

PRAVNI FAKULTET UNIVERZITETA UNION U BEOGRADU

Aleksa Radonjić

**KODIFIKACIJA GRAĐANSKOG
PRAVA U SRBIJI – ZAŠTO i KAKO?**

(Doktorska disertacija)

mentor: dr dr hc Vladimir Vodinelić

Beograd, 2018.

SADRŽAJ:

SKRAĆENICE	4
TABELA SLUČAJEVA	4
Deo A. UVOD	6
Deo B. ZAŠTO?	8
Glava I. Uvod	8
Glava II. Istorijski osvrt na značajne kodifikacije u Evropi	8
Odeljak II.1. Francuski građanski zakonik 1804. (CC)	8
Odeljak II.2. Austrijski građanski zakonik 1811. (ABGB)	9
Odeljak II.3. Nemački građanski zakonik 1900. (BGB)	10
Odeljak II.4. Švajcarski građanski zakonik 1907. (ZGB)	11
Odeljak II.5. Socijalistički građanski zakonic	12
Odeljak II.6. Zakonici postsocijalističkih društava	14
Odeljak II.7. Evropsko građansko pravo	15
Glava III. Razlozi za kodifikaciju	20
Glava IV. Razlozi za kodifikaciju u Srbiji danas	23
Glava V. Socijalna pravda i građansko pravo	25
Deo C. KAKO?	31
Glava I. Uvod	31
Glava II. Teorije pravde	37
Odeljak II.1. Utilitarizam Džeremija Bentama i Džona Stjuarta Mila	37
<i>Odsek II.1.a. Uvod</i>	37
<i>Odsek II.1.b. Načelo korisnosti ili načelo najveće sreće</i>	38
<i>Odsek II.1.c. Načelo najveće sreće i socijalna pravda</i>	41
<i>Odsek II.1.d. Utilitarizam i građansko pravo</i>	42

Odeljak II.2. Rolsova teorija pravde	44
<i>Odsek II.2.a. Uvod</i>	44
<i>Odsek II.2.b. Osnovna struktura društva</i>	44
<i>Odsek II.2.c. Načela pravde</i>	45
<i>Odsek II.2.d. Pravila prioriteta</i>	49
<i>Odsek II.2.e. Izvorna pozicija i veo neznanja</i>	53
<i>Odsek II.2.f. Odnos Rolsove teorije pravde i građanskog prava</i>	56
Odeljak II.3. Nozikova teorija pravde	63
<i>Odsek II.3.a. Uvod</i>	63
<i>Odsek II.3.b. Minimalna država</i>	64
<i>Odsek II.3.c. Teorija ovlašćenja</i>	65
<i>Odsek II.3.d. Odnos teorije ovlašćenja i građanskog prava</i>	72
Odeljak II.4. Marta Nusbaum i teorija o mogućnostima	74
<i>Odsek II.4.a. Uvod</i>	74
<i>Odsek II.4.b. Teorija o mogućnostima kao teorija društvene pravde</i>	75
<i>Odsek II.4.c. Posebnost Teorije o mogućnostima</i>	80
<i>Odsek II.4.d. Odnos teorije o mogućnostima i građanskog prava</i>	82
<i>Odsek II.4.e. Zašto teorija o mogućnostima, a ne o sposobnostima</i>	83
Odeljak II.5. Jusnaturalizam Džona Finisa	84
<i>Odsek II.5.a. Uvod</i>	84
<i>Odsek II.5.b. Načela prirodnog prava, osnovna dobra i načela praktične razboritosti</i>	85
<i>Odsek II.5.c. Pravda, zajednica i opšte dobro</i>	91
<i>Odsek II.5.d. Pravda i građansko pravo</i>	96
Odeljak II.6. Zašto Finis, a ne Kopaonička škola prirodnog prava?	97
Odeljak II.7. Teorije pravde i jusnaturalizam	100

Glava III. Preambula	108
Glava IV. Pravednost Nacrta građanskog zakonika	112
Odeljak IV.1. Uvod	112
Odeljak IV.2. Pravo na zaključenje braka, vanbračna zajednica i regulisanje istopolnih zajednica života	115
Odeljak IV.3. Zaštita slabije strane u ugovornim odnosima	123
<i>Odsek IV.3.a. Nepoštene ugovorne odredbe</i>	123
<i>Odsek IV.3.b. Fizička lica kao jemci za obaveze prema privrednim subjektima</i>	133
<i>Odsek IV.3.c. Podstanari</i>	137
<i>Odsek IV.3.d. Zabrana diskriminacije u ugovornim odnosima</i>	144
Odeljak IV.4. Balasiranje između autonomije volje i solidarnosti	152
<i>Odsek IV.4.a. Odgovornost u fazi pregovora</i>	152
<i>Odsek IV.4.b. Promenjene okolnosti</i>	155
<i>Odsek IV.4.c. Ograničenja prava svojine</i>	159
Odeljak IV.5. Načela i pravni standardi	169
<i>Odsek IV.5.a. Načelo savesnosti i poštenja</i>	169
<i>Odsek IV.5.b. Standard moralnosti</i>	170
Odeljak IV.6. Rezultat političke analize	177
D. ZAKLJUČAK	179
LITERATURA	181

SKRAĆENICE

ABGB	Građanski zakonik Austrije
BGB	Građanski zakonik Savezne Republike Nemačke
BDP	bruto društveni proizvod
BW	Građanski zakonik Holandije
CC	Građanski zakonik Francuske
ZGB	Građanski zakonik Švajcarske
CESL	Zajednički evropski zakon o prodaji
CFR	Zajednički referentni okvir
CRD	Direktiva o pravima potrošača
ECJ	Evropski sud pravde
GZ	građanski zakonik
GZRSFSR	Građanski zakonik Ruske Sovjetske Federativne Socijalističke Republike
MSP	Mala i srednja preduzeća
PECL	Načela evropskog ugovornog prava
SAD	Sjedinjene Američke Države

TABELA SUDSKIH SLUČAJEVA

BVerfGE 89, 214

BVerfGE 7, 198

Smith v. Hughes

Statoil ASA v. Louis Dreyfus Energy Services LP

ECJ C-376/98

Vrhovni Sud Srbije Rev. 6161/97

BGE 104.II.108

A. UVOD

Imajući u vidu da naslov mog rada ne otkriva mnogo o njegovoj sadržini (ali nadam se zato izaziva pažnju čitalaca) dužan sam pružiti neka objašnjenja. Tako se drugi deo rada (B) obuhvaćen pitanjem *zašto* bavi razlozima za kodifikovanje građanskog prava sa jedne strane i potrebom da se građanski zakonik izgradi na temelju određene koncepcije socijalne pravde sa druge strane. Budući da je kao razlog kodifikacije građanskog prava u Srbiji danas navedeno uspostavljanje koherentnog sistema normi građanskog prava u cilju obezbeđivanja vladavine prava i pravednog prava smatrao sam da je neophodno odrediti određenu koncepciju pravde na kojoj bi se zasnivao građanski zakonik. Prvo zato što reći da se naša država zasniva na socijalnoj pravdi kako je to učinjeno u Ustavu Republike Srbije¹ ili da se građanskim zakonikom želi vladavina pravednog prava² ne znači mnogo. Ovo stoga što je socijalna pravda ili pravedno samo pojam, a pojam nije isto što i koncepcija. Pojam daje tek osnovnu predstavu o značenju nekog izraza, ali koncepcijom se detaljnije određuje sadržina pojma, pri čemu može postojati više koncepcija jednog pojma, a pravda je odličan primer za to.³ U ovom radu je predstavljeno pet koncepcija socijalne pravde koje su predstavnici određenih pravaca mišljenja unutar kojih postoji još mnogo varijacija tih koncepcija. Drugo, zato što određena koncepcija pravde utiče na tumačenje zakonika, a ne postoji jedna koncepcija pravde, pa bi se određivanjem konkretne koncepcije pravde doprinelo koherentnosti građanskog prava i uniformnosti tumačenja načela i normi budućeg zakonika.

Treći deo rada (C) obuhvaćen pitanjem *kako* se bavi time kako izabrati koncepciju pravde i na koji način postići to da ta koncepcija pravde ostvari u što većoj meri željeno dejstvo. Što se tiče prvog *kako* predstavio sam pet teorija društvene pravde kao pet predstavnika određenih aktuelnih pravaca u političkoj filozofiji. Potom sam prve četiri suprotstavio petoj jusnaturalističkoj kako bih pokazao mane prirodnopravnog metoda na kojem se gradi koncepcija socijalne pravde, da bih zaključio da adekvatnu koncepciju treba tražiti negde među ostala četiri načina mišljenja ili nekoj njihovoj kombinaciji. Dakle, ne ukazujem na to koju koncepciju pravde

¹Član 1. Ustava Republike Srbije, „Sl. glasnik RS“, br. 98/2006.

²v. n. 117.

³ Svift, A., 2008, *Politička filozofija. Vodič za studente i političare*, Beograd, Clio, str. 21-22.

treba prihvatiti, već dajem putokaz u kom pravcu treba ići u potrazi za određenom koncepcijom pravde. O tome zašto sam se odlučio za teorije pravde koje sam prikazao u radu više u C.I. Glede drugog *kako* predlažem da se načela jednom odabrane koncepcije pravde izlože u preambuli budućeg zakonika, slično kako se ciljevi i motivi zakonodavca prikazuju u preambulama direktiva i uredbi EU. Na ovaj način bi se, verujem, postiglo da koncepcija pravde zaista bude od pomoći pre svega sudijama pri tumačenju zakonika. Konačno, budući da se rad bavi kodifikacijom građanskog prava u Srbiji i da smo već dobili Nacrt teksta budućeg zakonika, smatrao sam da je korisno sprovesti političku analizu teksta Nacrta i na taj način steći predstavu o tome kakav je odnos normi u Nacrtu sa preostale četiri teorije pravde koje sam u radu predstavio, te pokazati kako ili u kojem smeru Nacrt treba menjati ako se jednom odabere konkretna koncepcija pravde.

B. ZAŠTO?

I Uvod

Ako se osvrnemo na istorijske okolnosti u kojima su nastali zakonici na tlu Evrope, kao i na integrativne procese na nivou EU u oblasti građanskog prava, možemo lako doći do saznanja o razlozima za kodifikaciju građanskog prava. Neki od razloga su, pokazaće se, specifikum epohe u kojoj je zakonik donošen, neki su specifični za prilike u određenoj državi u određeno vreme, a neki su uvek prisutni. Sve njih sumiraću u odeljku III posle istorijskog osvrta. Potom ću razmotriti koji su to razlozi za kodifikovanje građanskog prava prisutni u Srbiji (IV). Ispostaviće se da je jedan od razloga postizanje koherentnosti unutar građanskog prava. Zato ću izneti tezu da je u interesu koherentnosti imati konkretnu koncepciju pravde kao podlogu zakoniku jer određena koncepcija pravde može uticati na tumačenje načela i normi građanskog prava, što ću pokazati na primeru Nemačke u odeljku V. Na istom mestu pokazaću i da građansko pravo jeste instrument socijalne pravde što je još jedan razlog da se odredi njena koncepcija koju će te norme sprovoditi u delo.

II Istorijski osvrt na značajne kodifikacije u Evropi

II.1. Građanski zakonik Francuske 1804. (CC)

U Francuskoj je neposredno pre revolucije i pre donošenja građanskog zakonika bio izražen partikularizam u oblasti građanskog prava koji odlično reflektuju Volterove reči: „Kada putujete po ovom kraljevstvu menjate pravne sisteme toliko često koliko menjate i konje.“⁴ Ideja o prevazilaženju pravnog pluralizma u Francuskoj je nastala oko stopedeset godina pre donošenja *Code Civil*-a, ali je očigledno bio potreban potres poput Francuske revolucije i Napoleonova odlučnost da bi došlo do unifikacije građanskog prava posredstvom građanskog zakonika.⁵ Taj

⁴Zweigert, K. and Kötz, H., 1998, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, p. 80.

⁵Zweigert, K. and Kötz, H., 1998.

zakonik je, kao i mnogi koji su usledili u drugim zemljama, bio zasnovan na idejama prosvetiteljstva i jusnaturalizma da se društveni život može racionalno urediti stvaranjem sveobuhvatnih koherentno struktuiranih pravila izvedenih iz prirodnih načela koja ne zavise od religijskih uverenja, te da tako izveden sistem pravila može biti osnov za razuman i moralan život u društvu.⁶ Sadržina CC-a u mnogome je bila odraz političkih ciljeva Revolucije.⁷ Zakonik je uveo novi, buržoaski, ekonomski i društveni poredak koji je bio slep za klasne razlike feudalnog sistema - više nije bilo staleža, svi su postali građani i Zakonik je jednako važio za sve.⁸ CC je sekularizovao brak, a ideju slobode je sprovodio kroz unitarni koncept svojine koja je svima dostupna i kroz slobodu ugovaranja, takođe je zabranio fideikomisarnu supstituciju.⁹

II.2. Građanski zakonik Austrije 1811. (ABGB)

Inicijativa za donošenje građanskog zakonika u Austriji potekla je od carice Marije Terezije koja je još 1753. godine formirala komisiju za izradu zakonika i dala joj zadatak da usaglasi različite zakone provincija.¹⁰ Ipak, Marija Terezija nije dočekala zakonik. Konačnu verziju nacrt izradila je 1808. godine komisija predvođena Francom fon Cajlerom (Franz von Zeiller) koji je nacrt podneo caru Francu I uz propratna objašnjenja koja svedoče o jusnaturalističkom i prosvetiteljskom nasleđu zakonika jer se u njima, između ostalog, navodi da „zakoni počivaju na opštim i nepromenljivim načelima razuma i pravde...“.¹¹ ABGB je stupio na snagu 1811. godine i u skladu sa pomenutim nasleđem promovisao je jednakost građana i slobodu ekonomske aktivnosti.¹² Ipak, imajući u vidu političke prilike u Austriji tog vremena i njeno društveno uređenje, zakonik je veći uticaj imao u ekonomskoj sferi, dok su se mnoge staleške privilegije ipak održale, a seljaci širom kraljevstva bili podređeni gospodarima tako da o

⁶ Zweigert, K. and Kötz, H., 1998, pp. 86–88.

⁷ Zweigert, K. and Kötz, H., 1998, p. 87.

⁸ Comparato, G., 2012, *Nationalism and Private Law in Europe*, PhD thesis, Universtiy of Amsterdam, p. 98.

⁹ Vodinec, V., 2012, *Građansko pravo. Uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*, Beograd, JP Službeni glasnik, str. 99.

¹⁰ Zweigert, K. and Kötz, H., 1998, p. 158.

¹¹ Zweigert, K. and Kötz, H., 1998, p. 159.

¹² Zweigert, K. and Kötz, H., 1998, p. 160.

punoj jednakosti građana nije moglo da bude reči.¹³ Liberalna priroda zakonika mogla je da dođe do izražaja u punoj meri tek sedamdesetih i osamdesetih godina devetnaestog veka sa političkim promenama u kraljevstvu.¹⁴

II.3. Građanski zakonik Nemačke 1900. (BGB)

Sve do 1871. godine Nemačka nije bila jedinstvena država i na prostoru koji će tek pod Bizmarkom postati jedna država postojao je izraženi politički i pravni partikularizam.¹⁵ Ideju o jedinstvenom građanskom pravu za nemačke države u javnost je izneo Tibo (*Thibaut*) 1814. godine inspirisan nacionalnim osećanjima i željom da se na taj način poploča put ka političkom ujedinjenju Nemačke.¹⁶ Savinji (*Savigny*) se javno usprotivio donošenju građanskog zakonika jer je smatrao da tome još nije vreme i da treba omogućiti spontani razvoj prava.¹⁷ Tako gledano sa donošenjem zakonika je trebalo sačekati dok se prava nemačkih država spontano ne unifikuju nekim postepenim istorijskim procesom. Ipak, polovinom devetnaestog veka razvoj trgovine je zahtevao neke brže procese od ovih koje su zagovarali pandektisti, pa je 1848. godine unifikovano pravo hartija od vrednosti, a 1861. godine sve nemačke države su usvojile jedinstveni trgovački zakonik.¹⁸ Bizmark je 1871. konačno ujedinio nemačke države u jedno carstvo, a 1873. godine je centralnoj vlasti u nadležnost preneto uređivanje celokupnog građanskog prava, pa će godinu kasnije biti imenovana komisija za izradu građanskog zakonika.¹⁹ Prvi nacrt je objavljen 1887. godine i pretrpeo je žestoke krtike da je preterano individualistički i da ne vodi računa o nejednakim pozicijama u društvu, te da otvara put dominaciji bogatih i moćnih nad siromašnjima i slabijima.²⁰ Tri godine kasnije je određena druga komisija koja nije mnogo toga promenila u odnosu na prvi nacrt, a njen proizvod je

¹³ Zweigert, K. and Kötz, H., 1998.

¹⁴ Zweigert, K. and Kötz, H., 1998, p. 161.

¹⁵ Zweigert, K. and Kötz, H., 1998, p. 135.

¹⁶ Zweigert, K. and Kötz, H., 1998, p. 139.

¹⁷ Zweigert, K. and Kötz, H., 1998.

¹⁸ Zweigert, K. and Kötz, H., 1998, p. 141.

¹⁹ Zweigert, K. and Kötz, H., 1998, pp. 141–142.

²⁰ Zweigert, K. and Kötz, H., 1998, p. 142.

naredne 1896. postao Građanski zakonik koji je stupio na snagu 1900. godine.²¹ Bio je to zakonik namenjen kapitalistima koji je uspostavio slobodu ugovaranja nesputanu institutima koji bi štitali slabiju stranu, obezbeđivali jednakost davanja ili štitali prava radnika, dok je u stvarnom pravu „razvio široko obezbeđenje potraživanja.“²²

II.4. Građanski zakonik Švajcarske 1907. (ZGB)

Kada je Napoleon osvojio Švajcarsku 1798. godine, ona je iz konfederacije pretvorena u unitarnu državu.²³ Po njegovom padu, Švajcarska je opet postala zajednica poprilično nezavisnih kantona, ali je jedna ideja iz Napoleonove ere ipak ostala – ideja o kodifikaciji građanskog prava.²⁴ Međutim i kodifikacija je prvo sprovedena na švajcarski način. Svaki kanton je usvojio svoj građanski zakonik.²⁵ Kantonalni zakonici su bili različiti jer su i različita prava susednih država izvršila uticaj na različite kantone.²⁶ Trebalo je sačekati drugu polovinu devetnaestog veka da se javi ideja o jedinstvenom građanskom zakoniku za sve švajcarske kantone koju je podstakao razvoj trgovine i migracija stanovništva između kantona.²⁷ Prvo je 1881. godine usvojen zajednički zakon o obligacionom pravu.²⁸ Zatim je tokom devedesetih godina devetnaestog veka švajcarski ministar pravde zadužio profesora Eugena Hubera da sastavi građanski zakonik koji će važiti na nivou federacije.²⁹ Švajcarski parlament je usvojio Zakonik 1907. godine, a stupio je na snagu 1912. godine.³⁰ Obligacioni zakon je usklađen sa Zakonikom i iako je formalno pravno ostao zaseban pravni akt, bilo je jasno da je suštinski postao deo ZGB-a.³¹ Konačno, ono što je interesantno jeste da je ZGB odoleo procesu dekodifikacije koji se

²¹ Zweigert, K. and Kötz, H., 1998.

²² Vodinelić, V., 2012, str. 101.

²³ Zweigert, K. and Kötz, H., 1998, pp. 168–169.

²⁴ Zweigert, K. and Kötz, H., 1998, p. 169.

²⁵ Zweigert, K. and Kötz, H., 1998.

²⁶ Zweigert, K. and Kötz, H., 1998.

²⁷ Zweigert, K. and Kötz, H., 1998.

²⁸ Zweigert, K. and Kötz, H., 1998, p. 170.

²⁹ Zweigert, K. and Kötz, H., 1998.

³⁰ Zweigert, K. and Kötz, H., 1998, pp. 170–171.

³¹ Zweigert, K. and Kötz, H., 1998, p. 171.

odvijao u većini evropskih sistema tokom dvadesetog veka.³² On je dopunjavan i uspešno je odgovorio zahtevu za zaštitom prava slabije strane³³ i za socijalizacijom prava uopšte.³⁴

II.5. Socijalistički građanski zakonic

Građanski zakonici socijalističkih zemalja istočnog bloka bili su u službi ostvarivanja komunističke ideologije i naučnog socijalizma. U skladu sa osnovnim postulatima marksizma-lenjinizma pravo uopšte, pa i građansko pravo bilo je tek emanacija ekonomskog sistema koji je opet bio odraz pomenute ideologije.³⁵ Ovako izraženi materijalizam imao je za posledicu fokus na imovnu i imovinske odnose.³⁶ Tako na primer Građanski zakonik Ruske Sovjetske Federativne Socijalističke Republike iz 1964. godine (GZRSFSR) u članu 1. u prvi plan stavlja imovinu i imovinske odnose i sa njom povezane lične neimovinske odnose, sa ciljem da se stvori „materijalno – tehnološka osnova komunizma i da se zadovolje materijalne i duhovne potrebe građana.“³⁷ Drugi neimovinski odnosi građana se pominju tek nakon prethodno navedenih i kaže se da se uređuju onda kada je to određeno zakonom.³⁸ Ovakav pristup najviše je traga, prirodno, ostavio u stvarnom pravu. U tom smislu izražena je hijerarhija oblika svojine u kojoj je javna svojina imala prednost nad privatnom.³⁹ Zatim je privatna svojina bila strogo ograničena u smislu vrste, količine i namene stvari koje su mogle biti predmet ovog oblika svojine. Tako je, na primer, GZRSFSR propisivao da se imovina u privatnoj svojini ne sme koristiti za izvlačenje koristi koje nisu rezultat rada, ili da svaki građanin u privatnoj svojini može imati samo jednu

³²Vodinić, V., 2012, str. 103.

³³Zweigert, K. and Kötz, H., 1998, p. 171.

³⁴Vodinić, V., 2012, str. 103.

³⁵Rudden, B., 1986, Scientific Socialism and Soviet Private Law, *Notre Dame Law Review*, 2, p. 158.

³⁶Cserne, P., The Recodification of Private Law in Central and Eastern Europe, in: Larouche, P. and Cserne, P. (eds.), 2013, *National Legal Systems and Globalization, New Role, Continuing Relevance*, The Hague, T.M.C. Asser Press, p. 54.

³⁷Gray, W., and Stults, R., 1965, *Civil Code of the Russian Soviet Federated Socialist Republic: An English Translation*, Michigan, The University of Michigan Law School Ann Arbor, p. 1.

³⁸Gray, W., and Stults, R., 1965.

³⁹Cserne, P., 2013, p. 54.

kuću ili deo kuće ili stan u stambenoj zgradi koji ne smeju biti veći od šesdeset kvadratnih metara.⁴⁰

U socijalističkim zemljama je takođe vladalo shvatanje da pravo ima edukativnu funkciju, te da je zadatak prava između ostalog i da vaspitava.⁴¹ Upravo je taj stav bio opravdanje za to što su u Građanskom zakoniku Mađarske iz 1959. godine norme o zakonskom nasleđivanju prethodile normama o testamentarnom nasleđivanju.⁴² Ovim redosledom se želelo istaći da je zakonsko nasleđivanje najprikladnije i da je u skladu sa socijalističkim shvatanjem porodice i porodičnih odnosa, a takođe se želelo poučno uticati na one koji zanemaruju svoje porodice.⁴³

Još jedna zajednička karakteristika socijalističkih zakonika je to što su bili relativno kratki u poređenju sa svojim kapitalističkim prethodnicima ili savremenima iz drugih zemalja.⁴⁴ Tako je primera radi GZRSFSR imao svega 569 članova,⁴⁵ a mađarski GZ 685 članova.⁴⁶ Ideja je bila da zakonici budu pristupačniji građanima te je sažetost bila praćena i pojednostavljivanjem teksta što je u nekim zemljama otišlo predaleko.⁴⁷ Tako je pojednostavljivanje mnogih klasičnih građanskopravnih instituta u Čehoslovačkoj dovelo i do ukidanja koncepata npr. državnine, susedskih prava, stanarine, održaja, dok je pojam obligacije zamenjen pojmom usluge, pojam lica pojmom učesnika ili građanina itd.⁴⁸ Smatra se da je ovakvo redukovanje sadržaja građanskog prava delimično bilo motivisano i idejom da u konačnom stadijumu socijalizma pravo i neće biti potrebno.⁴⁹

⁴⁰ Gray, W., and Stults, R., 1965, p. 28.

⁴¹ Rudden, B., 1986, pp. 165–166.

⁴² Cserne, P., 2013, p. 64.

⁴³ Cserne, P., 2013, pp. 64–65.

⁴⁴ Cserne, P., 2013, p. 53.

⁴⁵ Gray, W., and Stults, R., 1965.

⁴⁶ Cserne, P., 2013, p. 64.

⁴⁷ Cserne, P., 2013, p. 53.

⁴⁸ Elischer, D., Frinta, O., and Pauknerová, M., Recodification of Private Law in the Czech Republic, in: Rivera, C., J. (ed.), 2013, *The Scope and Structure of Civil Codes, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* 32, Dordrecht, Springer Science+Business Media, p. 119.

⁴⁹ Elischer, D., Frinta, O., and Pauknerová, M., 2013.

II.6. Zakonici postsocijalističkih društava

Posle raspada Sovjetskog Saveza države koje su bile njegove članice ili koje su bile pod njegovim uticajem pristupile su promeni svog građanskog prava, te i izradi novih zakonika kako bi prilagodile svoje građansko pravo tržišnoj ekonomiji i novim političkim uslovima.⁵⁰ Treba reći da kodifikacija nije došla odjednom, već je bila plod dugačkog procesa. Većina država istočnog bloka od 1989. i 1990. godine počinje sa nizom izmena postojećih zakonika ili pak uređivanjem građanskopravne materije u zasebnim zakonima, da bi kodifikacija došla kao kruna tog procesa najčešće pravdana potrebom da se izmenjeno građansko pravo uredi na koherentan način.⁵¹ Takav obrazac je vidljiv u Mađarskoj⁵², Rumuniji, Litvaniji, Estoniji i Češkoj.⁵³ U Češkoj se podvlači da je namera iza donošenja Građanskog zakonika Češke iz 2012. godine da se građansko pravo uredi u skladu sa načelima liberalne demokratije i vladavine prava, pa zakonik počiva na dva glavna načela: sloboda svakog pojedinca i puna odgovornost svake osobe za sopstvene postupke.⁵⁴ Njegova uloga je da načini potpuni raskid sa marksizmom – lenjinizmom i posledicama koje je ta ideologija ostavila na građansko pravo Češke⁵⁵ koje su kako je u II.5 pomenuto bile dalekosežnije nego u drugim državama istočnog bloka.

U jednom broju država kao što su Slovačka i Poljska postoje inicijative za donošenje građanskog zakonika ali to još uvek nije učinjeno.⁵⁶ Barem nije prema podacima koji su meni dostupni. U nekim drugim državama se donošenje zakonika i ne razmatra. Na primer u Bugarskoj se smatra da je priliv komunitarnog prava i dalje veliki da bi se pristupilo kodifikaciji, takođe se smatra da je i profesija zadovoljna sadašnjim stanjem.⁵⁷ U Sloveniji, kao i u Hrvatskoj došlo je do kodifikacije pojedinih delova građanskog prava bilo kroz izmene i dopune zakona nasleđenih iz Jugoslavije kao što je na primer Zakon o obligacionim odnosima, bilo kroz donošenje novih

⁵⁰Rivera, C. J., Relations with Commercial Law, Family Law, Consumer Law and Private International Law. A Comparative Approach, in: Rivera, C., J. (ed.), 2013, *The Scope and Structure of Civil Codes, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* 32, Dordrecht, Springer Science+Business Media, p. 18.

⁵¹ Cserne, P., 2013, pp. 54–59.

⁵² Salma, J., 2014, O kodifikacionom istorijatu mađarskog građanskog prava i o novom mađarskom Građanskom zakoniku, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 4, str. 49–67.

⁵³ Cserne, P., 2013, pp. 54–59.

⁵⁴ Elischer, D., Frinta, O., and Pauknerová, M., 2013, p. 111.

⁵⁵ Elischer, D., Frinta, O., and Pauknerová, M., 2013, p. 129.

⁵⁶ Cserne, P., 2013, pp. 54–59.

⁵⁷ Cserne, P., 2013, p. 59.

zakona kojima se uređuju pojedinačne oblasti građanskog prava, ali za sada nema naznaka da bi do sveobuhvatne kodifikacije građanskog prava u jednom zakoniku moglo da dođe.⁵⁸

Dakle, ono što je zajedničko za sve post-socijalističke države jeste da su pristupile opsežnim izmenama svog građanskog prava kako bi ga uskladile sa tržišnom privredom koja nije diktirana centralnim planom, i sa katalogom ljudskih prava koja ne trpe ograničenja kakva su postojala u socijalističkim društvima, a koja su ilustrovana na primeru GZRSFSR u II.5.

II.7. Evropsko građansko pravo

Mada je Evropski parlament još 1989, a zatim i 1994. godine predložio donošenje Evropskog građanskog zakonika⁵⁹ do toga još uvek nije došlo. To nije iznenađenje imajući u vidu podelu nadležnosti između Unije i država članica, kao i načela po kojima Unija funkcioniše. Naime osnivačkim ugovorima je predviđeno da su pitanja u vezi sa jedinstvenim tržištem i zaštitom potrošača u nadležnosti koja je podeljena između Unije i država članica.⁶⁰ To znači da je Unija ovlašćena da preuzima mere u ovim oblastima samo kada je to u skladu sa načelom subsidiarnosti.⁶¹ Što će reći, samo onda kada se ciljevi koji se određenom merom žele postići mogu bolje ostvariti na nivou Unije, nego na nivou država članica.⁶² Zašto pominjem baš ove dve oblasti? Pa zato što su pravilno funkcionisanje jedinstvenog tržišta i zaštita potrošača dva osnova koja su do sada korišćena za donošenje propisa na nivou Unije koji se tiču građanskopravne materije.⁶³ Ova dva cilja mogu poslužiti kao osnov za donošenje mera na nivou EU u skladu sa načelom subsidiarnosti samo ako organi EU dokažu da razlike u tome kako države članice uređuju pojedina pitanja u navedenim oblastima zaista ometaju nesmetano funkcionisanje jedinstvenog tržišta.⁶⁴ Na to podseća i Sud pravde EU navodeći da sama činjenica da države članice na drugačiji način uređuju pojedina pitanja, ili činjenica da postoji tek apstraktna pretnja

⁵⁸ Cserne, P., 2013, p. 60.

⁵⁹ Comparato, G., 2012, p. 8.

⁶⁰ Art. 4(2) TFEU, Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, 2016/C 202/1.

⁶¹ Art. 5(3) TEU, 2016/C 202/1.

⁶² Art. 5(3) TEU.

⁶³ Comparato, G., 2012, p. 7.

⁶⁴ Erp, S. van, and Akkermans, B. (eds), 2012, *Cases, Materials and Text on Property Law*, Oxford, Hart Publishing, p. 1030.

po nesmetano funkcionisanje jedinstvenog tržišta nije dovoljna da opravda preduzimanje mera EU.⁶⁵ Upravo zbog toga sam na početku rekao da nije iznenađenje što sveobuhvatnog građanskog zakonika Evropske unije još uvek nema. Zaista je teško, ako ne i nemoguće, dokazati da različiti pravni režimi u naslednom pravu, porodičnim odnosima, pa čak i svojinskom pravu ometaju funkcionisanje jedinstvenog tržišta. Dakle, takav kodifikatorski poduhvat je sprečen osnivačkim aktima EU. Tj. Uniji nedostaje nadležnost da donese građanski zakonik koji bi zamenio nacionalne građanske zakonike.⁶⁶

Sa druge strane veliki broj propisa EU donet je u oblasti ugovornog prava, a u vezi sa zaštitom potrošača. Rezultat je fragmenitrano i nekoherentno sekundarno zakonodavstvo EU u datoj oblasti.⁶⁷ Uzrok tome je to što je zakonodavstvo EU usmereno na funkcionisanje jedinstvenog tržišta i što uređuje pojedinačna pitanja ne baveći se širom slikom.⁶⁸ Razlog ovakvom pristupu se nalazi u pomenutom nedostatku nadležnosti Unije i u nedostatku političke podrške za punu harmonizaciju građanskog prava.⁶⁹ Mada poslednje, po mom mišljenju, nije izgovor za hronične nedostatke *acquis communautaire* u oblasti ugovornog prava. Takve nedostatke je uočila i pobrojala i sama Komisija u svom akcionom planu za koherentnije evropsko ugovorno pravo.⁷⁰ Među nedostacima se ističu nekonzistentnost propisa koja dovodi do toga da se slični slučajevi različito tretiraju, zatim činjenica da se u istim slučajevima različitim direktivama pred adresate postavljaju drugačiji zahtevi, kao i da se različitim direktivama jedan te isti pravni institut drugačije uređuje.⁷¹ U pokušaju da ispravi pomenute mane Evropska Komisija je u navedenom akcionom planu, između ostalih mera, predložila donošenje Zajedničkog referentnog okvira (*Common Frame of Reference*).⁷² Svrha ovog dokumenta bi bila da pruži

⁶⁵ ECJ 5 October 2000 – C-376/98, I-8524.

⁶⁶ Hesselink, W., M., 2008, *CFR & Social Justice. A short study for the European Parliament on the values underlying the draft Common Frame of Reference for European Private Law: what roles for fairness and social justice?*, Amsterdam, Centre for the Study of European Contract Law, University of Amsterdam, (<http://ssrn.com/abstract=1270575> 31.7.2017.), p. 16.

⁶⁷ Roth, W-H., Transposing “Pointillist“ EC Guidelines into Systematic National Codes – Problems and Consequences, *European Review of Private Law*, 6, p. 765.

⁶⁸ Collins, H., 2008., *The European Civil Code. The Way Forward*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 51.

⁶⁹ Collins, H., 2008., p. 61.

⁷⁰ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. A More Coherent European Contract Law. An Action Plan, 2003/C 63/01, (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003DC0068&from=RO> 20.7.2017.).

⁷¹ Communication 2003/C 63/01, para. 16.

⁷² Communication 2003/C 63/01, para. 53.

zajedničku terminologiju u oblasti ugovornog prava tako što će ponuditi definicije osnovnih koncepata i instituta ugovornog prava, što bi trebalo da poboljša postojeće pravne tekovine u toj oblasti prava i obezbedi donošenje kvalitetnijih propisa ubuduće.⁷³ Osim toga, CFR bi mogao da posluži kao inspiracija nacionalnim zakonodavcima prilikom eventualne reforme domaćeg ugovornog prava, što bi doprinelo približavanju prava država članica.⁷⁴ Konačno, ovaj dokument bi mogao da posluži kao osnova za izradu opcionog instrumenta koji bi uredio oblast ugovornog prava na nivou Unije.⁷⁵ Koliko je meni poznato, do sada je izrađen samo nacrt Zajedničkog referentnog okvira (*Draft Common Frame of Reference*). Ovaj nacrt je rezultat dugogodišnjeg rada velikog broja stručnjaka za građansko pravo, uporedno pravo, i pravo EU i predstavlja akademsku publikaciju.⁷⁶ Nada je autora da bi DCFR mogao da posluži kao osnov za izradu CFR-a, i kao izvor ideja za nacionalne zakonodavce.⁷⁷ Pri čemu treba napomenuti da, dok će se CFR (ako ga ikada bude) odnositi samo na ugovorno pravo, DCFR predlaže pravila u oblasti celokupnog obligacionog prava, i velikog dela stvarnog prava. Konačno, treba pomenuti i da je jedno vreme na stolu bio i predlog opcionog instrumenta kojim se htelo kodifikovati ugovorno pravo o prodaji robe. To je bio predlog Uredbe EU o Zajedničkom evropskom zakonu o prodaji (*Common European Sales Law*).⁷⁸ Ovim propisom je trebalo da bude uređena prodaja robe, snabdevanje digitalnim sadržajem i pružanje pratećih usluga na jedinstvenom tržištu, kada se radi o prekograničnim ugovorima između trgovaca i potrošača ili prekograničnim ugovorima između trgovaca gde je bar jedna strana malo ili srednje preduzeće.⁷⁹ CESL je bio predviđen kao paralelni pravni režim koji stoji uporedo sa nacionalnim pravilima i koji se primenjuje samo kada strane ugovornice to izričito ugovore.⁸⁰ Ovaj propis, međutim i dalje nije usvojen. Jedini dokument koji je do neke harmonizovao izvore evropskog ugovornog prava jeste Direktiva o pravima potrošača

⁷³ Communication 2003/C 63/01, para. 62 (a).

⁷⁴ Communication 2003/C 63/01.

⁷⁵ Communication 2003/C 63/01.

⁷⁶ Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law, 2009, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München, Sellier European Law Publishers, pp. 3-6.

⁷⁷ Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law, 2009, pp. 4-8.

⁷⁸ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, COM (2011) 635.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1493377048181&uri=CELEX:52011PC0635> 28.4.2017.).

⁷⁹ COM (2011) 635, art. 1, 5, and 7.

⁸⁰ COM (2011) 635, recital 9.

2011/83/EU (CRD).⁸¹ Pre donošenja ove direktive Komisija je preispitivala osam direktiva koje su se odnosile na zaštitu potrošača.⁸² Na kraju je CRD zamenila samo dve i dopunila još dve direktive, tako da je njen domašaj skromniji nego što bi se očekivalo imajući u vidu najave da se želi stvoriti koherentnije evropsko ugovorno pravo. Osim toga, CRD je instrument maksimalne ili pune harmonizacije (*maximum/full harmonization*) što znači da države članice ne mogu odstupati od pravila koja direktiva propisuje, tj. da ne mogu propisati niže, ali ni više standarde zaštite od onih koje ovaj instrument nalaže.⁸³ Zbog takvog pristupa može doći do snižavanja standarda zaštite potrošača u pojedinim državama članicama, kao što se da videti na primeru Nemačke. Naime BGB je predviđao da, u slučaju da trgovac pre zaključenja ugovora ne obavesti potrošača da ima pravo na odustanak od ugovora u određenom roku, pravo na odustanak više nije oročeno.⁸⁴ CRD, međutim, propisuje da se u opisanoj situaciji pravo na odustanak može iskoristiti u roku od 12 meseci, tako da je Nemačka morala da snizi stepen zaštite potrošača u pogledu roka u kojem se može iskoristiti pravo na odustanak.⁸⁵ U literaturi se takođe spekulise o uticaju ne samo ove direktive, već sekundarnog zakonodavstva u oblasti zaštite potrošača uopšte, na opšte ugovorno pravo država članica, naročito onih koje su odlučile da ugovorno pravo potrošača uključe u svoje građanske zakonike. Govori se o narušavanju koherentnosti nacionalnog građanskog prava, ali i o mogućim modernizacijskim efektima i redefinisavanju nekih instituta građanskog prava.⁸⁶ Konačno, pominje se tenzija između instrumentalnog pristupa koji je u pozadini donošenja direktiva i onoga što je svrha ugovornog prava. Instrumentalni pristup znači da je glavni cilj direktiva omogućavanje nesmetanog funkcionisanja jedinstvenog tržišta,

⁸¹ Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of October 25 2011 on consumer rights, (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:304:0064:0088:en:PDF> 29.7.2017.)

⁸² Kunnecke, A., 2014, New Standards in EU Consumer Rights Protection? The New Directive 2011/83/EU, European Scientific Journal (<http://eujournal.org/index.php/esj/article/view/2854> 29.7.2017.), p. 428.

⁸³ Art. 4, Directive 2011/83/EU.

⁸⁴ See n. 379 in Kunnecke, A., 2014, p. 430.

⁸⁵ Kunnecke, A., 2014.

⁸⁶ Više o tome videti npr. Loos, M., B., M., 2006, The influence of European consumer law on general contract law and the need for spontaneous harmonization. On the disturbance and reconstruction of the coherence of national contract law and consumer law under the influence of European law, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=968381 28.7.2017.).

što je teško pomiriti sa opštim ugovornim pravom čija je svrha pravedno rešavanje sporova među strankama.⁸⁷

I upravo tu dolazimo do pitanja socijalne pravde i evropskog građanskog prava o kojem se uveliko raspravlja u evropskoj akademskoj zajednici. Grupa naučnika iz različitih delova Evrope okupljena u Studijsku grupu o socijalnoj pravdi u evropskom građanskom pravu objavila je 2004. godine svoj manifest.⁸⁸ U njemu se, između ostalog, kaže da je izvesno da veće prepreke na putu ka izgradnji jedinstvenog tržišta zaista moraju biti otklonjene ako se želi da u materijalnim dobrotama tako velikog tržišta učestvuju svi građani, ali da se na krilima izgradnje jedinstvenog tržišta ne može ići dalje od harmonizacije pojedinih aspekata prava država članica.⁸⁹ Većinu pravnih prepreka učesnici na tržištu mogu da otklone sami, dok neke druge prepreke kao što su psihološke i jezičke harmonizacijom prava nisu otklonjive.⁹⁰ Dakle, tvrde potpisnici manifesta, instrumentalni pristup harmonizaciji, tj. harmonizacija radi otklanjanja prepreka nesmetanom funkcionisanju jedinstvenog tržišta je samo delić slagalice i insistirati na njemu znači zanemariti mnogo važnija i suštinska pitanja.⁹¹ To su pitanja o vrednostima koja će biti osnov evropskog ugovornog prava i jedinstvenog tržišta.⁹² Kao što su građanski zakonici devetnaestog veka sadržali standarde koji su vodili socijalne i ekonomske odnose građana, koji su uspostavljali određeni odnos između slobode ugovaranja i društvene solidarnosti, tako bi jedinstveno evropsko ugovorno pravo moralo da uspostavi određeni odnos među tim vrednostima.⁹³ Definisanje tog odnosa znači opredeliti se za određeni sistem vrednosti, što je odluka koja je neizbežna kada se stvara koherentan sistem pravila.⁹⁴ I to sistem pravila koji reguliše način na koji građani zadovoljavaju svoje osnovne potrebe od obrazovanja, zdravlja, hrane, krova nad glavom, do zabave i odmora.⁹⁵ Iako su nadležnosti evropskog zakonodavca ograničene osnivačkim aktima EU, oni ipak ne postavljaju pred organe Unije zadatak da

⁸⁷Hesselink, M., W., 2009, Towards a sharp distinction between B2B and B2C? On consumer, commercial and general contract law after the consumer rights directive, (<http://ssrn.com/abstract=1416126>30.7.2017.), p. 11.

⁸⁸Study Group on Social Justice in European Private Law, 2004, Social Justice in European Contract Law: a Manifesto, *European Law Journal*, 6, pp. 653-674.

⁸⁹Study Group on Social Justice in European Private Law, 2004, p. 656.

⁹⁰Study Group on Social Justice in European Private Law, 2004.

⁹¹Study Group on Social Justice in European Private Law, 2004.

⁹²Study Group on Social Justice in European Private Law, 2004.

⁹³Study Group on Social Justice in European Private Law, 2004.

⁹⁴Study Group on Social Justice in European Private Law, 2004.

⁹⁵Study Group on Social Justice in European Private Law, 2004, p. 655.

sporvedu određeni ideološki plan kada se radi o formiranju i funkcionisanju zajedničkog tržišta.⁹⁶ Imajući to u vidu, ništa ne sprečava evropskog zakonodavca da u okviru svoje nadležnosti donosi propise čija sadržina jeste zasnovana na određenoj ideji socijalne pravde.⁹⁷ U tom smislu ističe se prednost toga da budući CFR bude usvojen kao instrument mekog prava, kako bi se neopterećna pitanjima nadležnosti, povela rasprava na temu socijalne pravde u građanskom pravu koju je evropski zakonodavac zanemario.⁹⁸

III. Razlozi za kodifikaciju

Kao što sam već napomenuo razlozi za kodifikovanje građanskog prava su različiti i u načelu su uslovljeni istorijskim okolnostima. Ono što je zajedničko za zakonike devetnaestog i početka dvadesetog veka koje sam naveo jeste da su služili prevladavanju pravnog partikularizma koji je postojao u datim državama. Ta težnja za jedinstvenim građanskim pravom je mogla biti motivisana ekonomskim razlozima s obzirom na to da pravno jedinstvo olakšava trgovinu što se ističe u slučaju Nemačke i Švajcarske, ili pak željom da se izgradi nacionalni identitet, osećaj pripadnosti naciji, da se podstakne političko jedinstvo unutar jedne države.⁹⁹ Ovi poslednji motivi se pre svega vezuju za donošenje ABGB-a, ali i italijanski i holandski zakonik iz devetnaesetog veka.¹⁰⁰ Isti razlozi se vezuju i za CC i BGB.¹⁰¹ Ujednačavanje građanskopravnih propisa radi pospešivanja trgovine i izgradnje tržišta je, videli smo, motor harmonizacije i stvaranja evropskog građanskog prava na nivou EU. U literaturi se može naići na sumnju u delotvornost građanskih zakonika kao instrumenata za izgradnju nacionalnog identiteta. Kaže se da zakonici mogu imati veliki simbolički značaj za one koji se bave građanskim pravom, ali je diskutabilno koliko utiču na svest građana koji često nisu ni upoznati sa karakteristikama pravnog sistema u

⁹⁶Hesselink, M, W, 2008, (<http://ssrn.com/abstract=1270575>31.7.2017.), p. 17.

⁹⁷ Hesselink, M, W, 2008.

⁹⁸ Hesselink, M, W, 2008.

⁹⁹ Jansen, J., H., C., 2016, A European Civil Code and National Private Law: Lessons from History, *European Review of Private Law*, 3&4, p. 476.

¹⁰⁰Jansen, J., H., C., 2016.

¹⁰¹ Comparato, G., 2012, p. 98.

kojem žive.¹⁰² Ipak, ovaj argument, iako meni ubedljivo zvuči, ne menja činjenicu da je snaženje nacionalne države bio motiv za kodifikaciju građanskog prava. Motivacija da se nešto postigne nije garant da će se odabrati i najbolje sredstvo. Uprkos tome na otvaranju javne rasprave o nacrtu Građanskog zakonika Srbije 2. jula 2015. godine, mogle su se čuti izjave koje bi upućivale na stav da je zakonik nešto nacionalno ili etnički određeno, te da se zakonik možda treba zvati srpskim.¹⁰³ Smatram ovakve stavove višestruko pogrešnim. Prvo, zato što građanski zakonik nema etnicitet, tj. zakonik je svih građana Srbije koje god nacionalnosti oni bili. Drugo, ovakve ideje su anahrone i razumljive za devetnaesti vek, mada se čak i građanski zakonik iz 1844. godine zvanično zvao Građanski zakonik za Kneževinu Srbiju¹⁰⁴, a ne Srpski građanski zakonik kako se uobičajeno kaže. Treće, čak i da je izgradnja nacionalnog identiteta imenovanjem građanskog zakonika srpskim zakonikom legitiman, uvremenjen i razuman cilj, kao što smo videli postoji (u najmanju ruku) sumnja u podobnost instrumenta za taj cilj. Četvrto, teško je utvrditi i odbraniti etničku čistokrvnost nacrtu Građanskog zakonika budući da su članovi komisije za njegovu izradu (sasvim opravdano) inspiraciju tražili i među stranim zakonicima, međunarodnim dokumentima i od uglednih pravnika iz inostranstva.¹⁰⁵ Zapravo, teško je utvrditi (ako za tim uopšte ima potrebe) etničku čistotu i jednog zakonika, a imajući u vidu uticaj zakonika jednih na druge, kao i uticaj evrointegracija na pravo država članica EU. Tako se za novi građanski zakonik Holandije iz 1992. kaže da je pod većim uticajem nemačke pravne misli za razliku od svog prethodnika koji je bio pod jakim uticajem *Code civil-a*.¹⁰⁶ Za građanski zakonik Češke se navodi čitav niz stranih zakonika, međunarodnih izvora i izvora mekog prava koji su bili inspiracija za pojedine njegove delove.¹⁰⁷ Litvanski građanski zakonik je izrađen pod uticajem holandskog, italijanskog i kvebečkog građanskog zakonika, kao i UNIDROIT načela međunarodnih trgovinskih ugovora.¹⁰⁸ Ovo su samo neki primeri. Što se tiče uticaja koji pravo

¹⁰² Comparato, G., 2012, p. 229.

¹⁰³ U tom smislu videti izjavu tadašnjeg ministra pravde Republike Srbije (<http://rs.n1info.com/a73799/Vesti/Javna-rasprava-o-nacrtu-gradjanskog-zakonika-Srbije.html>) 23.8.2017.)

¹⁰⁴ Polajac, M., Mirković, Z., S., i Đurđević, M. (ur.), 2014, *Srpski građanski zakonik – 170 godina*, Beograd, Pravni fakultet u Beogradu, str. 9.

¹⁰⁵ U tom smislu videti: *Rad na izradi Građanskog zakonika Republike Srbije. Izveštaj Komisije o otvorenim pitanjima*, 2007, Beograd, Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika.

¹⁰⁶ Hesselink, M., W., 2006, The Ideal of Codification and the Dynamics of Europeanization: The Dutch Experience, *European Law Journal*, 3, p. 281.

¹⁰⁷ Elischer, D., Frinta, O., and Pauknerová, M., 2013, p. 129.

¹⁰⁸ Hondius, E., 2013, Recodification of Private Law: Central and Eastern Europe Set

EU vrši na građansko pravo država članica dobar primer je dat u II.7. gde je prikazano kako je Nemačka morala da snizi standard zaštite potrošača pod uticajem zakonodavstva EU. Stoga je iluzorno govoriti o građanskim zakonima kao isključivim plodovima nekog nacionalnog bića, misli ili nečeg sličnog. Uostalom, zakoni evropskih zemalja su najpoznatiji kao građanski, bez potenciranja nacionalnosti u smislu etniciteta, dok se njihova prostorna nadležnost vidi iz jezika kojim su napisane te dve reči: *građanski* i *zakonik*, pa tako na primer imamo: *Codice Civile*, *Bürgerliches Gesetzbuch*, *Burgerlijk Wetboek*, *Code Civil* itd. Sada ovu malu raspravu o nacionalizmu i građanskom pravu ostavljam po strani i vraćam se magistralskom toku ovog rada.

Što se tiče građanskih zakonika socijalističkih zemalja zajedničko im je da su stvarali građansko pravo podobno za nove političke i ekonomske odnose određene komunističkom ideologijom. Imali su i, bar u teoriji, vaspitnu funkciju. Po padu komunizma u ovim zemljama novi građanskopravni propisi, pa i zakoni u onima u kojima su doneti imali su zadatak da građansko pravo upodobe demokratskom uređenju i tržišnoj privredi. S obzirom na to da je u ovim zemljama put do novih zakonika bio popločan izradom zakona koji su uređivali pojedinačne oblasti građanskog prava i s obzirom na to da je značajan broj njih nastojao da svoje pravo uskladi sa pravom EU došlo je do fragmentiranosti građanskog prava, pa su zakoni imali ulogu i da građansko pravo učine koherentnim kako je pokazano u II.6.

Postoje razlozi za donošenje građanskih zakonika koji su očigledno prisutni u svim epohama i u svim okolnostima i oni su vrednosne prirode. Od *Code Civil*-a preko nacističkog *Volksgesetzbuch*-a do post-socijalističkih kodifikacija, zakoni su uvek sobom nosili vrednosti na kojima se želelo da se društvo zasniva.¹⁰⁹ Čak i kada govorimo o ekonomskim i političkim razlozima oni su bili povezani sa određenom ideologijom i koncepcijom socijalne pravde bilo da se radilo o klasičnom liberalizmu, komunizmu, ili varijantama liberalizma koje su nastale u dvadesetom veku. Pa čak i u Evropskoj uniji, kao višeslojnom političkom i pravnom sistemu, nastojanja da se kodifikuju i uredi pravne tekovine u oblasti građanskog prava praćena su širokom raspravom o socijalnoj pravdi i vrednostima koje treba da budu temelj tih pravnih tekovina.

the Tone, *European Review of Private Law*, 4, p. 900.

¹⁰⁹Comparato, G., 2012, pp. 229–230.

IV. Razlozi za kodifikaciju u Srbiji danas

Što se tiče Srbije, situacija je slična kao i u drugim zemljama koje su krajem osamdesetih i početkom devedesetih godina dvadesetog veka započele tranziciju iz socijalističkog društva u demokratsko društvo zasnovano na tržišnoj privredi. Naime i u Srbiji postoji mnoštvo izvora građanskog prava. Zakonima su se uređivale uže građanskopravne oblasti ili čak instituti ili grupe instituta najverovatnije iz potrebe da se što pre odgovori na zahteve novog ekonomskog i društvenog uređenja. Često se prilikom donošenja novih zakona nije vodilo računa o sistemskoj usklađenosti zakona u istoj oblasti, što stvara probleme u primeni tih propisa, izaziva protivrečnosti, te ugrožava pravnu sigurnost.¹¹⁰ Tako se i u Obrazloženju Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije navodi da su razlozi za kodifikaciju građanskog prava u Srbiji „parcijalno, nepotpuno i neusklađeno važeće zakonodavstvo u oblasti građanskopravnih odnosa...”¹¹¹ Dalje se podvlači da je namera da se kodifikacijom, kao međusobno usklađenim aktom, postigne pravna sigurnost i ostvari vladavina prava.¹¹² Dakle, razlog je koherentno uređivanje građanskog prava radi postizanja pravne sigurnosti i vladavine prava.

U jednom delu literature se ističe da kodifikacija građanskog prava nije jedini način da se obezbedi koherentno građanskopravno zakonodavstvo, te da postoje zemlje u kojima građansko pravo funkcioniše sasvim dobro i bez zakonika.¹¹³ Međutim, u slučaju Srbije to nije tako, što se lepo vidi iz članka kolege Živkovića koji je prikazao krajnje nesistemski pristup uređenju građanskopravne materije, naročito stvarnog prava.¹¹⁴ Kako je zaključio, evidentno je da dosadašnje procedure za donošenje zakona ne obezbeđuju koherentnost građanskopravnih propisa, te da bi se sistemska usklađenost najbolje postigla izradom građanskog zakonika.¹¹⁵ Sumnja u neophodnost donošenja zakonika se ističe i zbog toga što se danas upotrebom softvera i elektronskih baza podataka već menjaju rutine pravnika praktičara.¹¹⁶ No, pisac nije pokazao

¹¹⁰ Živković, M., 2010, *O kvalitetu novijih građanskopravnih propisa u Srbiji*, Pravni zapisi, 1, str. 121–122.

¹¹¹ Obrazloženje Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije, (<http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik/>, 29. 5. 2017.), str. 2.

¹¹² Obrazloženje.

¹¹³ Cserne, P., 2013, p. 71.

¹¹⁴ Živković, M., 2010, str. 123–136.

¹¹⁵ Živković, M., 2010, str. 136.

¹¹⁶ Cserne, P., 2013, p. 71.

kako to tačno zakonik čini nepotrebnim. Šta više, smatram da upotreba modernih tehnologija može zakonik učiniti još pristupačnijim. Naime, današnji programi za čitanje teksta omogućavaju daleko lakše snalaženje u opširnim tekstovima kakav je nesumnjivo građanski zakonik, laku pretragu pojmova, lako kretanje kroz tekst i to sve u jednom dokumentu za razliku od štampanog izdanja koje bi sigurno moralo da bude izdato u nekoliko knjiga. Čak se može i zamisliti povezivanje sudske prakse sa relevantnim delovima ili članovima zakonika. Dakle, tehnologija, po mom mišljenju, zakonik ne čini prevaziđenim, već još upotrebljivijim nego što je ikada bio.

Međutim, u žiži ovog rada nije odbrana zakonika kao instrumenta, već oni uvek prisutni razlozi za kodifikaciju vrednosne prirode. Kao i u drugim slučajevima tako i u slučaju kodifikacije u Srbiji ističu se i vrednosne dimenzije kodifikacije. Tako se u radnom tekstu Zakonika koji je pripremljen za javnu raspravu u preambuli tog teksta ističe da se Zakonik donosi radi jačanja vladavine pravednog prava.¹¹⁷ U članu 2. radnog teksta Zakonika se ističe da je cilj Zakonika ostvarivanje vrline pravde.¹¹⁸ Konačno u obrazloženju za donošenje Zakonika se navodi da je jedan od ustavnih osnova za to član 69. stav 1. Ustava kojim je propisano da „građani i porodice imaju pravo na socijalnu zaštitu, čije se pružanje zasniva na načelima socijalne pravde, humanizma i poštovanja ljudskog dostojanstva.“¹¹⁹ U tim dokumentima, međutim, ne postoji trag o tome koju konkretno koncepciju pravde autori nacarta imaju u vidu ili šta se pod terminom pravedno pravo podrazumeva. To je šteta jer je izuzetno važno znati koja se to ideja pravde ima na umu spram koje će se pravednost prava procenjivati. Autori Nacrta ističu da je posebna pažnja posvećena „osnovnim načelima i principima od izuzetnog značaja... za pravilno tumačenje zakonskih rešenja, kao i za rešavanje sporova i usklađivanje različitih interesa.“¹²⁰ Stvar je u tome što pojedina načela građanskog prava mogu poprimiti drugačije značenje tj. biti drugačije tumačena u zavisnosti od ideološke paradigme u kojoj se posmatraju, odnosno u zavisnosti od koncepcije pravde koja se ima na umu. O ovom i drugim razlozima za određivanje konkretne koncepcije pravde nešto više u sledećoj glavi.

¹¹⁷ Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, 2015, *Građanski zakonik Republike Srbije, Radni tekst pripremljen za javnu raspravu*, Beograd, str. 75.

¹¹⁸ Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, 2015.

¹¹⁹ *Obrazloženje*, str. 2.

¹²⁰ Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, 2015, p. 684.

V. Socijalna pravda i građansko pravo

Najbolji primer za to kako je promena ideološke paradigme uticala na tumačenje teksta zakonika jeste Nemačka. Kako se moglo videti u II.3. BGB je prilikom donošenja bio napadan da je previše liberalan i orijentisan ka sposobnim kapitalistima, da je prednost data slobodi ugovaranja na uštrb zaštite interesa slabije strane itd. Međutim sudovi su, koristeći se pravnim standardima poput savesnosti i poštenja iz člana 242. BGB-a i drugih, uspeali da tumače zakonik u skladu sa promenama u društvu.¹²¹ Pri tome treba imati u vidu da su svi ti pravni standardi postojali u BGB-u od početka, ali je tek promena u shvatanju toga šta je pravedno dovela do takvog njihovog tumačenja i tumačenja drugih normi zakonika u skladu sa njima koje je suštinski promenilo primenu zakonika. Jedan od prvih slučajeva koji se u literaturi pominje kao prekretnica u ovom smislu jeste slučaj u kojem je, tada Carski vrhovni sud Nemačke (Reichsgericht), odstupio od načela nominalne vrednosti, te odlučio da dužnik ne može ispuniti svoje dugovanje koje je nastalo još pre Prvog svetskog rata tako što će platiti nominalnu vrednost duga koja je u međuvremenu zbog astronomski visoke inflacije postala beznačajna.¹²² Sud je odluku obrazložio time što načelo savesnosti i poštenja iz člana 242. BGB nalaže da se zanemari načelo nominalizma kada je u pitanju vrednost valute, jer se ono ne može pomiriti sa načelom savesnosti i poštenja koje je vrhovno načelo za sav pravni promet.¹²³ Ova odluka suda kod pojedinaca je izazvala strah od preteranog mešanja suda u zakonodavstvo, naročito u svetlu onoga što se događalo u Nemačkoj početkom tridesetih godina dvadesetog veka.¹²⁴ Strah je, pokazalo se, bio opravdan jer su pravna načela nakon 1933. korišćena kako bi se pravo upodobilo nacionalsocijalističkoj ideologiji.¹²⁵ Posle Drugog svetskog rata, nove vrednosti su uklesane u Ustav Nemačke i u nemačko društvo. Građansko pravo je ponovo reformisano drugačijim tumačenjem koje je posledica promene ideološke lupe kroz koju je pravo posmatrano, promene iz buržoaskog prava (ili nacističkog prava) u pravo države blagostanja, pri čemu su osnovna načela i

¹²¹ Zweigert, K. and Kötz, H., 1998, p. 153.

¹²² Zimmermann, R., and Whittaker, S., Good faith in European contract law: surveying the legal landscape, in: Zimmermann, R., and Whittaker, S., (eds.), 2000, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 21.

¹²³ Zimmermann, R., and Whittaker, S., 2000.

¹²⁴ Zimmermann, R., and Whittaker, S., 2000.

¹²⁵ Zimmermann, R., and Whittaker, S. 2000, pp. 21-22.

pojmovi u zakoniku ostali isti, a ono što se promenilo jeste njihovo shvatanje.¹²⁶ Dakle, kao što se može videti određena shvatanja o pravima pojedinca, o pravednoj raspodeli prava, obaveza, materijalnih dobara i funkcija u društvu, o tome šta je pravedno društvo, utiču na tumačenje načela građanskog prava i njihovu primenu u konkretnim slučajevima. Određena koncepcija pravde utiče i na sadržinu konkretnih pravila u zakoniku što ću na primerima demonstrirati niže kada budem davao prikaze konkretnih teorija pravde. Dakle, određeno shvatanje socijalne pravde je značajno izmenilo tumačenje i primenu građanskog zakonika u Nemačkoj.¹²⁷ Sličan proces dogodio se i u drugim pravnim sistemima koji su uporedivi sa Nemačkim.¹²⁸

U tom smislu, koristan je prikaz načela savesnosti i poštenja koji čini profesor Hesselink u jednom od svojih članaka i pokazuje kako je pod okriljem tog načela, pored Nemačke, pravo reformisano i u drugim evropskim zemljama u poslednjih nekoliko decenija. On tvrdi da su sudovi pod plaštom savesnosti i poštenja razvili doktrine kakva je na primer doktrina promenjenih okolnosti; da je načelo savesnosti i poštenja takođe ograničavalo pravo stranke da raskine ugovor; kao i da je, iako uobičajeno povezivano sa ugovornim pravom, svoj uticaj izvršilo u gotovo svim sferama građanskog prava.¹²⁹ Na primer, kaže da mnogi zakonici propisuju obavezu poštovanja načela savesnosti i poštenja i u drugim obligacionim odnosima, što će reći u odnosima koji nastaju povodom pričinjene štete ili neosnovanog obogaćenja, kao i da se ono primenjuje i u drugim oblastima građanskog prava.¹³⁰ Nadalje, on tvrdi da koncept savesnosti i poštenja nije sam po sebi altruističan i takav da po definiciji pravi kontratežu autonomiji volje u korist solidarnosti.¹³¹ Kako je većina devetnaestovekovnih građanskih zakonika bila zasnovana na autonomiji stranaka, tako je većina intervencija u ruhu savesnosti i poštenja bila motivisana

¹²⁶ Habermas, J., 1996, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, The MIT Press, p. 88.

¹²⁷ Habermas, J., 1996, p. 398.

¹²⁸ Habermas, J., 1996, p. 397.

¹²⁹ Hesselink, W., M., 2010, *The Concept of Good Faith*, (<http://ssrn.com/abstract=1762630>16.8.2017.), pp. 627-635. Napominjem da je ovaj tekst izvorno poglavlje u knjizi Hartkamp, S., A., & al., 2010, *Towards European Civil Code, 4th revised and expanded edition*, The Netherlands, Kluwer Law International, ali je meni bio dostupan kao članak koji je profesor Hesselink postavio na internet adresi koju sam naveo. Napominjem da evropske zemlje koje uzima za primer navodi u fusnotama, a ne u telu teksta. Za detaljniji i duži prikaz, mada ograničen isključivo na ugovorno pravo, videti Zimmermann, R., and Whittaker, S., (eds.), 2000, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press. Ova knjiga je naročito zanimljiva jer, između ostalog, sadrži studiju hipotetičkih slučajeva. Pravnici iz različitih zemalja su priložili svoja mišljenja kako bi ti hipotetički slučajevi bili rešeni u njihovim pravnim sistemima.

¹³⁰ Hesselink, W., M., 2010, p. 634.

¹³¹ Hesselink, W., M., 2010, p. 642.

uspostavljanjem odgovarajuće ravnoteže između autonomije stranaka i solidarnosti.¹³² Međutim, kako je savremeno građansko pravo pretežno zasnovano na solidarnosti, tako nije isključeno da će sudovi pod okriljem istog načela pokušati u nekim slučajevima da redefinišu taj balans u korist autonomije volje.¹³³ Ako se uticaj socijalne pravde na građansko pravo prvenstveno ogleda kroz uspostavljanje odnosa autonomije volje ili slobode ugovaranja sa jedne strane i solidarnosti sa druge¹³⁴, onda će određena koncepcija pravde uslovljavati shvatanje o tome kakav odnos među ovim vrednostima treba da bude, te u tom smislu i kako tumačiti načela građanskog prava, a među njima i načelo savesnosti i poštenja.

Na jednom primeru iz nemačke sudske prakse može se videti da čak i pojam lične autonomije, koji se videli smo tipično protivstavlja solidarnosti među učesnicima građanskopravnih odnosa, poprima drugačije značenje u zavisnosti od koncepcije socijalne pravde koja se ima na umu kada se uređuju građanskopravni odnosi. To je slučaj *Bürgschaft*.¹³⁵ U tom slučaju radi se o biznismenu koji je od banke uzeo zajam u iznosu od sto hiljada tadašnjih nemačkih maraka, pri čemu je na zahtev banke obezbedio jemca.¹³⁶ To je bila njegova dvadesetjednogodišnja ćerka koja se obavezala da će banci vratiti dugovanje ako njen otac to ne uspe.¹³⁷ Treba reći da ćerka nije bila visokoobrazovana i da je imala skromnu zaradu, kao i da joj je prilikom potpisivanja ugovora službenik u banci rekao da samo potpiše ugovor čime na sebe ne preuzima neku veću obavezu.¹³⁸ Kada je njen otac bankrotirao, banka je pokušala da se naplati od nje, ali je ona odbila da plati očev dug.¹³⁹ Slučaj je završio pred Saveznim vrhovnim sudom (*Bundesgerichtshof*) koji je presudio u korist banke, pa je ćerka podnela ustavnu žalbu Saveznom ustavnom sudu (*Bundesverfassungsgericht*).¹⁴⁰ Ovaj je doneo odluku u njenu korist, konstatujući da u tipičnim slučajevima strukturalne podređenosti (*eine strukturelle Unterlegenheit*) jedne ugovorne strane u kojima je ta strana ugovorom dovedena u naročito težak položaj,

¹³² Hesselink, W., M., 2010, pp. 642-643.

¹³³ Hesselink, W., M., 2010, p. 643.

¹³⁴ Tako npr. Study Group on Social Justice in European Private Law, 2004, p. 656.

¹³⁵ BVerfGE 89, 214, (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv089214.html#Rn046> 14.8.2017.)

¹³⁶ Smits, J., 2006, Private Law and Fundamental Rights: a sceptical view, *Maastricht Faculty of Law Working Paper 2006/8*, p. 6.

¹³⁷ Smits, J., 2006.

¹³⁸ Smits, J., 2006.

¹³⁹ Smits, J., 2006.

¹⁴⁰ Smits, J., 2006.

građanskopravni poredak (*Zivilrechtsordnung*) mora reagovati i načiniti ispravku jer to sledi iz ustavne garantije prava na privatnu autonomiju (*Privatautonomie*) i načela socijalne države (*Sozialstaatsprinzip*).¹⁴¹ Dakle, i privatna autonomija, čiji je, po mom mišljenju, građanskopravni izraz autonomija stranaka nije shvaćena kao puka forma. Sud se nije zadovoljio time što je ćerka bila punoletna i što je formalno pristala na uslove ugovora. Cenio je koliko je zaista mogla slobodno da odluči o preuzimanju obaveze na sebe i da li je zaista bila sposobna da proceni sav rizik koji je potpisivanjem ugovora na sebe preuzela. Očigledno je da iza takvog stava stoji određeno shvatanje socijalne pravde, jer bi do drugog zaključka sud došao koristeći iste norme da je shvatanje uloge države i shvatanje koncepta pravde posmatrao kroz lupu klasičnog liberalizma na primer.

Imajući u vidu ovakav uticaj određenog shvatanja o sadržini pojma pravda na tumačenje načela građanskog prava, a pokazaće se i mogući uticaj na sadržinu pravila, može se zaključiti da je određivanje konkretne koncepcije pravde koja treba da stoji iza zakonika korisno za ostvarenje koherentnosti građanskog prava. Naime, ako rešenje nekog pravnog pitanja zavisi od tumačenja pravnih načela u zakoniku, a to tumačenje može biti drugačije u zavisnosti od ubeđenja sudije šta je pravедno, jer različite sudije mogu pravila i načela posmatrati kroz različite lupe, onda se može doći u situaciju da se ista pravila drugačije primenjuju. Naravno, na kraju se sudska praksa da izjednačiti intervencijom najviših sudskih instanci u jednoj državi, ali i to je u krajnjoj liniji proizvoljnost kada su u pitanju nazoni spram kojih će se to ujednačavanje izvršiti. Ako se u načelu bar, u zakoniku odredi koncepcija pravde koja iza njega stoji, onda će svako ko tumači zakonik njegove norme posmatrati kroz istu lupu neovisno o ličnim ubeđenjima. Kako je ovo i političko pitanje, jako je važno da se o njemu povede i opsežna javna i parlamentarna rasprava kako bi ideja pravde koja će biti temelj zakonika tu ulogu preuzela na legitiman način.

Ideja pravde koja će stajati iza zakonika nije važna samo zbog postizanja koherentnosti građanskopravnih pravila. Ona je važna i zato što se pravilima građanskog prava uređuje razmena dobara, prava koja se na materijalnim dobrima imaju i njihova sadržina, kao i granice onoga što se sa tim dobrima može. Građanskopravne norme takođe konkretizuju ljudska prava i slobode, te razrađuju ustavnopravne odredbe o njima. U tom smislu, na primer, Savezni ustavni sud Nemačke je u slučaju *Lüth* između ostalog rekao da je sadržina ljudskih prava posredno izražena

¹⁴¹BVerfGE 89, 214, para. 56.

u pravilima građanskog prava, naročito u kogentnim normama, a da joj dejstvo najbolje daju sudije upotrebom pravnih načela¹⁴² Dakle, predmet građanskog prava je sve ono što je i predmet bilo koje teorije pravde. To je pravedna raspodela sloboda, prava i tereta među članovima jednog društva. A kada jedan sistem pravila uređuje alokaciju sredstava i sloboda u društvu, onda je određena ideja pravde nezaobilazan deo takvog sistema pravila.¹⁴³ Ta teorija pravde treba da bude instrument za procenu pravednosti jednog sistema pravila¹⁴⁴ kakav je nesumnjivo građanski zakonik, jer građansko pravo uređuje društvene i ekonomske odnose među građanima.¹⁴⁵ To važi kako za primenu tih pravila, tako i za konstrukciju tih pravila. Građansko pravo, a posledično i građanski zakonik, jeste instrument socijalne pravde.

Uticao socijalne pravde na građansko pravo nije novost. Ceo dvadeseti vek je protekao u znaku izmena građanskog prava pod uticajem problema koji se tiču socijalne pravde.¹⁴⁶ Tako je u ugovornom pravu sloboda ugovaranja ograničavana obavezama o obaveštavanju, dužnošću da se saraduje sa saugovaračem i standardima dužne pažnje kako bi se od formalne jednakosti stranaka i njihove autonomije što više približili njihovoj supstantivnoj jednakosti i autonomiji.¹⁴⁷ U stvarnom pravu došlo je do ograničavanja svojine i drugih stvarnih prava, posebno posredstvom koncepta zloupotrebe prava.¹⁴⁸ Kada je u pitanju naknada štete, socijalizacija prava je ostavila traga kroz napuštanje odgovornosti za štetu po osnovu krivice u korist objektivne odgovornosti za rizike koji se proizvode po okolinu (zagađenje životne sredine, saobraćaj itd.).¹⁴⁹ Ovaj prodor socijalne pravde u građansko pravo odigrao se kroz izmene zakona, pod uticajem ustavnih normi što je bio slučaj u Nemačkoj ili Italiji, ali i kroz sudsku praksu tako što su sudovi uvažavali

¹⁴²BverfGE 7, 198, (<https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=1369> 15.8.2017.)

¹⁴³Rawls, J., 1999, *Theory of Justice Revised Edition*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, pp. 240–241.

¹⁴⁴Rawls, J., 1999, p. 253.

¹⁴⁵Study Group on Social Justice in European Private Law, 2004, p. 654. Dobar primer za to kako građanskopravne norme utiču na društvene i ekonomske odnose među građanima nalazim kod Piketija. On kaže da: „je cena kapitala, mimo kratkoročnih i srednjoročnih mehura i mogućih dugoročnih strukturnih divergencija, uvek delimično društveni i politički konstrukt: politika i institucija koje regulišu odnose između različitih društvenih grupa...To je, na primer, očigledno u slučaju cena nekretnina, koje zavise od propisa koji se tiču odnosa između vlasnika i zakupaca i kontrole zakupnine.“ v. Piketi, T., 2015, *Kapital u XXI veku*, Novi Sad, Akademska knjiga, str. 206. Propisi o kojima Piketi ovde govori su po svom predmetu građanskopravni propisi.

¹⁴⁶Hesselink, W., M., 2008, p. 15.

¹⁴⁷Hesselink, W., M., 2008.

¹⁴⁸Hesselink, W., M., 2008.

¹⁴⁹Hesselink, W., M., 2008.

zahteve socijalne pravde koristeći se načelima građanskog prava kakvo je savesnost i poštenje.¹⁵⁰ Imajući u vidu globalnu eroziju socijalne države i privatizaciju pružanja mnogih usluga koje je tipično pružala država blagostanja, može se zaključiti da će građansko pravo kao instrument socijalne pravde postajati samo još značajnije ako se želi ostati na tragu njegove socijalizacije iz dvadesetog veka.¹⁵¹

Osim toga, tipično pravna pravila kojima se uređuje neki odnos među licima suštinski balansiraju između interesa tih lica, a nekada i između pojedinačnih interesa i javnog interesa. Takvo balansiranje nije dobro vršiti intuitivno, mada je to ponekad naročito u primeni pravila neizbežno. Šta znači intuitivno? Rols je intuicionizam formulisao kao mnoštvo primarnih načela koja se mogu međusobno suprotstaviti, a među kojima nema jasnih pravila prioriteta kako bi se takav sukob nedvosmisleno rešio, što može voditi kontradiktornim odlukama u konkretnim slučajevima.¹⁵² Konkretna koncepcija pravde sa jasnom hijerarhijom načela pravde je protivteža intuicionizmu. Ona pruža jasan instrument za ocenu pravednosti nekog sistema pravila i doprinosi koherentnosti i doslednosti prava. To je ujedno i odgovor na pitanje zašto fokus na koncepciji pravde, i zašto je zakoniku neophodna koncepcija pravde. Ukratko, zato što koncepcija pravde doprinosi koherentnosti pravnih pravila i zato što zakonik jeste instrument socijalne pravde.

¹⁵⁰Hesselink, W., M., 2008.

¹⁵¹Study Group on Social Justice in European Private Law, 2004, p. 655.

¹⁵²Rawls, J., 1999, p. 30.

C. KAKO?

I. Uvod

Ako zakonik jeste instrument socijalne pravde, ako ne postoji jedna koncepcija pravde, i ako određena koncepcija pravde doprinosi koherentnosti pravnih pravila u zakoniku, postavlja se pitanje kako odrediti koncepciju pravde koja će stajati kao temelj budućem građanskom zakoniku. S obzirom na to da je u EU potrošen veliki broj autorskih tabaka o tome kako je daljoj integraciji građanskog prava na nivou Unije, a pre svega ugovornog prava, neophodna određena koncepcija pravde, kao i o određenim koncepcijama pravde i ugovornom pravu, odlučio sam da na toj strani potražim ideje socijalne pravde koje su aktuelne i koje mogu poslužiti kao oslonac novom zakoniku u Srbiji. Tu mi je naročito dragocen bio tekst profesora Martajina Heselinka (*Martijn Hesselink*) o pet političkih ideja za evropsko ugovorno pravo.¹⁵³ Taj tekst mi je bio vodič koje teorije da uzmem u razmatranje u svom radu. Profesor Heselink je u pomenutom tekstu ispitivao kakve odgovore vodeći pravci mišljenja u savremenoj političkoj filozofiji daju na pitanja koja se postavljaju pred političke institucije EU kada se radi o evropskom ugovornom pravu, i demonstrirao je vezu između političke filozofije i ugovornog prava.¹⁵⁴ U svom radu je ispitivao odnos utilitarističke, liberal-egalitarne, liberatrijanske, komunitarističke i deliberativne škole mišljenja prema evropskom ugovornom pravu.¹⁵⁵ Pošao sam sličnim putem, ali sam odabrao da razmotrim vezu između konkretnih teorija pravde određenih autora koje sam odabrao kao predstavnike pravaca i građanskog prava. Odlučio sam tako jer je lakše pratiti tok misli jednog autora ili dvojce kompatibilnih nego pokušavati da se sumira cela škola mišljenja. Ne samo da je lakše već verujem i metodološki ispravnije kada su u pitanju svrhe ovog rada. Naime, svako sumiranje neke škole mišljenja podrazumeva uprosečavanje, pa posledično i gubljenje nijansi i razlika koje se u školi javljaju. Osim toga teško je odrediti koliko široko ići tj. koje sve pisce obuhvatiti kada se želi predstaviti jedna škola mišljenja. Smatram da pristup koji sam

¹⁵³Hesselink, M., 2011, Five political ideas of European contract law, *European Review of Contract Law*, 2, pp. 295–313.

¹⁵⁴ Hesselink, M., 2011, p. 295.

¹⁵⁵ Hesselink, M., 2011.

odabrao obezbeđuje doslednije zaključke o vezama između jedne određene teorije i građanskog prava. Najzad, ovakav pristup je i dovoljan da bi se veza između teorija pravde i građanskog prava demonstrirala, a uz to se izbegava da se ovaj rad pretvori u rad o istoriji političke filozofije i skrene sa teme koju sam opredelio. Pored toga načinio sam još jedno odstupanje u odnosu na metod profesora Heselinka time što se nisam bavio odnosom komunitarista i deliberativista prema građanskom pravu. Što se tiče prvih, izostavljeni su jer sam stekao ubeđenje da sem manje ili više (zavisi od autora) konstruktivne kritike liberalizma ne nude novu koncepciju pravde.¹⁵⁶ Glede drugih i sam profesor Heselink kaže da bi što se sadržine prava tiče oni bili neutralni, te da bi ih više ineteresovala procedura i učešće građana u odlučivanju o sadržini prava.¹⁵⁷ Kako je moj cilj da demonstriram uticaj konkretnih teorija pravde na sadržinu i tumačenje građanskog prava, tako ni za ovu teoriju nema mesta na mojoj listi.¹⁵⁸ Ali sam zato na moju listu uvrstio teoriju pravde koju je formulisala Marta Nusbaum.

Imajući u vidu da su četiri člana Komisije za izradu Građanskog zakonika Srbije, među kojima i predsednik komisije, u tesnoj vezi sa Kopaoničkom školom prirodnog prava,¹⁵⁹ smatrao sam da je neophodno predstaviti koncepciju pravde koja proističe iz jusnaturalističkih ideja. Inspirisan člankom profesora Vodinića „Jusnaturalizam, napred! – Markizam, stoj!“ iz kojeg izvlačim zaključak da ni jusnaturalizam ni pravni pozitivizam ne mogu adekvatno da popune sadržajem pojam pravde, već da to mogu učiniti ideologije,¹⁶⁰ rešio sam da četiri teorije pravde koje je savremena politička filozofija iznedrila sučelim sa jusnaturalizmom i proverim tezu da je poslednji inferioran u poređenju sa prvopomenutima. U tom cilju ću prvo izložiti teorije pravde koje sam odabrao kao predstavnike pravaca mišljenja u političkoj filozofiji, kao i teoriju – predstavnika jusnaturalizma. Teorije koje su alternativa filozofiji prirodnog prava, izlažem deskriptivno, bez namere da ih ocenjujem (mada sam naginjem ka jednoj što sam nadam se uspešno sakrio), a onda poredim njih sa idejom pravde koja proističe iz prirodnopravnog učenja kako bih uvideo koje su prednosti ili mane jednog, odnosno drugog pristupa.

¹⁵⁶ v. Swift, A., 2008, str. 157-188.

¹⁵⁷ Heselink, M., 2011, p. 311.

¹⁵⁸ Ona bi mogla da posluži kada bismo razmatrali na koji način treba izabrati teoriju pravde koja će biti osnov novog zakonika, tj. u kojoj proceduri i u kako organizovanoj javnoj raspravi.

¹⁵⁹ *Izveštaj Komisije o otvorenim pitanjima*, 2007, str. 7–12.

¹⁶⁰ Vodinić, V. V., 1996, Jusnaturalizam, napred! – Marksizam, stoj! Povodom jedne smene na pravno-teorijskoj sceni, *Pravni život*, 12, str. 71.

Konačno, mada sam rekao da se neću baviti pravcima već teorijama konkretnih autora koje uzimam za predstavnike pravaca, ipak ću u kratkim crtama reći nešto i o samim pravcima kojima te teorije pripadaju kako bi se stekao neki kontekst u kojem su nastale. Najpre treba reći nešto o utilitarizmu. Utilitarizam je nastao u Engleskoj kao progresivna, reformatorska ideologija.¹⁶¹ Rodonačelnik ove ideologije je Džeremi Bentam (Jeremy Bentham) koji je oštro kritikovao englesko društvo osamnaestog i devetnaestog veka u kojem je vladala privilegovana i bogata manjina naspram siromašne većine.¹⁶² Kao što ću detaljnije pokazati niže, Bentam je smatrao da su dva osnovna pokretača kod ljudi zadovoljstvo i bol, a da se sva ljudska aktivnost sastoji u suštini iz izbegavanja boli i težnje ka zadovoljstvu.¹⁶³ Kako svako ljudsko biće zavređuje pažnju, tako i institucije društva treba da budu usmerene ka maksimizaciji sreće najvećeg broja ljudi.¹⁶⁴ Bentam je smatrao da su sreća tj. zadovoljstvo i bol objektivne kategorije, da se mogu izmeriti i da se njihovim merenjem može utvrditi i porediti blagostanje pojedinaca, pri čemu nije vodio računa o kvalitetu, već o kvantitetu zadovoljstva.¹⁶⁵ To mu zamera i Mill koji je smatrao da nisu sva zadovoljstva jednako vredna, te da su neka viša, a neka niža.¹⁶⁶ Ipak, ostaje nedorečeno kako kombinovati to zapažanje sa formulom maksimizacije sreće najvećeg broja ljudi.¹⁶⁷ Kao odgovor na ove probleme razvija se utilitarizam preferencija prema kojem se ljudsko blagostanje ne može sumirati u generičkom pojmu sreće ili zadovoljstva, već se polazi od toga da ljudi imaju različite preferencije, te da blagostanje pojedinaca zavisi od toga u kojoj meri mogu da zadovolje svoje preferencije kakve god one bile.¹⁶⁸ Iz toga proizlazi da je najpoželjnije ono društvo u kojem najveći broj pojedinaca može da zadovolji najveći broj svojih preferencija.¹⁶⁹ Međutim, opet se javlja pitanje da li sve preferencije zavređuju jednaku pažnju, kao i pitanje sinhronizacije

¹⁶¹ Kymlica, W., 2002, *Contemporary Political Philosophy an Introduction*, New York, Oxford University Press, p. 45.

¹⁶² Stupar, M., 2015, *Savremene teorije pravde*, Beograd, Filozofski fakultet Univerzitet u Beogradu, str. 26.

¹⁶³ Stupar, M., 2015, str. 23.

¹⁶⁴ Stupar, M., 2015, str. 24.

¹⁶⁵ Stupar, M., 2015, str. 24 – 30.

¹⁶⁶ Stupar, M., 2015, str. 30

¹⁶⁷ Stupar, M., 2015.

¹⁶⁸ Stupar, M., 2015, 31.

¹⁶⁹ Stupar, M., 2015.

različitih, pa i suprotstavljenih preferencija, različitih pojedinaca.¹⁷⁰ Tako se u pokušajima da se reše problemi koji se javljaju u utilitarističkoj teoriji ovaj pravac razgranao toliko da neki tvrde da je teško govoriti o njemu kao o „koherentnom političkom pokretu“.¹⁷¹ Bilo kako bilo, ono što je zajedničko svakoj frakciji unutar utilitarizma jeste da treba uvećati korisnost najvećeg broja ljudi, pri čemu se u vidu mora imati da korisnost ili blagostanje svakog pojedinca ima jednaku moralnu težinu.¹⁷² Razlike se javljaju u definiciji pojma korisnost¹⁷³, kao i u tome kako rešiti tenziju između jednakosti pojedinaca i maksimizacije korisnosti koja ne vodi nužno jednakosti.¹⁷⁴ Čini mi se da je upravo ta tenzija ili suprotstavljenost između dva zahteva utilitarizma, da se maksimizuje količina blagostanja i da se istovremeno jednaka težina da blagostanju svih, bila tema liberalno – egalitarne kritike utilitarizma. Kako Kimlika (Kymlicka) kaže utilitarizam ne uspeva da obezbedi jednak tretman pojedinaca jer „mu nedostaje teorija jednakih udela.“¹⁷⁵

Poslednje rečeno znači da je pravo vreme da se upoznamo i sa liberal – egalitarizmom. Naime, ova škola mišljenja podrazumeva da su ljudi jednaki u pravima i slobodama, da su slobodni da razmenjuju dobra i usluge na tržištu kako bi pribavili ono što im je potrebno da bi živeli sopstvenu koncepciju dobrog života, a da bi ta razmena bila zaista slobodna i da bi svako zaista mogao da bira sopstvenu koncepciju života pored ravnopravnosti mora postojati jednakost u početnim pozicijama. Ovaj pravac mišljenja je liberalan u tome što dopušta slobodu tržišta i nejednakosti kao proizvod te slobode kada je ona posledica slobodno načinjenih odluka pojedinaca, a egalitaran je zato što zauzdava tržišne slobode kada one dovode do nejednakosti koje faktički predstavljaju kaznu za one u lošijem položaju, ako je taj položaj posledica okolnosti kojima oni nisu doprineli.¹⁷⁶ Ako se pođe od stava da jedna legitimna vlast, da bi se mogla nazvati takvom, mora da vodi računa o svim svojim građanima i o njihovoj ličnoj odgovornosti za sopstvene živote¹⁷⁷, pa se taj stav propusti kroz liberal – egalitarni filter dobije se teorija pravde prema kojoj država pokazuje jednaku brigu za svoje građane time što se ne meša u to koje

¹⁷⁰ Stupar, M., 2015, 40 – 41.

¹⁷¹ Kymlica, W., 2002, p. 46.

¹⁷² Kymlica, W., 2002, p. 12.

¹⁷³ Kymlica, W., 2002, p. 12

¹⁷⁴ Kymlica, W., 2002, p. 37.

¹⁷⁵ Kymlica, W., 2002, p. 44.

¹⁷⁶ Kymlica, W., 2002, p. 88.

¹⁷⁷ Dworkin, R., 2011, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, p. 352.

životne ciljeve oni sebi biraju, tj. za koje koncepcije dobrog života se odlučuju.¹⁷⁸ Stoga legitimna politička zajednica mora da obezbedi jednaka sredstva svojim građanima koja će oni onda upregnuti u postizanje sopstvenih ciljeva ne namećući za koje ciljeve oni treba da se odluče.¹⁷⁹ Tek tada se svaki građanin može smatrati odgovornim za sopstvene izbore i tek tada su eventualne nejednakosti legitimne.¹⁸⁰ Na primer, nije pravedno držati jednu osobu odgovornom zato što je siromašna jer se nije obrazovala kako bi sebi obezbedila bolje plaćen posao, ako je rođena u siromašnoj porodici koja nije mogla da plati njeno školovanje. Tek kada svaki član društva ima jednaku materijalnu podlogu koja mu omogućava pristup kvalitetnom školovanju (da ostanemo na tom primeru) koje mu opet omogućava dobro plaćen posao, pojedinac se može smatrati odgovornim za svoju materijalnu situaciju ako je odabrao da se ne školuje. Dakle, suština ove doktrine je u otklanjanju i sprečavanju nejednakosti koje su rezultat arbitrarnih okolnosti, ili loše sreće, odnosno u uklanjanju nejednakosti u početnim pozicijama, kako bi se jasno mogla napraviti razlika između opravdanih i neopravdanih nejednakosti u društvu.

Nasuprot liberal – egalitarizmu stoji liberatrijanizam ili neoliberalizam. To je teorija pravde prema kojoj postoji mali broj funkcija držve koje je opravdano finansirati. Sve ostalo treba prepustiti slobodnom tržištu koje je samo po sebi pravedno, a to ubedenje o pravdednosti slobodnog tržišta je suštinska karakteristika liberatarijanske teorije.¹⁸¹ Hajek (Hayek) tvrdi da je moral isključivo stvar lične prirode, delanja pojedinca, te da je sve što nije stvar ličnog delanja moralno neutralno.¹⁸² Iz toga sledi da institucije društva ne mogu biti niti moralne niti nemoralne, odnosno pravedne ili nepravedne, to su osobine ljudskog ponašanja. Jedini nepristrasan, a pri tome i efikasan način da se usklade različita ljudska htenja i delanja jeste razmena u uslovima slobodne konkurencije na tržištu gde će se posredstvom cena vrednovati sve što ljudi čine. Konkurencija je bolja od ostalih metoda upravljanja društvom zato što jedino ona omogućava da se aktivnosti pojedinaca prilagode jedne drugima bez upotrebe neke spoljne prinude.¹⁸³ Istina je da na slobodnom tržištu sreća ili nasleđena imovina igraju ulogu i mogu uticati na neravnomernu

¹⁷⁸ Clayton, M., 2002, *Liberal Equality and Ethics*, *Ethics*, 1, p. 10.

¹⁷⁹ Dworkin, R., 2011, p. 356.

¹⁸⁰ Kymlica, W., 2002, p. 93.

¹⁸¹ Kymlica, W., 2002, p. 102.

¹⁸² Hayek, F., A., 2007, *The Road to Serfdom Text and Documents The Definitive Edition*, London, University of Chicago Press, p. 216 (Prvi put objavljeno 1944. godine od strane Univerziteta u Čikagu).

¹⁸³ Hayek, F., A., 2007, p. 86.

raspodelu sredstava, ali alternativa je obavezno, tvrdi Hajek, sistem u kojem manjina odlučuje kako će se resursi dodeljivati svima ostalima.¹⁸⁴ Između ta dva sistema on se opredeljuje za prvi smatrajući da svakome daje veće i poštenije šanse nego drugi. Libertarijanci tako veruju da, iako arbitrerne, nezaslužene nejednakosti u okolnostima mogu biti legitiman osnov za preraspodelu u društvu, ta preraspodela otvara vrata centralnom planiranju i diktaturi.¹⁸⁵ Dakle, u osnovi libertarijanci tvrde da svaka raspodela koja je rezultat slobodne razmene na tržištu na kojem vlada slobodna konkurencija jeste pravedna zato što je jedina nepristrasna i objektivna.

Sledeća teorija koju sam predstavio u ovom radu jeste teorija o mogućnostima koju je razvila Marta Nusbaum. Budući da je prva od svoje vrste i da sam je već predstavio niže (II.4.) smatrao sam da bi bilo suvišno i na ovom mestu praviti uvod i objašnjavati je kada je to već učinjeno. Dakle, s obzirom na to da je teorija Marte Nusbum o mogućnostima kao teorija socijalne pravde prva u svom rodu onda je i samo predstavljanje te teorije predstavljanje celog pravca koje se, kao što sam napomenuo, može naći niže.

Konačno, ostaje da se kaže i nešto uopšteno o jusnaturalizmu. Koreni ovog pravca sežu duboko u prošlost, pa se u raspravama o jusnaturalizmu često počinje od Platona i Aristotela. Nastavlja se preko Tome Akvinskog, zatim racionalista 17. i 18. veka sve do današnjih dana. Tako Aristotel tvrdi da se državno pravo sastoji iz prirodnog koje „svuda ima istu važnost, a ne zavisi od toga da li je usvojeno ili nije“, i pozitivnog prava „za koje je prvobitno bilo sporedno da li je glasilo ovako ili onako, ali to više nije otkako je zakonski ustanovljeno.“¹⁸⁶ Toma Akvinski, vekovima kasnije, piše o hijerarhiji zakona na čijem vrhu je Božiji ili večni zakon, ispod kojeg je prirodni zakon, a ispod kojeg je zakon koji su stvorili ljudi i koji je obavezan samo utoliko ukoliko je saglasan sa prirodnim i Božijim zakonom kao merom pravednosti i ispravnosti prvog.¹⁸⁷ U filozofiji racionalizma se prirodno pravo emancipuje od Božije volje ili prirode, pa se drži da se večna načela o tome šta je ispravno, a šta ne, nalaze u ljudskom umu tj. u razumu.¹⁸⁸ Suština, dakle, umnog ili racionalističkog prirodnog prava je da „postoje određena načela

¹⁸⁴ Hayek, F., A., 2007, p. 134.

¹⁸⁵ Kymlica, W., 2002, p. 154.

¹⁸⁶ Aristotel, 2013, *Nikomahova etika*, Sremski Karlovci, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, str. 106.

¹⁸⁷ Tadić, Lj., 1996, *Filozofija prava. Drugo, dopunjeno izdanje*, Beograd, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, str. 49.

¹⁸⁸ Tadić, Lj., 1996, str. 65.

ljudskog ponašanja, koja čekaju da budu otkrivena ljudskim razumom, i sa kojima ljudski zakoni moraju da budu usklađeni da bi bili važeći.“¹⁸⁹ Konačno, stav da je saglasnost pozitivnog prava sa prirodnim i uslov važenja prvog danas je među jusnaturalistima uglavnom napušten, te nesklad između pozitivog prava i načela prirodnog prava ne znači automatski nevažnost pozitivnog propisa.¹⁹⁰ Zajedničko za sve varijante jusnaturalizma, dakle neovisno od toga da li je izvor načela prirodnog prava priroda, bog ili um, jeste moralni realizam, što će reći stav da se može dokazati istinitost ili neistinitost suda o tome da li je nešto moralno, kao i da se moralna načela otkrivaju kao data.¹⁹¹ Iz toga proizilazi, bez obzira na sve razlike u jusnaturalističkoj misli, da su načela prirodnog prava večna, da ih treba otkriti i da su kriterijum valjanosti pozitivnog prava.¹⁹²

U nadi da sam ovime pružio adekvatan uvod i dao kontekst u kojem su teorije koje izlažem u ovom radu nastale, prelazim na izlaganje konkretnih teorija pravde koje sam odabrao kao predstavnike pomenutih pravaca.

II. Teorije pravde

II.1. Utilitarizam Džeremija Bentama i Džona Stjuarta Mila

II.1.a. Uvod

Za predstavljanje utilitarizma poslužiću se onim što su o njemu napisali Džeremi Bentam i Džon Stjuart Mil (Joh Stuart Mill). Oni se mogu smatrati najuticajnijim piscima ovog pravca jer se i dan danas literatura o ovoj teoriji socijalne pravde dobrim delom sastoji od komentara na ono što su ova dva autora napisala.¹⁹³ Fokusiraću se na Bentamov „Uvod u načela morala i zakonodavstva“ (An Introduction to the Principles of Morals and Legislation), prvi put objavljen

¹⁸⁹ Hart, H., 2013, *Pojam prava*, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i JP Službeni glasnik, str. 244.

¹⁹⁰ Vodinelić, V. V., 1996, str. 67 – 68.

¹⁹¹ Dajović, G., 2013, Teorija prirodnog prava na delu – Jedan primer analize prirodnopravnog koncepta, *Pravni život*, 12, str. 482.

¹⁹² Vukadinović, G., 2012, Svaremena škola prirodnog prava – Odnos prava i morala, *Pravni život*, 12, str. 609.

¹⁹³ Kymlica, W., 2002, pp. 48–49.

1789. godine, a meni dostupan kao digitalizovano izdanje iz 1823. godine¹⁹⁴, kao i na Milov „Utilitarizam“ (Utilitarianism) prvi put objavljen 1861. godine, a meni dostupan u reizdanju¹⁹⁵ iz 2001. godine.

Mogući uticaj ove teorije na sadržinu građanskog prava razmotriću na dva primera, kada ću se pozivati i na dela drugih pisaca.

II.1.b. Načelo korisnosti ili načelo najveće sreće

Korisnost (utility) je osobina neke radnje ili mere da uzrokuje sreću, zadovoljstvo, korist, dobro, odnosno da sprečava da dođe do nezadovoljstva, bola ili nesreće bilo jednog lica ili društva u celini.¹⁹⁶ Načelo najveće sreće (The Greatest Happiness Principle) znači da je neko delanje ispravno ako proizvodi ili podstiče sreću tj. zadovoljstvo, a pogrešno ako proizvodi ili podstiče nezadovoljstvo.¹⁹⁷ Zadovoljstvo i odsustvo bola su krajnji ciljevi svake mere ili postupka, i svaki drugi cilj zapravo za svoje ishodište ima postizanje zadovoljstva, ili sprečavanje nastanka bola ili njegovo uklanjanje.¹⁹⁸

Bentam daje i listu zadovoljstava i bolova.¹⁹⁹ Dalje, tvrdi da ne osećaju svi ljudi jednaku količinu zadovoljstva ili bola od istog uzroka određenog inteziteta, što čini da svako ima svoj „stepen ili kvantitet osetljivosti“ (quantity of sensibility) na određene nadražaje.²⁰⁰ Dakle, isti intenzitet ili jačina jednog nadražaja ne proizvodi kod svakoga isti nivo zadovoljstva ili bola. Neko ne može ni da pomisli da nastavi da jede ako pronade dlaku u hrani, nekome će to biti neprijatno, ali ne toliko da bi odustao od jela. Takođe, svaka osoba poseduje i različiti stepen osetljivosti na različite nadražaje, tj. neko će biti podložniji jednim, a neko drugim senzacijama.²⁰¹ Neko nalazi više zadovoljstva u muzici, a neko u hrani.²⁰² Osim toga, ako neki nadražaj uzrokuje dve vrste senzacija, nekome će prva od te dve izazvati više zadovoljstva ili

¹⁹⁴ Bentham, J., 1823, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, (<https://ia800309.us.archive.org/3/items/anintroduction01bentgoog/anintroduction01bentgoog.pdf>, 9.3.17)

¹⁹⁵ Mill, J. S., 2001, *Utilitarianism*, Kitchener, Batoche Books.

¹⁹⁶ Bentham, J., p. 2.

¹⁹⁷ Mill, J. S., 2001, p. 10.

¹⁹⁸ Mill, J. S., 2001.

¹⁹⁹ Bentham, J., 1823, pp. 33–41.

²⁰⁰ Bentham, J., 1823, p. 43.

²⁰¹ Bentham, J., 1823.

²⁰² Bentham, J., 1823.

bola od druge, a nekome druga od prve.²⁰³ Na primer jedna povreda može uzrokovati i tugu i ogorčenost, ali će neko biti više tužan, a neko više ogorčen.²⁰⁴ Tu podložnost jednom nadražaju više nego drugom Bentam naziva „kvalitet ili sklonost osetljivosti“ (quality or bias of sensibility).²⁰⁵ Količina bola ili zadovoljstva koju neki nadražaj izaziva zavisiće i od određenih „okolnosti koje utiču na osetljivost“ (circumstances of sensibility).²⁰⁶ Te okolnosti su raznovrsne i Bentam ih nabroja, a jedna od njih je država.²⁰⁷ On kaže da je u „dobro ustrojenoj, ili čak loše ustrojenoj ali dobro vođenoj državi“ pojedinac moralno osetljiviji, više vođen čašću u svom ponašanju, a njegovo shvatanje moralnog postupanja se više uklapa u načelo korisnosti i sklon je zadovoljstvo nalaziti u prosperitetu i dobrobiti zajednice.²⁰⁸ Dakle, ne samo da država neposredno svojim merama treba da utiče na stvaranje najvećeg zadovoljstva najvećeg broja ljudi, već i posredno tako što će pojedincima načelo korisnosti usaditi kao kriterijum ispravnosti ponašanja. Isto to, ali u svom stilu, govori i Mil. On kaže da sreća kao deo utilitarističkog standarda dobrog i lošeg ponašanja nije sreća onoga koji dela, već sreća svih kojih se njegovo delanje tiče.²⁰⁹ Zakoni i društvene institucije treba da u najvećoj mogućoj meri uspostave saglasje između sreće svakog pojedinca i sreće zajednice, a obrazovanje treba svakome da usadi shvatanje da između njegove sreće i sreće društva u celini treba da stoji znak jednakosti.²¹⁰

A kako vrednovati neko zadovoljstvo ili bol? Kako proceniti da li neka mera proizvodi više koristi, nego nezadovoljstva tj. bola? Kriterijumi koje bi pojedinac uzeo u obzir kako bi procenio koliku vrednost za njega ima neko zadovoljstvo ili bol jesu: intenzitet, trajanje, izvesnost da će nastupiti i blizina tog zadovoljstva ili bola.²¹¹ Sam akt ili mera koja proizvodi jedno ili drugo može se proceniti prema tome da li ima sposobnost da umnožava zadovoljstvo ili bol, i da li je zadovoljstvo koje proizvede praćeno bolom i obrnuto.²¹² Na osnovu ovih parametara se može proceniti da li je jedan akt ili mera u skladu sa načelom korisnosti. To se čini tako što se saberu

²⁰³ Bentham, J., 1823.

²⁰⁴ Bentham, J., 1823, pp. 43–44.

²⁰⁵ Bentham, J., 1823, p. 43.

²⁰⁶ Bentham, J., 1823, p. 44.

²⁰⁷ Bentham, J., 1823, p. 63.

²⁰⁸ Bentham, J., 1823, p. 63.

²⁰⁹ Mill, J. S., 2001, p. 19.

²¹⁰ Mill, J. S., 2001.

²¹¹ Bentham, J., 1823, p. 30.

²¹² Bentham, J., 1823.

sve vrednosti zadovoljstva sa jedne i vrednosti bola sa druge strane koje taj akt ili mera mogu da uzrokuju, pa videti da li preteže na stranu zadovoljstva ili bola.²¹³ Na primer, ako bih birao da li da se vakcinišem protiv neke bolesti ili ne razmišljao bih o tome kako ubod igle sasvim izvesno i neposredno proizvodi bol slabog ili umerenog inteziteta, kako postoji mala izvesnost da će nastupiti visoka temperatura ili osip, a kako ću sasvim izvesno biti pošteđen većih neprijatnosti koje bi nastupile ako bih oboleo od bolesti protiv koje sam vakcinisan. Dakle, mera vakcinisanja proizvodi bol, ali i sprečava nastanak većeg i trajnijeg bola ili neprijatnosti. Vrednost zadovoljstva koje proizvodi je veća od vrednosti bola.

Kada se razmatra neka mera iz ugla vlade ili zakonodavca onda se na ove kriterijume dodaje još jedan – broj osoba na koje mera utiče.²¹⁴ Tada vlada ili parlament treba da uzmu u obzir svaku osobu na koju mera utiče i procene na malopre opisan način da li za svaku osobu pojedinačno mera donosi više dobrog nego lošeg.²¹⁵ Zatim, treba proceniti da li ima više pojedinaca kojima mera donosi više dobrog nego lošeg, te ako ima više onih kojima mera donosi više dobrog nego lošeg od onih kojima donosi više lošeg nego dobrog, onda je ta mera u skladu sa načelom najveće korisnosti, odnosno najveće sreće.²¹⁶

Bentam priznaje da je ovo idealna predstava vaganja koje bi vlast mogla da preduzme pri donošenju svakog akta i da je malo verovatno da će je uvek do kraja primeniti, ali što se više bude približila ovom idealnom postupku procene to će biti bliže ispravnom rezultatu.²¹⁷ Čini se racionalnim pretpostaviti da nikada neće biti vremena za ovako komplikovano odmeravanje interesa kako bi se donela ispravna odluka. Međutim, Mill kaže da je vremena već bilo u izobilju jer „tokom celokupnog prethodnog trajanja ljudske vrste... čovečanstvo je putem iskustva učilo“ o posledicama delanja, a „od tog iskustva zavise sva razboritost, kao i sva moralnost života.“²¹⁸ Sa druge strane, Mill priznaje da to ne znači da je ljudska vrsta naučila sve što se imalo naučiti, šta više, prostora za unapređivanje znanja će uvek biti.²¹⁹ Dakle, u izvesnom broju situacija Bentamov test neće oduzeti previše vremena zahvaljujući akumuliranom ljudskom iskustvu i

²¹³ Bentham, J., 1823, p. 31.

²¹⁴ Bentham, J., 1823, p. 30.

²¹⁵ Bentham, J., 1823, p. 31.

²¹⁶ Bentham, J., 1823.

²¹⁷ Bentham, J., 1823.

²¹⁸ Mill, J. S., 2001, p. 25.

²¹⁹ Mill, J. S., 2001.

znanju, u drugima pak hoće jer je život inventivan i uvek može postaviti pred ljude nove izazove sa kojima se do tada nisu susreli. Stoga će biti potrebno savladati nova znanja kako bi načelo najveće korisnosti bilo primenjeno u kratkom roku. Ali to ne znači da sa načelom nešto nije u redu, jer jedno je reći da je nešto neprimenljivo, a drugo da ga treba unaprediti.²²⁰

II.1.c. Načelo najveće sreće i socijalna pravda

Bentam je rekao da se ovaj princip može koristiti za procenu ispravnosti bilo aktivnosti pojedinaca, bilo mera koje preduzima vlada ili zakonodavac.²²¹ Pošto se ovde govori o socijalnoj pravdi koju treba da obezbedi država, zanima nas kako se procenjuje ispravnost mera države prema načelu korisnosti. Kada neka mera države ili zakon odgovaraju načelu korisnosti? Ukratko: onda kada uvećavaju sreću u zajednici, ili kada više doprinose njenom uvećanju nego smanjenju.²²² Dakle, iz ugla utilitarizma, cilj svake države treba da bude najveća moguća količina sreće najvećeg mogućeg broja ljudi.²²³

Kako bi onda glasilo načelo socijalne pravde koje proističe iz utilitarizma? Načelo socijalne pravde koje je emanacija načela najveće korisnosti nalaže da jednako pravo svakoga na sreću znači jednako pravo na sva sredstva kojima se sreća postiže.²²⁴ Ograničenje ovom načelu predstavljaju neizbežne životne okolnosti, kao i javni interes koji se sastoji iz interesa svakog pojedinca.²²⁵ Stoga svako ima pravo na jednak tretman, osim kada izuzetne okolnosti nalažu drugačije, pri čemu se izuzeci moraju veoma usko tumačiti.²²⁶ Izuzetak je dozvoljen kada se radi on nekoj društvenoj dužnosti (social duty) takvog značaja, da je opravdano u konkretnom slučaju joj dati prednost nad načelom socijalne pravde.²²⁷ Okolnosti moraju biti takve da je ono što je uobičajeno pravedno u konkretnom slučaju nepravedno.²²⁸ Na primer, ukrasti nije u skladu sa

²²⁰ Mill, J. S., 2001, pp. 25–26.

²²¹ Bentham, J., 1823, p. 2.

²²² Bentham, J., 1823, p. 3.

²²³ Mill, J. S., 2001, p. 14.

²²⁴ Mill, J. S., 2001, p. 60

²²⁵ Mill, J. S., 2001.

²²⁶ Mill, J. S., 2001.

²²⁷ Mill, J. S., 2001, p. 61.

²²⁸ Mill, J. S., 2001.

načelom pravde, ali ukrasti hranu kako bi se nekome spasio život menja okolnosti i prirodu čina krađe.²²⁹

Dakle, načelno svi imaju pravo na jednak pristup sredstvima za postizanje sreće. Ali čini se da, na osnovu Bentamovog testa ispravnosti, i izuzetka u neizbežnim životnim okolnostima koje Mil pominje, za neko vaganje ipak ima prostora. Naime, ako je u nekom slučaju nemoguće svima obezbediti pristup nekom izvoru zadovoljstva ali jeste većini ljudi, ili ako je očigledno da neka mera većini ljudi čini veliko zadovoljstvo, a manjem broju ljudi pričinjava nezadovoljstvo čini se da je u skladu sa utilitarističkim shvatanjem socijalne pravde usvojiti takvu meru jer u konačnici ona uvećava sreću najvećeg mogućeg broja ljudi. Na koncu, ako je standard utilitarističkog morala naći sreću u prosperitetu i sreći zajednice²³⁰, onda bi i oni koji su nekom merom uskraćeni mogli u njoj da nađu zadovoljstvo. Ako bismo želeli da rezimiramo utilitaristički standard pravde, mislim da bi to ovako izgledalo: Cilj je maksimizacija sreće u zajednici, pri čemu svako ima pravo na jednak pristup sredstvima za postizanje sreće i svačije zadovoljstvo jednako vredi. Od ovog ideala su dozvoljena odstupanja u izuzetnim situacijama, ali i tada se vodi računa o tome da se zadovoljstvo najvećeg mogućeg broja ljudi maksimizuje. Ostaje da vidimo kakve su moguće implikacije ove teorije na sadržinu građanskog prava.

II.1.d. Utilitarizam i građansko pravo

Na utilitarističkoj težnji maksimizacije zadovoljstva u ekonomiji je izgrađena doktrina ekonomije blagostanja (ekonomski velferizam) prema kojoj se društveni aranžmani porede tako što se poredi blagostanje svih članova jednog društva, sa blagostanjem svih članova drugog društva, pa je poželjniji društveni aranžman pod kojim je blagostanje svih članova društva veće.²³¹ Proizvod ekonomije blagostanja je pareto optimum.²³² Pareto optimum označava stanje u kojem se ne može poboljšati nečije blagostanje, a da se ne pogorša tuđe blagostanje.²³³ Pareto

²²⁹ Mill, J. S., 2001.

²³⁰ vidi n. 208.

²³¹ Milanović, B., 2012, *Bogataši i siromasi. Kratka i neobična istorija globalne nejednakosti*, Beograd, JP Službeni glasnik, pp. 31–34.

²³² Smits, H. J. M., 2014, *Efficient Breach and the Enforcement of Specific Performance*, maser teza, Amsterdam Law School Universiteit van Amsterdam, (<http://dare.uva.nl/cgi/arno/show.cgi?fid=530114>, 15. 3. 2107.) p. 13.

²³³ Birmingham L. R., 1970, *Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency*, Indiana University School of Law (<http://www.repository.law.indiana.edu/facpub>, 15. 3. 2017.), p. 278. Videćemo kasnije da Rols ovo naziva prosto efikasnošću.

optimum predstavlja idealno stanje u ekonomiji blagostanja.²³⁴ Ovaj pojam efikasnosti je postao popularan u ekonomskoj analizi prava i iznedrio je koncept efikasnog neispunjenja ugovora (efficient breach).²³⁵

Prema ovom konceptu neispunjenje ugovora je poželjno ako strana koja ne ispuni svoju ugovornu obavezu od toga profitira, a pri tome obešteti svog saugovarača tako da on bude u istoj situaciji kao da je ugovor ispunjen.²³⁶ Na primer, uzmimo hipotetički slučaj u kojem lice A sa licem B sklopi ugovor prema kojem će mu A svoj bicikl, koji je platio 100 evra, prodati za 150 evra, pri čemu B očekuje da od tog bicikla ostvari zaradu od 50 evra. Međutim, licu A lice C ponudi za isti bicikl 300 evra, pa lice A odluči da bicikl proda licu C, iako je ugovor prvo zaključilo sa licem B. Prema teoriji efikasnog neispunjenja, ovakav postupak lica A biće opravdan ako licu C nadoknadi korist koju je ono očekivalo da će ostvariti kupovinom te bicikle, što u ovom slučaju iznosi 50 evra. Lice A je zaradilo 200 evra od prodaje bicikla licu C. Posle obeštećenja lica B ostaje mu 150 evra, što znači da je lice A od prodaje bicikla licu C, a po obeštećenju lica B zaradilo 150 evra, što je 100 evra više nego da je bicikl prodalo licu B. Dakle, dolazi se u situaciju u kojoj je B u istoj poziciji u kojoj bi bio i da mu je A prodao bicikl, a A je zaradio više nego što bi zaradio da je ispunio svoju ugovornu obavezu prema licu B. To je, dakle, primer pareto optimuma jer je jednom licu bolje, a da drugom nije gore. Stoga zastupnici ovog stanovišta tvrde da treba podsticati kršenje ugovora koje vodi pareto optimalnoj situaciji.²³⁷ Pored same efikasnosti, tvrdi se da se takvom politikom postiže da dobra uvek dospeju u ruke onih koji ih najviše vrednuju.²³⁸ Dakle, utilitarističko poimanje pravde može dovesti do toga da se u ugovornom pravu usvoji koncept efikasnog neispunjenja ugovora, te da primarno pravno sredstvo u slučaju neizvršenja ugovorne obaveze postane obeštećenje poverioca umesto zahteva za ispunjenjem dugovane činidbe, koje je karakteristično za evropsko kontinentalno pravo.²³⁹

Druga moguća posledica primene utilitarističkog shvatanja pravde po sadržinu građanskog prava jeste uređivanje prava životinja. Naime, u radovima Bentama i Mila može se

²³⁴ Smits, H. J. M., 2014, p. 13.

²³⁵ Smits, H. J. M., 2014.

²³⁶ Birmingham L. R., 1970, p. 284.

²³⁷ Birmingham L. R., 1970.

²³⁸ Smits, H. J. M., 2014, p. 13.

²³⁹ Smits, H. J. M., 2014, p. 4.

naći osnov za stav da maksimizacija opšteg dobra podrazumeva da se vodi računa i o dobrobiti životinja. Tako Mil kaže da je prema načelu najveće sreće krajnji cilj i moralni standard „egzistencija u najvećoj mogućoj meri lišena bola, a koliko god je moguće bogata uživanjima...“, pri čemu takva egzistencija treba da bude obezbeđena kako ljudima, tako i svim bićima sposobnim da osećaju.²⁴⁰ Bentam je osnov zaštite životinja video u njihovoj sposobnosti da pate.²⁴¹ Stavovi Bentama i Mila po ovom pitanju inspirisali su savremene utilitariste da se detaljnije bave pravima životinja zagovarajući vegetarijanstvo ili čak veganstvo.²⁴² Ovakav pristup bi po sadržinu građanskog prava mogao da ostavi slične ili iste posledice kao i teorija Marte Nusbaum, bar kada se radi o životinjama. O tome sam pisao nešto niže.

II.2. Rolsova teorija pravde

II.2.a. Uvod

Kao što se iz naslova dâ zaključiti, na ovom mestu ću dati kratak prikaz Rolsove teorije pravde. Fokusiraću se na načela pravde, pravila prioriteta i način na koji su ta načela i pravila odabrana. Napomenuo bih da je „Teorija pravde“ Džona Rolsa (*A Theory of Justice*) prvi put izdata od strane Harvard juniversiti presa (Harvard University Press) 1971. godine. Međutim, za ovo predstavljanje Rolsove teorije pravde upotrebio sam dopunjeno i izmenjeno izdanje iz 1999. godine, zato što je u njemu autor odgovorio na brojne kritike i sugestije koje su bile inspirisane verzijom iz 1971. godine. Smatrao sam da je izdanje iz 1999. godine zbog toga merodavnije od prvobitnog.

II.2.b. Osnovna struktura društva

Rols smatra da je svaki pojedinac slobodan da definiše svoj dugoročni životni plan i da teži ostvarenju tog plana.²⁴³ Da bi mogao da ostvari svoj plan, potrebna su mu neka primarna društvena dobra (*primary social goods*), a to su, najopštije rečeno, ona dobra koja su svakome

²⁴⁰ Mill, J. S., 2001, pp. 14–15.

²⁴¹ Bentham, J., 1823, p. 311.

²⁴² Više o tome vidi npr. Matheny, G., *Utilitarianism and Animals*, in: Singer, P. (ed.), 2006, *In Defense of Animals. The Second Wave*, Malden, Blackwell Pub., pp. 13-25.

²⁴³ Rawls, J., 1999, p. 79

potrebna da bi ostvario svoj životni plan bez obzira na to šta konkretno taj plan podrazumeva.²⁴⁴ Nešto manje uopšteno, pod tim dobrima se podrazumevaju: prava, slobode, prilike, prihod i bogatstvo, kao i samopoštovanje.²⁴⁵

Kako će ova osnovna društvena dobra biti raspoređena među pojedincima zavisi od toga kako je ustrojena osnovna struktura društva (the basic structure of society/ the basic social structure).²⁴⁶ Ona se sastoji iz temeljnih institucija društva, a pod tim Rols misli na „javni sistem pravila kojim su definisane funkcije i pozicije i sa njima povezana prava i dužnosti, ovlašćenja i imuniteti, i sl.“²⁴⁷ Primeri takvih institucija su: ustav, uređenje prava svojine nad sredstvima za proizvodnju, tržišta, monogamna porodica itd.²⁴⁸ Posredstvom ovog sistema institucija vrši se distribucija osnovnih sloboda, prava i obaveza; uređuje se dostupnost određenih pozicija u društvu koje sa sobom nose i neke povlastice; može se uticati i na visinu zarada. Jednostavnije rečeno vrši se distribucija osnovnih društvenih dobara. A od načina na koji se ona vrši prema pojedincima koji pripadaju različitim slojevima društva, zavisiće i njena pravednost.²⁴⁹ Zato je osnovna struktura društva i način na koji je uređena predmet Rolsove teorije pravde, i načela pravde koja je formulisao odnose se na nju.²⁵⁰

II.2.c. Načela pravde

Rols je formulisao dva načela pravde. Prvo načelo pravde se odnosi na osnovne slobode. Ono nalaže da svako ima „jednako pravo na najširi mogući sistem jednakih sloboda koji je kompatibilan sa takvim sistemom sloboda za sve.“²⁵¹ To znači da je sloboda pojedinca ograničena jedino slobodama drugih ljudi, tj. da je svako slobodan dokle god ne ugrožava slobode drugih.²⁵² Rols čak daje listu ovih sloboda²⁵³, a na njoj su: političke slobode (pravo da se

²⁴⁴Rawls, J., 1999

²⁴⁵Rawls, J., 1999

²⁴⁶Rawls, J., 1999, p. 6

²⁴⁷Rawls, J., 1999, p. 47

²⁴⁸Rawls, J., 1999, p. 6

²⁴⁹Rawls, J., 1999, p. 7

²⁵⁰Rawls, J., 1999, p. 6

²⁵¹ Rawls, J., 1999, p. 266

²⁵² Ripstein, A., *Private Order and Public Justice: Kant and Rawls*, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=894431 5. 7. 2017.), p. 7.

bira i da se bude biran), sloboda govora i okupljanja, sloboda misli i savesti, sloboda ličnosti koja uključuje pravo na fizički i psihički integritet, pravo na pokretnu imovinu (personal property), sloboda od neosnovanog hapšenja i zatvaranja.²⁵⁴ Rols napominje da je verovatno nemoguće dati iscrpnu listu osnovnih sloboda bez poznavanja svih specifičnosti jednog društva. To me navodi na zaključak da slobode koje je naveo predstavljaju minimum koji u jednom društvu mora postojati. Bez njih je zaista teško zamisliti da neko može da ostvari svoju ideju dobrog života, šta god ta ideja podrazumevala.

Druga grupa primarnih društvenih dobara bez kojih je ostvarenje bilo kog racionalnog životnog plana teško zamislivo jesu socijalna i ekonomska dobra. Notorna je činjenica da se ljudi rađaju različiti. Sa različitim talentima i sposobnostima. Ali i u različitim društvenim klasama, u različitim porodicama. Talenti i sposobnosti, ali i klasa ili imućnost porodice mogu presudno uticati na šanse pojedinca da ostvari svoj životni plan, tako da su ljudske jedinice od rođenja u nejednakim početnim pozicijama. Dakle, od samog početka postoji nejednaka distribucija ove vrste primarnih društvenih dobara. To je polje delovanja drugog načela. Rols smatra da niko ne zaslužuje svoju početnu poziciju bila ona dobra ili ne; da niko nije zaslužio svoje talente (ili nedostatak talenata) ili socijalno poreklo; to nije stvar pravde ili nepravde, već sreće.²⁵⁵ Ono što se dá oceniti kao pravedno ili nepravedno jeste način na koji institucije osnovne strukture društva tretiraju ove činjenice.²⁵⁶ Ako je osnovna struktura društva tako koncipirana da šanse pojedinaca za dobar život u potpunosti zavise od puke sreće, onda tu teško može da se govori o pravednom društvu. Ipak, Rols ne smatra da ove razlike treba eliminisati, već da osnovnu strukturu društva treba konstruisati tako da te razlike u početnim pozicijama rade u korist svih članova društva.²⁵⁷ To je suština drugog načela koje nalaže da „društvene i ekonomske nejednakosti moraju biti uređene tako da a) se može razumno očekivati da budu u korist svih, te b) da su povezane sa

²⁵³ Nekim slobodama je uskratio atribut osnovnih, a to su sloboda vlasništva nad sredstvima za proizvodnju, i sloboda ugovaranja u svojoj laissez – faire varijanti. v. Rawls, J., 1999, p. 54 To ne čudi s obzirom da smatra da njegova teorija pravde nije po definiciju nekompatibilna i sa socijalističkim društvima. v. Rawls, J., 1999, p. 242

²⁵⁴ Rawls, J., 1999, p. 53

²⁵⁵ Rawls, J., 1999, pp. 87–89

²⁵⁶ Rawls, J., 1999, p. 87

²⁵⁷ Rawls, J., 1999

pozicijama i funkcijama koje su otvorene za sve.“²⁵⁸ Rols dalje navodi da su termini „u korist svih“ i „otvorene za sve“ nedovoljno jasni, te da ih je potrebno precizirati.²⁵⁹

Postoje četiri moguća tumačenja drugog načela koja se dobijaju kombinacijom različitih tumačenja ova dva termina.

Prvo tumačenje Rols naziva sistemom prirodne slobode (system of natural liberty).²⁶⁰ U tom tumačenju se termin „u korist svih“ posmatra kroz princip efikasnosti po kojem je distribucija (u ovom slučaju primarnih društvenih dobara ekonomske i socijalne prirode) efikasna ako se ne može promeniti tako da bar jednoj osobi bude bolje, a da pri tom bar jednoj osobi ne bude gore.²⁶¹ Međutim, nije svaki efikasan sistem i pravedan; ako se ukine ropstvo doskorašnjim robovima će svakako biti bolje, ali će robovlasniku biti gore, tako da je takav sistem neefikasan, ali je svakako pravedniji od robovlasničkog.²⁶² Zato se u sistemu prirodne slobode princip efikasnosti ograničava principom koji nalaže da su pozicije i funkcije u društvu koje sa sobom nose određene prednosti otvorene onima koji su talentovani i voljni da ih zauzmu, što predstavlja viđenje termina „otvorene za sve“.²⁶³ Dakle, u sistemu prirodne slobode svi su formalno u jednakoj mogućnosti da zauzmu povlašćene pozicije u društvu, ali će oni koji su imali više sreće (talentovani, rođeni u bogatim porodicama itd.) imati veće šanse da ih zauzmu; ako iz takve distribucije dobara proizađe efikasan sistem, onda je taj sistem pravedan.²⁶⁴ Distribucija društvenih dobara u ovom sistemu je pod velikim uticajem slučajnosti s obzirom na to da niko ne može da bira sa kojim talentima i sposobnostima će se roditi, u kakvoj porodici, kakvom okruženju i sl.²⁶⁵

Liberalno tumačenje drugog načela pokušava da ublaži uticaj socijalnih okolnosti na udele u raspodeli primarnih društvenih dobara.²⁶⁶ U ovom tumačenju pojam „otvoren za sve“ podrazumeva pravičnu jednakost u prilikama (fair equality of opportunity) što znači da „oni koji

²⁵⁸Rawls, J., 1999, p. 53

²⁵⁹Rawls, J., 1999, p. 57

²⁶⁰Rawls, J., 1999

²⁶¹Rawls, J., 1999, pp. 57–61

²⁶²Rawls, J., 1999, pp. 61–62

²⁶³Rawls, J., 1999, pp. 57–62

²⁶⁴Rawls, J., 1999, p. 62

²⁶⁵Rawls, J., 1999, p. 63

²⁶⁶Rawls, J., 1999

poseduju slične talente i sposobnosti, i jednako su voljni da ih koriste, treba da imaju jednake izgleda za uspeh, bez obzira na svoju početnu poziciju u društvu.“²⁶⁷ Dakle, svaki efikasan sistem koji je rezultat raspodele primarnih društvenih dobara, koja je izvršena po principu pravične jednakosti u prilikama jeste pravedan. Ali Rols se ne zadovoljava ni ovim tumačenjem jer iako se njime otklanja uticaj nezaslužanih socijalnih razlika na distribuciju prihoda i bogatstva, ono još uvek ostavlja prostor za uticaj nepredvidive prirodne raspodele talenata i sposobnosti.²⁶⁸

Treću interpretaciju drugog načela naziva koncepcijom prirodne aristokratije (natural aristocracy).²⁶⁹ Prema ovom konceptu dovoljna je formalna jednakost u prilikama, kao i u prvom tumačenju, ali zato prednosti svojih talenata mogu da uživaju samo oni talentovani koji unapređuju i položaj najsiromašnijih slojeva društva.²⁷⁰ Ipak, Rols i ovu koncepciju smatra neadekvatnom i problematičnom sa moralne tačke gledišta, jer i ona daje previše prostora uticaju slučajnosti na distribuciju ekonomskih i socijalnih primarnih društvenih dobara.²⁷¹

Konačno, Rols daje četvrtu interpretaciju, tj. koncepciju drugog načela pravde. On prihvata princip pravične jednakosti u prilikama.²⁷² Ali se za razliku od liberalnog tumačenja ne zadovoljava efikasnošću. Videli smo da je sistem efikasan kada god se pozicija barem jednog člana društva ne može poboljšati, a da se istovremeno ne pogorša pozicija drugog. U liberalnoj koncepciji bi onda bilo dozvoljeno poboljšati poziciju onih koji su već u boljoj poziciji, ako to ne menja poziciju onih koji su u goreu položaju. Međutim, Rolsovo shvatanje termina „u korist svih“ znači da je poboljšanje položaja jednih pravedno samo ako dovodi i do poboljšanja položaja onih koji su u najlošijoj poziciji u društvu i takvo tumačenje termina u „korist svih“ naziva princip razlike (difference principle).²⁷³ Dakle, drugo načelo pravde je kombinacija pravične jednakosti u prilikama i principa razlike.²⁷⁴ Da rezimiram: određene pozicije u društvu nose sa sobom i određene prednosti; ako su svi koji su jednako talentovani i voljni da zauzmu te pozicije imali jednaku priliku da ih zauzmu bez obzira na svoju socijalnu situaciju, te su zbog

²⁶⁷Rawls, J., 1999

²⁶⁸Rawls, J., 1999, p. 64

²⁶⁹Rawls, J., 1999

²⁷⁰Rawls, J., 1999

²⁷¹Rawls, J., 1999, pp. 64–65

²⁷²Rawls, J., 1999, p. 65

²⁷³Rawls, J., 1999, pp. 65–72

²⁷⁴Rawls, J., 1999, p. 65

toga u boljem položaju od onih koji te talente i sposobnosti nisu imali, dato poboljšanje položaja talentovanih biće pravedno ako dovede i do poboljšanja položaja onih koji su u goroj poziciji od njih. Rolsovim rečima i kraće, drugo načelo glasi:

„Društvene i ekonomske nejednakosti treba urediti tako da su one istovremeno (a) u najveću očekivanu korist onih u najnepovoljnijem položaju i (b) skopčane sa funkcijama i pozicijama otvorenim za sve pod uslovom pravične jednakosti u prilikama.“²⁷⁵

Smatram da je sada zgodan trenutak podsetiti se i prvog načela: „jednako pravo na najširi mogući sistem jednakih sloboda koji je kompatibilan sa takvim sistemom sloboda za sve.“²⁷⁶

II.2.d. Pravila prioriteta

Sada kada imamo pred sobom oba principa pravde, postavlja se pitanje njihovog međusobnog odnosa. Da li jedan od njih ima veću težinu od drugog? Može li se, na primer, ograničiti neka od osnovnih sloboda pojedinca ili grupe pojedinaca zarad smanjenja socijalnih i ekonomskih nejednakosti? Rols smatra da se ovo pitanje valja rešiti uspostavljanjem leksičkog, tj. serijskog redosleda načela pravde.²⁷⁷ Leksički redosled znači da ne može biti kompromisa između načela; ono načelo koje predhodi ima veću težinu, pa se naredno načelo može primeniti samo ako se prvo ne primenjuje ili je u potpunosti zadovoljeno.²⁷⁸ Cilj ovakvog ređanja načela pravde jeste da se u što većoj meri izbegne oslanjanje na intuiciju, kako bi se stvorila što jasnija i opšteprihvaćena koncepcija pravde.²⁷⁹ Ako pojedinci ne pridaju isti značaj istim principima, onda najverovatnije nemaju ni istu koncepciju pravde na umu.²⁸⁰ Dakle, potrebna su nam pravila kojima će se odrediti hijerarhija među načelima pravde, tj. pravila prioriteta (priority rules)²⁸¹ kako ih Rols naziva kako bismo dobili kompletnu i zajedničku koncepciju pravde.

²⁷⁵Rawls, J., 1999, p. 72

²⁷⁶Rawls, J., 1999, p. 266

²⁷⁷Rawls, J., 1999, pp.37–38

²⁷⁸Rawls, J., 1999, p.38

²⁷⁹Rawls, J., 1999, p.39

²⁸⁰Rawls, J., 1999, pp. 36–37

²⁸¹Rawls, J., 1999, p.30

S obzirom na to da je Rols načelo koje se odnosi na jednak pristup osnovnim slobodama označio kao prvo, a načelo koje se odnosi na distribuciju ekonomskih i socijalnih resursa kao drugo, jasno je da prvo načelo ima prioritet. To konkretno znači da se osnovne slobode nijednog pojedinca, ili grupe pojedinaca ne mogu žrtvovati niti ograničavati zarad nekog ekonomskog ili socijalnog cilja; ne mogu biti sredstvo za postizanje ekonomskih i političkih ciljeva.²⁸²

Međutim, kako treba postupiti u situaciji kada su dve osnovne slobode u koliziji? Kako se razrešava taj sukob? Rols ne govori slučajno o *sistemu* jednakih sloboda.²⁸³ Sistem sloboda podrazumeva da su osnovne slobode definisane dovoljno precizno da se mogu u potpunosti istovremeno ostvarivati ne zadirući jedna u drugu, barem u tipičnim slučajevima.²⁸⁴ Takođe, napominje da treba praviti razliku između ograničavanja i uređivanja neke slobode.²⁸⁵ Uređivanje neke slobode podrazumeva propisivanje pravila kojih se treba pridržavati kada se koristi ta sloboda, kako bi svako mogao da je koristi ravnopravno. To su pravila bez kojih bi postojala opasnost da ta sloboda ne bude dostupna svima podjednako i da ostane mrtvo slovo na papiru. Tako Rols tvrdi da bi bez određenih pravila koja regulišu tok debate sloboda govora izgubila vrednost.²⁸⁶ Zaista, ulaziti u raspravu u kojoj nema nikakvih pravila, u kojoj učesnici mogu da prekidaju jedni druge i da govore u glas, bilo bi jednako besmisleno kao ulaziti u raskrnicu bez jasnih pravila o tome ko i kada ima prednost. Stoga je sužavanje obima jedne slobode opravdano kada se preduzima slobode radi, tj. ako se time postiže da ona bude svima jednako dostupna; da sloboda jednog ne bude brana istoj slobodi drugog.²⁸⁷ Sa druge strane, restrikcija ili ograničavanje neke slobode znači njeno umanjenje. Na primeru slobode govora, to bi značilo ograničavanje sadržine govorenog, zabranu promovisanja određenih ideja i stavova.²⁸⁸

Ograničenje slobode se može vršiti držeći se kriterijuma jednakosti sloboda, a može se vršiti i tako da se više slobode da jednoj grupi osoba naspram drugih ili tako da se neka sloboda suzi više nego što je neophodno.²⁸⁹ Ako se vratimo saobraćajnoj analogiji, nije isto da li prednost

²⁸²Rawls, J., 1999, pp. 24–25

²⁸³ vidi prvo načelo pravde

²⁸⁴Rawls, J., 1999, p.178

²⁸⁵Rawls, J., 1999, p.

²⁸⁶Rawls, J., 1999, p.

²⁸⁷Rawls, J., 1999, p. 217

²⁸⁸Rawls, J., 1999, p.178

²⁸⁹Rawls, J., 1999, p.

imaju lica sa skupljim automobilima, ili je kriterijum isključivo bezbedan i lak protok saobraćaja. Takođe, nije isto da li pravila nalažu da se vozači zaustave kada vozila hitnih službi prolaze ili je dovoljno da se pomere u stranu nastavljajući kretanje. Ovde se dakle postavlja pitanje nejednakosti u slobodama. Da li nejednakost može pod određenim uslovima i u određenim okolnostima biti opravdana? Za Rolsa su nejednakosti u slobodama, naročito nejednakosti koje su rezultat istorijskih prilika, prihvatljive samo ako su oni koji imaju manje slobode na neki način obeštećeni.²⁹⁰ On priznaje da se pod određenim istorijskim okolnostima ne može trenutno ostvariti puna jednakost u slobodama, ali da se trenutna nejednakost u slobodama sa stanovišta teorije pravde može tolerisati ako je ona napredak u odnosu na prethodno stanje stvari i ako je sistem ustrojen tako da se kreće ka ostvarenju pune jednakosti u slobodama.²⁹¹ Zamislimo neku državu X u kojoj nije dozvoljeno ženama da upravljaju motornim vozilima, a muškarcima jeste. Nejednakost u slobodi je očigledna i neopravdana. Ako se donese novi zakon kojim se ženama dopušta da upravljaju motornim vozilima isključivo u pratnji muškarca, i dalje postoji nejednakost u pravima, ali ona predstavlja napredak u odnosu na dotadašnju situaciju. Restrikcija prava je manja u odnosu na prethodnu; njome je ublažena prethodna veća nepravda.

Nejednaka sloboda može biti i rezultat urođenih ili stečenih nesposobnosti nekih lica da donose racionalne odluke. U tim situacijama neko drugi u njihovo ime odlučuje. Dakle, može se odlučivati u tuđe ime, ali pod uslovom da ta osoba nije sama u stanju da donosi racionalne odluke, pri čemu se onaj koji u tuđe ime odlučuje koliko je god to moguće mora voditi racionalnim ciljevima i željama koje je lice u čije ime postupa imalo.²⁹²

Tako dolazimo do prvog pravila prioriteta koje uređuje odnose između dva načela, ali i unutar samog prvog načela pravde i koje propisuje da se sloboda može ograničiti isključivo slobode radi; da sužavanje jedne slobode mora da ojača ukupni sistem sloboda svih, a da nejednaka sloboda mora biti prihvatljiva za one koji su u tom nejednakom položaju.²⁹³

Drugo pravilo prioriteta se odnosi na drugo načelo pravde i uređuje odnose između elemenata tog načela. Jedno od važnih pitanja koje se javlja prilikom određivanja načela koje se

²⁹⁰ Rawls, J., 1999, pp. 217–218

²⁹¹ Rawls, J., 1999

²⁹² Rawls, J., 1999, pp. 219–220

²⁹³ Rawls, J., 1999, p. 220

odnosi na raspodelu ekonomskih i socijalnih resursa jeste raspodela istih među generacijama. Svaka generacija je dužna da očuva pravedne institucije za buduće generacije, kao i da im ostavi izvesnu količinu kapitala, bilo u obliku investicija u tehnologiju i sredstva za proizvodnju, bilo u obliku investicija u obrazovanje.²⁹⁴ Rols, doduše, priznaje da je teško uspostaviti neko precizno pravilo kojim će biti propisano kako vršiti raspodelu među generacijama, ali to ne znači da se ne mogu uspostaviti izvesne etičke smernice, bar kao instrument za ocenu ispravnosti politika koje se predlažu u tu svrhu.²⁹⁵ Takođe uviđa da princip razlike ne može da reguliše raspodelu dobara među generacijama jer ne postoji način da kasnije generacije poboljšaju stanje one ranije generacije koja je bila u najgorem položaju, te je drugo načelo pravde potrebno dopuniti.²⁹⁶ Potrebno ga je dopuniti nečim što Rols naziva principom pravične štednje (the just saving principle).²⁹⁷ Princip pravične štednje nalaže da svaka generacija, u skladu sa svojim mogućnostima, ostavi sledećoj generaciji izvesnu količinu kapitala pod kojim se osim materijalnih dobara podrazumevaju kultura, veštine, tehnike i znanja, sve to sa ciljem pružanja materijalne osnove za stvaranje, usavršavanje i održanje pravednog sistema institucija i uživanja jednakih sloboda.²⁹⁸ Termin „u skladu sa svojim mogućnostima“ znači da će svaka generacija štedeti srazmerno svom blagostanju i stepenu razvoja. Siromašnije generacije imaju obavezu da uštede manje od onih naprednijih.²⁹⁹ Cilj štednje nije izobilje materijalnog bogatstva tj. bogaćenje budućih generacija, cilj je kao što sam već napomenuo pružanje materijalne podloge za ostvarenje pravednog društva i uživanje jednakih sloboda.³⁰⁰ Rols smatra da visok životni standard u materijalnom smislu nije neophodan za postizanje ovakvog društva, šta više sasvim je moguće da preveliko materijalno blagostanje vodi dekadenciji i time može predstavljati i prepreku za ostvarenje načela pravde koja je definisao.³⁰¹ Takođe, naglašava da štednja za buduće generacije nije jedina svrha sadašnjih generacija, već da svaka ima svoje ciljeve i svrhe; i kao što racionalni planovi i ciljevi pojedinaca unutar jedne generacije vrede jednako i među njima nema

²⁹⁴Rawls, J., 1999, p.252

²⁹⁵Rawls, J., 1999, p.253

²⁹⁶Rawls, J., 1999, p.254

²⁹⁷Rawls, J., 1999, p.255

²⁹⁸Rawls, J., 1999, pp.255–256

²⁹⁹Rawls, J., 1999, p.255

³⁰⁰Rawls, J., 1999, p.257

³⁰¹Rawls, J., 1999, pp.257–258

hijerarhije, tako ni ciljevi generacija nisu podređeni međusobno.³⁰² Ako imamo u vidu da princip razlike predviđa da su nejednakosti u ekonomskim i socijalnim resursima dozvoljene ako rezultiraju poboljšanjem položaja onih članova društva koji su u najnepovoljnijoj poziciji, onda je količina resursa koja se u tu svrhu izdvaja ograničena obavezom svake generacije da izvesnu količinu resursa uštedi za sledeću generaciju, pa tako princip pravične štednje predstavlja ograničenje ili korektiv principa razlike.³⁰³

Imajući u vidu do sada rečeno, može se formulisati drugo pravilo prioriteta. Ono nalaže da drugo načelo pravde ima prednost u odnosu na princip efikasnosti i princip maksimizovanja dobara; da je načelo pravične jednakosti u prilikama starije od načela razlike koje mora biti i u skladu sa načelom pravične štednje.³⁰⁴

II.2.e. Izvorna pozicija i veo neznanja

Sada kada imamo pred sobom i načela pravde i pravila prioriteta koja određuju odnose među njima i njihovim elementima, treba da vidimo kako Rols argumentuje ovaj izbor načela i pravila prioriteta. Kako je došao do zaključka da su to baš ta načela pravde za koja se treba zalagati i zašto su njihovi odnosi regulisani baš ovim pravilima prioriteta? Rols nas poziva da zamislimo izvornu poziciju (original position) u kojoj se nalaze pojedinci koji treba da izaberu načela pravde za društvo u kojem će živeti.³⁰⁵ Kako bi mogli da budu neutralni i ne podlegnu iskušenjima usko ličnih interesa, ljudi u izvornoj poziciji se nalaze iza vela neznanja (veil of ignorance).³⁰⁶ To znači da ne znaju koji će biti njihov društveni položaj u budućem društvu; da li će biti talentovani, a ako budu koje će talente posedovati; koja će biti njihova koncepcija dobrog života; kakve crte ličnosti imaju, npr. da li vole da rizikuju, da li su optimisti; kakve sposobnosti će posedovati; kakve okolnosti vladaju u njihovom društvu; kojoj generaciji će pripadati...³⁰⁷

Ono što pojedinci iza vela neznanja mogu da znaju jeste da će postojati zajednički interesi svih članova društva za njegovim postojanjem, ali da će u nekim situacijama njihovi interesi doći

³⁰²Rawls, J., 1999, p.257

³⁰³Rawls, J., 1999, p. 258

³⁰⁴Rawls, J., 1999, pp.266–267

³⁰⁵Rawls, J., 1999, p. 102

³⁰⁶Rawls, J., 1999, p. 118

³⁰⁷Rawls, J., 1999

u konflikt sa interesima drugih članova društva s obzirom da neće svi imati iste životne planove (kakvi god oni budu), a da će pri tome vladati umereni nedostatak resursa potrebnih za ostvarivanje tih planova.³⁰⁸ Rols takođe pretpostavlja da se radi o racionalnim osobama, koje imaju racionalne životne planove i interese, koje znaju dovoljno o političkim procesima i načelima ekonomske teorije i generalno poseduju uopštena znanja koja su im neophodna da izaberu koncepciju pravde prema kojoj će biti ustrojena osnovna struktura društva.³⁰⁹

Izvorna situacija nije ekvivalent nekakve osnivačke skupštine društva, niti se iza vela neznanja nalaze svi koji će živeti u društvu ili koji bi mogli ikada živeti u društvu, niti se radi o istorijskoj kategoriji.³¹⁰ To je hipotetička situacija u kojoj su svi ljudi jednake jedinice sa sopstvenim ciljevima i razvijenim osećajem za pravdu lišeni svakog znanja koje bi ih moglo učiniti pristrasnim prilikom izbora koncepcije pravde.³¹¹ To je misaoni ogled kojem može svako da se podvrgne bilo kada, a dostupne informacije su uvek iste, pa (pod pretpostavkom da se radi o racionalnoj osobi) Rols smatra da bi svako u takvom stanju izabrao ista načela pravde, stoga ko god birao koncepciju pravde biće to zajednička koncepcija pravde.³¹²

Već sam napomenuo da su pojedinci u Rolsovoj izvornoj poziciji racionalni. To znači da su sposobni: da od više opcija koje su pred njih postavljene odaberu onu koja se najbolje poklapa sa njihovim ciljevima, da biraju plan kojim će ispuniti više umesto manje svojih želja, i da biraju plan za koji postoji najviše šanse da bude uspešno ostvaren.³¹³ Rols, dalje, pretpostavlja da ovakvi racionalni pojedinci nisu tašti i ne zavide, tj. da među njima vlada međusobna nezainteresovanost (mutual disinterest), što će reći da sopstvene uspehe i neuspehe ne definišu u poređenju sa drugima; nisam uspešan ako imam više od drugih već ako sam ostvario svoj plan.³¹⁴

Još jedna važna pretpostavka u vezi sa izvornom pozicijom jeste da pojedinci u njoj imaju osećaj za pravdu, što ne znači da još uvek imaju konkretnu koncepciju pravde na umu (tek treba

³⁰⁸Rawls, J., 1999, pp. 110–119

³⁰⁹Rawls, J., 1999, p. 119

³¹⁰Rawls, J., 1999, p. 120

³¹¹Rawls, J., 1999, p. 17

³¹²Rawls, J., 1999, p. 120

³¹³Rawls, J., 1999, p. 124

³¹⁴Rawls, J., 1999

da je odrede, zato i jesu tu), već da među njima postoji međusobno pouzdanje da će se vladati u skladu sa načelima pravde kada ih jednom usvoje.³¹⁵

Rols, dalje na primeru slobode savesti ilustruje zašto bi se pojedinci u izvornoj poziciji opredelili za prvo načelo – načelo jednake slobode svakog kompatibilne sa sistemom jednakih sloboda za sve.³¹⁶ Naime, pojedinci iza vela neznanja ne znaju koja su njihova moralna, filozofska i religijska ubeđenja; ne znaju kako se njihova ubeđenja kotiraju u budućem društvu – da li su većinska ili manjinska i sl.³¹⁷ Iz te perspektive deluje da je najbolji izbor prvo načelo, zato što garantuje jednaku slobodu za sve ograničenu jedino slobodama drugih, tako da će pojedinci moći da uživaju svoju slobodu savesti bez obzira šta ona konkretno podrazumevala.³¹⁸

Što se tiče raspodele ekonomskih i socijalnih resursa, pretpostavka je da bi strane u izvornoj poziciji takođe želele jednakost.³¹⁹ Međutim, ako bi nejednakosti u raspodeli ovih dobara poboljšale poziciju svih u društvu, pa i onih koji su u najnepovoljnijem položaju, deluje razumno da se strane u izvornoj poziciji opredele za načelo razlike ograničeno načelom pravične jednakosti u prilikama jednako talentovanih i sposobnih.³²⁰ Uzmimo za primer dve osobe. Jedna je talentovana za crtanje, ali ne ume da unovči svoj talenat iako bi to želela. Nije vična marketingu, ne ume da pregovara, da naplati potraživanja i sl. Druga osoba ima te sposobnosti i talentovana je da pronade način da uposli dar crtača u komercijalne svrhe i ume da pronade kupca za ono što umetnik nacrtava. Zamislimo da se te dve osobe udruže radi sticanja dobiti, pa druga osoba u toj organizaciji bude na primer direktor i zbog toga ima veću platu od crtača. Imamo nejednaku raspodelu prihoda, ali ako je na taj način položaj crtača poboljšan; ako on na taj način zarađuje više nego što bi zarađivao da sam posluje, takva nejednakost je opravdana. Naročito ako se setimo da je Rols pojedince u izvornoj poziciji zamislio kao osobe slobodne od zavisti; kao osobe koje ne mere svoj uspeh time da li imaju više od drugih, nego time da li su postigli svoje ciljeve. Dakle, ako takvi pojedinci u izvornoj poziciji imaju svest da kada se digne veo neznanja mogu imati različite sposobnosti; da neki mogu biti i netaalentovani, pretpostavka je da će pristati

³¹⁵Rawls, J., 1999, p. 125

³¹⁶Rawls, J., 1999, p. 181

³¹⁷Rawls, J., 1999

³¹⁸Rawls, J., 1999

³¹⁹Rawls, J., 1999, p. 130

³²⁰Rawls, J., 1999, pp. 130–131

na nejednaku distribuciju ekonomskih i socijalnih dobara ukoliko ona bude i u korist onih u najnepovoljnijem položaju.

Kada je reč o prvenstvu prvog načela nad drugim Rols pretpostavlja da svi pojedinci u izvornoj poziciji imaju neke temeljne ciljeve i interese, koje štite slobode obuhvaćene prvim načelom pravde.³²¹ Na primeru slobode savesti on smatra da iza vela neznanja pojedinci ne znaju koju religiju na primer žele da ispovedaju, ali su svesni da će to biti jedna tačno određena religija.³²² Vrednosti koje stoje iza te religije su za pojedince imperativ i ne mogu biti predmet trgovine zarad boljeg ekonomskog položaja.³²³ Osim toga, dodao bih da bez jednakih sloboda (ličnosti, da se odredi ili promeni životni plan...) ekonomska i socijalna dobra nemaju mnogo svrhe. Otud i prvenstvo prvog načela nad drugim kao i pravilo da sloboda može biti ograničena samo slobode radi.

Konačno, ako znamo da strane u izvornoj situaciji ne znaju kakav će biti njihov socijalni status kada se jednom podigne veo neznanja, onda je logično da će želiti da se osiguraju da u slučaju da imaju talente i sposobnosti, a loš socijalni status budu u mogućnosti da zauzmu povoljne pozicije u društvu. Zato bi se sigurno odlučile za prvenstvo načela pravične jednakosti u prilikama nad načelom razlike. Isto tako, neznajući kojoj generaciji će pripadati, pojedinci u izvornoj poziciji bi odabrali princip pravične štednje kao ograničenje načela razlike.

II.2.f. Odnos Rolsove teorije pravde i građanskog prava

U ovom segmentu razmotriću da li su Rolsova načela pravde primenljiva na građansko pravo. Da bi to bio slučaj mora se pokazati ili da je građansko pravo deo osnovne strukture društva ili da se Rolsova načela pravde na neki drugi način mogu primeniti na građansko pravo. U tu svrhu napraviću izlet van korica „Teorije pravde“ i konsultovati i „Politički liberalizam“³²⁴ Džona Rolsa, kao i neke druge autore koji su se bavili ovom temom. Za primer ću uzeti

³²¹ Rawls, J., 1999, p. 475

³²² Rawls, J., 1999

³²³ Rawls, J., 1999, pp. 181–182.

³²⁴ Naslov originala je „Political Liberalism“, a delo je 1993. izdao Kolumbija juniversiti pres (Columbia University Press). Nažalost, original mi nije bio dostupan, pa sam se poslužio domaćim prevodom iz 1998. u izdanju izdavačkog preduzeća „Filip Višnjić“. Rols je u ovom svom delu nešto detaljnije objasnio koje to grane prava, po njegovom mišljenju, spadaju u osnovnu strukturu društva.

ugovorno pravo uopšte, pravo svojine i porodično pravo jer te članove porodice građanskog prava pominje i sam Rols.

Osnovna struktura društva je sistem temeljnih ustanova društva, kao što su pravila političke organizacije društva, pravila na kojima počiva njegova ekonomska organizacija, priroda porodice, oblici svojine...³²⁵ Zadatak osnovne strukture društva jeste raspodela osnovnih sloboda i dužnosti, kao i koristi koje su rezultat društvene saradnje.³²⁶ Kao što smo videli u zavisnosti od načina na koji se ta raspodela vrši, određuje se i pravednost osnovne strukture društva. Ako se raspodela osnovnih dobara vrši u skladu sa načelima pravde i pravilima prioriteta koja je Rols definisao, onda je ona pravedna. Pitanje je onda, da li i građansko pravo, svo ili bar neki njegovi delovi, imaju tu distributivnu funkciju. Ako imaju onda bi načela pravde morala da se primenjuju na njega.

Rols je prilično izričit da u osnovnoj strukturi društva ugovornom pravu mesta nema³²⁷, a isto se može reći i za nasledno pravo.³²⁸ On smatra da se svakom transakcijom, svakim raspolaganjem dobrima od strane pojedinaca, svakim delanjem na tržištu veoma lako udaljavamo od pravedne raspodele društvenih dobara (ekonomskih i socijalnih), te da može doći do koncentracije ovih dobara u rukama nekolicine.³²⁹ Pri tome smatra da se ne može očekivati od pojedinaca da prilikom svakog ugovora ili drugog raspolaganja imovinom razmatraju ovakve dugoročne posledice na društvenu pravdu, jer bi to, čak i da je moguće predvideti ih, kočilo i prekomerno poskupelo pravni promet.³³⁰ Isto bi bilo i kada bi se pokušalo preduprediti te posledice restriktivnim pravilima „koja se primenjuju na pojedince“.³³¹

„To stoga što pravila koja regulišu sporazume i individualne transakcije ne mogu biti previše složena, ili da zahtevaju previše informacija da bi bila korektno primenjena... nijedna razložna shema pravila neće prevazići sposobnosti pojedinca

³²⁵ Rols, Dž., 1998, *Politički liberalizam*, Beograd, „Filip Višnjić“, str. 299.

³²⁶ Rols, Dž., 1998.

³²⁷ Rawls, J., 1999, p. 7.

³²⁸ Rols, Dž., 1998, str. 310.

³²⁹ Rols, Dž., 1998, str. 308–309.

³³⁰ Rols, Dž., 1998.

³³¹ Rols, Dž., 1998.

da ih shvati i primenjuje sa dovoljnom lakoćom, niti opteretiti građane zahtevima u pogledu znanja i predviđanja, koje oni normalno ne mogu da zadovolje.“³³²

Zbog toga Rols smatra da pored ustava³³³ kojim se definišu pravne, političke i ekonomske osnove društva i uređuje sistem osnovnih sloboda; u osnovnoj strukturi ima mesta poreskom pravu i fiskalnoj i ekonomskoj politici koji su predmet delovanja drugog principa pravde.³³⁴ Tako Rols predlaže podelu rada između pravnih pravila: sa jedne strane su pravila koja se primenjuju na pojedince i njihove transakcije, a sa druge ona koja sprovode načela pravde u delo, te obezbeđuju pravdu u pozadini pojedinačnih transakcija i koriguju poreskim zahvatima udaljavanja od društvene pravde koja na duži rok mogu da se jave kao posledica mnogostrukih raspolaganja imovinom.³³⁵ Prva grupa pravila treba da bude jednostavna i praktična, i da ne nameće preterana ograničenja slobodi fizičkih i pravnih lica da delotvorno ostvaruju svoje ciljeve.³³⁶ Ovo poslednje se, prema Kronmanovim rečima, može tumačiti tako da je Rols smatrao da bi svrstavanje ugovornog prava u osnovnu strukturu društva čak moglo da predstavlja neopravdano ograničenje slobode pojedinca da stremi ostvarenju sopstvenog životnog plana.³³⁷ Dakle, ako bi ugovornom i naslednom pravu dodelili distributivnu funkciju to bi zakomplikovalo, poskupelo i usporilo pravni promet, a potencijalno i neopravdano ograničilo slobodu pojedinaca pri odabiru i ostvarenju životnog plana.

Međutim, kada je ugovorno pravo u pitanju ima autora koji tvrde da ono ima mesto u Rolsovoj osnovnoj strukturi društva, uprkos njegovom stavu po tom pitanju. Tako Kronman tvrdi da bi Rols bio u pravu u gore izloženim stavovima kada bi pripadnost ugovornog prava osnovnoj strukturi društva značila primenu načela razlike na svaki ugovor pojedinačno.³³⁸ No, on ima nešto drugo na umu; ne ocenu svake pojedinačne transakcije sa pozicije društvene pravde, već ocenu ugovornog prava sa te pozicije.³³⁹ Dakle, uključivanje ugovornog prava u osnovnu strukturu društva bi značilo uspostavljanje sistema normi koji je izgrađen u skladu sa načelima pravde, a

³³² Rols, Dž., 1998, str. 310.

³³³ v. n. 248.

³³⁴ Rols, Dž., 1998, str. 325.

³³⁵ Rols, Dž., 1998, str. 326–327

³³⁶ Rols, Dž., 1998, str. 310–311

³³⁷ Kronman, A. T., 1980, Contract Law and Distributive Justice, *The Yale Law Journal*, 3, p. 500

³³⁸ Kronman, A. T., 1980, p. 501

³³⁹ Kronman, A. T., 1980

koji postavlja okvir u kojem su pojedinci slobodni da uređuju svoje ugovorne odnose.³⁴⁰ Na taj način fizička i pravna lica nisu prinuđena da se bave komplikovanim pitanjima društvene pravde kada stupaju u ugovorne odnose kako je to Rols opisao, već samo da se ponašaju u skladu sa normama ugovornog prava koje su osmišljene u skladu sa načelima pravde.³⁴¹ Time se stvara pravedna podloga za ugovorne odnose među pojedincima.³⁴² Jednostavno rečeno, načela pravde ne primenjuju fizička i pravna lica, i ne na svaki ugovor ponaosob, već zakonodavac prilikom stvaranja sistema normi koje čine ugovorno pravo. Dobar primer primene načela pravde kroz ugovorno pravo je odredba Zakona o obligacionim odnosima koja predviđa da je ništav ugovor

„kojim neko, koristeći se stanjem nužde ili teškim materijalnim stanjem drugog, njegovim nedovoljnim iskustvom, lakomislenošću ili zavisnošću, ugovori za sebe ili za nekog trećeg korist koja je u očiglednoj nesrazmeri sa onim što je on drugom dao ili učinio, ili se obavezao dati ili učiniti.“³⁴³

Ili slična odredba Nemačkog građanskog zakonika koja umesto lakomislenosti i zavisnosti govori o nesposobnosti za rasuđivanje iskorišćene strane (lack of sound judgement) ili slabosti njene volje (weakness of will).³⁴⁴ U ovim normama se može prepoznati načelo razlike, jer se njima sprečava da lice koje je u ničim zasluženom povoljnijem položaju iskorišćava lice u nepovoljnom položaju, kada to iskorišćavanje nikako ne ide u korist i onog ko je u nepovoljnom položaju.³⁴⁵

Rols tvrdi da je uloga instituta koji su deo osnovne strukture društva da obezbedi pravičnu podlogu na kojoj će pojedinci i pravna lica delovati.³⁴⁶ Smatram da gore citirana pravila upravo daju primer za takve institute, te da se njima stvaraju pravični uslovi u pozadini za delovanje pojedinaca i pravnih lica. Rols dalje kaže da čak i kada se svi ponašaju pravično može doći do narušavanja pravičnosti u pozadini jer niko ne može predvideti dejstvo mnogih razmena tokom

³⁴⁰Radonjić, A., 2013, Is there a place for contract law in Rawls's theory of justice?, *Pravni zapisi*, 2, str. 376

³⁴¹Radonjić, A., 2013

³⁴²Radonjić, A., 2013

³⁴³Zakon o obligacionim odnosima, *Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93 i *Sl. SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja, član 141. stav 1. Zakona

³⁴⁴BGB, section 138 (2), (http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p1005, 14. 03. 2016.)

³⁴⁵Radonjić, A., 2013, str. 376

³⁴⁶Rols, Dž., 1998, str. 308

vremena na stanje društvene pravde.³⁴⁷ Naravno, ja i ne želim reći da se samo primenom normi ugovornog prava može obezbediti društvena pravda. Ni zakonodavac ne može predvideti kakvi će biti rezultati mnogostrukih raspolaganja imovinom, naročito ne na duži rok i naročito ne kada govorimo o više generacija. Sasvim je izvesno da se tokom vremena, i mnogim raspolaganjima imovinom polako udaljavamo od pravedne raspodele primarnih društvenih dobara, i tu zaista poreske mere mogu da imaju veliku korektivnu funkciju. Ali ako je tačno da do narušavanja pravde u pozadini može doći i pravičnim delanjem, tim pre do toga može doći i nepravičnim delanjem koje norme ugovornog prava mogu da sankcionišu. Rols dalje smatra da je nemoguće posmatranjem pojedinih transakcija oceniti pravednost sporazuma pojedinaca sa „društvenog stanovišta“, zato što ova ocena mora da uzme u obzir i osobine društvene strukture, npr. ima li pravične jednakosti u mogućnostima što traži posmatranje slike koja je šira od jedne transakcije.³⁴⁸ Međutim, mišljenja sam da su pravila ugovornog prava upravo deo te šire slike. Ona su samo delić u slagalici koja se zove osnovna struktura društva. Ako opet uzmemo za primer gore citirane norme Zakona o obligacionim odnosima i Nemačkog građanskog zakonika, one nisu samo stvar jedne konkretne transakcije, one su stvar ponašanja na tržištu. One sankcionišu i destimulišu jednu vrstu ponašanja. Nepravičnog ponašanja. U toj meri one učestvuju u očuvanju pravde u pozadini. To je njihov doprinos. Na drugim poljima deluju drugi instituti. U suprotnom bismo isto tako mogli da tvrdimo da omogućavanje besplatnog školovanja nije stvar društvene pravde i načela razlike³⁴⁹ i da se tom merom ne stvara pravedna osnovna struktura društva zato što npr. postoji diskriminacija u društvu prema određenom delu stanovništva kojem se ne dozvoljava da uživa dobrobiti besplatnog školovanja ili zato što je obrazovanje nekvalitetno. Ali istina je da se tom merom doprinosi stvaranju pravične podloge za delovanje pojedinca, s tim što je za puno ostvarenje društvene pravde potrebno urediti i druge institucije društva, te zabraniti diskriminaciju i podići kvalitet obrazovanja. Isto tako ugovorno pravo može doprineti ostvarenju društvene pravde, naravno u sadejstvu sa drugim ustanovama

³⁴⁷ Rols, Dž., 1998

³⁴⁸ Rols, Dž., 1998, str. 309

³⁴⁹ Rols upravo dostupnost obrazovanja smatra jednom od manifestacija načela razlike i pravične jednakosti u prilikama. V. npr. Rawls, J., 1999, pp. 86–87

osnovne strukture društva. Dakle, samo celokupan sistem pravnih i političkih ustanova, a to znači i ugovorno i poresko pravo između ostalog, mogu u potpunosti ostvariti društvenu pravdu.³⁵⁰

Konačno, treba da odgovorim i na stav, ili takvo čitanje Rolsovih reči, da bi uvođenje ugovornog prava u osnovnu strukturu društva zapravo predstavljalo ograničenje slobode pojedinaca. Videli smo da, prema Rolsu, svaki pojedinac ima pravo da bira svoj životni plan i da teži njegovom ostvarenju. Da bi ostvarili sopstvene planove pojedinci su po pravilu osuđeni na interakciju sa drugim pojedincima. Da bismo živeli svoj život na određeni način, da bi smo se bavili određenom profesijom, ili uživali u nekom hobiju, potrebna su nam neka znanja, instrumenti i druga materijalna sredstva, koja često stičemo posredstvom ugovora sa onima koji mogu da nam pruže ta znanja i sredstva. Pravila ugovornog prava tako mogu da posluže kako bi obezbedila istinsku saglasnost volja prilikom stupanja u ugovorne odnose tako što će sprečiti ili demotivisati da ugovorna strana koja je u faktički nadređenom položaju taj položaj zloupotrebljava. To se može videti kod gore pomenutih normi, a to je uloga i brojnih pravila koja se tiču zaštite potrošača, ili odredbi koje se tiču mana volje. Sva ta pravila na izvestan način ograničavaju sadržinu ugovora stranaka, tj. njihovu slobodu ugovaranja, ali sve sa ciljem da se zaštiti sloboda slabije strane u jednom ugovornom odnosu.³⁵¹ One sprečavaju da jedna strana nametne svoju volju drugoj služeći se njenim nepovoljnijim položajem bilo da je uzrok takvog položaja nedostatak odgovarajućih znanja i veština, bilo da su u pitanju teške okolnosti u kojima se nalazi, bilo da su u pitanju mane volje. Takav pristup u uređivanju ugovornog prava liči na ono što je Rols nazivao uređivanjem slobode kako bi se omogućilo ravnopravno uživanje osnovnih sloboda. Dakle, smeštanje ugovornog prava u osnovnu strukturu društva ne bi dovelo do neopravdane intervencije u slobodu pojedinca, već naprotiv osiguralo tu slobodu tako što bi je uredilo tako da svi mogu ravnopravno da je uživaju. Šta više, u postojećim pravilima nekih zemalja, kao što se moglo videti u navedenim primerima, već se može prepoznati takav potencijal. Čak se usuđujem reći da, s obzirom na značaj koji ugovori imaju za ostvarenje koncepcije dobrog života svakog pojedinca, sloboda ugovaranja treba da ima status osnovne slobode. Tako bi se na nju nesumnjivo primenjivala načela pravde i bila bi uređena u skladu sa njima. Za takav stav nalazim osnov i kod samog Rolsa. Naime, on je izričit da sloboda

³⁵⁰Kordana, K. & Tabchnik, D., 2005, Rawls and Contract Law, *The George Washington Law Review*, 3, p. 621

³⁵¹Radonjić, A., 2013, str. 377.

ugovaranja u svojoj *laissez – faire* varijanti nema šta da traži među osnovnim slobodama³⁵², a to je neregulisana sloboda ugovaranja. Stoga, u najmanju ruku nije isključio mogućnost da sloboda ugovaranja zauzme mesto među osnovnim slobodama, te bude regulisana u skladu sa načelima pravde i pravilima prioriteta, pa ostavlja prostor i za takvo čitanje njegove teorije pravde.

Na osnovu svega rečenog, smatram da ugovorno pravo ima svoje mesto u Rolsovoj koncepciji društvene pravde i da je deo osnovne strukture društva, a da pravila ugovornog prava imaju potencijal da učestvuju u ostvarivanju oba načela Rolsove teorije pravde.

Što se tiče oblika svojine i porodice, Rols ne ostavlja sumnju da su oni deo osnovne strukture društva.³⁵³ Međutim, osnovne odredbe o porodici i oblicima svojine mogu biti predmet ustavnih normi. To vidimo već na primeru Ustava Republike Srbije.³⁵⁴ Zato ostaje dilema da li bi norme o detaljnom uređenju ovih instituta koje ustavi tipično prepuštaju zakonu i koje spadaju u građansko pravo Rols smatrao delom osnovne strukture društva ili ne. Ali ta dilema je postojala i kod normi ugovornog prava, pa se došlo do odgovora da čak i kada Rols ne bi smatrao te norme delom osnovne strukture društva, suprotan stav ne bi bio u koliziji sa njegovim teorijskim modelom. Dakle, ako prihvatimo, kao što je gore već rečeno, da se jedino u sadejstvu svih pravnih i političkih instituta može u potpunosti ostvariti konkretna ideja društvene pravde onda nema dileme da i zakonske norme koje razrađuju ustavne odredbe o svojini i porodici spadaju u osnovnu strukturu društva. Na primer, Ustav garantuje mirno uživanje prava svojine³⁵⁵, ali definicija prava svojine se nalazi u zakonu odnosno zakoniku. Osim toga, kako je svojina najširi skup ovlašćenja koji neko može imati na nekoj stvari, ona predstavlja i najveću moguću slobodu vlasnika u odnosu na tu stvar. Ali kako ne postoji samo jedno lice koje ima pravo svojine na nekoj stvari, već postoji veliki broj vlasnika različitih stvari, potrebno je te slobode raznih lica uskladiti i regulisati tako da mogu da koegzistiraju. Dakle, očigledno je da norme koje uređuju pravo svojine, bar u jednom svom delu, imaju potencijal da primene prvo načelo Rolsove teorije pravde. Kada govorimo o oblicima porodice, tu je ključna tema zajednica života, te uređenje institucije braka i vanbračne zajednice kao klica iz kojih se razvija porodica. Nesporno je da je Rols smatrao da zajednica života treba biti monogamna. Ali postoje i dalja pitanja, za koja

³⁵² Rawls, J., 1999, p. 54.

³⁵³ v. n. 325.

³⁵⁴ v. npr. čl. 62, 86 i 58. Ustava Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, br. 98/2006.

³⁵⁵ član 58. stav 1. US, *Sl. glasnik RS*, br. 98/2006

smatram da su u svetlu njegove teorije jako bitna. Ako se podsetimo da je jedna od osnovnih društvenih vrednosti samopoštovanje, i ako se setimo prvog načela Rolsove teorije pravde koje govori o najširim mogućim slobodama svakoga koje su kompatibilne sa takvim slobodama drugih onda je pitanje definicije braka veoma važno. Naime da li će brak i vanbračna zajednica biti definisani isključivo kao heteroseksualne zajednice, ili će se dozvoliti da i osobe istog pola stupaju u brak i te kako oslikava u kojoj meri se primenjuje prvo načelo Rolsove teorije pravde i u kojoj meri svako uživa samopoštovanje kao jednu od osnovnih vrednosti. Jer je teško govoriti o postojanju osnova za samopoštovanje ako neko drugi odraslim i poslovno sposobnim licima određuje da li mogu stupiti u brak ili ne, i da li jedno prema drugom mogu imati status člana porodice ili ne. Kako je kod nas brak definisan Ustavom kao heteroseksualna zajednica³⁵⁶ tako je jasno da se kodifikacijom građanskog prava ta definicija ne može izmeniti. Ali se može urediti zajednica života osoba istog pola po uzoru na brak kako bi se i njima omogućilo da njihovi životni partneri odnosno partnerke imaju status člana porodice što je izuzetno važno. Dovoljno je samo pomisliti na bolničke posete ili nasleđivanje, pa da svakome bude jasno da je za osobe istog pola jako važno da imaju takav status u odnosu na svoje životne saputnike odnosno saputnice.

Dakle, mislim da se iz razmotrenih pitanja jasno može videti da Rolsova teorija pravde i te kako može uticati na sadržinu građanskog prava ako bi se uzela kao političko – filozofska podloga kodifikacije građanskog prava, te da je predstavljanje te teorije u ovom radu opravdano.

II.3. Nozikova teorija pravde

II.3.a. Uvod

U ovom segmentu ću se pozabaviti teorijom pravde Roberta Nozika koju je izneo u svom delu Anarhija, država i utopija (*Anarchy, State and Utopia*) koje je prvi put izdato 1974. godine od strane Bejzik bukusa (*Basic Books*). Najpre ću ukratko izložiti Nozikovo viđenje minimalne države jer je njegova teorija pravde upravo u službi opravdavanja minimalne države. Potom ću

³⁵⁶član 62. stav 2. US, *Sl. glasnik RS*, br. 98/2006

predstaviti njegovu koncepciju društvene pravde, a na kraju razmotriti na nekoliko primera i kako bi takva teorija pravde mogla da utiče na sadržinu građanskog prava.

II.3.b. Minimalna država

Minimalna država je država koja vrši mali broj funkcija koje njeni žitelji treba da finansiraju. Neke od tih funkcija Nozick nabroja, mada to ne čini iscrpno, a to su: zaštita od sile, prevare i krađe, kao i izvršenje ugovora.³⁵⁷ Svaka država koja zahteva da građani finansiraju i funkcije koje prevazilaze okvire minimalne države zapravo predstavlja oblik nasilja jer neopravdano prisiljava pojedince da čine nešto što ne žele.³⁵⁸ Država nema pravo da koristi svoj prinudni aparat van onoga što spada u delokrug minimalne države čak ni onda kada želi da primora neke pojedince da pomognu drugima kojima je pomoć potrebna, ili da sprovede u delo zabranu neke aktivnosti svojim građanima smatrajući da je to za njihovo dobro i radi njihove zaštite.³⁵⁹

Polazište za ovakav stav Nozick nalazi kod Kanta oslanjajući se na njegovu maksimu da je svaka osoba cilj, a ne sredstvo.³⁶⁰ Sledeći to načelo on tvrdi da se onda ne može opravdati mešanje države u tuđe živote i nametanje, za dobro pojedinca, određenog stila života, jer svaki pojedinac jeste jedinstven i ima svoju zamisao kakav život želi da vodi.³⁶¹ Osim toga, ne može se opravdati ni žrtvovanje bilo koje jedinice zarad većeg društvenog dobra; ne postoji moralna prevaga nekih osoba nad nekom drugom osobom ili nekim drugim osobama.³⁶² Dok Nozick uvažava činjenicu da su ljudi spremni na odricanje radi nekog većeg dobra ili da bi izbegli veću štetu od one koju čini to odricanje, pa navodi primer da su ljudi spremni da trpe bol kod zubara da bi se sačuvali od veće patnje koja bi usledila kasnije, on ne prihvata da se ista logika može primeniti na društvo.³⁶³ Ovo stoga što se u prethodnom primeru radi o pojedincu koji samovoljno čini žrtvu radi sopstvene dobiti, a kada je u pitanju društvo ne postoji nekakav „društveni entitet“ koji žrtvuje nešto svoje svoga dobra radi, već postoje samo pojedinci i njihovi životi, pa se

³⁵⁷ Nozick, R., 1974, *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books, p. ix

³⁵⁸ Nozick, R., 1974

³⁵⁹ Nozick, R., 1974

³⁶⁰ Nozick, R., 1974, p. 32

³⁶¹ Nozick, R., 1974, p. 34

³⁶² Nozick, R., 1974, p. 33

³⁶³ Nozick, R., 1974, p. 32

žrtvuje konkretna osoba radi dobrobiti nekih drugih osoba.³⁶⁴ Niko, pa ni država, nema prava da u nečije ime učini ovakvu žrtvu.³⁶⁵

Nozik potom napominje da se mnogi zalažu za državu koja je obimnija od minimalne države, jer je smatraju neophodnom da bi se ostvarila distributivna pravda.³⁶⁶ Većina ljudi pod tim terminom podrazumeva raspodelu dobara i resursa u društvu prema nekom određenom merilu, kao i preraspodelu u slučaju da je došlo do greške u raspodeli.³⁶⁷ Međutim, Nozik napominje da društvo nije grupa dece kojoj neko deli parčiće pite, pri čemu taj neko može da vrši ispravke kako bi nadoknadio posledice nesmotrenog sečenja.³⁶⁸ Naprotiv, u društvu ne postoji centralizovana raspodela dobara i resursa, već sve što pojedinci imaju stiču u razmeni sa drugima.³⁶⁹ Ono što ljudi poseduju rezultat je njihovog delovanja i dobrovoljnih razmena dobara koje su imali pravo da preduzmu i izvrše.³⁷⁰ Zato Nozik tvrdi da je svaka država koja prevazilazi okvire minimalne države nepravdna i da vređa prava ljudi³⁷¹, pa je razvio teoriju društvene pravde koja ne zahteva obimniju državu od one koju naziva minimalnom - Teoriju ovlašćenja (Entitlement theory)³⁷².

II.3.c. Teorija ovlašćenja

Nozikova teorija ovlašćenja se zasniva na tri načela: načelu pravde u sticanju (principle of justice in acquisition), načelu pravde u prenosu (principle of justice in transfer) i načelu obeštećenja (principle of rectification).³⁷³ Po teoriji ovlašćenja onaj koji je stekao nešto u skladu sa načelom pravde u sticanju, ima pravo na to što je stekao; onaj koji je pribavio nešto od drugoga u skladu sa načelom pravde u prenosu, stiče pravo na to što je pribavio ukoliko je i taj drugi imao pravo na tome što je preneo; a imovina se može sticati jedino ponavljanjem ova dva

³⁶⁴ Nozick, R., 1974, pp. 32–33

³⁶⁵ Nozick, R., 1974, p. 33

³⁶⁶ Nozick, R., 1974, p. 149

³⁶⁷ Nozick, R., 1974

³⁶⁸ Nozick, R., 1974

³⁶⁹ Nozick, R., 1974

³⁷⁰ Nozick, R., 1974, p. 150

³⁷¹ Nozick, R., 1974, p. 149

³⁷² Nozick, R., 1974, p. xi

³⁷³ Nozick, R., 1974, pp. 150–152

koraka.³⁷⁴ Dakle, dokle god je neko stekao imovinu u skladu sa načelom pravde u sticanju ima pravo da je prenese na drugoga poštujući načelo pravde u prenosu, onda je i taj drugi imovinu stekao na pravedan način i može je preneti na nekog trećeg opet poštujući načelo pravde u prenosu i tako u nedogled. Bilo koji ishod niza transakcija je pravedan sve dok je svaka transakcija bila u skladu sa navedenim načelima pravde. Ili kako to Nozik kaže: „Šta god da proistekne iz pravedne situacije pravednim koracima samo je po sebi pravedno.“³⁷⁵

Nozik uviđa da nije sva imovina stečena u skladu sa prva dva principa pravde i da postoje situacije u kojima je u prošlosti došlo do kršenja ta dva principa.³⁷⁶ Tada se javlja potreba za načelom obeštećenja, načelom prema kojem će se oni koji su u prošlosti bili oštećeni nepoštovanjem načela pravde u sticanju i prenosu imovine biti obeštećeni.³⁷⁷ Nozik nema odgovor na pitanja koja se nameću kada se ovakav jedan princip razmatra, među kojima je i pitanje koliko daleko u istoriju treba ići prilikom ispravljanja prošlih nepravdi.³⁷⁸ Jedino što Nozik može da nam kaže jeste da bi temeljnom teorijskom analizom moglo da se dođe do načela obeštećenja; da bi se potom upotrebom činjenica o prošlim nepravdama i sledu događaja proisteklom iz ovih nepravdi stvorio opis sadašnje situacije kada je posedovanje u pitanju.³⁷⁹ Zatim bi bilo potrebno proceniti šta bi bilo da se nepravde nisu dogodile; kako bi onda izgledala sadašnjost kada govorimo o tome ko i šta poseduje.³⁸⁰ Ako se slika sadašnjosti ne bi poklapala sa onom predstavom sadašnjosti do koje bi došlo da se nepravda nije desila, onda bi načelo obeštećenja zahtevalo da se preduzmu mere kako bi se ta alternativna predstava sadašnjosti ostvarila.³⁸¹ Jedino u tom slučaju bi redistribucija bila opravdana.³⁸²

Što se tiče načela pravde u sticanju Nozik se oslanja na Loka i njegov kriterijum pravednosti prvobitnog sticanja svojine na stvarima, pa analizirajući taj kriterijum daje obrise

³⁷⁴ Nozick, R., 1974, p. 151

³⁷⁵ Nozick, R., 1974, p. 151

³⁷⁶ Nozick, R., 1974, p. 152

³⁷⁷ Nozick, R., 1974

³⁷⁸ Nozick, R., 1974

³⁷⁹ Nozick, R., 1974

³⁸⁰ Nozick, R., 1974, pp. 152–153

³⁸¹ Nozick, R., 1974, pp. 152–153

³⁸² Nozick, R., 1974, p. 168

načela pravde u sticanju.³⁸³ Pre nego što vidimo kako ti obrisi načela izgledaju, treba obratiti pažnju na ono što je Lok izneo. A Lok uviđa da su sve stvari u prirodi sponatano nastale i izvorno su pripadale svima podjednako tj. nikome isključivo, no tvrdi da mora postojati način da se one prisvoje kako bi bile od koristi bilo kojoj osobi pojedinačno.³⁸⁴ Lok dalje tvrdi da čovek izvorno ne poseduje bilo šta do samoga sebe i sopstvenog rada, pa je sve ono što iz prirode svojim radom izdvoji njegovo.³⁸⁵ Ovo se odnosi kako na pokretne stvari, tako i na zemlju.³⁸⁶ Međutim, za prisvajanje nije dovoljno da čovek „pomeša svoj rad“, kako to Lok kaže, sa nečim što je prethodno bilo deo prirode. Neophodno je da posle prisvajanja ostane dovoljno tog dobra jednakog kvaliteta („enough and as good left“) da i ostali mogu da ga koriste.³⁸⁷ Lok nameće još jedno ograničenje, naime on kaže da jednom licu pripada sve ono što je prisvojilo iz prirode svojim radom, kao i ono što je od prisvojenog preradom proizvelo, i da mu to pripada dokle god mu je od koristi, ali ako dopusti da to što je prisvojilo ili proizvelo propadne isto je kao da je od drugih iz prirode izdvojene sirovine ukralo.³⁸⁸ Dakle, nije dovoljno samo da mu nije od koristi, već mora i da propadne da bi se izjednačilo sa krađom od drugih, jer Lok kaže da onaj koji je višak dao drugome ili ga za neko drugo dobro zamenio nije pustio da taj višak beskorisno propadne pa se time nije ni ogrešio o bilo koga.³⁸⁹

Nozick se koncentriše na Lokov kriterijum pravednosti prisvajanja – *dovoljno i jednakog kvaliteta*, i kaže da je suština tog uslova da se prisvajanjem ne pogoršava položaj ostalih.³⁹⁰ Nozick dalje kaže da se položaj drugih prisvajanjem može pogoršati ili tako što ostali više ne mogu da prisvoje ono što je pre njih neko prisvojio pa tako ne mogu da unaprede sopstveni položaj; ili tako što više ne mogu slobodno da upotrebljavaju ono što je prisvojeno, a pre prisvajanja su mogli.³⁹¹ Imajući u vidu rečeno i sam uslov da se položaj drugih ne pogoršava može imati dva značenja: jedno strože prema kojem se prisvajanjem drugi stavljaju u gori položaj bilo time što

³⁸³ Nozick, R., 1974, pp. 174–182

³⁸⁴ Locke, J., *Two Treatises of Government* (<http://socserv2.socsci.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/locke/government.pdf>, 06.08.2016), pp. 115–116

³⁸⁵ Locke, J., p. 116

³⁸⁶ Locke, J., p. 118

³⁸⁷ Locke, J., p. 116

³⁸⁸ Locke, J., p. 124

³⁸⁹ Locke, J.

³⁹⁰ Nozick, R., 1974, p. 175

³⁹¹ Nozick, R., 1974, p. 176

više ne mogu da prisvoje već prisvojeno, bilo time što više ne mogu slobodno da koriste prisvojeno, a da se pritom ti minusi u mogućnostima ni na koji način ne kompenzuju; i drugo prema kojem se položaj drugih pogoršava samo ako više ne mogu slobodno da koriste prisvojeno dobro, a takav gubitak mogućnosti nije nadoknađen nekom koristi koja je posledica prisvajanja.³⁹²

Ako bi kao kriterijum pravednosti prisvajanja uzeli strože značenje onda bi došli u situaciju da nijedno prisvajanje nije pravedno. Naime, Nozick tvrdi da bi se primenom ovako shvaćenog kriterijuma pravednosti prisvajanja, posle serije aproprijacija, došlo do toga da jedna osoba ostane bez dovoljno dobara jednakog kvaliteta koje može da prisvoji ili bar koristi što bi poslednju aproprijaciju učinilo nepravednom zbog čega bi onaj koji je poslednji nešto prisvojio toga morao da se odrekne, što bi značilo da je lice koje je izvršilo prisvajanje neposredno pre njega takođe nepravedno prisvojilo jer je svog sledbenika ostavilo u gorjoj poziciji – bez mogućnosti pravednog prisvajanja, pa bi se tim sledom došlo do zaključka da je i prvo prisvajanje u nizu nepravedno i da nijedno onda i ne može biti pravedno.³⁹³ Ovakav domino efekat se dâ izbeći ako se uslov nepogoršanja položaja drugih prisvajanjem shvati u svom drugom, blažem, značenju.³⁹⁴

Ipak, i ovako formulisan kriterijum pravednosti prisvajanja nije bez mana jer bi trebalo utvrditi neku referentnu vrednost, tj. odrediti u odnosu na šta se prisvajanjem položaj drugih ne pogoršava.³⁹⁵ Nozick u svojoj knjizi to ne čini, ali uprkos ovom i drugim nedostacima Lokove teorije³⁹⁶ smatra da bilo koja teorija o pravednom prisvajanju stvari mora sadržati kriterijum sličan ovom blažem do kojeg je došao tumačenjem Lokovog uslova pravednosti prisvajanja.³⁹⁷ Osim toga, ovakav uslov pravednosti prisvajanja utiče i na sadržinu načela pravde u transferu, pa će poslednje značiti da nije dovoljno da je stvar stečena od lica koje je bilo ovlašćeno da prenese svojину na toj stvari, već i da se tim transferom i posledično sticanjem drugi ne dovode u gori

³⁹² Nozick, R., 1974

³⁹³ Nozick, R., 1974

³⁹⁴ Nozick, R., 1974

³⁹⁵ Nozick, R., 1974, p. 177

³⁹⁶ Nozick se osvrće na niz otvorenih pitanja koja proističu iz Lokovog stava da čovek stiče pravo svojine na stvarima koje niko ne poseduje tako što sa njima pomeša svoj rad, v. Nozick, R., 1974, pp.174–175

³⁹⁷ Nozick, R., 1974, p. 178

položaj od onog u kojem su bili.³⁹⁸ Nozik to ilustruje konkretnim primerom: kao što neko ne može prisvojiti svu pijaću vodu na svetu, tako ne može ni kupiti svu pijaću vodu na svetu.³⁹⁹ Dakle, čak i kada je prisvajanje bilo pravedno, ako se naknadnim prenosima imovine dođe do situacije koja je jednaka nepravednom prisvajanju, onda ti prenosi nisu pravedni.

Međutim, Nozik smatra da prethodno ne znači da će svaki put kada neko poseduje svu količinu neke materije neophodne drugima za održanje života doći do povrede načela pravde u sticanju.⁴⁰⁰ On za to daje primer istraživača koji iz svima dostupnih sirovina sintetizuje novi lek koji je delotvoran protiv neke bolesti, pri čemu pristaje da ga proda samo pod po druge nepovoljnim uslovima. Nozik smatra da ovde nema ogrešenja o načela pravde u sticanju jer pozicija svih ostalih nije gora od one u kojoj su bili pre nego što je istraživač proizveo lek.⁴⁰¹ Nije gora zato što su supstance iz kojih je proizveo lek svima dostupne, kao i zato što su u istoj situaciji u kojoj su bili i pre pronalaska leka.⁴⁰²

Dakle, ukratko rečeno po Nozikovoj teoriji ovlašćenja pravedna je svaka raspodela društvenih dobara koja je rezultat sticanja dobara koje se odvijalo u skladu sa načelima pravde u sticanju i prenosu, u idealnom slučaju računajući od prvobitnog prisvajanja nekog dobra sve do danas. To prvobitno sticanje je pravedno ako prisvajanjem do tada ničije stvari jedno lice ostale ne dovodi u poziciju goru od one u kojoj su bili pre prisvajanja. Onaj koji je pravedno prisvojio stvar, istu može slobodno preneti drugome osim ako se takvim prenosom postiže isto što bi se postiglo i nepravednim prisvajanjem (setimo se gore navedenog plastičnog primera osobe koja kupuje sve izvore pijaće vode na svetu). Suština Nozikove teorije pravde jeste forma, odnosno procedura. Nije bitan rezultat, već je bitno da su praćeni određeni koraci u kom slučaju je svaki rezultat pravedan.

Zato Nozik svoju teoriju pravde naziva istorijskom – pravednost distribucije procenjuje u odnosu na to kako je do nje došlo.⁴⁰³ Nasuprot tome imamo teorije društvene pravde koje se zasnivaju na načelima krajnjeg ishoda (end-state principles), koje pravednost raspodele

³⁹⁸ Nozick, R., 1974, p. 179

³⁹⁹ Nozick, R., 1974

⁴⁰⁰ Nozick, R., 1974, p. 181

⁴⁰¹ Nozick, R., 1974

⁴⁰² Nozick, R., 1974

⁴⁰³ Nozick, R., 1974, p 153

društvenih dobara procenjuju prema tome ko šta ima, i da li je to u skladu sa određenom matricom prema kojoj bi distribucija trebalo da se odvija, npr. neko ko je u prošlosti imao manje sada mora da dobije više.⁴⁰⁴ Takve teorije zanemaruju to kako je ko došao do svoje imovine; kako je uopšte došlo do tog krajnjeg ishoda; da li neko ima manje zbog svojih postupaka; da li neko ima više zato što je to zaradio, zaslužio.⁴⁰⁵ Teorije vođene istorijskim načelima pravde dozvoljavaju da usled različitih okolnosti ili delanja pojedinaca u prošlosti ti pojedinci mogu imati različita prava različitog obima na neka dobra u sadašnjosti.⁴⁰⁶

Osim po ovoj liniji istorijske-neistorijske, Nozick svoju teoriju ovlašćenja razlikuje i po tome što ona ne spada u teorije distribucije prema obrascu (patterned distribution).⁴⁰⁷ Prema ovim poslednjim raspodela društvenih dobara bi trebalo da se vrši u zavisnosti od određenog kriterijuma ili više kriterijuma koji mogu biti poređani po nekom leksičkom redosledu, pa onaj koji u većoj meri ispunjava te kriterijume mora dobiti više od onih koji ih ispunjavaju u manjoj meri.⁴⁰⁸ Mada teorije distribucije prema određenom obrascu spadaju u istorijske, Nozick tvrdi da njegova teorija ne pokušava da vrši raspodelu prema nekom određenom obrascu.⁴⁰⁹ Teorije - obrasci se prepoznaju prema tome što pokušavaju da odgovore na pitanje „svakome prema njegovim...” i međusobno se mogu razlikovati po tome čime dopunjavaju ovu rečenicu.⁴¹⁰ Takvim pogledom na stvari čine se dve greške. Prvo, da bi teorija - obrazac bila kompletna ona bi morala da odgovori i na pitanje „od svakoga prema njegovim...” jer stvari ne nastaju kao ničije, već su uvek nečije, tako da ako se pitamo kome i prema kojem kriterijumu, moramo da vidimo i od koga i prema kojem kriterijumu.⁴¹¹ Drugo, upravo zato što stvari nastaju kao nečije, taj neko ima pravo na njih, pa onda ima pravo i da raspoláže njima, stoga je jedino ispravno (u stilu teorija – obrazaca) reći: „Od svakoga kako sam izabere, svakome kako je odabran“.⁴¹² Zato Nozick smatra da je bilo kakav obrazac nepotreban, da je bilo kakav viši cilj nepotreban; svako ima

⁴⁰⁴ Nozick, R., 1974, pp. 153–155

⁴⁰⁵ Nozick, R., 1974, p 154

⁴⁰⁶ Nozick, R., 1974, p 155

⁴⁰⁷ Nozick, R., 1974, pp. 155–156

⁴⁰⁸ Nozick, R., 1974

⁴⁰⁹ Nozick, R., 1974, pp. 155–157

⁴¹⁰ Nozick, R., 1974, pp. 159 -160

⁴¹¹ Nozick, R., 1974

⁴¹² Nozick, R., 1974, p 160

pravo da ono što je legitimno njegovo prenese kome god želi, sledeći sopstvene ciljeve.⁴¹³ Zastupnici teorija – obrazaca su zaokupljeni određivanjem merila prema kojima će se odrediti kome, šta i koliko treba dodeliti; koncentrišu se na pitanja zašto neko treba nešto da ima i na pitanja ukupne sheme posedovanja, a u potpunosti zapostavljaju davanje.⁴¹⁴ Davanje, smatra Nozik, u izvesnom smislu razbija obrazac jer ako po nekom obracu svako ima pravo na određeni deo društvenih dobara, onda onoga trenutka kada drugom prenese deo svojih dobara taj obrazac biva narušen.⁴¹⁵

Zbog toga teorije – obraci obavezno zahtevaju redistribuciju koja prema Nozиковom mišljenju predstavlja povredu prava pojedinaca, izuzev kada se sprovodi u okviru načela obeštećenja.⁴¹⁶ Da podsetim, Nozik se oslanja na Loka koji kaže da je svaki pojedinac vlasnik samoga sebe, svoga rada, pa posledično i plodova svoga rada. Zbog toga Nozik smatra da je oporezivanje nečije zarade, na primer, jednako prinudnom radu u vrednosti iznosa koji je na ime poreza naplaćen.⁴¹⁷ Kada god imamo posla sa nekom teorijom pravde koja podrazumeva i redistribuciju, imamo situaciju u kojoj građani imaju potraživanje na određenom delu ukupnog društvenog proizvoda, koji je ništa drugo do ono što su pojedinci ili grupe pojedinaca svojim radom proizveli, što dalje znači da građani prisvajaju deo aktivnosti ili proizvoda drugih građana bez obzira da na to što sa njima neposredno nisu u bilo kakvom odnosu koji bi bio osnov za to prisvajanje.⁴¹⁸ Stoga Nozik zaključuje da „načela krajnjeg ishoda i obrazac – načela distributivne pravde uspostavljaju (delimično) vlasništvo drugih nad ljudima i njihovim aktivnostima i radu“.⁴¹⁹ Nasuprot tome, prema njegovoj teoriji ovlašćenja svaki ishod, svaka imovinska karta da tako kažem, jeste pravedna ako je rezultat razmena koje su bile u skladu sa načelima pravde u sticanju i transferu. Ne ulazi se u ispitivanje koliko ko ima imovine i da li neko treba da ima manje ili više nego što ima. Svako treba da ima onoliko koliko ima ako je to rezultat pravednih sticanja i transfera, dakle, ako je to rezultat procesa određenog kvaliteta. Njegova teorija se bavi

⁴¹³ Nozick, R., 1974

⁴¹⁴ Nozick, R., 1974, p 168

⁴¹⁵ Nozick, R., 1974, p 167

⁴¹⁶ Nozick, R., 1974, p 168

⁴¹⁷ Nozick, R., 1974, p 169

⁴¹⁸ Nozick, R., 1974, p 172

⁴¹⁹ Nozick, R., 1974

ocenom procedure kojom se došlo do poseda, a ne ocenom toga šta se i koliko poseduje. Zato sam i rekao ranije da je njegova teorija proceduralna i formalna.

Nozikova teorija ovlašćenja, a naročito njen formalizam, može imati uticaj i na sadržinu građanskog prava.

II.3.d. Odnos teorije ovlašćenja i građanskog prava

Videli smo da je Nozik razvio svoju teoriju ovlašćenja kako bi pokazao da postoji teorija pravde koja ne zahteva ništa više od minimalne države. Videli smo da je jedna od retkih funkcija minimalne države izvršenje ugovora, a da je uz slobodu kamen temeljac te teorije svojina i način na koji je stečena. Dakle, u samom centru njegove teorije nalaze se instituti građanskog prava. Zato ovde nije potrebno trošiti reči, kao u slučaju Rolsove teorije pravde, da bi se dokazala veza između teorije ovlašćenja i građanskog prava. Ali treba videti kakva sadržina građanskog prava proizlazi iz te veze, pa ću navesti nekoliko primera koji bi mogli da daju neku predstavu o tome.

S obzirom da Nozik smatra da su pojedinci slobodni da raspolažu onime što legitimno poseduju iz toga proističe i sloboda ugovaranja. Svaka razmena na koju su strane dobrovoljno pristale je pravedna. I tu dolazi do izražaja formalizam njegove teorije koji se preliva i na građansko pravo. Naime, Nozik smatra da se o dobrovoljnoj razmeni radi i onda kada jedna strana pristaje na izuzetno nepovoljne uslove nemajući mnogo izbora.⁴²⁰ Kako Nozik kaže dobrovoljnost radnje nekog lica se procenjuje prema tome da li je izbor tog lica ograničen objektivnim okolnostima.⁴²¹ U te objektivne okolnosti on ubraja i po jednu stranu nepovoljne uslove u jednom ugovornom odnosu.⁴²² Uslovi pod kojima stupamo u ugovorne odnose su rezultat izbora koje su drugi slobodno činili, a ako su te izbore činili u okviru svojih ovlašćenja, onda su tako nastale okolnosti objektivne.⁴²³ U tom slučaju kada neko bira između više nepovoljnih mogućnosti, njegov izbor je slobodan.⁴²⁴ Drugim rečima, uslovi na tržištu se formiraju spontano i proizvod su brojnih razmena. Tako formirani uslovi su iz perspektive Nozikove teorije pravedni ako su aktivnosti učesnika na tržištu odgovarale načelima pravde u

⁴²⁰ Nozick, R., 1974, p 263

⁴²¹ Nozick, R., 1974, p 262

⁴²² Nozick, R., 1974, p 263

⁴²³ Nozick, R., 1974, pp. 263–264

⁴²⁴ Nozick, R., 1974

sticanju i transferu. To znači jedno formalističko shvatanje autonomije volje. U skladu sa tim, mislim da bi bilo opravdano očekivati da u građanskom pravu koje nastaje na takvoj podlozi ne bude, na primer, mesta za norme koje sankcionišu nepravedne ugovorne uslove koje može nametnuti jača strana u ugovornom odnosu. Zapravo, čini se da su sve norme kojima bi zakonodavac želeo da izleči neravnotežu između učesnika na tržištu nekompatibilne sa ovom teorijskom postavkom.

Dalje, imajući u vidu da je Nozikova teorija libertarijanska treba reći da je karakteristično za takve teorije da zastupaju primenu načela opreznog kupca (*caveat emptor*).⁴²⁵ Takav princip postoji recimo u engleskom pravu i znači da prodavac nije dužan da ukaže kupcu da je u zabludi u vezi sa osobinama stvari koju kupuje ako je stvar zadovoljavajućeg kvaliteta, iako zna da kupac ne bi zaključio ugovor da je znao za pravo stanje stvari.⁴²⁶ U slučaju *Smith v Hughes* iz 19. veka sudija Kokburn (Cockburn) navodi primer gde kupac nije dužan prodavcu da otkrije da se ispod imanja koje prodavac prodaje nalazi rudnik za koji prodavac tog imanja ne zna, i kaže da je to slučaj u kojem bi: „čovjek osetljive savesti ili velike časti nerado iskoristio neznanje prodavca“, no uprkos tome ugovor o prodaji tog imanja bio bi obavezujuć.⁴²⁷ Takav princip se ne odnosi samo na prodaju, već i na druge vrste ugovora. U slučaju *Statoil ASA v Louis Dreyfus Energy Services LP*, koji je novijeg datuma, dve kompanije su postigle sporazum o sumi novca koju je jedna kompanija bila dužna da isplati drugoj na ime kašnjenja sa istovarenom robe sa broda.⁴²⁸ Kompanija koja je kašnjenjem bila oštećena je, usled pogrešne pretpostavke da je roba istovarena ranije nego što je zaista bila, napravila pogrešan proračun dugovane sume i to na svoju štetu.⁴²⁹ Sud je odlučio da ta kompanija nema pravo na raskid ugovora iako je suprotna strana znala za grešku koju je njen saugovarač napravio i tu je grešku prećutala.⁴³⁰ Sud je obrazložio odluku time

⁴²⁵ Kymlica, W., 2002, p. 161

⁴²⁶ Beal, H., Fauvarque – Cosson, B., Rutgers, J., Tallon, D., Vogenauer, S., 2010, *Cases, Materials and Texts on Contract Law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, pp. 513 - 514

⁴²⁷ Beal, H., Fauvarque – Cosson, B., Rutgers, J., Tallon, D., Vogenauer, S., 2010, p. 513.

⁴²⁸ Beal, H., Fauvarque – Cosson, B., Rutgers, J., Tallon, D., Vogenauer, S., 2010, p. 465.

⁴²⁹ Beal, H., Fauvarque – Cosson, B., Rutgers, J., Tallon, D., Vogenauer, S., 2010.

⁴³⁰ Beal, H., Fauvarque – Cosson, B., Rutgers, J., Tallon, D., Vogenauer, S., 2010.

što je u pitanju greška u pogledu činjenica na osnovu kojih je jedna strana odlučila da stupi u ugovorni odnos sa drugom, a na greške tog tipa suprotna strana nije dužna da ukaže.⁴³¹

Sem toga, izvesno je da se ni pravila o nužnom delu i nužnim naslednicima kakva na primer poznaje naše nasledno pravo ne bi našla u građanskom pravu koje bi za svoj osnov imalo Nozikovu teoriju pravde. Naime, ako bi ostavilac zaveštanjem svu svoju imovinu ostavio nekom licu koje ne može biti nužni naslednik on bi time povredio pravo na nužni deo lica kojima taj deo po zakonu pripada. To znači da ne bi sva ostaviočeva imovina pripala onoj osobi kojoj je on imovinu želeo da ostavi. Takvo rešenje bi se, verujem, kosilo sa Nozikovim stavom da onaj koji je stekao imovinu u skladu sa načelima pravde u sticanju i transferu može tom imovinom da raspolaže kako god želi.

II.4. Marta Nussbaum i teorija o mogućnostima

II.4.a. Uvod

U ovom odeljku baviću se teorijom o mogućnostima (Capabilities Approach) kako ju je formulisala Marta Nussbaum (Martha Nussbaum) u svojoj knjizi *Creating Capabilities – The Human Development Approach*, koju je 2011. godine objavio Belknap Press Harvard University Press (The Belknap Press of Harvard University Press). Ovu knjigu sam odabrao zato što je za razliku od dosadašnje literature o teoriji o mogućnostima, koja je prilično razučena i često specijalizovana, namenjena širem krugu ljudi što je čini pogodnijom za upoznavanje sa ovom teorijom.⁴³² Kako je izdanje koje posedujem u elektronskom formatu za Kindle uređaje, tako ću morati da napravim i male izmene u načinu citiranja i referenciranja. Naime elektronsko izdanje za Kindle uređaje koje mi je dostupno nema obeležene stranice s obzirom na to da čitalac može menjati veličinu slova i broj reči po stranici, pa samim tim i to na kojoj će se stranici neki deo teksta nalaziti. Međutim ono što je konstanta jesu paragrafi. Zato ću umesto broja stranice navesti ime ili broj poglavlja i broj pasusa u tom poglavlju u kojem se ono na šta se iz ove knjige

⁴³¹ New Law Journal <http://www.newlawjournal.co.uk/content/law-reports-132>

⁴³² Nussbaum, M., 2011, *Creating Capabilities The Human Development Approach*, The Belknap Press of Harvard University Press (Kindle book), Preface, para. 5.

pozivam nalazi. Imajući u vidu da je knjiga na engleskom jeziku poglavlje ću označavati sa „ch.“, a pasus sa „para.“.

Ova teorija nastaje prevashodno kao reakcija na rangiranje država i kvaliteta života građana u državama preko bruto društvenog proizvoda (BDP). Vodeći se time da bruto društveni proizvod ne govori ništa o stvarnom kvalitetu života građana jedne države, i da je zabeleženo da u državama sa visokim BDP-om postoje ograde nejednakosti, kao i da sa rastom BDP-a ne raste nužno i kvalitet života građana⁴³³ razvijena je teorija o mogućnostima koja polazi od toga kakve prilike da rade i budu ono što žele građani jedne države zaista imaju.⁴³⁴ Amartya Sen (Amartya Sen) je u okviru ove teorije razvio svoj pravac sa ciljem da napravi instrument za adekvatno poređenje država kada se radi o njihovom razvoju i napretku u pogledu kvaliteta života njihovih građana.⁴³⁵ Za razliku od njega Marta Nussbaum ima cilj da od teorije o mogućnostima napravi teoriju društvene pravde.⁴³⁶

U narednim redovima izložiću upravo tu teoriju društvene pravde, a onda i razmotriti kakav je odnos te teorije i građanskog prava. Na kraju ću obrazložiti zašto naziv ove teorije prevodim kao teorija o mogućnostima, umesto teorija o sposobnostima što je za sada na našim prostorima prihvaćen prevod.⁴³⁷

II.4.b. Teorija o mogućnostima kao teorija društvene pravde

Teorija o mogućnostima polazi od pitanja šta je svaki pojedinac u mogućnosti da čini i da bude i kakve mu se prilike zaista pružaju u životu.⁴³⁸ Odgovor se ne traži u tome šta u proseku ljudi mogu, ni u prosečnim ocenama blagostanja i kvaliteta života, već se teži tome da se istinski

⁴³³Nussbaum, M., 2011, Preface, para. 1.

⁴³⁴Nussbaum, M., 2011, Preface, para. 3.

⁴³⁵Nussbaum, M., 2011, ch. 2, para. 5 .

⁴³⁶ Nussbaum, M., 2011.

⁴³⁷ Naišao sam na svega tri teksta na srpskom/hrvatskom/bosanskom/crnogorskom, tj. zajedničkom jeziku (dva na srpskom i jedan na hrvatskom jeziku) koji se bave ovom teorijom i ime ove teorije prevode kao „teorija o sposobnostima“, odnosno „teorija o ljudskim sposobnostima“. Pomenuti tekstovi su: Konjović, M., 2014, Stvaranje sposobnosti: Teorija o ljudskom razvoju, *Filozofija i društvo*, 1, str. 243–247, Milanović, B., 2012, *Bogataši i siromasi. Kratka i neobična istorija globalne nejednakosti*, Beograd, JP Službeni glasnik, i Burja, Radovan, M., 2004, Ljudska prava i odgoj – Filozofski i etički temelji, *Metodički ogledi*, 2, str. 69–78. Međutim smatram da bi adekvatniji prevod bio: teorija o mogućnostima i taj svoj stav ću i obrazložiti na kraju izlaganja o ovoj teoriji.

⁴³⁸Nussbaum, M., 2011, Preface, para. 3.

odgovori na pitanja u kakvim uslovima živi svaki pojedinac.⁴³⁹ Ovaj pristup Marta Nussbaum koristi kako bi definisala sopstvenu teoriju osnovne društvene pravde (theory of basic social justice) dodajući listu centralnih mogućnosti (list of central capabilities) koje moraju biti osigurane svakom građaninu na nekom nivou ispod kog se ne sme ići kako bi se obezbedio minimum društvene pravde.⁴⁴⁰

Pre nego što pređem na listu centralnih mogućnosti i njenu sadržinu, prvo treba da razjasnim šta Marta Nussbaum podrazumeva pod pojmom mogućnosti i koje to vrste mogućnosti razlikuje. Mogućnosti jesu mešavina dinamičnih karakteristika ličnosti poput intelektualnih kapaciteta, fizičke spremnosti, usvojenih znanja i raznih drugih osobina ličnosti i veština, koje su obuhvaćene terminom „unutrašnje mogućnosti“ (internal capabilities), i socijalnih, ekonomskih i političkih faktora.⁴⁴¹ Ovako definisane mogućnosti Nussbaum još naziva i „kombinovane mogućnosti“ (combined capabilities).⁴⁴² Unutrašnje mogućnosti su element kombinovanih, a s obzirom da označavaju stečene veštine i osobine ne treba ih poistovećivati sa urođenim karakteristikama.⁴⁴³ Dakle, mogućnosti tj. kombinovane mogućnosti = unutrašnje mogućnosti + socioekonomsko i političko okruženje. To znači da jedno društvo, da bi učinilo najvažnije mogućnosti dostupnim svojim građanima mora da stvara uslove za razvoj unutrašnjih mogućnosti kroz obrazovanje, zdravstvo, brigu o porodici itd. ali i da stvori prostor za ispoljavanje tih unutrašnjih mogućnosti.⁴⁴⁴ Tako na primer nije dovoljno imati sistem obrazovanja koji podstiče kritičko razmišljanje, ako u isto vreme ne postoji sloboda izražavanja.⁴⁴⁵

Što se tiče gore pomenutih urođenih karakteristika, Nussbaum ih naziva „urođena oprema“ (innate equipment) ili „osnovne sposobnosti“ (basic capabilities).⁴⁴⁶ Poznato je da ljudska bića ne dolaze na svet kao tabula rasa i da poseduju određene potencijale, da ih tako nazovem. Od vaspitanja, odgoja, socioekonomskih prilika i drugih spoljnih faktora zavisi da li će ti potencijali

⁴³⁹Nussbaum, M., 2011, ch. 2, para. 5 .

⁴⁴⁰Nussbaum, M., 2011, ch. 2, paras. 5 and 26.

⁴⁴¹Nussbaum, M., 2011, ch. 2, paras. 8–9.

⁴⁴²Nussbaum, M., 2011, ch. 2, para. 8.

⁴⁴³ Nussbaum, M., 2011, ch. 2, para. 9.

⁴⁴⁴ Nussbaum, M., 2011.

⁴⁴⁵Nussbaum, M., 2011, ch. 2, para. 10.

⁴⁴⁶Nussbaum, M., 2011, ch. 2, para. 13. A objasniti i zašto ovde reč „capabilities“ prevodim sa sposobnosti umesto mogućnosti.

biti razvijeni u punoj meri ili ne. Čim dođe do tog uticaja spoljnih faktora, tada već govorimo o unutrašnjim mogućnostima.⁴⁴⁷ S obzirom da do takvog uticaja dolazi jako rano, kategorija osnovnih sposobnosti se može učiniti suvišnom. Ali ona to svakako nije. Naime, ne dolaze svi ljudi na svet sa jednakim osnovnim sposobnostima. Nekim ljudima su one jako ograničene. Na primer ljudi se rađaju sa ograničenim intelektualnim sposobnostima, ili sa telesnim nedostacima. Da li to znači da se treba pomiriti sa tim i prihvatiti da oni neće moći da ostvarju kombinovane mogućnosti iznad zacrtanog minimalnog nivoa? Marta Nussbaum ne misli tako. Njena teorija nalaže da oni kojima je potrebna pomoć da bi dostigli određeni nivo kombinovanih mogućnosti, tu pomoć i dobiju.⁴⁴⁸

Još jedan pojam koji se javlja u ovoj teoriji jeste pojam „funkcionisanja“ (functionings). Nussbaum ih definiše kao „aktivnu realizaciju jedne ili više mogućnosti“.⁴⁴⁹ U suštini, funkcionisanja su manifestacije mogućnosti, njihovo ispoljavanje na različite načine. Pri tome reč „aktivna“ ne sme da zbuni čitaoca i navede ga da pomisli da se uvek radi o nekoj radnji kao ispoljavanju mogućnosti. Ne, mogućnost se može ostvarivati i nečinjenjem ili održavanjem nekog stanja. To proizlazi iz toga što Nussbaum kaže da su „funkcionisanja bivstva i činjenja koja su... realizacije mogućnosti“.⁴⁵⁰ Tako je uzdržavanje od hrane, na primer, nečinjenje koje je realizacija mogućnosti da se praktikuje određena religija.

Ovde je važno zapaziti da je sloboda da se nešto čini ili ne čini, tj. sloboda izbora utkana u pojam mogućnosti.⁴⁵¹ Tako, ako neko ne jede zato što posti, on je odabrao da ne jede uživajući tako jednu mogućnost; post je jedno od funkcionisanja koje neko može da odabere koristeći raspoložive mogućnosti; ali ako neko ne jede zato što gladuje, zato što nema šta da jede, tu se ne radi o izboru, tu nema mogućnosti.⁴⁵²

Sloboda izbora, kao i razlika između mogućnosti i funkcionisanja su veoma važni. Marta Nussbaum tako kaže da vlast nema pravo da nameće određena funkcionisanja jer se time preterano meša u živote pojedinaca, stoga mogućnosti, a ne funkcionisanja, jesu adekvatni politički

⁴⁴⁷ Nussbaum, M., 2011.

⁴⁴⁸ Nussbaum, M., 2011, ch. 2, para. 14.

⁴⁴⁹ Nussbaum, M., 2011, ch. 2, para. 15.

⁴⁵⁰ Nussbaum, M., 2011.

⁴⁵¹ Nussbaum, M., 2011, ch. 2, para. 16.

⁴⁵² Nussbaum, M., 2011.

ciljevi.⁴⁵³ Jedino gde Nusbaum ne ostavlja izbor ljudima, i gde je funkcionisanje ispred mogućnosti jeste tretiranje ljudi sa poštovanjem, što znači da niko nema pravo da pristane na ponižavanje zato što su poštovanje i dostojanstvo važni elementi za njenu listu centralnih mogućnosti.⁴⁵⁴ U svemu ostalom mora se uvažavati pluralitet životnih stilova, pogleda na religiju i td. što znači da svojoj teoriji Nusbaum dodaje politički liberalizam.⁴⁵⁵

Ostaje da se odgovori na pitanje koje to mogućnosti jesu centralne; koje to mogućnosti jedno društvo treba da podstiče i promoviše da bi bilo minimalno pravedno? Marta Nusbaum daje listu od deset centralnih mogućnosti. To su: *život* – mogućnost voditi život normalne dužine i vredan življenja; *telesno zdravlje* - mogućnost dobrog zdravlja, ishrane i skloništa; *telesni integritet* – obuhvata slobodno kretanje, sigurnost od nasilja i slobodu u pogledu seksualnog zadovoljstva i reprodukcije; *čula, mašta i mišljenje* – sa ovom mogućnošću su usko povezane slobode izražavanja, religije, pravo na obrazovanje i sl.; *emocije* – mogućnost povezivanja sa stvarima i ljudima; *praktični razum* – mogućnost stvaranja sopstvene ideje dobra i njenog ostvarenja; *pripadanje* – sposobnost udruživanja, pripadanja i empatije, biti tretiran kao jednako vredna jedinka grupe; *druge vrste* – mogućnost živeti starajući se o dobrobiti i drugih vrsta; *igra* – uživanje u slobodnom vremenu; *kontrola nad sredinom* – mogućnost učestvovanja u političkim procesima koji utiču na naš život, jednaka mogućnost posedovanja imovine i zaposlenja.⁴⁵⁶

Vrednost koja prožima sve ove mogućnosti; koja je njihovo vezivno tkivo jeste dostojanstvo. Ove mogućnosti su centralne zato što predstavljaju slobode čije otklanjanje znači živeti život koji nije dostojan čoveka.⁴⁵⁷ Dostojanstvo jeste jedna maglovita kategorija sa nejasnom sadržinom.⁴⁵⁸ Ali kada se stavi u odnos sa centralnim mogućnostima dobija jasnije obrise. No, nije jasnija slika o ideji dostojanstva jedina korist ovakvog pristupa. Fokus na dostojanstvo daje novi kvalitet teoriji. Nusbaum nudi primer inkluzivnog obrazovanja, tj. uključivanje dece sa intelektualnim nedostacima u redovnu nastavu.⁴⁵⁹ Argument za takvo

⁴⁵³ Nussbaum, M., 2011, ch. 2, para. 18.

⁴⁵⁴ Nussbaum, M., 2011, ch. 2, para. 21.

⁴⁵⁵ Nussbaum, M., 2011, ch. 2, para. 17.

⁴⁵⁶ Nussbaum, M., 2011, ch. 2, para. 34. Napominjem da su objašnjenja koja idu uz svaku od mogućnosti samo sažeti prikazi ono što je Marta Nusbaum napisala o svakoj od njih.

⁴⁵⁷ Nussbaum, M., 2011, ch. 2, para. 33.

⁴⁵⁸ Nussbaum, M., 2011, ch. 2, para. 30.

⁴⁵⁹ Nussbaum, M., 2011.

uključivanje je dostojanstvo, tj. stav da dostojanstvo dece sa Daunovim sindromom zahteva da se putem obrazovanja razviju njihove mentalne sposobnosti.⁴⁶⁰ Nasuprot ovome, fokus na zadovoljstvo na primer ne bi nužno vodio istom rezultatu jer je dostizanje neke vrste zadovoljstva svakako moguće i bez obrazovanja.⁴⁶¹ Uopšteno, Nusbaum kaže da fokus na dostojanstvo vodi politikama čiji je cilj razvoj pojedinca kao aktivnog učesnika, a ne pasivnog primaoca koristi.⁴⁶² Dakle, dostojanstvo je usko povezano sa razvojem potencijala svake osobe u najvećoj mogućoj meri kako bi svaka od tih osoba, koliko god je to moguće, vodila sopstveni život, a ne bila vođena kroz život. Ostale slobode koje nisu dobile titulu centralnih prepuštene su uobičajenim političkim procesima.⁴⁶³ To znači da su centralne mogućnosti i sa njima povezane slobode neprikosnovene i da moraju biti zagarantovane i to u određenoj meri kako bi se obezbedila elementarna pravednost društva, dok se o drugim slobodama van ove liste može raspravljati u smislu da li su potrebne i ako jesu u kojoj meri. To takođe znači da jedna centralna mogućnost nije zamenljiva drugom. Zato se ne može nedostatak jedne mogućnosti nadoknaditi obiljem druge.⁴⁶⁴

Postavlja se i pitanje kome su mogućnosti primarno zagarantovane. Mada je odgovor implicitno već dat, valja videti šta Marta Nusbaum ima da kaže o tome. Deset centralnih mogućnosti se pre svega garantuju pojedincima, tj. svakoj osobi, a tek posredno grupama.⁴⁶⁵ Zašto je to tako? Ne bežeći od činjenice da se ljudi identifikuju sa različitim grupama i da se kao ličnim ponose uspesima koji se grupi mogu pripisati takođe treba razumeti da je grupa skup individua i da je pojedinac na kraju taj koji uživa ili ne uživa plodove uspeha grupe. Kako teorija polazi od toga da je svaki pojedinac jednako vredan i sam po sebi cilj, a ne sredstvo, onda sledi i da mogućnosti sa liste moraju biti obezbeđene svakom pojedincu i da nijedan pojedinac ne može služiti kao cilj za obezbeđivanje mogućnosti drugim pojedincima ili grupama i da se politike zasnovane na grupama mogu pravdati samo kada su sredstvo stvaranja mogućnosti za pojedince.⁴⁶⁶ Kao primer za poslednje naveo bih zaštitu potrošača. Naime, zaštita potrošača jeste

⁴⁶⁰ Nussbaum, M., 2011.

⁴⁶¹ Nussbaum, M., 2011.

⁴⁶² Nussbaum, M., 2011.

⁴⁶³ Nussbaum, M., 2011, ch. 2, para. 33.

⁴⁶⁴ Nussbaum, M., 2011, ch. 2, para. 37.

⁴⁶⁵ Nussbaum, M., 2011, ch. 2, para.36.

⁴⁶⁶ Nussbaum, M., 2011.

usmerena na grupu – potrošače, ali suštinski služi tome da se obezbedi supstantivna autonomija volje svakog pojedinca u određenoj vrsti ugovornih odnosa. Osim ljudi, tj. pojedinca, mogućnosti se garantuju i životinjama. Marta Nussbaum kaže da se teorija o mogućnostima mora tako modifikovati kako bi se pojam dostojanstva prilagodio i drugim bićima koja su sposobna da osećaju.⁴⁶⁷ Ona napominje da životinje imaju sopstveno dostojanstvo, a dužnost poštovanja tog dostojanstva je originerna, nije izvedena iz ljudskog dostojanstva.⁴⁶⁸

Konačno, Marta Nussbaum za svoju teoriju kaže da je delimična (parital) zato što se ne bavi svim problemima raspodele mogućnosti.⁴⁶⁹ Njenom teorijom je uspostavljen minimum ispod kojeg se ne sme ići, a pravda može zahtevati i više od toga.⁴⁷⁰ U njenoj teoriji se ne odgovara na pitanje šta sa nejednakostima u mogućnostima iznad praga minimuma: da li su dozvoljne ili ne; ako jesu, pod kojim uslovima jesu ako uslova uopšte ima...⁴⁷¹ Ipak, Nussbaum jeste eksplicitna u pogledu mogućnosti koje se odnose na politička prava: ona smatra da kod političkih prava nije dovoljno obezbediti minimum, već da ljudsko dostojanstvo nalaže apsolutnu jednakost u ovim pravima.⁴⁷² Što se tiče ostalih pitanja na koja nije dat odgovor, ostavlja se prostor za to da će teorija možda na njih odговорiti u budućnosti.⁴⁷³ U ostalom autorka na kraju knjige kaže da su čitaoci ti koji će napisati sledeće poglavlje koje se tiče Teorije o mogućnostima.⁴⁷⁴

II.4.c. Posebnost Teorije o mogućnostima

Kada se pogleda lista deset centralnih mogućnosti može se primetiti da svaka od mogućnosti obuhvata jedno ili više osnovnih ljudskih prava. Tada je opravdano postaviti pitanje da li teorija o mogućnostima zaista donosi išta novo ili je u pitanju samo malo drugačiji pogled na ljudska prava.

⁴⁶⁷ Nussbaum, M., 2011, ch. 8, para. 33.

⁴⁶⁸ Nussbaum, M., 2011.

⁴⁶⁹ Nussbaum, M., 2011, ch. 2, para. 50.

⁴⁷⁰ Nussbaum, M., 2011.

⁴⁷¹ Nussbaum, M., 2011.

⁴⁷² Nussbaum, M., 2011, ch. 2, para. 51.

⁴⁷³ Nussbaum, M., 2011, ch. 2, para. 50.

⁴⁷⁴ Nussbaum, M., 2011, Conclusion, para. 5.

Marta Nussbaum uviđa sličnosti i kaže da se centralne mogućnosti sa njene liste preklapaju sa ljudskim pravima iz različitih međunarodnih dokumenata.⁴⁷⁵ Ipak, ne možemo povući znak jednakosti između teorije o mogućnostima i teorija o ljudskim pravima. Nussbaum ističe nekoliko razlika. Prvo, prema teoriji o mogućnostima osnov za sticanje osnovnih prava jeste rođenje, ne traži se izvor ljudskih prava u racionalnosti ili „nekom drugom posebnom svojstvu“.⁴⁷⁶ Drugo, jasnije se ističe veza između osnovnih prava i dostojanstva.⁴⁷⁷ Treće, teorija o mogućnostima nedvosmisleno ističe da i druga svesna bića, a ne samo ljudi, imaju prava utemeljena u pravdi.⁴⁷⁸ Četvrto, teorije o ljudskim pravima nisu kompletne teorije o društvenoj pravdi, dok teorija o mogućnostima nastoji da to bude.⁴⁷⁹ Nussbaum takođe ističe da je u pravnoj i političkoj tradiciji nekih država, SAD na primer, da se na prava gleda isključivo kao na branu od državne intervencije, dok teorija o mogućnostima zahteva aktivnu ulogu države u stvaranju deset centralnih mogućnosti.⁴⁸⁰ Država naravno ne bi smela da krši prava građana, ali bez njenog aktivnog učešća u zaštiti prava pojedinaca od drugih pojedinaca, ili „ekonomske podrške kako se ljudi ne bi odricali sopstvenih prava iz očajja; pozitivne diskriminacije u politici i obrazovanju“ ljudska prava bi ostala samo mrtvo slovo na papiru.⁴⁸¹

Bilo da se teorija o mogućnostima posmatra kao posebna teorija ili kao pravac u okviru teorija o ljudskim pravima ono što je važno jeste da kao i druge teorije društvene pravde govori o raspodeli osnovnih društvenih dobara, a to su slobode i materijalna dobra. O raspodeli materijalnih dobara govori se tek implicitno ali dovoljno jasno da se može zaključiti da ova teorija ne samo dozvoljava već i obavezuje na redistribuciju. To se jasno vidi iz citata u prethodnom pasusu gde Nussbaum govori o ekonomskoj podršci države u obezbeđivanju osnovnih prava i sloboda. Takva podrška nije zamisliva bez oporezivanja, a to znači redistribuciju. Dakle, ova teorija daje koncepciju društvene pravde i svakako može uticati na izgled propisa u jednoj državi. Kako bi mogla da utiče na sadržinu građanskog prava razmotriću u narednom odseku.

⁴⁷⁵ Nussbaum, M., 2011, ch. 3, para. 34.

⁴⁷⁶ Nussbaum, M., 2011, ch. 3, para. 35.

⁴⁷⁷ Nussbaum, M., 2011.

⁴⁷⁸ Nussbaum, M., 2011.

⁴⁷⁹ Nussbaum, M., 2011.

⁴⁸⁰ Nussbaum, M., 2011, ch. 3, para. 39.

⁴⁸¹ Nussbaum, M., 2011, ch. 3, para. 40.

II.4.d. Odnos teorije o mogućnostima i građanskog prava

Teorija o mogućnostima prevashodno se odnosi na ustavno pravo; u neku ruku je uputstvo za adekvatnu sadržinu ustava, ali i ustavnosudsku praksu.⁴⁸² Zbog toga veza između ove teorije i građanskog prava nije očigledna, pa je valja demonstrirati na nekoliko primera.

U Evropi se već neko vreme raspravlja o odnosu ugovornog prava i društvene pravde, pa je i teorija Marte Nussbaum našla svoje mesto u tom diskursu. Tako Lyn Tjon Soei Len sa Univerziteta u Amsterdamu polazi od toga da ljudi na tržištu razmenjuju dobra i usluge i time pribavljaju funkcionisanja, odnosno zadovoljavaju potrebe koje su obuhvaćene mogućnostima sa liste centralnih mogućnosti.⁴⁸³ Pri tome se ugovornim pravom na primer uređuje ko može da stupi u ugovorne odnose, koje transakcije učesnici na tržištu mogu da zaključe i iza kojih transakcija će država stati svojim autoritetom i po potrebi primorati jednu stranu na izvršenje ugovorne obaveze.⁴⁸⁴ Ako je tržište jedan prostor u kojem ljudi ostvaruju svoje potrebe, na primer pribavljaju hranu, odeću, krov nad glavom itd. i to putem ugovora, onda ugovorno pravo ima ulogu u regulisanju načina na koji tržište funkcioniše, a samim tim i načina na koji ljudi mogu da ostvare svoje potrebe. Dakle, ugovorno pravo igra ulogu u ostvarivanju mogućnosti. Zato se „normativne tvrdnje teorije o mogućnostima odnose na ugovorno pravo“ iako to nije izričito rečeno u samoj teoriji.⁴⁸⁵

Drugi dobar primer kako ova teorija može uticati na sadržinu građanskog prava jeste status životinja. Imajući u vidu gore iznesen stav Marte Nussbaum o pravima životinja prema kojem one imaju dostojanstvo i posledično mogućnosti, koje su izvorne a ne izvedene iz ljudskog dostojanstva, jasno je da se antropocentrična shvatanja zaštite životinja ne uklapaju u njenu teoriju. Naime, antropocentrični pristup nalaže da se životinje štite od patnje zato što to uzrokuje čovekovu patnju.⁴⁸⁶ Kao što je pokazano, prema teoriji o mogućnostima životinje se štite radi životinja samih, kao dobro samo po sebi. U takvu koncepciju se uklapa ili altruistički pristup

⁴⁸²Nussbaum, M., 2011, ch. 8, paras. 41–42.

⁴⁸³Tyon Soei Len, L., 2010, European Contract Law and the Capabilities Approach: On Distributive Responsibility for Contract Law, (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2138196 , 20.9.16), p. 166.

⁴⁸⁴ Tyon Soei Len, L., 2010, p. 167.

⁴⁸⁵ Tyon Soei Len, L., 2010, p. 156

⁴⁸⁶ Vodinelić, V., 2012, str. 413

prema kojem su životinje imaoći prava, te poseduju pravnu sposobnost,⁴⁸⁷ ili pak stav prema kojem su životinje svojevrsni objekti i subjekti prava istovremeno.⁴⁸⁸ Što će reći da poseduju lična prava (pravo na život, pravo na fizički integritet...), no ne i imovinska, a istovremeno su objekti različitih subjektivnih prava (prava svojine, posluge...).⁴⁸⁹ Dakle, uzimanje teorije o mogućnostima kao podloge za građanski zakonik uzrokovalo bi priznavanje pravnog subjektiviteta životinjama. Isključilo bi, posledično, životinje iz pojma stvari. Zamislivo bi bilo čak i uvođenje neke vrste popularne tužbe za zaštitu prava životinja slične takozvanoj ekološkoj tužbi predviđenoj članom 156. stavom 1. Zakona o obligacionim odnosima. Dakle, mogla bi se predvideti takva tužba kojom bi svako mogao da traži neko činjenje ili nečinjenje čiji je cilj zaštita prava životinja, a protiv lica u čijoj svojini se životinja nalazi. S tim što bi se u slučaju nepostupanja po presudi kao izvršnoj ispravi sudski penali propisani sadašnjim Zakonom o izvršenju i obezbeđenju⁴⁹⁰ plaćali ne tužiocu, već na primer fondu za zaštitu životinja koji bi bio uspostavljen. Osim ovakvih hipotetičkih rešenja, u uporednom pravu se mogu naći važeće intervencije u građanskom pravu glede životinja kompatibilne sa teorijom o mogućnostima. Na primer Građanski zakonik Švajcarske predviđa konverziju testametarnog raspolaganja u korist životinje u „nalog nasledniku odn. legataru da se stara o životinji po pravilima o dobrobiti životinja“.⁴⁹¹ Dakle, pošto životinje ne mogu biti imaoći imovinskih prava⁴⁹², zakonodavac ceni cilj koji je ostavilac imao kada je na rečeni način raspolagao, pa takvoj odredbi u testamentu pripisuje ono značenje koje je u skladu sa ciljem ostavioca (dobrobit životinje) ali i pravnom sposobnosti životinja.

II.4.e. Zašto teorija o mogućnostima, a ne o sposobnostima

Ostao sam dužan još da objasnim zašto naziv teorije Marte Nusbaum prevodim kao teoriju o mogućnostima, umesto kao teoriju o sposobnostima kako je preveden u radovima autora sa prostora bivše Jugoslavije na koje sam naišao. Zaista se termin *capability* prevodi kao sposobnost. Međutim, ako pogledamo opis centralnog pojma teorije Marte Nusbaum koji je dat u

⁴⁸⁷ Vodinić, V., 2012

⁴⁸⁸ Vodinić, V., 2012, str. 415–416

⁴⁸⁹ Vodinić, V., 2012, str. 415

⁴⁹⁰ član 340. Zakona o izvršenju i obezbeđenju, *Sl. glasnik RS*, br. 106/2015

⁴⁹¹ Vodinić, V., 2012, str. 416

⁴⁹² Vodinić, V., 2012

II.4.b. videćemo da se *capability* ili *combined capability* sastoji iz onoga što ona naziva *internal capabilities* i socio-ekonomskih i političkih faktora, a da prvi pojam od dva koja čine centralni pojam teorije definiše kao stečene veštine i osobine. Iz toga sledi da na ono što ona naziva *capabilty* mnogo više utiču objektivne okolnosti, odnosno spoljni činioci, pa mi se zbog toga činilo da tom pojmu mnogo više odgovara naša reč *moгуćnost*, a ne *sposobnost*. Ovu drugu reč sam rezervisao za ono što Nusbaum naziva *basic capabilities* ili urođenom opremom (*innate equipment*), pa se činilo da reč *sposobnosti* više odgovara ovako subjektivno definisanom pojmu. Otuda naziv teorije Marte Nusbaum prevodim kao teoriju o mogućnostima, budući da i centralni pojam teorije, ponukan navedenim razlozima, prevodim kao mogućnosti.

II.5. Jusnaturalizam Džona Finisa

II.5.a. Uvod

Kao predstavnika jusnaturalizma izabrao sam Džona Finisa i njegovu koncepciju prirodnog prava i pravde koja iz te predstave prirodnog prava proizlazi. Finisa sam odabrao zato što su u radovima o savremenom jusnaturalizmu, koji su meni bili dostupni, njegovi stavovi bili nezaobilazni u analizi ove škole mišljenja⁴⁹³, a neki autori smatraju da je on „najznačajniji predstavnik današnjeg jusnaturalizma“.⁴⁹⁴ U redovima koji slede predstavicu Finisove stavove o tome šta je prirodno pravo, koja su načela prirodnog prava i kakva koncepcija pravde proističe iz načela prirodnog prava. Zatim ću na par primera pokazati kakva je veza između pravde i građanskog prava. Pri predstavljanju Finisovih stavova oslonio sam se na njegovo delo „Prirodno pravo i prirodna prava“⁴⁹⁵ koje je prvi put izdato 1980. godine, a ja ću koristiti drugo izdanje iz 2011. godine.

⁴⁹³ Vidi npr. Dajović, G., 2013, Teorija prirodnog prava na delu – Jedan primer analize prirodnopravnog koncepta, *Pravni život*, 12, str. 475–486 i Vukadinović, G., 2012, Svaremena škola prirodnog prava – Odnos prava i morala, *Pravni život*, 12, str. 607–615.

⁴⁹⁴ Zdravković, M., 2016, Prvenstvo prirodnog prava – geneza jedne ideje, *Pravni zapisi*, 2, str. 221.

⁴⁹⁵ Finis, J., 2011, *Natural Law and Natural Rights*, New York, Oxford University Press

II.5.b. Načela prirodnog prava, osnovna dobra i načela praktične razboritosti

Džon Finis smatra da postoji sedam osnovnih dobara, ili osnovnih oblika dobra: život, znanje, igra, estetsko iskustvo, prijateljstvo, praktična razboritost i religija.⁴⁹⁶ Život odgovara nagonu za samoodržanjem, te obuhvata telesno (a to znači i moždano) zdravlje, i odsustvo bola koji je znak organske disfunkcije i povreda.⁴⁹⁷ Znanje je težnja da se sazna istina, da se zna znanja radi, a ne težnja ka znanju kao sredstvu.⁴⁹⁸ Igra je aktivnost u kojoj se uživa zbog same aktivnosti; svako može da uvidi vrednost igranja igre radi, bez nekog daljeg cilja.⁴⁹⁹ Estetsko iskustvo - za razliku od igre ne zahteva uvek neku aktivnost, to je vrednost lepote forme i unutrašnjeg osećaja da se lepota ceni.⁵⁰⁰ Socijabilnost, tj. prijateljstvo znači delati za dobrobit drugoga i za njegove ciljeve.⁵⁰¹ Da bi dve osobe bile prijatelji one moraju doživljavati prijateljstvo kao dobro po sebi i doživljavati dobrobit prijatelja kao element sopstvenog dobra.⁵⁰² Praktična razboritost je sposobnost da se upregne sopstvena inteligencija kako bi se postigao unutrašnji mir i kako bi se delanjem istinski ostvarili sopstveni izbori koji su plod sopstvenih slobodnih procena, preferencija i samoodređenja.⁵⁰³ Religija – ovim terminom se označava priznanje da postoji neki poredak iznad svakoga od nas, i briga za taj poredak.⁵⁰⁴ Ili drugačije rečeno, to je dobro „mira sa Bogom, ili bogovima, ili nekim neteističkim ali više-od-ljudskog izvorom smisla i vrednosti.“⁵⁰⁵ Ova lista je iscrpna jer Finis smatra da su sva ostala dobra i ciljevi tek načini ili kombinacije načina da se učestvuje u jednom ili više osnovnih dobara, i to ne uvek uspešno ili smisleno.⁵⁰⁶ Ne postoji hijerarhija među ovim dobrima, niti se bilo koje od njih može smatrati samo aspektom drugog ili instrumentom za postizanje drugog i svako je jednako

⁴⁹⁶Finis, J., 2011, pp. 86–90.

⁴⁹⁷Finis, J., 2011, p. 86.

⁴⁹⁸ Finis, J., 2011, p. 60.

⁴⁹⁹ Finis, J., 2011, p. 87.

⁵⁰⁰Finis, J., 2011. pp. 87–88.

⁵⁰¹ Finis, J., 2011, p. 88.

⁵⁰² Finis, J., 2011, pp. 142–143.

⁵⁰³ Finis, J., 2011, p. 88.

⁵⁰⁴ Finis, J., 2011, p. 90.

⁵⁰⁵Finis, J., Grizes, G., Boyle, J., 1987, Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends, *The American Journal of Jurisprudence*, 1, (http://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1855&context=law_faculty_scholarship 17. 6. 2017), p. 108.

⁵⁰⁶ Finis, J., 2011, p. 90.

samoočigledno.⁵⁰⁷ Ali svako može razumno odabrati neko od tih dobara koje će u svom životu tretirati kao važnije od ostalih.⁵⁰⁸

Ova dobra su osnovna jer se ne izvode iz nekog višeg načela, ona su samoočigledna, neizvedena, tj. dobra po sebi, što Finis pokušava da pokaže na primeru znanja kao jednog od osnovnih oblika dobra.⁵⁰⁹ On tako kaže da je znanje dobro po sebi i da se to ne može dokazati, već da oni koji su iskusili potrebu da ispituju, koji razumeju vezu između pitanja i tačnog odgovora i koji osećaju potrebu da dođu do odgovora na pitanja, i to ne zato što im je to sredstvo ka nekom daljem cilju, već prosto radi znanja shvataju neizvodivost znanja iz nekog daljeg principa ili neke druge vrednosti.⁵¹⁰ Dakle, činjenica da nisu svi u stanju da shvate da je neka vrednost dobro po sebi ne znači da ona to nije, kao što ni činjenica da svi žele nešto ne znači da je to zbog toga dobro po sebi.⁵¹¹ Kako bi razbio sumnju u samu ideju samoočiglednosti, ideju da se nešto ne može dokazati ali da se ipak može prihvatiti kao tačno, Finis podseća čitaoca kako se pravila deduktivnog zaključivanja imaju koristiti prilikom razmišljanja iako ne postoji dokaz da su ta pravila zaključivanja tačna (bar ne neki netautološki dokaz) jer bi svaki dokaz njihove ispravnosti podrazumevao upotrebu upravo tih pravila zaključivanja o čijoj ispravnosti se sudi.⁵¹²

Ova osnovna dobra su i praktični principi (*practical principles*) zato što su početne tačke za ocenu ispravnosti delanja.⁵¹³ Opet, na primeru znanja, ako držimo da je dobro znati, da je dobro imati znanje o nečemu, onda je to polazna tačka sa koje donosimo odluku o tome šta ćemo preduzeti kako bismo stekli znanje.⁵¹⁴ Osnovni praktični principi tako služe da orijentišu ka cilju koji se može postići na mnogo načina, te mogu biti izvor mnogih drugih praktičnih principa.⁵¹⁵ Osnovna dobra tako nisu neki konačni, dostižni ciljevi; kako Finis kaže u njima se učestvuje i to

⁵⁰⁷ Finis, J., 2011, p. 92.

⁵⁰⁸ Finis, J., 2011, p. 93.

⁵⁰⁹ Finis, J., 2011, pp. 59–75.

⁵¹⁰ Finis, J., 2011, p. 65.

⁵¹¹ Finis, J., 2011, pp. 65–66.

⁵¹² Finis, J., 2011, pp. 68.

⁵¹³ Finis, J., 2011, p. 63.

⁵¹⁴ Finis, J., 2011.

⁵¹⁵ Finis, J., 2011.

na bezbroj različitih načina kroz različita poduzeća i projekte.⁵¹⁶ Na primer, u osnovnom dobru znanja može se učestvovati tako što se čita knjiga, vrši eksperiment, sprovodi istraživanje itd.

Finis dalje napominje da stav da je dobro znati ne znači da je to dobro zato što imamo želju da znamo, zato što smo zainteresovani i sl. Takav stav je posledica nerazlikovanja samoevidentnosti ili neizvodivosti nekog principa i želje da se nađe opravdanje za neki princip.⁵¹⁷ „U svakom polju postoji i mora postojati, u nekoj tački ili tačkama, kraj izvođenju i dedukciji. U toj tački ili tačkama srećemo se licem u lice sa samoevidentnim...”⁵¹⁸ Dakle, ovih sedam dobara koje je nabrojao su te početne tačke za svaku dedukciju i zaključivanje o tome šta treba činiti. To su dobra po sebi što znači da nema opravdanja za to što ih želimo. To nisu dobra zato što ih želimo, već ih želimo zato što su to osnovna dobra.⁵¹⁹ Ako se iskreno preispitamo možemo doći do zaključka da je baš ovih sedam dobara dobro i poželjno kao takvo za svaku osobu, i da za takvo shvatanje nije potrebno dalje objašnjenje.⁵²⁰

Kao što je pokazano, nekoliko je osnovnih oblika dobra, a mnogo načina da se ka njima teži ili bolje reći u njima učestvuje.⁵²¹ U tim težnjama ili načinima učestvovanja mogu nas voditi nagoni ili sklonosti koji odgovaraju određenom osnovnom dobru, ali se pojedinačnom ostvarenju nekog osnovnog dobra može inteligentno težiti, što treba razlikovati od porstog sleđenja nagona.⁵²² Tako se neki ljudi u svojoj težnji za istinom mogu opredeliti da posvete život nauci, drugi će raspravljati o dnevno-političkim dešavanjima, a treći o tome šta jedu poznati. Što će reći, na mnogo načina se može učestvovati u osnovnim oblicima dobra, i sa različitim kvalitetom. Osnovni oblici dobra jesu početna tačka za odlučivanje o tome šta činiti, ali nisu i garancija da će se odabrati najbolji put.

Kojim osnovnim dobrima ćemo se posvetiti i na koji način ćemo učestvovati u njima, to je predmet praktične razboritosti koja je i sama jedno od osnovnih dobara, a u kojoj se učestvuje

⁵¹⁶ Finis, J., 2011, p. 64.

⁵¹⁷ Finis, J., 2011, p. 70.

⁵¹⁸ Finis, J., 2011.

⁵¹⁹ Finis, J., 2011.

⁵²⁰ Finis, J., 2011, p. 73.

⁵²¹ Finis, J., 2011, p. 84.

⁵²² Finis, J., 2011.

upravo donošenjem odluka u vezi s napred navedenim pitanjima.⁵²³ Da bismo dobili odgovor na ova pitanja potrebno je voditi se načelima praktične razboritosti, koja su sva do jednog i sama neizvodiva i očigledna, i koja treba slediti ukoliko se želi učestovati u praktičnoj razboritosti u kojoj opet valja učestvovati kako bi se učestvovalo u ostalim oblicima dobra.⁵²⁴ Što je punije i kvalitetnije učešće u osnovnim oblicima dobra to je pojedinac i bliži onome što bi mogao da bude, a ovo stanje potpunog bivstva je Aristotel nazvao fizis ili priroda, pa je Toma Akvinski ove principe praktične razboritosti koji su uslovi punog bivstva nazvao načelima ljudske prirode.⁵²⁵ Tako u stvari dolazimo do metoda prirodnog prava koji čine načela praktične razumnosti koja izvode moralno prirodno pravo iz pre-moralnih praktičnih načela tj. osnovnih oblika dobra.⁵²⁶

Prvo načelo praktične razboritosti nalaže da se ima koherentan životni plan.⁵²⁷ Imati koherentan životni plan znači da nije razumno delati nasumično i prepustiti se nagonima, ali to ne znači ni u potpunosti se posvetiti poduhvatima koji zahtevaju samo deo našeg vremena i ograničena sredstva; životni plan nije nešto zacementirano od čega se ne odstupa, naprotiv to je sposobnost savladavati svoje impulse, menjati navike i težnje shodno životnim okolnostima, to znači usklađivanje svih naših dubokih potreba za šta ne postoji precizan obrazac postupanja jer su osnovna dobra veoma široka i u njima se dâ učestvovati na mnogo načina.⁵²⁸ Životni plan znači imati skup nekih, na opšti način, određenih ciljeva koje treba međusobno uskladiti.⁵²⁹

Drugo načelo praktične razboritosti nalaže da se ne čine nasumični izbori između osnovnih vrednosti.⁵³⁰ Sasvim je prirodno da se pojedinac ne može posvetiti svim osnovnim dobrima, ili svima u istoj meri, pa je razumno izabrati ona na koja će se fokusirati, ali taj izbor ne sme biti rezultat potcenjivanja i jedne od osnovnih vrednosti tj. rezultat stava da neka od njih manje vredi, niti precenjivanja neke tek instrumentalne, izvedene vrednosti poput bogatstva.⁵³¹

⁵²³ Finis, J., 2011, p. 100.

⁵²⁴ Finis, J., 2011, pp. 102–103.

⁵²⁵ Finis, J., 2011, p. 103.

⁵²⁶ Finis, J., 2011.

⁵²⁷ Finis, J., 2011.

⁵²⁸ Finis, J., 2011, p. 104.

⁵²⁹ Finis, J., 2011.

⁵³⁰ Finis, J., 2011, p. 105.

⁵³¹ Finis, J., 2011.

Takvi izbori su razumni ako su učinjeni na osnovu procene sopstvenih sposobnosti, životnih okolnosti, zašto ne i ukusa.⁵³²

Treće načelo praktične razboritosti jeste načelo nepristrasnosti među pojedincima.⁵³³ Ovo načelo dopušta izvesnu meru favorizovanja sebe u tom smislu što pojedinac može isključivo kroz samoodređivanje i samoostavaranje da učestvuje u osnovnim dobrima, te posledično da postupa razumno.⁵³⁴ Ali nikako ne sme drugome uskratiti pravo da učestvuje u osnovnim dobrima samo zato što taj drugi nije on ili njemu neko blizak. Ovo načelo nalaže da se ne bude sebičan, licemeran, ili ravnodušan prema dobrobiti drugih.⁵³⁵

Četvrto načelo jeste načelo udaljavanja i ono podrazumeva da je određena doza distance od projekata koje pojedinac preduzima radi postizanja nekog cilja neophodna kako se ne bi pridavao preveliki značaj eventualnom neuspehu, kako se ne bi iracionalno oduzeo smisao i vrednost već samog pokušaja da se uradi nešto smisljeno.⁵³⁶

Peto načelo je načelo posvećenosti koje se stara da se prateći četvrto načelo ne ode u krajnost, te zapadne u apatiju i izgubi želja za bilo kakvim poduhvatima, i da se već započeta preduzeća ne napuštaju olako.⁵³⁷ Zajedno ova dva načela u suštini uspostavljaju ono što psiholozi nazivaju frustracionom tolerancijom. To je zapravo zdrava i racionalna reakcija na neuspeh.

Šesto načelo praktične razboritosti jeste načelo efikasnosti u granicama razuma.⁵³⁸ Ono nalaže da se postupci imaju ocenjivati spram njihove delotvornosti i svrsishodnosti.⁵³⁹ Ali to ne znači da se sve može porediti i izmeriti. Dakle, ovaj princip je primenjiv kada se procenjuje koju od više uporedivih opcija treba izabrati i to kada se radi o ograničenom broju opcija. On ne može postati univerzalni princip kako je to u konsekvencijalističkim teorijama koje nalažu da je ispravan onaj akt koji daje najveću sumu dobra.⁵⁴⁰ Međutim, dobra nisu međusobno uporediva i

⁵³² Finis, J., 2011.

⁵³³ Finis, J., 2011, p. 106.

⁵³⁴ Finis, J., 2011, p. 107.

⁵³⁵ Finis, J., 2011.

⁵³⁶ Finis, J., 2011, p. 110.

⁵³⁷ Finis, J., 2011.

⁵³⁸ Finis, J., 2011, p. 111.

⁵³⁹ Finis, J., 2011.

⁵⁴⁰ Finis, J., 2011, p. 112.

merljiva, kao što smo videli osnovna dobra su jednako vredna. Osim toga ljudi nemaju jedan jedini cilj u životu, niti više ciljeva koji imaju neki zajednički činilac, oni se razvijaju i napreduju na mnogo načina postižući različite svrhe.⁵⁴¹ Otud ovo načelo ima ograničenu primenu i valja ga slediti samo gde mu mesta ima.

Sedmo načelo praktične razboritosti jeste načelo poštovanja svakog osnovnog dobra u svakom postupku.⁵⁴² Ono podrazumeva da svakim postupkom treba da se podržava neko od osnovnih dobara.⁵⁴³ Kako je nemoguće da se sa istim žarom i sredstvima posvetimo svakom obliku dobra onda smo prinuđeni, ukoliko želimo da delamo razumno, da biramo kojim osnovnim vrednostima ćemo se posvetiti, na taj način posredno štetimo uslovno rečeno ostvarenju onog osnovnog dobra koje nismo odabrali jer da smo sopstvene snage usmerili na njega ono bi bilo ostvareno u većoj meri, a ovako taj rezultat izostaje.⁵⁴⁴ Međutim, to je neizbežno, i ovo načelo ne govori o tome. Ono se odnosi na postupke koji ne idu za ostvarenjem bilo kojeg osnovnog dobra ili još gore koji neposredno štete nekom osnovnom dobru, što znači da su usmereni protiv nemerljive vrednosti.⁵⁴⁵ Takvi akti su u suprotnosti sa ovim načelom.

Osmo načelo praktične razboritosti je načelo favorizovanja i podsticanja opšteg dobra zajednica.⁵⁴⁶ Pod opštim dobrom se podrazumeva skup uslova koji omogućava članovima zajednice (pod zajednicom se misli na političku zajednicu kao što je država, ali i na manje zajednice) da ostvaruju razumne ciljeve ili razumne vrednosti zbog kojih imaju razloga da međusobno saraduju u zajednici.⁵⁴⁷

Deveto načelo praktične razboritosti jeste načelo sleđenja sopstvene savesti.⁵⁴⁸ To znači da ne treba činiti ono za šta se smatra ili oseća da je pogrešno.⁵⁴⁹ Ovo načelo znači doneti i

⁵⁴¹ Finis, J., 2011, p. 113.

⁵⁴² Finis, J., 2011, p. 118.

⁵⁴³ Finis, J., 2011, p.119.

⁵⁴⁴ Finis, J., 2011, pp. 119–120.

⁵⁴⁵ Finis, J., 2011, p. 120.

⁵⁴⁶ Finis, J., 2011, p. 125.

⁵⁴⁷ Finis, J., 2011, p. 155.

⁵⁴⁸ Finis, J., 2011, p. 125.

⁵⁴⁹ Finis, J., 2011.

pogrešnu odluku, ali tako da osoba nesvesna greške odluku donosi postupajući po svojoj savesti.⁵⁵⁰

U formiranju nekih moralnih sudova učestvuju svih devet načela, u nekima samo neka od njih, ali su ona u svakom slučaju izvor moralnosti.⁵⁵¹ Dakle, načela prirodnog prava su praktična načela koja ukazuju na oblike dobra, osnovni metodološki principi praktične razboritosti i opšti moralni standardi.⁵⁵² Ova načela nemaju svoju istoriju, ona važe i istinita su ma koliko ljudi grešili u njihovoj primeni ili ih zanemarivali, kao što važe i matematički zakoni.⁵⁵³ Stoga ova načela postoje mimo nas i nezavisno od ljudskog znanja o njima, što znači da su ona nepromenljiva, da o njihovoj sadržini nema debate, na nama je samo da ih otkrijemo.

II.5.c. Pravda, zajednica i opšte dobro

Najopštije posmatrano pravda obuhvata tri elementa: *usmerenost na drugoga (other-directness)* – pitanje pravde se postavlja uvek kada se radi o međusobnim odnosima pojedinaca; *dužnost (duty)* – pravda se odnosi na ono što se nekome duguje tj. na ono na šta neko drugi ima pravo; pravda se ne odnosi na sve odnose među pojedincima, već samo na one koji su neophodni da bi se izbeglo zlo (*wrong*), pri čemu ne postoji samo jedan način da se to zlo izbegne, ali pravedan je samo onaj način koji je plod razumnog uvida da se nešto ne sme i to se ne sme u odnosu sa drugim pojedincem; *jednakost (equality)* – ili bolje reći srazmernost (*proportionality*).⁵⁵⁴ Pravda je najopštije rečeno skup „zahteva praktične razumnosti koji važe jer pojedinac mora naći načina da ostvari i poštuje ljudska dobra ne samo u sebi i sebe radi“, već i za dobro zajednice.⁵⁵⁵ Imajući u vidu poslednje rečeno, pre nego što nastavim prikaz Finisove koncepcije pravde koja sledi iz načela prirodnog prava, važno je da vidimo šta on pod zajednicom i zajedničkim ili opštim dobrom smatra.

Prvo je važno istaći da sve što se kaže o zajednici (*community*) jednako važi i za društvo (*society*) jer se često pravi razlika između ova dva pojma, ali su u njegovoj analizi oni

⁵⁵⁰ Finis, J., 2011, pp. 125–126.

⁵⁵¹ Finis, J., 2011, p. 126.

⁵⁵² Finis, J., 2011, p. 23.

⁵⁵³ Finis, J., 2011, p. 24.

⁵⁵⁴ Finis, J., 2011, pp. 161–163.

⁵⁵⁵ Finis, J., 2011, p. 161.

sinonimi.⁵⁵⁶ Druga važna napomena jeste da zajednicu ne treba posmatrati kao entitet, već kao odnos između pojedinaca, ona je „stvar veze i interakcije“.⁵⁵⁷ Minimalna sadržina pojma zajednica je da je to „ujedinjujući odnos između ljudskih bića“.⁵⁵⁸ Postoje četiri nivoa zajednice, ili četiri aspekta: prvi nivo jeste predmet proučavanja prirodnih nauka pa tako na primer porodica kao zajednica predstavlja skup genetički povezanih pojedinaca; drugi nivo se odnosi na red koji se uspostavlja u znanju npr. kada postoji veza između predavača i slušalaca koji čuju njegova objašnjenja i pokušavaju da shvate šta on želi da kaže i kako dolazi do svojih zaključaka makar i da bi izrazili neslaganje sa tim; treći aspekt zajednice je jedinstvo koje uspostavljamo u svemu što podleže našim sposobnostima, pa tako na primer predavač i slušaoci zajedno učestvuju u dekodiranju zajedničkih simbola jezika koji koriste; konačno četvrti nivo zajednice koji nas najviše zanima jeste ona zajednica koja podrazumeva izvestan poredak koji uspostavljamo glede naših činjenja inteligentno odlučujući i birajući kako ćemo delati, a koji proučavaju između ostalih etika, politička filozofija itd.⁵⁵⁹ Ovaj poslednji nivo zajednice tiče se koordinacije delanja pojedinaca, zajedničke akcije.⁵⁶⁰

Postoje različiti motivi za stvaranje ujedinjujućih veza među pojedincima, tj. za stvaranje zajednica koje zahtevaju neki stepen koordinacije i saradnje, pa samim tim i različite vrste zajednica. Tako Finis razlikuje poslovne zajednice koje predstavljaju odnos ili vezu među pojedincima koji su se ujedinili radi nekog zajedničkog cilja i koordiniraju međusobno svoje aktivnosti, ali su u takvoj vezi jer time postižu neku ličnu korist.⁵⁶¹ Zatim postoje zajednice igre u koje se pojedinci ujedinjuju i usklađuju međusobne aktivnosti jer je to neophodno da bi uživali u određenoj igri, i samo ili prvenstveno radi toga.⁵⁶² Potom imamo prijateljstvo kao posebnu vrstu zajednice. To je zajednica čiji je cilj uzajamno samoispunjenje, samouspostavljanje, samoostvarivanje; zajednica u kojoj je zajedničko dobro dobrobit onog drugog, u kojoj se dobrobit prijatelja doživljava kao izraz sopstvene dobrobiti.⁵⁶³ Najzad imamo političku zajednicu

⁵⁵⁶ Finis, J., 2011, p. 135.

⁵⁵⁷ Finis, J., 2011.

⁵⁵⁸ Finis, J., 2011, p. 136.

⁵⁵⁹ Finis, J., 2011, pp. 136–138.

⁵⁶⁰ Finis, J., 2011, p. 138.

⁵⁶¹ Finis, J., 2011, p. 140.

⁵⁶² Finis, J., 2011.

⁵⁶³ Finis, J., 2011, pp. 141–142.

koja najčešće odgovara državi, a čija je svrha da obezbedi čitav sklop uslova u koje spadaju i oblici saradnje, koji podstiču i omogućavaju lični razvoj svakog pojedinca.⁵⁶⁴ Pri čemu ovaj lični razvoj podrazumeva samoodređivanje, ali i učešće u zajednicama kakve su porodica, prijateljstvo, posao i igra.⁵⁶⁵ Dakle, opšte dobro koje je poenta ovako sveobuhvatne zajednice kakva je politička zajednica jeste ostvarivanje uslova za učešće svih pojedinaca u osnovnim dobrima na razuman način zbog čega se oni ujedinjuju u zajednicu.⁵⁶⁶

Pravda je posledica primene načela praktične razboritosti da se ima favorizovati i podsticati zajedničko dobro, a to načelo je u uskoj vezi sa prijateljstvom kao osnovnom vrednosti i sa načelom praktične razboritosti isključenja nasumičnog favorizovanja sebe.⁵⁶⁷ Opšta pravda bi onda bila „praktična spremnost favorizovati i podsticati zajedničko dobro zajednica određenog lica“, dok bi predmet teorija pravde, ukratko, trebalo da odgovori na pitanje šta je neophodno da bi se postiglo zajedničko dobro.⁵⁶⁸ Ovu opštu pravdu Finis još naziva i socijalnom pravdom⁵⁶⁹ što ne čudi obzirom da se pravda, kako smo videli, uvek tiče odnosa pojedinaca u zajednici i zajedničkog dobra. Ovakva opšta definicija pravde nam ne govori dovoljno šta je potrebno da bi pojedinci u zajednici mogli da učestvuju u osnovnim dobrima i u što većoj meri ostvare sebe.⁵⁷⁰ Potrebno je razraditi koncepciju pravde kako bi se dobili konkretniji odgovori na to pitanje.

Dakle, osnovno pitanje je kako u zajednici obezbediti da svaki pojedinac, prateći načela praktične razboritosti, učestvuje u osnovnim oblicima dobra. Nesumnjivo je da su za učestvovanje u osnovnim dobrima potrebni resursi i određene vrste usluga: za sticanje znanja potrebno je obrazovanje, za očuvanje zdravlja potrebne su bolnice, lekari, lekovi, topao dom, odeća... itd. Tim resursima neko treba da raspolaže i povodom njih donosi odluke, da pruža usluge i sl. Stoga je jedan od problema koji se javlja u zajednici problem pravedne distribucije resursa, funkcija, prilika, uloga itd. koje služe opštem dobru samo kada se dodele pojedincima, i ovim problemom se bavi distributivna pravda.⁵⁷¹ Drugi skup problema čine svi ostali problemi

⁵⁶⁴ Finis, J., 2011, pp. 147–148.

⁵⁶⁵ Finis, J., 2011, p. 147.

⁵⁶⁶ Finis, J., 2011, p. 155.

⁵⁶⁷ Finis, J., 2011, p. 164.

⁵⁶⁸ Finis, J., 2011, p. 165.

⁵⁶⁹ Finis, J., 2011, p. 462.

⁵⁷⁰ Finis, J., 2011.

⁵⁷¹ Finis, J., 2011, p. 166.

čiji su predmet odnosi među pojedincima i/ili grupama a koji se ne tiču raspodele resursa i funkcija i uloga, a za koje se razumno rešenje traži u okviru komutativne pravde.⁵⁷² Svi zahtevi koji proističu iz zahteva generalne pravde da se poštuje zajedničko dobro pripadaju distributivnoj ili komutativnoj pravdi, ili obema vrstama pravde.⁵⁷³ Raspodela je u skladu sa distributivnom pravdom ako predstavlja razborito rešenje problema alokacije prirodnih resursa i proizvoda, kao i zadataka u zajedničkim poduhvatima.⁵⁷⁴ Svi ovi objekti alokacije su zajednički u smislu da igraju ulogu u ostvarenju zajedničkog dobra, ali tu ulogu mogu da ostvare tek kada se dodele konkretnim pojedincima, a distributivna pravda odgovara na pitanje kome i pod kojim uslovima ih dodeliti.⁵⁷⁵

Ipak, da bi se došlo do odgovora na to pitanje potrebne su još neke smernice. Potrebno je videti koji su to kriterijumi pravedne raspodele. Pored jednakosti koja u distribuciji znači da se svačije potrebe imaju uzeti u obzir prilikom raspodele, javlja se još nekoliko kriterijuma.⁵⁷⁶ Što se jednakosti tiče, Finis je ranije rekao da je bolje o njoj govoriti kao o proporcionalnosti. Ona ne znači da se pravda postiže, i da se svakome pružaju jednaki uslovi za samoostvarivanje ako se svaka osoba tretira identično.⁵⁷⁷ Dakle, nije zadatak pravde iskorenjivanje nejednakosti, već samo onih nejednakosti koje sprečavaju da svi članovi zajednice učestvuju u osnovnim dobrima. Na primer prevelika akumulacija bogatstva u rukama malog broja pojedinaca može dovesti do toga da jedan deo tog bogatstva ne bude iskorišćen, a mogao je poslužiti drugim članovima zajednice da učestvuju u osnovnim dobrima.⁵⁷⁸ Drugi kriterijum je potreba (*need*), što će reći da se raspodela vrši shodno potrebama pojedinaca kako bi učestvovali u osnovnim oblicima dobra, osim kada svojom lenjošću ili krivicom nisu uskraćeni za učešće u nekom obliku dobra.⁵⁷⁹ Sledeći kriterijum je funkcija (*function*) koja se odnosi na uloge i odgovornosti u zajednici.⁵⁸⁰ Finis, na žalost, nije bliže objasnio ovaj kriterijum. Naredni kriterijum je kapacitet (*capacity*), a koji nalaže da se određene uloge i prilike imaju dodeliti onima koji su im dorasli, ne samo

⁵⁷² Finis, J., 2011.

⁵⁷³ Finis, J., 2011.

⁵⁷⁴ Finis, J., 2011, pp. 166–167.

⁵⁷⁵ Finis, J., 2011, p. 167.

⁵⁷⁶ Finis, J., 2011, p. 173.

⁵⁷⁷ Finis, J., 2011, p. 174.

⁵⁷⁸ Finis, J., 2011.

⁵⁷⁹ Finis, J., 2011.

⁵⁸⁰ Finis, J., 2011, p. 175.

društva radi, već i radi njihovog sopstvenog unapređivanja.⁵⁸¹ Zatim slede zasluge i doprinosi (*deserts and contributions*) i najzad činjenica da su neki članovi društva proizveli ili bar pristali na predvidljive rizike koji su mogli da budu izbegnuti.⁵⁸² Ovo poslednje govori da nije pravedno da svi snose posledice ili troškove uzrokovane takvim rizicima. Možda je najplastičniji primer toga načelo ekološkog prava da zagađivač plaća. Najzad, Finis kaže da ovi kriterijumi ne služe proceni određenih okolnosti, stanja stvari i posledica tog stanja, već služe tome da ukažu šta je praktično razborito za pojedinca da učini u odnosima sa drugim pojedincima.⁵⁸³ Pravda se pre svega odnosi na odluke pojedinaca i na odgovornosti koje imaju, a koje potiču iz različitih odnosa sa drugim pojedincima.⁵⁸⁴ Finis imputira drugim teorijama pravde da zahtevaju od svakog pojedinca da razmišlja o svim mogućim pojedincima prilikom delanja, da procenjuje pravednost svojih akata spram svih njih, ali to nije moguće, on to može da čini samo u vezi sa svojim postupcima koji se tiču pojedinaca sa kojima je u nekoj vrsti odnosa.⁵⁸⁵

Druga vrsta pravde jeste komutativna pravda koja se tiče odnosa među pojedincima ili grupama kada god se ne radi o raspodeli nekih zajedničkih resursa ili funkcija i uloga u zajednici.⁵⁸⁶ Obe su deo opšteg pojma pravde, pa mnogi postupci mogu biti pravedni i nepravedni i distributivno i komutativno.⁵⁸⁷ Finis za primer uzima anglosaksonsko odštetno pravo (*common law of tort*) gde je pitanje odštete jednog lica koje je nanelo štetu drugom licu pitanje komutativne pravde, ali postoje oblasti kao što je saobraćaj koje se posmatraju kao zajednički poduhvati u kojima učesnici na sebe preuzimaju deo rizika od štete koja može nastati u izvršenju tog poduhvata, pa je pitanje odštete pojedinca koji je pretrpeo štetu pitanje podele tereta te štete među onima koji od poduhvata imaju koristi, dakle, pitanje distributivne pravde.⁵⁸⁸ Mada se distributivna i komutativna pravda očigledno prepliću i dopunjuju, Finis navodi nekoliko osobina komutativne pravde koje je razlikuju od distributivne. Tako se komutativna pravda tiče odnosa tačno određenih osoba, pa je na primer neopravdano neispunjenje ugovora jedne strane prema

⁵⁸¹ Finis, J., 2011.

⁵⁸² Finis, J., 2011.

⁵⁸³ Finis, J., 2011.

⁵⁸⁴ Finis, J., 2011.

⁵⁸⁵ Finis, J., 2011, pp. 175 -177.

⁵⁸⁶ Finis, J., 2011, p. 179.

⁵⁸⁷ Finis, J., 2011.

⁵⁸⁸ Finis, J., 2011, p. 180.

drugoj komutativno nepravedno.⁵⁸⁹ Ona se tiče i odnosa jednog lica prema većem broju manje određenih lica kakvi se mogu javiti u slučajevima naknade štete, ili velikom broju neodređenih lica kada se radi recimo o zloupotrebi nekog sistema koji je na opštu korist, ali zbog zloupotrebe biva napušten pa budući korisnici ostaju uskraćeni za blagodeti tog sistema.⁵⁹⁰ Takođe oni koji upravljaju nekim instrumentima distributivne pravde imaju komutativnu obavezu da to čine na ispravan način prema svim korisnicima tog instrumenta.⁵⁹¹ Recimo, lica koja upravljaju penzionim fondom koji je po sebi jedan instrument distributivne pravde imaju obavezu da upravljaju tim fondom u interesu korisnika tog fonda, a to je obaveza koja podleže oceni komutativne pravde.

Finis zaokružuje svoje izlaganje o pravdi time što kaže, kako je gore već napomenuo, da je pitanje pravde (distributivne i komutativne) pitanje delanja pojedinaca, a da država ima tek subsidijarnu ulogu da deluje korektivno.⁵⁹² Zato Nozik, na primer, greši kada govori da je redistributivno oporezivanje otimanje koje vrši država, jer je distribucija zapravo obaveza već pojedinca, a država tu nastupa korektivno glede propuštanja pojedinca da postupa u skladu sa distributivnom pravdom.⁵⁹³ Kao što je država tu uostalom da postupa korektivno kada pojedinac ukrade nešto od drugoga na primer, pa time prekrši obaveze koje nalaže komutativna pravda.⁵⁹⁴

II.5.d. Pravda i građansko pravo

Kada govorimo o odnosu pravde i građanskog prava, podsetiću da Finis smatra da je zajedničko dobro u suštini mogućnost pojedinaca da učestvuju u osnovnim dobrima, i da je ono cilj sve pravde.⁵⁹⁵ Zajednički poduhvati i zajednički resursi su neophodni da bi se pojedinci u potpunosti ostvarili i u potpunosti bili u mogućnosti da učestvuju u osnovnim dobrima.⁵⁹⁶ Dakle, zajednički poduhvati su sredstva samokonstituisanja pojedinaca, oni su tu da pomognu pojedincu

⁵⁸⁹ Finis, J., 2011, p. 183.

⁵⁹⁰ Finis, J., 2011, p. 184.

⁵⁹¹ Finis, J., 2011.

⁵⁹² Finis, J., 2011, pp. 187–188.

⁵⁹³ Finis, J., 2011, pp. 187–188.

⁵⁹⁴ Finis, J., 2011, p. 186.

⁵⁹⁵ Finis, J., 2011, p. 168.

⁵⁹⁶ Finis, J., 2011.

da ostvari samoga sebe, a nikako da ga apsorbuju.⁵⁹⁷ Omogućavanje privatne svojine, čak i nad sredstvima za proizvodnju, bi bio jedan takav instrument pomoći pojedincu da se samokonstituiše.⁵⁹⁸ Naravno, režim privatne svojine će biti pravedan ako se mehanizmima kao što su slobodna konkurencija na tržištu, redistributivno oporezivanje i sl. spreči gomilanje dobara u rukama nekolicine, te omogući da višak koji stvore dospe u ruke i drugih pojedinaca kako bi ta dobra i drugima poslužila kao sredstva za učestvovanje u osnovnim dobrima.⁵⁹⁹ Pojedinci dobijaju resurse koji su bili zajednički kako bi do izražaja mogle da dođu njihove sposobnosti, kreativnost, preduzimljivost i tako se ostvare kao ličnosti, ali im istovremeno pravda nalaže da viškove koje stvore treba da vrate zajednici kroz investicije, zapošljavanje, donacije.⁶⁰⁰ Ukoliko vlasnici ne postupaju u skladu sa ovim nalogima pravde, onda će javne vlasti morati da raznim mehanizmima ispune umesto njih te dužnosti.⁶⁰¹ Jedan o građanskopravnih mehanizama u tom smislu bila bi odredba o ništavosti testamentarnih odredbi koje nasledniku zabranjuju da otuđuje delove nasledstva. Drugi bi mogao da bude obaveza vlasnika da poljoprivredno zemljište koje ne obrađuje izda u zakup, odnosno da javna vlast u njegovo ime to zemljište izda u zakup.⁶⁰² Osim toga Finisov osvrt na odštetno pravo svakako pokazuje da je građansko pravo za njega instrument pravde i distributivne i komutativne. Stoga poimanje pravde u okviru njegove teorije o prirodnom pravu svakako može uticati na sadržinu građanskog prava, tako što norme građanskog prava između ostalog treba da obezbede u svom domenu da se pojedinci međusobno odnose u skladu sa načelima pravde kako ih je on definisao.

II.6. Zašto Finis, a ne Kopaonička škola prirodnog prava?

S obzirom na to da sam prirodno pravo uveo u rad pozivajući se na to da su pojedini autori Nacrta Građanskog zakonika članovi Kopaoničke škole prirodnog prava, osećam obavezu da pojasnim zašto sam za predstavnika jusnaturalizma uzeo Džona Finisa i njegovu teoriju

⁵⁹⁷ Finis, J., 2011, p. 169.

⁵⁹⁸ Finis, J., 2011.

⁵⁹⁹ Finis, J., 2011, p. 170.

⁶⁰⁰ Finis, J., 2011, p. 173.

⁶⁰¹ Finis, J., 2011.

⁶⁰² Takvo rešenje predviđeno je npr. članom 59. Zakona o poljoprivrednom zemljištu „*Sl. glasnik RS*“, br. 62/2006, 65/2008 – dr. zakon, 41/2009 i 112/2015.

prirodnog prava, a ne Kopaoničku školu prirodnog prava. Iako je možda ovakvim metodološkim pitanjima mesto u uvodu samog rada ili u uvodu odeljka o teorijama pravde ili bar u uvodnom izlaganju o Finisovoj teoriji, smatrao sam da je ipak bolje da se ovakvim pitanjem bavim nakon što izložim teoriju Džona Finisa. Čini mi se da će čitaocu biti lakše da oceni poređenja koja izvodim i na njima zasnovane zaključke kada iza sebe već ima predstavu o Finisovoj koncepciji prirodnog prava i njegovoj koncepciji pravde.

Kao što je prikazano, Finis teoriju prirodnog prava zasniva na osnovnim dobrima koja taksativno nabraja i koja su svrha sama sebi. On izlaže i načela praktične razumnosti kojima se treba voditi ako se želi racionalno i moralno učestvovati u pobrojanim osnovnim dobrima. Na tom temelju dalje se gradi koncepcija pravde. Definiše se šta je predmet pravde, tj. kada se pitanje pravednosti delanja postavlja i daju se kriterijumi distributivne pravde koji određuju šta sve treba uzeti u obzir da bi se došlo do pravedne distribucije.

Sliku o koncepciji prirodnog prava koju nudi Kopaonička škola prirodnog prava stekao sam na osnovu izlaganja akademika Perovića sabranih u Besede sa Kopaonika.⁶⁰³ Kada je u pitanju sistematika i tipologija osnovnih vrednosti akademik Perović polazi od heksagona prirodnog prava kojim se „mogu izraziti sve univerzalne vrednosti“ i koji je „osnov tipologije“.⁶⁰⁴ Te vrednosti su: pravo na život, pravo na imovinu, pravo na intelektualnu tvorevinu, pravo na pravdu i pravo na pravnu državu.⁶⁰⁵ Dalje se kaže kako se „na polju Heksagona prirodnih prava čoveka, mogu učiniti dalje tipologije univerzalnih vrednosti.“⁶⁰⁶ Misli se na tipologiju opštijih vrednosti koje okupljaju brojne druge. Autor ih naziva stožerima vrednosti i u njih ubraja: dostojanstvo čoveka, kulturu mira, samosvesnu slobodu, nauku, religiju, demokratsku jednakost i međukulturnu toleranciju, pravdu i aktivnu pravičnost, pravnu državu i pravnu sigurnost, i ljudska prava.⁶⁰⁷

U ovako izloženoj teoriji, u poređenju sa Finisovom, nailazim na izvesnu nedoslednost i nesistematičnost. Naime, kod Finisa smo videli da se jasno razlikuju osnovna dobra, ona koja su

⁶⁰³Perović, S., 2007, *Besede sa Kopaonika 1990 – 2006*, Beograd, Kopaonička škola prirodnog prava.

⁶⁰⁴Perović, S., 2007, str. 544.

⁶⁰⁵Perović, S., 2007.

⁶⁰⁶Perović, S., 2007.

⁶⁰⁷Perović, S., 2007, str. 544-545.

vrednosti po sebi i koja se ne izvode iz neke dalje vrednosti, sa jedne strane, od instrumentalnih vrednosti sa druge strane. Ove druge mogu biti važne ali ipak su na koncu samo u službi prvih. Već u Heksagonu prirodnog prava nailazimo na mešanje jednih i drugih. Naime, kaže se, na primer, da pravo na imovinu potiče od toga što čovek „ima pravo da između sebe i predmeta prirode stavlja odgovarajuća sredstva koja su potrebna radi ostvarenja“ prava na život i slobodu.⁶⁰⁸ Dakle, metodološki gledano, mešaju se osnovna dobra sa tek instrumentalnim dobrima, imajući u vidu da imovina ima pre svega instrumentalnu vrednost za učestvovanje u dobrima života i slobode. Nadalje, ako se sve univerzalne vrednosti, kako sam autor kaže, mogu izraziti Heksagonom, odkud onda druge univerzalne vrednosti u koje se ove sve utapaju? Onda ipak sledi da se Heksagonom ne mogu izraziti sve vrednosti. Konačno kada se pogleda lista stožernih vrednosti mogu se uočiti izvesne sličnosti sa Finisovom listom osnovnih dobara. Tako i na jednoj i na drugoj listi nailazimo na primer na religiju. Nauka sa Kopaoničke liste donekle odgovara znanju sa Finisove liste. Kažem donekle, jer razlika je u tome što Finis, videli smo, sva osnovna dobra smatra pred-moralnim pa se u njima može učestvovati sa različitim kvalitetom. O kvalitetu učestvovanja se staraju načela praktične razboritosti. Dok se pod naukom očigledno ima u vidu učestvovanje u znanju na određeni način koji iziskuje veći kvalitet nego što bi to bilo prosto zadiranje u tuđu privatnost što je takođe način učestvovanja u dobru znanja. Naravno, i jedan i drugi pisac život smatraju osnovnom vrednošću. S tim što je kod Perovića on smešten u Heksagonu. Što se tiče pravde koja se kod Perovića pominje među univerzalnim vrednostima, kod Finisa je ona proizvod više načela praktične razboritosti.⁶⁰⁹ Dakle, dok je kod Finisa jasno izloženo šta su osnovna dobra kojima treba težiti, i koja su načela praktične razumnosti koja pomažu da se u osnovnim dobrima učestvuje na moralan i razborit način, kod izlaganja o Kopaoničkoj školi takva jasnoća nedostaje. Ne vidi se jasna podela uloga određenih kategorija, niti se uviđa da su jedne osnovne, druge tek instrumenti. U poređenju sa Kopaoničkom koncepcijom prirodnog prava, Finisova koncepcija je izložena na jasan i koherentan način. To je bio prvi razlog da njoj dam prednost i uzmem je za teoriju – predstavnika jusnaturalizma.

Drugi razlog je jasnija koncepcija pravde koja proizlazi iz Finisove teorije. S obzirom na to da u ovom radu između ostalog ispitujem da li jusanturalizam može da konkuriše drugim

⁶⁰⁸Perović, S., 2007, str. 117.

⁶⁰⁹Finis, J., 2011, p. 161.

teorijama pravde u popunjanvanju pojma pravda određenom sadržinom, bilo mi je veoma važno da nađem prirodnopravnu teoriju koja daje što je moguće jasniju koncepciju pravde. Mada u Besedama sa Kopaonika nailazim na više pozivanja na pravdu, pa se tako na primer kaže: „Čovek je rođen slobodan, a svuda je u okovima... Okove mu skida ono pravo koje je zasnovano na paradigmi prirodne i socijalne pravde.“⁶¹⁰, ili kada se govori o pravu na pravdu⁶¹¹, ili kada se pravda pominje kao stožerna vrednost,⁶¹² u objašnjenju koncepcije i načela pravde, međutim, ne odlazi se dalje od ponavljanja antičke formule da pravda znači jednake slučajeve tretirati jednako, a različite različito shodno njihovim posebnostima.⁶¹³ Bojim se da ova formula ne otkriva dovoljno o tome kakva se koncepcija pravde, naročito distributivne, ima u vidu. Kao što se moglo videti iz predstavljanja različitih koncepcija pravde u ovom radu, one se upravo razlikuju po tome koje činjenice uzimaju kao kriterijume distribucije. Koje se to činjenice imaju uzeti u obzir kada se vrši raspodela prava, obaveza i dobara. Neki pravednost distribucije cene isključivo prema njenom krajenjem rezultatu koji može biti najveće zadovoljstvo najevećeg broja ljudi. Za druge je distribucija pravedna ako se vrši prema načelima koja otklanjaju uticaj nezaslužениh prednosti na distribuciju sem kada to povoljno utiče i na one koji su u najgorem položaju. Dok neke interesuje samo procedura u kojoj je nešto stečeno, ne i rezultat itd. Dakle, distributivna pravda nije jednoznačan pojam, a Kopaonička škola ne nudi svoje značenje tog pojma. Finis, sa druge strane, to čini. Da li i on dovoljno jasno i određeno, ostaje da se vidi i o tome će više reči biti u narednoj celini.No, svakako tom pojmu daje više supstance nego što to može da se dobije od kopaoničke koncepcije. To je drugi razlog zašto sam za predstavljanje jusnaturalizma upotrebio Finisovu teoriju, pre nego onu koju nudi Kopaonička škola prirodnog prava.

II.7. Teorije pravde i jusnaturalizam

Sada kada sam razjasnio zašto sam za teoriju-predstavnik a jusnaturalizma upotrebio Finisovu teoriju prirodnog prava, a ne uvid koji u prirodno pravo nudi Kopaonička škola prirodnog prava, mogu da razmotrim i pitanje da li jusnaturalizam nudi dovoljno jasnu koncepciju pravde u poređenju sa aktuelnim teorijama pravde koje sam predstavio.

⁶¹⁰Perović, S., 2007, str. 373.

⁶¹¹Perović, S., 2007, str. 420.

⁶¹²Perović, S., 2007, str. 545.

⁶¹³Perović, S., 2007, str. 420-421.

Prve četiri teorije pravde, iako različite i to neke od njih nepomirljivo, ipak imaju nešto zajedničko naspram ideje pravde Džona Finisa. Naime, za razliku od poslednje, ove prve četiri ne počivaju na moralnom realizmu. Moralni realizam je karakterističan za prirodno pravo.⁶¹⁴ To je shvatanje prema kojem se moralne vrednosti otkrivaju.⁶¹⁵ Što će reći da su date. To odgovara Finisovom stavu da osnovne vrednosti i onih devet načela praktične razboritosti nemaju istoriju, već da su večne i da ih čovek samo otkriva. Kako je pokazano te vrednosti su ono čemu se teži manje ili više uspešno, ali su one i početna tačka za donošenje odluka. Odluke o tome šta činiti se donose kako bi se u tim vrednostima učestvovalo. Tim vrednostima ne treba da se teži kao instrumentima za neki drugi cilj tvrdi Finis, jer te vrednosti su krajnji cilj. One se žele jer su osnovne, a nisu osnovne jer se žele. Ovaj poslednje izrečeni stav, kao i moralni realizam su, čini se, neadekvatna metodološka postavka za teoriju pravde.

Naime, osnovi moralne ispravnosti ponašanja se postavljaju kao nešto nedokazivo, predodređeno, što može otkriti samo onaj koji je sposoban za određeni stepen introspekcije. Ne vidi se jasno na osnovu čega se tvrdi da se osnovna dobra žele jer su osnovna, a ne obrnuto. Odgovor da je to prosto tako, a samo je pitanje sposobnosti pojedinca da to uvidi zvuči neubedljivo. Dozvoljavam, naravno, mogućnost da moje intelektualne sposobnosti nisu takve da uvidim nužno istinitost suda da se znanje recimo želi jer je dobro po sebi, a ne zato što na primer pronalaženje veze između pitanja i tačnog odgovora pričinjava zadovoljstvo, umesto da mi pričinjava zadovoljstvo zato što je znanje neka bazična, samoočigledna i neizvodiva vrednost. Moje iskustvo mi govori da sam u pravu iako jusnaturalisti tvrde „da svako ljudsko biće neposredno, posmatrajući sopstveno iskustvo“ može da se uveri u samoočiglednost osnovnih vrednosti,⁶¹⁶ tj. da su oni u pravu. Stoga se nameće pitanje kako znamo čije je iskustvo i čija je analiza sopstvenog iskustva merodavna? Osim toga, kada Finis opovrgava da je zadovoljstvo krajnji cilj svakog delanja on kaže da učestvovanjem u osnovnim dobrima jedinka ne teži samo zadovoljstvu koje je posledica uspešno ispunjenog projekta koji je odabran, već teži sreći „u dubljem, manje uobičajenom smislu te reči u kojem ona označava, grubo rečeno, punoću života...

⁶¹⁴Dajović, G., 2013, str. 482.

⁶¹⁵Dajović, G., 2013.

⁶¹⁶Dajović, G., 2013, str. 483.

smisao sopstvenog postojanja.⁶¹⁷ Nije li onda to krajnji cilj? Nisu li onda osnovne vrednosti ipak samo instrumenti za postizanje tog osećaja?

Čak i ako prihvatimo Finisovu argumentaciju da su bazične vrednosti neke vrste aksioma, da se ne dokazuju a da ipak jesu, da iskustvo može da pokaže da ljudi znanje vrednuju kao nešto dobro po sebi, videli smo da Finis smatra da se u osnovnim vrednostima može učestvovati sa različitim kvalitetom. Težnja ka znanju i istini se iskazuje i kroz zadiranje u tuđu privatnost, i kroz bavljenje naukom. Razlika je u tome, kako smo videli da li se osnovnom dobru teži inteligentno ili samo sleđenjem nagona. I tu se otvara još jedan problem sa Finisovom teorijom. Problem razlikovanja nagonom indukovano ponašanja od inteligentnog učestvovanja u nekoj vrednosti. Tako Finis kaže da to što neka osoba poseduje snažnu i stalnu sklonost ka seksualnom odnosu sa osobama istog pola kao i ta osoba, ne predstavlja osnov za zaključak da zadovoljenje te sklonosti predstavlja dobro ni kao cilj ni kao sredstvo.⁶¹⁸ Sa druge strane se kaže da samo porodica može biti zajednički imenilac za iskrenu ljubav, fizičku i psihološku vezu, metarijalnu podršku, međusobnu predanost itd.⁶¹⁹ Ako u takvu zajednicu, sa takvim osećanjima stupaju dve osobe istog pola, da li njihova istopolnost na bilo koji način lišava tu zajednicu ovih karakteristika? Dakle, sklonost, kako je Finis naziva, a bolje reći činjenica da nekoga seksualno privlače osobe istog pola ni na koji način ne utiče na učestvovanje u osnovnom dobru prijateljstva u onom širokom smislu kako ga Finis definiše, a koji obuhvata i romantičnu ljubav i porodicu. Na ovom primeru se vidi da čak i da se složimo sa jusnaturalistima da postoje večni, nepromenljivi, samoočigledni oblici dobra, i čak i da se složimo oko liste tih dobara (tj. da svako razuman i sposoban analizom svoga iskustva dolazi do iste liste), postoji problem oko shvatanja o tome koja učestvovanja u tim dobrima zavređuju epitet inteligentnog, naspram prostog sleđenja nagona.

Za jednog drugog jusnaturalistu, Roberta Džordža, samo heteroseksualni brak koji je konzumiran seksualnim činom usmerenim na stvaranje potomstva jeste pravi brak.⁶²⁰ Za njega pravi brak, onaj koji je dobro po sebi, stoga dat, odnosno čija sadržina je predodređena i ne zavisi od pravnih normi, podrazumeva onipotentnu heteroseksualnu zajednicu, što će reći „zajednicu

⁶¹⁷ Finis, J., 2011, p. 96.

⁶¹⁸ Finis, J., 2011, p. 449.

⁶¹⁹ Finis, J., 2011, p. 145.

⁶²⁰ Dajović, G., 2013, str. 479.

misli i volja, podelu ekonomskih resursa“ i telesno jedinstvo koje se izražava seksualnim činom čiji cilj treba da bude stvaranje potomstva, pri čemu ta zajednica mora biti trajna i ekskluzivna.⁶²¹ Treba reći da je dovoljna težnja za začecem, ne i da do začeca dođe da bi zajednica bila istinski brak.⁶²² Dakle, ovde čak nije reč ni o načinu učestvovanja u osnovnom dobru, već o sadržini osnovnog dobra. Po Džordžu onda, homoseksualna zajednica nije loš, nemoralan način učestvovanja u jednom osnovnom dobru, već nije uopšte učestvovanje u tom dobru.

Ovo je izuzetno važno jer pravda prema Finisu znači praktičnu spremnost da se promoviše opšte dobro, pri čemu opšte dobro označava mogućnost svih pojedinaca da razumno učestvuju u osnovnim vrednostima. Zadatak države jeste da stvara uslove za učešće svih pojedinaca u osnovnim dobrima i da iskoreni one nejednakosti koje to sprečavaju. Imajući u vidu gore naveden stav o inteligentnom stremljenju i praćenju nagona, ili stav o sadržini osnovnog dobra braka, država bi onda mogla da kriminalizuje seksualne odnose osoba istog pola, ili da u najmanju ruku ne dozvoljava stupanje u brak tih osoba i da ne želi da uredi njihove partnerske odnose. Osnov tome je kao neporeciva istina postavljeno neprovereno, nedokazivo ubeđenje o odgovarajućoj sadržini neke zajednice ili ponašanja. Finis, istini za volju, ne zagovara takve posledice kakve su kriminalizacija homoseksualnih odnosa pojedinaca koji su u takve odnose svojevolejno stupili⁶²³. Ipak, kao i Džordž, on smatra da ono što je suština braka za koji kaže da je jedno od osnovnih dobara⁶²⁴ može biti ostvareno samo u zajednici između muškarca i žene. U tom smislu Finis, čini se, tvrdi da se brak ostavljuje kroz prijateljstvo muža i žene i kroz njihovu reprodukciju kao dva elementa braka.⁶²⁵ Kako kaže:

⁶²¹ Dajović, G., 2013, str. 478 – 479.

⁶²² Dajović, G., 2013, str. 479.

⁶²³ Finis, M., J., 1994, Law, Morality, and “Sexual Orientation”, *Notre Dame Law Review*, 5, p. 1076.

⁶²⁴ Finis, M., J., 1994, p. 1070. Izgleda da je u ovom slučaju brak izdvojio od prijateljstva kao posebno osnovno dobro i time proširio listu tih dobara, što opet govori u prilog stavu da je nepouzdana svaka tvrdnja jusnaturalista da su utvrdili koja su to osnovna dobra. Ako se krećemo u granicama implicitne kritike, smatram da za ovakvim izdvajanjem nema potrebe jer brak se, kako ga opisuje, savršeno uklapa u njegov opis osnovnog dobra prijateljstva, gde je brak jedan od pojavnih oblika ili jedna varijanta tog osnovnog dobra.

⁶²⁵ Finis, M., J., 1994, p. 1066-1067.

„...seksualni činovi nisu ujedinjujući...ako nisu bračni...a (pošto zajedničko dobro braka ima dva aspekta) nisu bračni osim ako ne poseduju ne samo darežljivost činova prijateljstva već takođe prokreativni značaj...“⁶²⁶

Pri čemu nije neophodno da seksualni čin između muškarca i žene zaista i vodi začecu, jer postoje parovi koji su igrom slučajeva objektivno sprečeni da imaju decu (npr. sterilitet), već je dovoljno da bi uobičajeno takav akt vodio začecu da bi se radilo o konzumaciji braka.⁶²⁷ Zato svaki odnos koji nije usmeren ili nije takav da bi po uobičajenom toku stvari mogao da dovede do začeca, kao što je na primer zaštićeni donos muškarca i žene, ne predstavlja učešće u dobru braka, čak i kada su u pitanju muž i žena.⁶²⁸ Tim pre isto važi i za odnose osoba istog pola. Oni ne mogu biti u braku jer, prema Finisu, ne mogu da ostvare jednu od dve funkcije braka, a to je reproduktivna funkcija, ili kako kaže ne mogu imati „odnos na bračni način“.⁶²⁹ Mada ostaje nejasno kako to jedna biološka prepreka začecu (sterilitet) odnose ne čini nebračnim, a druga (istopolnost) ih čini. Finis ide i dalje tvrdeći da su zapravo odnosi među osobama istog pola samo u službi površnog zadovoljenja nagona. On kaže:

„Stvarnost se saznaje u rasuđivanju, ne u emocijama, a u *stvarnosti*, koje god da su izdašne nade i snovi i misli o *davanju* kojima neki istopolni partneri mogu okružiti svoje seksualne činove, ti činovi ne mogu izraziti ili učiniti više no što je izraženo ili učinjeno kada dvoje stranaca stupe u takvu aktivnost da jedno drugom pruže zadovoljstvo, ili kada prostitutka zadovoljava klijenta...“⁶³⁰

Za njega seksualni čin nije davanje sebe ako to nije čin muškarca i žene koji putem seksualnog odnosa jedno drugom daju sebe biloški, afektivno i volitivno.⁶³¹ Možda grešim, ali mi se čini, da Finis ovde ne samo da uskraćuje osobama istog pola sposobnost da budu u nekom idealu braka jer nisu u stanju ne samo da dobiju decu putem seksualnog odnosa, već imputira da nisu u stanju da ostvare iskrenu emotivnu vezu kroz, između ostalog, seks, jer on taj čin izjednačava sa odnosom prostitutke i klijenta. Ni tvrdnje o braku i njegovoj strukturi, a naročito tvrdnje kao ove

⁶²⁶Finis, M., J., 1994, p. 1067.

⁶²⁷Finis, M., J., 1994.

⁶²⁸Finis, M., J., 1994, p. 1068, v. i n. 50 na istoj strani.

⁶²⁹Finis, M., J., 1994, p. 1066.

⁶³⁰Finis, M., J., 1994, p. 1067.

⁶³¹Finis, M., J., 1994.

poslednje nisu izvedene iz nekih premisa. One su naprosto tvrdnje kojima treba da verujemo. Iznete su tako da ne proizlaze kao logični zaključci nekog lanca misli, i što je još važnije nisu zasnovane na nekom relevantnom iskustvu. A sudovi kakav je ovaj poslednji svakako to mogu biti.

Zapravo, smatram da se ovde radi o obalčenju ličnih preferencija u odelo neupitne istine. Sve što Džordž navodi kao elemente braka može postojati i u homoseksualnoj zajednici. I osobe istog pola mogu živeti u sveobuhvatnoj zajednici misli i volja, i deliti ekonomske resurse i želeći decu, iako biološki ne mogu da ih imaju. Ne mogu, dakle, da ih imaju jer su objektivno sprečeni, kao i neki heteroseksualni parovi uostalom. A videli smo da je težnja kod Džordža i kod Finisa dovoljna, ne i ostvarenje. Osim toga, nema osnova u stvarnosti tvrditi da je neki seksualni odnos između dve osobe lišen dublje sadržine, emocija, davanja sebe drugome, ljubavi itd. samo zato što njegova svrha nije začecé ili zato što su te osobe istog pola. Ova dva pisca ne nude ništa što bi moglo da govori drugačije do svog vrednosnog suda. Stoga zaključujem da je insistiranje na heteroseksualnosti braka nedosledno premisama koje sami jusnaturalisti postavljaju. Naime, večna, nepromenljiva i univerzalna istina ne bi smela da se kosi sa prostim činjenicama, kao na primer u ovom konkretnom slučaju da ljudi mogu da se vole i ako su istog pola ili i ako ne žele decu.

Nadalje, ako se do osnovnih dobara dolazi analizom iskustva, i ako su ta dobra početne tačke svake dedukcije kako tvrde jusnaturalisti, onda se postavlja pitanje analizom kojeg ili čijeg iskustva Finis dolazi do svojih zaključaka o braku? Ako sam nije homoseksualac onda teško da analizom sopstvenog iskustva može doći do zaključaka koje izvodi o braku i odnosima osoba istog pola. Stoga bi morao da uzme u obzir iskustva homoseksualnih parova. Čini se da to nije učinio, a sve i da jeste ne dâ se videti na osnovu čega njihovo iskustvo proglašava irelevantnim, te smatra da u njihovim odnosima nema ničeg više od telesnog zadovoljstva. Nema niti jednog empirijskog dokaza za njegove tvrdnje. Samo njegov stav kojem treba slepo da se veruje.

Može se ići i dalje, pa se analizom iskustva može doći do zaključka da je u osnovi prijateljstva kako ga Finis opisuje i svih zajednica, pa i braka, koje pojmom prijateljstva obuhvata, ljubav. Dakle, ljubav, bilo ona prema prijatelju ili ona romantična, ili ona prema roditeljima itd. je zajednički imenilac za ono što Finis opisuje kao prijateljstvo, a ono što Džordž opisuje kao brak je onda način učestvovanja u dobru ljubavi. Suština je u doživljaju tuđe

dobrobiti kao elementa sopstvene dobrobiti, a svaki dodatak bi onda bio neki oblik učestvovanja u osnovnom dobru ljubavi. Tako sam koristeći se prirodnopravnim metodom promenio listu osnovnih dobara, meni se čini ubedljivo. Moglo bi se onda reći da osnovno dobro nije prijateljstvo, nego ljubav, koja onda ima više oblika: prijateljstvo, brak, itd. Upravo zbog ovakvih stvari, zbog opasnosti da subjektivne preferencije proglašavamo za apsolutne vrednosti, i to nepromenljive i večne, a da ne možemo biti sigurni čije su nepromenljivije i večnije, nije dobro teoriju socijalne pravde graditi na takvim osnovama. Finis optužuje Rolsa da daje „tanku koncepciju dobra...zarad demokratske nepristrasnosti“ prema različitim idejama o tome šta je dobro u životu.⁶³² Ali tanka koncepcija dobra upravo sprečava problem koji sam opisao.

Neko mi može zameriti i reći da i Marta Nussbaum daje listu mogućnosti koja liči na ovu listu bazičnih vrednosti koje je Finis u svojoj teoriji naveo. Prvo, Nussbaum ne tvrdi da su vrednosti koje nabroja vrednosti po sebi koje su krajnji cilj, već su one uslovi za ostvarenje pojedinaca, za ostvarenje njihovih koncepcija dobrog života. Nussbaum, kao ni Rols, ne pretenduje da uspostavi listu osnovnih dobara sa koje treba odabrati neka kojima treba težiti ako se želi voditi moralno ispravan život. Niti pretenduje da odredi koji su to moralno ispravni načini da se vrednostima teži. U obe teorije granica slobodi pojedinca i njegovoj koncepciji dobra su sloboda i dobrobit drugih. Drugo, čak i da Nussbaum deset osnovnih vrednosti postavlja moralno-realistički to bi samo značilo da ne možemo biti sigurni koje su to bazične, nepromenljive, večne vrednosti iz kojih dalje izvodimo načela praktične razboritosti, tj. da ne možemo biti sigurni u sadržaj te liste jer imamo bar dve konkurentne liste koje se ne podudaraju.

Ali postavlja se pitanje moramo li imati tu listu uopšte. Meni se čini da ne. Zapravo, ako pođemo od Finisove teorije, sve ono što želi postići svojom teorijom već je u određenoj meri postigla Nussbaum, a u većoj meri Rols. Tako Finis smatra da su jednako dostojanstvo svih ljudi i posledično ljudska prava centralne vrednosti čovečanstva.⁶³³ Kritikuje utilitaristička načela efikasnosti i maksimizacije dobra.⁶³⁴ Osim toga, kako smo već videli distributivnu pravdu određuje kao onu stranu pravde koja se bavi pravednom dodelom prilika, profita, funkcija, odgovornosti itd. pojedincima. Dalje, nabroja kriterijume pravde među kojima i onaj da pravda ne

⁶³² Finis, J., 2011, p. 106.

⁶³³ Finis, J., 2011, p. 458.

⁶³⁴ Finis, J., 2011, pp. 116–118.

podrazumeva jednakost već proporcionalnost, što će reći da nije zadatak pravde da stane na put svakoj nejednakosti, već samo onoj koja sprečava pojedince da učestvuju u osnovnim dobrima. Ali, baš tu kod kriterijuma pravde vidi se ili da slični kriterijumi već postoje u drugim teorijama pravde, ili nepreciznost pojedinih kriterijuma, naročito kada se uporedi sa veoma dobro razrađenom teorijom pravde Džona Rolsa koji daje dosta preciznije kriterijume pravedne raspodele. Kod ovog navedenog, na primer, ne vidi se kako se to tačno staje na put nejednakostima i kada. Rols je specificirao da su dozvoljene one nejednakosti koje rade u korist onih u najlošijem položaju i uredio je odnose između elemenata teorije pravde, što je dosta konkretnije određeno merilo od ovog Finisovog. Još jednom se tačnim pokazuje stav profesora Vodinića da jusnaturalizam pati od nedovoljno određenih pojmova i vrednosti, te da mu fale kriterijumi⁶³⁵, ili bar dovoljno određeni kriterijumi. Tako se na poslednjem primeru vidi da nedostaje kriterijum koji konkretizuje maksimu da treba sprečiti ili otkloniti nejednakosti koje sprečavaju učešće svih u osnovnim dobrima, dok kriterijum funkcije uopšte nije objašnjen. Što se tiče dostojanstva i ljudskih prava, videli smo da su te vrednosti u centru svih teorija pravde, i da čak i Nozik svoju minimalnu državu, i načelnu zabranu redistributivnih aktivnosti države upravo pravda ljudskim dostojanstvom i slobodom pojedinaca, a da odličnu kritiku utilitarističkih agregativnih načela daju i Rols, i Nozik, i Nusbaum.

Može mi se opet zameriti da ni teorija Marte Nusbaum, koju stavljam naspram Finisove, nije određena. Međutim ona je nedovršena i prepuštena čitaocima da je konkretizuju u različitim oblastima kako to recimo čini Lyn Tyon Soei Len u oblasti evropskog ugovornog prava čijim radom sam se poslužio da demonstriram vezu između teorije o mogućnostima i građanskog prava. Ali, onda mi se opet može uputiti prigovor da se i Finisova teorija ili druge jusnaturalističke teorije mogu doraditi i precizirati njihovom obradom. To je tačno, ali se onda vraćamo na početak i na moralni realizam na kojem prirodnopravne teorije počivaju, a posledično i na proizvoljno određivanje apsolutnih, nepromenljivih vrednosti i proizvoljno određivanje ispravnog učestvovanja u tim vrednostima.. Od toga se ne može pobeći dokle god smo u svetu prirodnog prava. Kao što sam pokušao da objasnim takav metod je loš jer vodi uspostavljanju proizvoljnih stavova kao apsolutnih istina. Podseća na lep ram u koji se može staviti bilo kakva

⁶³⁵ Vodinić, V. V., 1996, str. 82.

slika. Ram iako lep, ne pruža garanciju da će i prostor koji oivičava biti ispunjen jednako lepom sadržinom.

Ostale teorije koje sam izložio počivaju na shvatanju da svaki pojedinac jednako vredi i da ljudi jedni drugima nisu sredstva, te da imaju pravo da streme ostvarenju onoga što smatraju dobrim životom. Razlikuju se u tome na koji način vide pravedno društvo zasnovano na ovim polazištima. Dakle, pitanje je kako doći do teorije pravde koja bi trebalo da bude podloga budućem građanskom zakoniku? Tako što će se razmotriti alternative koje nudi politička filozofija i kroz javnu raspravu odabrati jedna ili eklektički doći do neke nove teorije, pri čemu treba izostaviti one teorije koje koncepciju pravde grade na moralnom realizmu.

III. Preambula

Kada se jednom kroz raspravu dođe do odgovarajuće koncepcije pravde postavlja se pitanje kako joj omogućiti da deluje i ostvari uticaj sem kroz proces sastavljanja samih normi zakonika razume se. Po mom mišljenju za to treba iskoristiti prostor koji pruža preambula zakonika. Naime, u njoj se može izložiti u osnovnim crtama usvojena koncepcija pravde, te prikazati kakva je sadržina pojma pravda, koja su to načela pravde i kakav je njihov međusobni odnos. Na ideju da je preambula pravo mesto za to došao sam posmatrajući zakonodavne akte Evropske Unije. Upravo direktive i uredbe EU imaju, za naše pojmove, dugačke preambule koje se sastoje iz, najčešće, numerisanih paragrafa koji se nazivaju uvodne izjave (*recitals*) koje su od velike pomoći kada se javi potreba za tumačenjem tih dokumenata. Te uvodne izjave ukazuju na „volju i nameru zakonodavca i stoga bacaju svetlo... na motive koji su vodili usvajanju direktive i na ciljeve kojima se njenim donošenjem težilo.“⁶³⁶ Stoga bi predstavljanje koncepcije pravde u preambuli zakonika omogućilo da se postigne ono o čemu sam govorio u B.V. Naime, postiglo bi se dosledno tumačenje načela i normi zakonika u skladu sa vrednostima koje su odabrane za njegove temelje jer bi sudije imale definisan alat za sistemsko i ciljno tumačenje zakonika.

⁶³⁶Opinion of the Advocate General Trstenjak – Case C – 92/11, para. 37. (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62011CC0092> 23.6.2017.).

Kasnije, tokom obrade literature za ovaj rad, naišao sam na istu ideju samo na evropskom nivou. Tako je grupa autora zastupajući stav da je potreban evropski koncept socijalne pravde koji će voditi evropsko građansko pravo i prema kojem će se budući CFR ceniti navela pet elemenata socijalne pravde koje taj dokument treba da sadrži.⁶³⁷ Prvi element se odnosi na legitimitet i podrazumeva da je CFR donet u takvom postupku da se adresati normi mogu smatrati njihovim autorima.⁶³⁸ Drugo, navodi se da CFR mora u dovoljnoj meri pružati zaštitu slabijoj strani.⁶³⁹ Treće, CFR mora uspostaviti odgovarajuću ravnotežu između autonomije pojedinca i solidarnosti.⁶⁴⁰ Četvrto, CFR treba da sadrži pravne standarde kako bi se dopustilo sudovima da opšta pravila prilagode zahtevima pravde koji se mogu javiti u pojedinim slučajevima.⁶⁴¹ I najzad, peti element o kojem autori govore jeste preambula CFR-a. Oni navode da bi CFR trebalo da ima preambulu koja bi zapravo bila katalog vrednosti koje su temelj CFR-u, a čija bi uloga bila da pomogne u tumačnju ovog dokumenta i njegovom daljem razvoju.⁶⁴² Taj katalog bi, dakle, trebalo da bude uputstvo za tumačenje definicija i pravila u CFR-u, kao i da bude izraz njegovih „ekonomskih, političkih i socijalnih ciljeva i vrednosti“.⁶⁴³

Isto tako bi i preambula našeg budućeg Građanskog zakonika trebalo da sadrži prikaz ideje socijalne pravde koja je suštinski izraz ekonomskih, političkih i socijalnih ciljeva i vrednosti kako bi se norme zakonika, bez dileme, tumačile u odgovarajućem vrednosnom ključu. Da je takvo što korisno, podseća nas primer Nemačke koji je prikazan u B.V. Videli smo kako su različite ideologije uticale da se jedna te ista načela i pravila sasvim drugačije tumače i primenjuju. Naravno, teško je zamisliti da danas zavlada tako strašna ideologija kakva je sela na presto u Nemačkoj tridesetih godina dvadesetog veka i zagadi građansko pravo svojim nazorima. Tome je brana Ustav i katalog ljudskih prava koji je nespojiv sa vrednostima koje je propagirao nacizam. Sa druge strane moglo bi se reći da je onda pre Ustav mesto za prikaz koncepcije pravde, a ne Građanski zakonik. Međutim vidim dva razloga da se koncepcija socijalne pravde

⁶³⁷Hesselink, M, W, Mak, C, and Rutgers, W, J, 2009, *Constitutional Aspects of European Private Law. Freedoms, Rights and Social Justice in the Draft Common Frame of Reference*, Amsterdam, Centre for the Study of European Contract Law (<http://ssrn.com/abstract=1413089> 2.8.2017.), p. 13.

⁶³⁸Hesselink, M, W, Mak, C, and Rutgers, W, J, 2009.

⁶³⁹Hesselink, M, W, Mak, C, and Rutgers, W, J, 2009.

⁶⁴⁰Hesselink, M, W, Mak, C, and Rutgers, W, J, 2009.

⁶⁴¹Hesselink, M, W, Mak, C, and Rutgers, W, J, 2009.

⁶⁴²Hesselink, M, W, Mak, C, and Rutgers, W, J, 2009.

⁶⁴³Hesselink, M, W, Mak, C, and Rutgers, W, J, 2009, p. 38.

nastani u preambuli budućeg zakonika. Prvi je praktičan. Mnogo je lakše usvojiti zakonik nego izmene Ustava. Naprosto prvi postupak je mnogo jednostavniji od drugog. Drugi razlog je taj što Građanski zakonik nije baš bilo kakav propis. Ako se prihvati stav da:

„građanski zakonik nije samo...zbir dosadnih paragrafa, kojima je manje više precizno određeno šta se sme, a šta ne sme, a koje upućeni mogu obrtati i natezati kako im kad zatreba. Zakonik je nešto mnogo više. Svaki njegov propis je izraz neke ideje, socijalne, filozofske, političke, religijske, ekonomske“⁶⁴⁴,

onda se može bez bojazni zaključiti da je preambula Građanskog zakonika adekvatno mesto za koncepciju socijalne pravde. Na taj način bi se, uostalom, konkretizovala odredba člana 1. Ustava kojom je propisano da je Republika Srbija država koja je zasnovana na socijalnoj pravdi. Konačno, postigla bi se i željena koherentnost u tumačenju načela i normi zakonika.

Sa druge strane, opet mi se može uputiti primedba da za takvom preambulom nema potrebe, da je ona višak, imajući u vidu da su ljudska prava ta koja ograničavaju posrnuće kakvo se desilo tridesetih godina u Nemačkoj, te da su brana ostvarenju takvih ideologija kakva je nacizam. Međutim, ta primedba bi bila na mestu kada bi na polju ideologije i koncepcija socijalne pravde postojala dihotomija: nacizam sa jedne strane i njegova suprotnost sa druge strane. Ali to nije tako. Prikazanih pet teroija socijalne pravde su sve nastale uzimajući u obzir ljudsko dostojanstvo i ljudska prava, pa se ipak razlikuju. U okviru koji daju ljudska prava, moguće je kretati se različitim putanjama i stvarati različite vrednosne sisteme. Tome svedoče razlike koje se grubo mogu povući između savremene Amerike i Evrope. Dok je prva više orijentisana prema liberalizmu, u drugoj još uvek dominiraju egalitarne ideje i politike. Ljudska prava ne mogu zameniti koncepciju pravde ni zbog toga što čak ni primena jednog te istog ljudskog prava nije svuda ista već je uslovljena kulturološkim i istorijskim faktorima. Na primer sloboda izražavanja je kao ljudsko pravo priznata kako u Sjedinjenim Američkim Državama, tako i u državama širom Evrope. Međutim, u pogledu ograničenja koja se ovoj slobodi mogu nametnuti kada je u pitanju sadržina koja se izražava, Evropa i Amerika se vidno razlikuju. Dok u SAD prevladava mišljenje da je sloboda govora neprikosnoveni i da čak i neonacisti imaju pravo da slobodno izraze svoje

⁶⁴⁴Konstantinović, M., 1982, Jugoslovenski građanski zakonik, *Anali pravnog fakulteta*, 3-4, str. 384.

stavove⁶⁴⁵, u Evropi se znaju granice slobodi izražavanja i one su na uopšten način zacrtane u stavu 2. člana 10. Evropske konvencije o ljudskim pravima.⁶⁴⁶ Dok glede nacizma i rasizma konkretno mnoge zemlje propisju izričite zabrane praćene kaznama za isticanje nacističkih simbola i izražavanje nacističkih ideja, pa je sloboda govora morala da ustukne pred anti-rasizmom i anti-nacizmom.⁶⁴⁷ Dakle, ljudska prava su samo deo koncepcije socijalne pravde, ali se pitanja socijalne pravde ne iscrpljuju uvažavanjem ljudskih prava. Potrebno je načelno urediti odnose među samim osnovnim slobodama, i njihov odnos sa drugim načelima pravde. Dobru ilustraciju za to predstavlja Rolsova teorija pravde.

Osim toga, ako se pogleda komentar na odluku nemačkog Saveznog ustavnog suda u slučaju *Bürgschaft*, koji daje Olha Čeredničenko (Olha Cherednychenko)⁶⁴⁸ može se videti da ljudska prava pružaju više od jednog odgovora na isto pitanje. Naime, ona tvrdi da jedno te isto pravo može da se upotrebi za odbranu obe strane, pa tako i banka i ćerka imaju pravo na ličnu autonomiju zagantovanu Ustavom; kao i da uputstvom koje je Ustavni sud dao da se u slučajevima velike nejednakosti stranaka mora štiti slabija strana nije odredio koliko daleko ta zaštita treba da seže.⁶⁴⁹ Da li, na primer, sve potencijalno štetne ugovore o jemstvu među članovima porodice treba smatrati suprotnim načelu savesnosti i poštenja ili ne?⁶⁵⁰ Končano ona kaže da je sud ovde u suštini iza tumačenja prava u skladu sa ljudskim pravima sakrio političku odluku, odnosno vodio računa o „politički poželjnom ishodu“, kao i da slični primeri iz sudske prakse Holandije pokazuju da se ta odluka mogla doneti već upotrebom načela savesnosti i poštenja, a bez posezanja za ljudskim pravima.⁶⁵¹ Mada se ne slažem sa njom da je posezanje za ljudskim pravima ovde stvorilo išta više neizvesnosti od posezanja za načelom savesnosti i poštenja, jer smatram da i jedno i drugo svoj sadržaj dobijaju odgovarajućim tumačenjem, slažem se sa njom da je odluka Ustavnog suda imala i političku dimenziju. Pojam socijalne države sa

⁶⁴⁵Kretzmer, D., 1987, Free Speech and Racism, *Cardozo Law Review*, 8, (<https://ssrn.com/abstract=2666418> 15. 8. 2017.), p. 446.

⁶⁴⁶Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, 1950, čl. 10., st. 2. (http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SRP.pdf 15. 8. 2017.).

⁶⁴⁷Kretzmer, D., 1987, pp. 448-449.

⁶⁴⁸Cherednychenko, O., O., 2008, Subordinating Contract Law to Fundamental Rights: Towards a Major Breakthrough or towards Walking in Circles?, in: Grundman, S., (ed.), *Constitutional Values and European Contract Law*, The Netherlands, Kluwer Law International, pp. 35-60.

⁶⁴⁹Cherednychenko, O., O., 2008, p. 43.

⁶⁵⁰Cherednychenko, O., O., 2008.

⁶⁵¹Cherednychenko, O., O., 2008, pp. 44-45.

kojim u vezi se sud pozivao na pravo na ličnu autonomiju ćerke jeste i politički pojam, a odluka suda odražava stav suda o tome koja je sadržina pojma socijalna država. Pitanja socijalne pravde jesu politička pitanja, i očigledno mogu uticati na balansiranje između dva ljudska prava. Tim pre valja imati određenu koncepciju pravde kako bi se izbegle nedoslednosti i proizvoljnosti i kako shvatanja o tome šta se pod socijalnom pravdom podrazumeva ne bi zavisila isključivo od tumačenja sudova. Konačno, ako se setimo da je nemački Savezni ustavni sud u slučaju *Liith* rekao da se sadržina ljudskih prava ostvaruje u kogentnim normama građanskog prava, kao i kada sudovi tumače pravo upotrebom građanskopravnih načela, a vidimo da i domet i odnos među ljudskim pravima jeste uslovljen političkofilozofskim nazorima, onda tim pre preambuli ima mesta u građanskom zakoniku. Koncepcija socijalne pravde i vrednosti koje bi sadržala, pomogli bi da ljudska prava u pravilima i načelima zakonika dobiju svoj izraz na dosledan i konzistentan način. Stoga smatram da preambula o kojoj ovde govorim svakako nije višak.

IV. Pravda u Nacrtu Građanskog zakonika Srbije

IV.1. Uvod

Kao što sam naveo u predhodnoj glavi, prilikom ocene nacrtu CFR-a grupa autora je navela pet kriterijuma pravednosti tog dokumenta. Da podsetim to su legitimitet koji se odnosi na proceduru donošenja pravila i učešće građana u njihovom donošenju, zaštita slabije strane, odgovarajuća ravnoteža između autonomije volje i solidarnosti, postojanje pravnih standarda koji omogućavaju sudovima da primene pravila na specifične situacije i preambula.⁶⁵² Smatram da u ovom radu nema mesta pitanjima procedure u kojoj se pravila donose. Pitanje legitimiteta jeste izazovnije na nivou EU nego na nacionalnom nivou, mada se i način donošenja propisa u nacionalnim državama može dovesti u pitanje kada se govori o učešću građana u odličivanju. No, mislim da je mesto takvim raspravama u radu sa malo drugačijom temom od ovog koji pišem, i da bi me upuštanje u takve rasprave odvelo daleko sa glavnog puta ovog rada. Zato ću pitanje legitimiteta, iako veoma važno, sada ostaviti po strani.

⁶⁵² Hesselink, M, W, Mak, C, and Rutgers, W, J, 2009, p. 13.

Kada se govori o zaštiti slabije strane obično se govori o zaštiti određene kategorije lica u ugovornim odnosima u kojima su pripadnici te kategorije lica tipično u lošijem položaju u odnosu na svoje saugovarače.⁶⁵³ Taj lošiji položaj proističe najčešće zbog male ekonomske moći ili neiskustva⁶⁵⁴ zbog čega takvi subjekti nisu u ravnopravnoj poziciji prilikom pregovora, ili ne mogu na adekvatan način da se upoznaju sa svojim pravima i obavezama. Tipičan primer slabije strane jesu potrošači i pravila koja se tiču njihove zaštite u ugovornim odnosima jesu odraz balansiranja između slobode ugovaranja i zaštite slabije strane. Međutim kako Nacrtom zakonika nije obuhvaćena zaštita potrošača, ovde neće biti reči o pravilima ugovornog prava koja se tiču zaštite potrošača. Ipak, osim potrošača govori se i o drugim kategorijama lica koja se mogu smatrati tipično slabijom stranom u ugovornim odnosima. To su između ostalih preduzetnici, mala i srednja preduzeća, podstanari i osobe koje van svoje delatnosti pružaju jemstvo za obaveze drugih prema privrednim subjektima, kao i o zabrani diskriminacije u ugovornim odnosima kao načinu zaštite slabije strane.⁶⁵⁵

Uspostavljanje ravnoteže između autonomije volje i solidarnosti izdvaja se u posebnu kategoriju u odnosu na prethodna pravila zbog toga što se radi o pravilima koja na opšti način regulišu ugovorne odnose, tj. ne primenjuju se samo na ugovore u kojima jedna strana pripada posebno zaštićenoj kategoriji lica.⁶⁵⁶ Osim toga ova pravila se ne odnose samo na ugovorne odnose jer se ograničavanje autonomije volje u korist opšteg interesa i solidarnosti vrši u drugim granama građanskog prava. Na primer u stvarnom pravu pravilima o zloupotrebi prava.⁶⁵⁷ U ugovornom pravu ovaj balans se uspostavlja pravilima o dužnostima obveštavanja pre

⁶⁵³ Hesselink, M, W, 2008, p. 28.

⁶⁵⁴ Hesselink, M, W, 2008.

⁶⁵⁵ Hesselink, M, W, 2008, pp. 32 – 38.

⁶⁵⁶ Hesselink, M, W, 2008, p. 39.

⁶⁵⁷ Hesselink, M, W, 2008, p. 15. Možda bi ispravnije bilo govoriti o pravilima kojima se štiti slabija strana kao jednom od instrumenata za postizanje ravnoteže između autonomije volje i solidarnosti, tj. kao vrsti pravila kojima se postiže ta ravnoteža. Jer je njihova razlika u odnosu na druga pravila o uspostavljanju te ravnoteže, kako je pokazano, to što se odnose samo na određenu vrstu ugovornih odnosa. Stoga su ona uži pojam obuhvaćen širim pojmom pravila kojima se uspostavlja ravnoteža između slobode i solidarnosti. Ali pretpostavljam da je profesor Hesselink, čiju analizu DCFR-a ovde koristim, njih izdvojio iz praktičnih razloga, tj. radi bolje preglednosti i naglašavanja nekih njihovih karakteristika. Tako gledano ta podela je korisna.

zaključenja ugovora, o obavezama u fazi pregovora i odgovornosti za odustajanje od pregovora, o promenjenim okolnostima itd.⁶⁵⁸

Pravna načela, tj. pravni standardi su odigrali važnu ulogu u socijalizaciji prava u dvadesetom veku. Omogućili su sudovima da zastarele devetnaestovekovne zakonike prilagode novim okolnostima.⁶⁵⁹ Zato je važno da ovi standardi postoje i u novim zakonicima i da su formulisani tako da sudovima omogućavaju da te nove zakonike mogu da prilagode nekim novim izazovima pred kojima se mogu u budućnosti naći imajući u vidu da je život uvek inventivniji od zakonodavca. Takvi standardi su načelo savesnosti i poštenja i standard moralnosti koji nameće pitanja na koja bi, prema profesoru Hesselinku, svaki moderni zakonik morao da odgovori.⁶⁶⁰ To su sledeća pitanja: Da li bi obaveze iz nemoralnih ugovora trebalo da budu utužive i da li se ugovor ima smatrati nemoralnim ako bi ispunjenje ugovorne obaveze dovelo do kršenja ljudskih prava?⁶⁶¹ Na primer da li je nemoralan ugovor o prodaji robe za čiju izradu je korišćen rad dece ili koju su proizvela lica koja su bila u položaju koji liči položaju robova?⁶⁶²

Navedene kriterijume ću i sam u ovoj glavi upotrebiti kako bih sproveo „političku analizu“⁶⁶³ Nacrta građanskog zakonika, i kako bih proverio kojoj koncepciji pravde norme kojima ću se baviti najviše odgovaraju. Imajući u vidu da se metod koji sam u uvodu prikazao pre svega odnosi na ugovorno pravo, odlučio sam da na listu pravila za analizu dodam i neka po sopstvenom izboru, a koja spadaju u druge grane građanskog prava. Tako će u ovoj analizi Nacrta svoje mesto naći i pravila o uređenju braka i vanbračne zajednice i stav autora Nacrta o uređenju zajednica života lica istoga pola. Konačno, pod lupu ću staviti i pravila kojima se ograničava pravo svojine u korist opšteg interesa i solidarnosti.

Ovoj analizi pristupam svestan njenih ograničenja jer se ne radi o „egzaktnoj nauci“⁶⁶⁴. Osim toga ona je ograničenog obima jer se ne bavi svim pravilima sadržanim u Nacrtu građanskog zakonika. Smatram da bi to bio preveliki posao za jednu osobu. Sa druge strane ona

⁶⁵⁸ Hesselink, M, W, 2008, pp. 41 – 42.

⁶⁵⁹ Hesselink, M, W, 2008, p. 43.

⁶⁶⁰ Hesselink, M, W, 2008, p. 49.

⁶⁶¹ Hesselink, M, W, 2008.

⁶⁶² Hesselink, M, W, 2008, p. 48.

⁶⁶³ Hesselink, M, W, 2008, p. 39.

⁶⁶⁴ Hesselink, M, W, 2008, p. 40.

je korisna jer držim da su odabrana pravila i u pogledu odnosa koje uređuju i u pogledu broja takva da mogu da ukažu na ideološki pravac Nacrta zakonika ili na određene ideološke nedoslednosti u njemu. Korisna je i zato što, uprkos tome što ne obuhvata ceo Nacrt, daje uputstvo za analizu onoga što je u ovom radu izostavljeno. Sa ovim ograničenjima na umu, prelazim na konkretna pitanja.

IV.2. Pravo na zaključenje braka, vanbračna zajednica i regulisanje istopolnih zajednica života

Autori Nacrta su brak odredili kao zajednicu isključivo muškarca i žene⁶⁶⁵. Po mom mišljenju ovo je sporno rešenje iz ugla ljudskog dostojanstva i lične autonomije svakog čoveka, što su vrednosti koje baštine sve predstavljene teorije pravde. No, takvo određenje u Nacrtu ne čudi, budući da su autorima ruke bile vezane Ustavom Republike Srbije koji brak određuje kao zajednicu života muškarca i žene.⁶⁶⁶ Prvo ću obrazložiti zašto je to Ustavno rešenje sporno, a zatim ću razmotriti koje su mogućnosti autori Nacrta imali na raspolaganju kako bi ublažili nepravdu koju Ustav čini.

Naime, Ustav ovakvim određenjem braka protivreči sam sebi. U članu 23. stavu 1. Ustava piše da je „ljudsko dostojanstvo neprikosnoveno i da su svi dužni da ga poštuju i štite“.⁶⁶⁷ Kako se to onda poštuje i štiti dostojanstvo odraslih i poslovno sposobnih osoba kojima se brani da stupe u brak samo zato što su istog pola? Čini mi se da se sa idejom neprikosnovenosti ljudskog dostojanstva ne podudara činjenica da neko drugi odlučuje o tome da li dve odrasle poslovno sposobne osobe koje to žele i između kojih ne postoje druge prepreke da stupe u brak to i mogu da učine. Činjenica da se drugi pitaju o tome, kao što sam jednom prilikom već napisao, besmislena je koliko i pitati nekoga

„da li je za to da svi nose plavu odeću subotom, ili da se u novembru jede samo pasulj...“

Ljudsko dostojanstvo nam daje pravo da sami odlučimo koje će boje biti naša odeća i koliko ćemo često jesti pasulj, kao što nam daje pravo da se venčavamo sa kime god

⁶⁶⁵Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, 2015, čl. 2214.

⁶⁶⁶Član 62. US, *Sl. glasnik RS*, br. 98/2006.

⁶⁶⁷Član 23., st. 1., US, *Sl. glasnik RS*, br. 98/2006.

želimo, dokle god se radi o slobodnom obostrano izraženom pristanku dva punoletna lica da stupe u životnu zajednicu.“⁶⁶⁸

No, kao što sam rekao, autorima Nacrta su ovde ruke bile vezane Ustavom, pa za otklanjanje ove protivrečnosti iz Ustava treba sačekati neku njegovu reformu. Ali šta su autori Nacrta mogli da urade? Prvo, čini mi se da je najjednostavnije rešenje bilo istopolne zajednice podvesti pod pojam vanbračne zajednice, budući da Ustav ne propisuje izričito da je vanbračna zajednica, zajednica muškarca i žene. Ustav, istina, propisuje da je vanbračna zajednica izjednačena sa brakom⁶⁶⁹, ali ne daje njenu definiciju, tako da deluje da se ova odredba ne mora tumačiti tako da zabranjuje istopolne vanbračne zajednice. Međutim, i tu su ruke autorima Nacrta bile vezane odlukom Ustavnog suda Republike Srbije koji pomenutu normu Ustava tumači tako da ona znači da je i vanbračna zajednica zajednica muškarca i žene.⁶⁷⁰ Ustavni sud je ovu odluku doneo odlučujući o predlogu Beogradskog centra za ljudska prava da se ispita ustavnost člana 4. stava 1. Porodičnog zakona Srbije („*Sl. glasnik RS*“, br. 18/05) kojim je vanbračna zajednica definisana kao zajednica muškarca i žene. Suštinska tvrdnja podnosioca predloga je bila da su lica u istopolnim zajednicama života diskriminisana u odnosu na lica koja su u suštinski istom ili sličnom položaju tj. u braku ili vanbračnoj zajednici jer nemaju ista prava kao i lica u dve poslednje zajednice, pri čemu za takvo razlikovanje ne postoji valjani razlog.⁶⁷¹ Tako se na primer ističe da se ovakvim određenjem vanbračne zajednice lica u istopolnim zajednicama života lišavaju prava na sticanje zajedničke imovine, prava na zakonsko nasleđivanje, prava na izdržavanje itd.⁶⁷² Ustavni sud je naprotiv smatrao da postoji razumno opravdanje za ovakvo razlikovanje jer se pojam braka i vanbračne zajednice kao zajednica isključivo muškarca i žene temelji na „zaštiti porodičnih odnosa i porodice“ čiji je osnov ovakvo tradicionalno poimanje braka i sa njim izjednačene vanbračne zajednice.⁶⁷³ Ustavni sud na kraju dodaje da „ne postoje pravne smetnje da se osobama istog pola koje žive u trajnijoj ekonomskoj i emocionalnoj

⁶⁶⁸Radonjić, A.,2014., Da li ste za istopole brakove – pogrešno pitanje, *Peščanik*, (<http://pescanik.net/da-li-ste-za-istopolne-brakove-pogresno-pitanje/> 7.11.2017.).

⁶⁶⁹Član 62., st. 5., US, *Sl. glasnik RS*, br. 98/2006.

⁶⁷⁰IY-347/2005, *Sl. glasnik RS*, br. 18/2011, (<http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Latn-CS/6916/?NOLAYOUT=1>), str. 5.

⁶⁷¹IY-347/2005, *Sl. glasnik RS*, br. 18/2011, str. 1.

⁶⁷²IY-347/2005, *Sl. glasnik RS*, br. 18/2011, str. 2.

⁶⁷³IY-347/2005, *Sl. glasnik RS*, br. 18/2011, str. 8.

zajednici priznaju određena prava koja uživaju vanbračni partneri.⁶⁷⁴ Stoga je autorima Nacrta preostalo jedino još da uredi zajednice života osoba istoga pola po ugledu na vanbračnu zajednicu. Međutim, to je izostalo. U Nacrtu je načinjena napomena u kojoj piše da je u javnoj raspravi neophodno

„da se svestrano sagleda mogućnost zakonskog regulisanja istopolnih zajednica, posebno uvažavajući različita mišljenja, stavove koji bi bili pravno relevantni u eventualnoj pripremi posebnog zakona.“⁶⁷⁵

Teško je osloboditi se utiska da su članovi komisije za izradu Nacrta GZ-a time samo pokušali da se reše, za jedan deo javnosti, kontroverzne teme. Ne vidi se razlog da se pitanje istopolnih zajednica ne reši već u Građanskom zakoniku, kao što se ni najvažnija pitanja obligacionog prava npr. ne ostavljaju nekom posebnom zakonu koji tek treba doneti da ih uredi. Čak i ako grešim kada kažem da instituciju braka treba koncipirati tako da bude slepa za to kog su pola supružnici, i ako se prihvati stav da brak mora ostati zajednica muškarca i žene⁶⁷⁶ pitanje zajednica života lica istoga pola treba da bude uređeno građanskim zakonikom. Takav je stav i dela stručne javnosti koji zastupa stanovište da brak mora ostati uređen kao zajednica muškarca i žene.⁶⁷⁷ Autori Nacrta su, kako je pokazano, ipak propustili da uredi ovo pitanje. Ovim

⁶⁷⁴ IY-347/2005, *Sl. glasnik RS*, br. 18/2011.

⁶⁷⁵ v. n. 7 u: Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, 2015, str. 558.

⁶⁷⁶ Videti npr. Šarkić, N. i Počuča, M., Prilog javnoj raspravi povodom predloga Građanskog zakonika Republike Srbije u oblasti porodično – pravne zaštite, u: Šarkić, N. (ur.), 2015, *Novi propisi u Republici Srbiji*, Beograd, str. 112.

⁶⁷⁷ vidi npr. Šarkić, N. i Počuča, M., 2015, str. 114. Autori zastupaju stanovište da partnerske odnose u budućem Građanskom zakoniku treba regulisati tako što će se predvideti brak kao zajednica života muškarca i žene koja se sklapa u svečanoj formi kao i do sada, zatim registrovana vanbračna zajednica čije bi sklapanje i raskid bili mnogo jednostavniji od sklapanja ili razvoda braka, potom registrovana zajednica života osoba istoga pola koja bi glede imovinskopravnih odnosa životnih partnera i glede sklapanja i prestanka bila uređena kao i registrovana vanbračna zajednica. (vidi str. 112 – 114.) Autori, takođe predlažu i da se uredi neregistrovana vanbračna zajednica i neregistrovana zajednica života lica istoga pola što bi značilo da prva ima status kakav danas ima vanbračna zajednica, a druga status sličan njoj u tom smislu što bi partneri u obe zajednice imali poteškoće koje opisujem u glavnom tekstu. (vidi str. 113 – 115.). Insistiranje na registraciji dve nebračne zajednice, da ih tako nazovem, i uređenje odnosa partnera u tim zajednicama shodno bračnim autori pravdaju praktičnim razlozima; pretpostavka je da bi se time otklonili problemi oko dokazivanja kada su ove nebračne zajednice nastale ili prestale i rešila bi se pitanja koja se u praksi često javljaju kada se radi o rešavanju imovinskopravnih pitanja životnih partnera. (str. 112 i 114.). Na prvi pogled, zahtev za registracijom nebračnih zajednica kako bi one proizvodile ista imovinskopravna dejstva kao i brak deluje kao narušavanje slobode. Međutim, ako bi se time otklonili praktični problemi koji dovode životne partnere koji ne žele da zaključie brak u suštinski neravnopravan položaj, i ako je to najbolji način da se ti problemi reše, onda bi takvo rešenje više ličilo na ono što Rols naziva uređivanjem umesto ograničavanja slobode. (vidi gore II.2.d.).

propustom je stvoren Nacrt zakonika koji, kao i Ustav, sadrži protivrečnost. Nacrt naime, suprotno vrednostima koje promoviše u članu 2. ne reguliše zajednice života osoba istog pola.

Kako je to protivrečnost? Tako što u pomenutom članu Nacrta Zakonika piše „da se sva ljudska bića rađaju jednaka u dostojanstvu i pravima“ i da „Zakonik svojim odredbama teži ostvarenju vrline pravde.“⁶⁷⁸ Posledice toga što zajednica života lica istoga pola ni na koji način nije priznata ni uređena budućim Zakonikom su višestruke. Primera radi, sve odredbe Nacrta zakonika koje se tiču prava na izdržavanje supružnika ili vanbračnih partnera, ili koje uređuju npr. njihove imovinskopravne odnose ne važe za partnere u istopolnoj zajednici života, iako je ta zajednica po sadržni jednaka zajednici života supružnika ili vanbračnih partnera. Dakle, ne može se govoriti o jednakosti svih u dostojanstvu i pravima ako neki u životnoj zajednici imaju određena prava jedni prema drugima, a drugi u istoj takvoj zajednici ta prava nemaju samo zbog jednog svog ličnog svojstva, a to je seksualna orijentacija. Tako, na primer, ako dve osobe istog pola žive u zajednici života i kupe stan zajedničkim sredstvima, a upis prava svojine se na tom stanu izvrši samo na ime jednog od životnih partnera, u tom slučaju drugi životni partner ne uživa zaštitu kakvu član 2416. stav 2. Nacrta u tom slučaju pruža supružniku. Tim pravilom je propisano da će se, iako je u javnom registru upisan samo jedan od supružnika kao vlasnik nepokretnosti, smatrati da je upis izvršen na ime oba supružnika. Istu zaštitu uživa i vanbračni partner zahvaljujući članu 2441. Nacrta, ali kao što sam rekao ne i životni partner u istopolnoj zajednici života imajući u vidu da su i brak i vanbračna zajednica definisani kao zajednice života muškarca i žene. Nema ravnopravnosti ni jednakosti u dostojanstvu ako imovinu koju su životni partneri istoga pola zajednički sticali ne mogu da naslede u slučaju smrti svoga partnera, osim ako taj partner nije sačinio testament kojim svoga životnog partnera označava kao naslednika. Upravo to proizlazi iz člana 2602. st. 1. Nacrta kojim je određeno ko se smatra zakonskim naslednicima⁶⁷⁹, kao i iz člana 2633. Nacrta kojim su određeni nužni naslednici.⁶⁸⁰ Ni u jednom,

⁶⁷⁸Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, 2015, član 2.

⁶⁷⁹Član 2602., st. 1. Nacrta glasi: „Na osnovi zakona, ostavioca nasleđuju: njegovi potomci, njegovi usvojenici i njihovi potomci, njegov supružnik, njegovi roditelji, njegovi usvojioci, njegova braća i sestre i njihovi potomci, njegovi dedovi i babe i njihovi potomci i njegovi ostali preci.“ Kako je vanbračni partner izjednačen sa supružnikom, vanbračna zajednica definisana kao zajednica muškarca i žene, a nema pomena životnog partnera istoga pola u citiranom članu jasno je da životni partner ostavioca nije predviđen ni u jednom naslednom redu.

⁶⁸⁰Član 2633., st. 1. Nacrta glasi: „Nužni naslednici su ostaviočevi: potomci, usvojenici i njihovi potomci, supružnik, roditelji, usvojioc, braća i sestre, dedovi i babe i ostal preci.“ Dakle, opet nema pomena životnog partnera ostavioca koji je istog pola.

ni u drugom članu Nacrta se ne može naći osnova da životni pratneri iz istopolne zajednice života mogu da uđu u krug kako zakonskih, tako ni nužnih naslednika. Dakle, ako jedno lice umre, a ne ostavi zaveštanje, a živelo je u zajednici života sa osobom istoga pola, onda partner tog lica neće moći da ga nasledi s obzirom da ne spada u krug zakonskih naslednika. Ako jedno lice umre i za sobom ostavi zaveštanje kojim svu svoju imovinu na primer ostavlja nekome trećem, onda njegov istopolni partner neće uživati zaštitu koju pružaju pravila o nužnom naslednom delu, jer ne ulazi u krug nužnih naslednika.

Tračak nade pružaju pravila o tumačenju budućeg Zakonika. Naime, članom 14. Nacrta predviđeno je da će se na određeni „odnos koji nije regulisan Zakonikom ili opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima“ primeniti „zakonska odredba koja reguliše sličan pravni odnos.“⁶⁸¹ Kako zajednica života između lica istoga pola jeste odnos sličan odnosima supružnika odnosno vanbračnih partnera jer se radi o zajednici života dva lica koja se od prve dve zajednice razlikuje samo po tome što su članovi te zajednice istoga pola, tako ima osnova da se pravila kojima se uređuju brak i vanbračna zajednica shodno primene i na zajednice života lica istoga pola. Međutim, i tada postoji neravnopravnost jer su, za razliku od heteroseksualnih bračnih ili vanbračnih parova, istopolni partneri ostavljeni u neizvesnosti da li će sudovi na ovaj način primeniti član 14. budućeg Zakonika. Osim toga nije samo neizvesnost o tome kako će sudovi tumačiti taj član izvor neravnopravnosti, već i sama činjenica da se na sud mora ići i u onim situacijama u kojima lica u sličnim odnosima to ne moraju. Dakle, istopolni životni partneri su u nepovoljnijoj poziciji u odnosu na druga lica u sličnim odnosima, a bez ikakvog valjanog razloga. Stoga, član 14. može poslužiti samo kao prelazno rešenje, ne i kao konačno rešenje.

Ovakvo stanje u Nacrtu nije u skladu ni sa jednom od predstavljenih teorija pravde. Teško je zamislivo da bi Džon Stjuart Mil na primer, da je živ, podržao zabranu licima istoga pola da zaključuju brak. U najmanju ruku bi zahtevao da se njihove zajednice života uredi zakonom kako bi se nepravde o kojima sam gore govorio otklonile. Ovo tvrdim zato što je Mil još u XIX veku pisao o ličnoj slobodi i o tome kako se ni zakon ni moral ne smeju mešati u stvari čisto lične prirode. Tako on kaže:

⁶⁸¹Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, 2015, član 14.

„Onog trenutka kada ponašanje jednog lica negativno utiče na interese drugih, društvo je nadležno za njega, a pitanje da li opšte dobro hoće ili neće biti šticeeno mešanjem u to ponašanje postaje otvoreno za raspravu. Ali nema mesta takvom pitanju kada ponašanje jednog lica ne utiče na druge do njega samog, ili ne mora da utiče na druge sem ako oni to ne žele (ako se radi o punoletnim osobama i uobičajenog stepena razumevanja).“⁶⁸²

Dakle, teško je reći kako želja dva punoletna, poslovno sposobna lica istoga pola da žive zajedno i da tu zajednicu čak odenu u svečanu formu braka ugrožava druge građane. Takva odluka utiče jedino na ta dva lica i ni na koga drugog. Možda se nekim građanima to neće svideti, neće im biti po ukusu, ali to za Mila ne bi bili legitimni interesi radi kojih bi trebalo ograničiti slobodu dva lica istoga pola da žive zajedno i da njihova zajednica života bude uređena zakonom kao i druge zajednice života. On jasno kaže da građani sa aktima pojedinca koji se samo njega tiču mogu izraziti neslaganje, ili da ga mogu izbegavati ako smatraju da je to u njihovom interesu, ali da je to sve što društvo može učiniti.⁶⁸³ Zato dovođenje građana koji žive u istopolnim zajednicama života u nejednak položaj pred zakonom u poređenju sa građanima koji žive u heteroseksualnim zajednicama života nije opravdano iz ugla utilitarizma.

Čak ni kasnija varijanta utilitarizma koja se može sublimirati u Paretovom načelu efikasnosti ne može da opravda ovakav položaj lica istoga pola u Nacrtu jer urediti njihove zajednice života, što će reći poboljšati njihov položaj, ne pogoršava položaj drugih građana. Stoga je iz ugla utilitarizma ovakvo stanje u Nacrtu GZ-a neprihvatljivo.

Ovakav tretman životnih zajednica lica istoga pola u Nacrtu nije u skladu ni sa Rolsovom teorijom pravde. Prvo načelo njegove teorije pravde jeste načelo jednakih sloboda za sve, pri čemu se neka sloboda može ograničiti samo radi održanja ukupnog sistema sloboda, tj. samo onda kada predstavlja opasnost po slobodu uopšte. Teško da sloboda zaključivanja braka lica istoga pola ili bar pravno uređivanje njihovih zajednica života predstavlja opasnost po ukupni sistem sloboda. Ničija sloboda da zaključi brak, ili bilo koja druga sloboda neće biti umanjena ili ugrožena time što će dve osobe istog pola moći da zaključe brak, ili time što će i njihove zajednice života biti uređene tako da imaju ista prava i obaveze kao supružnici odnosno

⁶⁸²Mill., J., S., 2001, *On Liberty*, Ontario, Batoche Books, pp. 69 – 70. (Prvi put objavljeno 1859. godine).

⁶⁸³Mill., J., S., 2001b, p. 86.

vanbračni partneri. Osim toga, ako se vratimo Rolsovom velu neznanja i izvornoj poziciji, te tom misaonom eksperimentu dodamo i činjenicu da niko ne zna da li će se roditi kao osoba heteroseksualne ili homoseksualne orijentacije, onda je jasno da bi svako u izvornoj poziciji želeo da može da, ako to poželi, stupi u brak sa osobom koju voli, da ta osoba može da ga nasledi iako nije ostavio zaveštanje itd. bez obzira na to kakva će njegova seksualna orijentacija biti kada se veo neznanja podigne. Dakle, i oni koji su sada protiv uređivanja istopolnih zajednica života ili priznavanja prava na brak osobama istoga pola, prema Rolsovoj hipotezi bi u izvornoj poziciji imali suprotno stanovište. Stoga, prema Rolsovoj teoriji pravde opisano stanje u Nacrtu je nepravedno i u neskladu sa prvim načelom pravde.

Što se tiče Nozikove teorije pravde videli smo njegovu tvrdnju da su svi pojedinci u morlanom smislu jednaki i da se ljudi ne mogu instrumentalizovati za postizanje ciljeva drugih ljudi. On dalje tvrdi da se ne može neko drugi, pa ni država odnosno društvo u ime pojedinaca odricati nekog njihovog dobra, već da to mogu samo ti pojedinci o čijim dobrima se radi i to opet radi postizanja neke veće dobrobiti za sebe. Ako se imaju u vidu stavovi koje su Finis i Džordž izneli o braku, vidi se da se primedbe na brak osoba istog pola mogu podeliti na one moralne prirode tj. da takav brak nije u skladu sa njihovim shvatanjem morala, ali i na one (kvazi)empirijske kakve su da se osobe istoga pola ne mogu istinski voleti već da se radi o čistom zadovoljenju nagona. Takođe, u svakodnevnom diskursu na ovu temu mogu se čuti stavovi da brak lica istoga pola nije moralan, da je institucija braka nešto posebno itd. Ako su to razlozi da se ne dozvoli skalapanje braka osoba istog pola ili da se ne uredi njihova zajednica života po ugledu na vanbračnu zajednicu onda to iz ugla Nozikove teorije pravde nisu valjani razlozi. Shvatanja o moralu nekih lica nemaju veću vrednost od poimanja drugih lica o tome šta je moralno, kao što ni život nekih pojedinaca ne sme biti poligon za treniranje strogoće moralnih načela kojih se drže drugi pojedinci. Ili drugačije rečeno ne može se država ili društvo odreći nečijeg dobra zajedničkog života da li u formi braka ili bar uređene zajednice života. Ako država ne može, prema Noziku, posezati u džepove građana i njihovu ličnu autonomiju radi održavanja različitih institucija društva, sem onih koje čine minimalnu državu, onda ne može stavljati homoseksualne parove u gori položaj od heteroseksualnih parova radi održavanja jedne koncepcije institucije braka ili vanbračne zajednice kada to ograničava ličnu autonomiju prvih i posredno zadire u njihovu imovinu jer, kao što sam pokazao dovodi do toga da kada god nema zaveštanja jedan partner u istopolnoj zajednici života može ostati bez imovine koju je zajednički

sticao sa ostavioem ili ga bar dovesti u poziciju da svoju imovinu mora da štiti na sudu u situaciji kada drugi građani to ne moraju. Dakle, Nacrt pada test i Nozikove teorije pravde kada je u pitanju uređenje zajednice života osoba istog pola.

Što se tiče teorije o mogućnostima Marte Nussbaum činjenica da životne zajednice partnera istog pola nisu regulisane Nacrtom, kao i potencijalne posledice tog ćutanja Nacrta koje sam opisao u suprotnosti su sa onim što je u toj teoriji postavljeno kao minimum socijalne pravde. Naime, jedna od deset osnovnih mogućnosti kako smo videli jeste pripadanje. Ona, pored ostalog, znači da svaki pojedinac mora biti tretiran kao „dostojanstveno biće čija vrednost je jednaka vrednosti drugih. To podrazumeva odredbe protiv diskriminacije na osnovu rase, pola, seksualne orijentacije, etniciteta, kaste, religije, nacionalnog porekla.“⁶⁸⁴ Ako Nacrtom zajednice života lica istoga pola nisu uređene, za razliku od zajednica života heteroseksualnih osoba i zbog toga su homoseksualna lica u gorem položaju u sličnim situacijama u odnosu na heteroseksualna lica, onda to predstavlja diskriminaciju po osnovu seksualne orijentacije. Dalje, u okviru desete mogućnosti Nussbaum pominje pravo da se ima imovina i da se bude ravnopravan u posedovanju imovinskih prava.⁶⁸⁵ U tom smislu su istopolni partneri, opet po osnovu svoje seksualne orijentacije, oštećeni jer ne mogu da naslede imovinska prava kao i ostali građani, a kao što sam objasnio mogu doći u situaciju da prava koja su stekli moraju da brane na sudu kada uobičajeno drugi građani to ne bi morali, jer se može dogoditi da imovina koju su zajedno sa svojim partnerom sticali bude tretirana kao zaostavština njihovog partnera, a da oni formalno pravno ne mogu da učestvuju u njenoj raspodeli. Dakle, Nacrt u ovom pogledu pada test i teorije o mogućnostima.

⁶⁸⁴Nussbaum, M., 2011, ch. 2, para.34.

⁶⁸⁵Nussbaum, M., 2011.

IV.3. Zaštita slabije strane u ugovornim odnosima

IV.3.a. Nepoštene ugovorne odredbe

Kao što sam već napomenuo u uvodu više je instrumenata zaštite slabije strane u ugovornim odnosima, a više je i kategorija slabijih strana. Prvi instrument kojim ću se ovde pozabaviti jeste kontrola nepoštenih ugovornih odredbi koja se smatra paradigmom zaštite slabije strane i instrumenta za uspostavljanje pravde u ugovornim odnosima.⁶⁸⁶ Pod ovim institutom misli se na kontrolu ugovornih odredbi koje su deo opštih uslova poslovanja, tj. to su one ugovorne odredbe koje nisu bile predmet pregovora između dve ugovorne strane već ih je jednostrano odredio jedan od saugovarača.⁶⁸⁷

U Nacrtu su ovoj temi posvećena četiri člana.⁶⁸⁸ Članom 283. stavom 1. Nacrta definišu se opšti uslovi poslovanja, u stavu 2. se predviđa obaveza da ti uslovi „moraju biti objavljeni na uobičajeni način“, a iz stava 3. sledi da su oni obavezujući za drugu ugovornu stranu samo ako su joj bili „poznati ili dostupni“ u času zaključenja ugovora. Članom 284. stavom 1. Nacrta predviđena je ništavost onih odredbi opštih uslova poslovanja koje su protivne „cilju zaključenog ugovora ili dobrim poslovnim običajima“, dok se u stavu 2. Nacrta kaže da sud „može odbiti primenu“ odredbi „koje lišavaju drugu stranu prava da stavi prigovore ili onih na osnovu kojih ona gubi prava iz ugovora ili gubi rokove ili koje su inače nepravične ili preterano stroge prema njoj.“ Ova dva člana nisu neka novina jer su skoro od reči do reči preuzeti iz Zakona o obligacionim odnosima.⁶⁸⁹ Treći član koji reguliše opšte uslove poslovanja je u stvari predložen kao alternativa i to je član 285. Nacrta koji u drugom stavu otvara mogućnost da organizacije potrošača ugovore sa privrednim subjektima opšte uslove poslovanja koji bi posle važili u svakom pojedinačnom ugovoru sa potrošačima. Članom 232. je propisano da će se nejasne odredbe ugovora koji je unapred pripremila jedna strana tumačiti u korist druge strane. I ovaj član

⁶⁸⁶Beal, H., Fauvarque – Cosson, B., Rutgers, J., Tallon, D., Vogenauer, S., 2010, pp. 828 and 757.

⁶⁸⁷ Beal, H., Fauvarque – Cosson, B., Rutgers, J., Tallon, D., Vogenauer, S., 2010, p. 757.

⁶⁸⁸Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, 2015, čl. 283 – 285 i čl. 232.

⁶⁸⁹ Radonjić, A., 2017, Unfair Contract Terms and SMEs in BW and Draft CC of Serbia, *Strani pravni život*, 4, p. 243. U tom smislu, uporediti čl. 283 – 284. Nacrta i čl. 142 – 143. ZOO.

je prepisan iz ZOO.⁶⁹⁰ U ovoj analizi fokusiraću se na prva dva člana Nacrta koji se tiču opštih uslova poslovanja i na član 232. Nacrta.

Važna obeležja opštih uslova poslovanja jesu jednostrana određenost i dopunska uloga. Dakle, njih je unapred odredila jedna ugovorna strana, pa oni nisu bili predmet pregovora, kao što se vidi iz formulacije člana 283. stav 1. Nacrta. Njihova uloga je da dopune ono što je ugovoreno ili određeno dispozitivnim normama zakona, tj. da uredi detalje koje zakon nije uredio i o kojima se „obično ne isplati pregovarati“ budući da bi pregovori o takvim pojedinostima oduzeli previše vremena.⁶⁹¹ Način na koji su nepoštene odredbe opštih uslova poslovanja određene kao i posledice tog nepoštenja su veoma sporni. Kao što se vidi iz člana 284. Nacrta uveden je dvostruki standard. U prvom stavu tog člana nedvosmisleno se kaže da su odredbe protivne cilju ugovora i dobrim poslovnim običajima ništave, a u drugom stavu se daje sloboda sudu da bira da li će da odbije primenu normi koje jesu nepravedne ili neće. Nejasno je zašto bi odredbe opštih uslova poslovanja koje su protivne cilju ugovora, ili dobrim poslovnim običajima bile ništave, a norme koje drugu stranu lišavaju određenih prava i prigovora ili su prema njoj *inače nepravične* ili *preterano stroge*, ne bi bile ništave. Zašto ovo drugo predstavlja manju štetu nego ono prvo? Da li postoje dobri poslovni običaji koji podrazumevaju ugovorne odredbe koje su *inače nepravične*, pa takve odredbe ponekad ipak treba ostaviti na snazi? Jer upravo to sledi iz ovakvog dualiteta uspostavljenog članom 284. stavom 2. Nacrta.

Ipak, neki autori tvrde da je dualitet prividan i samo posledica loše formulacije propisa, a da su sudovi dužni da odbiju primenu onih ugovornih odredbi koje su nepravične bilo prema kriterijumu iz stava 1. bilo prema kriterijumu iz stava 2. člana 284. Nacrta.⁶⁹² Da li je to zaista tako i u praksi teško je reći. U predgovoru uz Zakon o obligacionim odnosima Slobodan Perović, jedan od autora Nacrta, napisao je kako deset godina posle usvajanja Zakona o obligacionim odnosima „sudska praksa nije u dovoljnoj meri koristila“ ovlašćenja koja joj daje član 143. ZOO⁶⁹³, a čija je kopija član 284. Nacrta. Pokušao sam da pronađem neku odluku suda koja bi mi

⁶⁹⁰ videti član 100. ZOO.

⁶⁹¹ Vukotić, M., 2014, Kritički osvrt na pravni režim opštih uslova poslovanja u srpskom pravu, *Pravo i privreda*, 7/9, str. 377.

⁶⁹² Vukotić, M., 2014, str. 384. Napominjem da je autor mislio na član 143. ZOO, ali kako tekst tog člana ZOO preuzet i neizmenjen unet u član 284. Nacrta, tako zaključak autora važi i za ovaj poslednji.

⁶⁹³ Zakon o obligacionim odnosima, 2006, *Službeni list Srbije i Crne Gore*, Beograd, str. 103.

pokazala kako danas sudovi primenjuju ovaj član ZOO, ali bez uspeha. Istina, moja potraga nije bila iscrpna i svela se na pretragu jedne nezavisne baze sudske prakse i pregled sudske prakse na sajtovima nekoliko sudova u Srbiji. Međutim verujem da činjenica da već takvom pretragom nisam mogao da nađem odluku koja bi ukazala na to kako sudovi tumače član 143. ZOO ukazuje na bar retku primenu ovog člana u našoj sudskoj praksi. Pri čemu mi je teško da zamislim da slučajeva nepoštenih odredbi opštih uslova poslovanja, ili bar sporova o tome da li su neke odredbe takve, nije bilo od 1978. godine do danas. Jedan od mogućih zaključaka jeste da su sudovi član 143. stav 2. ZOO razumeli tako da imaju slobodu i da ne odbiju primenu nepravičnih uslova ili se uopšte nisu upuštali u ispitivanje takvih uslova budući da nije izričito propisano da su ništavi. U svakom slučaju, bilo bi bolje otkloniti neizvesnost, i u interesu pravne sigurnosti propisati jasan i jedinstven kriterijum nepravičnosti opštih uslova poslovanja i nedvosmisleno reći da li su odredbe tih uslova za koje se utvrdi da su nepravične ništave ili ne. Nije dobro što se u Nacrt preselila sva neizvesnost koju sobom nosi član 143. ZOO-a.

Ono što sa aspekta neke od teorija socijalne pravde može biti veći problem jeste i krug lica kojima je zaštita iz članova 283. i 284. Nacrta namenjena. Kao i ZOO, tako i Nacrt od nepravičnih uslova poslovanja jednako štiti velike i male privredne subjekte. Opravdano se može postaviti pitanje da li je zaštita, ili bar isti stepen zaštite, potreban i velikim kompanijama i nekom preduzetniku ili malom ili srednjem preduzeću (MSP). U literaturi je sve više argumenata za kategoričku zaštitu preduzetnika, kao i malih i srednjih preduzeća od nepoštenih ugovornih klauzula u ugovorima sa velikim privrednim subjektima. Govori se da ta zaštita treba da bude slična zaštiti koja se pruža potrošačima, jer su i razlozi za zaštitu potrošača od nepoštenih ugovornih odredbi slični razlozima za zaštitu MSP.⁶⁹⁴

Da vidimo koji su to razlozi navedeni za zaštitu potrošača od nepoštenih odredbi opštih uslova poslovanja i da li ima sličnosti između MSP i potrošača. Prvo se navodi da potrošači nemaju pregovaračku moć, te da ne mogu da utiču na sadržinu opštih uslova poslovanja.⁶⁹⁵ S tim u vezi se kaže da onda neće ni pokušavati da ih promene jer je to uzaludna bitka, a onda ni privredni subjekti nemaju podsticaj da nude povoljnije uslove poslovanja od svojih konkurenata,

⁶⁹⁴ Radonjić, A., 2017, p. 240.

⁶⁹⁵ Klijnsma, J., G., 2014, *Contract law as fairness: a Rawlsian perspective on the position of SMEs in European contract law*, PhD Thesis, Amsterdam Law School University of Amsterdam, Amsterdam, p. 102.

tako da se radi o problemu koji *nevidljiva ruka tržišta* ne može da popravi, te je potrebno intervenirati.⁶⁹⁶ Drugo, potrošači imaju manjak informacija o proizvodima i uslugama koje na tržištu pribavljaju jer se tipično povremeno upuštaju u takve transakcije, dok se poslovni subjekti redovno bave takvim poslovima pa poseduju više znanja i iskustva kada je reč o pregovaranju i uslovima poslovanja.⁶⁹⁷ Treće, potrošači su fizička lica koja iza sebe nemaju organizaciju ili tim ljudi koji može da preispita njihove odluke, proveriti opšte uslove poslovanja koji su ponuđeni i na taj način umanjiti dejstvo emocija, umora, neznanja ili ograničene racionalnosti.⁶⁹⁸ Četvrto, poslovni subjekti učestvuju na tržišnoj utakmici na kojoj bi najbolji trebalo da pobeđuju, a loši da nestaju kako bi kapital bio investirano u prave poduhvate, dok potrošači nisu takmaci na tržištu već proizvode i usluge pribavljaju kao pojedinci za lične potrebe i zadovoljstvo.⁶⁹⁹ Glede prvog razloga opravdano se povlači znak jednakosti između potrošača i nekih privrednih subjekata. Zaista je upitno kolika je pregovaračka moć preduzetnika ili malog porodičnog preduzeća koji svoje usluge ili proizvode treba da prodaju recimo velikoj kompaniji koja je vlasnik velikog lanca maloprodajnih objekata. Nesrazmera u ekonomskoj moći ugovarača u ovim situacijama svakako utiče i na moć slabije strane u tom odnosu da utiče na sadržinu opštih uslova poslovanja jače strane. Ili zamislimo na trenutak slobodnog novinara (*freelancer*) koji kupuje lap-top kako bi mogao da radi svoj posao, i zapitajmo se da li to što lap-top kupuje za potrebe svog posla, a ne kao potrošač zaista menja njegov položaj u odnosu na prodavca tehničke opreme i da li zaista to menja njegovu moć da utiče na opšte uslove poslovanja prodavca.⁷⁰⁰ Tako, ni MSP, ili bar neke kategorije MSP neće imati razloga da pokušaju da utiču na sadržinu opštih uslova poslovanja svojih moćnijih saugovarača, pa će se i u ovim odnosima javiti ista vrsta neuspeha tržišta kao i u odnosima sa potrošačima – neće biti pritiska konkurencije da se nude bolji opšti uslovi poslovanja ni MSP.⁷⁰¹ Primer sa novinarom ilustruje i situaciju u kojoj i profesionalci mogu stupati u ugovorne odnose povodom proizvoda i usluga koji su van okvira njihove ekspertize i to čine povremeno, pa i tu, kao i kod potrošača, postoji asimetrija u informisanosti, znanju i iskustvu. Dalje, ograničena racionalnost i nemogućnost da se provera uslova poslovanja i uopšte

⁶⁹⁶ Klijnsmas, J., G., 2014, pp. 138 – 139.

⁶⁹⁷ Klijnsmas, J., G., 2014, p. 102.

⁶⁹⁸ Klijnsmas, J., G., 2014.

⁶⁹⁹ Klijnsmas, J., G., 2014, p. 103

⁷⁰⁰ Klijnsmas, J., G., 2014, p. 104.

⁷⁰¹ Klijnsmas, J., G., 2014, pp. 138 – 139.

provera racionalnosti odluka delegira osobama specijalizovanim za to pogađa MSP (preduzetnike i najmanja preduzeća sigurno) kao i potrošače.⁷⁰² Sve gore rečeno, vodi nas i do poslednjeg argumenta za zaštitu potrošača, ali ne i privrednih subjekata. Kako je pokazano, taj argument se svodi na neku vrstu tržišne prirodne selekcije.⁷⁰³ Međutim svi dosadašnji argumenti pokazuju da MSP ili bar neke kategorije njih ne uspevaju da se izbore sa većim privrednim subjektima ne zato što su loši, zato što ne umeju da rade svoj posao dobro, već zato što su suštinski u istom položaju kao i potrošači. Radi se o tome da tržište jednostavno nije sposobno da napravi razliku između nesposobnih učesnika na tržištu i onih koji su naprosto u neravnopravnom položaju. Sve su ovo razlozi da se MSP štite od nepoštenih ugovornih odredbi slično kao i potrošači, dakle kao kategorija. Dakle, MSP zaslužuju isti ili sličan stepen zaštite od nepoštenih ugovornih odredbi koji uživaju i potrošači. Veliki privredni subjekti koji mogu da priušte takvu organizacionu strukturu koja im omogućava da efikasno proveravaju sve aspekte ugovora u koje stupaju i koji zbog svoje veličine imaju dovoljno pregovaračke moći da na ponuđene uslove i utiču nemaju potrebu za takvom zaštitom.

Ono što se na prvi pogled javlja kao problem jeste kako definisati tu kategoriju. Kako odrediti krug subjekata kojima se pruža zaštita, tj. kako razdvojiti MSP od velikih kompanija. Za to postoji rešenje. Postoje ponuđeni standardi. Jedan takav sadržan je u Preporuci Evropske komisije o definisanju malih i srednjih preduzeća.⁷⁰⁴ U toj preporuci u članu 2. dati su kriterijumi za definisanje MSP. Radi se o tri kriterijuma: broju zaposlenih, godišnjem obrtu i bilansu stanja. Tako je u pomenutom članu definisano da u kategoriju MSP spadaju ona preduzeća koja zapošljavaju manje od 250 zaposlenih i čiji godišnji obrt nije veći od 50 miliona evra i/ili bilans stanja ne prelazi 43 miliona evra. To je ujedno definicija srednjih preduzeća. Mala preduzeća su ona koja zapošljavaju manje od 50 zaposlenih i čiji godišnji obrt i/ili bilans stanja nije veći od 10 miliona evra, a mikro preduzeća zapošljavaju manje od 10 osoba i ostvaruju godišnji obrt odnosno imaju bilans stanja koji ne prelazi 2 miliona evra. Slični kriterijumi su dostupni i na

⁷⁰² Hesselink, M., W., 2009, 34 – 35.

⁷⁰³ Radonjić, A., 2017, p. 246.

⁷⁰⁴ COMMISSION RECOMMENDATION of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises, 2003/361/EC.

sajtu Agencije za privredne registre gde se vidi da je kriterijum broja zaposlenih isti, ali se razlikuju finansijski elementi.⁷⁰⁵ U svakom slučaju moguće je definisati MSP.

Problem ovakvog definisanja je što ono sobom nosi izvesnu proizvoljnost.⁷⁰⁶ Tako se može opravdano postaviti pitanje da li postoji suštinska razlika između preduzeća koje zapošljava 49 zaposlenih i onog koje zapošljava 50 zaposlenih kada se imaju u vidu razlozi za zaštitu od nepoštenih ugovornih odredbi.⁷⁰⁷ Postoji opasnost da se sve svede na rasparvu o formalnim pitanjima, a ne o tome kakvi su zaista uslovi poslovanja i da li zaista postoji potreba za zaštitom u konkretnom slučaju ili ne postoji.⁷⁰⁸ Ipak, to su mane koje prate svaku kategoričku zaštitu.⁷⁰⁹ Kada god postoji široka kategorija subjekata, uvek postoji i opasnost da će u njoj biti i onih kojima zaštita nije potrebna, ili da će biti onih kojima zaštita jeste potrebna ali određenjem kategorije nisu obuhvaćeni. Tako na primer postoje potrošači kojima sigurno zaštita nije potrebna. Na primer, nema govora o asimetriji u informisanosti kada stručnjak za računare kupuje lap-top za svoje potrebe.⁷¹⁰ Ipak, on će uživati svu zaštitu koju mu pruža pravo potrošača jer spada u tu kategoriju.⁷¹¹ Tako će i maloletnik čija zrelost je jednaka zrelosti punoletnog lica i dalje biti maloletnik u očima zakona.⁷¹² Kategorička zaštita je tako osmišljena da štiti tipičnog pripadnika kategorije, a ne izuzetak.⁷¹³ Sa druge strane postoji bojazan da su kriterijumi za

⁷⁰⁵ <http://www.apr.gov.rs/%D0%A0%D0%B5%D0%B3%D0%B8%D1%81%D1%82%D1%80%D0%B8/%D0%A4%D0%B8%D0%BD%D0%B0%D0%BD%D1%81%D0%B8%D1%98%D1%81%D0%BA%D0%B8%D0%B8%D0%B7%D0%B2%D0%B5%D1%88%D1%82%D0%B0%D1%98%D0%B8/%D0%A0%D0%B0%D0%B7%D0%B2%D1%80%D1%81%D1%82%D0%B0%D0%B2%D0%B0%D1%9A%D0%B5%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%BD%D0%B8%D1%85%D0%BB%D0%B8%D1%86%D0%B0/%D0%9A%D1%80%D0%B8%D1%82%D0%B5%D1%80%D0%B8%D1%98%D1%83%D0%BC%D0%B8%D0%B7%D0%B0%D1%80%D0%B0%D0%B7%D0%B2%D1%80%D1%81%D1%82%D0%B0%D0%B2%D0%B0%D1%9A%D0%B5%D0%B8%D0%B3%D1%80%D0%B0%D0%BD%D0%B8%D1%87%D0%BD%D0%B5%D0%B2%D1%80%D0%B5%D0%B4%D0%BD%D0%BE%D1%81%D1%82%D0%B8.aspx> 28.12.2017.

⁷⁰⁶ Hesselink, M., W., 2007, *SMEs in European Contract Law: Background Note for the European Parliament on the Position of Small and Medium-Sized Enterprises (SMEs) in a Future Common Frame of Reference (CFR) and in the Review of the Consumer Law Acquis*, Amsterdam, Centre for the Study of European Contract Law (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1030301&rec=1&srcabs=1132684&alg=7&pos=3 1.12.2017.), p. 17.

⁷⁰⁷ Hesselink, M., W., 2007.

⁷⁰⁸ Hesselink, M., W., 2007.

⁷⁰⁹ Hesselink, M., W., 2007.

⁷¹⁰ Radonjić, A., 2017, p. 249.

⁷¹¹ Radonjić, A., 2017.

⁷¹² Radonjić, A., 2017.

⁷¹³ Radonjić, A., 2017.

određivanje MSP arbitrniji nego kriterijumi za određivanje potoršača ili maloletnika.⁷¹⁴ To za posledicu može imati da se zaštita pruža i onima kojima nije potrebna.⁷¹⁵ Međutim u slučaju Nacrta takva opasnost postoji upravo zbog toga što nije određena kategorija MSP koja uživa veću zaštitu od nepoštenih ugovornih odredbi, već se zaštita pruža jednako svim privrednim subjektima.⁷¹⁶

Ovakvo stanje u Nacrtu može biti sporno iz ugla nekih od teorija pravde izloženih u ovom radu. Kada govorimo o utilitarizmu ovakvo rešenje bi moglo da bude sporno zato što utiče na to da se ne ostvari generisanje najveće moguće koristi najvećeg mogućeg broja ljudi. Ako se u obzir uzme podatak da su MSP 2015. godine u Srbiji stvorila 32% BDP-a i zapošljavala 2/3 zaposlenih u nefinansijskom sektoru⁷¹⁷ jasno je da uslovi u kojima ti privredni subjekti funkcionišu jesu od značaja za stvaranje najveće moguće koristi za najveći mogući broj građana. Ako se zaštita od nepoštenih ugovornih odredbi reguliše tako da veći stepen zaštite pruža onim privrednim subjektima kojima je to potrebno, a niži stepen zaštite subjektima koji su sposobniji da se staraju o svojim interesima, onda je u skladu sa utilitarističkim nastojanjima da se maksimizira korisnost u društvu to i učiniti, a suprotno znači raditi protiv tog cilja. Čini se da način na koji je Nacrtom uređena kontrola nepoštenih odredbi opštih uslova poslovanja ne ide na ruku ovom utilitarističkom idealu.

Što se tiče Rolsove teorije pravde kategorička zaštita slabije strane u ugovornim odnosima jeste odraz principa razlike.⁷¹⁸ Štite se kategorije, a ne pojedinci jer se i načelo razlike odnosi na društvene grupe, a ne na pojedince.⁷¹⁹ Kako je gore pokazano MSP su u lošijem položaju od velikih kompanija i prema načelu razlike sve nejednakosti su opravdane jedino ako rade za one koji su u podređenom položaju. Dakle, moralo bi se dokazati da izostanak kategoričke zaštite MSP od nepoštenih ugovornih odredbi, pa posledično održavanje neravnopravnog položaja između njih i velikih kompanija na tržištu radi u korist MSP. Argumentacija za kategoričku zaštitu MSP govori da tako nešto ne možemo zaključiti. Iz ugla Rolsove teorije pravde sve govori

⁷¹⁴ Hesselink, M., W., 2007, p. 17.

⁷¹⁵ Hesselink, M., W., 2007.

⁷¹⁶ Radonjić, A., 2017, p. 249.

⁷¹⁷ <http://www.pks.rs/PrivredaSrbije.aspx?id=20&p=0&> 20.12.2017.

⁷¹⁸ Klijnsmas, J., G., 2014, p. 77.

⁷¹⁹ Klijnsmas, J., G., 2014.

da bi MSP trebalo štiti od nepoštenih ugovornih odredbi na isti način na koji se od njih štite i potrošači.⁷²⁰

Zaštita od nepravičnih uslova poslovanja koja se u našem pravu pruža potrošačima daleko je razvijenija od zaštite koja se pruža MSP u ZOO i u Nacrtu. Kao prvo, potrošači su zaštićeni kao kategorija, a MSP se ne pominju kao kategorija već uživaju isti stepen zaštite kao i bilo koji privredni subjekt. Drugo, standard za procenu nepravičnosti ugovornih odredbi je u Zakonu o zaštiti potrošača (ZOZP)⁷²¹ jedinstven i jasno određen. Tako se u članu 43. stavu 2. ZOZP kaže da su nepravične one odredbe koje, suprotno načelu savesnosti i poštenja, za poseldicu imaju značajnu nesrazmeru u pravima i obavezama strana ugovornica, a na štetu potrošača. Pre toga se u stavu 1. istog člana kaže da su nepravične odredbe ništave. Dakle, postoji jedinstveno određenje nepoštenih odredbi, umesto dualiteta iz ZOO i Nacrta, kao i jedna sankcija za takve odredbe – ništavost. Osim toga potrošači u našem pravu mogu da se oslone i na pravilo *contra proferentem*, što znači da će se nejasne odredbe ugovora tumačiti u korist potrošača.⁷²² Konačno, ZOZP u članovima 44. i 45. propisuje koje se odredbe imaju smatrati nepoštenim, odnosno za koje ugovorne odredbe postoji oboriva pretpostavka da su nepravične. Sve ovo ne važi za MSP. Autori nacrtu ništa od zaštite potrošača nisu pozajmili i podarili MSP, sem što je članom 232. predviđeno pravilo *contra proferentem*, ali opet ne u korist slabije strane, već u korist svake strane. Stoga, u ovom slučaju Nacrt pada test i Rolsove teorije pravde.

Kada govorimo o Nozikovoj teoriji ovlašćenja kontrola nepoštenih uslova poslovanja predviđena u Nacrtu bi pala test i ove teorije. Samo ovoga puta ne zbog toga što ne pruža veću zaštitu MSP, već zbog samog svog postojanja. Kako bih izbegao nepotrebna ponavljanja detaljno sam objasnio u II.3.d. kada sam govorio o odnosu Nozikove teorije i građanskog prava Nozikove stavove iz kojih proizlazi da je kontrola nepoštenih uslova poslovanja primer neopravdanog mešanja države u slobodu pojedinaca.

Konačno, kada govorimo o odnosu teorije Marte Nusbaum i kontrole nepoštenih ugovornih odredbi usuđujem se reći da bi to bio poželjan instrument iz ugla njene teorije. Budući

⁷²⁰ Klijnsma, J., G., 2014, pp. 139 – 140.

⁷²¹ Zakon o zaštiti potrošača, “Sl. glasnik RS”, br. 62/2014 i 6/2016 – dr. zakon.

⁷²² v. član 42. Zakona o zaštiti potrošača, “Sl. glasnik RS”, br. 62/2014 i 6/2016 – dr. zakon.

da je jedna od deset centralnih vrednosti koje ona navodi kontrola nad sredinom koja podrazumeva i jednaku mogućnost posedovanja imovine i zaposlenja⁷²³, kao i da je cilj njene teorije pojedinac kao aktivan učesnik društva, a ne pojedinac kao primalac koristi⁷²⁴ smatram da je kategorička zaštita ako ne svih MSP, onda kategorije preduzetnika svakako od nepoštenih ugovornih odredbi u skladu sa njenom teorijom. Naime, ako je preduzetništvo jedan od načina zapošljavanja, onda je jednak pristup tom obliku zapošljavanja način ostvarenja centralne vrednosti kontrole nad sredinom. Da bi taj način zapošljavanja bio suštinski delotvoran, mora postojati jednak pristup tržištu za preduzetnike kao i za druge privredne subjekte. Kako je pokazano nametanje nepoštenih uslova poslovanja manjim privrednim subjektima od strane većih otežava pristup i opstanak prvih na tržištu, pri čemu tržišni mehanizam nije u stanju da se izbori sa tim. Dakle, radi se o neuspehu tržišta da putem konkurencije dovede do ponude povoljnijih uslova poslovanja na tržištu, a rezultat je zapravo zloupotreba položaja na tržištu, a ne ravnopravna borba i konkurencija. Stoga, bi kategorička zaštita barem preduzetnika od nepravdičnih ugovornih odredbi bila poželjna sa stanovišta teorije o mogućnostima zbog čega članovi 283, 284. i 232. Nacrta padaju na ispitu ove teorije.

Valja reći i da kategorička zaštita MSP u uporednom pravu nije uobičajena i nije na sistematičan način obezbeđena,⁷²⁵ ali nije ni puka lepa želja već koncept u povoju. Tako je u Građanskom zakoniku Holandije (BW) zaštita od nepravdičnih uslova poslovanja rezervisana za potrošače i preduzeća koja zapošljavaju manje od 50 zaposlenih, što će reći za mala i mikro preduzeća.⁷²⁶ Ostali privredni subjekti se u međusobnim odnosima mogu osloniti na načela razumnosti i pravičnosti.⁷²⁷ U Nemačkoj nema kategoričke zaštite MSP, ali ima proboja nekih instrumenata zaštite potrošača od nepoštenih uslova poslovanja u ugovorne odnose privrednih

⁷²³ Nussbaum, M., 2011, ch. 2, para. 34.

⁷²⁴ Nussbaum, M., 2011, ch. 2, para. 30.

⁷²⁵ Hesselink, M., W., 2007, p. 5.

⁷²⁶ Videti član 6:235 BW (<http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook066.htm>, 3.1.2018.). Osim što izričito pruža zaštitu kategoriji malih preduzeća, BW je zapanjujuć u poređenju sa Nacrtom i po tome što je nepoštenim uslovima poslovanja posvetio čak 17 članova i uredio neke veoma važne aspekte ove oblasti kao što je na primer položaj preduzeća u snabdevačkom lancu čiji je klijent poništio uslove poslovanja jer su nepošteni, ali je to preduzeće prema svom snabdevaču vezano istim takvim uslovima poslovanja itd. Više o ovome sam pisao u Radonjić, A., 2017, Unfair Contract Terms and SMEs in BW and Draft CC of Serbia, *Strani pravni život*, 4, pp. 239 – 251.

⁷²⁷ Beal, H., Fauvarque – Cosson, B., Rutgers, J., Tallon, D., Vogenauer, S., 2010, p. 796.

subjekata, pa se tako govori o indikativnom dejstvu (*Indizwirkung*) crne i sive liste⁷²⁸ odredbi opštih uslova poslovanja koje se ispoljava tako što činjenica da se neka odredba opštih uslova poslovanja u ugovoru između privrednih subjekata nalazi na crnoj ili sivoj listi sudovima može poslužiti kao indicija da ona može biti nepravična.⁷²⁹ Isto dejstvo te liste imaju i u pravu Holandije.⁷³⁰

Konačno, bio bih nepravedan kada bih rekao da MSP ne uživaju nikavu zaštitu u ugovornim odnosima kada govorimo o Nacrtu. Naime, postoje ugovori poput onih o franšizingu, trgovinskom zastupanju ili distribuciji gde je jedna strana (korisnik franšize, zastupnik i distributer) uobičajeno MSP i uobičajeno u slabijoj pregovaračkoj poziciji u odnosu na drugu stranu.⁷³¹ Način na koji se uređuju prava i obaveze strana u ovim ugovorima i te kako može uticati na zaštitu MSP. Tako je npr. u Nacrtu kada govorimo o franšizingu predviđen niz obaveza obaveštavanja pre zaključenja ugovora.⁷³² Te obaveze obaveštavanja su važne za korisnika franšize kako bi mogao da donese ispravnu odluku o tome da li da zaključi ugovor o franšizingu ili ne.⁷³³ Članom 1272. Nacrta predviđena je i obaveza davaoca franšize da prenese pravo korišćenja predmeta prava intelektualne svojine, kao i da mu prenese *know-how*. Ovim odredbama se svakako štiti pozicija tipično slabije strane u ugovoru o franšizingu koja je uobičajeno MSP time što se detaljno uređuju i druga pitanja, a ne samo bitni elementi ugovora, pa se sužava prostor da jača strana zloupotrebi svoj položaj i kroz opšte uslove poslovanja nametne nepravične ugovorne odredbe. Ipak, valja reći da je ovakva zaštita, iako dobro došla, nedovoljna ako se želi slediti neka od teorija pravde koja nalaže kategoričku zaštitu MSP. Ovo stoga što se pored ovih nekoliko vrsta ugovora mogu u međuvremenu pojaviti i drugi, neimnovani ugovori, povodom kojih može postojati potreba za zaštitom jedne ugovorne strane. Te zaštite međutim neće biti jer je ona vezana za određene ugovore, a nije opšta. Tome svedoči i činjenica da je ugovor o franšizingu u našem pravu još uvek neimenovani ugovor i da će biti

⁷²⁸ Crne i sive liste su liste ugovornih odredbi gde se u prvom slučaju radi o odredbama koje se smatraju nepravičnim, a u drugom slučaju postoji oboriva pretpostavka da su nabrojane odredbe nepravične. To je instrument koji je u nacionalna prava ušao transponovanjem Direktive 93/13/EEC o nepoštenim odredbama u potrošačkim ugovorima. Kod nas su te liste sadržane u članovima 44. i 45. ZOZP.

⁷²⁹ Beal, H., Fauvarque – Cosson, B., Rutgers, J., Tallon, D., Vogenauer, S., 2010, p.794.

⁷³⁰ Beal, H., Fauvarque – Cosson, B., Rutgers, J., Tallon, D., Vogenauer, S., 2010, p.796.

⁷³¹ Hesselink, M., W., 2008, p. 36.

⁷³² vidi čl. 1269 – 1271. Nacrta.

⁷³³ Hesselink, M., W., 2008, p. 37.

uređen tek kada se usvoji Nacrt Građanskog zakonika. Dakle, pružanje zaštite MSP od nepravilnih ugovornih odredaba na uopšten način bi obezbedilo širu zaštitu sada, a i zaštitu za ubuduće, ovako ona ostaje ograničenog dometa.

IV.3.b. Fizička lica kao jemci za obaveze prema privrednim subjektima

Ranjivost fizičkih lica koja privatno (dakle, ne kao deo svojih profesionalnih aktivnosti) pružaju jemstvo za obaveze prema privrednim subjektima jasno se videla u slučaju *Bürgschaft*.⁷³⁴ Ona je naročito izražena, kako se vidi iz pomenutog slučaja, kada se radi o bliskim srođnicima. U takvim situacijama srođnici su se obavezivali da će vratiti dugove svojih voljenih kako bi spasili njihova preduzeća, što ih je u odsustvu normi zakona koje bi ih štitile dovodilo do jako teške situacije.⁷³⁵ Stoga bi prepoznavanje ove kategorije subjekata; radi jednostavnijeg izražavanja zvaću ih privatni jemci⁷³⁶; kao slabije strane u ugovorima o jemstvu za obaveze prema privrednim subjektima, te posledično pružanja većeg stepena zaštite njima od onog koji se pruža u drugim slučajevima jemstva bio odraz balansiranja između slobode ugovaranja i solidarnosti.

Pre nego što pređem na bilo kakve ocene Nacrta u ovom pogledu, treba prvo videti iz čega se sve može sastojati ta zaštita. Ako pratimo slučaj *Bürgschaft* može se izvesti zaključak da je pravo privatnog jemca da pod određenim uslovima bude oslobođen svoje obaveze. Imajući u vidu da se u ovom slučaju radilo o nedovoljnoj informisanosti privatnog jemca o obavezama koje na sebe preuzima deo zaštite bi bio i nekakav mehanizam da se pre zaključenja ugovora o jemstvu privatnom jemcu obezbede sve relevantne informacije o tome kakvu obavezu na sebe preuzima kako bi mogao da donese ispravnu odluku. Zatim zaštita može podrazumevati da određene ugovorne klauzule na štetu privatnog jemca ne proizvode pravno dejstvo. Zaštita može biti i takva da se između određenih lica ne dozvoljava jemstvo. Na primer da se zabrani jemstvo između članova porodice.⁷³⁷ Zaštita može podrazumevati kombinaciju ovih načina, mada mi nije poznato da se ovaj poslednji bilo gde izričito nameće.

⁷³⁴ videti gore B.V.

⁷³⁵ Hesselink, M., W., 2008, p. 33.

⁷³⁶ Ovaj termin se npr. koristi u Građanskom zakoniku Holandije. U tom smislu v. čl. 7:857 BW.

⁷³⁷ Cherednychenko, O., O., 2008, p. 43.

Ako se pogleda DCFR u knjizi IV posebno poglavlje je posvećeno privatnim jemcima.⁷³⁸ U tom poglavlju se posebno napominje da primena odredbi tog poglavlja ne može biti isključena ugovorom ugovornih strana, dakle one su kogentne.⁷³⁹ Prva linija zaštite privatnog jemca su dužnosti obaveštavanja pre zaključenja ugovora koje se nameću poveriocu. Tako je poverilac dužan da pre zaključenja ugovora privatnom jemcu objasni dejstvo jemstva i da ga upozna sa njemu poznatim rizicima kojima se izlaže potpisivanjem ugovora imajući u vidu finansijsku situaciju dužnika.⁷⁴⁰ Dalje se posebna pažnja obraća na situacije u kojima između dužnika i jemca postoje posebni odnosi koje karakterišu pouzdanje i poverenje (*relationship of confidence and trust*).⁷⁴¹ Tako, ako poverilac zna ili bi mogao znati da zbog takvog odnosa dužnika i jemca, jemac ne dela slobodno ili bar ne sa dovoljno informacija, onda je poverilac dužan da se uveri da je privatni jemac dobio savet od nezavisne strane.⁷⁴² Ako informacije odnosno savet o kojima je prethodno bilo reči privatni jemac nije dobio bar pet dana pre zaključenja ugovora, on ima pravo da povuče ponudu za jemstvo ili poništi ugovor o jemstvu u razumnom roku računajući od trenutka kada je primio informacije odnosno savet,⁷⁴³ a ako informacije ili savet nikada nije ni primio onda ponudu za jemstvo može povući ili ugovor o jemstvu poništiti bilo kada.⁷⁴⁴ Druga linija zaštite je obavezna forma ugovora o jemstvu čiji izostanak se sankcioniše ništavošću.⁷⁴⁵ Treća linija zaštite jesu odredbe kojima se menjaju ugovorne odredbe koje bi privatnog jemca dovele u težak položaj, pa se tako ugovor održava na snazi, ali se nepravična odredba ugovora uklanja i menja odredbom propisa. Na primer takva je odredba DCFR-a da će se ugovorna odredba kojom se želi stvoriti obaveza jemca koja nije ograničena maksimalnim iznosom smatrati takvom da uspostavlja obavezu jemca u visini obaveze koju jemstvo obezbeđuje.⁷⁴⁶

Postavlja se pitanje kakav bi bio stav predstavljenih teorija kada su u pitanju ovakvi mehanizmi zaštite jedne strane? Smatram da je teško dati jednoznačan odgovor kada je utilitarizam u pitanju. Naime, čini mi se da bi utilitarista vagao da li se zaštitom privatnih jemaca

⁷³⁸ DCFR IV.G. – 4:101-4:107.

⁷³⁹ DCFR IV.G. – 4:102 (2).

⁷⁴⁰ DCFR IV.G. – 4:103 (1).

⁷⁴¹ DCFR IV.G. – 4:103 (2).

⁷⁴² DCFR IV.G. – 4:103 (2).

⁷⁴³ DCFR IV.G. – 4:103 (3).

⁷⁴⁴ DCFR IV.G. – 4:103 (4).

⁷⁴⁵ DCFR IV.G. – 4:104.

⁷⁴⁶ DCFR IV.G. – 4:105 (a) and 2:102 (3).

uvećava ukupna sreća/korisnost u društvu ili ne. Kako se bez zaštite svakako može doći do toga da jedna strana izgubi mnogo sreće ili korisnosti za sebe, kao npr. ćerka-jemac u slučaju *Bürgschaft*, a da druga strana dobije na korisnosti utilitarista bi morao da proceni da li se takva situacija i njoj slične situacije pozitivno odražavaju na ukupno blagostanje u društvu tj. da li se uvećava ukupan kolač u društvu ili ne. Priznajem da za takve analize nisam kompetentan i da bi mi za to verovatno bio potreban kao koautor dobar ekonomista. Zbog toga ću izneti svoju pretpostavku koja je rezultat intuicije, a ne nekog istraživanja. Ako bi odsustvo svake zaštite privatnih jemaca dovelo do toga da privatni jemci isplatom jemstva budu dovedeni do toga da nemaju dovoljno sredstava za normalan život, da praktično zapadnu u doživotno dužništvo kao što bi se desilo ćerki-jemcu u slučaju *Bürgschaft*, onda bi, verujem, svako vaganje pokazalo da takav rezultat ne uvećava ukupnu korisnost u društvu i da je gubitak jemca veći od koristi koja se ostvaruje naplatom jemstva po svaku cenu. Siguran sam da postoji neka granica kada insistiranje na naplati jemstva dovodi do veće štete nego koristi. Stoga bi, verujem, neki stepen zaštite slabije strane kod ugovora o jemstvu bio poželjan sa stanovišta utilitarizma. Koji je to stepen i koji bi sve instrumenti zaštite mogli da dođu u obzir? Bojim se da je to pitanje koje trenutno prevazilazi i moje mogućnosti i opseg ovog rada.

Što se Nozikove teorije ovlašćenja tiče, čini mi se da je tu situacija dosta jasnija. On bi bio protiv bilo kog od mehanizama zaštite koji su gore opisani. Ako se u obzir uzme ono što je rečeno u *II.3.d.* o odnosu njegove teorije pravde sa građanskim pravom koji se može sumirati u tome da i izbor između više pogubnih alternativa jeste slobodan izbor, onda se lako dolazi do zaključka da opisani mehanizmi zaštite privatnih jemaca sa stanovišta Nozikove teorije predstavljaju neovlašćeno zadiranje u slobodu pojedinaca.

Iz ugla Rolsove teorije pravde, kao što smo videli na primeru MSP kategorička zaštita tipične slabije strane u nekoj klasi ugovornih odnosa je poželjna i u skladu sa načelom razlike. Ako se vratimo razlozima za zaštitu potrošača, koji su bili isti i za MSP, mislim da je lako uvideti da isti ili slični razlozi za zaštitu važe i za privatne jemce. To su fizička lica koja tipično nisu stručna da procene rizike koje potpisivanjem ugovora o jemstvu preuzimaju na sebe; sa druge strane pregovaračkog stola imaju poverioca koji je profesionalac i koji je sposoban da proceni rizike i koji kao deo svoje delatnosti stupa u takve ugovorne odnose, koji iza sebe ima zaposlene koji su obučeni i mogu da provere isplativost odluke da se prihvati jemstvo određenog lica;

privatni jemac, naročito kada se radi o jemstvu za bliske osobe podleže svim efektima ograničene racionalnosti, a u svakom slučaju je očigledna informaciona asimetrija; privatni jemac nije takmac na tržištu, pa se njegovom zaštitom ne pomažu propali projekti... Dakle, da ponovim: razlozi istaknuti za zaštitu potrošača i MSP važe i ovde. Zato bi posebna zaštita privatnih jemaca bila opravdana i poželjna sa stanovišta Rolsove teorije pravde.

Kada govorimo o teoriji o mogućnostima Marte Nussbaum čini mi se da je zaštita privatnih jemaca u skladu sa tom teorijom kao uostalom i zaštita svake slabije strane. Privatno jemstvo, već je rečeno, podrazumeva da fizičko lice van svoje delatnosti pruža jemstvo za obavezu drugog lica profesionalnom poveriocu. Ako razmislimo zašto bi neko bio privatni jemac, doći ćemo do toga da je tipičan razlog to što postoji neki odnos poverenja između jemca i dužnika ili neka vrsta emotivne veze među njima. Dakle, u taj se odnos ne ulazi iz lukrativnih razloga i privatni jemac je tipično neupućen u sve rizike takvog poduhvata. Kada se radi o bliskim osobama davanje jemstva za obavezu bliske osobe se može posmatrati kao funkcionisanje, kao način zadovoljenja centralnih mogućnosti emocija i pripadanja koje podrazumevaju povezivanje sa ljudima i empatiju.⁷⁴⁷ Kako su prema ovoj teoriji pravde ljudi slobodni u izboru funkcionisanja tj. načina ostvarivanja mogućnosti tako im se ne može zabraniti davanje jemstva. Ali kako se teorija o mogućnostima ne bavi time šta u proseku pojedinac može, već se interesuje šta stvarno može svaki pojedinac⁷⁴⁸, onda bi bilo logično da ova teorija podrazumeva i mehanizme kojima se osigurava da su pojedinci stvarno, a ne samo formalno slobodni u izboru funkcionisanja. Tako se onda nameće i zaključak da instrumenti ugovornog prava kojima se obezbeđuje da privatni jemac može da donese suštinski slobodnu odluku, instrumenti koji ublažavaju dejstvo ograničene racionalnosti i informacione asimetrije jesu u skladu sa ovom teorijom. Uostalom ono čega se pojedinac prema ovoj teoriji ne može odreći jeste ljudsko dostojanstvo⁷⁴⁹, pa svaki mehanizam koji obezbeđuje da čovek ne donese odluke koje bi ga dovele u situaciju da živi nedostojanstveno, pri tom nezadirući u njegovu slobodu, čini se idu ruku pod ruku sa teorijom o mogućnostima.

⁷⁴⁷ Nussbaum, M., 2011, ch. 2, para. 34.

⁷⁴⁸ Nussbaum, M., 2011, ch. 2, para. 5.

⁷⁴⁹ Nussbaum, M., 2011, ch. 2, para. 21.

Ostaje da se vidi gde se Nacrt sa svojim rešenjima nalazi u ovom politčkofilozofskom spektru. U Nacrtu nema odredaba koje se posebno odnose na privatne jemce te njima pružaju veći stepen zaštite. Jedine dve odredbe Nacrta iz kojih na prvi pogled sledi neki poseban stepen zaštite za privatne jemce jesu član 1557. koji je predložen kao alternativa iz kojeg sledi da je jemac za obaveze nastale iz ugovora u privredi po definiciji jemac platac, dok privatni jemac može biti jemac platac samo ako je tako izričito ugovoreno;⁷⁵⁰ i član 1549. iz kojeg sledi da je pisana forma ugovora o jemstvu pravilo jer se usmena forma izričito dozvoljava samo za jemstva za obaveze nastale iz privrednih ugovora.⁷⁵¹ Kažem naizgled jer se formulacijom „za obaveze nastale iz ugovora u privredi“ možda želi povući razlika između profesionalaca i običnih građana, ali to ostaje samo želja. Videli smo da je kod privatnog jemstva bitno svojstvo jemca i poverioca, a ne priroda ugovora iz kojeg nastaje glavna obaveza. Zapravo su najosetljiviji slučajevi kada privatni jemac garantuje za obavezu nastalu iz ugovora u privredi. Upravo se o tome radilo u slučaju *Bürgschaft*. Tako da je ovo razlikovanje, iako napravljeno (verujem) sa namerom da štiti, promašilo svoju svrhu ili bar propustilo da zaštiti one kojima je zaštita najpotrebnija.

Ovo ipak ne znači da u Nacrtu nema zaštitinih mera od kojih privatni jemci mogu imati koristi. Ima ih, ali se odnose na sve jemce. Tako je članom 1553. stavom 1. Nacrta predviđeno da jemac za buduću ili uslovnu obavezu može tražiti poništaj ugovora o jemstvu ako mu u trenutku zaključenja ugovora nije bilo poznato da je dužnik prezadužen, dok je poverilac za to znao ili morao znati. Što u suštini motiviše poverioca da jemcu pruži odgovarajuće informacije pre zaključenja ugovora o jemstvu kako bi izbegao rizik da ugovor bude poništen. Član 1553. stav 2. sa druge strane pruža zaštitu zbog promenjenih okolnosti posle zaključenja ugovora, ali je napisan tako da moram da priznam da ne razumem tačno šta su autori imali nameru da postignu. Naime, pomenuta odredba glasi ovako: „On [jemac] može zahtevati poništenje ugovora i kad su se imovinske prilike lica za koje je podjemčio znatno pogoršale posle zaključenja ugovora o jemstvu, ako je poverilac to znao *da mu je ipak učinio kredit bez njegovog posebnog odobrenja.*“ (moj kurziv). Nedoumicu stvara deo odredbe u kurzivu. Najverovatnije je da je upotrebljen pogrešan veznik te da je umesto „da“ trebalo stajati „pa“. Ali i sa tom izmenom nije jasno ko je

⁷⁵⁰ Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, 2015, član 1557.

⁷⁵¹ Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, 2015, član 1549.

imao kakvu obavezu prema kome i ko je kome učinio i kakav „kredit“ i čije se odobrenje traži. Tako da meni ova odredba ostaje nepoznanica sem u onoj meri u kojoj je očigledno da se želelo dati jemcu ovlašćenje da poništi ugovor o jemstvu zbog okolnosti nastalih posle zaključenja ugovora o jemstvu. Još jedna mera zaštite jemca koju sam primetio jeste predviđena članom 1554. stavom 1. Nacrta. Tom odredbom se onemogućava da se ugovori da jemac duguje sumu veću od vrednosti obaveze dužnika za koju jemči. Ono čega nema u Nacrtu su obaveze obaveštavanja i obaveza pribavljanja stručnog saveta kakve predviđa DCFR, što su instrumenti koji imaju smisla kada se pravi razlika između privatnog jemstva i ostalih oblika jemstva.

Na osnovu svega rečenog može se reći da Nacrt svakako nije Nozikovski po ovom pitanju jer Nozik ne bi tolerisao bilo kakve zaštitne mere. Međutim odsustvo kategoričke zaštite privatnih jemaca, kao i neuspeli pokušaj razlikovanja jemstva u privredi od drugih slučajeva jemstva udaljavaju Nacrt i od Rolsove teorije i od teorije o mogućnostima. Jedino bi se moglo spekulirati da li sa utilitarističkog stanovišta pristup iz Nacrta stvara umerenu zaštitu koja doprinosi maksimizaciji korisnosti u društvu.

IV.3.c. Podstanari

Kao što sam napomenuo u uvodu za ovu glavu pored potrošača i malih i srednjih preduzeća i preduzetnika i podstanari su tipičan primer slabije strane u ugovornim odnosima. Pod podstanarima podrazumevam fizička lica koja su zakupci stanova i u zakup stupaju da bi zadovoljili svoje stambene potrebe. Imajući u vidu da podstanari u ugovorni odnos stupaju radi zadovoljenja elementarne potrebe, potrebe da se ima krov nad glavom, jasno je da su ranjiviji kao kategorija od lica koja pribavljaju pravo zakupa za druge namene. Zbog njihovog specifičnog položaja potrebno je i pružiti im određenu zaštitu npr. u vidu dužih otkaznih rokova, dopuštenih razloga za otkaz ugovora o zakupu, obavezne sadržine ugovora o zakupu, mogućnosti uticaja na promenu cene zakupa itd.

Tako na primer u Nemačkoj zakupodavac mora tražiti odobrenje od zakupca ako želi da uveća iznos stanarine kada se uobičajeni iznos stanarine u datoj lokalnoj sredini povećao.⁷⁵² Pri tom to povećanje ne može biti veće od tog novog uobičajenog iznosa stanarine.⁷⁵³ BGB dalje

⁷⁵² čl. 558, st.1 BGB.

⁷⁵³ čl. 558, st.1 BGB.

precizno određuje koji su to elementi uobičajenog iznosa stanarine,⁷⁵⁴ ali propisuje i brojne druge uslove koji moraju biti ispunjeni da bi zahtev za povećanje iznosa stanarine bio dozvoljen.⁷⁵⁵ Na primer zahtev za povećanje rente mora biti upućen zakupcu u pisanoj formi i mora sadržati obrazloženje u kojem se zakupodavac može pozivati na, između ostalog, mišljenja veštaka ili bazu podataka o visini zakupnina.⁷⁵⁶ Ako se zakupac saglasi sa povećanjem iznosa zakupnine, novi iznos zakupnine će početi da plaća tek tri meseca od prijema zahteva za povećanje zakupnine.⁷⁵⁷ To je još jedna zaštitna mera koja daje zakupcu vremena da se prilagodi novim okolnostima. Osim toga zakupac može i odbiti da se saglasi sa povećanjem zakupnine kada će zakupodavac moći da pokuša da izdejstvuje povećanje iznosa zakupnine sudskim putem, a to pravo mu je ograničeno prekluzivnim rokom od tri meseca računajući od dana kad se zakupac izjasnio protiv povećanja zakupnine.⁷⁵⁸

Jedan od vidova zaštite podstanara je i taj što se zakup ne može jednostrano raskinuti iz bilo kakvih razloga, već zakonik propisuje koji će se to razlozi smatrati dovoljno dobrim osnovom za otkaz ugovora o zakupu. Tako na primer u Holandiji čak i ako je ugovorom o zakupu stana predviđeno da zakupac mora napustiti stan po isteku roka određenog tim ugovorom, zakupodavac može to pravo ostvariti putem suda samo ako: pre toga nije živio u stanu koji je izdao i nikada ga ranije nije izdavao u zakup, a po isteku pomenutog roka želi da se useli u taj stan; ako je pre nego što je izdao stan u zakup u njemu živio i po isteku pomenutog roka želi ponovo da se useli u taj stan; ako je postojao raniji podstanar kojem je zakupodavac preneo pravo zakupa sa dejstvom od isteka pomenutog roka i sada želi da mu omogući pristup stanu.⁷⁵⁹ U Nemčkoj je zakup stana na određeno vreme po svemu sudeći dozvoljen kao izuzetak. Član 575 BGB propisuje da se ugovor o zakupu stana na određeno vreme može zaključiti samo ako zakupodavac ima nameru da u tom stanu po isteku zakupa stanuje ili da u njemu stanuju članovi njegove porodice ili porodičnog domaćinstva; ili želi da te prostorije izmeni u tolikoj meri da bi ti radovi bili teško izvodljivi ako bi se zakup nastavio; ili ako ima obavezu da drugome taj stan izda. Pri tom, zakupodavac mora pisanim putem obavestiti zakupca o ovim razlozima jer će se u

⁷⁵⁴ čl. 558, st.2 BGB.

⁷⁵⁵ čl. 558, st. 3-5 BGB.

⁷⁵⁶ čl. 558a BGB.

⁷⁵⁷ čl. 558b, st.1 BGB.

⁷⁵⁸ čl. 558b, st.2 BGB.

⁷⁵⁹ v. čl. 7:272, st. 2 i 7:274, st. 2, tač. a – c BW.

suprotnom smatrati da je zakup zaključen na neodređeno vreme.⁷⁶⁰ Razlozi za otkaz ugovora o zakupu na neodređeno vreme su u BGB izričito propisani, pa tako zakupodavac može raskinuti ugovor o zakupu samo ako: je zakupac namerno i značajno prekršio svoje obaveze; je stan potreban zakupodavcu za stanovanje ili stanovanje članova njegove porodice ili porodičnog domaćinstva; bi nastavak zakupa sprečio zakupodavca da upotrebi zemljišnu parcelu u komercijalne svrhe što bi za posledicu imalo značajne gubitke, pri čemu se ne misli na priliku da se stan izda drugome po većoj ceni, niti se namera da se stanom raspoláže radi stvaranja etažne svojine smatra opravdanim razlogom.⁷⁶¹ Ovo su samo neki od primera zaštite podstanara.

Što se tiče Nacrta stvari su značajno drugačije. Zakup nepokretnosti u svrhe stanovanja nije posebno uređen. Članom 822. Nacrta se predviđa da se odredbe glave XXII Nacrta koja se odnosi na zakup neće primenjivati na zakupe uređene posebnim zakonima. To znači da bi, i da je Nacrt usvojen u trenutku kada ovo pišem, relevantne norme o zakupu nepokretnosti u svrhe stanovanja te i mere zaštite podstanara kao slabije strane trebalo tražiti u Zakonu o stanovanju i održavanju stambenih zgrada (ZOSOSZ).⁷⁶² Analizom ovog propisa može se primetiti upadljiv nedostatak odredbi koje bi regulisale ugovorne odnose povodom zakupa u svrhe stanovanja. Jedino član 70. ZOSOSZ-a uređuje odnose lica povodom zakupa stanova. Ovim članom su propisani obavezni elementi ugovora o zakupu. To je učinjeno na uopšten način, pa se pitanja kao što su na primer visina i način plaćanja zakupnine, kao i uslovi za otkaz ugovora o zakupu prepuštaju slobodi ugovaranja.⁷⁶³ Pitanja kao što su uslovi za povećavanje iznosa zakupnine se uopšte i ne pominju. Jedina zaštitna mera je što otkazni rok predviđen ugovorom o zakupu ne sme biti kraći od 90 dana.⁷⁶⁴ Osim toga, po svemu sudeći zakup na određeno vreme je jedina opcija. To sledi iz činjenice da je vreme trajanja zakupa obavezan element ugovora o zakupu,⁷⁶⁵ ali i iz činjenice da je zakup na neodređeno vreme u stvari termin koji se koristi za preostale imaoce onoga što je nekada bilo stanarsko pravo. To se vidi ako se analiziraju članovi ZOSOSZ od 140. do 151. U najboljem slučaju ostaje dilema da li je zakonodavac u isti koš sa bivšim nosiocima stanarskog prava stavio i slučaj u kojem, danas, dakle dugo pošto je ukinuto stanarsko

⁷⁶⁰ čl. 575, st. 1 BGB.

⁷⁶¹ čl. 573, st. 2 BGB.

⁷⁶² Zakon o stanovanju i održavanju stambenih zgrada, „Sl. glasnik RS“, br. 104/2016.

⁷⁶³ ZOSOSZ, čl. 70. st. 3 tač. 4 i 6.

⁷⁶⁴ ZOSOSZ, čl. 70. st.4.

⁷⁶⁵ ZOSOSZ, čl. 70. st. 3 tač. 3.

pravo, dva lica zaključe ugovor o zakupu stana ali na neodređeno vreme. Naime, član 140. stav 1. ZOSOSZ unosi zabunu jer se ostavlja mogućnost da je pravo zakupa na neodređeno vreme stečeno po osnovu ugovora o zakupu, dok se bivše stanarsko pravo, koliko je meni poznato nije sticalo po takvom osnovu. Međutim, način na koji se dalje uređuje ovo pravo članom 141. ZOSOSZ ukazuje na to da se zakup na neodređeno vreme ipak odnosi samo na imaoce bivšeg stanarskog prava jer se vlasnicima stanova ostavlja rok od 30 dana od dana stupanja zakona na snagu da zatraže iseljenje ili preseljenje zakupca na neodređeno vreme. Iz ovakve formulacije sledi da se po isteku ovog roka to pravo vlasnika stana gubi. Imajući u vidu gore navedeni primer iz Nemačke kako je uređen zakup na neodređeno vreme, smatram da ova formulacija iz člana 141. ZOSOSZ ne odgovara zakupu koji nastaje na osnovu ugovora između dva lica već više odgovara prirodi stanarskog prava koje je jednostrano ustanovljavala država.

Dakle, što se tiče zakupa na neodređeno vreme u najmanju ruku postoji nedoumica oko toga koja je njegova priroda, a što se tiče zakupa na određeno vreme ZOSOSZ osim jednog člana i jedne zaštitne odredbe upućuje na zakon kojim se uređuju obligacioni odnosi.⁷⁶⁶ To nas vraća na Nacrt. Kada bi Nacrt Zakonika bio usvojen, a ZOSOSZ ostao na snazi, to bi značilo da se na sva prava i obaveze u vezi s pravom zakupa u svrhe stanovanja primenjuju odredbe Nacrta o zakupu. Kao što sam već napomenuo u Nacrtu nema odredbi koje se posebno odnose na zaštitu podstanara, i nema ni traga onakvim mehanizmima zaštite kakvi se sreću na primer u BW i BGB. To znači da podstanari kao tipično slabija strana u ugovornim odnosima povodom prava koje je iz ugla socijalne pravde osetljivo, u Nacrtu ne uživaju neki zavidan stepen zaštite.

Kao i u ranijim primerima pitanje da li je takvo stanje u skladu sa načelima utilitarizma jeste pitanje procene da li se ovakvim stanjem postiže odgovarajući balans između prava i obaveza zakupodavaca i zakupaca kojim se obezbeđuje agregacija najveće korisnosti za najveći broj ljudi u društvu. Imajući u vidu da je veći broj onih lica koja nemaju sopstveni krov nad glavom od onih koja ga imaju, te da je veći broj onih koji svoju potrebu za stambenim prostorom moraju rešiti posredstvom zakupa od onih koji to ne moraju, onda deluje logično pretpostaviti da je zaštita zakupaca sa stanovišta utilitarizma poželjna jer se time obezbeđuje maksimizacija korisnosti za najveći mogući broj ljudi. Zakupodavci i dalje mogu da ostvare korist od izdavanja

⁷⁶⁶ ZOSOSZ, čl. 70. st. 4.

stanova, ali i zakupci koji sebi ne mogu da priušte stan ostvaruju relativno trajno rešenje svog stambenog pitanja.

Sa druge strane, ako pretpostavimo da je teorija efikasnog neispunjenja ugovora o kojoj je bilo reči u *II.1.d.* kada sam govorio o odnosu utilitarizma i građanskog prava u skladu sa utilitarizmom, onda se postavlja pitanje da li je tu teoriju sa stanovišta utilitarizma poželjno primeniti i u slučaju zakupa za potrebe stanovanja? Može se tvrditi da bi se njenom primenom na zakup postiglo to da do prava zakupa za potrebe stanovanja dođe onaj koji to pravo najviše ceni. Ako bi njena primena značila da zakupodavac može raskinuti ugovor o zakupu sa zakupcem kada naiđe na drugog zakupca koji bi dao više od sadašnjeg zakupca, postavlja se pitanje da li bi to bilo opravdano sa stanovišta utilitarizma? Prema sadašnjem rešenju u našem pravu, koje se ni usvajanjem Nacrta ne bi bitno izmenilo, jer je sve sem otkaznog roka prepušteno volji saugovarača, nešto slično je moguće, mada ne u svojoj najbrutalnijoj formi. Imajući u vidu da bi to pristup pravu zakupa omogućilo manjem broju ljudi od ukupnog broja ljudi koji za njim imaju potrebu, kao i da obeštećenje u novcu u slučaju zakupa za potrebe stanovanja ne igra toliko važnu ulogu koliko sama činjenica da se ima krov nad glavom i izvesnost u pogledu te činjenice, ne verujem da bi i sa stanovišta utilitarizma ova teorija bila odgovarajuća, bar ne kada se radi o pravu zakupa u svrhe stanovanja. Zapravo samtram da svaka rasprava o zaštiti zakupca samo iz ugla cene zakupa, i svoditi zaštitu samo na kontrolu cene zakupa ili na mehanizme koji bi uticali na cenu zakupa upravo previđa druge važne aspekte kao što su gore pomenuta izvesnost i trajnost zakupa u svrhe stanovanja, a na koje utiču i druga prava i obaveze strana u odnosu povodom ovog prava. Tako su uslovi i dopušteni razlozi za otkaz ugovora o zakupu i način na koji se taj otkaz može dati važni koliko i cena. Prepuštanjem uređivanja tih pitanja ugovaračima gde je jedna strana tipično slabija jer ima manju moć da utiče na sadržinu ugovora čini mi se nije u skladu sa utilitarizmom kada se radi o pravu zakupa u svrhe stanovanja jer se time značajno poboljšava položaj zakupodavca, a na štetu zakupca što je u neskladu sa pareto optimumom. Osim toga, to je odraz činjenice i da se nisu preferencije svih jednako uvažavale. Što su sve zahtevi utilitarizma. Moguć argument da bi sloboda ugovaranja u ovoj oblasti dovela do konkurencije između zakupodavaca u tom smislu da bi nudili povoljne uslove zakupcima, pa da bi se time obezbedila najveća moguća korisnost za najveći broj ljudi, po mom skromnom mišljenju ovde ne stoji. Naime, na tržištu Srbije, koliko je meni poznato, tipičan zakupodavac za izdavanje u svrhe stanovanja ima jednu stambenu jedinicu. Kada je izda u zakup ona na neki duži

rok nije na tržištu i uslovi koje taj zakupodavac nudi svom zakupcu niti su javni niti su više u ponudi tako da mi se čini da na našem tržištu ne može postojati pravi pritisak konkurencije na zakupodavce da nude povoljnije uslove podstanarima, te bez regulacije ne može ni doći do maksimizacije korisnosti za najveći broj ljudi. Stoga, prema ovom mom tumačenju utilitarizma stanje koje bi usvajanjem Nacrta nastupilo, a pod uslovom da ZOSOSZ ostane na snazi ovakav kakav je sada, ne bi odgovaralo utilitarističkim idejama.

Imajući u vidu sve što je rečeno o Nozikovoj teoriji pravde, njenom formalizmu, akcentu na slobodi pojedinaca i stavu koji sam već pomenuo da je i izbor između više loših alternativa slobodan izbor (*II.3.d.*), mislim da je pravni režim koji bi nastupio usvajanjem ovakvog Nacrta u kombinaciji sa ovakvim ZOSOSZ bliži Nozikovoj teoriji pravde budući da ostavlja širok prostor slobodi ugovaranja kada je zakup u svrhe stanovanja u pitanju. Naravno, takav režim ne bi bio apsloutno lišen zaštitnih odredbi. Kao što sam već rekao, primenjivale bi se norme koje se odnose na zakup uopše koje pružaju nekakvu zaštitu i podstanarima. Prema Nozikovoj teoriji i ta manjkava zaštita je višak, pa zato i kažem da bi novonastali pravni režim bio bliži njegovoj teoriji, nego li, pokazaće se, ostalim teorijama pravde.

Što se Rolsove teorije pravde tiče, već je pokazano da je kategorička zaštita slabijih strana u ugovornim odnosima poželjna i u skladu sa načelom razlike. To je pokazano na primeru nepoštenih ugovornih odredbi u ugovorima sa MSP. Kako su i podstanari jedna kategorija tipično slabije ugovorne strane, jasno je da odredbe koje idu za tim da im obezbede određeni stepen zaštite u odnosu na zakupodavce jesu u skladu sa ovom teorijom pravde, a da odsustvo takvih odredbi i prepuštanje slobodi ugovaranja najvažnijih pitanja u odnosu zakupodavac – podstanar nije u skladu sa tom teorijom. Time se jedna grupa ljudi dovodi u povoljniji položaj u odnosu na drugu grupu ljudi, a da ta razlika ne radi u korist onih u lošijem položaju što je u suprotnosti sa načelom razlike. Nacrt, stoga, u ovom slučaju ne prolazi test Rolsove teorije pravde.

Konačno, kada je reč o teoriji o mogućnostima u predhodnom odseku sam podsetio na to da je dostojanstvo centralna vrednost ove teorije, kao i da se ona bavi time šta svaki pojedinac u jednom društvu zaista može i koje su njegove stvarne mogućnosti. Pored toga bih podsetio i na jednu od deset centralnih mogućnosti sa liste koju daje Marta Nussbaum. To je telesno zdravlje koje se ispoljava između ostalog kroz mogućnost skloništa (*II.4.b.*). Ako se zakupom u svrhe stanovanja rešava jedno elementarno pitanje, a to je pitanje krova nad glavom, onda nije u skladu

sa ljudskim dostojanstvom da podstanari žive u neizvesnosti u pogledu trajanja tog svog prava, to u skladu sa pravom na sklonište. Tim pre sa ovim vrednostima nije u skladu ni situacija da podstanari kao tipično slabija strana u ugovornom odnosu povodom prava zakupa nemaju adekvatnu zakonsku zaštitu budući da uobičajeno nisu u mogućnosti da bitno utiču na sadržinu ugovora o zakupu. Stoga, nedostatak zaštite podstanara o kojem je bilo reči, a koji bi bio rezultat pravnog režima koji bi nastao usvajanjem Nacrta u kombinaciji sa ZOSOSZ nije u skladu sa teorijom o mogućnostima.

IV.3.d. Zabrana diskriminacije u ugovornim odnosima

Zabrana diskriminacije u građanskom pravu, odnosno pravo da se ne bude diskriminisan u građanskopravnim odnosima je novina koju je doneo DCFR, jer nacionalni građanski zakonici takvo subjektivno pravo ne poznaju ili ga ne uređuju na tako detaljan način na koji to čini DCFR.⁷⁶⁷ Uključivanje ovog prava u korpus građanskopravnih pravila koja čine DCFR je ocenjen kao značajan korak napred kada se govori o socijalnoj pravdi.⁷⁶⁸ Tu se ne radi o prosto deklaraciji da je diskriminacija zabranjena. Ta zabrana nije data u formi načela, već su propisane konkretne mere koje se mogu preduzeti u slučaju diskriminacije. Tako član II. – 2:104 (1) DCFR propisuje da su diskriminiranoj strani na raspolaganju sva pravna sredstva koja bi joj na raspolaganju bila i u slučaju neispunjenja ugovorne obaveze, kao i mogućnost naknade vanugovorne štete. Među tim sredstvima su i ispunjenje dugovane činidbe i naknada štete nastale iz ugovornog odnosa.⁷⁶⁹ Dakle, prema DCFR čin diskriminacije može imati iste posledice kao i neispunjenje ugovora.⁷⁷⁰ Pored toga, DCFR uređuje i pitanje tereta dokazivanja da je diskriminacije bilo. Naime, na strani koja tvrdi da je diskriminisana je da predstavi činjenice na osnovu kojih se može pretpostaviti da je diskriminacije bilo, a na suprotnoj strani je da dokaže da diskriminacije nije bilo.⁷⁷¹ Konačno, DCFR dopušta nejednako postupanje radi ostvarenja legitimnog cilja, ako je takvo postupanje podobno i neophodno za ostvarenje takvog cilja.⁷⁷² Ono što se zamera tvorcima DCFR jeste što se kao zabranjeni osnovi diskriminacije pominju samo pol, etničko i rasno poreklo, dok je osnova

⁷⁶⁷ Hesselink, M, W, Mak, C, and Rutgers, W, J, 2009, p. 26 and p. 96.

⁷⁶⁸ Hesselink, M, W, Mak, C, and Rutgers, W, J, 2009, p. 26.

⁷⁶⁹ Detaljno o pravnim sredstvima u slučaju neispunjenja ugovora u DCFR videti III knjigu, poglavlje 3 DCFR.

⁷⁷⁰ Hesselink, M, W, Mak, C, and Rutgers, W, J, 2009, p. 26.

⁷⁷¹ II. – 2:105 DCFR.

⁷⁷² II. – 2:103 DCFR.

po kojima ne treba diskriminisati mnogo više (npr. seksualna orijentacija, politička uverenja itd.).⁷⁷³

Kada je Nacrt u pitanju neka vrsta zabrane diskriminacije se može naći u članu 3. Tim članom je propisano da sva lica uživaju istu zaštitu ljudskih prava u svim oblastima koje Zakonik uređuje bez obzira na rasu, boju, pol, jezik, veroispovest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno poreklo, imovinu, rođenje ili druge srodne ili slične okolnosti.⁷⁷⁴ Kada se uporedi sa normama DCFR o zabrani diskriminacije koje su konkretne i izričito propisuju koja pravna sredstva su na raspolaganju diskriminisanom, ova odredba Nacrta pre više liči na načelo nego na konkretno pravno pravilo, naročito kada se uzme u obzir da u stavu 1. člana 3. Nacrta piše da „Zakonik proklamuje“ istu zaštitu ljudskih prava. Dakle, u odnosu na DCFR ova proklamacija je načelna, ali su zabranjeni osnovi diskriminacije dati u članu 3. Nacrta sveobuhvatni za razliku od siromašnog kataloga tih osnova iz DCFR. Osim toga, Nacrt ne staje na ovoj proklamaciji već je dopunjuje konkretnim zabranama diskriminacije u pojedinim ugovornim odnosima. Tako je na primer članom 1398. Nacrta zabranjeno utvrđivanje različitih premija osiguranja po osnovu pola i starosti, sem ako osigurač dokaže da se razlike po ovim osnovima zasnivaju na preciznim akturaskim i statističkim podacima, dok je razlika u premijama po osnovu materinstva i trudnoće, nacionalnog, rasnog ili etničkog porekla zabranjena u svakom slučaju. Sankcija za neopravdane diskriminatorne odredbe ugovora o osiguranju je ništavost tih odredbi jer je Nacrtom predviđeno da uslovi ugovora koji su u suprotnosti sa antidiskriminatornim normama Zakonika ne obavezuju strane ugovornice, a ostavlja se mogućnost i osiguraniku da u slučaju kršenja tih zabrana otkáže ugovor o osiguranju u odgovarajućoj formi i u propisanom subjektivnom roku.⁷⁷⁵ Sa druge strane konkretna i jasno uređena zabrana diskriminacije iz DCFR je opšta, pa bi se takvom zabranom u zakoniku obuhvatili svi ugovorni odnosi, a ne samo neki i ne samo oni pobrojani već i neimenovani. Ovako, prema Nacrtu je konkretne mere moguće preduzeti samo u ugovornim odnosima u kojima je izričino i detaljno uređena zabrana diskriminacije, za ostale se može osloniti na načelo iz člana 3. Nacrta što ostavlja dosta prostora sudovima da odaberu način na koji će i kada će sankcionisati diskriminaciju u građanskopravnim odnosima. Time se međutim ostavlja i neizvesnost da li će do zaštite zaista i doći i iz čega će se ona sastojati. U svakom

⁷⁷³ Hesselink, M, W, Mak, C, and Rutgers, W, J, 2009, p. 26.

⁷⁷⁴ Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, 2015, član 3.

⁷⁷⁵ Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, 2015, član 1398, st. 4 i 5.

slučaju, u odnosu na sadašnje stanje u ovom pogledu Nacrt predstavlja korak napred. Ostaje da se vidi kako se koja od pobrojanih teorija pravde odnosi prema zabrani diskriminacije u građanskom pravu.

Kada je utilitarizam u pitanju treba prvo napraviti razliku između diskriminacije zasnovane na preferencijama i statističke diskriminacije. Prva označava diskriminaciju čiji je uzrok netrpeljivost prodavca ili pružaoca usluga prema licima sa određenim ličnim svojstvom ili to što većina klijenata tog prodavca ili pružaoca usluga gaji netrpeljivost prema licima sa određenim ličnim svojstvom ili zbog toga što bi prodavac odnosno pružalac usluga doživeo društvenu osudu ako bi saradivao sa licima sa određenim ličnim svojstvom.⁷⁷⁶ Druga vrsta podrazumeva da se određena lična svojstva koriste kao signali učesnicima na tržištu o tome koliki su troškovi pružanja neke usluge ili o spremnosti neke osobe da plati određenu uslugu ili robu.⁷⁷⁷ Kada je u pitanju prva vrsta diskriminacije, diskriminacija zasnovana na preferencijama, onda se postavlja pitanje da li je sa stanovišta utilitarizma dozvoljeno naterati jedno lice koje ne voli osobe određene nacionalnosti na primer, da zaključi ugovor sa osobom te nacionalnosti? Utilitarizam nalaže da se svačije preferencije imaju jednako uzimati u obzir, ali ovde se jednakost suprotstavlja jednakosti. Jednakost preferencija se suprotstavlja ravnopravnosti, jednakosti u dostojanstvu. Možda je ovo dobro mesto da se podsetimo sledećih Milovih reči:

„Onog trenutka kada ponašanje jednog lica negativno utiče na interese drugih, društvo je nadležno za njega, a pitanje da li opšte dobro hoće ili neće biti šticešno mešanjem u to ponašanje postaje otvoreno za raspravu. Ali nema mesta takvom pitanju kada ponašanje jednog lica ne utiče na druge do njega samog, ili ne mora da utiče na druge sem ako oni to ne žele (ako se radi o punoletnim osobama i uobičajenog stepena razumevanja).“⁷⁷⁸

Kada neko ne želi da proda nešto ili da pruži uslugu drugome samo zbog nekog ličnog svojstva tog drugog onda to u najmanju ruku negativno utiče na sva ona lica koja poseduju ista lična svojstva. Sa druge strane može se tvrditi da to ne mora uticati na njih ako to ne žele, jer mogu ugovor zaključiti sa nekim drugim prodavcem iste robe ili usluga. Osim toga kako je cilj

⁷⁷⁶ Vandenberghe, A. S., 2007, The Economics of the Non-Discrimination Principle in General Contract Law, *European Review of Contract Law*, 4, pp. 412 – 413.

⁷⁷⁷ Vandenberghe, A. S., 2007, p. 421.

⁷⁷⁸ Mill., J., S., 2001, pp. 69 – 70.

utilitarizma maksimizacija ukupnog dobra u društvu može se tvrditi da će konkurencija na tržištu naterati diskriminatorne prodavce i pružaoce usluga da prestanu sa diskriminacijom te će se na taj način diskriminacija iskoreniti bez troškova koje bi sobom nosili sudski postupci u kojima bi se rešavali sporovi povodom diskriminacije.⁷⁷⁹ Na taj način ničije preferencije se ne eliminišu državnim prisilom, već se subjekti sami ako žele prilagođavaju situaciji, a troškova za sprovođenje antidiskriminatornih normi nema. Međutim ovo važi samo tamo gde postoji savršena konkurencija ili stanje blisko tome. Ipak se utilitarista na neki način mora odrediti prema diskriminaciji. Čini mi se da bi utilitarista rekao da diskriminacija u ugovornim odnosima ne vodi maksimizaciji korisnosti u društvu jer se ne ostvaruje sav profit koji bi mogao da se ostvari da diskriminacije nema. U tom smislu nju treba eliminisati i onda kada za određenu robu ili usluge ne postoji tržište na kojem funkcioniše konkurencija u toj meri da može da otkloni diskriminaciju kako je opisano, pa preferencije diskriminatora ipak treba staviti u drugi plan. Dakle, kada postoje neuspesi tržišta opravdano je uvesti zakonsku zabranu diskriminacije.⁷⁸⁰ Postoje i oni koji kažu da je intervencija države posredstvom zakona u svakom slučaju poželjna jer je efikasnija u otkaljanju diskriminacije nego tržište i konkurencija.⁷⁸¹ Među stavovima kojima se podržava zabrana diskriminacije i državna intervencija ima onih u kojima se ističe da građansko pravo nije mesto takvim zabranama jer je građanskopravna posledica imovinska naknada žrtvi diskriminacije što jeste podsticaj da se diskriminator uzdrži od diskriminacije, ali da bi jači podsticaj u oblikovanju preferencija, dakle u prevaspitanju imale krivičnopravne sankcije.⁷⁸² Smatram da, ako je zahtev utilitarizma uzeti u obzir preferencije svih, a pod uslovom da je prethodna tvrdnja tačna, onda je građanskopravna sankcija primerenija jer ne ide za tim da izmeni ukus pojedinca već za tim da maksimizuje korisnost u društvu.

Kada je reč o statističkoj diskriminaciji ona se svodi na poistovećivanje pojedinca sa određenom kategorijom lica kojoj pripada kada se određuju uslovi pod kojima se ulazi u ugovorne odnose jer statistički postoji velika verovatnoća da on poseduje određene karakteristike kategorije lica kojoj pripada, a koje su od uticaja na uslove ugovora.⁷⁸³ Uzrok ove vrste

⁷⁷⁹ Vandenberghe, A. S., 2007, p. 415.

⁷⁸⁰ Vandenberghe, A. S., 2007, p. 416.

⁷⁸¹ Vandenberghe, A. S., 2007.

⁷⁸² Vandenberghe, A. S., 2007, p. 419.

⁷⁸³ Vandenberghe, A. S., 2007.

diskriminacije je to što bi utvrđivanje svih relevantnih informacija za svakog pojedinačnog saugovarača bilo presukupo.⁷⁸⁴ O statističkoj diskriminaciji se na primer radi kada osiguravajuće kuće ženama naplaćuju više premije zdravstvenog osiguranja, a niže premije životnog osiguranja zato što žene u proseku žive duže, ili kada je osiguranje vozila skuplje za mlade vozače muškog pola nego za žene i starije muškarce zato što u proseku mladi vozači muškog pola imaju više saobraćajnih nesreća nego žene i stariji muškarci.⁷⁸⁵ Pitanje da li je ovakva diskriminacija dozvoljena sa stanovišta utilitarizma jeste pitanje da li se dopuštanjem ovakve vrste diskriminacije u konačnom ishodu uvećava ukupna korisnost u društvu ili ne. Jedan argument za ovakvu diskriminaciju jeste taj što bi njena zabrana dovela do povećanja cena osiguranja za sve, ako se zadržimo na tom primeru.⁷⁸⁶ Naime, takva zabrana bi dovela do toga da osiguravajuće kuće moraju da prikupljaju više podataka za svakog klijenta pojedinačno što podiže troškove pružanja usluga, pa konačno ima za rezultat skuplje osiguranje za sve.⁷⁸⁷ U tom smislu zabrana statističke diskriminacije bi dovela do pada ukupne korisnosti zato što bi osiguranje postalo skuplje, a verovatno i manje kupovano tako da bi i osiguravajuće kuće i klijenti bili na gubitku.

Dakle, sa stanovišta utilitarizma bi u slučaju diskriminacije zasnovane na preferencijama trebalo ostaviti tržištu da iskoreni diskriminaciju, osim u slučajevima gde tržište to nije u stanju da učini ili se pokaže da bi se zakonskim intervencijama to učinilo na efikasniji način. Što se statističke diskriminacije tiče, ona je za utilitariste po svemu sudeći poželjna, bar dok pribavljanje relevantnih informacija o svakom pojedincu ne postane jeftinije od oslanjanja na statistički prosek. Konačno, za utilitaristu bi tamo gde je zakonska zabrana poželjna, po svemu sudeći, to bilo bolje učiniti preciznom normom, a ne načelom, jer potonje ostavlja previše prostora za vaganja i procene te produžava sudske postupke a time i povećava troškove odlučivanja.⁷⁸⁸

Imajući u vidu rečeno, član 3. Nacrta budući da je pre načelna zabrana diskriminacije, a ne precizno pravno pravilo, ne odgovara utilitarističkim standardima. Pravila iz člana 1398. Nacrta ostavljaju prostora za oslanjanje na statistički prosek osiguračima, ali u jako malom broju

⁷⁸⁴ Vandenberghe, A. S., 2007.

⁷⁸⁵ Vandenberghe, A. S., 2007, p. 420.

⁷⁸⁶ Vandenberghe, A. S., 2007, p. 427.

⁷⁸⁷ Vandenberghe, A. S., 2007.

⁷⁸⁸ Vandenberghe, A. S., 2007.

slučajeva, pa se može reći da je po pitanju statističke diskriminacije Nacrt umereno utilitaristički skrojen.

Sa druge strane, ako se pođe od teorije o mogućnostima gore izneti argumenti za ili protiv zabrane diskriminacije ne bi igrali neku suštinski bitnu ulogu. Budući da je, prema ovoj teoriji, dostojanstvo centralna vrednost koje se ni pojedinac sam ne može odreći, a da uskraćivanje usluga ili odbijanje da se proizvod proda nekome samo zbog toga što je određene boje kože ili zato što poseduje neko drugo lično svojstvo predstavlja narušavanje ljudskog dostojanstva, onda ni pravo jedne države ne bi smelo da ignoriše takvo narušavanje dostojanstva. Insitucije države bi morale da budu ustrojene tako da podržavaju i brane ljudsko dostojanstvo svakog pojedinca. Zato preferencije diskriminatora uopšte ne bi bile razmatrane kao legitimne. Osim toga, utilitaristički argumenti o tome da bi tržište samo vremenom uklonilo diskriminaciju zasnovanu na preferencijama idu za agregacijom korisnosti, dok je teorija Marte Nusbaum kako je pokazano zainteresovana za kvalitet života pojedinca. Pojedinac koji je diskriminisan nema ništa od toga što će u nekom trenutku tržišne sile primorati diskriminatorne prodavce i pružaoce usluga da odustanu od diskriminatornog ponašanja. Taj pojedinac je diskriminisan, ostao je bez usluge ili robe koja mu je bila potrebna, mogao je imati i dodatne troškove zbog toga što je uslugu ili proizvod morao da potraži drugde, a povređeno je i njegovo dostojanstvo. Stoga zabrana diskriminacije, kao i konkretne mere koje se protiv diskriminatora mogu preduzeti u cilju naknade štete ili izmakle koristi svakako jesu u skladu sa ovom teorijom.

Što se tiče statističke diskriminacije, svaki zastupnik teorije o mogućnostima ne bi smeo da gleda blagonaknolo na nju. Budući da se centralne vrednosti ostvaruju putem funkcionisanja od kojih se većina pribavlja putem ugovora na tržištu, i da ljudi imaju pravo na jednak pristup centralnim mogućnostima, a time i funkcionisanjima putem kojih ih i ostvaruju, onda postoji osnovana sumnja da statistička diskriminacija dovodi do toga da ljudi nisu jednaki u ostvarivanju svojih mogućnosti, a sve zbog ličnih karakteristika koje nisu mogli da biraju ili kojih ne bi trebalo da moraju da se odriču. Ne deluje pravedno da neko samo zbog toga kog je pola mora da plaća veću cenu određene robe ili usluge. Istina, teorija Marte Nusbaum ide za tim da utvrdi šta pojedinac stvarno može u društvu, koje su njegove stvarne mogućnosti, pa ako bi se pokazalo da bi zabrana statističke diskriminacije u određenim slučajevima dovela do smanjenja mogućnosti pojedinca, na primer tako što bi došlo do još većeg rasta određene cene ili usluge i pod uslovom

da nema boljeg načina da se takav rezultat predupredi, onda bi verujem statistička diskriminacija bila u skladu sa ovom teorijom. Dakle, načelno statistička diskriminacija nije poželjna prema teoriji o mogućnostima, ali je dozvoljeno dokazivati suprotno u određenim slučajevima.

U skladu sa prethodno rečenim, mislim da bi Nacrt dobio prelaznu ocenu sa stanovišta teorije o mogućnostima, ali mi se čini da bi rešenje DCFR, pod uslovom da se katalog zabranjenih osnova diskriminacije dopuni, više odgovarao ovoj teoriji jer kako sam rekao obuhvata veći broj odnosa i propisuje konkretna pravna sredstva.

Što se tiče Rolsove teorije pravde, diskriminacija zasnovana na preferencijama je svakako nedopustiva. Ona narušava prvo načelo pravde jer ugrožava jednak sistem sloboda za sve. Istina je da diskriminator koristi svoju slobodu kada neće sa nekim da stupi u ugovorni odnos, ali prvo načelo Rolsove teorije pravde, podsetiću, nalaže da treba postojati sistem jednakih sloboda za sve. Takođe načelo prioriteta koje je definisao nalaže da se jedna sloboda može ograničiti ako se time ojačava ukupni sistem sloboda svih.⁷⁸⁹ Ako bi bilo dozvoljeno da ljudi uskraćuju usluge jedni drugima ili da odbijaju da jedni drugima prodaju robu (naročito dobra koja su važna za egzistenciju) zbog toga što im se ne sviđa nečija boja kože, etnička pripadnost, veroispovest, seksualna orijentacija, pol itd. onda bi ukupan sistem sloboda bio ugrožen jer bi se suzio prostor u kojem različita lica mogu da ostvare svoje potrebe i pribave dobra i usluge koje su im potrebne za ostvarenje sopstvene ideje dobrog života. Dakle, ovde se ograničava sloboda ugovaranja (slobodan izbor saugovarača) da bi se održao ukupan sistem sloboda za sve.

Kada se govori o statističkoj diskriminaciji, imamo situaciju u kojoj su neka lica u boljoj, a neka u goroj poziciji samo zbog toga što pripadaju određenoj kategoriji lica za koju u proseku važe neke činjenice koje utiču na cenu usluga ili robe. Ne radi se o tome da se nekome uskraćuju dobra ili usluge, ali se radi o tome da će za jednu kategoriju lica usluge ili dobra biti npr. skuplji nego za druge kategorije lica. Čini mi se da bi po analogiji sa Rolsovim drugim načelom pravde, ovakva diskriminacija bila dozvoljena ako i samo ako bi u konačnici radila u korist lica u lošijem položaju. To nas vraća na pravno-ekonomske argumente kakvi su upotrebljeni kod utilitarističkog vaganja. U suštini ako bi se zabranom nekog vida statističke diskriminacije došlo do toga da određene usluge ili dobra budu još skuplji za one za koje su inače skuplji, onda takva zabrana ne

⁷⁸⁹ Rawls, J., 1999, p. 220.

bi bila u skladu sa Rolsovom teorijom pravde. Sa druge strane, ako bi se zabranom neke vrste statističke diskriminacije došlo do toga da poskupi usluga za one za koje je ta usluga bila jeftinija, ali da pojeftini za one za koje je bila skuplja, onda bi se tu suštinski radilo o redistribuciji. To sledi iz argumenta da usled zabrane statističke diskriminacije može doći do toga da oni saugovarači koji „malo koštaju“ onda usluge i proizvode plaćaju skuplje, budući da se ne može naplatiti prava cena usluga ili proizvoda onima koji „koštaju više“.⁷⁹⁰ Tako bi recimo muškarci plaćali veće premije zdravstvenog osiguranja jer bi bilo zabranjeno ženama naplaćivati veće premije zato što one u proseku žive duže, ili bi žene i stariji vozači plaćali veće premije osiguranja vozila jer bi bilo zabranjeno mladim vozačima naplaćivati veće premije zbog njihovog uzrasta. To dakle znači da bi jedna kategorija lica koja npr. osigurača košta manje plaćala nešto veću premiju nego što bi morala, da bi druga „skuplja“ kategorija lica plaćala nešto nižu premiju, tj. da bi iznos premije bio jednak. Međutim, drugo načelo Rolsove teorije pravde nalaže da su nejednakosti dozvoljene kada rade u korist onih u najlošijem položaju, ali i kada su te nejednakosti u vezi sa pozicijama i funkcijama u društvu koje su otvorene za sve.⁷⁹¹ Pol, seksualno opredeljenje, veroispovest, etnička pripadnost itd. nisu funkcije u društvu, već lična svojstva te povodom njih ne može biti dozvoljenih nejednakosti, osim možda izuzetno kada se time štiti legitimni cilj i kada je nejednako postupanje dovoljno i neophodno za zaštitu tog cilja. Takođe, prema Rolsovom drugom pravilu prioriteta drugo načelo pravde ima prednost u odnosu na princip efikasnosti i maksimizacije dobara u društvu,⁷⁹² pa tako opet verujem da utilitaristička opravdanja za statističku diskriminaciju po osnovu pola, rase, veroispovesti i sl. ne bi naišla na odobravanje i ne bi prošla test Rolsove teorije pravde. Dakle, smatram da je zabrana svake, pa i statističke diskriminacije po pominjanim osnovima u skladu sa Rolosovom teorijom pravde. Takođe, smatram da bi propisivanje konkretnih pravnih sredstava koje bi diskriminisanima imao na raspolaganju, kao što su naknada ugovorne i vanugovorne štete, bili instrumenti redistribucije od diskriminatora ka diskriminisanom. Imajući u vidu ove zaključke, opet smatram da bi zabrana diskriminacije kako je ustrojena prema DCFR, samo sa dopunjenim katalogom nedozvoljenih osnova diskriminacije, bolje odgovarala Rolsovoj teoriji pravde nego način na koji se sa

⁷⁹⁰ Vandenberghe, A. S., 2007, p. 427.

⁷⁹¹ Rawls, J., 1999, p. 72.

⁷⁹² Rawls, J., 1999, pp.266 - 267

diskriminacijom u građanskopravnim odnosima obračunava Nacrt. Ipak, i ono što je nacrtom predviđeno jeste u izvesnoj meri u skladu sa ovom teorijom pravde.

Konačno, kada se govori o Nozikovoj teoriji ovlašćenja, imajući u vidu čisto proceduralnu prirodu ove teorije o čemu je već bilo reči, kao i Nozikovo insistiranje na nemešanju države u slobodu pojedinca i u to šta će on činiti sa onim što je njegovo, verujem da bi zabrana diskriminacije, a posebno primoravanje da se stupi u neki ugovorni odnos ili kakva druga intervencija bile nedopustive sa stanovišta ove teorije bilo da se radi o preferencijalnoj ili statističkoj diskriminaciji. Jedino gde mislim da bi Nozik odobrio zabranu diskriminacije i mešanje države jeste slučaj monopola i to samo kada se radi o preferencijalnoj diskriminaciji. Tada bi se dopuštanje diskriminacije izjednačilo sa prisvajanjem posle kojeg ne ostaje dovoljno dobara istog kvaliteta za druge koje Nozik nije odobravao. U svemu ostalom Nozik bi se, verujem, pouzdao u slobodnu razmenu i slobodno tržište i rekao bi da sve što je rezultat dobrovoljnih razmena ispravno stečenih resursa na slobodnom tržištu jeste pravično. Imajući to u vidu Nacrt svakako u ovom pogledu nije Nozikovski zbog ograničenja koje postvalja, naročito onih u članu 1398.

IV.4. Balansiranje između autonomije volje i solidarnosti

IV.4.a. Odgovornost u fazi pregovora

Pod ovim terminom misli se na odgovornost za neočekivani prekid pregovora o zaključenju ugovora čime se drugoj strani nanosi šteta.⁷⁹³ Moguće su različite reakcije prava u ovom slučaju, na primer: prvo, može se isključiti bilo kakva odgovornost svake strane za odustajanje od pregovora; drugo, može se predvideti da je, ako je pregovorima kod druge strane stvoreno opravdano očekivanje da će ugovor biti zaključen, strana koja odustaje od pregovora dužna drugoj strani nadokanditi troškove koje je imala zbog pregovora i eventualno dobit koju je ta strana propustila da ostvari zaključenjem ugovora sa nekom trećom stranom koju je odbila računajući na uspeh pregovora; treće, pravo može obavezati stranu koja odustaje da nadoknadi drugoj strani dobit koju bi ostvarila da je ugovor zaključen; četvrto, pravo može predvideti da će

⁷⁹³ Hesselink, M, W, Mak, C, and Rutgers, W, J, 2009, p. 28.

sud primorati stranu koja odustane od pregovora, a posle određene faze tih pregovora, da zaključi ugovor sa drugom stranom i u potpunosti ga izvrši.⁷⁹⁴ Ove opcije se kreću od potpune zaštite autonomije volje, do potpune prevage solidarnosti.⁷⁹⁵

Kada se u obzir uzmu teorije pravde predstavljene u ovom radu, jasno je da prva mogućnost odgovara Nozkovoj teoriji. Što se utilitarizma tiče, po analogiji sa teorijom efikasnog neispunjenja ugovora, odustanak od pregovora uz neku vrstu obeštećenja druge strane je rešenje koje je u skladu sa tom teorijom pravde. Pitanje je koje od dva rešenja koja stoje između prvog i četvrtog, ili neko njima slično, više odgovara utilitarizmu. Na to pitanje bi se odgovor mogao postići jedino procenom koje rešenje dovodi do maksimizacije korisnosti u društvu, što je procena koju nisam u stanju da izvedem. Ako bi se u potpunosti išlo za analognom primenom teorije efikasnog neispunjenja, onda bi strana koja odustaje od ugovora trebalo da nadoknadi drugoj strani ono što bi ova ostvarila zaključenjem ugovora, ali samo ako je pregovore prekinula da bi ugovor zaključila sa nekim trećim ko nudi više. U svakom slučaju, verujem da bi se utilitarista odlučio za neko rešenje koje je između neodgovornosti za odustanak od pregovora i prinudnog zaključenja ugovora. Što se tiče Rolsove teorije pravde, ako bi se inspiracija za rešenje ovog pitanja crpla isključivo iz načela pravde koje je dao, čini mi se da ne bi bilo dovoljno ubedljivih argumenata ni za ni protiv odgovornosti za štetu prouzrokovanu iznenadnim prekidom pregovora. Međutim, budući da je duh ove teorije duh solidarnosti i da još važnije Rols svoje principe pravda izvornom pozicijom, verujem da njegova teorija nalaže neko rešenje koje podrazumeva obeštećenje strane koja je oštećena prekidom pregovora, a koja je imala razloga da veruje da će pregovori rezultirati zaključenjem ugovora. Naime, ako su osobe u hipotetičkoj izvornoj poziciji iza vela neznanja svesne da će većinu stvari i usluga koje su im potrebne za ostvarenje svoje ideje dobrog života (koja god ona bila) pribavljati putem ugovora sa drugim osobama, te su svesne i toga da se svako nekada može naći u situaciji da pretrpi štetu zbog iznenadnog odustanka druge strane u pregovorima, onda bi bilo logično zaključiti da bi svako želeo da postoji izvesni stepen zaštite u takvim situacijama koji podrazumeva neku vrstu obeštećenja. Stoga smatram da sledbenik Rolsove teorije pravde ne bi imao ništa protiv pravila koja uspostavljaju određeni stepen odgovornosti za iznenadni odustanak od pregovora. Što se tiče

⁷⁹⁴ Hesselink, M, W, Mak, C, and Rutgers, W, J, 2009.

⁷⁹⁵ Hesselink, M, W, Mak, C, and Rutgers, W, J, 2009.

teorije o mogućnostima, kada sam govorio o njenom odnosu sa građanskim pravom (II.4.d.) pokazao sam verujem ubedljivo da ljudi na tržištu pribavljaju i ostvaruju funkcionisanja centralnih mogućnosti. Stoga, ako se putem ugovora stiče ono što je potrebno za zadovoljenje centralnih mogućnosti, verujem da je iz ugla ove teorije opravdano insistirati na nekoj vrsti obeštećenja za iznenadni odustanak od pregovora jedne strane kada se druga strana opravdano pouzdala da će do ugovora i doći.

Postavlja se pitanje kako je Nacrtom ova materija uređena i gde se Nacrt na političkom spektru nalazi. Nacrtom je uspostavljeno opšte pravilo da se od pregovora može slobodno odustati bilo kada.⁷⁹⁶ Ali ako je jedna strana pregovore vodila bez namere da zaključi ugovor, onda je ta strana odgovorna za štetu nastalu takvim postupanjem.⁷⁹⁷ Čini mi se da ovo pravilo nije sporno sa stanovišta bilo koje od teorija pravde jer se, rekao bih, suštinski radi o postupku čiji je jedini cilj prouzrokovanje štete koje je zaodeno u pregovore o zaključenju ugovora. Nacrtom je dalje propisano da „odgovara za prouzrokovanu štetu i onaj koji je vodio pregovore *bez namere*⁷⁹⁸ da zaključi ugovor pa pošto je svojim držanjem naveo drugu stranu na gubitke, odustao od te namere bez osnovanog razloga.“⁷⁹⁹ Verujem da je u ovoj rečenici načinjena greška, te da se nije želelo reći „bez namere“, već sa namerom jer je vođenje pregovora bez namere da se zaključi ugovor uređeno predhodnim stavom, a i navedena odredba ima smisla jedino ako se želelo reći „sa namerom“, a ne „bez namere“. Stoga ću smatrati da ovaj 3. stav člana 174. Nacrta obavezuje stranu koja je pregovore vodila sa namerom da zaključi ugovor, pa neopravdano odustala, da naknadi time prouzrokovanu štetu drugoj strani pod uslovom da je kod te druge strane stvoreno uverenje da će ugovor biti zaključen. Ovakvo rešenje u Nacrtu je slično drugoj opciji koju sam gore pomenuo. Međutim, naizgled ostaje neizvesno u čemu se u očima Nacrta sastoji ta šteta. Da li se tim pojmom obuhvataju samo troškovi izneverene strane koje je imala zbog pregovora, ili i izmakla dobit, odnosno očekivana dobit? Ipak, odgovor se može naći u glavi II Nacrta koja se bavi prouzrokovanjem štete. Članom 296. stavom 1. Nacrta propisano je da je imovinska šteta „svako umanjenje nečije imovine (pretrpljeni gubitak ili prosta šteta) i sprečavanje njenog povećanja (izmakla korist), kao i povrede svakog zakonitog interesa (imovinska šteta).“ Kada se

⁷⁹⁶ Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, 2015, član 174. st. 1.

⁷⁹⁷ Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, 2015, član 174. st. 2.

⁷⁹⁸ moj kurziv

⁷⁹⁹ Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, 2015, član 174. st. 3.

ova odredba ima u vidu, a u vezi s članom 174. stavom 3. Nacrta, onda bi odgovornost u fazi pregovora prema Nacrtu značila da je strana koja pregovore vodi sa namerom da zaključi ugovor i kod druge strane stvori uverenje da će ugovor biti zaključen, pa od pregovora bez valjanog razloga odustane, odgovara za troškove koje je druga strana imala zbog vođenja pregovora što bi odgovaralo prosto šteti, kao i za izmaklu korist koja bi (prema tome kako je definisana u Nacrtu) mogla da odgovara i dobiti koja je porpuštena odbijanjem treće strane zbog očekivanog zaključenja ugovora i dobiti koja je izmakla zbog toga što ugovor nije zaključen. Zato po svemu sudeći rešenje iz Nacta predstavlja mešavinu druge i treće alternative koje su gore navedene i svakako odražava sklonost ka solidarnosti naspram autonomije volje i više odgovara Rolsovoj teoriji i teoriji o mogućnostima nego utilitarizmu i naravno teoriji ovlašćenja.

IV.4.b. Promenjene okolnosti

U slučaju nepredviđenih okolnosti koje nastanu posle zaključenja ugovora i koje čine da izvršenje ugovorne obaveze jednoj strani postane izuzetno teško i opterećujuće i da je dovodi u jako težak položaj može se insistirati na načelu *pacta sunt servanda*, ili se može na neki način ugovornoj strani koja je u teškom položaju izaći u susret. Većina država se odlučila za drugu opciju.⁸⁰⁰ Čak i u Francuskoj, u kojoj se dugo, uporno i striktno držalo načela da su ugovori zakon za stranke i da ih niko drugi do stranaka samih ne može menjati čak ni kada bi to bilo pravično,⁸⁰¹ je reformama ugovornog prava koje su na snagu stupile 1. 10. 2016.⁸⁰² uveden institut promenjenih okolnosti.⁸⁰³ Dok postoje izvesne razlike od države do države; na primer da li su ugovorne strane obavezne da pre obraćanja sudu pokušaju pregovorima da prevaziđu novonastale okolnosti (na primer u Francuskoj)⁸⁰⁴ ili nisu (na primer u Holandiji i Nemačkoj),⁸⁰⁵ zajedničko svim državama jeste to da sud može odlučiti ili da izmeni ugovor shodno promenjenim okolnostima ili da ga raskine. Institut promenjenih okolnosti je dobio i svoju potvrdu na

⁸⁰⁰ Beal, H., Fauvarque – Cosson, B., Rutgers, J., Tallon, D., Vogenauer, S., 2010, p. 1127.

⁸⁰¹ Beal, H., Fauvarque – Cosson, B., Rutgers, J., Tallon, D., Vogenauer, S., 2010, p. 1133.

⁸⁰² Fauvarque-Cosson, B., 2017, The French Contract Law Reform and the Political Proces, *European Review of Contract Law*, 4, p. 340.

⁸⁰³ Helleringer, G., 2017, The Anatomy of the New French Law of Contract, *European Review of Contract Law*, 4, p. 364.

⁸⁰⁴ Helleringer, G., 2017.

⁸⁰⁵ Beal, H., Fauvarque – Cosson, B., Rutgers, J., Tallon, D., Vogenauer, S., 2010, pp. 1146 – 1147.

evropskom nivou ušavši u Načela evropskog ugovornog prava (PECL)⁸⁰⁶ i DCFR⁸⁰⁷. Ovaj institut postoji i u našem pravu. Uređen je članovima 133 – 136. ZOO, a predviđen je i u Nacrtu u članovima 273 – 277. Smatram da je ovaj pravni institut paradigmatičan kada se govori o solidarnosti u ugovornom pravu, te uvažavanju interesa druge strane. Stoga je on svakako dobar poligon za političku analizu koju ovde sprovodim. Zato ću proveriti kako se on uklapa sa teorijama pravde koje sam prikazao ranije, a onda ću ispitati i u kojoj meri, ovako kako je uređen Nacrtom, odgovara načelima pravde sa kojima je kompatibilan.

Kao i obično kada je utilitaristička teorija u pitanju jako je teško dati jednoznačan odgovor bez ozbiljne ekonomske analize. Sa jedne strane postojanje ovog instituta doprinosi efiksnosti u tom smislu što strane ne moraju da pregovaraju i o tome šta u slučaju nepredviđenih okolnosti činiti jer zakon već uređuje to pitanje. Sa druge strane, utilitarista bi se zapitao da li je norma zakona tako koncipirana da vodi neminovno sudskom postupku što sa stanovišta efikasnosti i agregacije korisnosti u društvu možda i nije poželjno. Možda, i podvlačim možda bi neka zlatna utilitaristička sredina bila ta da se zakonske norme o promenjenim okolnostima primenjuju samo ako strane ugovornice nisu nešto drugo dogovorile, kao i da bi te norme trebalo da obavežu strane ugovornice da pregovorima pokušaju da reše novonastalu situaciju, a da u slučaju da pregovori ne uspeju dolazi do raskida ugovora. Tako nešto je predviđeno npr. klauzulom o promenjenim okolnostima Međunarodne trgovačke komore iz 2003. godine (*ICC hardship clause 2003*).⁸⁰⁸ Ovakvim se uređenjem pitanja promenjenih okolnosti podstiče rešenje do kojeg stranke dolaze same ako je to moguće i sužava se prostor za dugačak sudski postupak budući da u nedostatku dogovora preostaje samo raskid ugovora.

Drugo načelo Rolsove teorije pravde se, naizgled ne može neposredno primeniti na slučaj promenjenih okolnosti jer nejednakost strana i težak položaj jedne strane nije vezan za nekakve pozicije u društvu kojima treba da postoji jednak pristup. Međutim, suština Rolsove teorije, čini mi se, jeste da se u najvećoj mogućoj meri odstrani uticaj proizvoljnih okolnosti koje čovek nije birao na njegov život, a naročito na njegov ekonomski položaj. U tom svetlu institut promenjenih okolnosti upravo to postiže u mikrokosmosu ugovornog prava koje, kako sam ranije

⁸⁰⁶ Beal, H., Fauvarque – Cosson, B., Rutgers, J., Tallon, D., Vogenauer, S., 2010, p. 1127.

⁸⁰⁷ III. – 1:110 DCFR.

⁸⁰⁸ v. Beal, H., Fauvarque – Cosson, B., Rutgers, J., Tallon, D., Vogenauer, S., 2010, p. 1165.

argumentovao, jeste deo osnovne strukture društva, pa se na njega imaju primeniti i načela pravde koja je definisao Rols. Osim toga mislim da bi se ljudi u izvornoj poziciji svakako odlučili da sistem pravila koji uređuje najčešći način pribavljanja svega onoga što im je u životu potrebno poseduje neko ovakvo pravilo jer je jasno da se svako, bez obzira na sve svoje osobine i sposobnosti, igrom slučajeva može naći u situaciji kada bi mu institut promenjenih okolnosti bio od velike pomoći.

Sasvim suprotno, mislim da institut promenjenih okolnosti ne ide zajedno sa teorijom ovlašćenja Roberta Nozika. On svakako ne bi imao ništa protiv da se strane ugovornice same dogovore o tome šta činiti u slučaju promenejnih okolnosti, ali bi imao protiv rešenja koje se nameće sa strane što bi verujem posmatrao kao neovlašćeno mešanje u slobodu pojedinca. To jasno proizlazi iz njegovog stava da država nema pravo da koristi prinudu čak ni kada bi tom prinudom želela da primora jednog građanina da pomogne drugom građaninu kojem je pomoć potrebna.⁸⁰⁹ Takođe smatra da je jedna od retkih situacija kada minimalna država može upotrebiti prinudu izvršenje ugovora.⁸¹⁰ Stoga bi Nozik po svemu sudeći bio za striktno držanje načela da je ugovor zakon za stranke i ne bi blagonaklono gledao na nametnuta odstupanja od tog načela, pa ni na odluku suda da izmeni sadržinu ugovora ili da isti raskine.

Konačno, institut promenjenih okolnosti valja oceniti i sa stanovišta teorije o mogućnostima. Nussbaum tvrdi da je društvo dužno da stvara uslove za razvoj unutrašnjih mogućnosti i za njihovo ispoljavanje.⁸¹¹ Takođe, ljudi putem ugovora na tržištu u velikoj meri zadovoljavaju potrebe obuhvaćene centralnim mogućnostima.⁸¹² Ako se usled nepredviđenih okolnosti može dogoditi da jedna strana u ugovoru dođe do takvog položaja da je ugroženo ostvarivanje njenih centralnih mogućnosti, onda bi norma koja bi ublažavala uticaj nepredviđenih okolnosti bila deo te obaveze društva da stvori povoljne uslove za razvoj i ispoljavanje mogućnosti. Ako veliki deo funkcionisanja naših mogućnosti ostvarujemo u razmeni na tržištu sa drugima onda je opravdano imati mehanizam koji će da ublaži negativan uticaj okolnosti na koje ugovorne strane nisu mogle da utiču na pribavljanje tih funkcionisanja. Stoga je sa stanovišta

⁸⁰⁹ Nozick, R., 1974, p. ix.

⁸¹⁰ Nozick, R., 1974.

⁸¹¹ Nussbaum, M., 2011, ch. 2, para. 9

⁸¹² Tyon Soei Len, L., 2010, p. 166.

teorije o mogućnostima opravdano imati neki oblik pravila o promenjenim okolnostima u ugovornom pravu.

Sada je na redu da se vidi kako je u Nacrtu uređen ovaj institut, te da se oceni kojoj teoriji pravde najviše odgovara i da li nešto eventualno može drugačije. Iz člana 273. Nacrta jasno je da strana kojoj novonastale okolnosti štete ima pravo da traži ili izmenu ugovora ili raskid.⁸¹³ Nadalje se vidi da je raskid ugovora subsidijarno rešenje jer strane ugovornice moraju prvo pokušati da postignu sporazum o promeni ugovora, pa raskid mogu zatražiti tek ako sporazum ne postignu.⁸¹⁴ Iz ovoga sledi da se sudu mogu odmah obratiti samo ako žele izmenu ugovora, a za tužbu za raskid ugovora preduslov je pokušaj pregovora o izmeni ugovora. Članom 273. stavom 4. predviđeno je da će se „pri odlučivanju da li je zahtev za izmenu ili raskid ugovora opravdan, kao i da li će se ugovor izmeniti ili raskinuti“, voditi računa o „normalnom riziku kod ugovora te vrste, o trajanju i dejstvu izvanrednih događaja“ itd. Ono što je interesantno jeste prvi deo ovog stava. Ostaje nejasno, bar meni, da li je sud vezan zahtevom stranke tj. da li je ovlašćen da odluči da izmeni ugovor kada je stranka tražila samo raskid ili obratno. Još veću zabunu unosi član 275. Nacrta kojim je propisano da kad jedna strana zahteva izmenu ugovora, druga strana „može raskinuti ugovor“.⁸¹⁵ To je u suprotnosti sa stavom 2. člana 273. Nacrta koji kaže da se raskid može *tražiti* tek nakon neuspešnih pregovora o promeni ugovora. Dakle, ne može druga strana raskinuti ugovor, već može tražiti raskid i to tek nakon neuspešnih pregovora o izmeni, a ne čim druga strana zatraži izmenu ugovora. Ovaj glagol tražiti, verujem, upućuje na to da se raskid ima tražiti od suda. Sa druge strane stav 2. člana 275. Nacrta je jasan, pa iz njega sledi da ako jedna strana tuži za raskid ugovora zbog promenjenih okolnosti, druga strana može dati predlog za izmene ugovora kako bi se on održao na snazi. U takvoj situaciji je jasno da će sud moći da odlučuje između dve alternative, ali i dalje ostaje nejasno da li može odlučiti da ugovor uz izmene održi na snazi kada se traži raskid i nema kontra ponude sa druge strane. Ovo je veoma važno pitanje jer su posledice raskida da svaka strana ima vratiti ono što je pre raskida ugovora primila, kao i obavezu da nadoknadi koristi koje je imala od onoga što joj je pre raskida dato i što sada vraća.⁸¹⁶ Ako se u obzir uzme recimo slučaj da klijent koji je od banke uzeo stambeni kredit

⁸¹³ Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, 2015, član 273, st. 1.

⁸¹⁴ Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, 2015, član 273, st. 2.

⁸¹⁵ Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, 2015, član 275, st. 1.

⁸¹⁶ Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, 2015, član 272.

indeksiran u švajcarskim francima traži raskid ugovora zbog promenjenih okolnosti jer banka nije želela da pristane na izmenu ugovora, a iz neznanja nije tražio od suda da se ugovor izmeni, onda može doći do toga da taj klijent mora da proda stan da bi banci mogao da vrati novac koji je od nje primio zajedno sa zateznim kamatama. Na taj način se potpuno gubi svrha instituta promenjenih okolnosti da se pomogne strani koja je novim okolnostima pogođena i ta strana se stavlja u još težu poziciju. Stoga mislim da je trebalo norme Nacrta o promenjim okolnostima jasnije formulirati i nedvosmisleno dati ovlašćenje sudu da, kada to razlozi pravičnosti nalažu, interveniše u sadržinu ugovora bez obzira na sadržinu tužbenog zahteva.⁸¹⁷ Smatram da se jedino tako postiže ostvarivanje suštine ovog instituta i u punoj meri ostvarju načela kako Rolsove teorije pravde tako i načela teorije o mogućnostima. Prema sadašnjem stanju teksta Nacrta on je kompatibilan sa ove dve teorije, ali ne u punoj meri kako sam pokazao.

IV.4.c. Ograničenja prava svojine

S obzirom na to da postoje različita ograničenja prava svojine, prvo želim da razjasnim na koja se to ograničenja odnosi ovaj odsek. To su takozvana zloupotreba prava i susedska prava. Zloupotreba prava se kao institut ne odnosi samo na pravo svojine, ali se na ovom mestu koncentrišem na zloupotrebu baš tog prava, dok su susedska prava po definiciji zakonska ograničenja prava svojine. Pravo svojine je interesantno za političku analizu jer kao ni jedno drugo pravo daje ogromnu slobodu titularu u odnosu na stvari i predstavlja najširi skup ovlašćenja koja neko može imati na nekoj stvari.⁸¹⁸ Da je odnos prema pravu svojine politički osetljiva tema dokazuje, između ostalog, i činjenica da je pravo svojine bilo zagarantovano Deklaracijom o pravima čoveka i građanina kao prirodno i nezastarivo pravo.⁸¹⁹ Sa druge strane, budući da je smisao zabrane zloupotrebe prava svojine da se omogući suživot ljudi u društvu time što će se odrediti granice prava jednog da bi i drugi mogli da vrše svoja prava izvodi se zaključak da je zloupotreba prava politički nesporna i da odgovara i individualističkim i solidarističkim

⁸¹⁷ U tom smislu valja se ugledati na čl. III-1:110 DCFR i čl. 6:111 PECL.

⁸¹⁸ Tome svedoče definicije prava svojine u različitim građanskim zakonima. Videti na primer čl. 5:1 BW koji kaže da je “svojina je najsveobuhvatnije pravo koje lice, ‘vlasnik’, može da ima na nekoj stvari...”, ili član 544. CC prema kojem je “svojina je pravo da se uživa i raspolaže stvarima u najširem smislu...”, ili član 903. BGB kojim je propisano da “vlasnik stvari može... činiti sa stvari šta želi i isključiti sva treća lica od bilo kakvog uticaja.” itd.

⁸¹⁹ Konstantinović, M., 1982, Pitanje svojine, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 3-4, str. 284.

idejama.⁸²⁰ Isto se može reći i za susedska prava budući da je njihova osnovna svrha da omogućе suživot suseda, tj. vlasnika odnosno korisnika nepokretnosti koje su u susedskom odnosu. Ono što želim ovde jeste da proverim svoju sumnju u političku nespornost ove dve vrste ograničenja prava svojine.

Prvi koga sumnjičim da bi mogao da pokvari ovaj politički konsenzus jeste Nozik i njegova minimalna država i njegova teorija ovlašćenja. Na prvi pogled je ta sumnja neopravdana. Nozik kaže da se sa onim što se poseduje ima i sloboda postupanja, ali da se ta sloboda kreće u granicama pravila i načela u jednom društvu.⁸²¹ Takođe kaže da upotreba stvari na način kojim se krši Lokov kriterijum pravednosti prisvajanja nije legitimna⁸²². Tu se dakle očitava da određena upotreba sopstvene stvari može biti zabranjena ili nelegitimna sa stanovišta Nozikove teorije. On ovu tvrdnju ilustruje hipotetičkim primerom da vlasnik jedinog ostrva na određenom području ne može oterati brodolomnika sa tog ostrva.⁸²³ Takva zabrana se, rekao bih, najpre poklapa sa zabranom nemoralnog vršenja prava. Vlasnik stvari ima pravo da isključi sva treća lica iz dodira sa stvari, ali dozvoliti mu to po cenu nečijeg života bilo bi zaista nemoralno. Međutim ovo je prilično nesporan primer. Ali ni moral nije jedinstvena kategorija. Sve do 1996. godine u našem pravu je bilo zabranjeno vršenje prava svojine suprotno moralu socijalističkog samoupravnog društva.⁸²⁴ U sovjetskoj Rusiji su se subjektivna prava morala vršiti u skladu sa „moralnim načelima društva, koje gradi komunizam.“⁸²⁵ Teško da je Nozik imao u vidu i takva moralna načela u jednom društvu.

Nadalje, ako se setimo da Nozik tvrdi da se država ne sme mešati u živote pojedinaca i da je svaki pojedinac jedinstven i ima sopstvenu ideju o tome kakav život želi da živi,⁸²⁶ kao i da nijedna osoba ne sme biti sredstvo za tuđe ciljeve,⁸²⁷ onda možemo opravdano sumnjati da bi se ideja zabrane protivciljnog vršenja prava lako uklopila u njegovu teoriju. Teško mi je da

⁸²⁰ Konstantinović, M., 1982, *Zabrana zloupotrebe prava i socijalizacija prava*, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 3-4, str. 273.

⁸²¹ Nozick, R., 1974, p. 171.

⁸²² Nozick, R., 1974, p. 180.

⁸²³ Nozick, R., 1974.

⁸²⁴ Vodinelić, V., 1997, *Takozvana zloupotreba prava*, Beograd, Nomos, str. 64, fn. 31.

⁸²⁵ Gray, W., and Stults, R., 1965, p. 2.

⁸²⁶ Nozick, R., 1974, p. 34.

⁸²⁷ Nozick, R., 1974, p. 32.

zamisliti da bi Nozick pristao na to da iko do samog vlasnika može da kaže koja je svrha prava svojine koje je stekao u skladu sa načelima pravde koja su promovisana teorijom ovlašćenja. Ovaj kriterijum zloupotrebe prava je inače napadan kada je reč o pravu svojine upravo zbog toga što se kod tako sveobuhvatnog prava kao što je pravo svojine teško mogu navesti ciljevi radi kojih je ono ustanovljeno.⁸²⁸ Kada je u pitanju pravo svojine, primerenije je označiti tačno određene ciljeve kao neprihvatljive, na primer šikanu.⁸²⁹ Ali onda i nije u pitanju protivciljno vršenje prava, već šikanozno. Između ovih ne stoji nužno znak jednakosti jer „namera škođenja... ne isključuje već sama po sebi mogućnost da se pravo *istovremeno* vrši i radi onoga radi čega je pravnim poretom priznato...“⁸³⁰ Zabrana šikanoznog vršenja prava, sa druge strane, nije u koliziji sa Nozickovim poimanjem pravde, jer ako ne postoji moralna prevaga jednog lica nad drugim licem,⁸³¹ ako se ne može neko žrtvovati radi dobrobiti drugih,⁸³² onda nije opravdano dopustiti da neko vrši svoje pravo svojine da bi drugome škodio. Ako Nozick ne dopušta da država primora nekoga da pomogne drugome kome je pomoć potrebna,⁸³³ tim pre država ne bi smela ni da dopusti nekome da šikanira drugoga.

Dakle, kao što se može videti na primeru Nozickove teorije pravde nije svaki vid zloupotrebe prava svojine kompatibilan sa svakom teorijom pravde. Ovde sam pokazao da se u zavisnosti od teorije pravde sadržina osnova zloupotrebe prava može različito shvatati kao što je to slučaj sa zabranom vršenja prava protivno moralu, a da zabrana bar jednog vida zloupotrebe prava, protivciljnog vršenja prava, nije u skladu sa Nozickovom teorijom pravde. Ovo poslednje je naročito važno za naš Nacrt jer je zabrana protivciljnog vršenja prava uz zabranu šikane jedina koja je u Nacrtu izričito pomenuta.⁸³⁴ Imajući to u vidu može se reći da Nacrt nije naročito nozickovski kada je reč o zabrani zloupotrebe prava svojine.

Što se susedskih prava tiče, po njihovoj sadržini se vidi da ona predstavljaju ograničenje prava svojine jer nameću obavezu vlasniku ili da trpi da se njegova nepokretnost upotrebljava na određeni način i u određenoj meri, ili da čini nešto sa svojom nepokretnosti što inače ne bi morao

⁸²⁸ Vodinelić, V., 1997, str. 20.

⁸²⁹ Vodinelić, V., 1997.

⁸³⁰ Vodinelić, V., 1997, str. 76.

⁸³¹ Nozick, R., 1974, p. 33.

⁸³² Nozick, R., 1974.

⁸³³ Nozick, R., 1974, p.ix.

⁸³⁴ Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, 2015, član 1699.

da čini, ili da ne čini nešto što bi inače smeo da čini. Tako na primer jedno susedsko pravo vlasniku nepokretnosti nalaže da trpi da njegov sused pređe na njegovu nepokretnost radi hvatanja svoje odbegle životinje,⁸³⁵ drugo da preduzme mere kako bi smanjio zagađenje od delatnosti koju obavlja na svojoj nepokretnosti,⁸³⁶ a treće da na svojoj nepokretnosti ne preduzima radove kojima se dovodi u pitanje stabilnost objekata na susednoj nepokretnosti.⁸³⁷ Postavlja se pitanje da li prema Nozikovom shvatanju ima osnova za ovakvo zadiranje u slobodu vlasnika. Kada god ograničavamo vlasnika u vršenju njegovog prava moramo da se zapitamo da li to predstavlja neovlašćeno zadiranje u slobodu pojedinca radi ostvarenja interesa drugih, tj. da li jednog pojedinca koristimo kao sredstvo za postizanje tuđih ciljeva, ili pak samo svodimo njegovo pravo svojine u granice koje su u skladu sa Lokovim načelom pravične aproprijacije ili onoga što Nozik naziva pravilima i načelima.

Čini mi se da je situacija ista kao i kod zabrane zloupotrebe prava. Ako na primer imamo susedsko pravo koje nalaže vlasniku nepokretnosti da trpi da sused upotrebljava deo njegove nepokretnosti kako bi izvršio neophodne popravke na svom građevinskom objektu zato što to ne može da učini sa sopstvene nepokretnosti,⁸³⁸ onda je to nozikovski legitimno pravo jer ako bi vlasnik mogao da zabrani postavljanje skele kada je nemoguće postaviti je drugde to bi bilo jednako ogrešenju o Lokov princip pravednosti u prisvajanju jer bi se zabranom postiglo to da drugima nije ostavljeno dovoljno nekog resursa i dovoljnog kvaliteta. Kao što ni brodolomnik u gore navedenom primeru ne može da potraži drugo ostrvo, tako ni sused nema drugi način da postavi skelu kako bi popravio svoj objekat. Međutim, ako se nalaže vlasniku da trpi postavljanje skele i kada sused ima drugi način, samo nesrazmerno skup, kako se predviđa u članu 300. stavu 1. Nacrta Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima, taj nalog onda nije u skladu sa Nozikovom teorijom pravde. Naime, čini mi se da je ova situacija slična situaciji u kojoj pojedinac na tržištu može da bira između više po njega nepovoljnih mogućnosti što za Nozika

⁸³⁵ Ministarstvo pravde Republike Srbije i Nemačka organizacija za tehničku saradnju, 2007, *Ka novom stvarnom pravu Srbije. Nacrt zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima*, Beograd, član 300, st. 2.

⁸³⁶ Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, 2015, član 1911, st. 3.

⁸³⁷ Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, 2015, član 1910. st. 1.

⁸³⁸ Ovo susedsko pravo nije predviđeno Nacrtom što čudi budući da ga poznaje nauka pa se tako našlo u Nacrtu Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima (v. član 300), ali i sudska praksa. U tom smislu videti odluku Vrhovnog suda Srbije, Rev. 6161/97 kojom se konstatuje da je ispravna odluka nižestepenih sudova da je vlasnik susednog zemljišta dužan trpeti da se na njegovom zemljištu postavi skela radi izvođenja građevinskih radova na susednom objektu.

kako smo videli (II.3.d.) takođe predstavlja slobodan izbor. Ako sam u pravu da su ove situacije uporedive jer i sused može da bira između više nepovoljnih situacija, naime da snosi velike troškove ili pita vlasnika nepokretnosti za dozvolu i eventualno mu plati naknadu za upotrebu njegovog zemljišta, onda je njegov izbor slobodan, nema ogrešenja o Lokov princip pravednosti u prisvajanju i samim tim država nema ovlašćenje da obaveže vlasnika zemljišta da trpi da se protiv njegove volje neko koristi njegovim zemljištem. Stoga, zaključujem da i ove naizgled tehničke norme čiji je cilj da uredе suživot vlasnika susedskih nepokretnosti nisu politički neutralne jer mogu biti sporne, kako se za sada vidi sa stanovišta barem jedne od teorija pravde.

Što se tiče našeg Nacrta, u njemu nije predviđeno ovo sporno susedsko pravo. Što se tiče drugih susedskih prava koja su njime predviđena nisam naišao na neka koja bi mogla biti sporna sa stanovišta Nozikove teorije pravde. Zato se čini da je Nacrt u delu u kojem uređuje susedska prava u skladu sa Nozikovom teorijom pravde.

Ako pitanje zabrane zloupotrebe prava svojine i susedskih prava sada pogledamo iz Rolsove perspektive, videćemo da ovo pitanje spada u nadležnost prvog načela Rolsove teorije pravde. Naime, Rols navodi da u osnovne slobode spada i pravo svojine, doduše on izričito pominje pravo na pokretnu imovinu (*personal property*).⁸³⁹ Međutim, on ne isključuje mogućnost da se i pravo svojine na nepokretnostima ubraja u osnovne slobode. Jedino je isključiv kada je reč o svojini na sredstvima za proizvodnju, koja ne može biti deo korpusa osnovnih sloboda u njegovoj teoriji pravde.⁸⁴⁰ Da svojina na nepokretnostima može biti deo osnovnih sloboda vidi se već iz toga što kaže da je verovatno nemoguće dati iscrpnu listu osnovnih sloboda, a da se pri tom ne uzmu u obzir socijalne, ekonomske i tehnološke karakteristike jednog društva.⁸⁴¹ U našem društvu, prema našem Ustavu, kao i prema Konvenciji o ljudskim pravima koja je neposredno primenjliva u našem pravu, zagarantovano je mirno uživanje prava svojine nezavisno od toga da li je njegov predmet pokretna ili nepokretna stvar.⁸⁴² Stoga, smatram da, uzevši u obzir naš pravni poredak, pravo svojine i pokretnih i nepokretnih stvari spada u osnovne slobode u smislu Rolsove teorije pravde. Ovo je bilo neophodno raščistiti budući da se susedska prava odnose isključivo na

⁸³⁹ Rawls, J., 1999, p. 53.

⁸⁴⁰ Rawls, J., 1999, p. 54.

⁸⁴¹ Rawls, J., 1999.

⁸⁴² v. član 58. Ustava Republike Srbije („Sl. glasnik RS“, br. 98/2006) i član 1. Protokola 1 uz Evropsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SRP.pdf 15. 8. 2017.).

nepokretnosti. Ako prihvatimo, dakle, da pravo svojine i na pokretnim i na nepokretnim stvarima spada u osnovne slobode, barem u našem pravnom poretku, i da to nije u suprotnosti sa Rolsovim viđenjem stvari šta sve može da spada u osnovne slobode, onda dolazimo do zaključka da je prvo načelo njegove teorije pravde merodavno kada govorimo o dozvoljenim ograničenjima prava svojine.

Podsećanja radi, prvo načelo Rolsove teorije pravde nalaže da svako ima pravo na jednake osnovne slobode koje su kompatibilne sa takvim sistemom osnovnih sloboda ostalih članova društva.⁸⁴³ Nadalje, Rols kaže da se slobode mogu ograničavati samo radi održanja ukupnog sistema sloboda za sve, tj. da bi svako mogao jednako da uživa svoje slobode.⁸⁴⁴ U tom smislu zabrana zloupotrebe prava svojine i susedska prava su samo emanacija ovog principa budući da je njihov cilj da omoguće suživot ljudi i da slobode jednih ne budu brana slobodama drugih, te su načelno izraz upravo pravila prioriteta unutar prvog načela pravde. Jedino sporno pitanje bi bilo opet zabrana protivciljnog vršenja prava svojine. Imajući u vidu da je i Rols pošao od toga da ljudi imaju pravo težiti svojoj koncepciji dobrog života⁸⁴⁵ onda je teško pomirljivo i sa ovom teorijom pravde to shvatanje da jedno sveobuhvatno pravo kakvo je svojina i koje je jedan od osnovnih instrumenata za ostvarivanje ciljeva svakog pojedinca može imati neki predodređeni cilj, naročito kada taj cilj određuje neko ko nema naročite veze sa željama i planovima pojedinca. Stoga se i ovde mogu na istu temu uputiti iste primedbe koje sam naveo kada sam raspravljao o protivciljnom vršenju prava svojine i Nozikovoj teoriji pravde.

Ako, pak, ne bismo prihvatili stav da svojina na nepokretnim stvarima spada u osnovne slobode u smislu Rolsove teorije pravde, onda bismo došli do rezultata koji bi bio nedosledan i teorije koja nije koherentna. Naime, onda bi se prvo načelo pravde odnosilo samo na zabranu zloupotrebe prava svojine na pokretnim stvarima, dok bi se ostalo ravnodušno na pitanja zloupotrebe prava svojine vršenjem tog prava na nepokretnim stvarima i na pitanja susedskih prava. Zašto bi to bilo nedolsedno? Zato što se prava i slobode drugih jednako mogu ugrožavati zloupotrebom prava svojine kako pokretnih, tako i nepokretnih stvari, kao i nepoštovanjem susedskih prava i zato što je svojina i na pokretnim i na nepokretnim stvarima izraz slobode

⁸⁴³ Rawls, J., 1999, p. 53.

⁸⁴⁴ Rawls, J., 1999, p. 220.

⁸⁴⁵ Rawls, J., 1999, p. 79.

titulara tog prava. Stvar je u tome da je Rols naveo izričito samo svojinu na pokretnim stvarima, tj. pravo na pokretnu imovinu kao deo osnovnih sloboda kako bi ostavio prostora da njegova teorija bude prihvaćena i u društvima koja su nepokretnosti tretirala kao javnu ili društvenu imovinu kakva su bila socijalistička društva⁸⁴⁶, ali to ne sprečava da države sa drugačijim uređenjem u osnovne slobode svrstaju i svojinu na nepokretnostima. Stoga, držim da stavovi izneti u prethodna dva pasusa stoje.

Kada je utilitarizam u pitanju mislim da su instituti zabrane zloupotrebe prava i susedskih prava načelno nesporni. Ako se setimo da je Mil promovisao načelo najveće sreće iz kojeg proizlazi da je neko ponašanje poželjno ako je njegov rezultat sreća ili zadovoljstvo, a nepoželjno ako rezultira bolom ili nezadovoljstvom,⁸⁴⁷ a zadatak je institucija da u najvećoj mogućoj meri uspostave ravnotežu između zadovoljstva pojedinca i zadovoljstva društva,⁸⁴⁸ onda su zabrana zloupotrebe prava svojine i susedska prava dobri instrumenti za uspostavljanje ove ravnoteže. Budući da je jedan od konstitutivnih elemenata zloupotrebe prava, bez obzira na vid, škođenje drugome,⁸⁴⁹ onda je jasno da institut zloupotrebe prava može da ima ulogu da suzbija ponašanja koja proizvode posledice koje su suprotne načelu najveće sreće. Takođe kada se nekim ponašanjem koje se karakteriše kao zloupotreba prava ide za ostvarenjem nekog legitimnog interesa vlasnika, ali se ipak drugome škodi, onda utilitaristički gledano institut zloupotrebe prava ima ulogu da natera vlasnika da ostvari svoj interes na način koji po drugoga nije tegoban, dakle da uspostavi ravnotežu između sreće pojedinca i zajednice.

Sporno je, međutim, to da li bi se utilitaristička zabrana zloupotrebe prava definisla kroz različite vidove (protivciljno, šikanozno, nemoralno itd. vršenje prava). Naime, Bentam daje parametre za vrednovanje korisnosti i bola, pa se onda za svako delanje procenjuje kolike vrednosti bola i kolike vrednosti zadovoljstva proizvodi i prema tome se određuje da li je to delanje u skladu sa načelom korisnosti ili nije.⁸⁵⁰ Istim postupkom bi se onda i sud poslužio kada bi procenjivao da li određeno ponašanje predstavlja zloupotrebu prava svojine ili ne. Ali onda za sud ne bi bilo relevantno da li je određeno ponašanje zloupotreba zato što je protivno moralu, ili

⁸⁴⁶ Rawls, J., 1999, p. 242.

⁸⁴⁷ Mill, J. S., 2001, p. 10.

⁸⁴⁸ Mill, J. S., 2001, p. 19.

⁸⁴⁹ Vodinelić, V., 1997, str. 5 – 48.

⁸⁵⁰ Bentham, J., 1823, pp. 30 – 31.

je šikanozno, ili je protivno cilju itd. već bi jedino bilo važno da li je protivno načelu korisnosti, što bi se utvrđivalo prema Bentamovom testu. Tako slučaj u kojem je otac svom sinu zabranio da posećuje majčin grob koji se nalazi na očevom imanju zbog toga što je u svađi sa sinom i što bi ga susret sa njim izložio riziku budući da je težak srčani bolesnik,⁸⁵¹ za koji se smatra da ilustruje zloupotrebu prava svojine zbog protivnosti takvog ponašanja moralu,⁸⁵² za utilitaristu bi predstavljao primer ponašanja koje predstavlja povredu načela najveće sreće. Naime, legitiman je interes oca da zaštiti svoje zdravlje i svakako nije manje vredan od interesa njegovog sina da poseti majčin grob i time zadovolji svoj pijetet.⁸⁵³ Stvar je u tome što je otac svoj interes mogao ostvariti i bez zabrane sinu da kroči na njegovu imanje tako što bi mu odredio vreme u koje može da poseti majčin grob, pa bi tako mogao da izbegne susret sa njim.⁸⁵⁴ Ali za utilitaristu je to pitanje mere, a ne morala. Utilitarista, ako je dosledan, bi do ovakvog rešenja došao jer se njime postiže ravnoteža između različitih interesa i postiže se rešenje koje nikome ne nanosi bol, dakle uvećava ukupno zadovoljstvo. Isto važi za bilo koji drugi vid zloupotrebe prava. Ako je vlasnik susednog zemljišta posadio visoko rastinje samo da bi susednu parcelu lišio sunčeve svetlosti,⁸⁵⁵ onda je za utilitaristu ključno to što se time škodi drugome, izaziva nezadovoljstvo umesto da se uvećava zadovoljstvo ili korisnost, a ne da li je to učinjeno sa namerom ili bez namere škođenja. Odmeravanje korisnosti jedne radnje i balansiranje između korisnosti ili zadovoljstva vlasnika i nezadovoljstva drugoga još je očiglednije kod neprimerenog, beskorisnog i nesrazmernog vršenja prava. Suština zloupotrebe prava neprimerenim vršenjem prava je u neopravdanoj prekomernosti škođenja.⁸⁵⁶ Dakle, neopravdano se proizvodi više nezadovoljstva nego što je neophodno čime se uvećava ukupna količina nezadovoljstva što je suprotno načelu najveće sreće. Nesrazmerno vršenje prava podrazumeva da se škodi drugome radi nesrazmerno manje vrednog interesa⁸⁵⁷ što bi se na jezik utilitarizma dalo prevesti tako da se tim aktom proizvodi više nezadovoljstva nego zadovoljstva, tj. da je vrednost nezadovoljstva veća od vrednosti zadovoljstva koja iz postupka proizlazi te je i takvo ponašanje u neskladu sa načelom najveće

⁸⁵¹ Vodinelić, V., 1997, str. 68 – 69, fn. 44.

⁸⁵² Vodinelić, V., 1997, str. 68.

⁸⁵³ Vodinelić, V., 1997, str. 69, fn. 44.

⁸⁵⁴ Vodinelić, V., 1997.

⁸⁵⁵ Vodinelić, V., 1997, str. 10.

⁸⁵⁶ Vodinelić, V., 1997, str. 24.

⁸⁵⁷ Vodinelić, V., 1997, str. 16.

sreće. Mislim da se tako redom može svaki od vidova zloupotrebe prava u očima utilitarista svesti na pitanje načela najveće sreće i Bentamov test korisnosti, pa bi za utilitariste možda bilo izlišno navoditi bilo kakve vidove zloupotrebe prava, te bi se njihova formula zabrane zloupotrebe prava svela na zabranu vršenja prava protivno načelu najveće sreće.

Što se susedskih prava tiče, ona se takođe mogu posmatrati kao izraz utilitarističkog balansiranja različitih interesa i idu za tim da se interesi suseda zadovolje bez prekomernog zadiranja u interes vlasnika nepokretnosti koji je adresat susedskog prava. Tako se na primer kad je propisano da vodu koja se prirodno sliva i koja je potrebna vlasniku zemljišta na koje se ona sliva, vlasnik gornjeg zemljišta može zadržati u onoj meri u kojoj mu je neophodna,⁸⁵⁸ postiže da u najvećoj mogućoj meri uvažuje interesi vlasnika oba zemljišta što je, čini mi se, u skladu sa načelom najveće sreće. Inače smatram da, kako je svrha susedskih prava da ostvare ravnotežu interesa vlasnika susedskih nepokretnosti, svako susedsko pravo u suštini plod utilitarističkog vaganja tj. da se može opravdati sa stanovišta utilitarizma. Naravno, to bi bila oboriva pretpostavka, pa bi neko mogao dokazivati suprotno, tj. da neko susedsko pravo na način na koji uređuje odnose suseda ne ostavruje načelo najveće sreće, te da bi trebalo drugačije da glasi. Na ovom mestu ću se držati te pretpostavke. Mislim da bi analiza svakog susedskog prava sa stanovišta načela najveće sreće iziskivala previše vremena, ali i različita znanja, te sam ubeđen da je jedna osoba ne bi mogla sprovesti kvalitetno. Uostalom Mil je rekao da zahvaljujući akumuliranom ljudskom znanju i iskustvu Bentamov test nije uvek neophodno iznova i iznova sporvoditi za svaku meru jer nas to znanje i iskustvo opremaju gotovim odgovorima za izvestan broj situacija.⁸⁵⁹ Čini mi se da situacije koje rešavaju susedska prava spadaju u te.

Najzad, kada je reč o teoriji o mogućnostima zabrana zloupotrebe prava i susedska prava su načelno u skladu sa ovom teorijom. Imajući u vidu da su teorijom o mogućnostima deset osnovnih mogućnosti i sa njima povezane slobode svima jednako zagantovane, kao i to da su centralne mogućnosti jednako važne i da se nedostatak jedne ne može nadoknaditi drugom,⁸⁶⁰ onda je neminovno da može doći do situacija u kojim su mogućnosti više osoba u koliziji, pa taj konflikt mogućnosti treba razrešiti na obostranu korist. Kako je jedna od mogućnosti kontrola

⁸⁵⁸ Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, 2015, član 1909, st. 4.

⁸⁵⁹ Mill, J. S., 2001, p. 25.

⁸⁶⁰ Nussbaum, M., 2011, ch. 2, para. 37.

nad sredinom koja između ostalog podrazumeva jednaku mogućnost posedovanja imovine,⁸⁶¹ tako je očigledno da jednaka mogućnost posedovanja imovine može dovesti do sporova između titulara prava svojine oko granica njihovih prava. Sporne situacije, između ostalog, videli smo upravo rešavaju susedska prava, kao i pravila o zabrani zloupotrebe prava koja postavljaju granice moći vlasnika kako bi i drugi vlasnici imali jednaku mogućnost uživanja svog prava svojine. Videli smo da se zloupotrebom prava svojine mogu vređati i druga prava, a ne samo svojina. To smo videli u primeru sa majčinim grobom. A kako centralne mogućnosti nemaju hijerarhiju i jednako vrede i kako ne može jedna menjati drugu, tako i pravila o zloupotrebi prava svojine mogu da reše konflikt između dve centralne mogućnosti.

Jedina sporna tačka jeste ponovo protivciljno vršenje prava svojine. Nussbaum, kao i Rols i Nozik smatra da su pojedinci sami sebi cilj, a nikako sredstvo drugima.⁸⁶² Ona tvrdi da jedinice ne smeju služiti kao sredstva drugim jedinkama ili grupama, a da su politike adresirane na grupe legitimne samo ako služe stvaranju mogućnosti za pojedince.⁸⁶³ Iz ovoga, verujem, sledi da nije legitimno propisivati ciljeve radi kojih se obezbeđuju mogućnosti, pa ni pravo svojine, već da te ciljeve određuju pojedinci sami. Granice su jednake centralne mogućnosti ostalih pojedinaca. Stoga smatram da i u slučaju teorije o mogućnostima važe iste primedbe na zabranu protivciljnog vršenja prava svojine koje su iznete i u slučaju Nozikove i Rolsove teorije pravde.

Da zaključim ovaj odsek time da neki osnovi zloupotrebe prava nisu politički nesporni. Tri od ove četiri teorije čini mi se ne bi trpele protivciljnost kao osnov za zabranu zloupotrebe prava svojine. Nozikova teorija ne bi išla ruku pod ruku ni svim moralnim načelima, ali ni sa svim susedskim pravima. Rols i Nussbaum bi glede susedskih prava imali manje primedbi, dok bi sledbenici Mila i Bentama a priori imali pozitivan stav prema susedskim pravima, ali bi svaku zabranu zloupotrebe prava sveli na jedan princip, a to je princip najveće sreće. Stoga bi Nacrt našeg Građanskog zakonika u delu u kojem uređuje zloupotrebu prava morao da se odrekne protivciljnog vršenja prava kao vida zloupotrebe prava svojine ako bi se na Nacrt primenjivale teorija o mogućnostima, Rolsova teorija pravde ili teorija ovlašćenja. Ako bi se za osnov Nacrta uzeo utilitarizam onda bi jedna opšta norma koja propisuje zabranu vršenja prava suprotno načelu

⁸⁶¹ Nussbaum, M., 2011, ch. 2, para. 34.

⁸⁶² Nussbaum, M., 2011, ch. 2, para.36.

⁸⁶³ Nussbaum, M., 2011.

najveće sreće više odgovarala. Što se susedskih prava tiče, deluje da Nozik ili utilitaristi ne bi imali primedbi. Primedbe bi možda istakli Rols ili Nussbaum, ali u tom smislu da na spisku susedskih prava nedostaju mnoga nauci poznata, ali i to pod uslovom da je lista pravljen po načelu *numerus clausus*. Isto važi i za siromašan katalog osnova za zabranu zloupotrebe prava.

IV.5. Načela i pravni standardi

IV.5.a. Načelo savesnosti i poštenja

Načelo savesnosti i poštenja je u prošlosti odigralo važnu ulogu u prilagođavanju građanskih zakonika novim okolnostima u jednom društvu i poslužilo je sudovima za razvoj novih koncepata u građanskom pravu, za šta su argumenti i primeri već prikazani u glavi V dela B. Tako je na primer u Nemačkoj klauzula člana 242 BGB postala osnov za zabranu zloupotrebe obligacionih prava.⁸⁶⁴ Međutim, nemački sudovi su joj izričito priznali dejstvo i u odnosima povodom stvarnih prava. Tako je Vrhovni sud Nemačke u jednoj svojoj presudi rekao da je načelo savesnosti i poštenja iz člana 242 BGB primenljivo i u stvarnom pravu gde se pretežno primenjuje kada sud ima posla sa izuzetnim slučajevima u kojima se traži pravično rešenje koje nema uporište u odredbama zakonika i kada se treba odrediti granica vršenju subjektivnih prava.⁸⁶⁵ To samo potvrđuje tezu iznetu u glavi V dela B da načela poput ovog imaju ulogu u prilagođavanju zakonika novim okolnostima i novim slučajevima i to i van granica obligacionog prava na koje su se primeri i argumenti pretežno odnosili.

Kako je već pokazano u glavi V dela B načelo savesnosti i poštenja se dâ uklopiti u različite ideološke matrice i može biti instrument za tumačenje prava shodno tim matricama. Ako se pođe od ove tvrdnje, onda nema potrebe ispitivati da li se ovo načelo uklapa u neku od predstavljenih teorija pravde. Kao što je već rečeno u glavi V dela B, određena koncepcija pravde je ta koja će uticati na sadržinu načela savesnosti i poštenja, tj. na to šta će se smatrati za savesno i pošteno. Tako nam i činjenica da je načelo savesnosti i poštenja u Nacrtu proglašeno za vrhovno

⁸⁶⁴ Vodinić, V., 1997, str.105.

⁸⁶⁵ Erp, S. van, and Akkermans, B. (eds), 2012, p. 236.

načelo⁸⁶⁶ ne govori mnogo o političkoj pripadnosti budućeg Zakonika ako ne znamo koja je to koncepcija pravde koja će dati boju ovom vrhovnom načelu. Ono će pružiti oruđe sudijama da prilagođavaju Zakonik zahtevima vremena, ali u kojem smeru i kojim idejama će se voditi, to ostaje neizvesno dokle god se ne odredi konkretna koncepcija pravde koja će sadržajem ispuniti i ovo načelo.

IV.5.b. Standard moralnosti

Kako sam već u uvodu za ovu glavu naveo jedan od elemenata političke analize jeste ispitivanje odnosa zakonika prema moralnosti. Tačnije, kako sam gore naveo, treba odgovoriti na sledeća pitanja: Da li obaveze iz ugovora protivnih moralu treba da budu utužive i da li se nemoralnim smatraju ugovori čijim se izvršenjem vređaju ljudska prava? U okviru ovog drugog pitanja fokusiraću se na dva konkretna primera. Jedan je naveden u uvodu i odnosi se na prodaju robe proizvedene radom dece ili osoba u ropskom položaju, a drugi primer podrazumeva svojevolsno odricanje od nekog svog ljudskog prava putem ugovora, a radi ekonomske dobiti. Cilj mi je da ispitam da li konkretna koncepcija pravde može da utiče na odgovor koji bi na ova pitanja na osnovu tumačenja normi Nacrta mogao da dâ pravnik.

Glede prvog pitanja treba reći da je u većini kontinentalnopravnih sistema suprotnost moralu razlog za nepunovažnost ugovora.⁸⁶⁷ Isto je predviđeno i Nacrtom. Tako je u članu 235. Nacrta propisano da su ugovori protivni zakonu, javnom poretku ili moralu zabranjeni. U članu 236. Nacrta propisano je da su zabranjeni ugovori ništavi. Ako se ugovor ogłosi ništavim, onda strane moraju vratiti primljeno.⁸⁶⁸ Konačno, sud na ništavost pazi po službenoj dužnosti, ali nju može isticati i svako zainteresovano lice, kao i javni tužlac.⁸⁶⁹ Mislim da to u suštini znači da obaveze iz ugovora koji su protivni moralu nisu utužive budući da će sud takav ugovor oglositi ništavim pa onda ni ugovor neće proizvoditi pravno dejstvo, a sve što je primljeno mora se vratiti. Dakle, prvo pitanje je u principu nesporno.

⁸⁶⁶ Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, 2015, član 4.

⁸⁶⁷ Mak, C., 2007, *Fundamental Rights in European Contract Law*, PhD thesis, Faculty of Law, University of Amsterdam, p. 35. (https://pure.uva.nl/ws/files/4369466/52678_Mak_manuscript_juli_2007_cm_voor_ub.pdf 13.2.2018.)

⁸⁶⁸ Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, 2015, član 245, stav 1.

⁸⁶⁹ Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, 2015, član 247.

Suštinsko je pitanje da li se nemoralnim smatraju ugovori čije izvršenje vređa ljudska prava. Ako se pođe od stava da ljudska prava predstavljaju pogled jednog društva na „vrednosti koje su tako fundamentalne da bi trebalo da budu zagarantovane na svim nivoima kako javnog tako i privatnog prava“⁸⁷⁰, onda se može dati načelan odgovor da ugovori čijim se izvršenjem vređaju ljudska prava jesu nemoralni. Međutim, postoje situacije koje nisu crno-bele, a tiču se povrede ljudskih prava. Kako sam naveo ranije, javljaju se dva interesantna pitanja na koja Nacrt ne daje izričit odgovor te bi bilo na sudu da tumačenjem normi budućeg zakonika odluči da li se ti slučajevi mogu okarakterisati kao primeri ugovora protivnih moralu. Moja pretpostavka je da bi to tumačenje u velikoj meri zavisilo od usvojene koncepcije pravde. Zato ću tu pretpostavku proveriti na ova dva slučaja.

Prvi slučaj bi se, kako sam već pomenuo, ticao ugovora o prodaji robe koju su proizvela deca ili osobe u ropskom položaju. Da dodatno zakomplikujem stvari rećiću da je roba proizvedena u nekoj drugoj zemlji. Dakle, radi se o tome da je na primer u Srbiju uvezena roba za čiju proizvodnju je u nekoj drugoj državi korišćen rad dece ili radnika koji su bili u položaju sličnom položaju robova.⁸⁷¹ Pitanje je da li bi se takav ugovor mogao oglasiti ništavim jer je protivan moralu, ako pođemo od teze da ljudska prava predstavljaju element javnog morala? Da bismo bili načisto sa svim činjenicama naglašavam da se tim ugovorom ne krše bilo čija ljudska prava u Srbiji. Radi se o tome da se prodaje roba u čijem procesu proizvodnje su kršena ljudska prava u nekoj drugoj zemlji i to ne čak ni od strane samog prodavca.

Naš Nacrt dakle predviđa, kako sam pokazao, da su ugovori suprotni moralu ništavi. Takođe, u članu 2. Nacrta konstatuje se da se sva ljudska bića rađaju jednaka u dostojanstvu i pravima. Postavlja se pitanje da li se onda norme o ništavosti u kombinaciji sa članom 2. Nacrta mogu upotrebiti da se pomenuti ugovor ogłosi ništavim? Ako se pođe od Rolsove koncepcije pravde i samo od nje odgovor može biti i da i ne. Naime, njegova koncepcija pravde je stvar jednog određenog društva i tiče se pojedinaca u tom društvu i njegova koncepcija pravde ne

⁸⁷⁰ Mak, C., 2007, p. 281.

⁸⁷¹ Napominjem da ovo nije u potpunosti hipotetički slučaj budući da je jedna poznata kompanija koja se bavi proizvodnjom sportske opreme bila optužena da se u njenim fabrikama u tzv. zemljama trećeg sveta koristio rad dece ili da su zaposleni u tim fabrikama radili u nehumanim uslovima i za besmisleno male naknade. U tom smislu videti npr. <https://www.theguardian.com/media/2001/oct/19/marketingandpr> 15.2.2018., ili <http://www.businessinsider.com/how-nike-solved-its-sweatshop-problem-2013-5> 15.2.2018.

prelazi državne granice.⁸⁷² Stoga ona ne zapoveda da se navedeni ugovor ima smatrati nemoralnim, ali i ne brani i ne protivi se takvim moralnim standardima.

Sa druge strane Rols u jednoj drugoj svojoj knjizi priznaje da razvijene demokratske države imaju obavezu da pomognu siromašnim državama koje su „loše politički organizovane“ da razviju stabilne demokratske institucije, kao i to da postoji lista od nekoliko ljudskih prava koja su jača od svakog državnog suvereniteta i koja moraju biti prihvaćena od strane svake države kako bi inostrana intervencija bila isključena, a među tih nekoliko prava jeste i sloboda od ropstva.⁸⁷³ Međutim, ovakav stav pre iziskuje zabranu uvoza robe koja je proizvedena robovskim radom, kada se pitanje ugovora o prodaji takve robe seli sa terena morala na teren protivpravnosti. Ipak, izvesno je da bi rolsijanski pristup ponudio nekakav osnov za oglašavanje ovakvog ugovora ništavim, ako ne zbog protivnosti moralu, onda bar zbog protivnosti javnom poretku ili zakonu.

Što se tiče Marte Nussbaum i teorije o mogućnostima, ona nije ograničena na nacionalne države. Kako sama Nussbaum kaže, teorija o mogućnostima stavlja visoke zahteve pred ljudska bića tražeći od njih da pokažu saosećanje i dobronamernost.⁸⁷⁴ Ona tvrdi da bogatije države imaju obavezu da pokažu solidarnost sa siromašnijim i da se u njihovu korist odreknu dela svog BDP-a,⁸⁷⁵ da je put do pravednog globalnog poretka između ostalog i to da domaće osnovne strukture prihvate deo odgovornosti za stanje dobrobiti u drugim zemljama tako što će se odreći dela svog bogatstva u njihovu korist.⁸⁷⁶ Njenoj teoriji je imanentan stav da su ljudi jednaki u dostojanstvu gde god se nalazili, a da je pravedan i pristojan svet onaj u kojem svi ljudi imaju sve centralne mogućnosti.⁸⁷⁷ Na osnovu ovog stava bi onda deo moralnosti onih koji prhvate njenu teoriju bio i globalna solidarnost sa onima koji su u nevolji. Iz toga dalje proizlazi da bi ugovori kakav je ovaj o kojem raspravljamo trebalo da budu ništavi i zabranjeni kao nemoralni jer se trgovinom predmetima koje su proizvela deca ili osobe u ropskom položaju vređa dostojanstvo tih osoba i podstiče se sistem koji im uskraćuje centralne mogućnosti. Ako bi sudovi proterali takve ugovore

⁸⁷² Nussbaum, M., 2007, *Fronteers of Justice: disability, nationality, species membership*, Cambridge, Massachusetts, Belknap, p. 23.

⁸⁷³ Nussbaum, M., 2007, p. 247.

⁸⁷⁴ Nussbaum, M., 2007, p. 409.

⁸⁷⁵ Nussbaum, M., 2007, p. 316.

⁸⁷⁶ Nussbaum, M., 2007, p. 314.

⁸⁷⁷ Nussbaum, M., 2007, p. 274.

van zakona to bi bio jedan od načina na koji bi se neka država odrekla dela svog bogatstva u korist siromašnije države jer bi se odrekla jeftine robe i time destimulisala takve vidove iskorišćavanja slabijih. Ako bi teorija o mogućnostima bila temelj našeg budućeg Zakonika onda bi sudija pred kojeg bi došao ovakav ugovor morao da upotrebi član 2. sada Nacrta i protumači ga tako da se zaista misli na sva ljudska bića, čak i ona koja nisu na teritoriji Srbije. Takva jedna svest o odgovornosti i za onoga ko nije državljanin naše zemlje, za ljudsko dostojanstvo uopšte blistala je i u naredbi Sretenjskog ustava da rob koji stupa na tlo Srbije istoga časa postaje slobodan.⁸⁷⁸ Istina, u hipotetičkom slučaju koji navodim rob ne stupa na tlo Srbije, ali se čini ono što je u datoj situaciji moguće da se način poslovanja koji se zasniva na radu robova ili dece obesmisli.

Kada je Milov utilitarizam u pitanju čini mi se da takođe nema dileme da bi domaći sudovi morali da posmatraju ovaj ugovor kao protivan moralu. Mil jasno kaže da je načelo najveće sreće standard moralnosti koji nalaže da se život u najvećoj mogućoj meri lišen bola, a bogat zadovoljstvima treba obezbediti u najvećoj mogućoj meri ljudskom rodu u celini (*to all the mankind*).⁸⁷⁹ Iz ovoga sledi da je deo javnog morala dobrobit celog čovečanstva, pa bi ugovor koji podstiče aranžmane koji tako brutalno krše elementarna ljudska prava bio u suprotnosti sa moralom.

Konačno ostaje da se vidi da li Nozikova teorija pravde sadrži izričit odgovor na pitanje koje postavlja ovaj hipotetički slučaj. Čini se da je deo Nozikove moralnosti svakako suprotstavljanje ropstvu budući da on sa njim tj. prinudnim radom izjednačava čak i redistributivne mere države makar one bile i u plemenite svrhe.⁸⁸⁰ Ako se dalje podsetimo da samo ono što je stečeno na ispravan način može biti i preneto, onda možemo doći do zaključka da roba stečena od onih koji su je stekli tako što su prisvojili plod tuđeg rada bez kompenzacije nije stečena na legitiman način, pa bi i prema Nozikovoj teoriji ugovor o kojem govorimo ovde bio ništav. Međutim, čini mi se da je obuhvat Nozikovog morala uži od onog koji proističe iz teorija Marte Nusbauha ili Džona Stjuarta Mila. Evo i zašto. Nozik smatra da je svaka razmena na koju su strane dobrovoljno pristale pravedna, čak i kada neko pristaje na jako nepovoljne uslove

⁸⁷⁸ Sretenjski ustav, član 118. u: Radojević, M. (ur.), 2004, *Srpski ustavi od 1835. do 1990. sa ustavima Kraljevine SHS i Kraljevine Jugoslavije*, Beograd, Gramatik.

⁸⁷⁹ Mill, 2001, pp. 14 – 15.

⁸⁸⁰ Nozick, R., 1974, pp. 169 & 172.

nemajući priliku da bira bolju alternativu.⁸⁸¹ Iz toga sledi da kada se radi o robi koja je proizvedena od strane osoba koje su radile u katastrofalnim uslovima i za bednu naknadu nema mesta nemoralnosti ako su same pristale na takve uslove, jer bilo kakva naknada, pa makar i mala nije isto što i robovski rad. Osim toga, i sada već zalazim u teritoriju drugog slučaja, čak i da se radi o robovskom radu postavlja se pitanje da li je takav rad moralno neprihvatljiv ako je neko dobrovoljno na njega pristao nemajući bolju alternativu. Nozkovi stavovi pružaju osnova za stav da je i to moralno prihvatljivo. Dakle, ako bi Nozikova teorija bila osnov budućeg zakonika naš sud bi mogao oglasiti ništavim kao nemoralne ugovore o prodaji robe proizvedene robovskim radom ili radom lica u položaju sličnom ropskom samo u veoma malom broju slučajeva, tj. kada bi se bez sumnje radilo o prinudnom radu.

Stoga, u prvom hipotetičkom slučaju jedino teorija o mogućnostima i Milov utilitarizam daju nedvosmisljeni i izrčit odgovor u korist široke zabrane takvih ugovora kao nemoralnih. Sledeći Rolsovu teoriju dolazimo ili do neutralnog stava ili bar do osnova da se takvi ugovori proglase nezakonitim, dok je ishod Nozиковih stavova nemoralnost takvih ugovora u veoma malom broju slučajeva.

Kako sam rekao ranije drugi slučaj povrede ljudskih prava putem ugovora odnosi se na situaciju u kojoj se jedna strana sama odrekla svojih prava. Za ispitivanje koje ovde sprovodim upotrebiću slučaj iz sudske prakse Švajcarske.⁸⁸² Radilo se o dvadesetdvođodšnjakinji koju je tužilac sedam meseci obučavao da peva džez i pop pesme i koja je sa njim potpisala menadžerski ugovor prema kojem se, između ostalog, obavezala da se neće pojavljivati u javnosti bez saglasnosti tužioca, da neće stupati u bilo kakve ugovorne odnose koji se tiču umetnosti kojom se bavi, da će se povinovati svim uputstvima koje joj tužilac dâ, da će biti dostupna kada god se to od nje traži, da će obavestiti tužioca o svim poslovnim ponudama i predlozima koje dobije i da sama neće pregovarati o njima, kao i da će ga odmah obavestiti u slučaju promene adrese, pri čemu je ugovor bilo moguće raskinuti pre isteka ugovorenog roka samo ako bi raskid bio sporazuman i to samo u slučaju da se umetničke sposobnosti mlade umetnice pokažu kao nedovoljne da se postigne uspeh, naročito ako bi napori da se sklopi ugovor sa nekom

⁸⁸¹ Nozick, R., 1974, p. 263.

⁸⁸² BGE 104.II.108, 23.5.1978.

izdavačkom kućom o snimanju albuma propali u naznačenom periodu.⁸⁸³ Ugovor se mogao raskinuti još jedino ako bi tužena prestala da se bavi pevanjem do daljnjeg.⁸⁸⁴ Sud je na temelju člana 27. Građanskog zakonika Švajcarske, kojim je propisano da niko ne može otuđiti ili ograničiti sopstvenu slobodu u meri koja nije u skladu sa zakonom i moralom⁸⁸⁵ našao da je ovakvim ugovorom njena sloboda da vodi smislen privatni život suštinski ograničena, a da je bilo kakva mogućnost da preduzme neku drugu profesionalnu aktivnost ili da se dalje obučava dovedena u pitanje.⁸⁸⁶

Što se tiče predstavljenih teorija pravde mislim da je na osnovu svega rečenog jasno da je ovakva odluka i ovakva norma u zakoniku u skladu sa Rolsovom teorijom pravde. Rols je kako sam pokazao uspostavio leksički redosled svojih načela gde je načelo jednake slobode za sve iznad načela razlike, pa se slobode ne mogu žrtvovati zarad ekonomske koristi. Takođe je nesumnjivo da su ovakva odluka suda i norma kakva je stav 2. člana 27. Građanskog zakonika Švajcarske u skladu sa teorijom o mogućnostima budući da je vezivno tkivo svih centralnih mogućnosti ljudsko dostojanstvo za koje je Marta Nussbaum rekla da ga se ni sam pojedinac ne može odreći.⁸⁸⁷ Za nju dostojanstvo znači da niko nema pravo pristati na ponižavanje⁸⁸⁸ i da svako ima pravo aktivno učestvovati u svom životu, a ne biti vođen kroz njega.⁸⁸⁹ Što se tiče Mila mislim da bi ovakav ugovor trebalo da bude dopušten dokle god bi bio rezultat dobrovoljnog pristanka mlade pevačice i njene procene da vremenski ograničeno ograničavanje sopstvene slobode zarad veće dobrobiti koja će kasnije da usledi u konačnici dovodi do uvećanja njenog blagostanja. Naime, Mil je pisao kako je pojedinac za svoje postupke odgovoran jedino samom sebi dokle god se njegovi postupci tiču isključivo njega samog i nikoga više.⁸⁹⁰ Da je pevačica želela da ugovor ostane na snazi i da je ništavost isticao neko drugi, prema Milovoj koncepciji pravde i shvatanju slobode ne bi bilo mesta reakciji države, a građanski zakonik ne bi trebalo da sadrži odredbu kakva je odredba člana 27. stav 2. Građanskog zakonika Švajcarske. Ono što bi

⁸⁸³ Beal, H., Fauvarque – Cosson, B., Rutgers, J., Tallon, D., Vogenauer, S., 2010, pp. 623 – 624.

⁸⁸⁴ Beal, H., Fauvarque – Cosson, B., Rutgers, J., Tallon, D., Vogenauer, S., 2010, p. 624.

⁸⁸⁵ Swiss Civil Code of 10 December 1907 (Status as of 1 January 2017), article 27 (2), (http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=444730 15.2.2018.)

⁸⁸⁶ Beal, H., Fauvarque – Cosson, B., Rutgers, J., Tallon, D., Vogenauer, S., 2010, p. 624.

⁸⁸⁷ Nussbaum, M., 2011, ch. 2, para. 21.

⁸⁸⁸ Nussbaum, M., 2011.

⁸⁸⁹ Nussbaum, M., 2011, ch. 2, para. 30.

⁸⁹⁰ Mill., J., S., 2001b, p. 86.

bilo u skladu sa utilitarizmom jeste zabrana iskorišćavanja tuđe slabosti, neiskustva, teškog položaja i sl. da se sa tom osobom zaključi ugovor koji je izuzetno nepovoljan po tu osobu jer ta osoba ne stupa u taj ugovorni odnos zato što je procenila da je na duže staze za nju koristan, već iz očajja, a takvi ugovori se tiču društva u celini jer dopustiti njih značilo bi uvećavati nesreću i nezadovoljstvo. Konačno sa Nozikove tačke gledišta ovakav ugovor ne bi bio sporan ako se u njega dobrovoljno ušlo, čak i kada se radi u iskorišćavanju nečije loše pozicije jer je, kako sam gore pokazao, za njega i izbor između više loših alternativa slobodan izbor, a čovek je sam svoj gospodar i nikakav paternalizam ne ide ruku pod ruku sa Nozikovom koncepcijom pravde. Stoga ne bi bilo u skladu za njegovom teorijom pravde da se u zakoniku nađe član poput člana 27. ZGB.

Kao što se može primetiti Rolsova i Nusbaumina teorija ne dozvoljavaju ograničavanje slobode čak ni kada se učini dobrovoljno i podrazumevale bi da u zakoniku postoji norma po ugledu na član 27. ZGB. Mil i Bentam bi zahtevali da postoji norma koja zabranjuje iskorišćavanje tuđih slabosti, ali ne bi insistirali na odredbi kakva je ova pomenuta. Na kraju Nozikova teorija donosi sasvim suprotan stav od onog koji sledi iz Rolsove teorije pravde i teorije o mogućnostima. Postavlja se pitanje kako bi prema našem Nacrtu ovaj slučaj bio rešen i kojoj od ovih teorija onda naš Nacrt najviše odgovara?

Ako bi se radilo o iskorišćavanju tuđe slabosti ili teškog položaja onda je naš Nacrt, mada ima dilemu, ipak jasan. Naime, prema jednoj varijanti takav ugovor bi bio rušljiv, a prema alternativnom rešenju ništav.⁸⁹¹ Međutim, inspirisan slučajem iz švajcarske sudske prakse postavljam pitanje kakva reakcija suda bi sledila na osnovu normi našeg Nacrta kada se sama pevačica ne bi žalila na sadržinu ugovora? Šta bi bilo kada bi ona u taj ugovor ušla svesna rizika i ograničenja na koja pristaje imajući sopstvenu računicu da je to žrtva koju želi da podnese zarad većeg uspeha u daljoj budućnosti?

Prvo sud ne bi mogao da primeni član 282. Nacrta u svojoj prvoj varijanti jer na rušljivost mora da se pozove sama pevačica, a ona to ne želi. Ako bi bio usvojen alternativni tekst člana 282. Nacrta onda bi sud njeno pristajanje na takve uslove mogao da protumači kao objektivnu manifestaciju toga da je njen menadžer iskoristio njeno neiskustvo, lakomislenost, stanje nužde i

⁸⁹¹ Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, 2015, član 282.

sl. pa da oglasi ugovor ništavim. Međutim šta ako se ona tome izričito protivi i tvrdi da je na takav ugovor i pristala? Onda, jedino preostaje član 2. Nacrta kojim se proglašava da se „sva ljudska bića rađaju slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima.“⁸⁹² Ali ta norma je kompatibilna sa svakom od četiri teorije pravde. Sve one ističu da su ljudi jednaki u svojim slobodama. Videli smo da Nozik kritikuje svaku državu sem minimalne upravo jer predstavlja nelegitimno zadiranje u slobodu pojedinca koji je sam sebi cilj, a ne drugima sredstvo. Rols govori o prvenstvu sloboda za sve nad drugim načelom pravde. Marta Nussbaum govori o centralnim mogućnostima koje se manifestuju kao slobode. Mil govori o slobodi svake individue i jednakoj vrednosti svakog čoveka. Od toga koja se teorija pravde ima u vidu kada se čita član 2. Nacrta zavisiće i to kako će se on u datom slučaju protumačiti. Ako bi se prihvatio stav pevačice da je njeno pravo da uđe u ovakav ugovor onda ne bi bilo mesta takvom tumačenju člana 2. Nacrta koje bi imalo isti efekat kao član 27. stav 2. ZGB. Ako bi pak sud želeo da kaže da iz člana 2. Nacrta sledi da se niko ne može odreći svoje slobode i dostojanstva onda bi ideje imanentne Rolsovoj i Nusbauminoj teoriji pravde morale da budu temelj našeg Nacrta. U suprotnom Nacrt bi bio shvaćen kao zasnovan na Milovskom utilitarizmu, ne i Nozikovskim principima budući da njima ne odgovara postojanje zabrane zelenaških ugovora kakvo u jednoj ili drugoj varijanti postoji u članu 282. Nacrta.

IV.6. Rezultat političke analize

Kada se podvuče crta ispod ove političke analize ostaje opšti utisak da Nacrt, na osnovu obrađenog uzorka, skromno naginje solidarnosti i egalitarnosti odnosno Rolsovoj teoriji pravde i teoriji o mogućnostima, ali sa mnogo prostora za napredak u njihovom smeru pod uslovom da se to želi. Postoje dva odstupanja od ovog pravca. Naime kada je u pitanju zaštita podstanara Nacrt je u velikoj meri Nozikovski, a kada je u pitanju uređenje životnih zajednica osoba istoga pola Nacrt je u oštroj suprotnosti sa sve četiri teorije pravde. Kada se postavi pitanje pravnih načela kakvo je savesnost i poštenje i moralnost onda se dolazi do zaključka da će njihovo tumačenje zavisiti od teorije pravde koja bi se usvojila kao političkofilozofski temelj zakonika i još jednom se potvrđuje teza koja prožima ovaj rad, a to je da jedna konkretna koncepcija pravde dovodi do doslednog tumačenja zakonika i njegove ujednačene primene. Takođe, mislim da je politička

⁸⁹² Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, 2015, član 2.

analiza pokazala da bi jedna konkretna teorija pravde dovela i do doslednijih pravila, budući da se uprkos opštem smeru mogu videti lutanja po političkofilozofskom spektru.

D. ZAKLJUČAK

Istorijski osvrt na kodifikatorske poduhvate u Evropi od početka XIX veka do danas je pokazao da je neka ideja socijalne pravde uvek igrala ulogu u određivanju sadržine građanskog prava, kao i u tumačenju njegovih normi i načela. Možda te ideje nisu uvek bile jasno formulisane ili organizovane i izložene u jednu koherentnu celinu, ali se iz literature jasno može videti da su građanski zakonici devetnaestog veka više odgovarali klasičnom liberalizmu od zakonika ili tumačenja tih zakonika u dvadesetom veku. U potonjem se mnogo više vodilo računa o socijalnoj dimenziji nekih subjektivnih prava kao i o zaštiti slabije strane na uštrb slobode ugovaranja, što je sve izraz promene u shvatanjima o socijalnoj pravdi. Imajući u vidu rečeno, kao i to da nije dovoljno pozivati se na socijalnu pravdu jer ne postoji jedna koncepcija tog pojma, određivanje jedne konkretne koncepcije pravde onda doprinosi koherentnosti normi u zakoniku jer se prilikom stvaranja normi one oblikuju prema istom kriterijumu. Isto važi i za tumačenje načela i normi zakonika jer se isključuje mogućnost da jedne te iste norme budu tumačene na različiti način shodno ličnim ubeđenjima pojedinaca.

Drugi razlog za određivanje jedne koncepcije pravde kao političkofilozofske osnove građanskom zakoniku jeste činjenica da je građansko pravo instrument socijalne pravde jer reguliše društvene i ekonomske odnose među građanima, utiče na raspodelu dobara, prilika, prava i obaveza konkretizujući ustavne norme. To je činjenica koju Savezni ustavni sud Nemačke izričito navodi u svojoj praksi. Kada jedan sistem pravila to čini potrebno je da bude ustrojen prema određenoj koncepciji socijalne pravde koja će biti garant pravednosti takvog sistema. Koja će služiti kao alat za procenu da li taj sistem normi dodeljuje prava, obaveze, prilike i dobra na pravedan način. Dakle, uloga socijalne pravde u kodifikaciji građanskog prava je dvojaka. Ona obezbeđuje koherentnost tog sistema pravila i njegovu pravednost. Dvojaka je i u tom smislu što utiče na stvaranje samih pravila prilikom izrade zakonika, i što utiče na tumačenje pravila i načela.

Postavlja se pitanje kako odrediti koja koncepcija pravde je odgovarajuća i kako joj, jednom kada se odredi, omogućiti da deluje na gore opisan način. U tu svrhu predstavio sam pet teorija pravde kao pet predstavnika aktuelnih pravaca u političkoj filozofiji. Potom sam, nadam

se, pokazao da moralni realizam od kojeg prirodno pravo pati nije dobro polazište za određivanje jedne koncepcije društvene pravde jer se iza apsolutnih, nepromenljivih moralnih istina zapravo kriju krajnje subjektivni stavovi o veoma važnim pitanjima. Čak i ako takve večne, nepromenljive moralne istine postoje, očigledno je da ne postoji pouzdan način da utvrdimo koje su. Zbog toga sam zaključio da konkretnu teoriju pravde treba tražiti van jusnaturalizma u preostale četiri škole mišljenja ili u nekoj kombinaciji tih škola.

Konačno, u pogledu drugog *kako*, izneo sam stav da bi najbolje bilo da se odabrana teorija pravde predstavi u preambuli građanskog zakonika kako bi se otklonila svaka mogućnost za proizvoljno tumačenje njegovih normi, ili za eventualne nedoumice oko sadržine date koncepcije pravde. Imajući u vidu da Ustavom nije određena koncepcija socijalne pravde iako se prema Ustavu naša država na njoj zasniva, kao i da su različite koncepcije pravde kompatibilne sa ljudskim pravima, a da građanski zakonik jeste instrument socijalne pravde, smatrao sam da je preambula zakonika pogodno mesto da se koncepcija socijalne pravde izloži. Videli smo da se sličan predlog iznosi i kada su u pitanju kodifikatorski poduhvati u sferi građanskog prava na nivou EU.

Na kraju sproveo sam političku analizu teksta Nacrta Građanskog zakonika na odabranom uzorku od nekoliko pravnih instituta. Njome sam, nadam se, pokazao da u Nacrtu postoje norme koje u manjoj ili većoj meri odgovaraju suprotstavljenim koncepcijama pravde, kao i da je (ne)uređivanje nekih pravnih instituta u suprotnosti sa sve četiri relevantne koncepcije pravde koje sam predstavio. Time sam, verujem, pokazao kako treba pristupiti usaglašavanju normi Nacrta sa jednom odabranom koncepcijom pravde, ako takva bude odabrana.

LITERATURA

TEORIJSKA LITERATURA

1. Aristotel, 2013, *Nikomahova etika*, Sremski Karlovci, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića
2. Beal, H., Fauvarque – Cosson, B., Rutgers, J., Tallon, D., Vogenauer, S., 2010, *Cases, Materials and Texts on Contract Law*, Oxford and Portland, Hart Publishing
3. Bentham, J., 1823, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, (<https://ia800309.us.archive.org/3/items/anintroduction01bentgoog/anintroduction01bentgoog.pdf> 9. 3. 2017.)
4. Birmingham L. R., 1970, *Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency*, Indiana University School of Law (<http://www.repository.law.indiana.edu/facpub>, 15. 3. 2017.)
5. Burja, Radovan, M., 2004, Ljudska prava i odgoj – Filozofski i etički temelji, *Metodički ogledi*, 2
6. Cherednychenko, O., O., 2008, Subordinating Contract Law to Fundamental Rights: Towards a Major Breakthrough or towards Walking in Circles?, in: Grundman, S., (ed.), *Constitutional Values and European Contract Law*, The Netherlands, Kluwer Law International, pp. 35-60
7. Clayton, M., 2002, Liberal Equality and Ethics, *Ethics*, 1
8. Collins, H., 2008., *The European Civil Code. The Way Forward*, Cambridge, Cambridge University Press
9. Comparato, G., 2012, *Nationalism and Private Law in Europe*, PhD thesis, Universtiy of Amsterdam
10. Cserne, P., The Recodification of Private Law in Central and Eastern Europe, in: Larouche, P. and Cserne, P. (eds.), 2013, *National Legal Systems and Globalization, New Role, Continuing Relevance*, The Hague, T.M.C. Asser Press, pp. 45-88
11. Dajović, G., 2013, Teorija prirodnog prava na delu – Jedan primer analize prirodnopravnog koncepta, *Pravni život*, 12
12. Dworkin, R., 2011, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press
13. Elischer, D., Frinta, O., and Pauknerová, M., Recodification of Private Law in the Czech Republic, in: Rivera, C., J. (ed.), 2013, *The Scope and Structure of Civil Codes, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* 32, Dordrecht, Springer Science+Business Media, pp. 105-132.
14. Erp, S. van, and Akkermans, B. (eds), 2012, *Cases, Materials and Text on Property Law*, Oxford, Hart Publishing
15. Fauvarque-Cosson, B., 2017, The French Contract Law Reform and the Political Proces, *European Review of Contract Law*, 4, pp. 337 – 354.
16. Finis, J., 2011, *Ntural Law and Natural Rights*, New York, Oxford University Press

17. Finis, J., Grizes, G., Boyle, J., 1987, Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends, *The American Journal of Jurisprudence*, 1
(http://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1855&context=law_faculty_scholarship 17. 6. 2017)
18. Finis, M., J., 1994, Law, Morality, and “Sexual Orientation”, *Notre Dame Law Review*, 5, pp. 1049-1076
19. Gray, W., and Stults, R., 1965, *Civil Code of the Russian Soviet Federated Socialist Republic: An English Translation*, Michigan, The University of Michigan Law School Ann Arbor
20. Habermas, J., 1996, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, The MIT Press
21. Hart, H., 2013, *Pojam prava*, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i JP Službeni glasnik
22. Hayek, F., A., 2007, *The Road to Serfdom Text and Documents The Definitive Edition*, London, University of Chicago Press
23. Helleringer, G., 2017, The Anatomy of the New French Law of Contract, *European Review of Contract Law*, 4, pp. 355 – 375.
24. Hesselink, M., 2011, Five political ideas of European contract law, *European Review of Contract Law*, 2
25. Hesselink, W., M., 2008, *CFR & Social Justice. A short study for the European Parliament on the values underlying the draft Common Frame of Reference for European Private Law: what roles for fairness and social justice?*, Amsterdam, Centre for the Study of European Contract Law, University of Amsterdam,
(<http://ssrn.com/abstract=1270575> 31.7.2017.)
26. Hesselink, M., W., 2006, The Ideal of Codification and the Dynamics of Europeanization: The Dutch Experience, *European Law Journal*, 3, pp. 279-305
27. Hesselink, M., W., 2009, Towards a sharp distinction between B2B and B2C? On consumer, commercial and general contract law after the consumer rights directive,
(<http://ssrn.com/abstract=1416126> 30.7.2017.)
28. Hesselink, W., M., 2010, *The Concept of Good Faith*,
(<http://ssrn.com/abstract=1762630> 16.8.2017.)
29. Hesselink, M., W., 2007, *SMEs in European Contract Law: Background Note for the European Parliament on the Position of Small and Medium-Sized Enterprises (SMEs) in a Future Common Frame of Reference (CFR) and in the Review of the Consumer Law Acquis*, Amsterdam, Centre for the Study of European Contract Law
(https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1030301&rec=1&srcabs=1132684&alg=7&pos=3 1.12.2017.)
30. Hesselink, M, W, Mak, C, and Rutgers, W, J, 2009, *Constitutional Aspects of European Private Law. Freedoms, Rights and Social Justice in the Draft Common Frame of Reference*, Amsterdam, Centre for the Study of European Contract Law
(<http://ssrn.com/abstract=1413089> 2.8.2017.)

31. Hondius, E., 2013, Recodification of Private Law: Central and Eastern Europe Set the Tone, *European Review of Private Law*, 4, pp. 897-906
32. Jansen, J., H., C., 2016, A European Civil Code and National Private Law: Lessons from History, *European Review of Private Law*, 3&4, pp. 473-488
33. Klijsma, J., G., 2014, *Contract law as fairness: a Rawlsian perspective on the position of SMEs in European contract law*, PhD Thesis, Amsterdam Law School University of Amsterdam, Amsterdam (<https://dare.uva.nl/search?identifier=436e5079-6363-4ac3-a207-5b0dd002f33f> 1.12.2017.)
34. Konstantinović, M., 1982, Jugoslovenski građanski zakonik, *Anali pravnog fakulteta*, 3-4, str. 384-395.
35. Konstantinović, M., 1982, Zabrana zloupotrebe prava i socijalizacija prava, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 3-4, str. 261 – 281.
36. Konstantinović, M., 1982, Pitanje svojine, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 3-4, str. 282 – 293.
37. Konjović, M., 2014, Stvaranje sposobnosti: Teorija o ljudskom razvoju, *Filozofija i društvo*, 1, str. 243–247
38. Kordana, K. & Tabchnik, D., 2005, Rawls and Contract Law, *The George Washington Law Review*, 3, pp. 598-632
39. Kretzmer, D., 1987, Free Speech and Racism, *Cardozo Law Review*, 8, (<https://ssrn.com/abstract=2666418> 15. 8. 2017.), pp. 446-513
40. Kronman, A. T., 1980, Contract Law and Distributive Justice, *The Yale Law Journal*, 3, pp. 472-511
41. Kunnecke, A., 2014, New Standards in EU Consumer Rights Protection? The New Directive 2011/83/EU, *European Scientific Journal* (<http://eujournal.org/index.php/esj/article/view/2854> 29.7.2017.), pp. 426-437
42. Kymlica, W., 2002, *Contemporary Political Philosophy an Introduction*, New York, Oxford University Press
43. Locke, J., *Two Treatises of Government*, (<http://socserv2.socsci.mcmaster.ca/econ/ugcm/3113/locke/government.pdf>, 06.08.2016)
44. Loos, M., B., M., 2006, The influence of European consumer law on general contract law and the need for spontaneous harmonization. On the disturbance and reconstruction of the coherence of national contract law and consumer law under the influence of European law, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=968381 28.7.2017.)
45. Matheny, G., Utilitarianism and Animals, in: Singer, P. (ed.), 2006, *In Defense of Animals. The Second Wave*, Malden, Blackwell Pub., pp. 13-25
46. Mak, C., 2007, *Fundamental Rights in European Contract Law*, PhD thesis, Faculty of Law, University of Amsterdam (https://pure.uva.nl/ws/files/4369466/52678_Mak_manuscript_juli_2007_cm_voor_ub.pdf 13.2.2018.)
47. Milanović, B., 2012, *Bogataši i siromasi. Kratka i neobična istorija globalne nejednakosti*, Beograd, JP Službeni glasnik

48. Mill, J. S., 2001, *Utilitarianism*, Kitchener, Batoche Books
49. Mill, J., S., 2001, *On Liberty*, Ontario, Batoche Books
50. Nozick, R., 1974, *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books
51. Nussbaum, M., 2011, *Creating Capabilities The Human Development Approach*, The Belknap Press of Harvard University Press (Kindle book)
52. Nussbaum, M., 2007, *Frontiers of Justice: disability, nationality, species membership*, Cambridge, Massachusetts, Belknap Press of Harvard University Press
53. Perović, S., 2007, *Besede sa Kopaonika 1990 – 2006*, Beograd, Kopaonička škola prirodnog prava
54. Pickett, T., 2015, *Kapital u XXI veku*, Novi Sad, Akademska knjiga
55. Polajac, M., Mirković, Z., S., i Đurđević, M. (ur.), 2014, *Srpski građanski zakonik – 170 godina*, Beograd, Pravni fakultet u Beogradu
56. Radonjić, A., 2013, Is there a place for contract law in Rawls's theory of justice?, *Pravni zapisi*, 2, str. 373-380
57. Rawls, J., 1999, *Theory of Justice Revised Edition*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press
58. Ripstein, A., Private Order and Public Justice: Kant and Rawls, p. 7 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=894431 5. 7. 2017.)
59. Rivera, C. J., Relations with Commercial Law, Family Law, Consumer Law and Private International Law. A Comparative Approach, in: Rivera, C., J. (ed.), 2013, *The Scope and Structure of Civil Codes, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 32*, Dordrecht, Springer Science+Business Media, pp. 3-39
60. Rols, Dž., 1998, *Politički liberalizam*, Beograd, „Filip Višnjić“
61. Roth, W-H., Transposing “Pointillist“ EC Guidelines into Systematic National Codes – Problems and Consequences, *European Review of Private Law*, 6, pp. 761-776
62. Rudden, B., 1986, Scientific Socialism and Soviet Private Law, *Notre Dame Law Review*, 2, pp. 151-166
63. Salma, J., 2014, O kodifikacionom istorijatu mađarskog građanskog prava i o novom mađarskom Građanskom zakoniku, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 4, str. 49-67
64. Smits, H. J. M., 2014, *Efficient Breach and the Enforcement of Specific Performance*, maser teza, Amsterdam Law School Universiteit van Amsterdam, (<http://dare.uva.nl/cgi/arno/show.cgi?fid=530114>, 15. 3. 2107.)
65. Smits, J., 2006, Private Law and Fundamental Rights: a sceptical view, *Maastricht Faculty of Law Working Paper 2006/8*
66. Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law, 2009, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München, Sellier European Law Publishers
67. Study Group on Social Justice in European Private Law, 2004, *Social Justice in European Contract Law: a Manifesto*, *European Law Journal*, 6, pp. 653-674
68. Stupar, M., 2015, *Savremene teorije pravde*, Beograd, Filozofski fakultet Univerzitet u Beogradu

69. Swift, A., 2008, *Politička filozofija. Vodič za studente i političare*, Beograd, Clio
70. Tadić, Lj., 1996, *Filozofija prava. Drugo, dopunjeno izdanje*, Beograd, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva
71. Tyon Soei Len, L., 2010, *European Contract Law and the Capabilities Approach: On Distributive Responsibility for Contract Law*,
(http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2138196 , 20. 9 .2016)
72. Vandenberghe, A. S., 2007, *The Economics of the Non-Discrimination Principle in General Contract Law*, *European Review of Contract Law*, 4, pp. 410 – 431.
73. Vodinelić, V., 2012, *Građansko pravo. Uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*, Beograd, JP Službeni glasnik
74. Vodinelić, V., 1997, *Takozvana zloupotreba prava*, Beograd, Nomos
75. Vodinelić, V. V., 1996, *Jusnaturalizam, napred! – Marksizam, stoj! Povodom jedne smene na pravno-teorijskoj sceni*, *Pravni život*, 12, str. 55-83
76. Vukadinović, G., 2012, *Svaremena škola prirodnog prava – Odnos prava i morala*, *Pravni život*, 12, str. 607–615
77. Vukotić, M., 2014, *Kritički osvrt na pravni režim opštih uslova poslovanja u srpskom pravu*, *Pravo i privreda*, 7/9, str. 375 - 390
78. Zdravković, M., 2016, *Prvenstvo prirodnog prava – geneza jedne ideje*, *Pravni zapisi*, 2, str. 213-229
79. Zimmermann, R., and Whittaker, S., *Good faith in European contract law: surveying the legal landscape*, in: Zimmermann, R., and Whittaker, S., (eds.), 2000, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 7-62
80. Zweigert, K. and Kötz, H., 1998, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press
81. Živković, M., *O kvalitetu novijih građanskopravnih propisa u Srbiji*, *Pravni zapisi*, 1, 2010, str. 119-138

STRUČNI ČLANCI

1. Šarkić, N. i Počuča, M., *Prilog javnoj raspravi povodom predloga Građanskog zakonika Republike Srbije u oblasti porodično – pravne zaštite*, u: Šarkić, N. (ur.), 2015, *Novi propisi u Republici Srbiji*, Beograd, str. 109 - 126.

PROPISI

1. Ustav Republike Srbije, „*Sl. glasnik RS*“, br. 98/2006
2. Zakon o obligacionim odnosima, *Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93 i *Sl. SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja
3. Zakon o izvršenju i obezbeđenju, *Sl. glasnik RS*, br. 106/2015
4. Zakon o poljoprivrednom zemljištu, „*Sl. glasnik RS*“, br. 62/2006, 65/2008 – dr. zakon, 41/2009 i 112/2015

5. BGB, section 138 (2), (http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p1005, 14. 03. 2016.)
6. Swiss Civil Code of 10 December 1907 (Status as of 1 January 2017), (http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=444730 15.2.2018.)
7. Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, 2016/C 202/1
8. Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of October 25 2011 on consumer rights, (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:304:0064:0088:en:PDF> 29.7.2017.)
9. Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, 1950, (http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SRP.pdf 15. 8. 2017.).
10. Sretenjski ustav u: Radojević, M. (ur.), 2004, *Srpski ustavi od 1835. do 1990. sa ustavima Kraljevine SHS i Kraljevine Jugoslavije*, Beograd, Gramatik.

ODLUKE SUDOVA

1. BVerfGE 89, 214(<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv089214.html#Rn046> 14.8.2017.)
2. BverfGE 7, 198, (<https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=1369> 15.8.2017.)
3. Smith v. Hughes u: Beal, H., Fauvarque – Cosson, B., Rutgers, J., Tallon, D., Vogenauer, S., 2010, p. 513
4. Statoil ASA v. Louis Dreyfus Energy Services LP u: New Law Journal <http://www.newlawjournal.co.uk/content/law-reports-132>
5. ECJ C-376/98
6. Ustavni sud Srbije, IY-347/2005 (<http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Latn-CS/6916/?NOLAYOUT=1>)
7. Vrhovni sud Srbije, Rev. 6161/97 (http://projuris.org/sudska_praksa_gradjanske_stvari.html 8.2.2018.)
8. BGE 104.II.108 u: Beal, H., Fauvarque – Cosson, B., Rutgers, J., Tallon, D., Vogenauer, S., 2010, pp. 623 – 624.

NACRTI I PREDLOZI PROPISA I DRUGA DOKUMENTA

1. Ministarstvo pravde Republike Srbije i Nemačka organizacija za tehničku saradnju, 2007, *Ka novom stvarnom pravu Srbije. Nacrt zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima*, Beograd
2. Obrazloženje Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije, (<http://arhiva.mpravde.gov.rs/It/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik/> , 29. 5. 2017.)
3. Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, 2015, *Građanski zakonik Republike Srbije, Radni tekst pripremljen za javnu raspravu*, Beograd

4. *Rad na izradi Građanskog zakonika Republike Srbije. Izveštaj Komisije o otvorenim pitanjima*, 2007, Beograd, Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika
5. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. A More Coherent European Contract Law. An Action Plan, 2003/C 63/01, (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003DC0068&from=RO> 20.7.2017.)
6. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, COM (2011) 635. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1493377048181&uri=CELEX:52011PC0635> 28.4.2017.)
7. Opinion of the Advocate General Trstenjak – Case C – 92/11, para. 37. (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62011CC0092> 23.6.2017.).

NOVINSKI ČLANCI

1. Nilsen, M., 2013, How Nike Solved Its Sweatshop Problem, Business Insider, (<http://www.businessinsider.com/how-nike-solved-its-sweatshop-problem-2013-5> 15.2.2018.).
2. Day, J., 2001, Nike: ‘no guarantee on child labor’, Guardian, (<https://www.theguardian.com/media/2001/oct/19/marketingandpr> 15.2.2018.).
3. Radonjić, A., 2014., Da li ste za istopolne brakove – pogrešno pitanje, *Peščanik*, (<http://pescanik.net/da-li-ste-za-istopolne-brakove-pogresno-pitanje/> 7.11.2017.).