conductio operis faciendi* od današnjeg ugovora o delu. Može se zaključiti kako rimskopravni i savremeni ugovori o delu imaju jedan značajan međusobni presek, ali i mnogo toga što ostaje izvan njega. Iz navedenih razloga analiza *locatio conductio operis faciendi* nije značajna samo iz ugla istraživanja porekla današnjeg ugovora o delu, već i zato što ovaj i srodni ugovori pružaju odličnu sliku o odnosu ljudi jednog vremena prema radu i evoluciji tog odnosa tokom vekova.

[74] D.14.2.4.1. prevod M. Polojac.
[75] R. Zimmermann, 406.

Miroslav Đorđević, LL.M.
Institute of Comparative Law, Belgrade

STRUCTURE AND SPECIAL TYPES OF *LOCATIO CONDUCTIO OPERIS FACIENDI*

Summary

Most of European private law institutes find their origins in Roman law. This is the consequence of both scarcity of older legal system's sources and the fact that for the first time in history Romans created one relatively rounded, complete legal system, much like what we have today. However, Roman contract *locatio conductio operis faciendi*, which is referred as the precursor of letting and hiring of work, presents a different example. It incorporates (in part) modern day contract of letting and hiring of work, as well as several other contractual relations, which makes it very complex. In this paper, the author analyzes *locatio conductio opens faciendi* in classical Roman law (with reference to the Justinian law), special types of this contract, and the possibility that within its subcontract *locatio conductio horrei* it included contract of interest bearing deposit. This specific institute of Roman legal history provides good insight into the Roman understanding of certain types of work and the evolution of these concepts in Roman history. It also explains how the foundation of what we today call contract of letting and hiring of work originated and evolved.

Keywords: *locatio conductio operis faciendi*, Letting and Hiring of Work, *locatio conductio horrei*, *Lex Rhodia de iactu*, Roman Law, Legal History.

Andrea Radonjanin, LL.M[1]

Originalni naučni rad
UDK: 39:347.77/.78+342.7

PROTECTION OF FOLKLORE: A WORK IN PROGRESS

Abstract

Over the past five decades since the subject of folklore and the question of its legal protection were first raised within the international community, this topic has acquired significant attention. Despite the efforts of various local, regional and international governmental and non-governmental groups, the question of finding the appropriate mode of protection of folklore remains an uncompleted task. Given that expressions of folklore can be dealt with under a number of available legal regimes, this paper will critically examine the appropriateness of dealing with the subject matter under the most important ones. For that purpose, the paper will firstly look at human rights laws and cultural heritage laws. Due to the discussed weakness of these legal regimes, this paper will then consider different intellectual property laws and sui generis proposed legislation and examine their adequateness in providing protection for expressions of folklore. Finally, the crucial questions that remain open in the folklore related debate will be recapped and potential further directions worth pursuing suggested.

Keywords: Folklore, Intellectual Property Law, WIPO, *Sui Generis* Law, Human Rights Law, Cultural Heritage Law

1. Introduction

Folklorists recognize that folklore[2] is not merely something from the past to be collected or something that exists only in isolated pockets of the world. Quite the contrary - the impulses to create and express that

[1] PhD student at the University of Nottingham, United Kingdom, Attorney at Law at Moravčević Vojnović and Partners OAD Belgrade, mail: a.radonjanin@schoenherr.rs

[2] While there is a number of different terms used to describe the subject matter (folklore, traditional cultural expressions, indigenous heritage etc.), this paper will use the term "folklore" or "expressions of folklore" to describe the subject matter.

underpin it have not died. Particular traditions arise, are modified and come to an end, still, the folkloric process continues even as particular events, objects and forms of expression change and evolve[3]. These evolving and living expressions are ubiquitous: folklore can be found in both the developing and developed worlds, in indigenous communities and the non-indigenous ones.

At the same time, folklore is being increasingly exploited. Undeniably, exploitation of folklore was also possible in the past. However, the rapid development of technology, the ever increasing ways of capturing and manufacturing expressions of folklore through audio-visual productions, phonograms, mass reproduction, broadcasting, cable distribution, Internet transmissions and so on, have amplified the range and frequency of possible abuses[4].

Over the past five decades since the subject of folklore and the question of its potential legal protection were first raised within the international community, much, without doubt, has been done in this field. Within this period, the tackled issues occupied considerable attention and acquired wide awareness, becoming one of the "hot" intellectual property law topics of the 21st century. While initially the topic was prompted by certain indigenous communities, it swiftly grew to become a widely recognized international problem and has, ever since, been a subject of interest of various local, regional and international governmental and non-governmental groups, among which the World Intellectual Property Organization (hereinafter the "**WIPO**") lately plays the most important role. As a result, it is clear today, nearly 45 years after the Stockholm Diplomatic Conference for the Revision of the Berne Convention[5], that the protection of folklore is a global problem which requires international attention and coordinated solutions.

[3] S. Palethorpeand and S. G. Verhulst, *Report on the International Protection of Expressions of Folklore Under Intellectual Property Law*, University of Oxford, 2000, 13. Available online at the European Commission website at: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd2000b53001e04_en.pdf , 27.03.2014.

[4] M. Ficsor, *The Protection of Traditional Cultural Expressions/Folklore,* WIPO National Seminar on Copyright Related Rights and Collective Management, Khartoum, February 28 – March 2, 2005, 2. Available online at: www.wipo.int/edocs/mdocs/arab/en/wipo_cr.../wipo_cr_krt_05_8.doc , 27.03.2014.

[5] Arguably, this was the moment when the first identification of the need to protect folklore and the first efforts to establish certain frame for protection were made. The Stockholm Diplomatic Conference of 1967 did reflect in a limited way, for the first time, the aspirations of the developing world on protection of folklore when it adopted a mechanism for the international protection of unpublished and anonymous work (Article 15 (4) of the Berne Convention) – see P.V. Kutty, *National Experiences with the Protection of Expressions of Folklore/Traditional Cultural Expressions: India, Indonesia and the Philippines*. WIPO, Geneva, 2002. Available online at http://www.wipo/int/tk/en/studies/cultural/expressions/study/kutty.pdf , 27.03.2014.

2. Placing folklore within the adequate legal framework

Expressions of folklore can be dealt with under a number of available legal regimes. In general and in brief, these different systems can principally be divided into intellectual property based and other types of protection. The appropriateness of dealing with the subject matter under either of these regimes has been a subject of an ongoing heated debate over the years, where different legal, socio-cultural, economic and political arguments have been used to justify the application of one or the other, demonstrating different advantages, drawbacks and justifications of particular types of protection.

2.1. Human Rights Laws and Laws on Cultural Heritage

2.1.1. Human Rights Laws

There are several international and regional legal instruments in the field of human rights which recognise the right to benefit from the protection of the moral and material interests that derive from scientific, literary and artistic production. For example, the relevant provisions of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights[6] and the International Covenant on Civil and Political Rights[7] are said to be important in relation to folklore as they support the characterization of intellectual property rights as human rights and to ground intellectual property rights, in general, on human rights basis[8]. As a general concern relevant for the present discussion, however, it is highly dubious whether the protection of folklore does or should depend upon being characterized as a human right. As Macmillan says, it seems that we have lived through one of the bloodiest centuries in human history and so the enforcement of even the most basic human rights is a highly disputed topic, and yet, at

[6] International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 993 U.N.T.S. 3, concluded on 16 December 1966, entered into force on 3 January 1976

[7] International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171, concluded on 16 December 1966, entered into force on 23 March 1976

[8] F. Macmillan "Human Rights, cultural property and intellectual property: three concepts in search of a relationship" in: C. Graber and M. Burri-Nenova, eds. *Intellectual property and traditional cultural expressions in a digital environment,* Edward Elgar, Cheltenham, 2008, 77. See also for example: A. Chapman "Approaching Intellectual Property as a Human Right" *Copyright Bulletin*, volume XXXV, no. 3, 14; A. E. Santos "Rebalancing Intellectual Property In The Information Society: The Human Rights Approach" *Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Paper*, 2011

the same time, the idea of human rights seems to be attaining a growing popularity and the 20th century has seen a real expansion of human rights. However, not everything that requires protection and seems morally defensible automatically must mean or depend on being labelled as human right[9]. In addition to this general criticism, Yu, for example, has expressed specific criticism by pointing out that the development of a human rights framework for intellectual property would result in the undesirable human rights ratchet of intellectual property protection and that such framework could potentially be biased against non-Western cultures and traditional communities[10].

On the other hand, authors have pointed out examples which demonstrate the need for human rights and intellectual property laws to operate jointly[11]. Geiger, for example, has argued that it is precisely the core values protected on the basis of human rights laws that may serve as a corrective to the over protectiveness and therewith potential misbalance existing under intellectual property regimes[12]. When it comes to folklore, certain recent practices show an interesting approach, by focusing on the integration of human rights and intellectual property laws with the aim of protecting expressions of folklore and traditional knowledge – by basing the claim on human rights grounds and further enforcing it through intellectual property mechanisms.

While some general basis for the protection of expressions of folklore may clearly be achieved through human rights, overall, there do not seem to be too many links between the potentially relevant human rights and the effective and enforceable safeguarding of expressions of folklore. On very general and basic grounds, one may say that human rights law has not been designed to protect intellectual creations, and in essence, this field of law is there to provide for some core principles and values which should be protected, rather than to establish precise mechanisms on the basis of which these principles and values will be protected. Furthermore, even those provisions of the international human rights law which could be understood as relevant in relation to folklore are said to be greatly

[9] F. Macmillan, 7, 77

[10] P. Yu "Reconceptualizing intellectual property interests in a human rights framework" *UC Davis Law Review* 40, 2007, 1039-1149, 1128

[11] See for example, G. H. Ruse-Khan "Proportionality and Balancing within the Objectives of Intellectual Property Protection" in: P. Torremanns ed. *Intellectual Property and Human Rights*. Kluwer Law International, London, 2008, 161-194; L. R. Helfer "Toward a human rights framework for intellectual property" *UC Davis Law Review*, 2006, vol. 40, 977; D. J. Gervais "Intellectual property and human rights: learning to live together" in P. Torremans ed. 10, 6.

[12] C. Geiger "The constitutional dimension of intellectual property" In: Torremans, P. ed. Intellectual Property and Human Rights. London: Kluwer Law International, 2008, at pp. 113

limited due to their vagueness and limited enforceability. A general lack of effective implementation and enforcement mechanisms for human rights therefore dictates the need to promote alternative ways of realization of folklore related rights, such as intellectual property rights[13].

2.1.2. Cultural Heritage Laws

When it comes to cultural heritage laws, in addition to the obvious contributions to the preservation of folklore, in that they seek to preserve, secure access and share benefits associated with that property, these also provide for certain other measures which may be particularly beneficial. Legally speaking, the claims to cultural property are claims by a state or by a community, however defined, to certain cultural artefacts. Thus, an obvious contribution is that the international cultural heritage law identifies these rights as being collective and belonging to a community, where such community may be limited to a group of people or global as humanity in general. Furthermore, cultural property rights provide for a wide range of measures, from those related to preservation to rights of states to control physical movement of artefacts, consequently preventing or limiting the privatisation of culture[14].

However, the practical effectiveness of laws on cultural heritage, again, is somewhat limited. The most important drawback comes from their narrowness. Most provisions of the available legal instruments are applicable only to tangible forms of cultural heritage. On the other hand, folklore is predominantly intangible and thus cannot directly benefit from the protection offered under the laws on cultural heritage. There are some relevant cultural heritage law provisions that could potentially be applicable to expressions of folklore, for example in the 2003 binding Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage (hereinafter "**ICH Convention**"), but the application of those would presume that the relevant expressions have been identified, catalogued and thus recorded in a certain form. In certain limited cases, this may not be in the interest of the communities which want to keep their folklore

[13] B. Tobin "Setting Protection of TK to Rights – Pacing Human Rights and Customary Law at the Heart of TK Governance" in E. C. Kamau and G. Winter, *Genetic Resources, Traditional Knowledge and the Law: Solutions for Access and Benefit Sharing*, Earthscan, London, 2009, 107

[14] F. Macmillan, 7, 91

secret[15]. Even more importantly, this would presuppose an entire technical process of collecting, cataloguing and fixating expressions of folklore, as a prerequisite for them to benefit from any protection, which has not only been criticised as contrary to the nature of folklore, but may also be utterly cumbersome practically. Furthermore, while the established rights provide a right to access to culture, they do not seem to provide practical mechanisms for enforcing and ensuring that these rights are exercised. Finally and most importantly, the cited provisions lay down for a set of positive rights but do not restrain actions of third persons or prevent them from utilizing and exploiting culture.

The discussed limitations particularly reinforce the need for complimentary operation of laws on cultural heritage and other laws, such as intellectual property laws. Cultural heritage laws and intellectual property laws, when it comes to intangible heritage, were said to have always had somewhat "uncertain and awkward" relationship, stemming in large measure from the inherent ambiguity in the meaning of "protect" and the need to clarify the relationship between the safeguarding of cultural heritage and legal protection of creativity against unauthorized use[16]. However, it might be precisely in their complementary application that we need to look for the solutions that would fit folklore protection the best – both *safeguarding* and *protecting*. Obviously, the range of cultural heritage laws is limited, and unless the next step is available under some set of rules, the very purpose of mechanisms established under, for example, the ICH Convention, may ultimately prove to be more detrimental than beneficial to the intangible heritage. Unless there is a set of positive rules and an enforceable mechanism that would *protect* the heritage, once it has been catalogued and inventoried, the created gap might facilitate practices which are directly contrary to the idea of *safeguarding* intangible property.

2.2. Intellectual Property Laws

Bearing in mind the discussed limitations of human right and cultural heritage laws, most of the literature seems to have focused on intellectual property law when searching for the structure within which the problem of protecting folklore should be placed. This should not come as a

[15] M. F. Browne "Heritage Trouble: Recent Work on the Protection of Intangible Cultural Property" *International Journal Of Cultural Property* 12:1, 2005, 48-49

[16] W. B. Wendland, "Seeking tangible benefits from linking culture, development and intellectual property" *International Journal of Intangible Heritage,* 4, 2009, 127-136, 133

surprise – folklore emerges in the artistic domain and therefore bears a certain level of resemblance with copyright works. Predominant parts of folklore expression appear in forms corresponding to the classic copyright categories – such as music, dance, crafts, literary texts etc.

However, as straightforward as this may seem, once we look at intellectual property law as it stands today, it immediately becomes clear that this field of law is not, in its current form, entirely ideal for providing protection for expressions of folklore as the subject matter appears to be far more complex than the existing categories recognize and the inherent characteristics of expressions of folklore seem incompatible with the existing criteria for protection. While international and national intellectual property laws can in certain aspects facilitate the protection of folklore, they also demonstrate a number of drawbacks which significantly limit their efficiency. This is due to the fact that the application of standard intellectual property categories to folklore generates several critical difficulties related to the protection criteria. These limitations altogether hinder the practical reach of any protection and make it rather difficult for expressions of folklore to be governed by intellectual property laws in their current forms. Reasons for this are multiple but they all appear to derive from the genuinely different natures of folklore and standard intellectual property subject matter, be it works in the regime of copyright, signs protected by trademark law or other intellectual property-governed works. This is the reason why, over the past decades, in parallel with exploring the application of standard intellectual property law categories to folklore, experts have been considering the development of a particular new, *sui generis* type of protection.

2.2.1. Copyright Law

Historically, the first attempts to protect folklore within the intellectual property regime were made in the framework of copyright law and neighbouring rights. The very notion of "folklore" (like the idea of intellectual property itself) emerged from the Eurocentric precepts and was, as such, swiftly placed within the concept of copyright[17].

However, direct protection of folklore on the basis of general copyright principles appears to be substantially inadequate. Application

[17] M. Blakeney "Hans Christian Andersen and the protection of traditional cultural expressions" in Helle Porsdam ed. *Copyright and Other Fairy Tales,* Edward Elgar, Cheltenham, 2006, 114

of copyright rules to folklore generates several critical difficulties in relation to the fixation requirement, originality and authorship of the work and the term of protection that, altogether, make it practically impossible to be governed by copyright. Reasons for this are multiple but they all seem to derive from the genuinely different natures of folklore and copyright works. Three reasons are particularly instructive. Firstly, it is the collective and anonymous nature of folklore which is in opposition with the individualistic character of copyright. The rationale behind copyright is the protection of the author's own intellectual creation or skill, labour and judgement. On the contrary, folklore is an expression of the collective spirit and therefore does not have an author or, to be more precise, has a multiplicity of unknown authors. Secondly, copyright is designed to guide the commercial exploitation of the work. Quite the opposite, expressions of folklore have not been created in order to be economically exploited but only to serve the community from which they originate and whose tradition they exemplify. Thirdly, when it comes to damage caused by exploitation of folklore, it is mainly of a moral nature, rather than economical[18].

Thus, it is now commonly accepted that copyright and neighbouring rights appear to be a fundamentally inappropriate system for the protection of folklore. Certain indirect protection based on the copyright principles can be achieved in the case of collections of folklore and works derived from it. However, the real extent of such protection is rather limited and can only be used to supplement some other form of protection as it does not benefit the folklore or the community it originates from as such, but only the original elements of the newly created works.

2.2.2. Trademark Law

Likewise, international and national trademark law, as it currently stands, can in certain aspects facilitate the protection of folklore but also has a number of drawbacks which significantly limit its efficiency.

For example, when it comes to positive protection of folklore on the basis of trademark law, fulfilling the requirements for trademark registration are fewer and simpler than the ones necessary under copyright law. Consequently, it might be easier for folklore holders to meet the criteria for trademark protection and directly benefit from trademark

[18] R. Stavenhagen "Cultural Rights: A Social Science Perspective" in A. Eide, C. Krause and A. Rosas. eds. *Economic, Social and Cultural Rights*, Kluwer Law International, The Hague, 2001, 298

law, and in this respect the use of certification and collective marks is particularly noteworthy. Furthermore, trademark rights can be renewed continually and the benefits from their use are therefore not limited only for a certain period.

However, the first important restraint on the effectiveness of active trademark protection is that it is only applicable when there is commercialization of the folklore, that is, when there is an attempt to use and protect them in the course of trade and in relation to certain goods. Furthermore, it is debatable whether one particular person, whether natural or legal or an association of any kind, even though a member of the community from which the concerned expression of folklore originates, should be allowed to register that expression as a trademark and consequently monopolize an element of collective culture that in fact belongs to that community as a whole. In order to address this issue, it would be necessary to have a certain administrative body that would apply for the trademark on behalf of the entire concerned community and this in fact requires a high level of organization.

With respect to defensive employment of trademark law, trademarks might be used to prevent the unauthorized exploitation and commercialization of traditional designations. Although within certain limits, trademark law can provide certain protection against offensive and deceptive use of folklore, which ultimately also benefits consumers. However, the practical effectiveness of this approach is rather limited for a number of reasons. In addition, trademark law might only provide partial protection against offensive and deceptive use rather than protection of general use of traditional designations. Furthermore, and very importantly, this type of protection is only triggered when a third party applies to register a trademark that contains certain traditional elements, and thus fails to provide protection in all other situations where expressions of folklore are exploited without filling a registration application. Finally, as a general observation, trademark law essentially only concerns the commercial aspect of exploitation of folklore in the course of trade, whereas folklore should enjoy protection in any case, whether it is being exploited or not and regardless of whether such exploitation is done in the course of trade and in relation to particular goods and services or not.

Evaluation of both the advantages and shortcomings of trademark law in relation to traditional designations leads to the conclusion that trademark law, in its current form, has a rather limited effect on the protection of folklore. However, it also appears that further improvement,

within the boundaries of existing trademark law, is absolutely feasible. The recognition and acknowledgement of the existing limitations provides a valuable starting point for the development and adjustment of trademark law which could, ultimately, provide a more balanced and functional mechanism for protection of one aspect of folklore.

2.2.3. Geographical Indications of Origin

The opinions on the adequateness of geographical indications of origin in relation to folklore vary significantly. While on the one hand geographical indications of origin have been praised as having the best balance in recognizing the cultural significance and protecting the commercial value of folklore[19], on the other hand, they were said to provide too limited, and thus insufficient, protection[20].

A potential advantage of protection of folklore by geographical indications of origin is that such protection could be unlimited in time. The crucial argument in favour of geographical indications of origin-based protection of folklore lays in the nature of geographical indications of origin – they are a collective right and as such, do not require that a potential protection is limited in relation to certain organizational form, which would be the case with trademark protection.

On the other flipside though, the main problem with the protection offered under the 1994 WTO Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (hereinafter the "**TRIPs**") is generated by the narrowed scope of protection which has not, up to now, been equalized with the protection offered for wines and spirits. As a result, such protection ultimately depends on the public opinion in the country where protection is sought, which in turn might significantly limit the scope of protection. Furthermore, and as a general drawback of this type of protection – geographical indications of origin can only protect tangible expressions of folklore and only the tangible element of an expression, while the know-how behind it remains the public domain. Finally, and

[19] For example, see D. S. Gangjee, *Geographical Indications Protection for Handicrafts under TRIPS*, MPhil Thesis submitted to University of Oxford, 2002; D. Zografos, *Intellectual property and traditional cultural expressions*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2010; A. Kamperman Sanders "Incentives for and protection of cultural expression: Art, trade and geographical indications" *The Journal of World Intellectual Property*, 2010, vol. 13, no. 2, 81-93

[20] For example, see A. Kur and R. Knaak " Protection of Traditional Names and Designations" in S. von Lewinski ed. *Indigenous Heritage and Intellectual Property: Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore,* Kluwer Law International, The Hague, 2004

essentially, geographical indications of origin cannot prevent others from making the same products as long as they use a different denomination.

Despite the disagreement on the actual effectiveness of the current scope of protection offered for folklore under TRIPs, it appears that geographical indications of origin nevertheless provide an interesting system whose elements could be valuable in developing a future model for folklore protection[21]. Within this context, it is worth noting that examples of registrations of geographical indications of origin with respect to expressions of folklore can be found in many countries[22].

2.2.4. Sui Generis Protection

Under the auspices of WIPO, in parallel with exploring the possibilities of folklore protection under the existing intellectual property systems and aware of the fact that the existing legislative models are not entirely adequate in comprehensively dealing with the subject matter, the attention of the experts has been turned towards the potentials of creating a special *sui generis* system of protection. The *sui generis* system was expected to be sufficiently close to existing intellectual property laws, mainly copyright, so as to benefit from the general principles in the amount allowed by the extraordinary characteristics of folklore, yet modified enough in order to reflect its specific features[23].

As a brief historical overview, it is worth noting that WIPO has been active in the legal and policy debate over folklore for several decades. Past highlights include working with UNESCO to adopt the Model Provisions in the 1980s and attempting to establish an international treaty. In 1997, the WIPO-UNESCO World Forum discussed the needs and addressing issues related to intellectual property and folklore. Next, through

[21] In addition to the international protection offered under TRIPS, the GIs type of protection can also be supplemented on the basis of bilateral GI agreements – an excellent example of this is Switzerland which has used bilateral agreements to protect its folklore (the Lotschental masks) – see D. Zografos, 18, 170

[22] For example Russia, Portugal and India; see WIPO Consolidated Analysis of the Legal Protection of Traditional Cultural Expressions, Geneva, July 7 to 15, 2003, WIPO/GRTKF/IC/5/3, 53

[23] "Expressions of folklore constituting manifestations of intellectual creativity deserved to be protected in a manner inspired by the protection provided for intellectual productions, and that the protection of folklore had become indispensable as a means of promoting its further development, maintenance and dissemination" – see WIPO Final Report on National Experiences with the Legal Protection of the Expressions of Folklore, , 13-21 June 2002, WIPO/GRTKF/IC/3/10, 10

1998 and 1999, WIPO conducted fact-finding missions to identify the expectations of folklore holders. The results of the missions, conducted in 28 countries, were published as a WIPO Report "Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders: WIPO Report on Fact-finding Missions (1998-1999)". Most recently, WIPO's Member States established the WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore (hereinafter the "**IGC**") in 2000, which serves as an ongoing forum for discussion between Member States, intergovernmental and non-governmental organizations on genetic resources, traditional knowledge and folklore. The IGC and WIPO Secretariat undertake a series of detailed analytical studies, surveys national experiences and fosters international policy debate, and is also working on developing practical tools for protection of folklore, including the Draft Provisions/ Articles for the Protection of Traditional Cultural Expressions that are under constant revision.

The *sui generis* model proposed by WIPO can certainly be appraised as a vital step towards adequate folklore protection. This is not reflected merely in the provisions which are currently being developed by IGC, but also in the wider appreciation and recognition of the issues that arise in the context of folklore protection. Wide-ranging attention, acknowledgment of the specifics of the subject matter and global efforts are an imperative in developing any system for folklore protection.

Nevertheless, the WIPO initiatives also entail certain limitations. Firstly, the documents produced up to date are not legally binding upon Member States, but merely provide for optional rules which could be implemented in the legislation of the Member States. It appears, however, that so far they had somewhat limited impact on the national legislation of Member States as these have been hesitant to incorporate the proposed provisions[24]. However, for such a system to be fully operational and globally functions, it is not sufficient that some Member States implement some solutions. For the system to work, it is either necessary that Member States enter into a legally binding Treaty or that they all implement the corresponding provisions in their national legislations.

Next, the WIPO models have mainly been centred on the idea of indigenous communities as the implied beneficiaries of protection, which ultimately restricts any future protection. Also, WIPO proposals attempt

[24] A. Lucas-Schloetter "Folklore" In: von Lewinski, S. ed. Indigenous Heritage and Intellectual Property: Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore. The Hague: Kluwer Law International, 2004, at pp. 345

regulating both the economic and moral aspects of folklore although this may not be entirely necessary for all of the potential beneficiaries. This may result in a somewhat stiff and robust system which may not be fully adequate, as what is needed are soft, manageable and flexible rules.

Finally, a major critique when it comes to the WIPO instruments concerns the duration of the entire process. Leaving aside the earlier attempts, it has been over a decade since IGC begun developing the Draft Articles, and these have undergone a number of revisions since. Not only do the Draft Articles do not appear closer to a final text, but the debate seems to heathen even more as the discussion continue. At the same time, the parties involved in the consultations hold diametrically opposite positions[25]. This is also obvious from the proposals – some of the solutions offered under the earlier drafts diverge considerably when compared to the recent ones. On account of all this, it seems that the efforts made by WIPO, while indisputably valuable, are far away from reaching a practically functional form.

3. Further questions, further steps?

Although much has been done in the field of folklore protection, a number of questions remain unanswered.While the attention of the experts was and still is primarily focused on the theoretical and practical problems related to achieving the most effective manner of protection of expressions folklore and proposing solutions to this problem – a work in progress itself – a number of preceding questions have only just been asked.

First, experts have not yet agreed on the most fundamental of all question – should folklore be protected at all? With this respect, it has been pointed out that just because something is being copied, this does not automatically mean that is must be protected and that the maxim that "*what is worth copying is prima facie worth protecting*"[26] threatens to collapse the crucial distinctions between harm and wrong, and between mere loss and actionable injury[27]. At the heart of the debate on whether expressions of folklore belong to the public domain is the question of whether a given

[25] See for example the WIPO Draft Report, Twenty-Fifth Session, Geneva, July 15 to [24], 2013, WIPO/GRTKF/IC/25/8

[26] Justice Peterson in University of London Press Ltd v University Tutorial Press Ltd, 1916

[27] A. Drassinower "Canadian originality: remarks on a judgement in search of an author" in Y. Gendreau ed. *An emerging Intellectual Property Paradigm: Perspectives from Canada*. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2009, 150.

regime provides opportunities for further creation, development, cultural exchange and fair trade. Resistance to providing protection to folklore expression relies on the necessity to keep folklore expression available as a source of further creation. In that sense, if one views the public domain as an unstructured sum of things, a kind of a zero sum game, every expansion of intellectual property shrinks the public domain[28], however, this is not entirely correct. If we accept that intellectual property rights have an incentive in the sense that the reward for exploitable property rights increases the production of intellectual goods, then arguably the greater the incentive, the greater the potential returns, thus the greater volume of intangible goods created and ultimately, the greater the extent of the public domain[29]. Also, the rights of attribution and integrity of the work, which essentially function to prevent plagiarism, in the long run help foster creativity. These rights do not remove works from the public domain; rather, they create a bounded or regulated public domain, which in many ways is what the idea of the cultural commons is about[30].

Ultimately, one must ask - is it fair that one simply takes, as from some open treasury, without acknowledging the source? Is it just that one makes such profit, not even using it as an inspiration to create something new on the basis of something old, but merely copying? Is it fair to "harvest without sowing, to steal the other person's labour of mind"? [31] If not, drawing upon the various arguments and contrasting viewpoints for and against protection, one should not drop the idea of protection altogether just because the existing system may not be perfect and coming up with one that could benefit expressions of folklore overall may be difficult[32]. While recognizing and appreciating the expressed concerns, rather than dismissing the idea of protection completely, we should seek to design such a system of protection that would annul or at least minimize the harm that it could cause to the communities from which expressions of folklore originate, to the expressions itself and to the society at large.

[28] See C. B Graber, K. Kuprecht and J. C. Lai eds., *International Trade in Indigenous Cultural Heritage: Legal and Policy Issues*. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2012, 220

[29] W. Van Caenegen "The Public Domain: Scientia Nullius?" *European Intellectual Property Review,* 2002, vol. 6, 324

[30] L. Lixinski, *Intangible Cultural Heritage in International Law*. Oxford University Press, Oxford, 2013, 199

[31] Wiese, H. The justification of copyright system in the digital age, *European Intellectual Property Review,* 2002, vol. 24, no. 8

[32] With that respect, note that even authors like Browne, who passionately advocate against protection, do not dismiss the idea of some form of protection (though other than copyright) and say that "although there are compelling reasons to be sceptical of some indigenous intellectual property rights proposals currently under discussion, I strongly support efforts to create basic mechanisms for the compensation of native peoples for commercial use of their scientific knowledge, musical performances, and artistic creations" - see M. F Browne "Can Culture Be Copyrighted?" *Current anthropology* , 1998, vol. 39, no. 2, 193-222, 204

Further, before considering an examination and discussion of *how* certain phenomena ought to be protected, it is of fundamental importance to answer certain preceding questions. *What* are we contemplating protecting? *Who* should be the rightholder of such protection? Finding the appropriate terminology and agreeing on the basic definitions has further implications. Terms are not neutral, they always convey a certain meaning or message, and thus the choice of particular terms should be considered with great care[33]. For legal purposes, it is necessary to have clear and shared understanding of what is legally meant or not meant by a term or terms selected for protection[34]. Furthermore, and equally important, the core founding definitions further impact the potential protection itself as they establish the context and connotations for understanding and interpreting the scope of potential protection. Hence, choosing the suitable definitions and terminology is one of the fundamental tasks, and certainly one that precedes all consequent debates on the protection itself.

It is to a certain extent understandable that, in a complex field such as this one, providing the theoretical underpinning and definitional framework within which the relevant problems should be addressed, is a complex and time consuming process. Certain critical issues further complicate the task of defining folklore, again underscoring its complex nature. Expressions of folklore emerge in an entire variety of different forms, encompassing a diversity of customs, traditions, artistic expressions, crafts and products, and appear in communities that are so essentially different, that there can hardly be found any links between them. As folklore entails diverse legal, social, anthropological and economic aspects, it seems almost impossible to accurately comprise all these different elements under one all-including definition. Of course, this problem is not unique to folklore. Concepts with long and diverse histories often elude tidy definitions, as Nietzsche captures it best – "**it is only that which has no history, which can be defined**"[35]. On the account of the aforesaid, there still appears to be no wider concord on certain key terms and definitions of the basic concepts in the field.

When it comes to *how* folklore should be protected, it is necessary to agree which aspects of folklore are we looking to protect and accordingly, what type of rules should we be looking at. Recognising that in the age of

[33] W. B. Wendland "Intellectual property, traditional knowledge and folklore: WIPO's exploratory program" *IIC*, 2002, Vol. 33, No. 4, 491
[34] S. Palethorpe and S. G. Verhulst, 2
[35] F. Nietzsche, *On the genealogy of morals and ecce homo*, Courier Dover Publications, New York, 2003, 53

expansion of intellectual property law and therewith generated criticism, easily granting an intellectual property status to subject matter may not be prudent, it can be argued that what is needed are soft solutions, flexible and open to future developments, and loose enough to only concern the most important aspects that need to be protected. A potential system for protection is expected to be less burdensome, less strict and less robust than the existing models; it must be loose enough so as not to be detrimental to the subject matter itself – it should not "freeze" folklore in order to protect it but must allow continuous flow. Finally, the system must also serve another function – not only to protect and restrict but also to encourage further evolution and dissemination of folklore. Ultimately, it is balance and fairness that one must keep in mind when searching for such an alternative system of protection – the balance between protection and no protection, between free flow and restricted use and the fairness in further exchange and evolution.

Finally, equally, if not even more importantly than to work through the theoretical limitations, for any proposed system to work, it is crucial to regulate and secure certain practical preconditions. Any type of protection of folklore requires a number of previous practical steps, which may be very time consuming and challenging. It is precisely the practical prerequisites that, perhaps more than the legal ones, are vital for the designed system to operate in practice.

4. Conclusion

The history of mankind is a history of borrowing and piracy. If you watch a Disney cartoon, purchase a hand-made Persian rug or join a Halloween party, you will be enjoying the results of hundreds or even thousands of years of continuous folklore flow, mixing, borrowing, re-shaping and evolution. One may ask – should we interfere with that at all or should folklore be left free?

Folklore should be free, but the use of folklore should also be fair. Fair folklore does not necessarily mean non-free folklore and there certainly are certain limited aspects of every nation's folklore that should be regulated without restricting the free flow and further evolution of folklore. Authors have already spoken of the importance of free culture and they consider that broad and durable intellectual property rights might

jeopardise further creation and innovation[36]. On the other hand, other authors noted that simply leaving a resource in the public domain is not enough to satisfy societal ideals. Sunder concludes, and I fully agree with this, that our laws should serve to facilitate the free flow of culture but on fair terms[37]. Therefore, it is ultimately *fairness* in cultural exchanges that requires that we regulate at least certain practices and certain aspects of folklore.

Andrea Radonjanin, LL.M
Doktorant na Univerzitetu u Notingemu
Advokat u kancelariji Moravčević Vojnović i partneri

ZAŠTITA FOLKLORA: RADOVI U TOKU

Rezime

Od kada je, pre pedesetak godina, pitanje folklora i njegove zaštite prvi put pokrenuto u okviru međunarodne zajednice, ova tema je privukla veliku pažnju. I pored značajnih napora brojnih lokalnih, regionalnih i međunarodnih radnih grupa, problem adekvatne zaštite folklora je i dalje nerešen. Obzirom na to da se folklor potencijalno može regulisati kroz različite pravne mehanizme, predmet ovog članka je kritička analiza adekvatnosti ovih mehanizama. Shodno tome, ovaj članak će prvo analizirati zakone o ljudskim pravima i zakone o zaštiti kulturne baštine. Imajući u vidu određene nedostatke ovih oblasti prava, ovaj članak će zatim ispitati različite kategorije prava intelektualne svojine i sui generis prava. Konačno, biće sumirana otvorena pitanja i problemi vezani za zaštitu folklora i date smernice za dalje prilagođavanje pravnog okvira u cilju odgovarajuće zaštite i mogućih rešenja.

Ključne reči: folklor, pravo intelektualne svojine, Svetska Organizacija za Zaštitu Intelektualne Svojine, sui generis pravo, ljudska prava, kulturna baština.

[36] See for example J. Boyle "The second enclosure movement and the construction of the public domain" *Law and contemporary problems* 66.1/2, 2003, 33-74; L. *Lessig, Free culture: How big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, Penguin Press, New York, 2004

[37] M. Sunder "*From free culture to fair culture*" *WIPO Journal,* Vol. 4, No. 1, 2012, 20-27, 21

Др Ана Човић[1]

Прегледни научни рад
UDK: 347.633(430)(436)

УСВОЈЕЊЕ У НЕМАЧКОМ И АУСТРИЈСКОМ ПРАВУ

Апстракт

У раду ће бити анализиране одредбе Немачког грађанског законика и Аустријског грађанског законика које регулишу институт усвојења, са освртом на положај ЛГБТ популације у овој области. На међународном нивоу, ова област је регулисана Хашком конвенцијом о заштити деце и сарадњи у међудржавном усвојењу коју су Немачка и Аустрија ратификовале. Иако се заснивањем међудржавног усвојења мења држава порекла детета, уз могућност одређених злоупотреба у пракси, чињеница је да за децу, за коју се не могу наћи усвојитељи међу домаћим држављанима, оно, често, представља најбољу опцију за збрињавање. Из тог разлога је занимљиво видети и какав је преовлађујући тренд када су у питању заснивања међудржавних усвојења у Немачкој и Аустрији.

Кључне речи: усвојење, право Немачке, право Аустрије, међудржавно усвојење, Хашка конвенција о заштити деце и сарадњи у међудржавном усвојењу.

1. Законска регулатива у области усвојења у праву Немачке

1.1. Општи услови за заснивање усвојења и његова дејства

Немачки грађански законик предвиђа усвојење малолетних и пунолетних лица. Потпуно усвојење, као једина форма усвојења, појављује се од 1977. године када је нови Закон о усвојењу предвидео ову форму као једину. Овај закон је инкорпориран у Немачки грађански законик, који је првобитно регулисао само непотпуно усвојење.[2]

[1] Научни сарадник, Институт за упоредно право у Београду, mail: tankosicana@yahoo.com

[2] Burgerlisches Gezetzbuch (BGB) донет је 1896. године. Установа усвојења је регулисана у параграфима 1741 – 1772., http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html, 10.09.2014

Дете може усвојити појединац, а уколико је особа у браку, као усвојитељи се морају појавити оба брачна друга. Од овог правила постоје одређени изузеци, па је тако предвиђена могућност усвојења детета од стране једног брачног друга, уколико је други пословно неспособан или није навршио 21 годину, као и у ситуацији када један брачни друг усваја дете другог брачног друга.[3] Једном усвојено дете не може бити накнадно усвојено за време трајања првобитно заснованог усвојења, осим у ситуацији када усвојено дете једног брачног друга усваја други брачни друг.[4]

Истополни бракови се не могу закључити, али је законом уређено регистровано партнерство. Закон о регистрованом партнерству ступио је на снагу 1. августа 2001. године.[5] Истополним паровима призната су одређена права и обавезе и то наследна права, право на алиментацију, здравствено осигурање, јединствени имиграциони статус, болничке и затворске посете и промену имена. Године 2004., овај акт је измењен са циљем да се истополним паровима одобри усвојење, али само усвојење биолошког детета партнера.[6] У фебруару 2013. године Савезни уставни суд Немачке пресудио је да истополни партнер може да усвоји и усвојено дете свог партнера (тзв. сукцесивно усвајање), али неопходне измене закона у том смислу још увек нису извршене.[7]

Минимална старосна граница за усвојитеље је 25 година. Уколико усвајају брачни партнери, довољно је да је један од њих напунио 25 година, а други 21 годину.[8] Такође, уколико један супружник усваја дете другог супружника, захтева се да је напунио 21 годину. Закон не прописује горњу старосну границу за усвојитеље, али постоје одређене препоруке да старосна разлика између детета и усвојитеља не треба да буде већа од 40 година. Пробни смештај је обавезан, па се тако прописује да се одлука о заснивању усвојења доноси тек након што је усвојитељ бринуо о усвојенику одређено време, како би се са

[3] §1741. BGB

[4] §1742. BGB

[5] До октобра 2004, 5.000 парова је регистровало своје партнерство. До 2007. овај број је порастао на 15.000, а две трећине чине мушки парови. До 2010. број је порастао на 23.000. Destatis Statistisches Bundesamt https://www.destatis.de/DE/Startseite.html?nsc=true&https=1, 12.09.2014.

[6] Act on Registered Life Partnerships, http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_lpartg/englisch_lpartg.html, 05.09.2014.

[7] Одлука Савезног уставног суда Немачке од 19. фебруара 2013, доступно на https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20130219_1bvl000111.html, 15.09.2014.

[8] § 1743. BGB

сигурношћу могло утврдити да је усвојење у интересу детета.[9]

Иако и Немачки грађански закон дозвољава усвојење, како особама без деце, тако и особама које имају биолошко потомство, интересантна је разлика у односу на наш Породични закон у погледу усвајања од стране лица са биолошком децом. Наиме, изричито се прописује да се усвојење неће дозволити, уколико је у супротностима са интересима биолошке деце или уколико ће интереси усвојеника бити доведени у питање због чињенице постојања биолошког потомства. Имовински интереси не треба да буду одлучујући.[10]

Уколико је дете млађе од 14 година, пристанак у његово име даје његов законски заступник, чији пристанак замењује одлука старатељског суда у ситуацијама када се он неоправдано не даје. Дете које је навршило 14 година даје пристанак за усвојење, који може опозвати до правоснажности одлуке о заснивању усвојења, а пристанак одобрава законски заступник. Одобрење старатељског суда је потребно и у ситуацији када су усвојитељ и усвојеник различитог држављанства, осим ако је меродавно немачко право.[11]

Сагласност за усвојење биолошки родитељи не могу дати пре него што дете наврши осам недеља. Они могу дати бланко сагласност или се сагласити да дете усвоје тачно одређени усвојитељи. У Немачком грађанском законику, детаљније је разрађена ситуација када сагласност даје ванбрачни отац, који исту може дати и пре рођења детета. Сврха ове одредбе је брже збрињавање детета без родитељског старања путем заснивања усвојења, благовременим стварањем услова за то. Ако ванбрачни отац изјави да жели да позакони или усвоји своје дете, о захтеву трећих лица се одлучује након што се одлучи о његовом захтеву. Она се може дати у форми јавне исправе, а могуће је и одређи се права на позакоњење и усвојење детета. Сагласност није потребна уколико су родитељи недоступни или им је пребивалиште и боравиште непознато.[12]

Законик прецизира у којим ситуацијама сагласност родитеља није потребна и тада његову сагласност замењује одлука старатељског суда. Да би се одлука донела, потребно је да прође три месеца, од дана када је родитељ упознат са овом могућношћу, а рокови не могу почети да теку пре него што дете наврши пет месеци. То су ситуације у којима:

[9] §1744. BGB
[10] §1745. BGB
[11] §1746. BGB
[12] §1747. BGB

1. родитељ према детету стално грубо крши обавезе или је својим понашањем показао да не брине о њему, а усвојење је у интересу детета;

2. повреда права није стална, али је велика, а дете изричито изјави да не жели старатељство тог родитеља;

3. родитељ показује равнодушност према детету, која не представља сталну и грубу повреду његових дужности, а претходно му је пружена потребна саветодавна помоћ;

4. родитељ болује од психичке болести или тешког душевног поремећаја, па је трајно неспособан за бригу о детету;[13]

5. дете усваја један супружник, а одлука стартељског суда замењује сагласност другог супружника, уколико усвојење није у супротности са интересима тог супружника или са интересима породице која усваја дете. За усвојење удате особе неопходна је сагласност њеног супружника.[14]

Сагласност за усвојење је неопозива и производи правно дејство од момента достављања старатељском суду. Интересантно је да се сагласност родитеља ограничава на период од три године, те уколико дете не буде усвојено у том периоду, она постаје непуноважна.[15]

Након давања сагласности за усвојење детета, родитељ губи могућност да остварује контакт са дететом. Уколико је сагласност престала да важи, старатељски суд преноси родитељско право родитељима онда када то није у супротности са интересима детета и у мери колико је неопходно.[16]

Одлуку о усвојењу доноси старатељски суд, након што утврди постојање формалних и материјалних услова, а захтев који не сме бити модификован условом или роком, подноси усвојитељ лично.[17] Одлука о усвојењу не може бити донета после смрти усвојеника. Ако се одлука о заснивању усвојења доноси након смрти усвојитеља, она производи сва дејства као да је изречена пре његове смрти.[18]

[13] §1748. BGB
[14] §1749. BGB
[15] §1750. BGB
[16] §1751. BGB
[17] §1752. BGB
[18] §1753. BGB

Заснивањем усвојења прекидају се односи између усвојеника и његових потомака са једне стране и његових биолошких родитеља и њихових сродника са друге стране, као и сва права и обавезе између њих. Изузетак је заснивање усвојења од стране супружника биолошког родитеља, у ком случају се односи прекидају само између детета и другог биолошког родитеља и његових сродника. Усвојење не утиче на права детета која су стечена пре заснивања усвојења, као што је, нпр. право на пензију иза умрлог родитеља.[19] Ако се заснује сродничко усвојење, у другом или трећем степену крвног сродства, сродднички однос престаје само између усвојеника и његових потомака и природних родитеља. Такође, уколико усвојитељ усваја биолошко дете свог супружника, сродднички однос између детета и сродника другог родитеља неће престати, уколико је брак престао смрћу, а умрли родитељ је за живота издржавао дете.[20]

Дете добија заједничко презиме усвојитеља. Ако супружници немају заједничко презиме, оно се одређује пре подношења захтева за усвојење, у изјави која се даје старатељском суду. Старатељски суд може детету да промени презиме или да му дода једно или више презимена, па и претходно презиме, уколико је то у његовом интересу, на предлог усвојитеља и уз сагласност детета.[21] Дете аутоматски постаје немачки држављанин ако су и усвојитељи немачки држављани.[22]

Прихвата се принцип тајности усвојења, међутим чињенице у вези са усвојењем и идентитетом биолошких родитеља, могу се открити на захтев усвојитеља и усвојеника старијег од 16 година.[23] Немачки Савезни уставни суд пресудио је да свака особа има право да зна своје биолошко порекло.[24] На значај биолошког порекла указује и природноправна природа родитељског односа. Родитељски однос се успоставља на основу чињенице рођења, постоји између тачно одређених лица, везан је за личност и не може се преносити, укидати, мењати или успостављати (генска и ДНК веза), чак ни у случају престанка вршења родитељског права и заснивања

[19] §1755. BGB
[20] §1756. BGB
[21] §1757. BGB
[22] Sec. 3 no. 3, Sec. 6 German Nationality Act, http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Gesetzestexte/EN/Staatsangehoerigkeitsgesetz_englisch.pdf?__blob=publicationFile , 20.09.2014.
[23] Sec. 61 (2) 1 Personenstandsgesetz, http://dejure.org/gesetze/PStG , више у *Overview of German Adoption Law*, доступно на http://www.adoptionpolicy.org/pdf/eu-germany.pdf, 20.09.2014.
[24] Decision of the German Constitutional Court, BVerfGE 79, 256 (268 ss).

усвојења.[25] Стога, ова судска одлука, несумњиво, представља корак напред у заштити основних права усвојеника и наводи на закључак да ће строго затворене процедуре усвојења, које су прихватале принцип тајности, у будућности бити на неки начин реформисане.

Усвојење је могуће поништити одлуком старатељског суда у следећим случајевима:

1. ако је засновано без захтева усвојитеља;

2. без сагласности родитеља;

3. без сагласности детета које је навршило 14 година;

4. по сили закона се укида уколико усвојитељ закључи брак са усвојеником или његовим потомком.

Изјаве неће производити дејство ако су дате под дејством принуде, преваре или у заблуди, или ако је лице било у бесвесном стању или стању душевне поремећености. Захтев за поништај се подноси у субјективном року од годину дана (од дана сазнања за разлог поништаја), али се свакако не може поднети након истека објективног рока од три године (од дана заснивања усвојења). Законик предвиђа могућност да се и у овим ситуацијама усвојење одржи на снази уколико је то у интересу детета. Одлука о усвојењу се поништава ако су други супружник или биолошки родитељ спремни да преузму бригу о детету или ако би након поништаја усвојења дошло до заснивања новог, а то је у интересу детета. Поништење усвојења важи за будућност, а усвојеник може да задржи презиме усвојитеља ако постоји нарочито оправдани интерес. Након тога, заснивају се поново сродднички односи између усвојеника и његових потомака и биолошких родитеља и њихових сродника. Изузетак је установљен у односу на родитељско старање, које се не враћа аутоматски, већ старатељски суд одлучује да ли је оно у интересу детета или евентуално стављање под старатељство.[26]

Немачки грађански законик дозвољава усвојење пунолетних особа, на које се аналогно примењују прописи о усвојењу малолетника. Одлуку о усвојењу доноси старатељски суд на основу

[25] Човић, А., Човић, Д., *Избор концепта усвојења са аспекта заштите права детета на сазнање свог порекла*, Зборник Матице српске за друштвене науке, бр. 4/2013. (145), стр. 640. http://www.maticasrpska.org.rs/wordpress/assets/Drustvene%20145%20kraj%20PRINT.pdf, 20.09.2014.

[26] § 1759 – 1766. BGB

заједничког предлога усвојитеља и усвојеника, уколико је такво усвојење морално оправдано и уколико се између усвојитеља и усвојеника већ развио родитељски однос. Усвојење неће бити одобрено уколико није у складу са интересима деце усвојитеља и лица које треба да буде усвојено. Ово усвојење је специфично, јер су његова дејства непотпуна. Између усвојеника и усвојитељевих сродника и супружника не настаје сродннички однос.[27]

Усвојење пунолетне особе може имати и потпуно дејство уколико старатељски суд донесе такву одлуку у следећим случајевима:

1. ако се истовремено усвајају браћа и сестре, а нека од њих су пунолетна;

2. ако се усваја особа коју је породица прихватила док је ова била малолетна;

3. ако усвојитељ усваја пунолетно дете супружника;

4. ако пунолетно лице које се усваја није било пунолетно у моменту када је поднет захтев за усвојење.[28]

1.2. Међудржавна усвојења

Историја међудржавних усвојења у Немачкој сигурно није нешто чиме се Немци могу похвалити. Пре Првог светског рата у Немачкој се годишње реализовало око 100 усвојења годишње, и то најчешће сродничких. Након Другог светског рата, усвојење је трансформисано од стране нацистичког режима и расни критеријуми постају одлучујући за његово заснивање.[29] Закон о усвојењу из 1939. године успоставио је систем усвојења заснован на расној дискриминацији, па су тако Јевреји и остале ”подређене расе” биле искључене из адопције. Дуготрајан процес усвојења је гарантовао да су усвојитељ и усвојеник „расно чисти”.[30] Лебенсборн пројекат је обухватио киднаповање расно чисте деце из источних окупираних

[27] § 1767 – 1770. BGB
[28] § 1772. BGB
[29] Zagrebelsky Laura, *Adoption across identity borders and the right to cultural identity in context: the case of England, Germany and Italy*, The London School of economics and political science, 2012, 112; доступно на http://etheses.lse.ac.uk/451/1/Zagrebelsky_adoptions%20across%20identity%20borders.pdf,, 01.09.2014
[30] *Ibid..115*

држава након 1939. године. Само из Пољске је украдено око 100 хиљада деце, а укупан број се процењује на 250 хиљада деце, од којих је 25 хиљада пронађено и враћено својим породицама.[31]

Данас је Немачка потписница Конвенције о заштити деце и сарадњи у области међудржавног усвојења. Деца из Немачке се не појављују често као субјекти међудржавних усвојења, па је тако забележено да је само пет немачких сирочади добило усељеничке визе у САД од 2007. године. Стога у информатору за међудржана усвојења, намењеном држављанима САД, пише да је сврха свих информација "пружање помоћи у ретким случајевима усвајања из Немачке, која обухватају и усвајање деце од стране немачких рођака у САД и усвајање деце из трећих земаља од стране америчких грађана који живе у Немачкој".[32] Не постоји резиденцијални услов за усвојење детета из Немачке, нити ограничење у погледу националности или држављанства усвојиоца.[33] Свака од 16 савезних немачких држава има централну агенцију за усвајање која надгледа међудржавна усвојења. Агенције за усвајање могу бити јавне и приватне, квалификоване за пружање услуга у области међународних усвојења.[34] Агенција је одговорна за кључне аспекте процеса усвојења, укључујући и пружање информације старатељском суду о потенцијалним усвојитељима.

Анализом статистичких података о броју закључених међудржавних усвојења, долазимо до закључка да се Немачка, најчешће, појављује као држава пријема деце која су пореклом из мање развијених држава. Највећи број усвојене деце пореклом је из Руске федерације (1877), Тајланда (645), Украјине (504), Колумбије (445) и Пољске (402). У периоду од 2004 – 2011. године, дом у некој

[31] *Ibid*. 149. Од 1935. програм „Лебенсборн" је озваничен у Немачкој. Химлер је основао фабрике „више расе", где су одабрани официри имали сексуалне односе са плавокосим аријевкама, у циљу стварања квалитетног потомства. Мајке су живеле у тим планинским кућама само до порођаја, када су им деца одузимана и одгајана под строгим државним надзором. Године 1945. амерички војници су пронашли стотине хиљада досијеа словенских малишана отетих од стране нациста. Американци су их саслушавали у намери да их врате кућама, али многи малишани се нису сећали своје прошлости, заборавили су матерњи језик и осећали су се као Немци. Бојали су се да их не одвоје од усвојитеља. Тим лекара и расних експерата одређивао је „расну вредност" сваког детета по боји очију и косе, облику лобање, телесној грађи и добром здрављу. Малишани који нису прошли тријажу убијани су у гасним коморама, њих око 80%. Више на http://www.srbijadanas.net/ss-projekat-lebensborn-stotine-hiljada-nemaca-su-u-stvari-rusi-cesi-srbi-poljaci/, 01.09.2014.

[32] Intercountry adoption – Germany, http://adoption.state.gov/country_information/country_specific_info.php?country-select=germany, 20.09.2014.

[33] *Ibid.*

[34] *Ibid.*

од немачких породица нашло је 10.141 дете. Примећује се тенденција пада овако заснованих усвојења, са 1637 током 2004. године, на 1081 усвојење у 2011. години. Са друге стране, у периоду од 2001. године до 2013. године, само је 53 малишана немачког порекла удомљено у некој страној држави. Земље пријема биле су високо развијене државе и то САД, Канада, Финска, Шведска и Швајцарска. У око 60% овако заснованих усвојења усвојитељи су били шведског порекла. Овај податак не изненађује, с обзиром на то да Шведска има највећи број заснованих међудржавних усвојења по глави становника.[35]

[35] За Шведску је карактеристичан пораст међудржавних усвојења, што је последица смањеног броја заснованих домаћих усвојења, услед промене статуса неудатих жена. Данас, Шведска има процентуално највећи број заснованих међудржавих усвојења по глави становника у свету. До 60 – их година прошлог века, положај самохраних мајки је био врло тежак, јер би рађањем детета ван брака, жена потврђивала да је ”лаког морала”, па је женама у таквој друштвеној клими било лакше да дају децу на усвајање. Међутим, последњих деценија, жене су у Шведској заступљеније на тржишту рада, а примарни субјекти заштите и мера социјалне политике су жене и деца. Резултат тога је чињеница, да се годишње у Шведској усвоји свега око стотину деце рођене Шведској. Од касних 60 – их година прошлог века, када је почео да се повећава број међудржаних усвајања, до данас је усвојено више од 40.000 деце рођене у иностранству и то претежно из Латинске Америке и Азије. У погледу интерраских усвојења, постојали су одређени ставови да усвојење деце из Азије, Африке или Латинске Америке не може бити сврсисходно, уколико се узме у обзир светла пут, коса и очи становника Шведске, те да такво дете не би могло у потпуности да се инкорпорира у породицу усвојитеља. Међутим, у данашње време све је мање присталица оваквих теорија, полази se од тога да расна и религијска припадност нису од утицаја на процену подобности усвојитеља. Анализа праксе у области усвојења деце у Шведској је интересантна из разлога смањења броја усвојене домаће деце и највећег броја међудржавних усвојења по глави становника у свету. То указује на две ствари. Прво, разлог смањења броја деце без родитељског старањау Шведској, последица је високог животног стандарда и организованог система социјалне заштите, који у први план ставља жене и децу. То уједно даје и одговор на питање, шта једна држава треба да уради уколико заиста постоји жеља да се број деце без родитељског старања смањи. Друго, највећи број међудржавних усвојења у свету, поред тога што је показатељ малог броја деце без родитељског старања која су држављани Шведске, указује на однос људи према овом проблему, њихово стање свести, одсуство предрасуда и отвореност према другим културама и религијама, што је последица достигнутог културног нивоа, просвећености и информисаности. Више о томе *Overview of Swedish Adoption Law*, доступно на http://www.adoptionpolicy.org/pdf/eu-sweden.pdf, 15.09.2014.

Статистички подаци о броју усвојених немачких држављана у периоду од 2001-2013. године

Земља пријема	**2013**	**2012**	**2011**	**2010**	**2009**	**2008**	**2007**	**2006**	**2005**	**2004**	**2002**	**2001**	**Укупно**
Канада		2	1										**3**
Финска	1	1											**2**
Шведска					20		2	2	1	2	3	3	**33**
Швајцарска		1	4	6	2								**13**
САД					1	1							**2**
Укупно	**1**	**4**	**5**	**6**	**23**	**1**	**2**	**2**	**1**	**2**	**3**	**3**	**53**

Статистички подаци о броју и пореклу деце усвојене од стране немачких држављана у периоду од 2004 – 2011. Године

Земља порекла	**2011**	**2010**	**2009**	**2008**	**2007**	**2006**	**2005**	**2004**	**Укупно**
Авганистан			5	11	7	13	13	10	**59**
Јерменија	2	7	5	4	1	8	5	9	**41**
Аустрија	32	2		8	1	3	11	6	**63**
Боливија	3		1		1	1	4	1	**11**
Босна и Херцеговина	4	8	9	9	24	17	21	37	**129**
Бразил	17	11	18	15	11	25	24	23	**144**
Бугарска	34	38	26	16	17	21	25	27	**204**
Камбоџа			2			1	2	2	**7**
Камерун	10	6	10	7	4	4	11	8	**60**
Чиле			6	5	9	8	1	5	**34**
Колумбија	4	59	74	92	89	44	44	39	**445**
Хрватска	5	7	1	4	9	8	21	23	**78**
Етиопија	64	99	73	50	30	33	21	22	**392**
Грчка	6		1	1	2	4	3	2	**19**
Гватемала	53		1	4	1	2	4	4	**69**
Индија	13	9	28	35	32	25	34	23	**199**
Израел		2	1	2			3	2	**10**

Италија	8	6	6	8	14	4	6	16	**68**
Јужна Кореја	3		2	3			1		**9**
Мексико		6	2	4	5	4	2	4	**27**
Мароко	7	9	5	2	12	12	16	20	**83**
Пакистан		7		2	6	3	3	10	**31**
Парагвај	6	2		1				1	**10**
Перу	54	3	5	9	9	7	9	4	**100**
Филипини	3	13	21	15	22	21	27	35	**157**
Пољска	4	34	38	51	53	69	53	100	**402**
Португалија			2		5	3		6	**16**
Румунија	14	22	25	20	34	35	42	71	**263**
Руска Федерација	165	168	202	247	327	256	257	255	**1877**
Србија и Црна Гора	9	12	8	19	25	23	43	31	**170**
Шпанија	3	2	1	3	2		4	3	**18**
Шри Ланка	13	5	5	12	12	8	13	19	**87**
Тајланд	7	77	72	85	73	115	110	106	**645**
Тунис	4			1	1	1	3		**10**
Турска	31	28	35	40	45	42	39	59	**319**
Украјина	41	41	57	56		98	109	102	**504**
САД	5	13	4	11	9	12	11	14	**79**
Вијетнам	67	20	18	22	26	22	27	39	**241**
Остале	390	264	256	377	408	436	431	499	**3061**
Укупно	**1081**	**980**	**1025**	**1251**	**1326**	**1388**	**1453**	**1637**	**10141**

Подаци преузети са Australian Intercountry Adoption Network, доступно на http://www.aican.org/statistics.php?region=0, 15.11.2014.

2. Законска регулатива у области усвојења у праву Аустрије

2.1. Општи услови за заснивање усвојења и његова дејства

Аустријски грађански законик из 1811. године регулише материју усвојења у оквиру поглавља који носи назив Односи слични правним односима између родитеља и деце.[36] Одредбе које се односе на усвојење су ревидиране у више наврата, а изворно је постојало

[36] ABGB, доступно на http://www.ibiblio.org/ais/abgb1.htm , 21.09.2014.

само непотпуно усвојење од стране усвојитеља који су навршили 50 година и нису имали биолошко потомство.

Законик изједначава брачне парове и појединце у погледу могућности да усвоје дете и наводи ситуације у којима се може дозволити усвојење детета само једном супружнику. То је могуће уколико:

1. усвојитељ усваја дете свог супружника;

2. други супружник не испуњава услове у погледу година живота или пословне способности;

3. место боравка усвојитељевог супружника непознато је дуже од годину дана;

4. између усвојитеља и његовог супружника заједница живота не постоји дуже од три године;

5. постоје нарочито оправдани разлози.

Право на de facto истополну заједницу (нерегистровану кохабитацију) Аустрија је признала 2003. године, након што је Европски суд за људска права донео пресуду у случају Karner v. Austria.[37] Од 1. јануара 2010. године на снази је Закон о регистрованим партнерствима, али истополни парови немају могућност да закључе брак и усвоје дете, као ни приступ вештачкој оплодњи. У фебруару 2013. године, у предмету X. and others v. Austria (представка бр 19010/07), Европски суд за људска права осудио је Аустрију због дискриминације невенчаних истополних парова. Њима није било признато право да усвоје дете свог невенчаног партнера, иако је такво право признато невенчаним хетеросексуалним паровима у истој ситуацији. Суд је навео да државе нису у обавези да дозволе усвајање деце невенчаним паровима, али уколико га дозвољавају, исто право морају признати свим невенчаним паровима, независно од њихове сексуалне оријентације.[38] У јулу 2013. године парламент је изменио закон и дозволио усвојење партнеровог детета од стране

[37] Case Karner v. Austria, (no. 40016/98) од 24.07.2003. У овом случају мушкарац хомосексуалне оријентације није могао након смрти свог партнера да преузме уговор о закупу стана у којем су заједно становали. Суд није прихватио аргумент да је таква одлука била неопходна ради заштите породице. У одлуци је неведено постојање повреде чл. 14 (забрана дискриминације) у вези са повредом чл. 8 (право на поштовање приватног и породичног живота). http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61263, 22.09.2014.

[38] Case X. and Others v. Austria, no. 19010/07 од 19.02.2013. године. Доступно на http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-116735 , 22.09.2014.

невенчаног истополног партнера.[39] Могућност заједничког усвојења детета од стране истополних партнера још увек не постоји.

Уколико старатељ жели да усвоји дете, претходно мора да положи рачун и докаже да је сачувао поверену имовину, како би био разрешен старатељске дужности.[40]

Усвојење се заснива уговором који се закључује између усвојеника и усвојитеља и судским одобрењем. Ако законски заступник детета неоправдано одбије да да сагласност, његова сагласност се може заменити одлуком суда.[41]

Усвојитељи морају бити минимално 18 година старији од усвојеника, осим ако усвојитељ усваја дете супружника, када је довољна разлика 16 година. У односу на наше право, прописани су оштрији услови у погледу минималног узраста који усвојитељи морају да испуне уколико желе да усвоје дете. Мушкарац који жели да усвоји дете мора да има навршених 30, а жена 28 година, осим ако супружници усвајају заједно или један усваја дете другог супружника, када је дозвољено направити одступање, ако између усвојитеља и детета постоји успостављен однос који одговара односу детета и биолошких родитеља.[42]

Усвојење се неће одобрити ако би се његовим заснивањем угрозили интереси биолошке деце усвојитеља, а посебно ако се процени да би било угрожено њихово васпитање или издржавање.[43]

За заснивање усвојења неопходна је сагласност родитеља малолетног усвојеника, супружника усвојитеља и супружника усвојеника, осим уколико је родитељ у својству законског заступника усвојеника закључио уговор о усвојењу или је особа чија се сагласност тражи дужи временски период неспособна за расуђивање или непознатог боравишта дуже од шест месеци. У овим случајевима суд може да замени потребну сагласност.[44] Пре заснивања усвојења неопходно је саслушати дете које је навршило пет година живота, родитеље пунолетног усвојеника, хранитеље или

[39] ILGA Europe, Annual Review of The Human Rights Situation of Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex People in Europe, 2014, str. 39, http://www.certidiritti.org/wp-content/uploads/2014/05/Annual-Review-2014-web-version.pdf , 22.09.2014.
[40] §179. ABGB
[41] §179a ABGB
[42] §180. ABGB
[43] §180a ABGB
[44] §181. ABGB

управника установе у којој се дете налази и стручна лица надлежне службе овлашћене за бригу о младима. Изузетак је предвиђен за случај, да њихово саслушање није могуће или је повезано са знатним тешкоћама, као и у случају када су у својству законског заступника закључили уговор о усвојењу.[45]

Заснивањем усвојења прекида се сродднички однос између усвојеника и његових малолетних потомака са једне стране и његових биолошких родитеља и њихових сродника са друге стране. Заснива се сродднички однос између усвојеника и његових потомака и усвојитеља и њихових потомака. Обавезе биолошких родитеља и њихових сродника које се односе на право на издржавање, мираз и опремање детета, остају на снази у односу на усвојеника и његове малолетне потомке. На снази остаје и обавеза усвојеника да издржава своје биолошке родитеље, која постоји истовремено са обавезом издржавања усвојитеља, осим у ситуацији када су природни родитељи грубо занемаривали своју обавезу издржавања усвојеника пре доношења одлуке о заснивању усвојења. Тада ни усвојеник нема обавезу њиховог издржавања. Заснивањем усвојења настају наследна права између усвојитеља и усвојеника, при чему усвојитељи са својим потомцима имају право првенства у односу на природне родитеље и њихове потомке. Заснивањем усвојења се не гасе међусобна наследна права између усвојеника и његових потомака са једне стране и његових биолошких родитеља и њихових сродника са друге стране.[46]

Суд може опозвати сагласност коју је дао на уговор о усвојењу, уколико је испуњен један од разлога предвиђених за поништај усвојења. Тако се усвојење може поништити ако је:

1. у моменту закључења уговора постојала пословна неспособност усвојитеља, а он ни накнадно није изјавио да жели да усвоји, када се усвојење поништава по службеној дужности или на предлог једне уговорне стране;

2. уговор о усвојењу закључило пословно неспособно дете, а законски заступник детета се није накнадно са тим сагласио, усвојење се поништава по службеној дужности или на предлог једне уговорне стране;

[45] §181a ABGB
[46] § 182, 182a, 182б ABGB

3. дете усвојено од стране више лица, а та лица нису била у браку, када се усвојење поништава по службеној дужности или на предлог једне уговорне стране;

4. уговор о усвојењу склопљен из нечасних побуда, када усвојење престаје по службеној дужности или на предлог једне уговорне стране;

5. уговор о усвојењу склопљен, а да при том није поштована обавезна писмена форма, када усвојење престаје на захтев једне уговорне стране уколико се захтев постави у року од пет година од дана заснивања усвојења;

6. изјава о сагласности дата под утицајем преваре или принуде, усвојење престаје на захтев уговорне стране или лица које је дало сагласност, уколико се захтев постави у року од годину дана од дана престанка принуде или уочавања преваре;

7. продужавање усвојења у супротности са интересима усвојеника, усвојење престаје по службеној дужности;

8. престао брак усвојитеља па усвојење није више у интересу усвојеника. Усвојење престаје на захтев усвојеника и то је једина ситуација када усвојење које се односи на оба супружника може престати само у односу на једног од њих;

9. може престати и на захтев усвојитеља и пословно способног усвојеника.[47]

Престанком усвојења, аутоматски се успоставља сродннички однос између усвојеника и његових потомака са једне стране и његових биолошких родитеља и сродника са друге стране.[48]

[47] §184 – 184a ABGB
[48] § 185. ABGB

2.2. Међудржавна усвојења

На усвојење детета које је страни држављанин, примењују се исте законске одредбе као и у случају усвојења аустријског држављанина.[49][50]Аустрија је ратификовала Хашку конвенцију о заштити деце и сарадњи у области међудржавних усвојења. Њеном ратификацијом, сарадњом између надлежних органа држава и акредитовањем агенција и појединаца који могу учествовати у поступку усвојења, појачава се сигурност у поступцима међународних усвојења и смањује могућност злоупотреба, корупције, отмица и трговине децом. Конвенција гарантује и постадоптивну заштиту.

Заинтересовани усвојиоци подносе захтев централном органу државе у којој имају боравиште. Када се централни органи обе државе сагласе да се може прећи на фазу усвојења и када се утврди да потенцијални усвојиоци испуњавају све потребне услове, приступа се прибављању дозволе за дететово напуштање земље порекла и улазак и стални боравак у држави примаоца (чл. 14 – чл. 19). Највећи значај Конвенције се огледа у аутоматском признавању усвојења и његових дејстава у свим државама уговорницама. Признавање усвојења се односи на признавање правних последица заснивања усвојења и то на признавање: законског односа родитељ – дете између детета и усвојилаца; родитељског права усвојилаца и престанак претходног законског односа између детета и његових биолошких родитеља.

У складу са чланом 6 Хашке конвенције, централни орган у Аустрији је Савезно министарство правде. Постоје три акредитована еервиса за пружање услуга усвојења, а посао обављају у сарадњи са

[49] Brulard, Yves, Dumont, Letita, Comparative study relating to procedures for adoption amongthe member states of the EU, Final report – legal analysis, http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_adoption_legal_analysis_en.pdf, 23.09.2014.

[50] Конвенција утврђује обавезу надлежних органа државе да прибаве сагласност за усвојење од лица, институција и органа чији је пристанак неопходан за усвајање и то у законом прописаној форми. Захтева се пристанак мајке, али и сагласност детета које је способно, с обзиром на свој узраст, да схвати значај и дејства усвојења. Пристанци не смеју бити измамљени плаћањем или накнадом било које врсте (чл. 4).Надлежни органи државе пријема имају обавезу да утврде да ли усвојиоци испуњавају одговарајуће критеријуме, уколико је потребно да им пруже саветодавну помоћ као и да признају детету право да се стално настани у тој држави и стекне држављанство под олакшаним условима (чл. 5). Државе уговорнице имају обавезу да именују централни орган за извршење обавеза предвиђених Конвенцијом, а више од једног органа могу именовати савезне државе, државе са више правних система и оне које имају аутономне територијалне јединице. Називе и адресе ових тела, државе саопштавају Сталном бироу Хашке конференције за приватно међународно право (чл. 6 – 13). Контакт између потенцијалних усвојитеља и родитеља се забрањује, а надлежни органи се обавезују да чувају податке који се односе на порекло детета и идентитет биолошких родитеља. У складу са законом и након саветодавног разговора, дете може извршити увид у те податке (чл. 30 – 31).

агенцијама за социјалну заштиту младих. Њихов задатак је пружање пуне подршке подносиоцима захтева за усвојење током читавог трајања поступка међународног усвојења. Ангажман им престаје након протека обавезног двогодишњег мониторинга заснованог усвојења. Дете не стиче аутоматски аустријско држављанство, али добија боравишну дозволу.[51] Захваљујући изменама аустријског Закона о држављанству од 01. августа 2013. године, олакшана је и убрзана процедура за доделу држављанства усвојеном детету, па ће тако дете које још није навршило 14 година моћи да добије држављанство на захтев аустријског усвојитеља, уколико има афирмативан став према држави, додела држављанства не утиче на међународне односе Републике Аустрије и не представља опасност за јавну безбедност. Надлежни орган доноси одлуку у року од шест недеља.[52] У последње четири године, ово је друга по реду измена закона која се односи на држављанство усвојене деце. До прве измене је дошло након што је Уставни суд Аустрије, у јуну 2008. године, донео одлуку бр. G16/08 којом је члан 12 Закона о држављанству проглашен неуставним, због кршења начела једнаког поступања.[53]

Анализом статистичких података о закљученим међудржавним усвојењима, закључује се да је Аустрија, слично као и Немачка, чешће држава пријема деце која су пореклом из мање развијених држава, а ређе држава порекла деце коју усвајају страни држављани. Годишње се усвоји од 35 - 50 иностране деце, што указају на чињеницу да је у периоду од 2005 - 2009 године Аустрија имала мању стопу усвојења по глави становника у односу на Немачку. У периоду од 2002. године до 2011. године, 65 малишана аустријског порекла усвојено је у иностранству, и то по једно дете у Шведској и Швајцарској, док је у свим осталим случајевима земља пријема била Немачка.

[51] http://www.anidoadoption.org/en/programs/austria , 23.09.2014.

[52] § 11b. Änderung des Staatsbürgerschaftsgesetzes 1985 (NR: GP XXIV RV 2303 2539 S. 215. BR: AB 9057 S. 823.), https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2013_I_136/BGBLA_2013_I_136.pdf, 23.09.2014.

[53] На основу овог члана инострана деца, усвојена од стране аустријских држављана, нису могла добити држављанство уколико нису била настањена у Аустрији, чиме се, по мишљењу суда, кршило начело једнаког поступања у случајевима усвојења иностране деце од стране аустријских држављана који живе у иностранству. Допуњена верзија члана 12 ступила је на снагу у јануару 2010. године, предвиђајући изузетак од прописаног услова у ситуацији када родитељ може да докаже легално и трајно боравиште у иностранству у трајању од најмање годину дана. Decision No. G16/08 regarding adopted children of Austrian citizens, http://eudo-citizenship.eu/caselawDB/docs/AT%20VfGH%20G1608.pdf , 23.09.2014.

Статистички подаци о броју усвојених аустријских држављана у периоду од 2002-2011. године

Земља пријема	**2011**	**2010**	**2008**	**2007**	**2006**	**2005**	**2004**	**2002**	**Укупно**
Немачка	32	2	8	1	3	11	6		**63**
Шведска								1	**1**
Швајцарска	1								**1**
Укупно	**33**	**2**	**8**	**1**	**3**	**11**	**6**	**1**	**65**

Подаци преузети са Australian Intercountry Adoption Network, доступно на http://www.aican.org/statistics.php?region=0, 15.11.2014.

Статистички подаци о броју и пореклу деце усвојене од стране аустријских држављана

Земља порекла	**2009**	**2008**	**2007**	**2006**	**2005**	**Укупно**
Етиопија	11	2	1	10	10	**34**
Бразил	2					**2**
Бугарска	2	1		1		**4**
Гватемала	1		2			**3**
Индија	4	7	8	1	2	**22**
Камбоџа	3	7	1	13	21	**45**
Казахстан	1					**1**
Колумбија	1					**1**
Перу	1					**1**
Филипини	2	1	4			**7**
Русија	3	5		2	8	**18**
Сејшели	1					**1**
Јужна Африка	6	5	9	15	3	**38**
Тајланд	2		1		1	**4**
Чешка	1		2	1	2	**6**
Турска	1	2	1	1	2	**7**
САД	2					**1**
Словачка		2	4	1		**7**
Шри Ланка		2	1	1		**4**
Украјина		1				**1**
Литванија			1			**1**

Молдавија			1			**1**
Мађарска			2			**2**
Непал				1	2	**3**
Грузија					1	**1**
Укупно	**44**	**35**	**38**	**47**	**52**	**216**

Annual adoption statistics forms**,** доступно на http://www.hcch.net/upload/wop/adop2010pd05_at.pdf**,** 16.11.2014.

3. Закључак

У буржоаском праву усвојење се заснивало са циљем продужења породице усвојитеља који није имао децу, када се, с обзиром на његове године живота, могло претпоставити да их неће ни имати. Половином 20. века старосна граница за усвојитеље се спушта и дозвољава се усвојење малолетних лица у циљу њихове заштите. Демократски модел усвојења је тако заменио дотадашњи патријархални модел. Најновије измене законодавстава у овој области крећу се у правцу изједначавања истополних и хетеросексуалних парова у свим правима и обавезама која су везана за заснивање и планирање породице, укључујући и усвојење деце. Истополни парови у Немачкој и Аустрији не могу да закључе брак, али могу да живе у регистрованим парнерствима, са свим правима и обавезама која су им на основу закона призната (у Немачкој од 2001. године, у Аустрији од 2010. године). Они не могу заједнички да усвајају дете, али могу да усвоје биолошко дете свог партнера (у Немачкој од 2004. године, у Аустрији од 2013. године). Аустрија у односу на Немачку касни у доношењу закона у овој области, што је последица конзервативније средине и јачег утицаја католичке цркве. С обзиром на европске законодавне трендове у последњој деценији и преузете међународне обавезе, српски законодавац ће, у скорије време, морати правно да уреди односе између истополних партнера. Међутим, није реално очекивати да ће се у конзервативној средини, попут Србије, одмах законом уредити и право ЛГБТ особа да усвајају децу, узимајући у обзир чињеницу да и између самих чланица ЕУ постоје значајна неслагања у погледу тога да ли таква усвојења треба одобрити и под којим условима. Може се рећи да право изненађење представља Малта, показујући у чему се заиста огледа демократски капацитет једне државе.

Анализа аустријског права у овој области је интересантна, између осталог, и због тога што је она задржала уговорни карактер усвојења, као и одређене обавезе биолошких родитеља, њихових сродника и усвојеника и након заснованог усвојења. Такође, заснивањем усвојења се не гасе међусобна наследна права између усвојеника и његових потомака са једне стране и његових биолошких родитеља и њихових сродника са друге стране, што показује одступање од строго затворених процедура усвојења.

У аустријском и немачком праву дозвољено је усвојење пунолетних особа, а минимална старосна граница за усвојитеље је подигнута у односу на наше законодавно решење. Оправданом се чини намера законодавца да у одређеним случајевима дозволи усвојење пунолетних особа, нарочито у ситуацији када се усвајају браћа и сестре, а нека од њих су пунолетна. У вези са тим, интересантно је решење руског законодавства, по коме се рођена браћа и сестре не могу усвајати од стране различитих особа. Такође, минималне старосне границе за усвојитеље од 21 и 25 година у немачком праву и 28 и 30 година у аустријском праву, можда су у ближем додиру са реалношћу. Може се поставити питање да ли је особа од 18 година заиста зрела да заснује усвојење и обавеже се на потпуно давање себе у једном трајном, не само правном, већ и емотивном односу? Иако се законом стиче пословна способност са 18 година, та старосна граница не би нужно требала да се подудара са минималним узрастом потенцијалних усвојитеља. Ово су питања која би се могла размотрити у оквиру неких будућих измена породичног законодавства, у циљу унапређења постојећих решења.

Ana Čović, Ph.D
Research Fellow
Institute of Comparative Law, Belgrade

GERMAN AND AUSTRIAN ADOPTION LAW

Summary

The paper will analyze the provisions of the German Civil Code and the Austrian Civil Code which governing institution of adoption, with reference to the position of LGBT people in this area. At the international level, this area is governed by the Hague Convention on Protection of Children and Co-operation in inter-country adoption which was ratified by Germany and Austria. Although basing intercountry adoption changes the state of origin of the child, with the possibility of some abuse in practice, the fact is that for children, when we can not find adopters among local citizens, it is often the best option . For this reason, it is interesting to see, what is the prevailing trend when it comes to establishing international adoptions in Germany and Austria.

Keywords: adoption, the law of Germany, the law of Austria, inter-country adoption, the Hague Convention on Protection of Children and Co-operation in Inter-Country Adoption.

Др Драгица Попеску[1]

Прегледни научни рад

UDK: 343.63(410)(73)

ДЕФАМАЦИЈА У ПРАВУ ЕНГЛЕСКЕ И САД

Апстракт

Common law познаје два деликта погодна за тужбу код дефамације. Деликт libel, који подразумева јавну клевету, тј. увреду у трајном облику (писану увредљиву тврдњу - писмо, штампа, фотографије) и slander који означава сплетку, усмену клевету (усмену повреду части и угледа, осим, ако је изречена путем радија и телевизије, када такође, представља деликт libel). Libel је actionable per se (утужив), јер тужилац у спору за накнаду штете не мора да доказује постојање штете, док је slander, actionable per se, код усменог пребацивања за кривично дело, полну болест, нечасно вођење живота. Иако потичу из common law-а, постоје разлике између деликата libel, у енглеском праву и у праву САД-а. Савремени амерички libel law представља комбинацију правила обичајног права, common law-а и правила која је Врховни суд САД створио на основу Првог амандмана америчког Устава. Насупрот томе, у Енглеској су остали непромењени стари принципи деликта libel, једино су некадашње физичке казне замењене новчаним. Ипак, модерно енглеско деликтно право прихвата различите механизме којима се могу решити празнине у заштити права личности.

Кључне речи: common-law, дефамација, libel, slander, actionable per se, информација, масмедији

1. Појам дефамације и укратко о средствима грађанскоправне заштите

Право личности на част и углед, према нашој правној теорији, обухвата два објекта заштите: углед и част. Углед је слика коју у јавности човек ствара о себи и то је мишљење средине о њему. Част

[1] Судија Апелационог суда у Београду, mail: popesku24@gmail.com

је субјективан став појединца, то јест, мишљење које неко интимно има о себи, сходно лично прихваћеним вредностима заједнице у којој живи.[2] На основу вредносних судова, као и чињеничних тврдњи, долази до повреде части и угледа и других права личности. Често се за некога коме су повређени част и углед каже да је дифамиран. Израз „дифамација“ или „дефамација“ потиче од латинског глагола *diffamare*, што у преводу значи озлогласити, оговарати, клеветати, али и разгласити. Стога придев дифамиран (лат. *diffamatus*), претпоставља да је неко изнет на лош глас, односно да је оклеветан,[3] односно да му је повређено право на част и углед, што се често дешава разглашавањем путем масмедија. Дефамација, као повреда права на репутацију (част и углед) је област је која је позната у многим правима, па и у енглеском праву, али и у праву САД. *Common law* већ вековима користи два позната средства гађанскоправне заштите репутације од дефаматорних тврдњи. То су тужба за *libel* (најчешће писану, штампану клевету) и тужба за *slander* (сплетку, усмену клевету). *Libel* и *slander* су грађански деликти (*torts*), за које се поступци воде по ригидним правилима енглеског обичајног права, што је својевремено прихваћено и у америчком праву. Међутим, у другој половини прошлог века, створена су од стране Врховног суда САД, прецедентна правила на основу Првог амандмана америчког Устава, која су довела до новина у погледу остваривања права на *libel* у тој земљи.

Једно од најчешће нападаних права личности у масмедијима је право на част и углед. Постоје различита средства грађанскоправне заштите ових личних добара, попут одговора и исправке информације, тужбе за накнаду штете итд За случај настанка материјалне или нематеријалне штете услед повреде овог права, оштећени титулари покрећу спорове за накнаду штете, што је вид заштите права личности, али и ограничење слободе масмедија. Титулари овог права користе и друга средства заштите, најчешће

[2] Право на част. Част и углед се не морају подударати, јер појединац о себи може имати супротно мишљење (част) од мишљења средине у којој формира углед. Ако се против некога изнесе неистинит чињенични суд, особа је сходно кривичном праву, оклеветана, а ако се изнесу увредљива мишљења, као вредносни судови, у питању је кривично дело увреде. У оба случаја првенствено се врши напад на нечији углед, али последично то може да утиче и на част. У оквиру грађанскоправне одговорности, интимни осећај губљења части, као и угледа, реперкутује се у повреди права на психички интегритет и може за последицу имати претрпљену нематеријалну штету, *Лексикон грађанског права*, Београд Номос, 1996. 833

[3] М. Вујаклија, *Лексикон страни речи и израза*, Београд !980, 210, 234

одговор и исправку информације.[4] Претпоставка за право на одговор - деманти је лезиона способност информације, а снага одговора је у уверљивости којом делује на публику.[5] Тужба за исправку доводи до уклањања повреде и корекције објављене информације у меритуму.[6] У земљама *common law* система, нема законом признатог права на одговор, с тим да га америчка судска пракса познаје. Англосаксонско право под одговором, за који је услов повреда части и угледа, подразумева исправку у медијима. С друге стране, у Аустралији, Канади, Великој Британији, нема законског права ни на исправку, већ се објављивање базира на добровољности медија.[7] Више од шест векова судови у Енглеској и Америци штите право на углед, које се може повредити свакојаким тврдњама, а нарочито оптужбама за преступ, злочин, неморал и сл. Стога се, према обичајном праву у тим земљама, повређени парниче и са медијима и за изгубљени углед добијају одштету, као компензацију. Право на подношење уобичајено познатих тужби *common law-a* којима се штити углед је право на *libel* и *slander*, које се назива и „правом на заштиту од клевете".[8] *Libel* је *actionable per se* (утужив) у спору за накнаду штете, јер тужилац не мора доказивати њено постојање, док је *slande*r, *actionable per se,* ако се усмено пребацује за кривично дело, полну болест, нечасно вођење живота, нестручност.[9] У противном, *slander* није утужив по себи и мора се доказати да је настала штетна последица.

---

[4] В. Водинелић, *Право масмедија*, скрипта, Факултет за Пословно право, Београд 2003, 96-99. Одговор (деманти), изворно представља институт штампарског права. Право на одговор *(right of reply, droit de reponse),* по принципима *„audiatur et altera pars"*, представља право лица да од одговорног уредника захтева објављивање свог одговора, као реплике на објављену неистиниту, непотпуну или нетачно пренету информацију која га се тиче.

[5] *Ibid.*

[6] *Ibid.* 99-103. Право на исправку *(right of correction, droit de rectification)* је институт сродан праву на одговор. Исправка, за разлику од одговора, доноси мериторно, у судском поступку, утврђену истинитост, потпуност и тачност преноса информације. Право на исправку је реакција на насталу повреду права и интереса лица које се препознало у лезионој информацији.

[7] S. Coliver, *Press Law and practise (A Comparative Study of Press Freedom in European and other Democracies)*, The International Centre Against Censorship, London 1993, 273

[8] R.L. Holsinger, *Media Law,* Second edition, copyright 1991, 1987 by McGraw-Hill, Inc., Одељак 3, 90. Да би се могла подићи тужба за l i b e l, штетне тврдње морају бити написане, одштампане или на други начин трајно забележене (или изречене преко РТВ), ради објављивања у јавности, док је за s l a n d e r довољно да су оне јавно изречене.

[9] R.L. Holsinger, (фуснота 7), 95

2. Право на заштиту од дефамације према америчком праву

Право на подношење тужбе за *libel* базира се на правној заштити од клевете у форми енглеског обичајног права XIII века, које је пренето у колоније и постало део *common law*-а. Средином XX века, обичајно право поводом дефамације, из судске праксе дуге скоро седам векова, унето је у законе многих држава САД. Оно је штитило лица повређена клеветом, односно дефаматорним, нетачним и лажним тврдњама. Тужени су носили сав терет доказа, а плаћање одштете *су* могли избећи ако би доказали постојање неког од три разлога за ослобађање од одговорности за *libe*l. Ти разлози су: 1) да је објављена информација истинита; 2) да је оправдано објављено мишљење или 3) да постоје одређене привилегије код информисања.[10] Ипак, ако би тужилац доказао злу намеру изјавиоца, истинитост информације није могла заштитити туженог од одговорности за *libel*. Доказивање оправданости објављеног мишљења од стране тужених морало се заснивати на познатим чињеницама, док се и код привилегија захтевало да тужени докажу тачност тврдње дате у погледу власти или судског процеса. Уколико тужени издавачи гласила нису могли доказати ове чињенице, једини задатак пороте био је да се тужиоцима одмери висина одштете.[11]

У другој половини XX века, тужбе за *libel* су се подносиле у САД у великом броју против новина и осталих масмедија. Поступци по тужбама за *libel*, водили су се против корпорација издавача књига, новина, извештача.[12] Највише судске инстанце донеле су многе познате одлуке у тим случајевима. Прва од најважнијих одлука донета је у случају Њујорк Тајмс против Саливена, из 1964. године, где је Врховни суд САД нашао да Први Амандаман Устава САД штити медије од тужби за *libel* и када су оклеветани јавни функционери. Суд је сматрао да у таквим приликама они не могу тражити одштету, ако не докажу да је издавач гласила знао да објављује неистиниту тврдњу или ако је признао своју непажњу у том погледу. У каснијим случајевима суд је принцип из поменутог случаја применио и на јавне личности које нису функционери, али имају утицаја на догађаје у јавности.

За разумевање важећих правила код остваривања права на *libel,* треба поћи од случаја Њујорк Тајмс против Саливена. Крајем

[10] *Ibid*, 92
[11] *Ibid*, 93
[12] *Ibid*, 90, 91

50-их година прошлог века расна сегрегација у некадашњим робовласничким државама САД, од Вирџиније, до Луизијане, нарастала је до екстрема. Године 1960, белци су употребили силу против црних демонстраната, који су тражили јавне олакшице на колеџу Алабама, у Монтгомерију. У марту те године, појавио се оглас у листу Њујорк Тајмс, где се тражила финансијска подршка за студенте из Алабаме. Оглас су потписале 64 особе познате у јавности, што црначке, што беле популације. У једном делу огласа се наводило следеће: „У Монтгомерију, Алабама, после песме студената „Моја земља“, на степеништу Стејт Капитола, уклоњене су њихове вође из школе и полицијска теретна возила, наоружана сачмарицама и сузавцем, ушла су у двориште Алабама Стејт колеџа. Када су студенти одбили прозивку, протестујући у односу на државну власт, трпезарија им је закључана, да би их на то приморали глађу. Власт са југа је на миран протест М. Л. Кинга одговорила застрашивањем и силом...“.[13] Адвокати који су у спору за *libel* заступали полицијског комесара Саливена, из Монтгомерија, написали су да се два пасуса у огласу Њујорк Тајмса, односе на њега. У складу са законом Алабаме, захтевали су од стране листа Њујорк Тајмс, порицање тврдњи и признање да је објављена неистина. Тужилац Саливен је на суду изјавио да наводи у огласу указују на њега, као надређеног у полицији, приказујући га као насилника, оптужујући га за закључавање трпезарије, изгладњивање студената, као и за хапшења. Шест сведока у поступку је изјавило да је оглас писан увредљиво по тужиоца. Други су сведочили да је много увредљивих детаља било неистинито,[14] а исечци у Тајмсовој архиви показали су да су неке тврдње биле заиста нетачне. Уредник огласног блока изјавио је да није проверавао архиву приликом објављивања огласа, јер је припремљен у познатој агенцији и приложен уз писмо сведока да су све особе из огласа дале подршку студентима. Према мишљењу уредника, оглас је деловао као подобан за објављивање. Порота је нашла да је Саливен оклеветан и донета је одлука да му Њујорк Тајмс плати 500.000 долара, коју је Врховни суд у Алабами потврдио.[15] Наиме, првостепена одлука је била у корист Саливена, у складу са обичајним правом на *libel.* Саливен и његови сведоци су доказали једини предмет сумње – *идентификацију* његове личности. Оптужба да је учествовао у серији преступа, била је клеветничка према позитивном праву, због доказаних грешака у чињеничним наводима. Олакшица је за Њујорк Тајмс била утолико што су новине објавиле

[13] *R.L. Holsinger, 107*
[14] *Ibid, 108*
[15] *Ibid, 108*

тачан извештај на основу јавних снимака, што штити медије од одговорности због оправданог коментара. Порота је стога требало да одлучи о степену повреде Саливенове репутације и висини одштете за њега.[16] Последица овакве одлуке била је покретање других *libel* спорова против медија у САД.[17]

Врховни суд САД једногласно је укинуо пресуду у случају Њујорк Тајмс, нашавши да је извештавање медија о понашању јавних службеника заштићено од *libel-а* слободом говора, коју гарантује Први амандман америчког Устава. Врховни суд је тада учинио четири основне измене традиционалних правних начела за *libel.* Прва се тиче могућности оспоравања одговорности за деликт због информације објављене у уводном огласу масмедија.[18] Стога се, сагласно Уставу САД и путем огласа може изрази протест.[19] Плаћање објављивања огласа није од утицаја, јер се плаћају и новине и књиге, које такође садрже информације и огласе. Друга измена начела је да тужени масмедиј може избећи плаћање накнаде штете ако докаже да је дефаматорна тврдња била истинита, као и да је оправдани коментар *(fair comment),* базиран на чињеничном основу.[20] Трећа измена правних начела је правни принцип да Први амандман оправдава одређене неистине, изречене у вези са понашањем власти, чиме је успостављена делимична заштита нетачних тврдњи (саопштења).[21] Претходно начело, утврђења истине са теретом доказа на туженом, не значи да ће се у целости моћи спречити нетачна изјава, ако постоје тешкоће у прибављању доказа. Четврта измена правних начела везана је за обавезу тужилаца да докажу постојање зле намере. Уставне гаранције поставиле су федерално правило које спречава јавне службенике да траже одштету за неистиниту тврдњу којом су дефамирани, ако се она односи на њихово понашање у служби, осим ако докажу постојање зле намере на страни медија. Одлуком Врховног суда САД у случају Њујорк Тајмс, објашњено је да зла намера постоји ако онај ко објављује клеветничку тврдњу зна за њену

[16] *Ibid,* 109

[17] *Ibid* - Нпр. 11 спорова у Алабами, где су тужиоци захтевали више од 5 милиона долара одштете или 5 спорова против Колумбија РТВ, где су тужиоци захтевали више од 2 милиона долара.

[18] *Ibid*, 109, 110. Десет година касније, суд је проширио ограничену заштиту Првим амандманом и на комерцијалне огласе (рекламе).

[19] *Ibid*, 109, 110, 111. Било који други закључак обесхрабрио би новинске куће да објављују уводне огласе те врсте и прекинута би била проходност сваке важне информације, у вези са идејама оних особа које лично немају приступ медијима, пошто нису новинари.

[20] R. L. Holsinger, 110

[21] *Ibid*, 111. Њујорк Тајмс, коме је ожалбеном пресудом било наређено да плати 500.000 долара, супротставио се тој казни због критике јавне власти, јер води аутоцензури новина.

нетачност или ако је изјава дата непромишљено, или се на истину није обраћала пажња.[22] Овај параграф из одлуке Врховног суда САД, донео је револуционарне промене. Њиме је на јавне службенике, као тужиоце, премештен већи део терета доказивања у парници *за libel*. Стога они доказују не само објављивање, идентификацију и дефамацију (срамоту, клевету, поругу, оговарање), већ и да је дефаматорна информација била нетачна, што је издавач новина знао или је објављена са непажњом (зла намера). Овде се захтева виши степен доказивања него по другим цивилним тужбама.[23] У каснијем случају Герц против Роберт Велча, Инц.,[24] Врховни суд је нашао да постоји виши државни интерес да се заштите приватна лиц*а* у споровима за *libel* против медија. Да би успели у спору против средстава јавног информисања, јавни службеници и јавне личности морају да понуде јасан доказ *н*а околност неистиности тврдње и злонамерности њеног објављивања, док приватна лица могу успети у спору и са мањим степеном такве доказаности. Осим тога, ако је у питању дискусија о јавним питањима, у сваком *libel* спору против медија, гаранција је Први амандман.[25] Судија Пауел (случај Герц) је нашао да се код повреде части приватних лица, тужиоцу може досудити само одштета довољна за компензацију актуелне повреде. Иначе, јавни службеници и јавне личности, не би могли добити накнаду штете, ако не успеју да докажу постојање зле намере. Иначе, већина судија настојала је да и у *libel* споровима по тужбама приватних лица донесе одлуку о накнади штете, где би та лица доказивала постојање зле намере.[26], [27]

---

[22] *Ibid*, 112
[23] *Ibid*, 112
[24] *Ibid.* 115 - 121
[25] *Ibid*, 117, 118
[26] *Ibid*, 119, 120
[27] *Ibid,* 120 - 121. Како је Врховни суд нашао да Герц није био јавна личност, иако је у Чикагу, као адвокат, имао нешто учешћа у јавним пословима, тај случај је враћен Федералном окружном суду у Чикагу. Седам година касније, случај се поново нашао на чикашком суду. У међувремену, Герц је постигао углед као адвокат, чији је случај променио правила у *libel* споровима. Постао је предавач и професор у Правној школи „Џон Маршал“, па је у једном интервјуу коментарисао да га је случај Герц начинио јавном личношћу. Ипак, суд је стао на становиште да је Герц био приватно лице 1969. године, у време када је објављена клеветничка информација о њему. Герц је изјавио да га је чланак избацио из емотивне равнотеже на дужи период, када је страховао и да ће изгубити клијентелу. Шест чланова пороте нашло је да је магазин *„American opinion“*, био не само био немаран у објављивању клеветничког чланка о Герцу, већ и злонамеран, те да је Герц патио и претрпео штету коју су одмерили у износу од 100.000 долара. У погледу исхода, случај Герц је наведен као ударац за новинарство. Више година касније, Апелациони суд је потврдио одлуку о досуђеној накнади Герцу, а Врховни суд је одбио да преиспита пресуду Суд је у суштини сматрао да је овај случај требало да привуче америчко јавно мњење, у вези са *libel* споровима.

Напомене: право на заштиту од клевете (дефамације) у *common law* постоји вековима. Док су одлуке Врховног суда САД биле засноване на старом праву на *libel* (деликт, *tort actionable per se*), масмедији су успевали да оспоре своју одговорност истинитошћу објављене тврдње, јер се сматрало да истина не може бити дефаматорна, али се тада није водило рачуна о злонамерности. Тужилац је у таквом спору могао успети једино ако докаже неистинитост чињеничних тврдњи.[28] Прве модерне одлуке, након случаја Њујорк Тајмс против Саливена из 1964. године, писане су са напоменама да поред *common law-а, као* суштине за схватање овог проблема, постоји прецедентно право по ново утврђеним принципима, заснованим на Првом амандману америчког Устава, који гарантује слободу говора.[29] У случају Њујорк Тајмс, Врховни суд је нашао да државни службеници, као тужиоци у поступку по тужби за *libel,* морају доказати да је тврдња о њима била објављена са злом намером - са свешћу о неистини или са непажњом. Суд је проширио овај терет доказивања и на друге јавне личности. Касније је Суд нашао да и приватна лица која се суде са масмедијима по тужби за *libel,* морају доказати нетачност информације и у том смислу одређени степен непажње, као и то да су због изречене клеветничке информације повређени у свом праву.[30] Као следеће, Врховни суд САД је нашао да се за изјављено мишљење не може доказивати истинитост, па је доказивање оправданости објављеног мишљења, непотребно за оспоравање одговорности код тужбе за *libel*, према Првом амандману.[31],[32] Трећу заштиту од одговорности за *libel* представљају привилегије, које обухватају «уставне повластица». Врховни суд САД је у случају Њујорк Тајмс против Саливена, сматрао да би према Првом амандману Устава САД, сви државни судови, као и федерални суд, требало да примене јавни принцип на *libel* спорове које покрећу државни службеници. Врховни суд САД је извршио револуцију права на *libel,* премештајући терет доказа на тужиоце, у споровима против новинских кућа, ако се радило о јавном интересу.[33] Иако САД представљају модел државе која поштује слободу изражавања, под заштитом Првог амандмана, а посебно слободу штампе и после више деценија од случаја Њујорк Тајмс,

[28] R.L. Holsinger, 120 - 121

[29] *Ibid*, 94, 106, 107

[30] *Ibid,* 93

[31] *Ibid,* 93. При томе је Врховни суд сматрао ноторним да ниједна разумна особа неће поверовати у хиперболу, која изгледа као фактичка, а истовемено представља необичну, понекад и чудну тврдњу, нити је треба износити ради заштите оправданости изреченог мишљења.

[32] *Ibid* - Правом на извештавање заштићен је од *libel*-а и коментар спорног питања, према случају Њујорк тајмс против Саливена.

[33] *Ibid,* 107

правила поступка за деликт *libel* остала су компликована. Покушај појашњења ових правила ствара проблеме, због узајамног утицаја ригидног *common law-a*, прирођеног америчком праву, које се у основи још увек користи у бројним случајевима у поступцима за *libel* и због нових принципа створених на бази америчког Устава. Иако се поштује слобода говора и штампе, САД су федерација са 51. правним системом (укључујући и федерални), где се различито приступа појединачним питањима и није реткост да неколико различитих, понекад опречних мишљења, паралелно постоји.[34] Нови приступ у третирању деликта *libel* у САД, утицао је на правне теоретичаре и на судску праксу по свету. Варијанте правила утврђених у случају Њујорк Тајмс против Саливена, појавиле су се и у другим земљама и утицале и на одлуке Европског суда за људска права (случај Лингенс). Погрешно је на основу Првог амандмана на Устав САД, као основе за нови третман деликта *libel*, сматрати да ограничења слободе изражавања није дозвољено. Одређена ограничења ове слободе могу спречити објављивање неких информација, односно учинити их кажњивим, ако су противне праву.[35] Примена Првог амандмана у односу на *libel* право у САД, доприноси унификацији и поједностављењу извесних аспеката тог права, али тај систем чини много комплекснијим. Долази до разлике у мишњењима, нарочито у погледу питања квалификованих привилегија, установљених одлукама Врховног суда САД. Појмови попут: „државни службеник“, „јавна личност“, „јавни послови“, „постојање злонамерности“, представљају спорна питања везана за општи концепт *libel law-a*. Зато је често непредвидљив исход парнице. Америчка правна правила у погледу деликта *libel*, још увек се развијају у правцу заштите слободе изражавања, с тим да правну несигурност изазива то што многи институти нису јасно дефинисани. Предлози за реформу ових правила нарочито иду у правцу тога да се накнада штете досуђује само за новчани губитак; да се, ако није утврђена одговорност туженог, пресудом само декларативно утврђује нетачност и дефаматорна природа информације; да се праву на одговор или исправку додели већи значај и да се не досуди накнада тужиоцу који не тражи исправку информације, осим за специјалну штету итд.[36] У САД нема зборника, нити закона којим би ово право било подробно регулисано на федералном нивоу, већ су као у Енглеској, елементи деликта дефамације и његова два облика (*libel* и *slander*), наведени у

[34] П. Теофиловић, Libel – *a comparative study, SJD Thesis*, Central European University, Budapest, Legal Studies Department 2003, 144, 145
[35] *Ibid*., 145
[36] *Ibid*., 145

разним правним документима. У САД се под тим сматрају и одлуке донете на основу *common law-a*, федералних и државних закона и пресуда државних судова и федералног суда.[37]

3. Дефамација у енглеском деликтном праву

Порекло права на *libel* у вези је са дефамацијом, чије су *libel* и *slander* близначке компоненте. Датира из времена краља Алфреда Великог, који је у IX веку прогласио да ће ономе ко проноси приче о некоме, језик бити исечен. Мада су физичке казне током година претворене у финансијске, стари принципи деликта, заправо су остали непромењени.[38] Дефамација (оговарање, клеветање, наношење срамоте) област је која је у Енглеској уређена низом законских прописа. Она укључује и *l i b e l* (клевету) и *s l a n d e r* (сплетку, усмену клевету). *Libel* (јавна клевета) подразумева увреду у трајном облику, обично као писану, увредљиву тврдњу, док *slander* покрива тренутне облике дефамације, као што је изговорена реч. *Libel* је утужив по себи, као и један облик *slandera,* где тужбу за дефамацију мора финансирати сам тужилац. Стога се често подноси тужба за злонамерно обмањивање[39], у ком поступку се уместо адвоката, може користити правна помоћ. По тужби за *libel* порота одређује да ли је крив или невин онај ко је тужен. У очигледним случајевима тужилац може имати већи интерес да случај изнесе пред пороту, која генерално додељује вишу одштету него судије појединци, који суде по тужби за злонамерно обмањивање. У том смислу, високе суме у одштетним одлукама против медија, представљају специјалну претњу за слободу информисања.[40]

Када се генерално говори о заштити права појединаца, енглеско деликтно право није у складу са европским стандардима, јер не признаје никакав деликт «угрожавања приватности». Ипак, модерно енглеско право прихвата различите механизме којима се могу

[37] *Ibid*., 145

[38] T.Crone, *Law and the Media,* An everyday guide for professianals - Third edition, 1995, copyright Tom Crone, 1989, 1991, 1995, 1

[39] C.Von Bar: *The Common European Law of Torts, Volume One,* The core areas of tort law, its approximation in Europe, and its accomodation in the Legal System, Munchen, 1998., 296-298. Један случај се односио на незаконити употребу слике извесног аматера-играча голфа, поводом рекламирања чоколаде, што се сматрало дефамацијом (клеветом). Он је као тужилац на располагању имао и тужбу за штетно деловање-узнемиравање *(nuisance)*. У случају *Kaye v. Robertson,* тужиоца је малтретирао репортер док је био у беспомоћном стању. Апелациони суд је нашао решење у постојању деликта злонамерног обмањивања (malicious falsehood).

[40] *Ibid.*

решити празнине у заштити права личности. Међутим, иако постоје различити деликти, штетно деловање-узнемиравање (nuisance), злонамерно обмањивање *(malicious falsehood)* и други, то не мења основну чињеницу да је заштита права личности остала занемарена. Осим деликта клеветања - дефамације, ниједан од поменутих деликата није примарно намењен заштити права личности и људског достојанства. Сваки подносилац одштетног захтева због повреде личног добра, зависи од спремности судије да на тај случај примени деликт, који се иначе односи на неку другу врсту друштвеног конфликта. Енглеско судство није предузело никакве мере да се ослободи застарелих правила.[41]

4. Правила у вези са деликтом libel у пракси

Када извесна тврдња излаже некога мржњи, подсмеху, презиру или му умањује поштовање у друштву, она доводи до деликта *libel*. Право умеће публицисте, уредника, репортера је објавити такве тврдње са разумним степеном опреза у погледу поузданости тврдње. Када је чланак дефаматоран и стога потенцијално клеветнички, односно увредљив, одговорност ће сносити обично издавач или уредник, који одлучује да ли ће га објавити. Пре доношења одлуке они би требало да провере следеће појединости: 1) да ли је тврдња истинита; 2) може ли се доказати да је покривена неким другим видом оспоравања постојања деликта *libel*); 3) да ли би се субјекат деликта *libel* могао парничити. Међутим, медији могу објавити и истиниту причу, а да ипак дође до тужбе за *libel.* Када објаве неистините приче, могу се поднети тужбе за *libel* са захтевом за обештећење, без обзира на постојање штетне последице. У таквим случајевима углед медија трпи штету више због тужбе за *libel,* него због изворног чланка. Осим тога, ови судски поступци су веома скупи.[42]

4.1. *Libel* и *slander*.

Разлика између ових деликата је у начину на који се објављују дефаматорне тврдње. Ако се то чини писањем или бележењем на који други начин, нпр.на магнетофону, правилно је поднети тужбу

[41] *Ibid.*
[42] T.Crone, (фуснота 37), 1 - 3

за *libel.* Ако се са друге стране, таква тврдња објави на начин који је тренутан, привремен, вербалан, повређена страна може да се суди само за *slander.* Иста информација дата преко медија или пред публиком, у Енглеској представља деликт *libel.* Забуна која настаје у вези са објављивањем информација на радио и ТВ програмима, разјашњена је у Закону о дефамацији (*Defamation act* из 1952.године), који предвиђа да се овакав начин публикације може посматрати као трајан, те је и у таквом случају прикладна тужба за деликт *libel.* Према Позоришном закону из 1968.године, *libel* се такође примењује за клеветничке тврдње изнете за време јавних представа и игара.[43] Тужбе за *slander* против новинара и ТВ компанија, због усмених клеветничких тврдњи су ретке, иако су новинари свесни и тог ризика. То се нарочито односи на истраживачко новинарство. Такође, ако репортер изрази дефаматорне тврдње о неком или пренесе оно шта је чуо (нпр. у судници), друга особа овлашћена је да га тужи за деликт *slander*.[44] Разлика између ових тужби је у томе што се код деликта *libel* полази од тога да је тужилац претрпео штету, па он не доказује да је претрпео било какав губитак. За *slander* међутим, тужилац мора да докаже да је као последицу дефаматорне тврдње претрпео финансијску штету. Изузеци од ових правила су усмене клеветничке тврдње које: 1. импутирају извршење злочина који је кажњив затвором; 2. импутирају да је особа инфективна, тј. заражена болешћу; 3. наговештавају браколомство и нечасне радње неке жене; 4. наружавају особу или њен рад, односно професију или звање. За ове 4 категорије slandera, тужилац не мора да наведе доказе да је претрпео новчани губитак.[45]

4.2. *Libel* и злонамерне обмане (*malicious falsehood*)

Тужбе за деликте *libel и slander* укључују тврдње које су злонамерне и штетне, али *услов* за ове парнице је да тужиочев углед мора бити повређен нетачним тврдњам*а* (нпр. неистинитом информацијом о банкроту). У противном, особа се не може парничити по наведеним основима. У таквим случајевима, тужилац може користити тужбу за злонамерну обману (*malicious falsehood*).[46] Три елемента злонамерне обмане које тужилац мора доказати су: 1)

[43] T.Crone, (фуснота 37), 3, 4
[44] *Ibid*, 4
[45] *Ibid.*
[46] *Ibid.*

да је информација била неистинита; 2) да је објављена злонамерно (што укључује и непромишљеност, незаинтересованост за истину) или због похлепе или неког другог неприличног мотива; 3) да код тужиоца може да доведе до финансијског губитка или је дата у некој трајној форми (нпр. писаној), када му се може одразити на посао или звање и узроковати и финансијски губитак.[47] У пракси је суђење по тужби за злонамерну обману теже за тужиоца, него код деликта *libel* и *slander*, када је тужени дужан да докаже истинитост дефамације. У тужби за злонамерну обману терет доказивања нетачности навода и зле намере туженог лежи на тужиоцу, који доказује већ настале или могуће фининсијске губитке због тврдњи туженог.[48] Док се по тужби за *libel* и *slander* увек суди пред поротом, за злонамерне тврдње суди се пред судијом појединцем, с тим да се у том спору могу тражити услуге правне помоћи. У случају када погрешне тврдње доводе до преклапања деликата libel и злонамерне обмане, тужиоци који немају средстава за поступак по тужби за *libel*, могу потражити правну помоћ и поднети тужбу за злонамерну обману, јер је то финансијски повољније.[49],[50]

5. Положај странака у спору (мане и предности libel case)

Тужилац у спору доказује постојање три елемента за одређивање одговорности туженог за libel и то: 1) постојање дефамације - да ли су речи или други елементи информације повреда репутације; 2) идентификацију - да ли се може схватити да се информација односи

[47] *Ibid,* 5

48 T.Crone, (фуснота 37), 5

[49] *Ibid, 6.* „Ово је повољнија прилика за тужиоце. У случају бивше служавке у Бакингемској палати, Линде Џојс, која се судила са новинама *Today* 1991. године, због нетачних наговештаја да је украла писмо које припада принцези Ани, случај је био очигледан за издавање судског позива за *libel* парницу, али госпођица Џојс није могла да финансира то суђење, па је стога, уз правну помоћ, започела спор по тужби за злонамерну обману. Тај случај је дошао до Апелационог суда и после оспоравања тужених новина, између осталог, њено право је прешло из тужбе за libel, у нешто друго“.

[50] *Ibid*, 5, 6. „Нетачна тврдња може такође, али и не мора бити дефаматорна, иако је објављена у медијима. С друге стране, чињеница да је тврдња дефаматорна, не искључује разлог за тужбу за злонамерну обману, мада ће се право побринути да тужилац не наплати дуплу штету за исти губитак» (Joyce versa Sengupta) 199. године. Нпр. у случају Џојс, суд је наговестио, да када је тужилац једном доказао стварни или потенцијални финансијски губитак, он ће моћи да тражи и накнаду штете за емоционални бол, повезан са финансијским губитком. Председник већа у поступку за деликт *libel*, мора бити чврсто уверен да је захтев основан, али ако је у питању паразитска штета, како је зову правници, која настаје извршењем неког деликта, а њено наношење није утуживо као посебан деликт, постоји основ за тужбу и за злонамерну обману и то за сваки онај део којим медији могу изазвати деликт *libel*“.

на њега; 3) публикацију - да ли су такве информације објављене од стране туженог и саопштене неком трећем лицу.[51],[52] Парница по тужби за *libel* може трајати и преко две године и тужилац је оптерећен високим трошковима поступка, пошто правна помоћ није дозвољена.[53] Тужена медијска кућа суочена је са теретом оспоравања одговорности и адвокатским трошковима. Оно што поступак по тужби за *libel* раздваја од других поступака је обавезно суђење пред поротом, од које се очекује да прецизно, по монетарним условима, процени насталу штету по тужиочеву репутацију. Али, приметне су недоследности различитих порота код одмеравања накнаде за веома сличне случајеве.[54] Правно лиц*е* се може спорити за *libel* само ако се дефаматорне тврдње тичу његовог посла. То подразумева информације о части, пословним методама или његовој финансијској позицији. Повреда информацијом не мора бити ограничена само на губитак добити, јер се информација може односити и на клијентелу правног лица, па дефаматорне тврдње против неке компаније могу проузроковати и судски позив по индивидуалним тужбама за *libel*[55]

Битно је рећи да се у енглеском праву не захтева да тужилац због објављивања информације доказује злу намеру на страни туженог, за разлику од правила о доказивању зле намере (*actual malice)*, уведеног од Врховног суда САД 1964. године, у случају Њујорк Тајмс против Саливена. У случајевима дефамације, медијима се у САД пружа боља заштита слободе изражавања, него у Енглеској. У САД под одређеним условима и правна лица могу бити тужиоци у случајевима дефамације.[56] Заштита репутације (части и угледа) у САД је другачија за корпорације, јер оне немају углед, попут физичких лица, те могу тужити само за повреду пословне репутације и пословног положаја, чиме се, као и у Енглеској, разликују од других категорија тужилаца.[57] У Енглеској, државне и корпорације у приватном сектору могу упутити тужбу због клевете изречене у јавности, која утиче на

[51] *Ibid*, 5, 6
[52] *Ibid*, 8
[53] *Ibid,* 7
[54] *Ibid*, 8. Суочени са сигурношћу да ће судски трошкови рапидно расти, ТВ и издавачке новинске куће често се покоравају реалној економији, па се процеси окончавају у раном стадијуму и тужилац побеђује у спору.
[55] T. Crone, (фуснота 37), 18.
[56] П.Теофиловић, (фуснота 33), 292-293. Профитабилна правна лица могу због дефамације тужити оне који информацијом шире необјективне наводе о њиховом пословању или теже да одврате друге од пословања са њима. Непрофитабилна правна лица могу поднети тужбу само ако имају финансијску подршку јавности, када се клеветничка тврдња, због јавног мњења, може умешати у њихове активности и нанети им штету.
[57] *Ibid,* 134-265. Видети поглавље о праву у САД за опширније упознавање.

стање њихове имовине, па се повреда угледа своди на материјални губитак. Политичке партије пак, нису овлашћене да подносе тужбе због клевете, али појединци, као партијски припадници, могу то индивидуално учинити. [58]

Dragica Popesku, Ph.D
Judge of the Appellate Court in Belgrade

DEFAMATION IN ANGLO-AMERICAN LAW

Summary

Common law recognises two torts suitable for defamation charges; the libel tort, which includes public defamation, an insult in a lasting form (a written insulting claim –letters, press, photographs) and slander tort, which stands for plots/intriques, verbal defamation (a verbal violation of one's honour and reputation, unless it was stated on radio or television, in which case it is also considered a libel offense). Libel is actionable per se, because the plaintiff in defamation cases need not prove that the damage is made, while slander is actionable per se in cases of verbal reproaches of offenses, sexual diseases, shameful way of life etc. Although they both take roots from common law, there are certain differences between libel torts in the English and U.S.Law. The modern U.S. libel law represents a combination of common law and the rules made by the U.S. Supreme Court based on the First Amendment to the U.S. Constitution. On the other hand, old libel offense principles have remained unchanged in England, except for former corporal punishments having been replaced by fines. Nevertheless, modern English offense law accepts different mechanisms in order to fill gaps in legal protection.

Key words: common-law, defamation, libel, slander, actionable per se, information, mass media

[58] T. Crone, (фуснота 37), 18.

Prof. dr. Igor Kaučič[1]

Pregledni naučni rad

UDK: 347.962.2:342.565.2(497.4)

IZBOR SUDIJA USTAVNIH SUDOVA U SLOVENIJI I KOMPARATIVNO

Apstrakt

Sistemi izbora sudija ustavnog suda međusobno se veoma razilikuju, zato se ne može govoriti o optimalnom, prevladavajućem ili čak o jedinstvenom sistemu izbora. Ponegde pri biranju sudija ustavnog suda daju prednost zakonodavnim telima, drugde prepuštaju imenovanje ustavnih sudija šefu države, ne tako retko i organima obema ili svim trima granama vlasti. U Republici Sloveniji Državni zbor bira devet ustavnih sudija na predlog predsednika Republike na mandat od devet godina bez mogućnosti ponovnog izbora. Taj sistem izbora predmet je kritičkog prosuđivanja tako stručne kao i političke javnosti sve od stupanja na snagu novog ustava. Osnovna kritika takvog uređenja uperena je na njegovo omogućavanje preterane politizacije postupka izbora, jer sve ustavne sudije bira parlament, a osim toga za njihov izbor dovoljna je apsolutna većina glasova poslanika. Ustavnom sudu kao samostalnom i nezavisnom ustavnom organu izvan klasične trodeobe vlasti bitno više bi odgovarao način izbora odnosno imenovanja ustavnih sudija koji bi omogućavao organima svih triju grana vlasti (zakonodavne, izvršne i sudske) da zajedno formiraju sastav tog suda. Uvođenje takvog kombinovanog sistema izbora i imenovanja ustavnih sudija bio je odbijen, a nije bio prihvaćen ni predlog koji je umesto apsolutne većine propisivao dvotrećinsku većinu u Državnom zboru za izbor sudija.

Ključne reči: ustavni sud, sistemi izbora ustavnih sudija, izbori sudija Ustavnog suda Slovenije, kandidiranje sudija, tripartitni sistem izbora i imenovanja, ustavne promene.

[1] Pravni fakultet, Univerzitet u Ljubljani; mail: igor.kaucic@pf.uni-lj.si

1. Uvod

Samostalnost i nezavisnost ustavnog suda zagarantovani su redom elemenata pravne i političke prirode. Među prve spadaju pre svega način izbora odnosno imenovanja sudija ustavnog suda, uslovi za njihov izbor, imunitet, mandat, način razrešenja i neudruživost funkcije sudije, finansijska autonomija suda i još neki. Među formalnim elementima jedan od najvažnijih je način izbora odnosno imenovanja sudija ustavnog suda. U ovom prilogu ne analiziram sve elemente, koji čine sistem izbora ustavnih sudija u širem smislu, nego se ograničavam na kandidiranje i način izbora sudija, znači na sistem izbora u užem smislu reči.

Sistemi izbora sudija ustavnog suda u svetu veoma se razlikuju, a to važi i za sve evropske države. O optimalnom ili preovladavajućem, a kamoli o jedinstvenom sistemu izbora zato se ne može govoriti. Ponegde daju prednost izboru sudija ustavnog suda u zakonodavnim telima, drugi daju prednost načinu da sudije ustavnog suda imenuju izvršni organi (posebno šef države), a ne tako retko i organi sve tri grane vlasti.

Sistem izbora sudija Ustavnog suda Republike Slovenije (u nastavku Ustavni sud) predmet je kritičkog prosuđivanja tako stručne kao i političke javnosti sve od stupanja na snagu Ustava Republike Slovenije[2] (u nastavku Ustav). Rasprave o izborima sudija ustavnih sudova pojavile su se paralelno s opštom svešću političke, stručne i druge javnosti o pravnom i političkom značaju i moći Ustavnog suda. Pokušaji izmene Zakona o Ustavnom sudu u onom delu, koji uređuje postupak izbora ustavnih sudija, nisu imali uspeha, a jedina novela tog zakona iz 2007. godine[3] u to uređenje nije bitno zadirala. Bez uspeha ostao je i predlog za izmenu ustavnog uređenja Ustavnog suda iz 2008. godine, koji je predviđao i izmene u izborima ustavnih sudija.[4] Kao i u nekim drugim evropskim državama predlaganim izmenama zajednička je tendencija da se postigne ravnomerna uravnoteženost i saradnja sva tri organa vlasti u formiranju Ustavnog suda, a isto tako i uravnoteženost političkog i pravnofilozofskog sastava, kao i pogleda na svet Ustavnog suda. Ta tendencija proizlazi iz saznanja da priroda ustavnosudijskog odlučivanja

[2] Ustav Republike Slovenije, *Službeni list RS*, br. 33/91, 42/97, 66/2000, 24/2003, 69/2004, 68/2006, 47/2013.

[3] Zakon o ustavnem sodišču - ZUstS, *Službeni list RS*, br. 15/1994 i 51/07.

[4] I. Kaučič, P. Pavlin, S. Bardutzky (ur.), *Ustavna reforma ustavnega sodstva*, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani in Ministrstvo za pravosodje, Ljubljana 2011, 54-59.

svrstava rad ustavnog suda u sivu zonu između pravnog i političkog.[5] Pomenute uravnoteženosti mogu se garantovati redom elemenata tako pravne kao i političke prirode.

Ali, osim ovog cilja, koji je zajednički svim predlagačima izmena, mišljenja o sredstvima za njegovo postizanje su dosta različita. Jedni vide rešenje u kandidacijskom postupku, u kojem bi se moralo uspostaviti strože stručno proveravanje kandidata nego što je bilo do sada, a takođe i u uravnoteženijoj saradnji sva tri organa vlasti u ovom postupku, dok drugi vide izlaz u obaveznom predlaganju većeg broja kandidata nego što je broj biranih sudija, i u zahtevnijoj većini za izbor ustavnih sudija u Državnom zboru Republike Slovenije (u nastavku Državni zbor). Po mišljenju nekih, za postizanje cilja nije potrebno menjati sistem izbora ustavnih sudija, nego povećati ili smanjiti broj sudija odnosno produžiti njihov mandat.

2. Sistem izbora sudija ustavnog suda u nekim evropskim državama

U Evropi su ustavni sudovi preovladavajući organ kontrole ustavnosti. Pravna uređenja načina izbora odnosno imenovanja sudija ustavnog suda vrlo se razlikuju. Razlike postoje pogotovo među sistemima, u kojima ustavne sudije bira odnosno imenuje: (1) zakonodavno telo, (2) šef države ili (3) zakonodavno telo i šef države zajedno, a ponegde i sudstvo. U okviru ta tri sistema razlikuju se i uređenja u kojima se ustavne sudije imenuju, biraju, ili delimično imenuju a delimično biraju.[6]

2.1. Sistem izbora sudija ustavnog suda u zakonodavnim telima

Zakonodavna tela često jače utiču na izbore sudija ustavnih sudova nego na izbore sudija redovnih sudova. U Evropi je sistem izbora sudija ustavnog suda u parlamentu uveden npr. u Nemačkoj, Portugaliji, Poljskoj, Mađarskoj, Hrvatskoj, Ruskoj Federaciji i u Sloveniji. Uređenja u tim državama razlikuju se posebno obzirom na veću ili manju samostalnost zakonodavnog tela u biranju ustavnih sudija. Ponegde je postupak biranja

[5] Komentar člana 163 Ustava Republike Slovenije, u: L. Šturm (ur.), *Komentar Ustave Republike Slovenije*, Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, Ljubljana 2002, 1149.

[6] Opširnije o tome A. Mavčič, „Slovenian constitutional review, Its Position in the World and Its Role in the Transition to a New Democratic System“, *Nova revija*, Ljubljana 1995, 38-39; A. Mavčič, „Zakon o Ustavnem sodišču s pojasnili“, *Založba Nova revija*, Ljubljana 2000, 102-113; I. Kaučič, „Volitve in mandat sodnikov ustavnega sodišča“, *Javna uprava* 2-3/2006, 415-419.

u celini u nadležnosti zakonodavnog tela (npr. u Hrvatskoj), a u drugim zemljama u tom postupku sudeluju kao predlagači i drugi najviši državni organi, posebno šef države (npr. u Ruskoj Federaciji i u Sloveniji). Time se garantuje uticaj na biranje sudija ne samo u parlamentu nego i u drugim državnim organima.

Tipična predstavnica takvog sistema izbora je Nemačka. U Nemačkoj dva senata Saveznog ustavnog suda (*Bundesverfassungsgericht*) odvojeno biraju šesnaest ustavnih sudija. U svaki senat, koji je sastavljen od osam ustavnih sudija, bira svaki dom saveznog parlamenta (*Bundestag* i *Bundesrat*) po polovinu sudija. Od osam sudija svakog senata biraju se troje iz redova vrhovnih sudija saveznih sudova, a ostalih pet sudija obično se izabere iz redova istaknutih pravnih stručnjaka - članova parlamenta, iz redova državnih službenika, sudija, advokata i profesora prava. Kandidate za sudije ustavnog suda može predlagati svaka poslanička grupa, savezna i pokrajinske vlade, a listu kandidata sastavlja savezni ministar za pravosuđe. Osobitost nemačkog uređenja su i indirektni izbori ustavnih sudija. Polovinu sudija bira *Bundestag* indirektno preko specijalno formiranog elektorskog tela (sastavljenog od dvanaest članova, izabranih po proporcionalnom sistemu), a drugu polovinu ustavnih sudija bira na isti način *Bundesrat*, ali na direktnim izborima. Za izglasanje sudije propisana je dvotrećinska većina glasova svih članova biračkog tela (u *Bundestagu* najmanje osam glasova elektora). Predsednika i potpredsednika Saveznog ustavnog suda biraju naizmenično *Bundestag* i *Bundesrat*, tako da jedan dom parlamenta bira predsednika a drugi dom potpredsednika. Posle izbora sudije ustavnog suda imenuje i predsednik Republike.[7] U nemačkoj teoriji podvlače opasnost politizacije ovakvih izbora, ali s druge strane naglašavaju demokratičnu legitimaciju, koju dobija Ustavni sud izborima u parlamentu, kao i federativni element koji je institucionaliziran *Bundesratom*.[8]

U Hrvatskoj Ustavni sud čini trinaest sudija i celokupna procedura izbora sudija je u isključivoj nadležnosti zakonodavnog tela. Sudije bira Hrvatski sabor iz redova istaknutih pravnika, posebno sudija, državnih pravobranilaca, advokata i univerzitetskih profesora prava (predsednika ustavnog suda biraju sudije iz svojih redova na period od četiri godine).[9] Uslovi za biranje sudija i postupak izbora detaljnije su uređeni ustavnim

[7] Čl. 94. Temeljnog zakona SR Nemačke i čl. 1-11. Zakona o Saveznom ustavnom sudu. Sudije se biraju za mandat od dvanaest godina bez mogućnosti ponovnog izbora.

[8] V. K. von Beyme, *Politični sistem Zvezne republike Nemčije*, Visokošolsko središče v Kopru, Koper 2002, 342.

[9] Čl. 122.Ustava Republike Hrvatske. Pre izmene ustava 2000. godine jedanaest sudija ustavnog suda birao je *Zastupnički dom* na predlog *Županijskog doma*.

zakonom. Ovaj određuje da može biti izabran za sudiju ustavnog suda hrvatski građanin, diplomirani pravnik s najmanje petnaest godina radnog iskustva u pravnoj struci (odnosno sa najmanje dvanaest godina, ako je postigao doktorat pravnih nauka), koji se istakao naučnim i stručnim radom, ili svojim javnim radom. Postupak kandidiranja ustavnih sudija započinje i sprovodi saborski odbor, nadležan za ustav, a za izglasanje propisana je dvotrećinska većina svih saborskih zastupnika.[10] U Mađarskoj bira Parlament petnaest sudija Ustavnog suda na predlog parlamentarnih političkih stranaka.[11] U Portugaliji bira Nacionalna skupština sa dvotrećinskom većinom od trinaest sudija, koji čine Ustavni sud, deset sudija, a tri sudije Ustavnog suda kooptiraju ustavne sudije same iz redova sudija redovnih sudova.[12]

Česta su i uređenja, gde u postupku izbora ustavnih sudija u parlamentu u većem ili manjem obimu sudeluju i subjekti izvan parlamenta, koji imaju pravo predlagača. To pravo ima najčešće predsednik republike. Pored Slovenije taj način usvojile su i Ruska Federacija i Litva. U Ruskoj Federaciji imenuje sudije ustavnog suda Savet Federacije (federalni dom ruskog parlamenta) na predlog predsednika Ruske Federacije,[13] a u Litvi imenuje ih parlament na predlog predsednika Republike, predsednika parlamenta i predsednika Vrhovnog suda (po trećinu sudija sa svake od tri liste kandidata, koje predlože gore navedeni predlagači). Predsednika ustavnog suda imenuje parlament iz redova kandidata koje predloži predsednik Republike.[14]

2.2. Sistem imenovanja sudija ustavnog suda od strane šefa države

Šef države (predsednik republike ili monarh) ne može, za razliku od zakonodavnog tela, samostalno da imenuje ustavne sudije, nego to može učiniti samo u saradnji odnosno na predlog drugih organa vlasti (parlamenta, vlade ili sudstva). No uprkos tome, u tom sistemu njegova uloga i uticaj naglašeniji su nego u sistemu, u kojem raspolaže samo pravom predlagača. To naročito važi za uređenja, u kojima je dovoljno

[10] Članovi 5-16. Ustavnog zakona o Ustavnom sudu Republike Hrvatske. Pre zadnje izmene ustava bila je propisana manje zahtevna većina, to je većina svih poslanika Sabora. Mandat ustavnog sudije traje osam godina.

[11] Čl. 32/a Ustava Mađarske. Ustavni sudije izabrani su dvotrećinskom većinom poslanika na mandat od devet godina sa mogućnošću ponovnog izbora.

[12] Čl. 224. Ustava Republike Portugalije.

[13] Slično je po srpskom Ustavu od 1990. godine (čl. 73. i 83.) devet članova Ustavnog suda birala *Narodna skupština* na predlog predsednika Republike.

[14] Čl. 103. Ustava Republike Litve.

da predsednik republike za imenovanje sudija dobije samo saglanost parlamenta (u Češkoj npr. saglasnost Senata). Šef države imenuje sudije ustavnog suda u Austriji, Španiji, Češkoj i Slovačkoj.[15]

Savezni ustavni sud Austrije (*Verfassungsgerichtshof*) čine predsednik, potpredsednik, dvanaest članova i šest zamenika. Predsednik Republike imenuje ustavne sudije na predlog savezne vlade i oba doma saveznog parlamenta. Predsednik Republike imenuje na predlog Vlade predsednika i potpredsednika Ustavnog suda, šest članova i tri zamenika iz redova sudija, službenika uprave i univerzitetskih profesora prava. A ostalih šest članova i tri zamenika imenuje predsednik Republike, to je tri člana i dva zamenika, na predlog *Nationalrata*, i tri člana i jednog zamenika na predlog *Bundesrata* (za svako mesto po tri kandidata iz redova diplomiranih pravnika sa najmanje deset godina profesionalne prakse).[16] I pored toga, da normativno uređenje čvrsto podvlači ulogu eksekutive (predsednik Republike u saradnji sa vladom imenuje većinu ustavnih sudija, takođe i predsednika i potpredsednika Ustavnog suda), u izborima ustavnih sudija u praksi preovladava uticaj parlamentarnih političkih stranaka.[17]

U Španiji Ustavni sud čini dvanaest članova, a sudije Ustavnog suda imenuje kralj. Četiri sudije imenuje na predlog Kongresa (prvog doma španskog parlamenta - *Generalnog kortesa*), četiri na predlog Senata (oba doma parlamenta biraju kandidate za ustavne sudije s tropetinskom većinom svih svojih članova), dva na predlog Vlade i dva na predlog Generalnog sudskog saveta. Predsednika Ustavnog suda imenuje kralj iz redova ustavnih sudija na predlog Ustavnog suda.[18] U Češkoj predsednik Republike imenuje petnaest sudija sa saglasnošću Senata (birani su na deset godina), a u Slovačkoj predsednik Republike imenuje deset sudija Ustavnog suda iz sastava dvanaest kandidata koje predlaže Nacionalni savet. Predsednika Ustavnog suda imenuje predsednik Republike iz sastava ustavnih sudija.

[15] Taj model imenovanja sudija usvojen je još i u Danskoj, Irskoj, Turskoj i na Cipru.
[16] Čl. 147. st. 1-2. Saveznog ustavnog zakona Republike Austrije.
[17] V. H. Hausmaninger, *Avstrijski pravni sistem*, Cankarjeva založba, Ljubljana 2002, 141-142.
[18] Čl. 159. Ustava Kraljevine Španije.

2.3. Kombinovani (mešoviti) sistem izbora i imenovanja sudija ustavnog suda

Osobenost ovog sistema formiranja ustavnog suda je, da ustavne sudije biraju odnosno imenuju zakonodavno telo i šef države zajedno, ponegde i sudstvo. Kombinovani odnosno mešoviti sistem izbora i imenovanja ustavnih sudija može biti širi ili uži. Širi način usvojile su države, u kojima organi svih triju grana vlasti zajedno ravnopravno biraju odnosno imenuju sudije ustavnog suda, a uži način države, u kojima u izborima ne sudeluje sudska grana vlasti. Od evropskih država prvi način među prvima je usvojila Italija, a u poslednje vreme usvajaju ga i neke druge države (npr. Srbija, Bugarska i Ukrajina), dok drugi način upotrebljavaju Rumunija i još neke države.

Ustavni sud Italije (*La Corte costituzionale*) čini petnaest sudija, koji su izabrani odnosno imenovani po tzv. tripartitnom sistemu na mandat od devet godina bez mogućnosti ponavljanja mandata. Pet sudija imenuje predsednik Republike (po vlastitom izboru), pet sudija izglasa parlament na zajedničkom zasedanju oba doma (Poslaničke komore i Senata), a pet sudija izaberu najviši redovni i upravni sudovi (od toga tri sudije iz Kasacionog, a dvoje iz najvišeg upravnog suda, Državnog saveta ili Računskog suda). Sudije ustavnog suda biraju se iz redova sudija (takođe i onih u penziji) redovnih i upravnih viših sudova, redovnih univerzitetskih profesora prava i advokata sa najmanje dvadeset godina profesionalne prakse. Sudije Ustavnog suda biraju predsednika Ustavnog suda iz svog sastava.[19]

Po italijanskom uzoru formiran je i Ustavni sud Republike Srbije.[20] I njega čini petnaest sudija, koji su izabrani odnosno imenovani na devet godina s mogućnošću jednog ponovljenog mandata (reelekcije), a proizlaze iz redova istaknutih pravnika sa najmanje četrdeset godina života i petnaest godina iskustva u pravnoj struci. Pet sudija bira Narodna skupština između deset kandidata koje predloži predsednik Republike, pet sudija imenuje predsednik Republike iz sastava deset kandidata koje predloži Narodna skupština, pet sudija imenuje opšta sednica Vrhovnog kasacionog suda između deset kandidata koje na zajedničkoj sednici

[19] Čl. 135. Ustava Republike Italije. Osobenost italijanskog uređenja je proširenje sastava Ustavnog suda u postupku *impeachmenta* - optužbe predsednika Republike i ministara pred Ustavnim sudom. U tom postupku Ustavni sud se proširuje sa 16 članova, izžrebanih s liste građana koji imaju pasivno pravo glasanja za Senat (tu listu sastavi parlament svakih devet godina biranjem po jednakom postupku kao što je određen za imenovanje redovnih sudija).

[20] Čl. 172. Ustava Republike Srbije.

predlože Visoki savet sudstva i Državno veće tužilaca. Sudije Ustavnog suda iz svog sastava biraju predsednika na period od tri godine, tajnim glasanjem.[21] Sličan sistem uspostavljen je i u Bugarskoj, gde Ustavni sud čini dvanaest sudija: trećinu ustavnih sudija bira parlament, trećinu imenuje predsednik Republike, a trećinu biraju Vrhovni kasacioni sud i Vrhovni upravni sud. Predsednika bugarskog Ustavnog suda takođe biraju sudije iz svog sastava.[22] Takav model usvojila je i Ukrajina. Predsednik Republike imenuje u osamnaestčlani Ustavni sud šest sudija, šest sudija bira parlament, a šest sudija kongres sudija (predsednika Ustavnog suda biraju sudije iz svog sastava).[23]

Kad ga uporedimo s prvim načinom, nešto manje je uravnotežen način biranja odnosno imenovanja sudija ustavnog suda u Rumuniji. Devetočlani Ustavni sud isto tako formira se tripartitno, ali za razliku od Italije, Srbije i Bugarske pri tome ne sarađuju sudski organi. Trojicu sudija Ustavnog suda imenuje poslanička komora, trojicu Senat, a trojicu predsednik Republike. Predsednika Ustavnog suda biraju sudije u svojim redovima.[24] Način formiranja Ustavnog suda Rumunije ugleda se na model francuskog Ustavnog saveta.[25]

3. Izbori sudija Ustavnog suda Republike Slovenije

3.1. Ustavno uređenje izbora sudija ustavnog suda

Slovenija je usvojila sistem izbora sudija Ustavnog suda u zakonodavnom telu uz saradnju predsednika Republike Slovenije (u nastavku predsednik Republike). Ustavni sud čini devet sudija koje bira Državni zbor na predlog predsednika Republike iz redova pravnih stručnjaka. Predsednika Ustavnog suda biraju sudije iz svog sastava na period od tri godine.[26] Sudije Ustavnog suda birani su na mandat od devet

[21] »Svaka grana vlasti ima mogućnost da sa šire liste izvrši izbor odnosno imenovanje, ali nema mogućnosti da bira odnosno imenuje većinu sudija«. Šire o izboru sudija ustavnog suda M. Pajvančić, *Komentar Ustava Republike Srbije*, Konrad Adenauer Stiftung, Beograd 2009, 219-225; B. Nenadić, „Ustavni sud Republike Srbije“, *Revus* 11/2009, 141-144.

[22] Čl. 147. Ustava Republike Bugarske.

[23] Čl. 148. Ustava Ukrajine.

[24] Čl. 140. Ustava Rumunije.

[25] U francuski devetočlani Ustavni savet (*Conseil constitutionnel*) imenuju svaki po trećinu članova: predsednik Republike (on imenuje i predsednika Ustavnog saveta), predsednik Nacionalne skupštine i predsednik Senata. U Ustavni savet svake tri godine imenuje se trećina novih članova. Osobenost tog organa je da su njegovi članovi takođe i svi bivši predsednici Republike (čl. 56. Ustava Republike Francuske).

[26] Čl. 163.Ustava.

godina bez mogućnosti ponovnog izbora.[27] Odredbe o izborima ustavnih sudija po slovenačkom Ustavu – ako ga uporedimo sa ustavima većine evropskih zemalja (npr. sa nemačkim, austrijskim, italijanskim, španskim itd.) - dosta su oskudne. Ustav određuje samo predlagača (predsednika Republike) i elektora (Državni zbor), dok uređenje načina izbora prepušta zakonu.

U pripremama novog slovenačkog Ustava pitanje načina izbora sudija Ustavnog suda nije posebno problematizirano. Prilikom ustavne rasprave bio je postignut visok stepen političke saglasnosti o tome, da sudije Ustavnog suda bira Državni zbor na predlog predsednika Republike. Pri tome se navodilo da je sistem uveden po uzoru nemačkog, mada je jedina značajna zajednička tačka oba sistema ta, da ustavne sudije bira parlament.[28] Uzimajući u obzir neke razlike (npr. duži mandat nemačkih sudija i veći broj sudija), koje igraju u konkretnim stranačkim i političkim okolnostima i te kako značajnu ulogu, takvo upoređenje deluje suviše opšte i neubedljivo.

Takav način biranja bio je argumentiran i time, da su izbori ustavnih sudija u parlamentu najskladniji s parlamentarnim sistemom. Ovakav stav ne potvrđuju ni ustavnopravna teorija, doktrina ni praksa. Ubedljiviji razlozi za uvođenje takvog uređenja izbora ustavnih sudija nalaze se u preuzimanju (nastavljanju) bivšeg skupštinskog sistema, osnovanog na načelu jedinstva vlasti, jer su izbori ustavnih sudija identični izborima po bivšem uređenju.[29] Elemente starog sistema nalazimo i u drugim odredbama Ustava (npr. o izborima sudija, o imenovanju ministara itd.) Zbog brojnih elemenata skupštinskog sistema, osnovanog na načelu jedinstva vlasti, može se ustanoviti, da se ustavnopravno u Sloveniji radi o neuravnoteženom parlamentarizmu u korist zakonodavne vlasti. Zato nije slučaj da je postao Državni zbor elektor svih mogućih javnih funkcionera, a predsednik Republike njihov predlagač.

Na temelju odredbe prvog stava 163. člana Ustava po kojoj ustavne sudije bira Državni zbor na način određen zakonom, postupak izbora uređuje Zakon o ustavnom sudu. Postupak čine dve faze: a) kandidiranje

[27] Čl. 165.Ustava. Predsednik Ustavnog suda bira se većinom glasova svih ustavnih sudija s mogućnošću ponovnog izbora (na jednak način bira se i potpredsednik Ustavnog suda). Izbori predsednika Ustavnog suda u okviru samog suda naglašavaju načelo nezavisnosti Ustavnog suda.

[28] Razlike postoje u predlaganju kandidata za sudije (u Nemačkoj krug predlagača je širi, a u Sloveniji to pravo pripada isključivo predsedniku Republike), u sastavu ustavnog suda (nemački ima dva senata a pored toga je sastavljen iz dve vrste članova), u izborima sudija (u Nemačkoj ih biraju oba doma parlamenta, poreg toga izbori su i indirektni) itd.

[29] Čl. 425. Ustava SRS iz 1974. određivao je da se sudije Ustavnog suda biraju na predlog predsedstva republičke Skupštine SR Slovenije.

i b) izbori ustavnih sudija. Prva faza je u nadležnosti predsednika Republike, a druga u nadležnosti Državnog zbora.

3.2. Kandidiranje sudija ustavnog suda

U postupku izbora ustavnih sudija funkcija predsednika Republike kao predlagača čak je i važnija od elektorske funkcije Državnog zbora. Ne samo zato, jer pri predlaganju kandidata predsednik Republike nije vezan na predloge koji su mu bili dati na osnovu poziva (on može da predlaže i druge kandidate), nego posebno zato, jer Državni zbor može da izabere sudije samo iz redova kandidata koje predlaže predsednik Republike. Kako je jedini predlagač, samo od njegovog prosuđivanja zavisi ko će uopšte biti kandidat na izborima. Državni zbor doduše ima pravo da odbije predsednikovog kandidata, ali ne može da izglasa kandidata po vlastitom izboru. U tom delu se naše uređenje približava onim uređenjima, po kojima šef države vrlo značajno utiče na izbor ustavnih sudija.

Značaj predlagalačke funkcije predsednika Republike toliko je veći i zbog toga, jer su Ustav i Zakon o Ustavnom sudu vrlo skromni u određivanju uslova za izbor u funkciju ustavnog sudije. Samim tim predsednikova odgovornost je bitno veća, jer nije samo posrednik između institucija i pojedinaca, koji predlažu odnosno evidentiraju moguće kandidate i Državnim zborom koji ih bira. Predsednik Republike može u velikoj meri umanjiti uticaj političkih kriterija na izbor ustavnih sudija u Državnom zboru i odgovarajućim sastavom kandidatura umanjiti mogućnost (mada je ne može potpuno ukloniti) da aktuelna parlamentarna većina odabere sebi naklonjene ustavne sudije. Političko odlučivanje može biti u velikoj meri korigovano od strane predsednika Republike kao predlagača. On može da ublaži preterane političke ambicije stranaka u Državnom zboru, mada prilikom predlaganja kandidata ne može zaobići odnose političkih snaga u njemu; u suprotnom, rizikuje da njegovi kandidati neće biti izabrani.[30]

Kandidiranje se sastoji od postupka skupljanja predloga o mogućim kandidatima za sudije Ustavnog suda i postupka za njihovo predlaganje. Predsednik Republike mora se u tom postupku obazirati na ustavnu

[30] Zato u praksi vlada običaj da se predsednik Republike pre formiranja predloga posavetuje s poslaničkim grupama u Državnom zboru, mada ga pravo na to ne obavezuje. U vezi toga neki upozoravaju da je takvo prethodno savetovanje u suprotnosti s predsednikovom samostalnom ulogom predlagača jer se u predlozima preterano pokušava uspostaviti političke kriterije.

odredbu drugog stava 163. člana, po kojoj se sudije biraju iz redova pravnih stručnjaka,[31] a pored toga i na zakonski kriterij da može biti za sudiju izabran samo građanin Republike Slovenije sa najmanje četrdeset godina života. Postupak izbora sudije Ustavnog suda započinje predsednik Ustavnog suda, koji mora obavestiti predsednika Republike i Državni zbor o završetku mandata sudije najkasnije šest meseci pre isteka mandata.

3.2.1. Evidentiranje i predlaganje kandidata za sudije ustavnog suda

Predsednik Republike objavi u Službenom listu RS poziv na skupljanje predloga o mogućim kandidatima za sudije Ustavnog suda. Zakon o Ustavnom sudu izričito ne određuje subjekte koje može predsednik Republike pozvati da predlože moguće kandidate. Za svako mesto sudije predsednik može predlagati jednog kandidata (zatvorena lista kandidata) ili više kandidata (otvorena lista kandidata).[32] Može predlagati kandidate za slobodna mesta sudija Ustavnog suda iz redova: (1) kandidata koji su se sami prijavili na poziv, (2) kandidata koje su predlagali različiti subjekti (pojedinci ili institucije, kao npr. pravni fakulteti, Vrhovni sud, advokatska komora itd.), a može predlagati i (3) druge kandidate (koji se nisu odazvali na poziv) po svom izboru.

3.2.2. Otvorena i zatvorena lista kandidata

Zbog takvog zakonskog uređenja postavlja se pitanje da li je ono uopšte odgovarajuće i da li je u skladu s Ustavom. U ustavno-pravnoj teoriji naime nije sporno da akt izbora pretpostavlja biranje između više predlaganih kandidata za jednu funkciju, a ne da se samo potvrđuje jedan kandidat. Ustav izričito određuje da se sudije Ustavnog suda biraju, a ne imenuju, a na osnovu toga može se osnovano zaključivati da ustavotvorac pretpostavlja biranje između većeg broja kandidata, a ne samo potvrđivanje predsednikovog predloga. Godine 1998. bila je predlagana izmena Zakona o Ustavnom sudu koja bi predsedniku

[31] Većina tuđih uređenja konkretizuje ovaj uslov s određivanjem dodatnih kriterija, kao npr. s profesionalnim opredeljenjem kandidata (sudija, državnih tužilaca, advokata, univerzitetnih profesora prava i sl.), vremenskom dužinom profesionalne pravne prakse (dvadeset i više godina), stručnim radom i ugledom itd.

[32] U praksi predsednik Republike retko upotrebljava sistem otvorene kandidatne liste.

Republike naređivala predlaganje samo otvorene liste kandidata za sudije Ustavnog suda, ali je taj predlog bio odbačen. S druge strane neki, suprotno, upozoravaju da može biti otvorena lista kandidata sporna, jer unosi u izbore još veću politizaciju, a pored toga predsednik Republike njome unapred nakazuje da neki od kandidata neće biti izabrani, čime pokazuje određeno nepoverenje u njihov kvalitet.[33] Ali, po pravilu, takve stvari u izborima ne mogu se izbeći. No svakako, otvorena lista kandidata može, uz nedostatak odgovarajućih kandidata za sudije ustavnog suda, prouzrokovati u praksi poteškoće.

Po preovladavajućem mišljenju je sadašnje uređenje predlaganja kandidata odgovarajuće, jer je dovoljno fleksibilno i otvoreno. Od odnosa snaga u parlamenu, aktuelnih odnosa između stranaka itd. zavisi sa kakvom listom kandidata (otvorenom ili zatvorenom) su veće mogućnosti za biranje dovoljnog broja sudija; obzirom na to da je predsednik Republike jedini ovlašćeni predlagač, njemu je prepušten i izbor najadekvatnijeg načina kandidiranja, a time i odgovornost za izbore.[34] S te tačke gledišta zanimljivo je i uređenje u Republici Hrvatskoj, koje predviđa da mora biti parlamentu predložena šira i uža lista kandidata za ustavne sudije. Prva sadrži spisak svih kandidata koji ispunjavaju uslove za izbor, a druga (uža) samo imena onih kandidata kojima predlagač daje prednost (razlozi moraju biti jasno objašnjeni), a pri tome je uspostavljeno pravilo da mora i na užoj listi biti veći broj kandidata nego što je broj ustavnih sudija koji se biraju.[35]

3.2.3. Diskrecija biranja

Na postupak kandidiranja vezano je i pitanje, da li je dužnost predsednika Republike da predlaže Državnom zboru evidentiranog kandidata za ustavnog sudiju ili ga može i odbiti. Razumljivo je da predsednika Republike ne može i ne sme da predlaže kandidate koji ne ispunjavaju ustavne i zakonske uslove za izbor. Ali, ako kandidat te uslove ispunjava, predsednikovo postupanje zavisi samo od toga da li je za slobodno mesto ustavnog sudije evidentirano više kandidata ili samo jedan. Pošto predsednik Republike ima po zakonu pravo da predlaže

[33] S. Zagorc, „Pravni akti predsednika republike“, *Zbornik znanstvenih razprav PF v Ljubljani* LXV/2005, 333. Autor dodaje da je prednost otvorene liste ta, da u slučaju neizglasanja jednog kandidata proceduru kandidature nije potrebno izvesti ponovo od samoga početka, nego je potrebno samo glasanje o preostalim kandidatima.

[34] A. Mavčič, *Zakon o Ustavnem sodišču s pojasnili*, 109.

[35] O tome R. Podolnjak, „Izbor sudaca Ustavnog suda Republike Hrvatske u komparativnoj perspektivi“, *Zbornik PF Zagreb* 57/2007, 552-556.

Državnom zboru i zatvorenu listu kandidata, može između više kandidata predložiti Državnom zboru samo jednog (diskrecija biranja).

Složenije je pitanje, da li je predsednik dužan predlagati kandidata koji ispunjava formalne uslove, ali po njegovom mišljenju nije podesan za obavljanje funkcija sudije. Radi se o pitanju dimenzije predsednikovog ovlašćenja, njegovog političkog prosuđivanja, diskrecije i arbitrarnosti, što može biti zbog tako skromnih kriterija za biranje ustavnih sudija i te kako važno pitanje. Protiv toga, da je dužnost predsednika Republike da predloži za biranje takvog kandidata, govori posebno to da se njegova nadležnost ne može svesti na »prijemni ured za podnošenje kandidatura«, zato bi mu morali priznati pravo da kandidata ne predloži za izbor.[36] Na osnovu toga predsedniku Republike moralo bi biti dopušteno odlučivanje o (ne)izbiranju kandidata. To se posebno odnosi na prosuđivanje o ispunjavanju ustavnog uslova po kojem kandidat mora biti stručnjak iz oblasti prava. S druge strane, prevelika arbitrarnost u izvršavanju te funkcije i političko prosuđivanje mogućih kandidata mogli bi biti u suprotnosti s predsednikovom funkcijom predlagača, jer je biranje (izbor) kandidata u nadležnosti Državnog zbora. Obzirom da Zakon o Ustavnom sudu predpisuje da mora biti svaki predlog kandidature objašnjen, može se imati na umu i treća mogućnost, to je, da predsednik Republike predloži Državnom zboru i (jedinog) kandidata koji po njegovom mišljenju nije podesan za obavljanje funkcije ustavnog sudije i u objašnjenju Državnom zboru ne preporuči mu da ga izabere.

3.3. Postupak biranja sudija ustavnog suda

Zakon o Ustavnom sudu određuje da sudiju ustavnog suda bira Državni zbor tajnim glasanjem većinom glasova svih poslanika. Komparativno je apsolutna većina za izglasanje ustavnih sudija jedna od manje zahtevnih.[37] Obzirom na dva moguća načina predlaganja kandidata za ustavne sudije (otvorena i zatvorena lista kandidata) zakon omogućava i dva načina biranja ustavnih sudija:

1. U slučaju da predsednik Republike predloži na slobodno mesto sudije jednog kandidata (zatvorena lista kandidata), a taj nije izabran, u ponovljenom postupku (u drugom krugu izbora) na raspoloženju je jedna od sledećih mogućnosti:

[36] S. Zagorc, 333-334.
[37] Pored Slovenije usvojile su je npr. Litva i Poljska.

- u Službenom listu RS ponovo se objavi poziv za skupljanje predloga mogućih kandidata za sudiju Ustavnog suda ili

- može predlagati na slobodna mesta sudija Ustavnog suda kandidate iz sastava kandidata koji su se prijavili na raniji (prvi) poziv ili

- predlaže druge kandidate koje izabire sam.

U slučaju da sudija Ustavnog suda ni na taj način nije izabran, izbori se obave (u trećem krugu) na osnovu novog postupka objavljivanjem poziva u Službenom listu RS.

2. U slučaju da predsednik Republike predlaže više kandidata nego što se bira sudija Ustavnog suda (otvorena lista kandidata) o zapoređu kandidata na glasovnici odlučuje se ždrebom. Ako nijedan kandidat ne dobije predpisanu većinu glasova, ili je bio izabran manji broj sudija nego što je potrebno, izbori se ponove (u drugom krugu) iz redova kandidata koji su dobili najviše glasova. Glasa se o toliko kandidata koliko je potrebno izabrati sudija. U slučaju da i na ponovljenim izborima nije bio izglasan dovoljan broj kandidata, za slobodna mesta sudija obave se novi izbori (treći krug) na osnovu novih kandidatura.

Ustavom i zakonom uređeno je i pitanje prorogacije funkcije sudija. U slučaju da do isteka mandata na ispražnjeno mesto nije izabran novi sudija ili novo izabrani sudija još nije započeo da izvršava svoju funkciju, tu funkciju obavlja dotadašnji ustavni sudija sve do izglasanja novog sudije (2. stav 165. člana Ustava). Time se jemči funkcionisanje Ustavnog suda u punom sastavu sa svih devet sudija mada do isteka mandata još nije bio izabran novi sudija. Ako predlagani ustavni sudija nije bio izglasan u Državnom zboru odnosno ako je bilo izabran manji broj ustavnih sudija nego što je bilo slobodnih mesta sudija, obavljaju funkciju sudija do izglasanja novih oni dotadašnji sudije čiji je mandat započeo kasnije. Ako predsednik Republike odjednom predlaže kandidate za više slobodnih mesta sudija kojima mandat ističe na isti dan, a Državni zbor ne izabere kandidate za sva slobodna mesta i biranje novih sudija pre završetka mandata dotadašnjih sudija nije više moguće, ždreb određuje koji od sudija, čiji je mandat istekao, će obavljati sudijsku funkciju posle isteka mandata do izbora novih sudija.[38]

[38] Taj sistem poznat je i u nekim drugim uređenjima, predvidela ga je i Konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (drugi stav 23. člana) za novi sastav Evropskog suda ljudskih prava 1998. godine.

Prorogacija funkcije ustavnog sudije ne nastupa samo zbog neizglasanja novog ustavnog sudije, nego i kada izabrani sudija posle polaganja zakletve ne prekida s aktivnostima koje se sukobljavaju s funkcijom ustavnog sudije, nego to učini tek kasnije (ali pre isteka tri meseca od izbora).[39] U tom slučaju započne izabrani sudija s obavljanjem svoje funkcije na dan prestajanja obavljanja nespojive delatnosti. Pri tom se postavlja pitanje, ko će (i da li će uopšte) obavljati funkciju ustavnog sudije u međuvremenu, to je u vreme dok novoizglasani sudija zbog nespojivosti funkcije još ne može početi da izvršava funkciju ustavnog sudije. U tom slučaju bilo bi svrsishodno upotrebiti odredbu drugog stava 165. člana Ustava, po kojoj sudija obavlja funkciju i po isteku vremena na koje je izabran, do izbora novog sudije.

4. Predlozi za izmenu sistema izbora sudija Ustavnog suda

Tokom više nego dvadesetogodišnjeg rada novog ustavnog sudstva u Sloveniji bilo je predlaganih nekoliko formalnih i neformalnih izmena Zakona o Ustavnom sudu, a takođe i jedna izmena Ustava koja se odnosi na nadležnost i položaj Ustavnog suda. Među predlozima bilo je i takvih, koji se odnose na način biranja ustavnih sudija. Razlog za te predloge bila je preterana politizacija postupka izbora, što zadire u samostalan i nezavisan položaj Ustavnog suda. Neki dodaju tome i težnju za političkom i pravno-filozofskom uravnoteženošću kao i uravnoteženošću pogleda na svet sastava Ustavnog suda, što sve proizlazi iz saznanja da priroda odlučivanja ustavnog suda svrstava rad Ustavnog suda u sivu zonu između pravnog i političkog.[40] Uz to se može konstatovati da je u našoj situaciji mogućnost veće političke i druge uravnoteženosti ustavnog suda realnija od nastojanja za njegovu depolitizaciju. Pokušaj depolitizacije ustavnog suda je, ako proizlazimo iz iskustava država koje su to pokušavale, manje više neuspešan. Zato se neki opravdano pitaju, da li je u situacijama preterane politizacije prava uopšte moguće i da li ima smisla depolitizirati ustavni sud.

[39] Zakon o Ustavnom sudu određuje, da mora izabrani ustavni sudija najkasnije tri meseca od dana kada je bio izabran prestati s obavljanjem nespojive delatnosti, inače mu prestaje funkcija sudije Ustavnog suda.

[40] M. Krivic, „Nujnost radikalne razbremenitve in nazorskega uravnoteženja Ustavnega sodišča“, *Javna uprava* 2-3/2006, 455-461; Komentar člana 163. Ustave Republike Slovenije, u: L. Šturm (ur.), *Komentar Ustave Republike Slovenije*, 1149.

4.1. Izmene zakona o izboru sudija ustavnog suda

Razmišljanja o izmenama zakonskog uređenja izbora ustavnih sudija i predlagana rešenja različita su, no sva ostaju u okviru ustavnog uređenja. Prvu grupu čine predlozi koji se odnose na kandidacijski postupak, a drugu grupu predlozi koji zadiru u način biranja ustavnih sudija. Neki vide izlaz u prethodnom (kandidacijskom) postupku izbora, u kojem bi se uspostavilo strože stručno proveravanje kandidata nego što je bilo do sada, kao i u uravnoteženijoj saradnji odnosno ravnopravnijem uključivanju organa svih triju grana vlasti u kandidacijski postupak. Drugi vide izlaz u obaveznom predlaganju većeg broja kandidata nego što se bira sudija, kao i u dvotrećinskoj većini za izbor ustavnih sudija, ili čak u indirektnim izborima sudija.[41]

Među predlozima za izmenu načina izbora ustavnih sudija posebno istupa predlog, po kojem bi Državni zbor birao sudije dvotrećinskom većinom svih ili bar svih prisutnih poslanika. Cilj ovog predloga je sprečiti parlamentarnoj većini da izglasa sebi naklonjene ustavne sudije, i zajedno s postupkom tzv. *hearinga*,[42] ojačati stručne kriterije za izbor kandidata, a ujedno i zagarantovati političku i pravnofilozofsku uravnoteženost, a takođe i uravnoteženost što se tiče pogleda na svet sastava ustavnog suda i različitih pravnih disciplina.[43] Predlog o dvotrećinskoj većini Državni zbor nije usvojio zbog opasnosti da tako zahtevna većina ne bi omogućavala izbor sudija ustavnog suda.[44]

Raspravljalo se i o predlogu za uvođenje indirektnih izbora ustavnih sudija u Državnom zboru po nemačkom uzoru. Po tom predlogu elektori bi birali sudije ustavnog suda s dvotrećinskom većinom svih svojih

[41] Opširnije o tome M. Krivic, „Ustavne sodnike voliti z dvetretjinsko večino“, *Delo-SP* 27.1.1996, 33; M Krivic, „Nujnost radikalne razbremenitve in nazorskega uravnoteženja Ustavnega sodišča“, 455-456.

[42] Po tom predlogu kandidati za ustavne sudije trebali bi javno predstaviti stručne, posebno ustavnopravne poglede i stavove pred posebnim parlamentarno-stručnim telom i odgovarati na pitanja. O tome M. Krivic, „Ustavne sodnike voliti z dvetretjinsko večino“, 33, a o dvoumljenju u vezi toga T. Jerovšek, „Ustavno sodstvo in funkcija sodstva v luči (prepotrebnih?) ustavnih sprememb“, *Podjetje in delo* 6-7/1998, 1202-1209. Sličan postupak uspostavljen je u Hrvatskoj. O tome R. Podolnjak, 553-556.

[43] V. M. Krivic, „Ustavne sodnike voliti z dvetretjinsko večino“; M. Krivic, „Predlaganje ustavnih sodnikov prehaja v roke pravnika dr. Türka“, *Pravna praksa* 44/2007, 6; L. Ude, „Je politična in ideološka uravnoteženost sploh potrebna“, *Pravna praksa* 28/2007, 19; B. Zalar, „Izbiranje ustavnih sodnikov“, *Dignitas* 37-38/2008, 160-192.

[44] I u Nemačkoj konstatuju da dvotrećinska većina često otežava izglasanje sudija i utiče na dugotrajnost postupka izbora, ipak vide prednost u tome da se na taj način izabere kandidat koji ima najveću potporu ne samo kod poslanika parlamentarne većine, nego i opozicije.

članova.[45] Prednost takvog načina izbora su jednostavnija procedura izbora (što može biti od važnosti u više puta ponovljenim glasanjima) i viša kvalificiranost elektora. Time bi bilo moguće povećati uticaj stručnih i smanjiti uticaj političkih kriterija, iako ne bi valjalo zanemariti mogućnost da bi se zbog proporcionalnog načina biranja elektora zadržala i u elektorskom telu proporcionalnost političkih snaga u Državnom zboru.

Pored zahtevnije većine za izglasanje sudija ustavnog suda ili drukčijeg načina samih izbora važan je i postupak evidentiranja i predlaganja kandidata za sudije ustavnog suda. Loš stručni izbor kandidata ne može kasnije ispraviti nikakva zahtevnija većina za njihovo izglasanje. U postupak evidentiranja kandidata za sudije ustavnog suda bilo bi potrebno sistemski uključiti predstavnike organa svih triju grana vlasti, posebno sudske, i omogućiti javno stručno prosuđivanje kandidata. Uprkos tome da ustavne odredbe ne omogućavaju politički uravnoteženiji način izbora ustavnih sudija, zakonodavca ne sprečavaju da ugradi te elemente u postupak evidentiranja i predlaganja kandidata za sudije ustavnog suda. Od više mogućnosti zakon bi mogao predpisati da predsednik Republike predlaže Državnom zboru tri liste kandidata (tripartitnu ili sastavljenu listu kanidata), a Državni zbor bi među tim kandidatima izabrao sudije.[46] Takav način evidentiranja i predlaganja kandidata za sudije ustavnog suda (uveden je u Litvi i Španiji) omogućavao bi ne samo širi izbor među kandidatima, nego i bolju zastupanost pravnih disciplina i profesija, posebno vrhovnih sudija.

Jedina dosadašnja novela Zakona o Ustavnom sudu iz 2007. godine zadire, doduše, u postupak izbora sudija Ustavnog suda, ali izmenjene i dopunjene bile su samo odredbe koje uređuju neizglasanje ustavnog sudije (odredbe koje su neophodne za neometano kadrovsko uspostavljanje i rad Ustavnog suda), a ne i odredbe o načinu izbora.[47] Novela je zaobišla izmenu postupka izbora odnosno kandidiranja sudija Ustavnog suda, kojeg bi bilo moguće bolje zakonski urediti i bez izmena odredaba Ustava. Verovatno i zbog toga, jer se radi o osetljivim političkim odnosima između organa državne vlasti, koji bi mogli jako zamrsiti (zakomplicirati) ili čak ugroziti donošenje te novele.

---

[45] Sličan predlog formiran je već 1992. godine kada je bio u pripremi Zakon o Ustavnom sudu. Predviđao je da Državni zbor među poslanicima (po pravilu s pravnim obrazovanjem) bira po proporcionalnom (*d'Hondtovem*) sistemu dvanaest elektora, a ti biraju ustavne sudije s dvotrećinskom većinom svih svojih članova.

[46] V. I. Kaučič, Volitve in mandat sodnikov ustavnega sodišča, 423-424.

[47] Opširnije o toj izmeni I. Kaučič, „Spremembe položaja in volitev sodnikov Ustavnega sodišča", *Podjetje in delo* 6-7/2007, 1013-1024.

4.2. Izmena ustavnog uređenja izbora sudija ustavnog suda

Celovita izmena sistema izbora ustavnih sudija može se sprovesti samo revizijom Ustava. U stručnim raspravama istupa predlog, po kojem bi sudije Ustavnog suda birali po kombinovanom odnosno mešovitom sistemu. Predlog je osnovan i na tome da je ustavni sud samostalan i nezavisan ustavni organ i kao takav deluje izvan klasične trodeobe vlasti, iako je u širem značenju i organ sudske grane vlasti. Neki čak govore o ustavnom sudstvu kao o četvrtoj grani vlasti ili bar o međuvlasti koja, doduše, nije hierarhijski iznad ostale tri, ali ih u izvesnom smislu kontroliše.[48] Takvom položaju i ulozi ustavnog suda suštinski više odgovara način izbora odnosno imenovanja sudija, koji omogućava organima sve tri grane vlasti (zakonodavne, izvršne i sudske) zajedničko formiranje sastava ustavnog suda. S načelnog gledišta, princip deobe vlasti najviše je zadovoljen kada nosioci sve tri grane vlasti biraju odnosno imenuju sudije ustavnog suda ili kad one bar na neki način sarađuju u tom postupku (time da jedan organ vlasti raspolaže pravom glasanja odnosno imenovanja sudija ustavnog suda, a drugi organi pravom predlaganja kao što to npr. uređuje srpski ustav). Takav sistem, naime, uspostavlja ravnomernu ravnotežu i saradnju (*checks and balances*) između sve tri grane vlasi u postupku izbora odnosno imenovanja sudija ustavnog suda. S te tačke gledišta imalo bi smisla sistemski uključiti u postupak izbora predstavnike organa sve tri grane vlasti, tj. Državni zbor, predsednika Republike i Sudski savet (odnosno njemu odgovarajući organ).[49] Takav sistem bi dosta bolje od sadašnjeg jemčio samostalan i nezavisan položaj Ustavnog suda i sudija, jer bi omogućavao političku ravnotežu između organa zakonodavne, izvršne i sudske vlasti.[50] Odgovarao bi i parlamentarnom modelu organizacije vlasti, osnovanom na načelu deobe vlasti.

Tripartitni odnosno mešoviti sistem omogućavao bi Državnom zboru i Sudskom savetu da izglasaju svak po tri sudije, a tri sudije bi imenovao

[48] Ustavni sud kao najviši organ sudske vlasti za zaštitu ustavnosti, zakonitosti i ljudskih prava i sloboda kontroliše rad zakonodavne vlasti s gledišta ustavnosti, izvršne grane vlasti, tako s gledišta ustavnosti kao i zakonitosti, i sudske grane vlasti s gledišta zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda.

[49] Tom modelu bio je bil najbliži predlog u Nacrtu Ustava Republike Slovenije koji je predviđao da pet ustavnih sudija bira Državni zbor, dvoje Sudski savet a dvoje imenuje predsednik Republike. Taj predlog nije bio prihvaćen. V. Čerar i G. Perenič (ur.), *Nastajanje slovenske ustave - izbor gradiva Komisije za ustavna vprašanja (1990-1991)*, III. sveska, Ljubljana 2001, 1188-1190.

[50] I taj sistem izbora ima nekoliko slabih strana među kojima se posebno pominje da vodi do nehomogenog sastava suda. V. B. Nenadić, 142.

predsednik Republike. Osim toga bilo bi svrsishodno uvesti načelo kontinuiranog obnavljanja sastava Ustavnog suda (kao što su to uradile neke evropske države, npr. Francuska, Italija, Španija, Litva, Rumunija, Bugarska i Poljska), po kojem bi Državni zbor svake tri godine izabrao trećinu sudija, u tom slučaju sa svake liste po jednog sudiju.[51] Kontinuirano obnavljanje Ustavnog suda bilo bi svrsishodno već u sada važećem uređenju, i to na način, da Državni zbor svake tri godine izabere trećinu ustavnih sudija. Takav sistem sprečavao bi svakoj aktuelnoj vladajućoj većini u Državnom zboru da izabere većinu ustavnih sudija po svom ukusu (što je po sadašnjem uređenju uz prestanak mandata većeg broja sudija potpuno moguće), a s druge strane svaka aktuelna parlamentarna većina imala bi mogućnost da izabere u svom mandatu trećinu ustavnih sudija (što sada nije uvek moguće).

Takav koncept pokušavala je uspostaviti radna verzija teksta za izmenu VIII. glave Ustava o Ustavnom sudu 2009. godine.[52] Po tom predlogu Državni zbor bi birao trećinu ustavnih sudija, a po trećinu sudija imenovali bi predsednik Republike i Vrhovni sud. U skladu s izmenjenim načinom izbora bilo je predviđeno da ustavni sudija položi zakletvu pred predsednikom Republike, a ne kao po važećem uređenju pred Državnim zborom. Ujedno je bilo predlagano i produženje mandata ustavnih sudija na dvanaest godina. Razmišljanje o produžetku mandata ustavnih sudija postalo je posebno aktuelno 2007. godine kada je bilo primećeno bitno smanjeno interesovanje nekih vrhunskih pravnih stručnjaka za kandidaturu. Takvo stanje još uvek traje.[53] No, ta pitanja kasnije nisu bila uključena u nacrt ustavnog zakona o promeni VIII. glave Ustava zbog strahovanja da se Državni zbor neće odreći monopola nad biranjem ustavnih sudija i odbijanje tog predloga ugrozilo bi celokupan predlog reforme ustavnog sudstva. Treba, naime, uzeti u obzir da je Državni zbor do sada odbijao sve predloge za izmenu Ustava koji bi mu smanjili ili

[51] I. Kaučič, Volitve in mandat sodnikov ustavnega sodišča, 429.

[52] Predlog za početak postupka za promene 160., 161. i 162. člana Ustava Republike Slovenije sa nacrtom ustavnog zakona (UZ160,161,162, EPA 959-V, 19.3.2010). Sadržaj predloga bile su promene odredaba o nadležnosti Ustavnog suda i broju inicijatora postupka, a bilo je predviđeno i uvođenje tzv. diskrecijskog prava suda u odlučivanju o raspravama o ustavnim žalbama po uzoru Saveznog vrhovnog suda SAD. Opširnije o tome I. Kaučič, P. Pavlin, S. Bardutzky (ur.), *Ustavna reforma ustavnega sodstva*, 13-46.

[53] To posebno važi za univerzitetske profesore prava. Tada je bilo zamenjenih šest sudija, a za tu funkciju kandidirao je samo jedan profesor prava, ali i taj je posle nekoliko meseci odstupio s funkcije sudije ustavnog suda. Zabrinjavajuće je i to da do sada nije bio za ustavnog sudju kandidiran nijedan advokat. Osim toga neki potencijalni kandidati upozoravali su da ih takav (preterano politiziran) način izbora sudija odvraća moguće kandidate od kandidature za mesto ustavnog sudije. Uprkos tim razmišljanjima većina nije podržavala promjenu devetogodišnjeg mandata.

oduzeli vrlo široko određenu izbornu funkciju.[54] I pored isključenja tog pitanja iz revizijskog predloga, predlog za izmenu Ustava bio je 2011. godine u celini odbijen.

Prof. Igor Kaučič, Ph. D.
Professor of constitutional Law
Faculty of Law
University of Ljubljana

ELECTION OF JUDGES OF CONSTITUTIONAL COURTS IN SLOVENIA AND COMPARATIVELY

Summary

The election systems of the constitutional court judges are very diverse; therefore it is impossible to talk about an optimal, prevailing or even unified system. In some places the election priority is given to the legislative body, in other places the election priority is given to the head of state and quite regularly it is given to the organs of both or even all three branches of authority. In the Republic of Slovenia, nine Constitutional Court judges are elected by the National Assembly on the proposal of the President of the Republic for a term of nine-year mandate, without a possibility of re-election. The election system in question has been a subject of critical consideration of both professional and political public ever since the adoption of the new constitution. The fundamental disapproval of this arrangement is that it enables excessive politicization of the selection process since all constitutional judges are elected by the parliament and in addition, an absolute majority vote of deputies is sufficient for the judges to be elected. The Constitutional Court, as an

[54] Posebnost slovenačkog ustavnog uređenja je da Državni zbor ne bira samo ustavne sudije nego i sve druge sudije. Poreg toga bira predsednika Vlade i imenuje ministre, ombudsmana, guvernera i viceguvernere Banke Slovenije, informacijskog ovlašćenika, generalnog državnog tužioca i druge nosioce javnih funkcija. Elektorska funkcija slovenačkog parlamenta ne može da se uporedi s evropskim uređenjima o kojima smo govorili.

individual and independent constitutional organ outside the classical three-branch authority, would significantly benefit with the kind of election method, or appointment of the constitutional judges, that would allow all three branches of authority (the legislative body, the executive body and the judicial body) to "co-design" the composition of this Court. The introduction of this kind of combined system and appointment of the constitutional judges was rejected. Likewise, the proposal for prescribing two-thirds of majority vote instead of the absolute one for electing the judges in the National Assembly, was rejected as well.

Key Words: constitutional court, election system of the constitutional judges, Constitutional Court of Slovenia judges' elections, judges' candidacy, tripartite system of elections and appointments, constitutional amendments

Милош Станић, мастер права[1]

Прегледни научни рад

UDK: 342.4:342.24

ОДЛУЧИВАЊЕ О УСТАВНИМ ИЗМЕНАМА НА ПРИМЕРУ НЕКИХ САВРЕМЕНИХ ФЕДЕРАЛНИХ ДРЖАВА[2]

Апстракт

Важност устава за успешно функционисање федералне државе је неспорна. Федералне јединице су заинтересоване да учествују у фази одлучивања о предложеним уставним изменама, а то је и последња фаза у оквиру које имају прилику да изразе свој коначан суд о самом предлогу. У овом чланку ће се анализовати ревизионе одредбе устава појединих федералних држава које се односе на фазу одлучивања. Циљ је представљање постојећих решења, те утврђивање сличности и разлика међу њима. Но, то није довољно. Примећено је да се у неким федерацијама устав уподобљава друштвеној стварности без формалних измена. Због тога је неопходно и да се укаже на улогу државних органа који га својим деловањем прилагођавају друштвеној стварности у одсуству одлуке донете у складу са ревизионим одредбама. На крају, неопходно је и да се процене како позитивни, тако и негативни аспекти оваквог поступања.

Кључне речи: федерална држава, федерални устав, ревизионе одредбе федералног устава, уставносудска функција

---

[1] Истраживач приправник, Институт за упоредно право, Београд, студент докторских студија на Правном факултету Универзитета у Београду, mail: stanicmisa@gmail.com

[2] У овом раду је обрађено питање одлучивања о уставним изменама у укупно 14 савремених федералних држава: Немачка, Аустрија, Русија, Белгија, Швајцарска из Европе, Мексико из Средње Америке, Бразил и Аргентину из Јужне Америке, САД и Канаду из Северне Америке, Јужноафричку Републику, Етиопију из Африке, Индију из Азије, као и Аустралију.

1. Увод

Каже се да се „начин промене промене устава умногоме јавља као део концепције на којој се темељи и развија федеративно уређење дотичне државе, али и обрнуто-као средство којим се остварује и учвршћује та концепција“.[3] Истиче се да „пажњу привлачи фаза усвајања промене савезног устава и учешће федералних јединица у тој фази“.[4]

Према Пјеру Пактеу (*Pierre Pactet*) цела конструкција федералне државе почива на дијалектичкој комбинацији трију начела: супрематије федерације, начела аутономије федералних јединица, те њихове партиципације.[5] У материји уставних измена нарочито је значајно начело партиципације. Оно значи да федералне јединице учествују у вршењу законодавне власти, у промени федералног устава, извршавању федералних закона и слично, без обзира на своју величину.[6] Заинтересоване су нарочито да учествују у поступку мењања устава, јер од уставних решења зависи њихов положај.[7]

Но, средином XX века је примећено да федерално начело слаби.[8] Дошло је до јачања улоге центра на рачун улоге делова, што је у складу са јачањем савремене државе уопште, која на себе преузима низ значајних функција које држава раније није имала, а чије се обављање мора организовати из једног центра.[9] Тиме се намеће и лочична дилема, а она гласи, да ли је тако и у поступку одлучивања о уставној ревизији?

У вези са тим, мора да се одговори на неколико повезаних питања. Прво, да ли се ревизионим одредбама увек предвиђа учешће федералних јединица у фази одлучивања о предложеним уставним изменама? Друго, да ли чланице приликом одлучивања учествују посредно, партиципирајући у органима федералне власти, или,

[3] П. Николић, *Уставно право*, Београд 1995, 55.
[4] *Ibid.*
[5] Према, Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Београд 2004, 441-442.
[6] *Ibid.*, 444.
[7] B.A.W. Twomey, „The involvement of sub-national entities in direct and indirect constitutional amendment within federations”, 1, *http://camlaw.rutgers.edu/statecon/workshop11greece07/workshop11/Twomey.pdf,* 07.10.2014.
[8] В. Јован Стефановић, *Ширење федерализма и његово упоредно слабљење по садржају,* Сарајево 1954, 6.
[9] М. Јовичић, *Савремени федерализам, Државност федералних јединица,* Изабрани списи књига 4, Београд (2006а), 482.

пак, непосредно изражавају став кроз одлуке њихових органа или грађана? Треће, да ли се захтева постизање одређене већине или је понекад неопходна једногласност? Четврто, да ли се устави мењају само у складу са ревизионим одредбама или постоје и други начини „прилагођавања устава друштвеној стварности“? Пето, каква је улога органа који врше уставносудску функцију приликом уставних измена, те да ли они врше још неку функцију, поред основне функције „чувара устава“? Шесто, да ли је таква њихова улога корисна или није у федералним државама?

Уопштено, можемо решења у федералним државама које проучавамо да поделимо у три групе. У првој би биле оне земље у којима је учешће федералних јединица у овој фази само посредно у оквиру горњег дома федералног парламента. У другој се налазе оне земље, у којима федералне јединице учествују непосредно преко својих органа, најчешће њиховог парламента или одлучивањем њихових грађана. Трећу, пак, сачињавају оне земље које комбинују прва два решења и у зависности од тога о којим је одредбама устава реч, имају решење које је карактеристично или за прву или за другу групу земаља. Овакво је стање ствари када погледамо одговарајуће уставне норме и оно ће подробније да буде описано у даљем току рада.

2. Посредно учешће федералних јединица у фази одлучивања

У горњем дому федералног парламента су представљене федералне јединице и он може да има својства типа већа или сената.[10] У њему би федералне јединице требало да заступају своје интересе. Дешава се да се замишљени образац не остварује и да представници федералних јединица у горњем дому често не заступају интересе федералних јединица чији су представници, већ политичких партија чији су чланови.[11]

То може да буде и корисно, јер „добар партијски систем омогућава да се изразе појединачни интереси, али и да се интегрише организација која би била способна за ефикасну политичку акцију на

[10] В., В. Петров, *Парламентарно право*, Београд 2010, 64-65; R.L.Watts, „Participation of Federated Entities in Federal Policy-Making”, 9-14, *http://www.thomasfleiner.ch/files/categories/IntensivkursII/Watts.pdf,* 05.10.2014.

[11] R.L.Watts, *Ibid* , 18-19; М. Јовичић, *Савремени федерализам*, Изабрани списи књига 4, Београд (2006b), 273; A.W. Twomey, *Ibid.,* 17-18.

националном нивоу".[12] Каже се и да политичке странке представљају нерв и покретне снаге политичког система у федерацији. У свим федералним државама, странке носе политички систем, дају му снагу и утичу на смер и његову вредност.[13] Наглашава се „да је ово област у којој се не сме занемарити стварност и утицај бројних ванправних фактора на остваривање правних решења. Међу тим факторима превасходну улогу имају организоване политичке снаге, пре свега, политичке партије".[14] Улога политичких странака не сме да се занемари у оквиру федералне државе. Без обзира на улогу странака, федералне јединице у оквиру оваквог поступка имају начин да изразе свој став о предложеним уставним изменама.

У Немачкој је горњи дом устројен по принципу већа и свака држава чланица упућује одређени број посланика, који гласају јединствено, по упуствима њене владе. У Немачкој немају све чланице исти број гласова у горњем дому,[15] те су мање државе у опасности да буду прегласане. Овакво решење није уобичајено у савременим федералним државама. Основни закон Немачке предвиђа да се одлука о измени устава доноси само у савезном парламенту. Неопходно је да предлог за промену Основног закона буде усвојен двотрећинском већином у оба дома.[16]

Парламент у Белгији одлучује о изменама Устава у две узастопне легислатуре, што значи да се пре одлуке о ревизији устава морају спровести парламентани избори. То је поступак који је постојао и првобитно приликом усвајања Устава од 1831. године.[17] Иначе, „тај ревизиони систем садржи у себи прикривени референдум и у томе је он сличан ревизионом систему по коме је доношење одлуке о ревизији поверено специјалној, уставотворној скупштини".[18] Приликом гласања о промени Устава неопходно је да буде присутно две трећине чланова оба дома, а одлука о промени Устава се усваја двотрећинском већином.[19] Међутим, „у оквиру овог поступка није

[12] K. C. Wheare, *Federal government,* New York, London 1947, 87.
[13] Ј. Ђорђевић, *Основна питања федералне државе*, Београд 1940, 134.
[14] М. Јовичић, (2006b), 270.
[15] R. Hrbek, „Germany (Federal Republic of Germany)", *Handbook of Federal Countries* (ed. Ann L. Griffiths, Karl Nerenberg), Montreal&Kingston, London, Ithaca, 155, *http://site.ebrary.com.proxy.kobson.nb.rs:2048/lib/belgrade/reader.action?docID=10132855*, 06.10.2014
[16] Чл. 79.Основног закона Савезне Републике Немачке, *https://www.constituteproject.org/constitution/German_Federal_Republic_2012*, 05.10.2014.
[17] М. Станковић, *Белгијски федерализам*, Београд 2009, 200.
[18] Ј. Стефановић, *Уставно право ФНР Југославије и компаративно*, Књига I, Загреб 1956, 34.
[19] Чл. 195. Устава Белгије, *https://www.constituteproject.org/constitution/Belgium_2012,* 05.10.2014.

дозвољено велико упливисање федералних ентитета у одлучивање, јер се њихова партиципација исцрпљује гласањем у оквиру Сената".[20]

У Бразилу се предлог за измену Устава усваја већином од три петине чланова оба дома савезног парламента, а тражена већина мора бити постигнута након два узастопна гласања.[21]

Аргентински устав предвиђа формирање уставотворне скупштине. Савезни парламент доноси одлуку да се приступи уставној ревизији двотрећинском већином од укупног броја својих чланова. Одлуку о уставној ревизији доноси посебно за ту прилику формирана уставотворна скупштина.[22]

3. Непосредно учешће федералних јединица у фази одлучивања

Непосредно учешће федералних јединица у поступку измена устава доприноси већем степену заштите федералних јединица у поступку уставних измена. У оваквом поступку федералне јединице учествују кроз одлучивање њихових органа или изјашњавање њихових грађана.

Устав САД од 1787. године предвиђа да се предлог за уставну измену доноси било двотрећинском већином у оба дома Конгреса, било организовањем посебне конвенције коју на захтев две трећине конгреса федералних јединица сазива Конгрес. Такав предлог потврђују или конгреси три четвртине федералних јединица или посебно сазване конвенције, опет три четвртине федералних јединица.[23] Када је реч о потврђивању изгласане одлуке, други начин је по одлуци Конгреса примењен само 1933. године, приликом доношења XXI амандмана.[24]

Швајцарска је земља народне иницијативе и референдума, који су чврсто укорењени у свести Швајцараца и то је од утицаја на материју уставних измена. У овој земљи бирачи се увек изјашњавају

[20] М. Станковић, (2009), 200.
[21] Чл. 60. Устава Бразила, *https://www.constituteproject.org/constitution/Brazil_2014,* 05.10.2014.
[22] Чл. 30. Устава Аргентине, *https://www.constituteproject.org/constitution/Argentina_1994,* 05.10.2014.
[23] Чл. 5. Устава САД, *https://www.constituteproject.org/constitution/United_States_of_America_1992,* 05.10.2014.
[24] A.W. Twomey, *Ibid.*,7; М. Јовичић, (2006b), 316.

о предложеним изменама. На референдуму се за усвајање предложене промене мора изјаснити и већина бирача који су учествовали на референдуму у целој земљи, као и већина кантона, при чему се резултат у сваком кантону, узима као воља тог кантона. Референдум је обавезан, а Устав разликује два поступка, а у зависности од тога да ли је реч о делимичној, или потпуној ревизији.[25] Иначе, теоретски у Швајцарској може предлог за измену устава да буде одбачен од стране бирача у најмањим кантонима, иако је већина Швајцараца гласала за уставне измене.[26]

У Аустралији се предлог за измену усваја апсолутном већином у оба дома парламента. Након тога се у периоду који не сме бити краћи од два месеца, нити дужи од шест месеци износи на гласање у свакој држави чланици и територији. Предложену промену мора да прихвати већина бирача у Аустралији, као и већина бирача у већини федералних јединица. Одлука о промени Устава се доставља Генералном гувернеру, ради давања краљичиног пристанка. [27]Интересантно је приметити да када се каже већина држава, то у случају Аустралије заправо значи двотрећинску већину, јер Аустралију чине шест чланица федерације.[28] Уочљиво је да у овој материји Устав Аустралије, има слична решења као и Устав Швајцарске.

У Мексику се уставни амандмани усвајају двотрећинском већином присутних чланова Конгреса, а затим се износе на потврду законодавним телима држава чланица. Потребно је и да се позитивно изјасни већина законодавних тела држава чланица да би се усвојио предлог за измену Устава.[29]

У Етиопији постоји надмоћ општепредставничког дома у материји измене устава. За усвајање амандмана који се односе на поједине одредбе потребна је сагласност већине посланика у

[25] Чл. 138-142, 156-173., и чл. 192-195. Устава Швајцарске, *https://www.constituteproject.org/constitution/Switzerland_2002*, 05.10. 2014.

[26] T. Stauffer, N. Töpperwien, U. Thalmann-Torres, „Switzerland (Swiss Confederation)", *Handbook of Federal Countries* (ed. Ann L. Griffiths, Karl Nerenberg), 347.

[27] В. М. Станковић, „Аустралијски федерализам-изазови на почетку другог века примене савезног устава", *Анали Правног факултета у Београду* (Анали ПФБ) 2/2007, 141-155; A.W. Twomey, *Ibid.*, 9-10; Одељак 8. Устава Аустралије, *https://www.constituteproject.org/constitution/Australia_1985,* 05.10.2014.

[28] В. М. Станковић, *Ibid.*, 149, фуснота 29.

[29] Y. Mizrahi, „Mexico (United Mexican States)", *Handbook of Federal Countries* (ed. Ann L. Griffiths, Karl Nerenberg), 203; Чл. 135. Устава Мексика, *https://www.constituteproject.org/constitution/Mexico_2007,* 05.10.2014.

парламентима свих држава чланица, као и двотрећинска већина у оба дома савезног парламента. Није карактеристично за федералне државе да се за измену устава тражи једногласност федералних јединица. Што се тиче осталих одредаба за њихову измену се захтева сагласност две трећине парламената федералних јединица, као и двотрећинска већина савезних парламентараца сједињених на заједничкој седници оба дома.[30]

4. Мешовити начин учешћа федералних јединица у фази одлучивања

У ову групу спадају земље које комбинују решења из прве две групе и примењују два, или више начина измена федералног устава и то било у односу на различите одредбе устава, било у односу на различите ситуације до којих у поступку измене устава може да дође.[31]

Типичан пример за овакав начин уставне ревизије представља Русија, где у зависности од одредаба које се мењају одлучује или само у федералном парламенту или је понекад неопходна и сагласност парламената одређеног броја федералних јединица. Коначно, постоји и могућност сазивања уставотворне скупштине, као и референдума.[32]

Канада има од 1982. године мешовит систем усвајања уставних амандмана. Тада је престала надлежност британског парламента да врши измене канадског Устава.[33] Ревизиони поступак није једнообразан.[34] Постоји општа процедура измена канадског устава, према којој је неопходно да предлог усвоје оба дома савезног парламента, као и две трећине парламената провинција. Неопходно је да у тим провинцијама када се саберу живи преко 50 одсто становништва свих провинција, према последњем попису. Када је реч о неким одредбама оне се могу мењати само уз сагласност

[30] М. Станковић, „Федерализам у Африци: Случај Етиопије“, *Анали Правног факултета у Београду (Анали ПФБ)* 2/2008, 251; Чл. 104-105. Устава Етиопије, *https://www.constituteproject.org/constitution/Ethiopia_1994*, 05.10.2014.

[31] М. Јовичић, (2006b), 308.

[32] A.W. Twomey, Ibid.,8-9; Чл. 108. и чл. 134-136. Устава Руске федерације, *https://www.constituteproject.org/constitution/Russia_2008*, 05.10.2014.

[33] D.R.Cameron, „Canada”, *Handbook of Federal Countries* (ed. Ann L. Griffiths, Karl Nerenberg), 113; Д. Симовић, *Канадски федерализам*, магистарски рад, Београд 2005, 115.

[34] Д. Симовић, 113.

оба дома савезног парламента, као и парламента сваке провинције. Измена неких одредби се усваја само у оквиру савезног парламента. Одредбе које се тичу појединих провинција, могу се мењати само уз сагласност тих провинција. Неке врсте амандмана, иако су усвојени, неће се примењивати на провинције које су гласале против тог предлога.[35]

Устав Аустрије предвиђа да уставне амандмане усваја доњи дом двотрећинском већином, уколико је присутна већина чланова тога дома. У овом случају одлуку о измени устава доноси доњи дом савезног парламента. Горњи дом тада на располагању има, само, могућност суспензивног вета.[36] Уколико трећина чланова било којег дома затражи да се парцијална ревизија изнесе на референдум, онда се о таквом предлогу одлучује на референдуму. Када је реч о општој ревизији, референдум је обавезан. Грађани тада не изражавају вољу федералних јединица, већ вољу грађана целе федерације. Предлози о уставним изменама којима би се смањивале надлежности чланица федерације у области легислативе или егзекутиве морају бити усвојени и у горњем и у доњем дому.[37] У пракси су уставне измене у Аустрији јачале федерацију, а поступак уставних измена је након рата био олакшан, пошто су у Аустрији формиране широке коалиције које су могле лако да постигну тражену већину.[38]

У Индији је у већини случајева довољна одлука донета у оба дома савезног парламента. Дакле, одлука се доноси посредним учешћем федералних јединица. Извесне одредбе наведене у Уставу Индије не могу бити мењане само одлуком савезног парламента, већ их морају и прихватити парламенти већине федералних јединица.[39]

У Јужноафричкој Републици се неке одредбе мењају усвајањем одлуке у оба дома савезног парламента, а тражи се постизање

[35] Пети део, Секција 38-47 Уставног акта Канаде од 1982, *https://www.constituteproject.org/constitution/Canada_2011*, 05.10.2014.

[36] B. L. Prakke, „The Republic of Austria", *Constitutional Law of 15 EU Member States* (ed. Lucas Prakke, Constantijn Kortmann), Deventer, The Netherlands 2004, 18, *http://books.google.rs/books?hl=en&lr=&id=b5vZMPbnNXcC&oi=fnd&pg=PA1&dq=Constitutional+Law+of+15+EU+Member+States&ots=xjvNNfPIS9&sig=ooPjVlJ3WygpW8q-lo9SL5wmZOo&redir_esc=y#v=onepage&q=Constitutional%20Law%20of%2015%20EU%20Member%20States&f=false*, 07.10.2014.

[37] Чл. 42-44. Устава Аустрије, *https://www.constituteproject.org/constitution/Austria_2009, 05.10.2014*; М. Јовичић, (2006b), 308.

[38] R. Sturm, „Austria (Federal Republic of Austria)", *Handbook of Federal Countries* (ed. Ann L. Griffiths, Karl Nerenberg), 48.

[39] *М. Јовичић, (2006b), 308; Део XX чл. 368. Устава Индије, https://www.constituteproject.org/constitution/India_2012*, 05.10.2014.

различите већине у зависности од тога које се мењају. Остале одредбе се могу мењати и само одлуком доњег дома, осим уколико се не ради о онима које се односе на горњи дом, мењање граница провинција, њихове функције, органе, као и оне које регулишу материју која се односи на провинције. Уколико се такав предлог односи на неке посебне провинције, онда морају да га усвоје и њихови парламенти.[40]

5. Двострука улога уставног судства

Раширено је мишљење у уставноправној теорији да је контрола уставности нужно пратећи елемент сваке федеративно уређене државне заједнице, неопходни чинилац њеног складног развоја, па и више од тога, нужан услов федерализма.[41] Ханс Келзен је својевремено тврдио да се афирмација политичке идеје федералне државе не може у пуној мери остварити без уставног судства.[42] Истицао је да било који правни акт федералне власти којим се прекорачују надлежности додељене федералним уставом не може имати правну важност, као ни противуставни акти федералних јединица и да овај принцип који представља срж федералне државе може реализовати само уставно судство.[43] Судска контрола уставности се може дефинисати као „право судова (једног или више) да испитују сагласност аката државне власти са уставом и да ниште, или не примењују акте које сматрају противуставним, као и право да суде појединцима и групама због противуставне делатности".[44] Сматра се да „ако је при уставном судовању битна заштита устава, онда, начелно узето, долазе под удар уставног судовања сви акти који вређају уставну норму".[45] Но, ово није њихова једина функција у федералним државама. Они су уместо да буду „чувари Устава" фактички доприносили његовом прилагођавању измењеним приликама, иако је текст формално остајао исти. Приликом разматрања самих измена федералног устава, морамо да имамо у виду и ту њихову, специфичну улогу. Они

[40] Одељак 4. Део Ц Устава Јужноафричке Републике, *https://www.constituteproject.org/constitution/South_Africa_2012*, 05.10.2014.
[41] О. Вучић, Аустријско уставно судство, Чувар федерације и устава, Београд 1995, 282.
[42] H. Kelsen, La garantie juridictionnelle de la Constitution, RDP 1928, 253, *http://www.u-picardie.fr/servlet/com.univ.utils.LectureFichierJoint?CODE=1295274025767&LANGUE=0*, 07.10.2014.
[43] *Ibid.*, 256.
[44] М. Стојановић, *Судска контрола уставности: упоредноправни проблем на неке проблеме уставности*, Београд 1960, 5.
[45] И. Крбек, *Уставно судовање*, Загреб 1960, 6.

су и позвани да на крају кажу шта је устав и у складу са тим га могу прилагођавати друштвеној стварности, а у складу са потребама. То је чињено на тај начин што су проглашавани уставним закони који су били противуставни и на тај начин се фактичким путем долазило до уставних измена.[46]

Устав САД од 1787. године је ретко мењан применом технике уставних амандмана, иако беше сачињен у неком другом добу и за неко друго друштво, када САД нису биле светска сила. Поред дејства уставних обичаја,[47] који се морају узети у обзир, пресудну улогу у несметаном функционисању уставног система у измењеним приликама је имао и има Врховни суд САД-а.[48] Овај орган је од самог почетка и од чувене пресуде *Марбери* (*Marbury)* против *Медисона (Madison)* утицао да се практично формална промена Устава САД-а ређе примењује. Примећује се да „непромењености основног уставног текста доприноси један разлог, а то је техника тумачења које врши Врховни суд САД-а, када врши оцену уставности других правних аката. Често се дешавало да се због промењених животних околности у сукобу између уставне одредбе и законске одредбе, предност да овој другој и тиме је мењан смисао и саме уставне одредбе. Врховни суд је често се руководећи ванправним начелима признавао уставност и законима који су фактички значили измену уставних одредби. Америчка наука тврди да је Врховни суд САД-а својим тумачењем Устава много више утицао на промене устава него до сада донети амандмани.[49] Ово је све довело до тога да се у једном периоду Врховни суд САД од чувара чистоте и интегритета Устава, претворио у фабрику новог Устава и да постао творац несигурности законитости, што је резултирало да САД од уставне и демократске владе у једном периоду своје историје постану, влада судија.[50]

Аустралија и Швајцарска имају слична решења, али се швајцарски устав мењао без већих проблема, скоро увек када су то потребе налагале, док тако није било у Аустралији. Аустралијски устав се показао као „отпоран“ у односу на процедуру којом се предвиђају његове измене. Резултат тога је јачање улоге судова у тумачењу

[46] М. Јовичић, (2006b), 297-300.
[47] М. Јовичић, *Уставни и политички системи, Велики уставни системи, Елементи за једно упоредно уставно право*, Изабрани списи, књига 5, Београд (2006c), 85.
[48] B. Ch. Durand, „L'Etat federal en droit positif", *Le Federalisme* (ed. G. Berger et al.), Paris 1956, 209; S.F.Schram, „United States of America", *Handbook of Federal Countries* (ed. Ann L. Griffiths, Karl Nerenberg), 378.
[49] В. М. Јовичић, (2006c), 84-85.
[50] J. Ђорђевић, *Контрола уставности закона и америчка демократија*, Београд 1937, 41-42.

устава.[51] Сматра се да на другачије резултате утичу „друштвени и политички услови, као и менталитет грађана у Аустралији, који је потпуно другачији него у Швајцарској (конзервативизам аустралијског становништва је много јаче изражен)“.[52] У Аустралији је већина одлука о измени федералног устава на референдуму била одбачена, а добар део њих је у складу са захтевима времена предвиђао јачање функција федерације. Због тога је савезни парламент почео да прибегава доношењу закона којима се фактички мењао устав, а Врховни суд је већину ових закона проглашавао уставним. Мора се имати у виду и да је уставни систем Аустралије под великим утицајем уставног система САД из којег је преузета контрола уставности од стране Врховног суда. Због тога су у Аустралији усвајани закони којима се фактички мењао федерални устав, али их Врховни суд није оглашавао неуставним. Наравно, оправдано је питање да ли је такво поступање Врховног суда у супротности са основним демократским начелима, обзиром да се на тај начин у суштини изигравала воља бирача гласалих на референдуму.[53] Дакле, уз сагласност главних органа државе дошло је до фактичке промене устава.[54] У земљама попут САД и Аустралије у којима су судови релативно рано преузели на себе ову улогу релативно ретко долази до формалних измена устава. Бригу о прилагођавању устава промењеним друштвеним околностима узели су на себе врховни судови, обављајући ту своју функцију без престанка, они, мада не искључују, нити је могу искључити, могућност формалне измене устава, практично чине непотребном.[55] Но, ово није једини познати начин „фактичког“ мењања устава у федералним државама, а пример за то је Белгија.

6. Посебан поступак у Белгији

У федералној држави неопходно је да постоји, како вели Џон Стјуарт Мил „узајамна симпатија између народа...Симпатије које савезу припомоћи могу јесу: сродство расе, језика, верозакона и, више свега, политичких установа које највише могу да учине да се

[51] C. Saunders, „Australia (Commonwealth of Australia)”, *Handbook of Federal Countries* (ed. Ann L. Griffiths, Karl Nerenberg), 37.
[52] М. Станковић, (2007), 148-149;
[53] М. Јовичић, (2006b), 299-300; B. A.W. Twomey, *Ibid.*, 11-12.
[54] М. Станковић, (2007), 150.
[55] М. Јовичић, (2006b), 300.

политички интерес као истоветан осећа".[56] Слично пише и Жорж Бирдо који истиче „постојање извесне спиритуалне климе, коју, ако је нема, не могу накнадити ни најповољнији економски или географски услови".[57] Федерална држава према својој политичкој основи и уставном механизму претпоставља лојалност свих власти и одржавање примљене равнотеже између савезних јединица и врховног ауторитета државе.[58] Потребни су прилагођавање и усаглашавање власти и делова против употребе принуде и механичких средстава, потребна је сарадња уместо заповести, координација уместо субординације, узајамно разумевање и попуштање [59]

Белгија је земља за коју се може рећи да је федерална држава којој недостаје социјална кохезија и у којој се не проналазе једноставно компромисна решења која су потребна за њено функционисање. Због тога је у уставној пракси ове земље настао поступак, који је постепено и довео до тога да се Белгија данас сматра федералном државом, иако је и даље формално важећи Устав од 1831. године сачињен за унитарну државу. То је учињено уз помоћ тзв. специјалних закона. Сама „техника специјалних закона, уз веће или мање изузетке, подразумева да се, прво, евентуалном минималном променом устава у редовном ревизионом поступку предвиди доношење специјалног закона, а да се, затим, тим законом детаљно уреде одређена питања у вези са државном организацијом".[60] То је својеврсно прилагођавање Устава друштвеној стварности, али уз очување постојећег текста.[61] Недостатак консензуса о важним државним питањима у овој земљи, а уз присутан традиционализам је утицао да се посегне за напред наведеном техником доношења тзв. специјалних закона.[62]

7. Закључак

Можемо да закључимо да је у поступку одлучивања о изменама федералног устава неопходно учешће федералних јединица,[63] макар и посредно, кроз горњи дом федералног парламента. Ретко

[56] Цитирано према, *Ibid*., 53.
[57] Цитирано према, *Ibid*., 54.
[58] Ј. Ђорђевић, (1940), 127.
[59] *Ibid*., 131.
[60] М. Станковић, (2009), 202.
[61] *Ibid.*
[62] *Ibid.*
[63] В. К. Ј. Фридрих, *Конституционална демократија*, Подгорица 2005, 181.

се иде испод тога. Ствар је уставотвораца да према мерилима одређене земље предвиди конкретан начин њиховог учешћа. Такође, уобичајено је да се не захтева да се са предложеним изменама сагласе све федералне јединице. То је и логично, јер би на тај начин, а нарочито у вишечланим федерацијама, могло да дође до онемогућавања уставних измена.[64] Решења по којима се у материји измене федералног устава тражи једногласност су ретка и постоје у Етиопији и Канади, а када се ради о измени појединих одредаба.

Важно је да се и самим „предвиђањем специјалне процедуре за измену федералног устава пронађе равнотежа између ригидности и флексибилности у уставним операцијама у федерацији. Сувише ригидна уставна структура може озбиљно ослабити могућност федерације да одговори економским променама, социјалним и политичким притисцима и спољашњим утицајима“.[65] Када се устав не прилагођава измењеним друштвеним приликама, онда може да дође до прилагођавања устава тумачењем од стране органа који врши уставносудску функцију. Устав се може прилагођавати и другим специфичним техникама, а као што смо то видели на примеру Белгије. Може и даље да остане отворено постављено питање, а то је да ли је овакво поступање у складу са демократским начелима, те да ли се на тај начин заправо крши устав? Одговор на њега свакако не може да буде једнозначан. Са једне стране, може да буде потврдан, јер се оваквим техникама заправо заобилази примена ревизионих одредаба устава чијом применом би устав и требало да се прилагоди захтевима времена. Њиховим непримењивањем и федералне јединице губе могућност да узму учешћа у самом поступку. Са друге стране, може да се брани и тврдња да се тиме врши једна веома корисна функција за федералну државу. Омогућавање да опстане формално неизмењени устав, уз његово прилагођавање друштвеним потребама, обезбеђује у исти мах и опстанак саме државе. У суштини, федерални устав је као и сам федерализам, материја која се непрекидно развија. У вези са тим било који начин који у оквиру система установљеним уставом омогућава његово прилагођавање потребама саме федералне државе је добродошао. Од односа кључних уставних актера у конкретној држави зависи који ће се пут одабрати. Свакако је прави пут, онај којим се омогућава извесна флексибилност и који доводи до складног функционисања федералне државе, а што је и услов њеног опстанка.

[64] М. Јовичић, (2006b), 311.
[65] R. L. Watts, *Comparing federal systems*, Montreal & Kingston-London-Ithaca 1999, 102.

Miloš Stanić, M.A.
Research Assistant
Institute of Comparative Law, Belgrade

DECIDING ON FEDERAL CONSTITUTION AMENDMENDS IN EXAMPLES OF SOME MODERN FEDERAL STATES

Summary

Nobody can deny the federal constitution's importance for the successful functioning of a federal state. Therefore the members of the federal states are interested to take part in the process of decision making on the proposed constitutional amendments. As a matter of fact, it is the last moment when they have the chance to express their final opinion on proposed changes. In this paper the decision-making phase will be analyzed during the constitution's amendments proceeding. The aim of this work is to present the existing legal solutions and to identify similarities and differences between them. In fact, it is not enough. It was noted that in some federal states, constitution has been adapted to social reality without formal amendment proceedings to be done. Therefore, it is also necessary to point out the role of public authorities, who adapted constitution to social reality through their actions. This is done in the absence of the formal decision on constitutional change which should be set out in accordance with constitution amendments provisions. At the end, it will be necessary to assess both positive and negative aspects of such behavior.

Keywords: federal states, federal constitution, constitution amendments provisions, adapting constitution to social reality.

Иван Тодоровић, мастер права[1]

Прегледни научни рад
UDK: 347.736(497.11)(430)

КЛАСЕ У ПЛАНУ РЕОРГАНИЗАЦИЈЕ

Апстракт

Начин формирања класа у плану реорганизације представља, поред мера реорганизације, најважнију компоненту стечајног плана. Постојање таквих класа омогућава да се уваже различити интереси учесника стечајног поступка. Разврставањем поверилаца на класе се нарушава принцип једнакости свих стечајних поверилаца и уводи се начело једнакости унутар класе, и различитог третаман међу класама. У раду су анализирана решења српског и немачког права у овој области. Аутор указује на смисао правила о формирању класа поверилаца и објашњава критеријуме који се могу користити за формирање посебних класа у плана реорганизације.

Кључне речи: план реорганизације, стечајно право, класе поверилаца

1. Увод

План реорганизације као начин спровођења стечајног поступка је у српско право уведен Законом о стечајном поступку из 2004 године. Овај институт је настао у Сједињеним Америчким Државама, одакле је извршио значајан утицај и на правне системе у Европи. Немачко право је такође преузело могућност вођења стечајног поступка путем плана реорганизације, што је уведено још немачким стечајним законом из 1994. године.[2]

Срж плана реорганизације представљају мере реорганизације и класе. Различите мере се могу применити према различитим

[1] Адвокат у Београду, mail: itodorovic@akt.rs

[2] P.Bauer, *Der Insolvenzplan – Untersuchungen zur Rechtsnatur anhand der geschichtlichen Entwicklung*, Münster 2009., 293.

класама у плану реорганизације и стога је веома важан начин њиховог формирања. Од начина формирања ових класа зависи усвајање плана реорганизације и његово спровођење. Формирање класа поверилаца је стога један од најважнијих задатака приликом израде плана реорганизације.[3]

Иако класе поверилаца на први поглед представљају једноставну и лако разумљиву материју, постоји низ потешкоћа приликом њихове примене у пракси. Смисао формирања класа у плану реорганизације је доношење одлуке о усвајању или одбијању плана која би била заснована на привредној оправданости плана.[4] План треба да испуни сврху повољнијег намирења поверилаца у односу на окончање стечајног поступка путем банкротства. Поред тога, план омогућава „преживљавање“ угроженог привредног субјекта и задржавање радних места. Посредством увођења класа у плану реорганизације, омогућава се да се уваже различити привредни интереси учесника стечајног поступка. Примера ради, банке у својству поверилаца могу имати интерес што брже наплате потраживања, добављачи ће са друге стране вероватније желети да се стечајни дужник санира и настави са пословањем како би и даље том привредном друштву продавали робу.[5] Оправдање за уважавање различитих интереса поверилаца лежи у чињеници да се повериоци налазе у различитом правном положају.[6]

Постојање класа поверилаца даје веће шансе да план буде усвојен. То такође даје прилику подносиоцу плана реорганизације да тактички утиче на усвајање плана, на тај начин што ће у законским оквирима формирати класе које му омогућавају лакше постизање позитивног исхода гласања о плану.[7] Тактика при формирању класа поверилаца не само да није забрањена, него је пожељна и шта више представља основ за успех при усвајању плана реорганизације.[8]

---

[3] Kübler (Hrsg.), *Handbuch Restrukturierung in der Insolvenz- Eigenverwaltung und Insolvenzplan*, Köln 2012., 647.
[4] Smid *et al., Der Insolvenzplan*, Stuttgart 2012., 167.
[5] A.Seidl, T.Voss, *Die Zweite Chance*, Frankfurt am Main 2006., 204.
[6] Vallender, Undritz (Hrsg.), *Praxis des Insolvenzrechts*, Köln 2012., 544.
[7] Smid et al., 166.
[8] A.Schmidt (Hrsg.), *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*, Hamburg 2012., 1687.

2. Основна начела у погледу класа

О плану реорганизације се гласа у класама поверилаца. План је усвојен у случају да је изгласан у свакој класи, односно свака класа поседује један посебан глас, без обзира колико поверилаца има у тој класи и без обзира на разлику у висини потраживања између група.[9] Међутим у неким земљама, попут Немачке, могуће су ситуације у којима план није усвојен у свакој од класа, а ипак може бити прихваћен од стране суда. Оваква правила се примењују и у праву Републике Српске – план може бити усвојен и у случају да није изгласан у свим класама, ако повериоци класе која је гласала против усвајања плана нису стављени у лошији положај од онога у коме би били да плана нема, ако сразмерно учествују у економским користима плана и ако је већина класа прихватила план.[10]

У српском праву, у оквиру класа поверилаца гласање се обавља путем обичне већине унутар класе, а већина се посматра у односу на укупни износ потраживања, а не „по главама". У Немачкој, напротив, гласање унутар групе поверилаца се врши путем двоструке већине: већине по броју поверилаца и већине по износу потраживања.[11] Наиме, поред тога што већина поверилаца гласа за усвајање плана по групи, потребно је да већина постоји унутар групе и по износу потраживања.[12]

Основно правило при формирању класа поверилаца јесте једнаки третман поверилаца унутар једне класе и различити третман између појединих класа поверилаца. Једнакост поверилаца у оквиру једне класе може бити нарушена искључиво уз сагласност учесника те класе који се стављају у неповољнији положај у поређењу са другим лицима из исте класе.[13] У немачкој литератури има схватања и да је у овом случају потребна сагласност свих поверилаца који припадају тој класи, без обзира да ли се они стављају у неповољнији положај.[14] У српској литератури се могу наћи становишта да је у таквом случају потребна сагласност свих учесника који су погођени таквим неравноправним (неповољнијим) третманом.[15]

[9] A.Seidl, T. Voss, 205.
[10] В.Чоловић, Н. Милијевић, *Стечајни поступак*, Бања Лука 2004., 124.
[11] Д.Слијепчевић, С.Спасић, *Коментар Закона о стечајном поступку*, Београд 2006., 466.
[12] A.Seidl, Torsten Voss, 206.
[13] Vallender, Undritz (Hrsg.), 544.
[14] Brei, Bultman, *Insolvenzrecht*, Baden-Baden 2008., 340.
[15] М.Велимировић, *Стечајно право*, Нови Сад 2004., 192.

Посебна проблематика у погледу питања ко чини повериоце одређене класе у плану јавља се код оспорених потраживања. Правило нашег закона је да у том случају стечајни судија такво потраживање треба да процени за потребе гласања, а за процену се ангажује стручно лице – проценитељ и таква процена не може бити старија од 12 месеци.[16]

Сматрамо да је оваква одредба нашег закона недовољна за решавање проблема у пракси, јер наведено правило не даје одговор на питање како ће стечајни судија да процени да ли је потраживање основано, јер се може радити о потраживању које је непостојеће или које у одређеном делу не постоји. Таква процена од стране стечајног судије може у знатној мери утицати на ток усвајања плана реорганизације, јер овде може бити речи о највећем комерцијалном необезбеђеном повериоцу.

У овим ситуацијама је потребно направити равнотежу између потребе за брзином у стечајном поступку и потребе за уважавањем интереса поверилаца да се њихова потраживања узму у разматрање као релевантан фактор за одлучивање о плану реорганизације. Критеријум који се намеће као логичан за разматрање оваквог потраживања је критеријум вероватности. На повериоцу је да докаже да је његово потраживање вероватно. Наравно у сваком појединoм случају овај ниво доказаности није лако применити, јер постоје ситуације где поверилац успе да докаже да је његово потраживање вероватно, али стечајни дужник са друге стране има одбрамбена средства (приговоре) који такође делују вероватно. Одлука стечајног судије о оспореном потраживању је искључиво одлука о праву на гласање и нема било какве ефекте на материјално-правну основаност тог потраживања.[17]

Немачко право садржи добро решење по коме стечајни судија може одредити одржавање посебног рочишта за одлучивање о праву гласа повериоца са спорним потраживањем. Одлука о праву гласа која би се доносила на самом рочишту о гласању о усвајању плана, где најчешће на самом рочишту учествује већи број поверилаца, чини се непрактичном. Иако ће одржавање посебног рочишта значити продужење стечајног поступка, важније је путем процесних правила о доказивању која се примењују у парничном процесног праву и

[16] Чл. 160, ст. 2 Закона о стечају - ЗОС (Сл.гласник РС, бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон, 71/2012 – одлука УС и 83/2014).
[17] Kübler (Hrsg.), 788.

кроз поштовање правила о обостраном саслушању странака доћи до резултата који ће пружити правну заштиту повериоцу са оспореним потраживањем,[18] али и стечајном дужнику.

Против одлуке о давању или ускраћивању права гласа ни у српском ни у немачком праву не постоји правни лек. Жалба је дозвољена једино на решење суда о потврђивању плана реорганизације, у оквиру које би се истакли аргументи о повреди права гласа. Чини нам се да би практичније било успоставити другостепену контролу, која би морала бити ефикасна (брза) и то на тај начин што би се дозволила посебна жалба на решење које се односи на право гласа повериоца. Тиме би се постигло да се у посебном другостепеном поступку одлучује о праву гласа и не би се дешавало да читав план реорганизације буде укинут због повреде права гласа, што би значило даље да читав поступак гласања треба поновити.

Важно је напоменути да су ништави било какви споразуми између стечајног дужника и поверилаца којима би се тим повериоцима гарантовала већа права (нпр. признање дуга у већем износу од износа потраживања наведеном према плану реорганизације или нпр. бржа динамика отплате дуга), у односу на права која су гарантована планом реорганизације.[19] Такви споразуми су противни начелу једнакости поверилаца.

3. Могућност измена класа током поступка за усвајање плана

Посебно је интересантно питање да ли се план реорганизације може мењати и у којој фази је то могуће. Обзиром да је план реорганизације флексибилан инструмент, путем ког стечајни дужник и повериоци праве „нови договор“, могуће је да сходно принципима приватне аутономије план реорганизације буде измењен.[20]

Српски Закон о стечају не садржи одредбе које би регулисале на било који начин могућност измена плана реорганизације.У немачком праву прописано је да се план реорганизације може мењати.[21] Измене плана су међутим ограничене. Најпре, лице које је овлашћено да захтева промене у плану је искључиво подносилац плана. То не

[18] *Ibid*., 789.
[19] Smid *et al*, 184.
[20] Kübler (Hrsg.), 762.
[21] §240 Insolvenzordnung

значи да други учесници у поступку не могу подносити иницијативе за измену плана, али формално-правно подносилац таквог предлога је искључиво предлагач плана.[22]

Тренутак до ког се могу давати предлози за измене плана је моменат гласања о плану реорганизације, јер учесници у поступку морају знати за који конкретан текст плана гласају. План је дакле могуће мењати и на самом рочишту за разматрање и гласање о плану. Промене плана морају бити у тој мери јасне, да лица која гласају о плану могу стећи прави увид у своју правну и економску позицију и како би могли да уз довољно информација определе како ће гласати у погледу плана реорганизације.[23]

Измене плана имају и своја ограничења. План се не може мењати на тај начин да се промени основни концепт плана (нпр. уместо санирајућег плана усваја се ликвидациони план), односно план се не може мењати у свом језгру. Одлуку о томе да ли су промене такве да се дира у саму суштину плана реорганизације доноси стечајни судија.[24]

У погледу предмета који је сфера истраживања овог рада, скрећемо пажњу да се измене плана реорганизације могу односити на поделу учесника поступка на класе, могу се мењати начини намирења повериоца из класа, класе поверилаца се могу делити на подкласе, дозвољено је да се од више класа формира јединствена, а могуће је и да се одређени поверилац сврстава у другачију класу у односу на ранији предлог плана, као и да се мењају сами подаци (нпр. висина) о потраживању неког повериоца у одређеној класи. Овакве измене плана реорганизације су у Немачкој дозвољене, све док се основни циљеви плана и основни концепт не мења.

Омогућавање измена плана реорганизације су у духу овог правног института који треба да буду флексибилнији инструмент у односу на класичан стечај. Шансе за усвајање плана су веће када постоји прилика да се план и у току стечајног поступка мења, а границе тих измена треба да буду постављене у закону, како би се спречиле могуће манипулације од стране предлагача плана.

[22] Kübler (Hrsg.), 771.
[23] Kübler (Hrsg.), 765.
[24] *Ibid.*

4. Класе према српском праву

Српским Законом о стечају предвиђено је у чл. 165, ст. 3 да планом реорганизације морају бити предвиђене следеће обавезне класе поверилаца: класа обезбеђених – разлучних поверилаца и класе које се формирају према праву приоритета потраживања према исплатним редовима. Смисао постојања обавезних класа поверилаца је у ограничењу потпуне слободе предлагача плана, јер ако предлагач може потпуно слободно по свом нахођењу одредити класе постојале би бројне могућности за злоупотребе.

Овако формулисана одредбу закона не треба тумачити на тај начин да су обавезне само две класе поверилаца – класа разлучних поверилаца и класа неозбеђених поверилаца. Ова одредба у ствари упућује на одредбу закона која регулише исплатне редове у редовном стечајном поступку, што је био случај и са ранијим законима.[25] Поред посебне обавезне класе обезбеђених поверилаца, потребно је формирати обавезне класе према исплатним редовима.

4.1. Обезбеђени повериоци

Законом о стечају разликују се два типа обезбеђених поверилаца – разлучни повериоци и заложни повериоци.[26] Разлучни повериоци су повериоци који имају заложно право, законско право задржавања или право намирења на стварима и правима о којима се воде јавне књиге или регистри (нпр. уписано решење о извршењу у катастру непокретности на имовини стечајног дужника). Под повериоцима који имају заложно право се схватају хипотекарни повериоци, повериоци који имају залогу на покретним стварима и залогу на правима.[27] Право задржавања је регулисано Законом о облигационим односима.[28] То је право повериоца који има доспело потраживање према дужнику и који у поседу има дужникову ствар. У случају да је дужник постао неспособан за плаћање, поверилац

[25] Д.Слијепчевић, С. Спасић, 465.
[26] Чл. 49 ЗОС
[27] В.Козар, М. Почуча, И. Станковић, *Општи стечајни поступак – Коментар закона о стечају са судском праксом и подзаконским актима*, Београд 2013., 52.
[28] Чл. 286-298 Закона о облигационим односима, Сл.лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, Сл.лист СРЈ, бр. 31/93 и Сл.лист СЦГ, бр.1/2003 – Уставна повеља)

има право задржавања чак и ако његово потраживање није доспело. Код права задржавања (ретенције) поверилац има право да се из дужникове ствари наплати на исти начин као и заложни поверилац.

Разлучни повериоци, иако имају обезбеђење на имовини стечајног дужника, намирење свог потраживања остварују кроз учешће у стечајном поступку. Они су привилеговани повериоци у том смислу што имају право на првенствено намирење из средстава добијених од продаје имовине на којој имају обезбеђење. Разлучни повериоци нису стечајни повериоци у делу потраживања које је обезбеђено, а у делу потраживања које није покривено средством (или средствима) обезбеђења, разлучни повериоци имају статус обичног стечајног повериоца и своја права остварују као и други необезбеђени повериоци.

Заложни повериоци су лица која имају средство обезбеђења на имовини стечајног дужника, али према њему немају новчано потраживање. Примера ради то може бити привредно друштво које потражује од повезаног правног лица са стечајним дужником новац, али стварноправно средство обезбеђења има на непокретности стечајног дужника.

Нарочито је важно размотрити положај разлучних и заложних поверилаца у случају усвајања плана реорганизације. Што се тиче заложних поверилаца, Закон о стечају прописује правило да заложни повериоци нису ни стечајни ни разлучни повериоци. Права ових поверилаца се не могу мењати нити се могу умањити планом реорганизације, осим у случају њиховог пристанка. Закон прописује да заложни повериоци не могу гласати о плану реорганизације.[29] Разлог за овакву одредбу лежи у чињеници да ова лица нису повериоци у правом смислу те речи према стечајном дужнику. Они немају новчано потраживање према субјекту реорганизације – стечајном дужнику, већ само средство обезбеђења на његовој имовини. Стога, чак и када се ради о умањењу или изменама њихових права, заложни повериоци дају сагласност да те измене, али не гласају о самом плану.

Што се тиче разлучних поверилаца, план реорганизације може у знатној мери утицати на њихова права. Закон о стечају не садржи било какве посебне одредбе којима би регулисао утицај усвајања плана реорганизације на разлучна права.

[29] Чл. 157 ЗОС

Пре свега, треба обратити пажњу да у одредбама којима је регулисана реорганизације законодавац изричито прописује обавезу формирања посебне класе поверилаца за разлучне повериоце. Закон не забрањује формирање више различитих класа разлучних поверилаца, дакле обавезно је да се ови повериоци одвоје од необезбеђених поверилаца, али могуће је да и разлучни повериоци међу собом имају другачији третман.

Закон о стечају прописује да је последица усвајања плана реорганизације та, да се сва потраживања и права поверилаца и других лица и обавезе стечајног дужника уређују, искључиво, према условима из плана реорганизације. Стога, ако је планом реорганизације предвиђена измена основног потраживања разлучног повериоца, па је предвиђен отпис дела тог потраживања, право обезбеђења као акцесорно право мора бити у складу са таквим променама. То практично значи да хипотека на имовини стечајног дужника неће обезбеђивати целокупно раније потраживање, какво је оно било пре усвајања плана реорганизације, већ ће обезбеђивати потраживање које је установљено планом реорганизације.

Обзиром да у нашем закону нема посебних одредаба о начину намирења разлучних поверилаца кроз план реорганизације, потребно је размотрити опште одредбе Закона о стечају, одредбе самог плана реорганизације (обзиром да план има својство извршне исправе) и одредбе закона које регулишу последице усвајања плана реорганизације.

Чланом 166 Закона о стечају прописано је да се у случају усвајања плана стечајни поступак обуставља. Имајући то у виду, сматрамо да нема места примени општих одредаба Закона о стечају у погледу начина намирења разлучних поверилаца, те се не може применити правило да се ови повериоци намирују искључиво кроз стечајни поступак (стечајни поступак је обустављен), односно не може се применити правило да је домашај разлучног права да њихови титулари имају првенство у намирењу од средстава добијених продајом имовине која је предмет обезбеђења. Дакле, разлучни повериоци могу активирати своја средства обезбеђења, на начин који је регулисан одговарајућим прописом који регулише ту врсте обезбеђења, у случају да субјект реорганизације не испуњава своје обавезе према том повериоцу, на начин који је предвиђен планом реорганизације. Међутим, имајући у виду да је планом реорганизације на нови начин уређен однос између разлучног

повериоца и субјекта реорганизације, средства обезбеђења се могу активирати искључиво према условима из плана. Ако је планом предвиђен отпуст дуга у одређеном износу, хипотека се не може активирати на целокупан износ потраживања. Другачије је у случају да је отпуст дела дуга предвиђен само за случај да је план у целости испуњен, јер тада услови предвиђени за отпуст дела дуга не би били испуњени, обзиром да дужник није испунио своје обавезе према плану реорганизације.

У случају да је планом реорганизације предвиђена мера продаје имовине која је предмет разлучног права, разлучни повериоци имају право првенства у намирењу приликом продаје те имовине.

4.2. Посебне класе

Стечајни судија има овлашћење да наложи или да одобри формирање додатних класа поверилаца у случају да су стварне и суштинске карактеристике потраживања такве да је оправдано формирати посебну класу или ако су потраживања у оквиру такве класе у значајној мери слична. Ова овлашћења стечајног судије подразумевају формирање додатних – факултативних класа поверилаца и када су у питању обезбеђени повериоци (формирање подкласа обезбеђених поверилаца) и када је реч о необезбеђеним повериоцима. Појам стварних и суштинских потраживања као критеријум за разврставање потраживања у различите класе је широк и омогућава знатну слободу при формирања класа.[30]

Посебну класу поверилаца чине лица повезана са стечајним дужником и они не гласају о плану реорганизације.[31] Суд може одобрити формирање посебне класе из административних разлога, ако постоји више од 200 потраживања чији износ појединачно не прелази вредност од 20.000 динара, а ова потраживања могу бити измирена по убрзаној процедури ако стечајни дужник очигледно има довољно средстава за измирење класа првог и другог исплатног реда и ако постоји потреба да се умаши адмнистративно оптерећење које је својствено великом броју малих потраживања.[32]

---

[30] В.Радовић, *Класификовање потраживања у поступку реорганизације,* Хармонизација стечајног права и нови Закон о стечајном поступку, Београд, 2006., 235.
[31] Чл. 165, ст. 7 ЗОС
[32] Чл. 165, ст. 8 ЗОС

5. Класе према немачком праву

Према немачком стечајном закону неопходно је формирати следеће класе у плану реорганизације: 1) обезбеђени повериоци, када се планом реорганизације дира у њихова права, 2) повериоци који не спадају у секундарне повериоце, 3) секундарни повериоци, осим у случају да се њихова потраживања имају сматрати отписаним и 4) лица која имају чланска права код стечајног дужника, када се планом дира у права ових лица. Поред наведених класа, запослени код стечајног дужника представљају посебну обавезну класу поверилаца у случају да њихова потраживања нису безначајна.

Примећујемо знатно другачије регулисање класа према немачком праву у односу на наш закон. Најпре, важно је истаћи да је новијим изменама немачког стечајног закона уведена могућност задирања у права власника стечајног дужника (чланова друштва са ограниченом одговорношћу, акционара).[33] Овакве промене су уведене са циљем олакашавања могућности санирања стечајног дужника.[34]

На овом месту ћемо анализирати појединачне обавезне групе поверилаца. Најпре, обезбеђени повериоци према немачком праву су они повериоци који имају залогу на покретним стварима, на непокретностима, повериоци којима је дужник ради обезбеђења потраживања предао покретну ствар или је пренео својину на њој, повериоци који имају право ретенције, органи јавне власти којима је по закону призната залога на стварима стечајног дужника ради обезбеђења пореских и царинских обавеза дужника.[35]

Планом реорганизације је могуће утицати на права разлучних поверилаца. У случају да план не предвиђа промену у њиховим правима, та права остају на снази непромењена и у том случају ови повериоци не гласају о плану, нити формирају посебну класу. У случају да се планом дира у права разлучних поверилаца, обавезно је постојање посебне класе (или више различитих класа) ових поверилаца.

Секундарни повериоци морају бити сврстани у посебну класу у случају да њихова потраживања не спадају у потраживања која

[33] Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen
[34] A.Schmidt (Hrsg.), 1687.
[35] §§49-51 Insolvenzordnung

су опроштена стечајном дужнику.[36] У случају да план другачије не предвиђа, ова потраживања се сматрају опроштеним. Параграфом 39 немачког стечајног закона се утврђује која потраживања се сматрају секундарним. Реч је о потраживањима на име камата и уговорних казни стечајних поверилаца од дана отварања стечаја над дужником, трошкови појединих поверилаца на име учешћа у стечајном поступку, новчане казне по основу учињених кривичних дела и прекршаја, неновчане обавезе стечајног дужника, обавезе по основу зајма власника стечајног дужника и слична потраживања. Ова потраживања се могу испунити у случају да су сва друга потраживања стечајних поверилаца измирена.[37]

Повериоци који не спадају у секундарне представљају класу у коју спадају необезбеђени повериоци. То су примера ради потраживања добављача, пружалаца услуга, зајмодаваца, потраживања јавноправног карактера.[38] У оквиру ове посебне класе је могуће извршити даљу поделу на подкласе, односно могуће је формирате додатне факултативне класе.[39]

Када план реорганизације предвиђа мере које задиру у права власника стечајног дужника, тада ова лица формирају посебну класу. Изменама стечајног закона у Немачкој омогућено је да се планом реорганизације врше промене права ових лица, јер је стечајном дужнику потребан нови капитал.[40] Ова новина је уведена услед критике решења да власници стечајног дужника имају у рукама могућност блокаде санирања инсолвентног привредног друштва и услед чињенице да наставак пословања стечајног дужника није могућ без нових инвестиција.[41] Примери у вези начина задирања у права власника стечајног дужника су претварања дуга у капитал дужника, продаја стечајног дужника као правног лица.[42] Обзиром да власници стечајног дужника не морају бити уједно и његови повериоци то се у немачком праву и не користи термин „класе поверилаца“, већ се уместо тога користи израз „групе“ у плану реорганизације.

[36] Rendels, Zabel, *Insolvenzplan*, Köln 2013., 60.
[37] A.Schmidt (Hrsg.), 546.
[38] Kübler (Hrsg.), 656.
[39] Rendels, Zabel, 60
[40] Smid *et al*., 151.
[41] M.Büchele, *Eingriff in Gesellschafterrechte im Insolvenzplan*, Frankfurt 2011, стр. 17.
[42] A.Frauer, *Grenzen des Eingriffs in Gesellschafterrechte im Insolvenzplanverfahren*, Frankfurt 2014., 51., 71.

У немачком праву није дозвољено формирати мешовите групе. Најпре, није могуће формирати групу у коју би спадали и обезбеђени и необезбеђени повериоци. Није дозвољено ни формирати групу која би укључивала власнике стечајног дужника и стечајне повериоце.[43]

Поред наведених обавезних група, могуће је формирати посебне факултативне класе поверилаца. Немачко право, попут српског, прописује могућност формирања посебне групе у коју би спадала мала потраживања, међутим закон не дефинише критеријум за утврђивање која би потраживања имала овај карактер. У литератури се може наћи мишљење да би ту спадала потраживања до износа 500 евра.[44]

Додатно, немачким стечајним законом се предвиђа могућност формирања посебне групе у плану за акционаре стечајног дужника који поседују незнатно капитал учешће (мање од 1% учешћа у капиталу дужника или алтернативно са учешћем које је испод вредности од 1.000 евра).[45] Ова група не спада у групу малих поверилаца, већ представља одвојену групу. Разлог постојања овакве групе је у томе да њени чланови не могу имати значајнији утицај на пословање дужника и треба их третирати другачије у односу на остале групе предвиђене планом.[46]

6. Критеријуми за формирање посебне класе у плану реорганизације

Решење српског Закона о стечају у погледу прописивања критеријума за разликовање класа поверилаца се налази у чл. 165, ст. 6. Иако је овим чланом регулисано питање када стечајни судија може одобрити или наложити формирање посебне класе поверилаца, суштински, овим чланом се дају критеријуми за разликовање класа у плану реорганизације и приликом израде плана. Овом одредбом је прописано да је формирање посебне класе оправдано у следећим (алтернативним) случајевима: 1) ако су стварне и суштинске карактеристике потраживања такве да је оправдано формирање нове класе, 2) ако су сва потраживања у оквиру предложене класе у значајној мери слична.

[43] A.Schmidt, 1689.
[44] Kübler (Hrsg.), 675.
[45] *Ibid.*, 676.
[46] Kübler (Hrsg.), 676.

Немачки закон о стечају регулише ово питање у одредби параграфа 222 став 2. Том одредбом је прописано да се посебна група формира у случају да учесници те групе имају истоврсне привредне интересе. Критеријум који је дат за разликовање међу групама су стварне карактеристике те групе. Први критеријум, истоврсност привредног интереса се тумачи у контексту стечаја и при томе се мора имати у виду у каквим је односима учесник групе са стечајним дужником и о томе на који начин план реорганизације задире у права тог учесника групе.[47]

Примера ради, не могу имати исте привредне интересе добављач који своје производе испоручује искључиво стечајном дужнику и добављач који снабдева велики број купаца.[48] Првом добављачу је наставак пословања стечајног дужника услов егзистенције, док други добављач неће бити у толикој мери погођен привредним нестанком стечајног дужника.

Разлике у привредним интересима се могу пре свега огледати у интересу наставка пословања стечајног дужника, односно интересу да се наплати потраживање и да стечајни дужник престане са радом. Ово може бити основ за разликовање две посебне групе разлучних поверилаца, јер једни могу желети да дужник настави са радом, а другима може бити у интересу банкротство дужника.[49] Ипак, сматрамо да овакво разликовање није толико непроблематично, обзиром да „архитекта“ плана реорганизације одређује групе у плану и да он можда и не зна који је прави интерес конкретног повериоца, а можемо замислити и да конкретни поверилац не жели да се изјасни у погледу његовог привредног интереса.

Стварне разлике у групама поверилаца такође захтевају разјашњење. Под стварним разликама се примера ради може сматрати правни основ по коме је потраживање настало, па тако се могу разликовати потраживања из уговорне и вануговорне одговорности, или нпр. потраживања по основу јавних прихода и потраживања приватног карактера.

Чини нам се да су решења и српског и немачког стечајног права у тој мери апстрактна да не дају довољно прецизности за разликовање група / класа поверилаца. Обзиром на то, сматрамо упутним да се дају примери дозвољених разликовања група, наведених у немачкој

[47] *Ibid*., 660.
[48] *Ibid.*
[49] Rendels/Zabel, 62.

литератури. Дозвољено би било формирати посебну групу за потраживања на име јавних прихода, за потраживања запослених код стечајног дужника, за потраживања давалаца лизинга и закуподаваца, за потраживања чији су износи слични. Дозвољено би било разликовати потраживања по основима њиховог настанка и нпр. потраживања по времену њиховог доспећа.

У сваком конкретном случају би требало испитивати да ли је формирање посебне класе довољно оправдано и да ли постоје злоупотребе при формирању класа. Подела на класе мора имати логичну основу.[50] Такву процену врши суд и то два пута, што је правило и у немачком[51] и у српском праву. План се најпре контролише у претходном поступку испитивања плана, а потом и приликом усвајања плана реорганизације.

Питање законитости формирања класа је веома важно, јер је код формирања различитих класа поверилаца дозвољено нарушавање принципа једнакости поверилаца. Наиме, принцип који важи у стечајном праву код плана реорганизације је једнакост међу повериоцима исте класе. Дакле, сврставањем одређеног повериоца у неку од класа може се битно задирати у његова права, јер се повериоци у тој класи намирују нпр. у квоти од 10% висине потраживања са грејс периодом од годину дана и уз отплату у динамици од 5 година, а повериоци неке друге факултативне класе се намирују у квоти од 90% уз рок отплате 6 месеци. Да би стечајни судија и учесници класа могли да оцене да ли је разликовање класа законито, потребно је да разлике међу класама буду јасно дефинисане самим планом и да се да објашњење због чега је конкретан поверилац сврстан у одређену класу.

7. Гласање по класама

У нашем стечајном праву гласање се врши у свакој појединачној класи и план је потврђен ако је у свакој класи усвојен већином од укупног износа потраживања у тој класи. Правило о гласању о плану у немачком праву није тако једноставно, јер је у Немачкој могуће да план буде усвојен, иако није изгласан у некој од класа. Правило које то омогућава се назива „забрана опструкције“ (нем. *Obstruktionsverbot*, пандан америчком правилу – енг. *Cram down rule*).

[50] В.Радовић, 244.
[51] Kübler (Hrsg.), 727.

Према наведеном правилу, сматра се да је план усвојен и у групи која није план изгласала, ако је о интересима чланова те групе планом у довољној мери вођено рачуна. На тај начин се спречава злоупотреба гласања против плана од стране таквих чланова групе и тиме се покушава направити баланс између аутономиије воље поверилаца и забране злоупотребе права.[52] Правило *Obstruktionsverbot* се може применити искључиво у случају да је план усвојен у већини група које су предвиђене планом.[53] Поред тога, услов за примену овог правила је да учесници групе која није усвојила план нису стављени у гори положај у односу на положај који би имали да не постоји план реорганизације. Да би се дошло до процене да ли би ти повериоци имали бољи положај без плана, потребно је упоредити какав би они положај имали када би се стечај водио банкроту, односно пореди се квота коју би ови повериоци остварили у случају продаје имовине стечајног дужника (узима се у обзир тзв. ликвидациона вредност имовине стечајног дужника).[54] У случају да је планом реорганизације предвиђена већа квота намирења ових поверилаца у односу на квоту која би се постигла редовним стечајним поступком, ови повериоци нису планом оштећени. Додатни кумулативни услов за примену овог правила је да лица која припадају овој групи учествују у сразмерном обиму у економској користи која ће према плану припасти повериоцима, а где се под појмом те користи посматра разлика између квоте намирењеа кроз редовни стечајни поступак и кроз усвајање плана организације.[55]

Да би овај услов – сразмерно учествовање у економској користи плана био испуњен, потребно је да: 1) ниједан поверилац није планом добио већи проценат намирења од 100% вредности његовог потраживања (понекад се предвиди већа квота намирења ради надокнаде због кашњења у измирењу обавеза), 2) ниједан поверилац који би без плана реоганизације имао исти положај као учесник групе која је одбила усвајање плана, није стекао бољи положај планом у односу на учесника такве групе и 3) поштовање принципа да повериоци који не спадају у секундарне морају бити намирени у целости пре секундарних поверилаца и пре власника стечајног дужника. Овај трећи предуслов заправо значи да нити власници стечајног дужника, нити секундарни повериоци, не могу добити неку вредност, односно накнаду, по плану ако повериоци који не спадају у секундарне нису намирени у квоти од 100% својих потраживања.[56]

[52] A.Schmidt (Hrs.), 1753.
[53] §245 Insolvenzordnung
[54] Kübler (Hrsg.), 801.
[55] A.Schmidt (Hrsg.), 1755.
[56] Kübler (Hrsg.), 811.

8. Закључак

Кроз анализу правила о формирању класа, о начину гласања по класама и начелима која важе при формирању и намирењу класа, покушали смо представити кључне разлике између српског и немачког стечајног права. Сматрамо да изучавањем немачког стечајног права можемо стећи дубља сазнања из ове области, а нарочито да ћемо боље разумети смисао правила која су у позадини одредаба о класама у плану реорганизације. Томе нарочито помаже обимнија литература која се може наћи на немачком језику, сличнији правни систем са нашим у односу на англоамерички правни систем и знатно богатија пракса из ове области у Немачкој.

Класе у плану реорганизације су, поред мера реорганизације, најзначајнији институт у овој области. У законским одредбама које се тичу плана реорганизације је потребно наћи прави баланс између аутономије воље дужника и поверилаца и потребно је установити границе задирања у права учесника у стечајном поступку који се противе усвајању плана. Иако правила која се тичу класа у плану реорганизације на први поглед изгледају једноставно, праве потешкоће су, као и увек, у детаљима. У овом раду аутор је имао намеру да представи неке од таквих детаља, у обиму који оваква врста рада дозвољава.

Ivan Todorović, M.A.
Attorney at Law, Belgrade

GROUPS IN REORGANIZATION PLAN

Summary

Formation of groups in the reorganization plan, besides the reorganization measures, is the most important component of the insolvency plan. The existence of these groups makes possible to consider the interests of participants of the insolvency proceedings. By division of creditors into groups the principle of equality of all insolvency creditors is violated and the principles of equality within the groups and differences between groups is introduced. This article contains analysis of the solutions in Serbian and German law in regard to this legal area. The author explains what is the meaning behind the formation of groups and presents the criteria upon which a separate group may be formed in reorganization plan.

Keywords: reorganization plan, insolvency law, groups of creditors

Doc. dr Vladimir Kozar[1]
Mr Vesna Bilbija[2]

Pregledni naučni rad

UDK: 658.7:342.9(497.11)(497.16)(497.5)

ZAŠTITA PRAVA U POSTUPCIMA JAVNIH NABAVKI U REPUBLICI SRBIJI I ZEMLJAMA U REGIONU

Apstrakt

Zaštita prava i to u svim stadijumima postupka javne nabavke ostvaruje se u posebnom (upravnom) postupku. Zakon o opštem upravnom postupku[3] *u članu 3. dozvoljava mogućnost propisivanja posebnih upravnih postupaka, tako što predviđa da: "odredbe zakona kojima se, zbog specifične prirode upravnih stvari u pojedinim upravnim oblastima, propisuju neophodna odstupanja od pravila opšteg upravnog postupka, moraju biti u saglasnosti sa osnovnim načelima utvrđenim ovim zakonom". Postupak zaštite prava u Republici Srbiji, pokreće se posebnim pravnim sredstvom - zahtevom za zaštitu prava. Rok za donošenje odluke o zahtevu je određen, a u slučaju njegovog prekoračenja propisana je pretpostavka o "ćutanju uprave" kada se smatra da je zahtev za zaštitu prava odbijen, pa je dozvoljena tužba u upravnom sporu.*

Predmet ovog rada je i zaštita prava u postupcima javnih nabavki u zemljama u regionu: u Crnoj Gori i u Republici Hrvatskoj. Kao i u Republici Srbiji, postupak zaštite jeste upravni postupak, a postupak zaštite prava pokreće se žalbom. Pored upravne obezbeđena je i sudska zaštita prava. U Crnoj Gori i u Republici Hrvatskoj postupak sudske zaštite je hitan.

[1] Pravni fakultet za privredu i pravosuđe Univerziteta Privredna akademija u Novom Sadu, mail: kozarv@yahoo.com
[2] Javno preduzeće PTT saobraćaja „Srbija", Radna jedinica poštanskog saobraćaja „Subotica", mail: vesna_bilbija@yahoo.com
[3] Zakon o opštem upravom postupku, *Službeni list SRJ*, br. 33/97, 31/01 i *Službeni glasnik RS*, br. 30/2010.

Ključne reči: zahtev, zaštita prava, žalba, javne nabavke, upravni postupak, upravni spor.

1. Novi Zakon o javnim nabavkama u Republici Srbiji i zakonsko regulisanje javnih nabavki u Crnoj Gori i u Republici Hrvatskoj

Novi Zakon o javnim nabavkama stupio je na snagu 6. januara 2013. godine, a počinje da se primenjuje od 1. aprila 2013. godine.[4] Neusklađenost sistema zaštite prava bio je jedan od osnovnih nedostataka prethodnog zakona, što je dovelo do nedelotvorne i neefikasne zaštite prava. Osnovni cilj novog Zakona o javnim nabavkama je obezbeđivanje uslova za efikasnu upotrebu javnih sredstava, propisivanjem jasnih procedura za dodelu javnih ugovora, odnosno mehanizama za sprečavanje korupcije i obezbeđivanje konkurencije.[5] Zaštita prava u postupcima javnih nabavki usklađena je sa Direktivom 2007/66/EZ, koja reguliše reviziju postupka javne nabavke. Članom 138. Zakona o javnim nabavkama određen je položaj Republičke komisije za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki, kao samostalnog i nezavisnog organa Republike Srbije, sa statusom pravnog lica koje se finansira iz budžeta Republike Srbije. U suštini reč je o posebnoj upravnoj organizaciji sa svojstvom pravnog lica.[6] Zakonom je utvrđena je nadležnost Republičke komisije, a to je odlučivanje o: zahtevu za zaštitu prava; žalbi protiv zaključka naručioca i Uprave za javne nabavke; predlogu naručioca i ponuđača da podneti zahtev za zaštitu prava ne zadržava, odnosno zadržava aktivnosti u postupku javne nabavke; troškovima postupka zaštite prava, ali i da izriče novčane kazne naručiocu i odgovornom licu naručioca; poništava ugovor o javnoj nabavci; vodi prekršajni postupak u prvom stepenu; pokreće postupak za utvrđivanje ništavosti ugovora o javnoj nabavci.[7]

Skupština Crne Gore donela je dana 29 jula 2011. godine novi Zakon o javnim nabavkama koji je objavljen u Službenom listu br. 42/11 od 15 avgusta 2011. godine. Zakon je stupio na snagu osmog dana od dana objavljivanja u „Službenom listu Crne Gore", a primenjuje od 1. januara

[4] Zakon o javim nanavkama - ZJN RS*, Službeni glasnik RS*, br. 124/2012.

[5] V. Kozar , T. Žunić, „Prikaz novog zakona o javnim nabavkama", *Radno-pravni savetnik* 2/2013, 77.

[6] M.Vrhovšek M.,V. Kozar, „Zaštita prava i ništavost ugovora o javnoj nabavci", Zbornik radova *Liberalizam i zaštita konkurencije,* Naučni skupa održan 4. maja 2010. godine na Pravnom fakultetu u Kragujevcu, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke, Kragujevac 2010., 357.

[7] ZJN RS, čl. 139.

2012. godine[8]. Zaštita prava u postupcima javnih nabavki uređena je u glavi VI (čl. 120 do 146). To su rešenja koja se odnose na uslove za obezbeđenje pravne zaštite, shodnu primenu odredbi zakona o opštem upravnom postupku, pokretanju postupka i aktivnoj legitimaciji, podnošenju žalbe i pravnim posledicama, sadržaju žalbe, postupanju sa neurednom žalbom, načinu dostave žalbe, postupanje naručioca sa žalbom i ovlašćenjima naručioca, poništenju zbog nedostavljanja spisa, rokovima za donošenje odluke, načinu odlučivanja, pravilima dokazivanja, bitnim povredama zakona, granicama postupanja Komisije, sudskoj zaštiti, organizaciji i statusu Komisije, sastavu i načinu izbora, nadležnostima i ovlašćenjima, načinu rada i razrešenju dužnosti, kao i odredbe koje se odnose na sredstvu redovne kontrole postupaka javnih nabavki vrednosti preko 500.000 EUR-a.

Oblast javnih nabavki u Republici Hrvatskoj regulisana je Zakonom o javnoj nabavi.[9] "Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave", čija se nadležnost i druga pitanja vezana za rad uređuju posebnim zakonom, nadležna je za rešavanje o žalbama u vezi s postupcima sklapanja ugovora o javnoj nabavci, okvirnih sporazuma i konkursa na koje se zakon primenjuje.[10] Specifičnost hrvatskog zakona je i to što se u prvom članu navodi da zakon sadrži odredbe koje su u skladu sa aktima Evropske unije koji se u zakonskom tekstu tačno i navode, među kojima je i Direktiva 2007/66/EZ Evropskog parlamenta i Veća od 11. decembra 2007. kojom se izmenjuju i dopunjuju Direktive Veća 89/665//EEZ i 92/13/EEZ vezano uz poboljšanu efikasnost postupka revizije u vezi s dodelom ugovora o javnim nabavama.

2. Postupak zaštite prava prema novom Zakonu o javnim nabavkama u Republici Srbiji

Članom 148. određeno je ko ima aktivnu legitimaciju za pokretanje postupka zaštite prava. Zakon kao aktivno legitimisane za pokretanje ovog postupka određuje ponuđača, podnosioca prijave, kandidata i svako zainteresovano lice.[11] U ime ovih lica zahtev za zaštitu prava može da podnese i poslovno udruženje, koje postupa kao njihov zastupnik. Zahtev

[8] Zakon o javim nabavkama - ZJN CG*, Službeni list CG*, br. 42/2011.
[9] Zakon je o javnoj nabavi - ZJN HR, *Narodne novine*, br. 90/11, 90/13.
[10] ZJN HR, čl. 138.
[11] Zainteresovano lice je svako lice koje ima interes da zaključi konkretan ugovor o javnoj nabavci -ZJN RS čl. 3. tač.5.

za zaštitu prava može da podnese i Uprava za javne nabavke, Državna revizorska institucija, javni pravobranilac i građanski nadzornik, ali su ovi organi oslobođeni obaveze plaćanja takse. Međutim, ovi organi nisu dužni da podnose zahtev za zaštitu prava na zahtev lica, koje inače ima aktivnu legitimaciju (npr. ponuđač ili poslovno udruženje), a koje to pravo nije iskoristilo, što je preuzeto is prethodnog zakona. S druge strane, izostavljena je povreda javnog interesa, koja je u prethodnom zakonu bila propisana kao uslov za podnošenje zahteva za zaštitu prava od strane navedenih organa.[12] To znači da je učešće navedenih organa u postupku zaštite prava po novom zakonu, prvenstveno usmereno na zaštitu javnog interesa, bez obzira na terminološke razlike u odnosu na prethodni zakon, dok se zaštita prava ponuđača ostvaruje na njihov privatni zahtev. Za lica iz člana 148. stav 1. kao učesnike spornog odnosa stvarna legitimacija, izjednačena je sa aktivnom procesnom legitimacijom, jer nedostatak aktivne legitimacije, odnosno nedostatak svojstva ponuđača, podnosioca prijave, kandidata ili zainteresovanog lica dovodi do odbacivanja, a ne do odbijanja zahteva. Aktivna procesna legitimacija se u pravnoj teoriji definiše kao ovlašćenje za vođenje postupka, za razliku od materijalnopravne - stvarne legitimacije, koja označava učešće u spornom materijalno-pravnom odnosu u svojstvu titulara određenog prava.[13]

Član 149. reguliše rokove i način podnošenja zahteva za zaštitu prava. Propisano je da se zahtev podnosi Republičkoj komisiji, preko naručioca (predaje se naručiocu). U Direktivi 2007/66/EZ, propisano je da države članice mogu predvideti da se ponuđač za reviziju najpre obraća naručiocu. Zakonom o javnim nabavkama to je pojednostavljeno tako da se zahtev odmah podnosi Republičkoj komisiji, ali predaje naručiocu.[14] Zahtev kojim se osporava vrsta postupka, poziv za podnošenje ponuda ili konkursna dokumentacija smatraće se blagovremenim ako je primljen od naručioca najkasnije sedam dana pre isteka roka za podnošenje ponuda, odnosno tri dana pre isteka roka za podnošenje ponuda kod postupka javne nabavke male vrednosti i kvalifikacionog postupka, osim u slučaju pregovaračkog postupka bez objavljivanja poziva za podnošenje ponuda, gde taj rok nije ograničen ako podnosilac zahteva ili sa njim povezano lice nije učestvovao u tom postupku. Na ovaj način ograničen je rok za

[12] V. Kozar, „Zaštita prava u postupku javne nabavke“, *PRAVO- teorija i praksa* 10 - 12/2011, 27 - 41.

[13] B. Poznić, *Građansko procesno pravo*, Savremena administracija, Beograd 1987, 130.

[14] Ovo rešenje je u skladu sa pomenutom direktivom, jer naručilac može da preinači svoju odluku bez dostavljanja Republičkoj komisiji i usvoji zahtev, a sa druge strane postupak zaštite je ubrzan i usklađen sa pravilima opšteg upravnog postupka. Ovo je inače opšte pravilo u našem pravnom sistemu da se žalba protiv odluke i u upravnom i u sudskom postupku podnosi drugostepenom organu ili sudu preko prvostepenog organa, odnosno suda.

podnošenje zahteva za zaštitu prava na određeni period pre isteka roka za podnošenje ponuda. To znači da će blagovremenim zahtevom računati samo onaj zahtev koji se nalazi u „rukama“ naručioca (primljen od strane naručioca) sedam, odnosno tri dana pre isteka roka za podnošenje ponuda, a ne i oni zahtevi koji su poslati poštom (običnom, preporučenom ili drugom vrstom pošiljke) jer se može desiti da su oni predati pre isteka navedenih rokova, koji prethode roku za podnošenje ponuda ali da stignu kod naručioca nakon što je otvaranje ponuda već obavljeno. Postupanje po takvim zahtevima dovelo bi do velike pravne nesigurnosti, te je zakonodavac precizirao šta se smatra blagovremenim zahtevom. Prema tome, ne važi pravilo iz parničnog ili drugih sudskih postupaka, da se dan predaje podneska pošti preporučenom pošiljkom ili upućenog telegrafskim putem smatra se kao dan podnošenja sudu.[15]

Nakon donošenja odluke o dodeli ugovora, odluke o zaključenju okvirnog sporazuma, odluke o priznavanju kvalifikacije i odluke o obustavi postupka, rok za podnošenje zahteva za zaštitu prava je deset dana od dana prijema odluke, a u slučaju javne nabavke male vrednosti pet dana. U slučaju pregovaračkog postupka bez objavljivanja poziva za podnošenje ponuda, rok se računa od dana objavljivanja odluke o dodeli ugovora na Portalu javnih nabavki. Zahtevom za zaštitu prava ne mogu se osporavati radnje naručioca preduzete u postupku javne nabavke ako su podnosiocu zahteva bili ili mogli biti poznati razlozi za njegovo podnošenje pre isteka roka za podnošenje zahteva kojim se osporava vrsta postupka, sadržina poziva za podnošenje ponuda ili konkursne dokumentacije (to je rok od sedam dana pre isteka roka za podnošenje ponuda), a podnosilac zahteva ga nije podneo pre isteka tog roka. Ako je u istom postupku javne nabavke ponovo podnet zahtev za zaštitu prava od strane istog podnosioca zahteva, u tom zahtevu se ne mogu osporavati radnje naručioca za koje je podnosilac zahteva znao ili mogao znati prilikom podnošenja prethodnog zahteva.[16]

[15] Zakon o parničnom postupku - ZPP, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, čl. 104. st 2. propisuje: “Dan podnošenja podneska upućenog sudu preko pošte preporučenom pošiljkom ili upućenog telegrafskim putem smatra se kao dan podnošenja sudu.”

[16] Propisivanjem ovog pravila zakon je uveo prekluziju - nemogućnost osporavanja pojedinih radnji naručioca u kasnijim fazama postupka, ako je podnosilac znao za razloge osporavanja, odnosno sporne radnje, a nije podneo zahtev u propisanom roku, odnosno nije ih osporavao u ranije podnetom zahtevu

2.1. Posledice podnetog zahteva za zaštitu prava i privremene mere

Zahtev za zaštitu prava ima suspenzivno dejstvo na odluku naručioca o izboru najpovoljnije ponude, što znači da naručilac ne može punovažno da zaključi ugovor o javnoj nabavci sa najpovoljnijim ponuđačem do konačnosti odluke o zahtevu za zaštitu prava, tj. dok Republička komisija za zaštitu prava ne donese odluku, s tim što zakon dopušta određene izuzetke.[17] Posledice podnetog zahteva za zaštitu prava bliže su uređene u članu 150. Zakona o javnim nabavkama. Opšte pravilo je da zahtev za zaštitu prava zadržava dalje aktivnosti naručioca u postupku javne nabavke, što znači da se posle donošenja odluke o dodeli ugovora, ne može pristupiti zaključenju ugovora sve do odluke Republičke komisije o podnetom zahtevu. Republička komisija na predlog naručioca može odlučiti da zahtev nema suspenzivno dejstvo, tj. da se može pristupiti daljim aktivnostima, npr. zaključenju ugovora. Takva odluka naziva se privremena mera.

Izuzetak, odnosno odstupanje od opšteg pravila postoji u slučaju pregovaračkog postupka bez objavljivanja poziva za podnošenje ponuda iz razloga izuzetne hitnosti u kome važi suprotno pravilo o nesuspenzivnosti zahteva.[18] Pored navedenog, drugi izuzetak postoji kada Republička komisija na predlog naručioca utvrdi da bi zadržavanje aktivnosti naručioca u postupku javne nabavke prouzrokovalo velike teškoće u radu ili poslovanju naručioca, koje su nesrazmerne vrednosti javne nabavke, odnosno značajno ugrozilo interes Republike Srbije. U slučaju da Republička komisija usvoji predlog naručioca za ukidanje suspenzije, može se pristupiti zaključenju ugovora ili izvršenju već zaključenog ugovora, ne čekajući ishod postupka o podnetom zahtevu za zaštitu prava. Ako naručilac smatra da postoje uslovi za ukidanje suspenzivnog dejstva zahteva, dužan je da odmah po prijemu, bez prethodne provere, zahtev za zaštitu prava i kompletnu dokumentaciju iz postupka javne nabavke dostavi Republičkoj komisiji sa obrazloženim predlogom za donošenje odluke da zahtev ne zadržava dalje aktivnosti, odnosno da ne zadržava izvršenje ugovora. S obzirom da se radi o izuzetku treba ga veoma restriktivno, usko tumačiti u primeni. Sa druge strane, podnosilac

[17] V. Kozar, „Zaštita prava u postupku javne nabavke“, *PRAVO- teorija i praksa* 10 - 12/2011, 27- 41.

[18] ZJN RS, čl. 36. st.1 tač.3) propisuje da naručilac može sprovoditi pregovarački postupak bez objavljivanja poziva za podnošenje ponuda ako zbog izuzetne hitnosti prouzrokovane vanrednim okolnostima ili nepredviđenim događajima, čije nastupanje ni u kom slučaju ne zavisi od volje naručioca, naručilac nije mogao da postupi u rokovima određenim za otvoreni ili restriktivni postupak. Okolnosti koje opravdavaju hitnost ne mogu biti u bilo kakvoj vezi sa naručiocem.

zahteva može predložiti privremenu meru kojom se zadržavaju dalje aktivnosti naručioca i u pregovaračkom postupku pokrenutom iz razloga izuzetne hitnosti, a Republička komisija će u roku od pet dana rešenjem usvojiti predlog i zabraniti naručiocu da zaključi, odnosno izvrši ugovor o javnoj nabavci, ako smatra da bi zaključenje, odnosno izvršenje ugovora o javnoj nabavci bez prethodne provere pravilnosti postupka, moglo da prouzrokuje znatnu štetu po javna sredstva. Dakle, kod primene ovog izuzetka važi suprotno pravilo - zahtev za zaštitu prava ne zadržava dalje aktivnosti naručioca, ali podnosilac zahteva može predložiti da Republička komisija donese rešenje kojim se zabranjuje naručiocu da zaključi, odnosno izvrši ugovor o javnoj nabavci. Nakon donošenja rešenja o „privremenoj meri“ postupak se nastavlja pred Republičkom komisijom.

2.2. Postupak pred Republičkom komisijom i odluke Republičke komisije

Član 153. reguliše postupanje naručioca posle prethodnog ispitivanja zahteva za zaštitu prava. Ako utvrdi da je zahtev za zaštitu prava formalno-pravno ispravan (uredan, blagovremen i podnet od strane aktivno legitimisanog lica) naručilac u roku od pet dana od dana prijema urednog zahteva ima dve mogućnosti tj. može da rešenjem usvoji zahtev ako utvrdi da je osnovan, u kom slučaju je dužan da rešenje dostavi podnosiocu zahteva, ponuđačima i Republičkoj komisiji, a ako smatra da zahtev nije osnovan, može da dostavi zahtev, odgovor na zahtev i celokupnu dokumentaciju Republičkoj komisiji, radi odlučivanja o zahtevu. Ako podnosilac povuče zahtev u formi pismenog obaveštenja, naručilac, odnosno Republička komisija će zaključkom obustaviti postupak zaštite prava. Propuštanje naručioca da odluči o zahtevu za zaštitu prava u zakonom propisanom roku od pet dana od dana prijema urednog zahteva, tako što će isti usvojiti ili dostaviti “predmet” Republičkoj komisiji stvara fikciju da je zahtev odbijen-pravilo “ćutanja administracije” iz opšteg upravnog postupka[19]. Ako, pak, sam podnosilac povuče zahtev u formi pismenog obaveštenja, naručilac, odnosno Republička komisija će zaključkom obustaviti postupak zaštite prava.

[19] U članu 208. stav 2. Zakona o opštem upravnom postupku propisano je da «ako organ protiv čijeg je rešenja dopuštena žalba ne donese rešenje i ne dostavi ga stranci u propisanom roku, stranka ima pravo na žalbu kao da je njen zahtev odbijen. Ako žalba nije dopuštena, stranka može neposredno pokrenuti upravni spor pred nadležnim sudom u skladu sa saveznim zakonom kojim se uređuju upravni sporovi.”

Član 154. reguliše postupak pred Republičkom komisijom u vezi sa podnetim zahtevom. Iako naručilac u postupku prethodne provere utvrđuje urednost zahteva za zaštitu prava, blagovremenost i aktivnu legitimaciju, i Republička komisija može odbaciti zahtev ako utvrdi da ne sadrži sve obavezne elemente, a podnosilac ne dopuni zahtev u naknadno ostavljenom roku. Republička komisija takođe mora da odbaci neblagovremen zahtev ili ako podnosilac nema aktivnu legitimaciju. Zakon nije prihvatio rešenje da se određenim podnosiocima može izreći mera zabrane podnošenja zahteva za zaštitu prava, koja bi predstavljala procesnu smetnju za pokretanje postupka. Kako bi pravilno utvrdila činjenično stanje i cenila podnete dokaze, Republička komisija može da traži dodatnu dokumentaciju, podatke, objašnjenja i mišljenja od naručioca, podnosioca zahteva ili drugih učesnika u postupku, Uprave za javne nabavke i drugih lica i da ostvari uvid u ostale dokumente kod stranaka u postupku javne nabavke. Sva navedena lica dužna su da tražene podatke, dokumentaciju i mišljenja dostave u roku koji odredi Republička komisija. Ako to ne urade naručilac ili podnosilac zahteva kao stranke u postupku, sumnja koja je posledica izostanka navedenih dokaza, biće uzeta na štetu stranke koja nije postupila po nalogu, a člana Republička komisija će doneti odluku prema stanju raspoloživih dokaza u predmetu. Član 155. predviđa mogućnost održavanja usmene javne rasprave, kada složenost činjenične ili pravne situacije to zahteva. Podnosilac zahteva može predložiti održavanje usmene rasprave u zahtevu za zaštitu prava, a naručilac u odgovoru na zahtev. Propisano je da se usmena rasprava održava u prostorijama Republičke komisije, a da se javnost može isključiti radi zaštite poslovne tajne ili tajnih podataka. O usmenoj raspravi sačinjava se zapisnik.

Članom 157. propisan je način odlučivanja Republičke komisije i forma odluka koje donosi. Republička komisija odlučuje u granicama podnetog zahteva za zaštitu prava, ali i o povredama za koje podnosilac zahteva nije znao, a koje su uticale na odluku naručioca u postupku javne nabavke. Zakon izričito određuje da Republička komisija po službenoj dužnosti ispituje i da li su ispunjeni zakonski uslovi za primenu određenog postupka javne nabavke. Takođe, po službenoj dužnosti Republička komisija proverava da li su prekršene odredbe zakona zbog kojih se ugovor može poništiti ili se smatra ništavim. Prema tome, Zakon o javnim nabavkama pored raspravnog načela i načela dispozicije, uvodi i ograničeno istražno načelo, odnosno načelo oficijelnosti, omogućavajući Republičkoj komisiji da određene činjenice utvrđuje po službenoj dužnosti. Pored toga, u navedenim slučajevima kada je zakonom dozvoljena primena istražnog načela, izričito je propisano da Republička komisija

može nastaviti postupak i ako podnosilac zahteva za zaštitu prava povuče zahtev. U tom slučaju Republička komisija neće obustaviti postupak, primenom člana 153. stav 4, već će nastaviti i dalje voditi postupak bez zahteva ovlašćenog predlagača. Na ovaj način postupak zaštite prava od akuzatorskog postupka prelazi u jednu vrstu inkvizitorskog postupka, koji se pokrenuo na zahtev ovlašćenog predlagača, odnosno podnosioca zahteva, a posle povlačenja zahteva za zaštitu prava, dalje se nastavlja i vodi po službenoj dužnosti. Republička komisija izvodi dokaze za koje oceni da su od uticaja za donošenje pravilne i zakonite odluke o podnetom zahtevu za zaštitu prava. Upravo zbog ovoga, kod vrednijih nabavki predviđeno je učešće veštaka, koji treba da pomognu članovima da izvede potrebne dokaze u primerenom roku.

Odluka Republičke komisije može biti zaključak ili rešenje. Zaključkom se odbacuje zahtev za zaštitu prava, odbacuje žalba podnosioca zahteva, obustavlja postupak zaštite prava i odbacuje zahtev za pokretanje prekršajnog postupka. To su procesne odluke, a meritorne odluke se donose u formi rešenja. Rešenjem se usvaja ili odbija zahtev za zaštitu prava i žalba podnosioca zahteva, usvaja ili odbija predlog naručioca da zahtev nema suspenzivno dejstvo, ili privremena mera zabrane zaključenja ili izvršenja ugovora u pregovaračkom postupku pokrenutom iz razloga izuzetne hitnosti, izriče novčana kazna, poništava ugovor i odlučuje u prekršajnom postupku. Sastavni deo odluke Republičke komisije je obrazloženje, kao i nalog naručiocu da preduzme određene mere u cilju zakonitog završetka postupka javne nabavke. Najduži rok koji može odrediti komisija je 25 dana od dana prijema odluke. Odluka Republičke komisije je konačna jer se protiv nje ne može se izjaviti žalba. Protiv ove odluke može pokrenuti upravni spor podnošenjem tužbe Upravnom sudu, u roku od 30 dana od dana prijema odluke. Upravni spor se može pokrenuti i u situaciji kada odluka Republičke komisije nije doneta i dostavljena u zakonom predviđenom roku, dakle zbog „ćutanja uprave“. Pokretanje upravnog spora ne odlaže izvršenje odluke Republičke komisije.[20]

3. Osnovne odlike zaštite prava u postupcima javnih nabavki u Crnoj Gori

Kao u Republici Srbiji, i u Crnoj Gori zakonom je predviđena shodna primena odredaba zakona kojim je uređen opšti upravni postupak,

[20] ZJN RS, čl. 159.

ukoliko zakonom nije drukčije određeno, ali pravno sredstvo kojim se pokreće postupak je žalba. Žalba se izjavljuje Državnoj komisiji za kontrolu postupaka javnih nabavki, podnosilac žalbe istog dana žalbu dostavlja naručiocu, o čemu dostavlja dokaz Državnoj komisiji u roku od tri dana od dana dostavljanja žalbe naručiocu. Rok za podnošenje žalbe Državnoj komisiji je 10 dana od dana objavljivanja poziva za javno nadmetanje, odnosno dostavljanja poziva za nadmetanje, preuzimanja odnosno otkupa ili odbijanja pojašnjenja tenderske dokumentacije, javnog otvaranja ponuda, prijema zaključka, rešenja i odluke ponuđača, odnosno zainteresovanog lica ili propuštanja radnje naručioca, kojima se povređuju prava ponuđaĉa ili zainteresovanog lica u postupku javne nabavke. Podnosilac žalbe koji je propustio da izjavi žalbu u roku od 10 dana u na sadržaj i način objavljivanja poziva za javno nadmetanje; na sadržaj poziva za nadmetanje, sadržaj, pojašnjenje i dostupnost tenderske dokumentacije zainteresovanim licima i na postupak javnog otvaranja ponuda, sadržaj zapisnika o javnom otvaranju ponuda, nema pravo na podnošenje žalbe u kasnijoj fazi postupka. O podnetoj žalbi naručilac obaveštava sve učesnike u postupku javne nabavke, u roku od tri dana od dana njenog prijema. Žalbu mogu podneti ponuđači i druga zainteresovana lica (lice koje je dostavilo zahtev za uvid, odnosno otkupilo tendersku dokumentaciju, kao i lice koje dokaže da je pretrpelo ili moglo pretrpeti štetu zbog odluke, radnje ili propuštanja radnje naručioca, odnosno postupanja suprotno odredbama zakona). Vidimo da je članom 148. Zakona o javnim nabavkama u Republici Srbiji aktivna legitimacija za podnošenje zahteva za zaštitu prava šire postavljena. Prema rešenju prethodnog Zakona o javnim nabavkama[21] svaki ponuđač i svako lice na čija se prava i pravne interese odnosio postupak javne nabavke (zainteresovano lice) imao je pravo uložiti prigovor zbog učinjenih nepravilnosti u toku čitavog postupka javne nabavke. Radi zaštite javnog interesa, prigovor su mogli podneti i nadležni državni tužilac, nadležni organ uprave, Državna revizorska institucija i drugi nadležni organi. Prigovor je obustavljao sve dalje aktivnosti naručioca u postupku dodele ugovora o javnoj nabavki, do donošenja odluke po prigovoru. Naručilac je zaključkom odbacivao nedopušten, neblagovremen i prigovor izjavljen od strane neovlašćenog lica. Ukoliko to nije slučaj, imao je obavezu da razmotri blagovremeno podneseni prigovor i da roku od osam dana od dana prijema donese rešenje kojim je mogao usvojiti prigovor u celini ili delimično i preinačiti odluka o izboru najpovoljnije ponude, usvojiti prigovor kao osnovan i, u celini ili delimično, poništiti postupak za dodelu ugovora o javnoj nabavci ili odbiti prigovor kao neosnovan. Protiv

[21] Zakon o javnim nabavkama, *Službeni list Republike Crne Gore*, br. 46/06.

rešenja naručioca kojim je odlučeno po podnetom prigovoru, odosno u slučaju nedonošenja rešenja mogla se izjaviti žalba Komisiji za kontrolu postupka javnih nabavki, u roku od osam dana od dana prijema rešenja po podnetom prigovoru.[22]

Prema članu 124 važećeg Zakona o javnim nabavkama Crne Gore, blagovremeno podneta žalba prekida sve dalje aktivnosti naručioca u postupku javne nabavke, do donošenja odluke po žalbi. Izuzetno, Državna komisija može da odobri nastavak postupka javne nabavke na zahtev naručioca, ako bi zbog prekida postupka javne nabavke naručiocu nastupila znatna šteta koja je nesrazmerna sa vrednošću javne nabavke ili bi bio ugrožen interes Crne Gore i iz razloga izuzetne hitnosti, u cilju otklanjanja i sprečavanja opasnosti od nepredviđenih događaja, otklanjanja posljedica tih nepredviđenih događaja, ugroženosti zdravlja i života građana, kao i drugih nepredvidljivih okolnosti na koje naručilac nije mogao ili ne može da utiče. Zahtev za nastavak postupka javne nabavke može se podneti u roku od pet dana od dana prijema žalbe, a Državna komisija o njemu odlučuje u roku od tri dana od dana podnošenja zahteva. U slučaju usvajanja zahteva, naručilac je dužan da o tome obavesti sve učesnike u postupku, u roku od tri dana od dana dostavljanja odluke. Neurednost kontroliše Državna komisija tj. ako žalba sadrži formalni nedostatak koji sprečava postupanje po njoj ili je nerazumljiva ili nepotpuna, Državna komisija će najkasnije u roku od pet dana od dana prijema žalbe, zatražiti od podnosioca žalbe da se nedostaci otklone i odrediće mu rok da to učini (u suprotnom, Državna komisija će zaključkom odbaciti žalbu), dok je Naručilac dužan da, u roku od osam dana od prijema žalbe, Državnoj komisiji dostavi odgovor na žalbu, sa izjašnjenjem o žalbenim navodima, spise i dokumentaciju javne nabavke sa popisom priloga, originale dostavljenih ponuda i druge dokaze od značaja za odlučivanje po žalbi. Ako naručilac ne dostavi spise i dokumentaciju u roku od 15 dana od dana podnošenja žalbe naručiocu, Državna komisija može da donese odluku o poništenju postupka javne nabavke. Naručilac može da oceni da je žalba u celosti ili delimično osnovana u kom slučaju može, u roku od osam dana od dana prijema žalbe, da poništi odluku ili da je zameni drugom odlukom, može da ispravi učinjenu radnju u skladu sa zahtevom iz žalbe ili poništi postupak javne nabavke, o čemu je dužan da obavesti sve učesnike postupka. Naručilac koji je iskoristio ovo ovlašćenje dužan je da o tome, bez odlaganja, obavesti Državnu komisiju i dostavi joj original

[22] Prethodni Zakon o javnim nabavkama je, dakle, poznavao dvostepenost zaštite prava u postupku javne nabavke: naručilac je zaključkom ili rešenjem odlučivao o podnetom prigovoru u prvom stepenu, a potom se na odluku mogla podneti žalba drugostepen organu - Državnoj komisiji. Protiv konačnog rešenja Državne komisije, radi utvrđivanja njegove zakonitosti, mogao se tužbom pokrenuti upravni spor pred Upravnim sudom Republike Crne Gore.

nove odluke sa dokazima da je dostavljena svim učesnicima u postupku javne nabavke (i protiv ovakve odluke naručioca može se izjaviti žalba Državnoj komisiji).

Državna komisija je dužna da odluči po žalbi u roku od 15 dana od dana prijema spisa i potpune dokumentacije o postupku javne nabavke, ali se rok može produžiti najviše za 10 dana u slučaju potrebe angažovanja veštaka, pribavljanja mišljenja nadležnih organa i obimnosti dokumentacije u postupku javne nabavke, o čemu se obaveštavaju podnosilac žalbe i naručilac. Kada u postupku o žalbi ne donosi meritoru odluku, Državna komisija zaključkom odbacuje žalbu koja je nedopuštena, neblagovremena i izjavljena od strane neovlašćenog lica i prijemom pisanog obaveštenja podnosioca žalbe da odustaje od podnete žalbe, zaključkom obustavlja postupak. Kada u postupku o žalbi donosi meritoru odluku Državna komisija rešenjem može da odbije žalbu kao neosnovanu ili da usvoji žalbu i u celosti ili delimično poništi postupak javne nabavke i donetu odluku, ukaže naručiocu na učinjene nepravilnosti i naloži mu sprovođenje novog postupka i odlučivanje ili preuzimanje potrebnih mera kojima se učinjene nepravilnosti otklanjaju. U roku od tri dana od dana donošenja, Državna komisija dostavlja odluku podnosiocu žalbe i naručiocu i objavljuje na svojoj internet stranici. Odluka mora biti obrazložena. Naručilac je dužan da postupi po odluci i o tome obavesti Državnu komisiji u ostavljenom roku. Ako naručilac ne sprovede odluku u ostavljenom roku, Državna komisija o tome obaveštava Vladu, odnosno nadležni organ jedinice lokalne samouprave i predlaže pokretanje postupka odgovornosti.

Prema članu 135, Državna komisija odlučuje u granicama žalbenih navoda, ali po službenoj dužnosti, odlučuje o bitnim povredama koje su taksativno navedene u članu 134 zakona, nezavisno na koji deo postupka javne nabavke je žalba izjavljena. U postupku zaštite prava u Crnoj Gori, nakon upravne, članom 136 regulisana je sudska zaštita prava: odluke Državne komisije su konačne, protiv njih se može pokrenuti upravni spor, a postupak sudske zaštite je hitan.

4. Osnovne odlike zaštite prava u postupcima javnih nabavki u Republici Hrvatskoj

Žalbeni postupak koji se vodi prema odredbama ovoga Zakona je upravni postupak, odredba je hrvatskog zakona[23]. Ovaj postupak vodi se

[23] ZJN HR, čl. 139. st. 2.

na hrvatskom jeziku i uz upotrebu latiničnog pisma.[24] Pravo na žalbu, tj. aktivnu legitimaciju, ima svako fizičko lice, pravno lice i udruženje fizičkih i/ili pravnih lica koja imaju ili su imala pravni interes za dobijanje određenog ugovora o javnoj nabavci ili okvirnog sporazuma i koje je pretrpelo ili bi moglo pretrpeti štetu od navodnog kršenja subjektivnih prava, te odgovarajući organ državne uprave nadležan za sistem javnih nabavki i nadležno državno pravobranilaštvo. Žalilac je obavezan da dokaže postojanje procesnih pretpostavki za izjavljivanje žalbe (tj. svoju aktivnu legitimaciju), kao i povrede postupka i/ili materijalnog prava koje su istaknute u žalbi, a naručilac postojanje činjenica i okolnosti na osnovu kojih je doneo odluke o pravima, preduzeo radnje ili propustio radnje, te sproveo postupke koji su predmet žalbenog postupka.[25] Prema članu 142 Zakona, stranke žalbenog postupka su „žalitelj, naručilac, odabrani natjecatelj[26] i odabrani ponuditelj".[27] Rokovi za izjavljivanje žalbe detaljno regulisani su članovima od 146 do 153 zakona. Žalba se izjavljuje u roku deset dana, a u postupcima javne nabavke male vrednosti u roku pet dana, s tim da se početak računanja roka razlikuje u zavisnosti o kom postupku javne nabavke je reč, a posebni rokovi za izjavljivanje žalbe predviđeni su u slučaju ugovora koji su izuzeti od primene zakona, zatim u slučaju sklapanja ugovora bez prethodno sprovedenog postupka javne nabavke i u slučaju sklapanja ugovora na osnovu okvirnog sporazuma. Kao i u Republici Srbiji i Crnoj Gori, tokom postupka važi pravilo koje predviđa da propuštanje ulaganja žalbe u određenoj fazi postupka javne nabavke znači da se pravo na žalbu gubi u kasnijoj fazi postupka za prethodnu fazu. Još jedna procesna odlika koja je prisutna i u uporednom pravu tiče se ovlašćenja komisije koja rešavajući po žalbi na prvom mestu postupa u granicama žalbenih navoda (odlika akuzatorkog postupka), ali po službenoj dužnosti pazi na bitne povrede koje su počinjene u fazi postupka u kojoj je izjavljena žalba (odlika inkvizitorskog postupka). Bitna povreda postoji ako naručilac nije primenio ili je nepravilno primenio koju odredbu izvora prava, što je bilo od uticaja na zakonitost postupka, a za koju žalilac nije znao niti mogao znati u trenutku izjavljivanja žalbe, s tim da Državna komisija nije ovlašćena da kontroliše činjenično i pravno stanje koje je bilo predmet prethodne žalbe u istom postupku nabavke.

[24] ZJN HR, čl. 140. Zakoni o javim nabvkama u Republici Srbiji i u Croj Gori ne sadrže izričitu zakonsku odredbu o tome na kom jeziku i uz upotrebu kog pisma se vodi postupak zaštite prava.

[25] ZJN HR, čl. 141-143.

[26] Natjecatelj je privredni subjekt koji je zainteresovan da učestvuje u ograničenom postupku javne nabavke, pregovaračkom postupku javne nabavke s prethodnom objavom ili natjecateljskom dijalogu i svoju je volju iskazao zahtevom za učestvovanje.

[27] Ponuditelj je privredni subjekt koji je blagovremeno dostavio ponudu, u daljem tekstu: ponuđač.

Članom 161. zakona propisano je suspenzivo dejstvo žalbe tj. navedeni su slučajevi u kojima žalba sprečava nastavak postupka javne nabavke ili nastanak ugovora o javnoj nabavci i okvirnog sporazuma. U ostalim slučajevima koji nisu obuhvaćeni navedenim članom izjavljena žalba ne sprečava nastavak postupka javne nabavke, sprovođenje novog postupka javne nabavke, nastanak ugovora o javnoj nabavci, odnosno nastanak okvirnog sporazuma, osim u slučaju kada Državna komisija na osnovu predloga žalioca odredi privremenu meru.

Hrvatski zakon, dakle, poznaje privremene mere.[28] Dakle, uz žalbu koja ne sprečava nastavak postupka javne nabavke, nastanak ugovora o javnoj nabavci odnosno nastanak okvirnog sporazuma, žalilac može podneti predlog za određivanje privremene mere s ciljem pravovremenog ispravljanja kršenja Zakona ili sprečavanja nastanka štete. Predmet predloga za određivanje privremene mere može biti sprečavanje nastavka postupka javne nabavke, sprečavanje donošenja ili sprovođenja odluke ili radnje naručioca, sprečavanje nastanka i/ili izvršavanja ugovora o javnoj nabavci ili okvirnog sporazuma kao i sprečavanje sprovođenja novog postupka javne nabavke za isti ili sličan predmet nabave. Žalilac u svom predlogu mora dokazati ili učiniti verovatnim postojanje okolnosti na kojima zasniva predlog, a Državna komisija će odluku o ovom predlogu doneti u roku deset dana od dana urednosti spisa (uredan spis sadrži sve dokumente i dokaze na osnovu kojih se, prema oceni Državne komisije, može doneti valjana odluka). U rešenju kojim se određuje privremena mera određuje se i trajanje iste. Uzimajući obzir moguće posledice određivanja privremene mere za sva zainteresovana lica koja bi mogla biti oštećena njenim određivanjem, uključujući i javni interes, Državna komisija može odbiti predlog za određivanje privremene mere ukoliko oceni da bi negativne posledice iste nadmašile njenu korist. Ako žalilac uz žalbu ne podnese predlog za određivanje privremene mere ili Državna komisija odbije takav predlog, predmetni postupak javne nabavke se nastavlja, ugovor o javnoj nabavci odnosno okvirni sporazum, mogu se sklopiti ili izvršavati.

U slučaju izjavljene žalbe koja sprečava nastavak postupka javne nabavke, nastanak ugovora o javnoj nabavci odnosno nastanak okvirnog sporazuma, naručilac može postaviti zahtev za odobrenjem nastavka postupka javne nabavke, sklapanja ugovora o javnoj nabavci odnosno okvirnog sporazuma za predmet ili deo predmeta nabave iz sledećih razloga: mogućeg nastanka štete koja je nesrazmerno veća od vrednosti predmeta nabavke, zaštite javnog interesa, hitnosti nabavke, te zbog

[28] ZJN HR, čl. 163

mogućeg ugrožavanja života i zdravlja ljudi ili zbog drugih ozbiljnih opasnosti ili mogućih šteta. Naručilac zahtev podnosi do donošenja rešenja Države komisije i u njemu mora dokazati ili učiniti verovatnim postojanje okolnosti na kojima zasniva svoj zahtev. Uvažavajući sve okolnosti predmetnog postupka javne nabavke, Državna komisija će o zahtevu odlučiti u roku deset dana od dana prijema zahteva ili iz opravdanog razloga odložiti donošenje odluke do odlučivanja o glavnoj stvari. Opravdani razlog u ovom slučaju mora se posebno obrazložiti u odluci o glavnoj stvari.[29]

Radi pravilnog sprovođenja postupka čiji je rezultat pravilna, zakonita odluka, u žalbenom postupku stranke imaju pravo da se izjasne o zahtevima i navodima druge strane i predlože dokaze, ovlašćene su da izvrše uvid u spis predmeta osim onog dela koji je u skladu sa Zakonom i posebnim propisima označen tajnim. Ipak, nije im dozvoljeno da kopiraju, umnožavaju, reprodukuju i fotografišu podatke iz ponuda drugih ponuđača i ostale dokumentacije spisa, već samo da ručno beleže podatke iz spisa predmeta. Državna komisija će svakoj stranci dostaviti podneske kojima se raspravlja o glavnoj stvari ili predlažu nove činjenice i dokazi[30]. Nadalje, stranke mogu predložiti održavanje usmene rasprave i obrazložiti razloge zbog kojih raspravu predlažu, a posebno zbog razjašnjenja složenog činjeničnog stanja ili pravnog pitanja. Državna komisija odlučuje o ovom predlogu, a može i sama tako odlučiti kada utvrdi da je to potrebno zbog razjašnjenja složenoga činjeničnog stanja ili pravnog pitanja. O usmenoj raspravi vodi se zapisnik. Usmena rasprava je javna, a javnost može biti isključena zbog potrebe čuvanja tajne[31].

Prema članu 164. Državna komisija može da obustavi žalbeni postupak, da odbaci žalbu zbog nenadležnosti, nedopuštenosti, neurednosti, neblagovremenosti, nedostatka pravnog interesa i zbog toga što je izjavljena od neovlašćenog lica, da odbije žalbu, da poništi odluku, postupak ili radnju u delu u kojem su zahvaćeni nezakonitošću, uključujući diskriminatorske, tehničke, finansijske i druge odredbe iz poziva na nadmetanje, dokumentacije za nadmetanje ili ostale dokumentacije u vezi s postupkom javne nabavke, da poništi ugovor o javnoj nabavci ili okvirni sporazum ili njegov deo, da odluči o zahtevu za naknadu troškova žalbenog postupka, da odluči o predlogu za određivanje privremene mere, da odluči o zahtevu za odobrenjem nastavka postupka javne nabavke odnosno sklapanja ugovora o javnoj nabavci ili okvirnog sporazuma i da

[29] ZJN HR, čl. 162.
[30] ZJN HR, čl. 165.
[31] ZJN HR, čl. 166.

odredi novčanu kaznu. U žalbenom postupku Državna komisija glavnoj stvari odlučuje rešenjem, a u ostalim slučajevima zaključkom, s tim da rešenje mora biti obrazloženo. Odluka Državne komisije je izvršna. Jedna od odluka Državne komisije u žalbenom postupku može biti poništenje ugovora o javnoj nabavci ili okvirnog sporazuma. Odluku da poništi ugovor o javnoj nabavci ili okvirni sporazum u celini ili delimično Državna komisija donosi iz razloga koji su taksativno navedeni u članu 167. S obzirom na razlog poništenja, uzimajući u obzir sve relevantne okolnosti, uključujući težinu povrede Zakona i postupanje naručioca, Državna komisija može poništiti ugovor o javnoj nabavci odnosno okvirni sporazum uključujući i sve njegove pravne posledice od trenutka njegovog nastanka ili poništiti ugovor odnosno okvirni sporazum samo u odnosu na one ugovorne obveze koje još nisu ispunjene. Državna komisija može doneti odluku kojom sklopljeni ugovor o javnoj nabavci ili okvirni sporazum ostaje na snazi u celosti ili delimično, i pored postojanja razloga za poništenje ako, uzimajući u obzir sve relevantne okolnosti, utvrdi da prevladavajući razlozi u vezi s opštim interesom zahtevaju da efekti ugovora treba da ostanu na snazi, s tim da se ekonomski interesi mogu smatrati prevladavajućim razlozima samo u izuzetno, kada bi poništenje ugovora dovelo do nesrazmernih posledica, a kao takvi ne smatraju se ekonomski interesi neposredno vezani uz predmetni ugovor o javnoj nabavci kao što su troškovi zbog zakašnjenja u izvršenju ugovora, troškovi sprovođenja novog postupka javne nabave, troškovi koji mogu nastati zbog promene privrednog subjekta koji izvršava ugovor i troškovi pravnih obaveza koje su rezultat poništenja ugovora o javnoj nabavci.

Na kraju, protiv odluke Državne komisije može se pokrenuti upravni spor pred nadležnim upravnim sudom[32]. Hitan je postupak po upravnoj tužbi u predmetu javne nabavke[33]. Za razliku od novog zakona o javnim nabavkama u Republici Srbiji,[34] hrvatski zakon posebno propisuje da svako lice koje je pretrpelo štetu zbog povreda Zakona ima mogućnost naknade štete pred nadležnim sudom prema opštim propisima o naknadi štete[35].

[32] ZJN HR, čl. 173.
[33] ZJN HR, čl. 174.
[34] V. Kozar, "Nevažnost ugovora o javnim nabavkama i naknada štete", *Pravo i privreda,* 7-9/2013, 477-490.
[35] ZJN HR, čl. 175.

5. Zaključak

Novim Zakonom o javnim nabavkama u Republici Srbiji, postupak zaštite prava i to u svim stadijumima postupka javne nabavke ostvaruje se u posebnom (upravnom) postupku. Takođe, radi zaštite prava u postupku javnih nabavki zakonsko rešenje u Crnoj Gori nalaže shodnu primenu odredaba zakona kojim je uređen opšti upravni postupak, a u Republici Hrvatskoj - žalbeni postupak je upravni postupak.

Kao i u Republici Srbiji i u zakonima koji regulišu oblast javnih nabavki u Crnoj Gori i u Republici Hrvatskoj, unapređen je postupak zaštite prava u postupcima javnih nabavki i usklađen sa Direktivom 2007/66/EZ, koja reguliše reviziju postupka javne nabavke. U Republici Srbiji, ovaj postupak pokreće se posebnim pravnim sredstvom - zahtevom za zaštitu prava. U Crnoj Gori i u Republici Hrvatskoj, postupak zaštite prava pokreće se žalbom. Protiv konačih odluka donetih po sprovođenju upravnog postupka, obezbeđena je sudska zaštita.

Assistant Prof. Vladimir Kozar, Ph.D
Law Faculty for Economy and Judiciary, Business Academy Novi Sad
Mr Vesna Bilbija
Public Enterprise PTT "Serbia", Working Unit of Postal Traffic "Subotica"

THE PROTECTION OF RIGHTS IN THE PROCESSES OF PUBLIC PROCUREMENT IN THE REPUBLIC OF SERBIA AND THE COUNTRIES OF THE REGION

Summary

The protection of rights in all the phases of the public procurement process is carries out through a specific (administrative) proceeding. The Law on General Administrative Proceeding, in its Article 3 allows the possibility of issuing specific administrative proceedings by stipulating that "the provisions of the law, due to specific nature of administrative matters in certain administrative areas, provide for necessary exceptions to

the general rules of administrative proceedings and must be in accordance with the basic principles laid down by this law". This procedure is initiated by a special remedy - *the request for the protection of rights.* The deadline for passing a decision on the request is determined, and in a case of its exceeding, there is an assumption of "*silence of the administration*" in which case it is considered that the request for the protection of rights is denied and the complaint is allowed in administrative proceedings.

The topic of this paper is the protection of rights in the public procurement processes in the countries of the region: in Montenegro and in the Republic of Croatia. As well as in the Republic of Serbia, the process of the protection of rights in the above mentioned countries is the administrative proceeding, and the process of protection of rights is initialized by an appeal. Against the final decisions issued as the results of the administrative proceedings one can initiate an administrative dispute. In Montenegro and in the Republic of Croatia, the proceeding of the judicial protection is urgent.

Key words: request, protection of rights, appeal, public procurement, administrative proceeding, administrative dispute.

Доц. др Вељко Милутиновић[1]

Прегледни научни рад
UDK: 346.545/.546(4-672EU)

ЗНАЧЕЊЕ И ЗНАЧАЈ КРИТЕРИЈУМА УТИЦАЈА НА ТРГОВИНУ ИЗМЕЂУ ДРЖАВА ЧЛАНИЦА У ПРАВУ КОНКУРЕНЦИЈЕ ЕУ И ДРЖАВА ЧЛАНИЦА

Апстракт

Критеријум утицаја на трговину између Држава чланица служи, већ више од пола века, као критеријум за поделу у примени између националног права конкуренције Држава чланица ЕУ и европског права конкуренције. Овај критеријум, који је претрпео како експанзију тако и контракцију, па затим поновну експанзију у свом обиму примене, временом добија на значају услед све већих материјално и процесноправних последица примене односно непримене европског права конкуренције. Упркос том све већем значају, критеријум остаје крајње флексибилан и отворен. Једини начин да се дâ чвршћи оквир овом суштинском питању јесте да се претходно прецизније утврди однос између националног и европског права конкуренције, чему, у одређеној мери, тежи нова Директива о накнади штете, која је тренутно у финалној фази усвајања.

Кључне речи: право конкуренције, ЕУ, Директива о накнади штете, национално право.

1. Увод

Чланови 101. и 102. Уговора о функционисању Европске уније („УФЕУ“) - некада чланови 81. и 82. Уговора о Европској заједници) представљају материјалноправну срж права конкуренције Европске

[1] Факултет за међународну економију Универзитет Мегатренд Београд, Консултант (правни експерт) на пројекту ЕУ *Policy and Legal Advice Centre* за питања примене Директиве о услугама у Србији; mail: veljko.milutinovic@gmail.com

уније („ЕУ“), тј. забрану рестриктивних споразума и злоупотребе доминантног положаја. Садржај ових одредби, који је у значајној мери сличан много старијим члановима 1. и 2. америчког „Шермановог закона“ који забрањује,[2] у начелу, слична кршења слободе конкуренције, преписан је у домаће прописе о заштити конкуренције свих Држава чланица ЕУ, као и Држава кандидата за чланство (нпр. Србије).[3]

За разлику од прописа Држава чланица и Држава кандидата за чланство, међутим, одредбе чланова 101. и 102. УФЕУ садрже један битан критеријум који мора бити испуњен да би се исте примениле, а то је да неконкурентно понашање има „утицај на трговину између Држава чланица.“ Сличан критеријум мора бити испуњен и ради примене права конкуренције из споразума о стабилизацији и придруживању („ССП“) који су на снази између ЕУ и њених Држава чланица са једне стране и трећих држава са друге стране.[4] Овај критеријум може се поставити и негативно: ако одређено понашање не утиче на трговинску размену између Држава чланица (односно Држава чланица и треће државе, у случају ССП), нема примене материјалних одредби права конкуренције ЕУ.

Наведени критеријум није лишен контроверзи и његово значење и значај су се битно мењали од Римског уговора из 1957. и оснивања првобитне Европске економске заједнице до данас. Што се тиче значења, оно је претрпело сукцесивне таласе експанзије и контракције. Што се тиче значаја, он је, изузев кратког периода од средине деведесетих година прошлог до првих година овог века, константно растао и наставља да расте, услед све већих правних и практичних последица примене односно непримене права конкуренције ЕУ у конкретним фактичким ситуацијама.

Предмет овог чланка су значење и значај критеријума утицаја на трговину између Држава чланица. Уз критички осврт на развој овог критеријума кроз праксу Суда правде ЕУ и Европске комисије, биће изведени одређени закључци о његовој улози у савременом праву и политици конкуренције у ЕУ и Држава чланица.

---

[2] *Sherman Antitrust Act*, 15 U.S.C. §§ 1-7.

[3] В. Закон о заштити конкуренције (*Сл. гласник РС*, бр. 51/2009 и 95/2013), чл. 10. и 16.

[4] В. нпр. Споразум о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица са једне стране и Републике Србије са друге стране (доступан на интернет адреси: www.seio.gov.rs/dokumenta/sporazumi.193.html, 10.10.2014.) чл. 73.

2. Експанзија критеријума

Као што је већ речено, забране из чланова 101. и 102. УФЕУ се примењују искључиво на ситуације где постоји утицај на трговинске токове (трговину) између Држава чланица. У том смислу, утицај на трговину представља апсолутни критеријум: ако га одређено неконкурентно понашање испуњава, оно мора бити испитано у складу са члановима 101. и 102; ако га не испуњава, оно не може бити предмет ових одредби ни у ком случају.[5]

Према чувеној формулацији Суда правде из раних дана ЕЕЗ, у предмету *STM*:

> Да би овај критеријум био испуњен, неопходно је предвидети са довољним степеном вероватноће на основу објективних правних и фактичких чинилаца да споразум у питању може утицати, *директно или индиректно, стварно или потенцијално*, на трговинске токове између Држава чланица.[6]

Формулација Суда тешко да је могла бити шира. Утицај на трговину не мора да се манифестује, под условом да је разумно претпоставити да то може да се деси.[7] Сходно тумачењу Суда у готово истовременој пресуди *Consten*,[8] утицај на трговину, у овом контексту, може бити чак и *повећање* обима трговине, под условом да:

> ... споразум може представљати претњу, директну или индиректну, стварну или потенцијалну, за слободу трговине између Држава чланица на начин који може довести у питање постизање циљева јединственог тржишта између Држава чланица.[9]

---

[5] Према речима Суда правде: „Само у оној мери у којој споразум може да утиче на трговину између Држава чланица његов утицај на конкуренцију може потпасти под забрану на основу права [Уније], док ће, у супротном, он избећи наведену забрану“: Предмет 56/65, *Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm* [1966] ECR English *Special Edition* 235, 249.

[6] *Ibid.* (нагласак додат).

[7] Предмет 107/82, *AEG v. Commission* [1983] ECR 3151, пара. 60.

[8] Предмет 56 and 58/64 *Consten and Grundig v. Commission* [1966] ECR *English Special Edition* 299.

[9] *Ibid.*, 341.

Такође, према тумачењу Суда, под одређеним околностима, трговина „између“ Држава чланица не мора заиста да се одвија *између* дотичних:

> Споразум који покрива целу територију Државе чланице је по својој природи такав да ојачава поделу тржишта на националној основи, те тиме успорава економску интерпенетрацију коју Уговор предвиђа и штити домаћу производњу.[10]

Дакле, чак и када прекограничне трговине нема на основу споразума, картел који покрива целу Државу чланицу, у начелу, испуњава критеријум утицаја на трговину између Држава чланица.

Критеријум утицаја на трговину се односи и на производе који нису предмет прекограничне трговине, докле год су ови интегрисани у производе који то јесу.[11] Такође је битно напоменути да делови споразума који утичу на трговину не морају бити исти они који ограничавају конкуренцију.[12] На крају (и то не само у случају примене ССП), критеријум утицаја на трговину се може применити и на трговину која се одвија мимо територије ЕУ, под условом да су конкуренти на које рестриктивни споразум утиче лоцирани унутар наведене територије.[13]

3. Контракција критеријума и разлози за исту

Све до деведесетих година прошлог века, широко тумачење утицаја на трговину између Држава чланица имало је посебан смисао и улогу, обзиром на ситуацију која је преовладавала у тадашњој ЕЕЗ/ЕЗ. Наиме, до тада су се прописи о заштити конкуренције или битно разликовали од једне Државе чланице до друге или су, још чешће, били непостојећи, те је право конкуренције ЕУ било, на неки начин, једино ефективно право које би спровело принципе из члана 101. и 102. УФЕУ. Те деценије је постигнута конвергенција између материјалних одредби националних прописа Држава чланица и

[10] Предмет 8/72, *Vereeniging van Cementhandelaren v Commission* [1972] ECR 977, пара. 29.
[11] Предмет 123/83, *Bureau national interprofessionnel du cognac v. Clair* [1985] ECR 391, пара. 29.
[12] Предмет 193/83*, Windsurfing International v. Commission [1986]* ECR 611, пара. 96.
[13] Предмети Т-24/93, итд. *Compagnie Maritime Belge Transports SA v. Commission* [1996] ECR II-1201, пара. 201-206.

чланова 101. и 102. у процесу који је, барем наизглед, био сасвим спонтан.[14]

Увођење националних прописа заснованих на члановима 101. и 102. широм Уније значило је да заштита конкуренције може да се одвија и на националном нивоу, на мање-више идентичним основима као на нивоу ЕУ. Томе сходно, примена права ЕУ на рестриктивне споразуме и злоупотребе доминантног положаја итекако је изгубило на значају. Ово се одразило, рекло би се, и на приступ Суда правде и Европске комисије утицају на трговину између од деведесетих година прошлог века до данас, а посебно у предметима *Bagnasco* и *Dutch Giro Payments*.[15]

У предмету *Bagnasco*, контроверзни рестриктивни стандардни услови које је усвојила Асоцијација банака Италије везано за кредитне гаранције у корист физичких лица су дозвољени на основу изостанка осетног утицаја на трговину између Држава чланица. Суд се сложио са ставом Европске комисије да, иако су спорне услове наметнуле све италијанске банке својим клијентима, иностране банке нису биле заинтересоване да послују са становништвом у Италији, те стога ионако не би биле вољне да уђу на тржиште за кредите везане за текући рачун.[16]

Гледано из перспективе ранијих пресуда, ова последња делује у најмању руку необично. Одбијање да се испита законитост стандардних услова на основу права ЕУ под образложењем да је неуобичајено да иностране банке раде са локалним становништвом коси се са суштином идеје економске „интерпенетрације“ и јединственог тржишта. Тумачење Суда је такође тешко помирити са његовим раније установљеним (и никада повученим) ставом да картели који покривају целу Државу чланицу сами по себи утичу на трговину између Држава чланица.[17]

Слична пресуди *Bagnasco* је пресуда *Dutch Giro Payments*,[18] где је Европска комисија установила да су холандске банке ограничиле конкуренцију тако што су наместиле (фиксирале) цену провизије

[14] За критички приказ овог процеса: H. Ullrich, „Harmonisation within the European Union“ 17 *European Competition Law Review* (1996), 178.

[15] Предмети C-215 и 216/96, *Carlo Bagnasco et al. v. Banca Popolare di Novara and Cassa di Risparmio di Genova* [1999] ECR I-135; Предмети IV/34.010 *Nederlandse Vereniging van Banken* [1999] OJ L 271/28.

[16] *Bagnasco, loc. cit.* пара. 42-53.

[17] В. фусноту 9. изнад.

[18] *Loc. cit.* фуснота 14. изнад.

за плаћање путем жиро рачуна, али је истовремено установила и да наведено ограничење конкуренције не утиче на трговину између Држава чланица, јер пружање услуге плаћања преко жиро рачуна није битан фактор за иностране банке које желе да уђу на холандско тржиште. Европска комисија је до овог закључка дошла упркос чињеници да је, од укупно четрдесет и седам иностраних банака колико је тада пословало у Холандији, чак двадесет и седам пружало ову услугу холандском становништву.[19] Игнорисана је, дакле, како чињеница да је рестриктивни споразум покривао целу Државу чланицу тако и да је прекогранични елемент постојао не само потенцијално већ и веома стварно (додуше, у мањем обиму).[20]

Контракција критеријума утицаја на трговину између Држава чланица је доживела, чини се, свој максимум са холандским банкама и видно је заустављена од стране Суда правде у предмету *Manfredi*, где је Суд установио да италијански картел осигуравајућих друштава за фиксирање цена ауто осигурања који важи на територији Италије може имати утицај на трговину између Држава чланица.[21] У том случају, према речима Суда, чињеница да су поједини инострани осигуравачи били умешани у картел није пресудна, али је неопходно узети у обзир да ли је картел представљао баријеру за улазак иностраних осигуравача.[22]

Разлика између предмета *Bagnasco* и предмета *Manfredi* била је у томе што је сврха пресуде у овом последњем била првенствено да ојача приватноправну примену члана 101. УФЕУ,[23] што је изискивало повратак нешто ширем тумачењу утицаја на трговину између Држава чланица. Наиме, ако би се у наведеном предмету применило само италијанско право конкуренције, тужиоци, који су имали јако мале појединачне одштетне захтеве, морали би да се обрате вишој судској инстанци (апелационим судовима), док би, ако би се питање поставило као питање права ЕУ, могли да се обрате судовима најниже инстанце (судијама мира), јер су све националне судије под обавезом

[19] Додуше, са малим уделом на тржишту: 1% жиро уговора потписаних на годишњем нивоу, 1% дебитних транакција и 5% кредитних трансакција: loc. cit. фуснота 14. изнад, тачке 56-65.

[20] В. такође: *Communication from the Commission: Sector Inquiry under Art 17 of Regulation 1/2003 on retail banking (Final Report)* COM (2007) 33 final.

[21] Предмети C-295 to C-298/04, *Manfredi et al. v. Lloyd Adriatico* [2006] ECR I-6619, пара. 49-52.

[22] *Ibid*., пара. 44.

[23] За детаљну анализу улоге предмета Manfredi у овом контексту, в. *V. Milutinović, The 'Right to Damages' under EU Competition Law: from Courage v. Crehan to the White Paper and Beyond* (Хаг, Kluwer, 2010.), 69-73.

да примене члан 101. УФЕУ у предмету пред њима. У том смислу, члан 101. УФЕУ је наставио да игра улогу „попуњавања рупа“ у заштити појединаца које су за собом оставили национални режими заштите конкуренције.

4. Квантитативни критеријуми

У својој пракси, Суд правде је установио да утицај на трговину између Држава чланица мора бити „значајан.“[24] Стога, није сваки утицај на трговину довољан да активира примену права ЕУ, већ само онај чији је ефекат на тржишту довољно велики.

Да би дала конкретне оквире том квантитативном критеријуму, у својим *Смерницама о утицају на трговину* из 2004. године,[25] Европска комисија је дала следеће параметре:

... споразуми немају значајан утицај на трговину између Држава чланица када су испуњени следећи кумулативни критеријуми:

(a) укупни удео на тржишту страна на било ком релевантном тржишту унутар [Уније] на које утиче споразум не прелази 5% и

(b) у случају хоризонталних споразума, укупни годишњи приходи релевантних предузећа предметним производима не прелазе 40 милиона евра.[26]

Оба квантитативна критеријума су, разуме се, сасвим арбитрерна, а Суд правде није поменуо било какву цифру у овом смислу. Док критеријум б) говори заиста о обиму трговине, критеријум а), везан за уделе на тржишту везан је (и донекле изазива конфузију) са сасвим другим концептом - *значајним ограничењем конкуренције*, тојест споразумима мањег значаја, који су регулисани другим смерницама Комисије.[27] Ипак, вероватно је да се данак арбитрерности исплати, у смислу да даје већу предвидивост привредним субјектима, који могу

[24] В. спојене предмете Т-213/95 и Т-18/96, SCK and FNK [1997] ECR II-1739, пара. 178-181.
[25] Европска комисија, *Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty* [2004] OJ C101/81.
[26] *Ibid.,* тачка 52.
[27] Европска комисија, *Communication from the Commission - Notice on agreements of minor importance which do not appreciable restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice)*, OJ [2014] C 291/1.

прецизније да процене да ли њихов споразум утиче на трговину између Држава чланица. Битно је напоменути да смернице Комисије обавезују само тај орган, тј. оне представљају обећање да Комисија од њих неће одступити, док за националне органе и судове оне не представљају формални извор права.[28]

5. Материјалноправни значај утицаја на трговину

Већ је речено да утицај на трговину представља критеријум за поделу између националног и европског права конкуренције. Ситуација је битно закомпликована 2004. године, када је ступила на снагу Регулатива 1/2003,[29] која регулише поједина процесна и материјална питања везана за примену чланова 101. и 102. УФЕУ. Наиме, пре ступања на снагу овог акта, национални органи за заштиту конкуренције нису имали обавезу да примењују право конкуренције ЕУ, већ су могли да се ограниче на предмете у којима се примењује национално право.[30] Такође, иако је познато још од пресуде Суда правде *BRT* да су национални судови под обавезом да штите права појединаца која произилазе из чланова 101. и 102. УФЕУ,[31] Регулатива је увела, у своме члану 3. како за управне органе тако и парничне судове, обавезу примене права конкуренције ЕУ у сваком предмету где би орган/суд применио национално право конкуренције и где је право конкуренције примењиво (управо на основу критеријума утицаја на трговину између Држава чланица). Што је можда још важније, на основу истог члана Регулативе,приликом овакве паралелне примене националног права и права ЕУ, национални органи/судови морају да постигну онај исход који налаже право ЕУ (обавеза конвергенције), осим у случајевима где се примењују стриктнија национална правила о једностраном понашању на тржишту, која могу довести до неповољнијег исхода по оптужене субјекте.

Проблем различитог националног и европског материјалног права био је очигледан у предмету *German RPM for Books*,[32] који

[28] В. нпр. Предмет C-226/11, *Expedia Inc. v. Autorité de la concurrence* (13.12.2012. није још објављена у пракси Суда правде), пара. 29.

[29] Council Regulation (EC) No. 1/2003 of 16 Dec. 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Arts 81 and 82 of the Treaty, [2003] OJ L1/1.

[30] С тим што национално право конкуренције није ни раније могло да дозволи понашање које европско право конкуренције забрањује: Предмет 14/68 *Walt Wilhelm* [1969] ECR 1, пара. 4.

[31] Предмет 127/73, BRT v. SABAM [1974] ECR 51, пара. 16.

[32] В. *Council Resolution of 8 February 1999 on fixed book prices in homogeneous linguistic areas* [1999] OJ C42/2 и обавештење Европске комисије [2000] OJ C162/25.

је претходио Регулативи 1/2003. Наиме, у том предмету, немачко право дозвољавало је издавачима књига да фиксирају малопродајне цене,[33] што је било противно устаљеном правилу из права ЕУ које забрањује такве праксе, готово апсолутно.[34] Фиксирање цена важило је и за увозне књиге. Савет министара „притиснуо“ је Европску комисију усвајањем резолуције која је позивала на очување „културне разноликости“ у Унији (коју је одржавање минималних малопродајних цена књига, наводно, помагало).[35] Комисија је успела да се избори да фиксирање малопродајних цена више не важи за књиге које потрошачи увозе лично (између осталог, путем интернет куповине) као и на увозне књиге уопште, осим у случајевима где је сврха увоза управо да се заобиђе прописана минимална цена. Комисија је затим закључила да систем, услед измена које су уведене, не утиче на трговину између Држава чланица. Ово решење се коси директно са ранијим решењем у предмету *VBBB/VBVB*, које је старије и засновано на готово идентичном чињеничном стању.[36]

Примена одн. непримена права ЕУ може имати и битне грађанскоправне последице. Суд правде је 2001. године, у предмету *Courage* установио да право на накнаду штете за кршење члана 101. УФЕУ постоји на основу права ЕУ, без обзира на став националног права.[37] Пет година касније, у пресуди *Manfredi*, Суд је потврдио да се то право односи и на потрошаче, опет без обзира на став националног права.[38] Не само то, већ је истом приликом Суд установио и одређена минимална правила у смислу дефиниције накнаде штете, која подразумева, на нивоу ЕУ, право на стварну штету, измаклу добит и камату.[39] Овим је критеријум утицаја на трговину између Држава чланица стекао потенцијално пресудан значај за оштећену страну.

---

[33] У складу са чланом 15. немачког Закона о ограничењима конкуренције из 1957 *(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)*.

[34] Ради се о тзв. „хардкор“ ограничењу конкуренције: в. Commission Regulation (EC) No 2790/1999 of 22 December 1999 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices OJ [1999] L336/21, члан 4.

[35] *Council Resolution*, loc. cit. фуснота 31 изнад.

[36] Предмет IV/428, [1982] OJ L54/36; *в. G Monti, „Article 81 EC and Public Policy,“ 39 Common Market Law Review* (2002) 1057, 1084-1086.

[37] Предмет C-453/99, *Courage v. Crehan* [2001] ECR I-6297, пара. 26.

[38] *Manfredi*, loc. cit. фуснота 20. изнад, пара. 53. до 64. и друго питање националног суда.

[39] *Ibid.*, пара. 95.

6. Процесни значај утицаја на трговину

У данашње време, част ретким изузецима, материјално право конкуренције у ЕУ ће, углавном, бити исто, без обзира да ли се примењује национална или ЕУ „верзија.“ Међутим, чак и у одсуству материјалноправних разлика, примена критеријума утицаја на трговину између Држава чланица може имати битне процесне последице.

Враћајући се на већ поменути предмет *Dutch Giro Payments*, процесни проблем је постао евидентан током управног спора холандских банака против решења Европске комисије Наиме, Основни суд ЕУ је одбио као неоснован захтев за поништај решења Комисије између осталог стога што, сходно етаблираној пракси Суда правде, право на поништај акта постоји само против оних његових делова који „негативно утичу на правни положај странке;“ Европска комисија је закључила да холандске банке нису прекршиле члан 101. УФЕУ, те је Основни суд установио да спорно решење није негативно утицало на њихов правни положај.[40] Разлог зашто су банке ипак желеле поништај јесте што, иако је установљено да право конкуренције *ЕУ* није прекршено (услед неиспуњавања критеријума утицаја на трговину), из образложења решења јасно произилази да је постојао рестриктивни споразум, који је, по свој прилици, био противан холандском праву конкуренције. Формално гледано, холандски органи/судови били би обавезани решењем Комисије којим се утврђује да јесте дошло до кршења члана 101. УФЕУ,[41] као што би (мада то није скроз јасно на основу позитивног права) били обавезани изреком Комисије да није било кршења истог.[42] Међутим, решење којим се установљава да нема кршења права конкуренције ЕУ стога што је изостао утицај на трговину између Држава чланица оставља одрешене руке националним органима/судовима да самостално процене постојање евентуалног кршења националног права конкуренције, стога што се не ради о мериторном већ о процесном акту, којим се, у суштини, Комисија проглашава ненадлежном.

[40] Предмет T-138/89, *Nederlandse Bankiersvereniging and Nederlandse Veregining van Banken v. Commission* [1992] ECR II-2181, пара. 31-32.

[41] Регулатива 1/2003, *loc. cit.* фуснота 28. изнад, чл. 16. ст. 1.

[42] У прилог обавезујућем дејству решења којим се установљава да не постоји кршење чл. 101/102. УФЕ, в. V. Milutinović, „The ‘Right to Damages’ in a ‘System of Parallel Competences: A Fresh Look at *BRT v. SABAM* and its Subsequent Interpretation,“ у P. Lowe и M. Marquis (уредници), European Competition Annual 2011: *Integrating Public and Private Enforcement-Implications for Courts and Agencies* (Оксфорд, Hart, 2014.), стр. 341,353-357.

7. Директива о накнади штете

У тренутку закључивања овог чланка, очекује се да Савет одобри директиву која регулише питања права накнаде штете на основу европског и националног права конкуренције („Директива о накнади штете“ или „Директива“).[43]

Директива покушава, у начелу, да реши проблем различитих права оштећених на основу европског и националног права конкуренције тако што прописује заједничка правила за све. Тако би право на накнаду штете установљено у пресудама *Courage* и *Manfredi*, са све минималним дефиницијама штете, важило без обзира да ли се примењује национално или европско право конкуренције.[44] Такво решење је предвидела Европска комисија као предлагач акта. Међутим, с обзиром да је за усвајање Директиве примењен члан 114. УФЕУ, односно процедура која предвиђа да о акту одлучује не само Савет већ и Европски парламент, текст Комисије је доста измењен и продужена је преамбула 10. која сада поништава овај општи принцип, тиме што „појашњава“ да се Директива примењује само у случајевима где постоји утицај на трговину између Држава чланица. За понадати се је да такав текст преамбуле 10. неће опстати у коначној верзији Директиве, јер би се тиме обесмислило укључење Европског парламента у цео поступак. Наиме, регулисање права конкуренције ЕУ је искључива надлежност органа ЕУ,[45] те нема потребе за употребом члана 114. који се тиче приближавања националних правних система, као ни улоге за Европски парламент, јер акта везана чисто за право конкуренције ЕУ усваја Савет сам (на основу члана 103. УФЕУ), као што је био случај са Регулативом 1/2003.

Под претпоставком да ће се Директива примењивати, ипак, како на европско тако и на национално право конкуренције, стране у поступку би уживале висок степен хармонизације права, јер би имали једнака права што се тиче, између осталог, дефиниције штете,[46] могућности такозваних индиректних купаца да добију накнаду штете

[43] В. Европска комисија, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European union* COM(2013) 404.

[44] В. најновију верзију предлога Директиве (са амандманима Европског парламента), доступну на интернет страници: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html, 11.11.2014., чл. 2.

[45] Сходно чл. 3. УФЕУ.

[46] *Loc. cit.* фуснота 43. изнад, чл. 2.

и,[47] што је процесно најбитније, приступа доказима, како доказима у поседу супротне стране тако и доказима у поседу Европске комисије и националних органа за заштиту конкуренције.[48] Оштећени би такође уживали у сличном мада нешто ужем обавезујућем дејству решења националних органа за заштиту конкуренције у парничном поступку у односу на обавезујуће дејство које сада уживају решења Европске комисије.[49]

Ако допуна преамбуле коју је дао Европски парламент ипак опстане, утицај на трговину ће добити још већи значај. Примена Директиве о накнади штете искључиво на случајеве где се примењује право ЕУ или истовремено право ЕУ и национално право учинила би да читав арсенал процесних права зависи од постојања утицаја на трговину. За претпоставити је да ће после истека рока за примену Директиве већина, ако не и све Државе чланице хтети да себи „олакшају живот“ тако што ће усвојити правила за оштећене у „националним„ случајевима која су истоветна онима која постоје за „европске“ случајеве у Директиви (на основу етаблиране праксе Суда правде, права у „националним“ случајевима смеју бити лошија али не и боља од права која се дају оштећенима у еквивалентним „европским“ случајевима[50]), али то не мора бити случај. Тако је, примера ради, обавезујуће дејство решења из управног поступка у парници сматрано веома спорним у неколико Држава чланица,[51] док неки национални органи за заштиту конкуренције „љубоморно“ држе до доказа који су у њиховом поседу,[52] те је велико питање шта би заиста могло да „прође“ када би се ствари препустиле националним законодавцима.

8. Закључак

Обзиром на његову велику практичну важност, запањујуће је у коликој је мери критеријум утицаја на трговину између Држава чланица остао флексибилан и отворен након више од пола века примене. Истини за вољу, у прве три деценије, усвојена су тумачења

[47] *Ibid.*, чл. 12; за проблем индиректних купаца, в. V. Milutinović, *loc. cit.* фуснота 22 изнад, Поглавља 9. и 10.
[48] *Ibid. чл. 5. и 6.*
[49] *Ibid*. чл. 9; упоредити са чл. 16. Регулативе 1/2003, *loc. cit.* фуснота 28. изнад.
[50] Предмет 33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe- Zentral AG v. Landwirtschaftskammer fur das Saarland* [1976] ECR 1989, пара. 5.
[51] V. Milutinović, *loc. cit.* фуснота 41 изнад, стр. 357-360.
[52] В. Предмет C-360/09, *Pfleiderer v. Bundeskartellamt* [2011] ECR I-5161.

која су веома широка, ширећи самим тим и поље примене европског права конкуренције. Међутим, тумачења Суда правде су постала помало конфузна после пресуде *Bagnasco*, јер више није јасно да ли и под којим условима национални картел, који затвара једно национално тржиште, представља, сам по себи, утицај на трговину између Држава чланица. Исто тако, допринос *Смерница* Комисије је ограничен, стога што оне јасно дефинишу само шта *није* утицај на трговину између Држава чланица, а не шта *јесте* и то углавном у случајевима када се ради о јако малим учесницима на тржишту, односно јако малим рестриктивним споразумима и злоупотребама доминантног положаја. Самим тим, велики број „средњих“ па чак и релативно великих прекршаја остаје у својеврсној сивој зони између националног и европског права.

Деведесетих година прошлог века, са наизглед спонтаном хармонизацијом националних материјалних прописа о заштити конкуренције са члановима 101. и 102. УФЕУ, критеријум утицаја на трговину је битно изгубио на значају. Међутим, та ситуација није трајала дуго, јер је већ 2004. уведена обавеза истоветног исхода (конвергенције) европског и националног права у свим предметима где се примењује ово прво, што је утицају на трговину дало посебно место. Док је развој самог критеријума остао статичан, његов практичан значај се сада налази на критичној раскрсници, где може или поново опасти или поново порасти, на драстичнији начин него икада пре. Ово је услед Директиве о накнади штете, која је тренутно у финалној фази усвајања и која предвиђа веома далекосежну хармонизацију како материјалног права на штету тако и процесних права које служе његовом остварењу.

Суштинско питање које стоји иза сваке расправе о утицају на трговину између Држава чланица јесте савремена улога националног права конкуренције у ЕУ. Ако се узме у обзир истоветност материјалних прописа, обавеза националних органа и судова да примењују право ЕУ (тамо где постоји утицај на трговину), па затим обавеза конвергентног исхода, те идеја да би тржиште Уније требало да буде јединствено и ако се на све то дода и једна директива која ће хармонизовати добар део правила везаних за накнаду штете, потреба за даљим опстанком националних материјалних прописа у овом домену постаје упитна. Значење и значај критеријума утицаја на трговину између Држава чланица су нераскидиво повезани са односом националног права и права ЕУ. Све док се Државе чланице не усагласе око суштине тог односа (а Директива о накнади штете

би могла бити битан корак у том правцу), није разумно очекивати да тај критеријум добије некакав коначан, стабилан и предвидив облик.

Ass.prof. Veljko Milutinović, Ph.D
Graduate School of International Economics,
Megatrend University Belgrade
Consultant (Legal Expert) on the project
EU Policy and Legal Advice Centre for the
issues of the implementation of the Directive on services in Serbia

MEANING AND SIGNIFICANCE OF CRITERIA OF EFFECT TO THE TRADE BETWEEN MEMBER STATES IN EU COMPETITION LAW AND MEMBER STATES

Summary

The criterion of effect on trade between Member States has served, for more than half a century, as the dividing criterion for the application of national and EU competition law, respectively. This criterion, which has gone through both expansion and contraction and then further expansion in terms of its scope of application, is gaining importance with time, due to the ever-greater substantive and procedural consequences of the applicability or inapplicability of EU competition law. The only way in which this crucial question will be placed under a solid framework is if the relationship between national and EU competition law were determined beforehand, something which, to some extent, the new Directive on Damages Actions, currently in the final phase of adoption, aims to do.

Key words: competition law, EU, Directive on Damages Actions, national law.

Doc.dr Nevenko Vranješ[1]
Đorđije Desančić, master prava[2]

Pregledni naučni rad
UDK: 342.24

USTAVNI MODELI UČEŠĆA FEDERALNIH JEDINICA U CENTRALNOJ VLASTI

Apstrakt

S obzirom na činjenicu da načelo federalne participacije, koje se ogleda kroz učešće federalnih jedinica u centralnoj vlasti, predstavlja jedno od osnovnih načela na kojima počiva svaka federativno uređena država, autori se u ovom radu bave pitanjem učešća federalnih jedinica u vršenju vlasti federacije. Takođe, budući da federalno uređene države karakteriše paralelno postojanje dva nivoa pravnih poredaka, odnosno dva nivoa vlasti, federalne vlasti i vlasti federalnih jedinica, te da pored ustava federacije postoje i ustavi federalnih jedinica, autori, u osnovnim crtama, obrađuju i pitanje odnosa ova dva ustava. Pored opštih razmatranja navedenih tema, o njima se govori i kroz komparativnu analizu ustavnih rješenja SAD-a, kao najstarije postojeće federacije na svijetu, te Švajcarske i Njemačke, kao dvije najstarije federacije na evropskom tlu. U cilju lakšeg razumijevanja teme, autori se u radu osvrćeu i na sam pojam i osnovne karakteristike federacije, odnosno federalnog državnog uređenja.

Ključne riječi: federacija, federalne jedinice, federalni ustav,ustav federalnih jedinica

1. Pojam i osnovne karakteristike federacije

Federacija, kao oblik državnog uređenja, nastala je u drugoj polovini XVIII vijeka, tačnije 1787. godine, uspostavljanjem Sjedinjenih

[1] Fakultet političkih nauka Univerziteta u Banja Luci, email: nvranjes@blic.net
[2] Student doktorskih studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Novom Sadu, JZU Institut za javno zdravstvo Republike Srpske, email: djordjije.desancic@phi.rs.ba

Američkih Država kao prve savremene federalne države.[3]

Od tada pa do danas federacija se pokazala kao izuzetno pogodna forma državnog uređenja u svim onim društvima koja se odlikuju nacionalnom, ekonomskom i kulturnom složenošću i različitošću.[4]

Etimološki posmatrano riječ „federalizam“ vuče korijene iz latinske riječi „foedus“, genitiv „foederis“, što znači ugovor, savez, alijansa. Izraz federalizam označava „pojavu povezivanja i slobodnog udruživanja različitih teritorijalnih zajednica ljudi u okviru jedne države ili između više država i političkih celina, u različite svrhe“.[5] U pitanju je, dakle, veoma širok pojam koji u sebe uključuje bilo koji savez ili oblik udruživanja samostalnih entiteta, kao što je npr. federacija, konfederacija, unija i sl.

Postoje dva glavna oblika federalizma. To su: intra državni federalizam, čiji je osnovni oblik federalna država ili federacija i inter državni federalizam, čiji je osnovni oblik konfederacija, odnosno savez država.[6]

O federaciji ili federalnoj državi kao obliku državnog uređenja postoje mnogobrojne definicije. Tako, s obzirom na činjenicu da federalna država ili federacija predstavlja jedan od dva osnovna tipa državnog uređenja (drugi tip je unitarna ili jedinstvena država),[7] federaciju, prije svega, možemo negativno definisati kao takvo uređenje koje nije ni unitarno ni konfederalno.[8]

S druge strane, federaciju možemo pozitivno definisati kao takav oblik državnog uređenja u kojem zajednice kao realni kolektiviteti raspolažu ustavom utvrđenim pravima da autonomno upravljaju „same sobom, u okviru ustavnih osnova, koji su kauza udruživanja u federaciju.[9] Federacija predstavlja novonastalu državu koja se izdiže iznad dobrovoljno udruženih državnih kolektiviteta.[10]

---

[3] Federalizam kao pojava sreće se još u starom vijeku, posebno u antičkoj Grčkoj, u kojoj su postojali savezi pojedinih grčkih polisa, a zatim i u srednjem vijeku, kada pojedine razvijene evropske zemlje stupaju u poseban federalni odnos udružujući se u tzv. lige.

[4] R.Marković, *Ustavno pravo i političke institucije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Javno preduzeće „Službeni glasnik“, Beograd 2008., 373.

[5] *Ibid.*, 363.

[6] *Ibid.,* 364.

[7] *Ibid.*, 361.

[8] M.Jovičić, *Savremeni federalizam*, Javno preduzeće „Službeni glasnik“ i Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2006., 21.

[9] N.Pobrić, *Ustavno pravo*, Slovo, Mostar 2000., 313.

[10] R.Kuzmanović, *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka 2002., 381.

Dakle, federalna država ili federacija predstavlja jednu institucionalnu uniju koja dovodi do stvaranja nove države, različite od svojih država članica, koja za svoje stanovništvo ima ukupnost građana posebnih država članica, a za svoju teritoriju ukupnost teritorije država članica, te koja ima svoju sopstvenu vlast (zakonodavnu, izvršnu i sudsku), različitu od vlasti država članica.[11]

Iako federacija može nastati na različite načine, kao dva najčešća načina nastanka federacije izdvajaju se agregacija i devolucija. Dok agregacija podrazumijeva dobrovoljno stupanje više samostalnih država u novu državnu organizaciju – federaciju, devolucija predstavlja raslojavanje unitarne države na više državnih cjelina koje zatim postaju federalne jedinice.

Razlozi zbog kojih dolazi do obrazovanja federacije takođe mogu biti različiti. Kao najčešći navode se pluralni etički sastav stanovništava koji živi na određenom području, zatim određeni ekonomski, kulturno-istorijski, tradicijski, geografski ali i mnogi drugi razlozi.

Kao što se može zaključiti, federacija se sastoji od određenog, većeg ili manjeg, broja federalnih jedinica. Najmanji broj federalnih jedinica koji je potreban za obrazovanje federacije jeste dva, ali taj broj može biti i mnogo veći (npr. SAD se sastoje od 50 članica). Federalne jedinice i građani čine konstitutivne elemente svake federalno uređene države. Iako se federalne jedinice faktički razlikuju između sebe po veličini, broju stanovnika, ekonomskoj snazi i sl, bitno svojstvo federacije jeste načelno jednak status svih federalnih jedinica, zbog čega se i kaže da je ona „savez jednakih“.[12]

Jedna od osnovnih karakteristika federalizma jeste paralelno postojanje dva nivoa pravnih poredaka, odnosno dva nivoa vlasti, i to centralne, odnosno federalne vlasti, čija se nadležnost proteže na teritoriji cijele države i vlasti federalnih jedinica, koja se vrši u okviru granica federalne jedinice. U odnosu na svoje članice – federalne jedinice, federacija predstavlja nadržavu koja raspolaže punom suverenošću i čiji je pravni poredak nadređen pravnom poretku federalnih jedinica (načelo supermatije federacije). S druge strane, federalne jedinice ne raspolažu

[11] R.Marković, 365.
[12] M.Jovičić, *Veliki ustavni sistemi*, IRO Svetozar Marković, Beograd 1984., 356. Jedini Izuzetak je predstavljala Indija, u kojoj su u periodu od 1949. do 1956. postojale tri kategorije federalnih jedinica čiji se status međusobno razlikovao (države A, B i C). Izmjenom ustava 1956. godine to razlikovanje je ukinuto, s tim da države Džamu i Kašmir, iz specifičnih razloga, i dalje uživaju poseban status.

suverenošću, ali ih karakteriše autonomnost koja se ogleda u pravu da svojim ustavima regulišu sopstvenu organizaciju i nadležnost (načelo autonomije federalnih jedinica), koja naravno, mora biti u skladu sa ustavom i zakonima federalne države.[13]

2. Učešće federalnih jedinica u centralnoj vlasti

Učešće federalnih jedinica u vršenju centralne ili federalne vlasti predstavlja jedno od osnovnih načela na kojima počiva svaka federativno uređena država. Naime, može se reći da „u federaciji ne postoji prosta nadređenost federalne države federalnim jedinicama, nego prodiranje i učešće federalnih jedinica u federalnoj državi.“[14] Učešće federalnih jedinica u vršenju vlasti federacije je višestruko i ono je najznačajnije i najuočljivije u vršenju zakonodavne i ustavotvorne vlasti, dok je znatno manje izraženo u vršenju izvršne vlasti, te kroz učešće u pravosudnim organima.

2.1. Učešće federalnih jedinica u vršenju zakonodavne i ustavotvorne vlasti

Da bi federalne jedinice uopšte mogle učestvovati u vršenju zakonodavne i ustavotvorne vlasti federacije neophodno je da, putem svojih predstavnika, budu na odgovarajući način zastupljene u federalnom parlamentu. Kako bi se obezbijedilo da u federalnom parlamentu budu zastupljena oba konstitutivna elementa federacije, dakle i građani i federalne jedinice, federalni parlamenti u svim federacijama imaju dvodomu strukturu, odnosno sastoje se od dva doma: donjeg doma ili doma građana, koji predstavlja građane federacije kao „nedjeljivo biračko tijelo“[15] i gornjeg ili drugog doma, koga čine predstavnici federalnih jedinica. Na taj način federalne jedinice, putem svojih predstavnika, učestvuju u donošenju odluka od značaja za cijelu federaciju.

Tako, prema ustavu SAD sva zakonodavna vlast na federalnom nivou povjerena je Kongresu, koji se sastoji od Senata (Senate), kao zastupnika interesa federalnih jedinica i Predstavničkog doma (House of Representatives), kao zastupnika interesa građana.[16] Vrhovnu vlast

[13] V., R.Marković, 370-372.
[14] *Ibid*., 391.
[15] N.Pobrić, 346.
[16] čl. 1., odjeljak 1. Ustava SAD.

u Švajcarskoj vrši Savezna skupština (Bundesversammlung), koju čini Nacionalno vijeće (Nationarlat), koje predstavlja sve građane Švajcarske i Vijeće država (Ständerat), koje predstavlja kantone kao federalne jedinice. U Njemačkoj ulogu donjeg doma ili doma građana ima Savezno vijeće (Bundestag), dok se u ulozi gornjeg doma javlja Vijeće zemalja (Bundesrat).

Naime, može se reći da je načelo federalne participacije u cjelosti primjenjeno samo ukoliko su oba doma federalnog parlamenta u potpunosti ravnopravna, u svim nadležnostima federalnog parlamenta, kako zakonodavnoj i ustavotvornoj, tako i u vršenju funkcije izbora i političke kontrole tj. razrješenja vlade.[17]

Međutim, uloga gornjeg doma federalnog parlamenta i njegov položaj nije isti u svim federacijama. On se, naprotiv, razlikuje zavisno od toga kako su pojedine federacije svojim ustavima regulisale određena pitanja koja se tiču sastava gornjeg doma, obima njegovih ovlaštenja, odnosa prema donjem domu kao domu građana i sl.

Kada je u pitanju zastupljenost federalnih jedinica u gornjem domu federalnog parlamenta, u najvećem broju federativno uređenih država postoji jednaka zastupljenost svih federalnih jedinica. Ta, paritetna zastupljenost, predstavlja izraz pravne jednakosti svih federalnih jedinica, budući da one, bez obzira na faktičke razlike koje postoje između njih, imaju jednak broj predstavnika u gornjem domu. Samo manji broj federacija (Njemačka, Austrija, Kanada i Indija) karakteriše neravnomjerna zastupljenost u gornjem domu.

U SAD-u Senat sačinjavaju po dva predstavnika – senatora iz svake države, što znači da su sve države podjednako zastupljene. Načelo paritetnog sastava gornjeg doma se primjenjuje i u Švajcarskoj u kojoj svaki kanton šalje u Vijeće država po dva predstavnika, a polukantoni po jednog predstavnika.[18] S druge strane, u Njemačkoj postoji neravnomjerna zastupljenost federalnih jedinica u Vijeću zemalja. Tako, svaka država članica ima pravo na najmanje tri predstavnika, s tim da države članice koje imaju više od dva miliona stanovnika imenuju četiri predstavnika, države članice sa više od šest miliona stanovnika pet predstavnika, a države sa više od sedam miliona stanovnika šest predstavnika.[19]

---

[17] R.Marković, 392.
[18] čl. 150. Ustava Švajcarske.
[19] čl. 51. Ustava Njemačke. Ustavni dokument u Njemačkoj naziva se Osnovni zakon (Grundgesetz), ali ćemo u okviru ovog rada koristiti termin „Ustav“.

Učešće federalnih jedinica u vršenju zakonodavne i ustavotvorne vlasti izražava se kroz njihovo učešće u donošenju federalnih zakona, kao i donošenju i reviziji federalnog ustava.

Naime, kao što je već rečeno, samo potpuna ravnopravnost oba doma federalnog parlamenta, koja se ogleda u njihovim istovjetnim zakonodavnim i ustavotvornim ovlaštenjima, pretpostavka je adekvatnog učešća federalnih jedinica u zakonodavnoj i ustavotvornoj vlasti. Međutim, to učešće je najčešće vrlo suženo i neravnomjerno iz razloga što u većini federacija donji dom kao dom građana ima veća ovlaštenja u odnosu na gornji dom kao dom federalnih jedinica.[20] Takođe, neravnomjerna zastupljenost federalnih jedinica u gornjem domu koja postoji u pojedinim federacijama isto tako predstavlja izraz neravnomjernog učešća federalnih jedinica u zakonodavnom i ustavotvornom radu federalnog parlamenta.

U pogledu svojih ustavotvornih i zakonodavnih ovlaštenja, oba doma Kongresa SAD-a su u potpunosti ravnopravna. Tako, da bi jedan zakonski prijedlog postao zakon neophodno je da bude usvojen i u Predstavničkom domu i u Senatu.[21] Isto tako, za usvajanje ustavnih amandmana potrebna je dvotrećinska većina u oba doma Kongresa.[22] Ravnopravnost oba doma federalnog parlamenta u pogledu zakonodavnih i ustavotvornih ovlaštenja postoji i u Švajcarskoj, što znači da je za usvajanje bilo kog zakona, kao i za izmjenu ustava, neophodna saglasnost oba vijeća.[23] S druge strane, kada je u pitanju Njemačka, može se reći da Savezno vijeće i Vijeće zemalja učestvuju ravnopravno u donošenju onih zakona za koje su federalne jedinice posebno zainteresovane, dok se u pogledu donošenja ostalih zakona zapaža očigledna prednost Saveznog vijeća kao donjeg doma.[24] U pogledu ustavotvornih ovlaštenja, oba vijeća su u potpunosti ravnopravna budući da ustav može biti promijenjen samo na osnovu zakona za čije donošenje je neophodna dvotrećinska saglasnost članova Saveznog vijeća i dvije trećine glasova Vijeća zemalja.[25]

[20] R.Kuzmanović, 396.

[21] čl. 1., odjeljak 7. Ustava SAD.

[22] čl. 5. Ustava SAD propisuje da ustavni amandman, nakon što bude izglasan dvotrećinskom većinom oba doma Kongresa, da bi bio usvojen mora biti potvrđen i od strane zakonodavnih tijela tri četvrtine država.

[23] Svaka izmjena ustava u Švajcarskoj mora biti potvrđena na referendumu od strane većine građana koji su učestvovali u glasanju i većine kantona.

[24] M.Jovičić, (2006), 137-138. U zakone, za čije je donošenje neophodna i saglasnost Bundesrata, spadaju: zakoni kojima se vrši izmjena ustava, zakoni koji se tiču prava zemalja u pogledu organizacije uprave u njima, postupka sprovođenja saveznih zakona ili obrazovanja saveznih službi na području zemalja, zakoni koji se tiču poreza koji se dijele sa zemljama ili služe za dodijeljivanje subvencija zemljama, odnosno zakoni kojima se regulišu finansijske službe zemalja i zakoni koji se tiču teritorije ili imovine zemalja, kao i imovine bivšeg Rajha.

[25] čl. 79. Ustava Njemačke.

2.2. Učešće federalnih jedinica u vršenju izvršne vlasti

Pored federalnog parlamenta, sve federalno uređene države imaju i saveznu egzekutivu. Budući da se pod saveznom egzekutivom podrazumijevaju šef države i vlada, to se i pitanje participacije federalnih jedinica u izvršnoj vlasti svodi na pitanje učešća federalnih jedinica u izboru šefa države, te izboru i sastavu federalne vlade. Uopšteno se može reći da su u svijetu rijetki federalni ustavi koji predviđaju obavezu zastupljenosti federalnih jedinica u saveznoj vladi.[26] Međutim, iako bi se pri obrazovanju savezne vlade trebalo rukovoditi isključivo kriterijumima stručnosti i kvalifikovanosti njenih članova, a ne po njihovoj pripadnosti različitim federalnim jedinicama, u većini federacija, naročito sa višenacionalnim sastavom stanovništva, i dalje se vodi računa da u saveznoj vladi budu zastupljene federalne jedinice, što predstavlja „jednu od cijena koja se u ime zajedničkog života u federaciji mora platiti".[27]

Zavisno od oblika državne vlasti koji je prihvaćen u pojedinim federacijama, postoje značajne razlike u načinu izbora i sastavu savezne izvršne vlasti.

Tako, u federacijama sa predsjedničkim sistemom, u kojem postoji jasna podjela vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku vlast, odnosno u kojem su sve tri vlasti ravnopravne i nezavisne jedna od druge, tako da egzekutiva ne odgovara parlamentu, šefa države ne bira federalni parlament[28] niti on ima bilo kakve ingerencije u obrazovanju savezne vlade. Šefa države bira narod, a on imenuje vladu. U ovu grupu federacija spadaju SAD i federacije u Latinskoj Americi.[29] U SAD-u izvršna vlast je povjerena predsjedniku SAD-a koji se bira sistemom posrednih izbora. Ustavom je predviđeno da svaka država u SAD-u, na način kako to njeno zakonodavno tijelo odredi, imenuje određeni broj izbornika (elektora), jednak ukupnom broju senatora i predstavnika na koji je država u Kongresu ovlašćena. Imenovani izbornici, zatim, odvojeno u svakoj federalnoj jedinici glasaju za predsjednika SAD-a, nakon čega Kongres, poslije prebrojavanja glasova, imenuje za predsjednika

[26] R.Marković, 393.
[27] M.Jovičić, (2006), 147.
[28] Izuzetno, mogućnost učestvovanja Predstavničkog doma u izboru predsjednika SAD-a predviđena je članom 2., odjeljak 1. Ustava SAD, u slučaju kada više lica – kandidata za predsjednika imaju jednak broj glasova, kada Predstavnički dom tajnim glasanjem bira jednog od njih. Međutim, to je više teorijska mogućnost budući da se takav slučaj još nije desio u istoriji SAD.
[29] Meksiko, Venecuela, Argentina i Brazil.

onog kandidata koji je dobio glasove apsolutne većine izbornika.[30] Na taj način se, kroz imenovanje izbornika (elektora), izražava učešće federalnih jedinica u izboru predsjednika SAD-a. Za obavljanje poslova i zadataka koji su mu ustavom povjereni kao jedinom nosiocu izvršne vlasti, predsjednik imenuje određeni broj funkcionera koji sačinjavaju tzv. Kabinet predsjednika, ali koji ne predstavlja vladu u pravom smislu te riječi.[31] Kabinet je u potpunoj zavisnosti od predsjednika i ne predstavlja poseban državni organ. Mišljenje i odobrenje na imenovanje članova kabineta daje Senat. Međutim, iako je na taj način federalnim jedinicama omogućeno da putem svojih predstavnika u Senatu izraze svoju saglasnost ili nesaglasnost sa izborom pojedinih članova kabineta, može se reći da je ta saglasnost više formalne prirode, budući da Senat „gotovo bez izuzetka daje svoju potvrdu".[32] Takođe, važno je istaći da bez obzira što Ustav SAD-a ne sadrži odredbu o učešću predstavnika federalnih jedinica u saveznoj egzekutivi, i u SAD-u, prema ustavnom običaju, predsjednik obično vodi računa da prilikom obrazovanja svog kabineta, u njemu budu zastupljeni različiti regioni, odnosno da u njemu bude članova koji će predstavljati „južne države, države Srednjeg Zapada i farmerske države".[33]

Za razliku od federacija sa predsjedničkim sistemom, u federacijama sa parlamentarnim sistemom, saveznu vladu bira, odnosno obrazuje donji dom federalnog parlamenta, dok šefa države, koji u ovom sistemu ima samo simboličnu, reprezentativnu ulogu sa veoma malim ovlaštenjima, biraju ili parlament ili narod neposredno. Prema tome, u obrazovanju savezne egzekutive u federacijama sa parlamentarnim sistemom vlasti ne učestvuje neposredno gornji dom kao dom federalnih jedinica, odnosno njegovo angažovanje može da bude samo posredno „u okviru kompleksa njegovih odnosa sa donjim domom".[34] U ovu grupu federacija spadaju Kanada, Australija, Indija, Austrija i Njemačka. U Njemačkoj predsjednika savezne države bira posebno obrazovano tijelo tzv. Savezna skupština (Bundesversammlung), koja se sastoji od poslanika Saveznog vijeća i jednakog broja članova koje je izabralo narodno predstavništvo zemalja (parlamenti federalnih jedinica) prema načelu srazmjernosti.[35] Na taj način federalne jedinice u Njemačkoj ostvaruju svoj uticaj na izbor predsjednika savezne države. Saveznu vladu u Njemačkoj čine savezni

[30] V. M.Jovičić, (1984), 86-89.
[31] Svaki član Kabineta se nalazi na čelu određenog resora (departmana) kao što su npr. državni departman, finansije, unutrašnji poslovi, pravda, odbrana itd.
[32] M.Jovičić, (1984), 91.
[33] M.Jovičić, (2006), 146.
[34] *Ibid*., 144.
[35] V., čl. 54. Ustava Njemačke.

kancelar i savezni ministri. Saveznog kancelara, na prijedlog predsjednika savezne države, bira bez rasprave Savezno vijeće, dok savezne ministre, na prijedlog saveznog kancelara, bira i razrješava predsjednik savezne države.[36]

Najzad, u federacijama sa skupštinskim sistemom, vladu i šefa države bira savezni parlament, i to oba doma parlamenta. Federacija u kojoj se primjenjuje skupštinski sistem vlasti jeste Švajcarska.[37] Vrhovnu izvršnu i administrativnu vlast u Švajcarskoj vrši Savezno vijeće (Bundesrat) koje se sastoji od sedam članova. Članove Saveznog vijeća bira Savezna skupština nakon svakih održanih opštih izbora za Nacionalno vijeće.[38] Ustavom je izričito predviđeno da različita geografska i govorna područja moraju biti pravično zastupljena u Saveznom vijeću. Tako, od ukupno sedam članova Saveznog vijeća, dva člana su obično iz romanskog dijela, ili po jedan iz kantona u kojima se govori francuski i italijanski, a ostalih pet iz dijela u kojem se govori njemački jezik.[39] Pored ovog kriterijuma, prilikom obrazovanja Saveznog vijeća vodi se računa i o stranačkoj pripadnosti.[40] Saveznim vijećem predsjedava predsjednik konfedracije[41] koga bira Savezna skupština iz reda članova vijeća na period od godinu dana, bez mogućnosti ponovnog izbora. Predsjednik konfederacije nema nikakva posebna ovlašćenja u odnosu na ostale članove vijeća. Budući da Savezno vijeće istovremeno ima i ulogu kolektivnog šefa države, predsjednik konfederacije u ime vijeća obavlja i reprezentativne dužnosti šefa države.

2.3. Učešće federalnih jedinica u vršenju sudske vlasti

Najzad, učešće federalnih jedinica u vršenju federalne vlasti može biti izraženo i kroz njihovo učešće u pravosudnim organima federacije, odnosno federalnom sudstvu.

Naime, postojanje federalnog sudstva se u svim federalno uređenim državama pokazuje kao neophodno, iz razloga što se njime „obezbjeđuje krajnji autoritet federaciji i njenom pravnom poretku, s jedne, i izlazi u susret zahtjevu za izjednačavanje sudske prakse u tumačenju i primjeni

[36] čl. 62, 63. i 64. Ustava Njemačke.
[37] Ovoj grupi federacija pripadali su i bivša SFRJ, SSSR i Čehoslovačka.
[38] V., čl. 174-187. Ustava Švajcarske.
[39] R.Marković, 392.
[40] Tzv. magična formula 2+2+2+1 (po dva člana iz tri vladajuće stranke i jedan iz neke od manjinskih stranaka).
[41] Iako je Švajcarska još od 1848. godine federalno uređena država, njen zvanični naziv je, iz određenih tradicionalnih razloga, i dalje ostao Švajcarska konfederacija.

pravnog poretka federacije, s druge strane".[42] Takođe, to sudstvo je uvijek nadležno i za rješavanje sporova nastalih povodom sukoba nadležnosti između federacije i federalnih jedinica, te između samih federalnih jedinica, kao i za rješavanje sporova o neustavnosti zakona i ustava federalnih jedinica i federalnih zakona.

Sudstvo u federaciji može biti organizovano na više načina. Tako, budući da u federalno uređenim državama paralelno postoje dva nivoa pravnih poredaka, federalni i pravni poredak federalnih jedinica, sasvim je prirodno i paralelno postojanje federalne sudske vlasti i sudske vlasti federalnih jedinica. U okviru takve organizacije sudske vlasti, federalno sudstvo bi rješavalo sporove opšteg karaktera, primjenom federalnog ustava, federalnih zakona i međunarodnih ugovora, dok bi sudovi federalnih jedinica rješavali sporove proistekle iz primjene zakonodavstva federalnih jedinica.[43] Međutim, ovakava „čista" podjela sudske vlasti u federativno uređenim državama ne bi nikada u praksi mogla biti ostvarena do kraja iz prostog razloga što, s jedne strane, u federacijama uvijek postoji određena materija koja spada u mješovitu nadležnost federacije i federalnih jedinica, što za sobom povlači pitanje razgraničenja nadležnosti dvije vrste sudova, a s druge strane, u svakoj federaciji postoji potreba za postojanjem jednog najvišeg, vrhovnog suda, koji bi kao jedan od osnovnih zadataka imao ujednačavanje prakse sudova pojedinih federalnih jedinica, kako bi se spriječila mogućnost nastanka značajnih razlika u shvatanju pravde u okviru iste federacije.[44]

Za razliku od sudstva u federalnim jedinicama u kojima je višestepenost pravilo, federalno sudstvo može biti organizovano kao jedan vrhovni federalni sud ili kao višestepeno federalno sudstvo u kome, pored vrhovnog federalnog suda, postoje i drugi federalni sudovi.

Tako, npr. sistem u kojem postoji samo jedan federalni vrhovni sud, dok svi ostali sudovi pripadaju federalnim jedinicama postoji u Švajcarskoj, Njemačkoj, Kanadi, Australiji, Brazilu i Indiji, dok je sistem u kojem postoji paralelno pravosuđe, jedno savezno i jedno federalnih jedinica, karakteristično za SAD, a po ugledu na SAD primjenjuje se i u Meksiku i Argentini.[45] Jedini izuzetak u odnosu na ova dva oblika federalnog sudstva postoji u Austriji koja ima samo sistem saveznih sudova, dok federalne jedinice nemaju svoje sudove.[46]

[42] R.Marković, 395.
[43] *Ibid.*
[44] M.Jovičić, (2006), 157.
[45] N.Pobrić, 349.
[46] R.Marković, 395.

Učešće federalnih jedinica u federalnom sudstvu izražava se kroz njihovu mogućnost da utiču na sastav federalnog suda, na način da se prilikom izbora sudija, pored glavnih kriterijuma stručnosti i objektivnosti, vodi računa i o tome da federalne sudije budu iz različitih federalnih jedinica. Takvo učešće federalnih jedinica se može osigurati odredbama saveznog ustava ili ustavnom praksom, odnosno ustavnim običajem.[47]

Prema Ustavu SAD-a sudska vlast je povjerena Vrhovnom sudu i onim nižim sudovima koje Kongres može povremeno ustanovljavati i osnivati.[48] Savezno sudstvo je trostepeno i sastoji se od okružnih sudova kao sudova prvog stepena, apelacionih sudova koji sude u drugom stepenu i Vrhovnog suda kao najviše sudske instance.[49] Sudije Vrhovnog suda, njih devet, imenuje predsjednik SAD-a na osnovu mišljenja i odobrenja Senata. Iako se u praksi rijetko dešava da Senat uskrati svoju saglasnost, i u ovom slučaju, kao i kod davanja saglasnosti na članove Kabineta, federalnim jedinicama je na izvjestan način omogućeno da putem svojih predstavnika u Senatu izraze svoju saglasnost ili nesaglasnost sa izborom sudija.

Vrhovni sudski organ u Švajcarskoj je Savezni sud (Bundesgericht).[50] Sudije Saveznog suda imenuje Savezna skupština[51], čime se obezbjeđuje da kantoni kao federalne jedinice, putem svojih predstavnika u Vijeću država, učestvuju u izboru sudija Saveznog suda. Najzad, u Njemačkoj sudsku vlast vrše Savezni ustavni sud, savezni sudovi predviđeni ustavom i sudovi saveznih zemalja.[52] Jednu polovinu članova Saveznog ustavnog suda bira Savezno vijeće, a drugu polovinu Vijeće zemalja. Za područja redovnih upravnih, finansijskih, radnih i socijalnih sudova savezna država ustanovljava kao najviše sudove Savezni vrhovni sud, Savezni upravni sud, Savezni finansijski sud, Savezni radni sud i Savezni socijalni sud.[53] O postavljanju sudija ovih sudova odlučuje savezni ministar nadležan za određenu oblast zajedno sa Komisijom za izbor sudija, koju čine pet ministra zemalja (federalnih jedinica) nadležnih za određeno područje i jednak broj članova koje bira Savezno vijeće. Na ovaj način je takođe obezbijeđeno učešće federalnih jedinica u izboru sudija navedenih sudova.

[47] N.Pobrić, 349.
[48] čl. 3. Ustava SAD-a.
[49] D.Vranjanac, *Uvod u pravni sistem Sjedinjenih Američkih Država*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2008., 19.
[50] V., čl. 188-191. Ustava Švajcarske.
[51] Ibid., čl. 168.
[52] čl. 92. Ustava Njemačke.
[53] *Ibid.*, čl. 95.

3. Odnos federalnog ustava i ustava federalnih jedinica

Kao i u svim drugim državama tako i u federalno uređenim državama ustav predstavlja najviši pravni akt države sa kojim moraju biti usklađeni svi drugi opšti pravni akti.

Na vrhu hijerarhije pravnih akata u federalno uređenim državama nalazi se federalni ustav. Međutim, pored federalnog ustava i same federalne jedinice imaju svoje ustave,[54] što predstavlja izraz njihovog prava na samoorganizovanje, kao prava da donošenjem sopstvenog ustava urede svoju unutrašnju organizaciju.

Kada je riječ o odnosu federalnog ustava i ustava federalnih jedinica, može se reći da između ove dvije vrste ustava postoji strogo hijerarhijski odnos u korist federalnog ustava, što znači da ustavi federalnih jedinica moraju u potpunosti biti u saglasnosti sa federalnim ustavom. Dakle, može se konstatovati da ustavi federalnih jedinica predstavljaju akte manje pravne snage u odnosu na federalni ustav.

Naime, federalnim ustavom, koji predstavlja izraz suverene državne vlasti kojom federacija raspolaže, utvrđuju se, prije svega, organizacija federacije, struktura, status i ovlašćenja njenih organa, karakter federalnog uređenja, raspodjela nadležnosti između federacije i federalnih jedinica, ali i osnovna fizionomija, a često, u manjoj ili većoj mjeri, i organizacija samih federalnih jedinica.[55] Prema tome, kao što se može zaključiti, odredbama federalnog ustava određene su granice u kojima se federalne jedinice mogu kretati prilikom donošenja sopstvenih ustava. Dakle, u zavisnosti od činjenice u kojoj mjeri odredbe federalnog ustava uređuju organizaciju federalnih jedinica, razlikuje se i obim prava fedralnih jedinica na samoorganizovanje.

Podređenost ustava federalnih jedinica u odnosu na federalni ustav se ogleda i u činjenici što, u slučaju izmjene federalnog ustava, i ustavi federalnih jedinica moraju pretrpjeti odgovarajuće izmjene kako bi se uskladili sa federalnim ustavom, čime se obezbjeđuje jedinstvena ustavnost u cijeloj državi, što predstavlja neophodnu pretpostavku postojanja i funkcionisanja federativno uređene države.[56]

Kada je u pitanju odnos federalnog ustava i ustava federalnih jedinica u SAD-u, članom 6. Ustava je propisano da će ustavi i zakoni SAD-a biti

[54] Izuzetak je jedino Indija u kojoj države članice nemaju svoje ustave.
[55] M.Jovičić, (2006), 469.
[56] *Ibid*., 470.

najviši zakon zemlje, te da su sudije u svim državama obavezne da ih se pridržavaju, „uprkos bilo čemu suprotnom u ustavu ili zakonu bilo koje države“[57]. Iz navedenog jasno proizilazi da u slučaju eventualnog sukoba između federalnog ustava i ustava neke federalne jedinice, prednost pripada federalnom ustavu. U pogledu odredbi federalnog ustava koje se tiču organizacije federalnih jedinica, Ustav SAD-a sadrži samo zahtjev da sve države članice imaju republikanski oblik vladavine. U svemu ostalom države članice su slobodne da svoju organizaciju urede na način na koji one to žele. Kada je riječ o načinu raspodjele funkcija između federacije i federalnih jedinica, u SAD-u postoji pretpostavka nadležnosti u korist federalnih jedinica, tako što je Ustavom SAD-a propisano da prava koja nisu ustavom data Sjedinjenim državama, niti su uskraćena državama, ostavljena su svakoj pojedinoj državi ili narodu.[58] Pretpostavka nadležnosti u korist federalnih jedinica predviđena je i članom 3. Ustava Švajcarske koji propisuje da su kantoni suvereni ukoliko njihova suverenost nije ograničena saveznim ustavom, i kao takvi, oni vrše sva prava koja nisu prenijeta na saveznu vlast.[59] U pogledu prava federalnih jedinica na samoorganizovanje, može se reći da je u Švajcarskoj, budući da kantonalni ustavi podliježu potvrdi Savezne skupštine, došlo do znatnog ograničenja ovog federalnog načela. Naime, ustav predviđa da svaki kanton donosi demokratski ustav koji mora dobiti „garanciju“ od strane Konfederacije, a koja će se dati pod uslovom da ti ustavi ne sadrže ništa suprotno odredbama saveznog ustava.[60] Prema Ustavu Njemačke ustavni poredak zemalja mora da bude u saglasnosti sa načelima republikanske, demokratske i socijalne pravne države u smislu koji ovim pojmovima daje sam ustav. U skladu sa članom 31. Ustava savezni zakon ima prednost nad zakonom zemlje. U pogledu raspodjele funkcija, takođe važi pretpostavka nadležnosti u korist federalnih jedinica, budući da je članom 70. Ustava propisano da zemlje imaju pravo na donošenje zakona ako ustav zakonodavna ovlaštenja nije dodijelio saveznoj državi. Razgraničenje nadležnosti između savezne države i zemalja vrši se prema ustavnim propisima koji regulišu isključivu i konkurentnu zakonodavnu nadležnost.

[57] čl. 4. Ustava SAD.
[58] Amandman X Ustava SAD.
[59] Stav većine Švajcarskih autora je da je izraz „suverenost“ u ustavu pogrešno upotrebljen i da njegov pravi smisao treba tražiti u obezbjeđivanju kantonima onih ovlaštenja koja nisu data saveznim organima.
[60] čl. 51. Ustava Švajcarske.

4. Zaključak

Na osnovu prethodnog izlaganja možemo zaključiti da federalno načelo nije u svim federacijama primjenjeno na isti način i u istoj mjeri. Tako, kao što smo vidjeli, s jedne strane imamo federacije u kojima je dosljedno sprovedeno načelo paritetne zastupljenosti federalnih jedinica u gornjem domu federalnog parlamenta, dok s druge strane imamo i federacije koje karakteriše neravnomjerna zastupljenost federalnih jedinica u gornjem domu. Isto tako, mogućnost fedralnih jedinica da utiču na izbor i sastav savezne egzekutive i saveznog sudstva razlikuje se od federacije do federacije, zavisno od oblika državne vlasti koji je prihvaćen u pojedinim federacijama, drugih ustavnih rješenja, ustavnih običaja i mnogih drugih faktora. Najzad, i stepen ostvarivanja prava federalnih jedinica na samoorganizovanje zavisi od toga u kom obimu su pojedine federacije svojim federalnim ustavima regulisale uređenje i organizaciju svojih federalnih jedinica, ostavljajući pri tome manju ili veću slobodu federalnim jedinicama da svojim ustavima urede sopstvenu organizaciju.

Sve to upućuje na zaključak da federalna uređenja nisu identična, nego se, naprotiv, razlikuju od države do države. Može se slobodno reći da ne postoji idealni tip federalističkog uređenja koji bi se mogao primjeniti u svim zemljama, iz prostog razloga što svaka država ima svoje specifičnosti koje, i u oblasti federalnog uređenja, uslovaljavaju postojanje različitih pravnih rješenja. Zbog toga se i kaže da se federalizam „odlikuje širinom i prilagodljivošću“.[61]

[61] M.Jovičić, (2006), 39.

Assistant Prof. Nevenko Vranješ, Ph.D
Faculty of Political Sciences, University of Banja Luka
Đorđije Desančić
Master of law, doctoral student at the Faculty of Law, University of Novi Sad; Clinical Institute of Public Health of the Republika Srpska

CONSTITUTIONAL MODELS PARTICIPATION OF FEDERAL UNITS IN THE CENTRAL GOVERNMENT

Summary

Given the fact that the principle of federal participation, which is reflected in the participation of federal units in the central government, is one of the basic principles underlying each orderly federal government, the authors of this paper deal with the issue of participation of federal units in execution of power in the federation. Likewise, since the federally regulated state is characterized by the coexistence of two levels of legal systems, i.e. two levels of authority, federal government and federal government units, and that apart from the constitution of the federation are the constitutions of the federal units, the authors, in basic terms, address the issue of relationship between the two constitutions. Apart from general considerations of above topics, they are also observed through a comparative analysis of the constitutional system of the United States, as the oldest existing federation in the world, and that of the Switzerland and Germany, as the two oldest federations on European soil. In order to facilitate understanding of the topic, the authors of the paper discuss on the very concept of the major characteristics of the federation i.e. federal system of government.

Keywords: federation, federal units, federal constitution, the constitution of the federal units