

Dr Jovan Ćirić,  
Institut za uporedno pravo,  
Beograd

udk: 340.5  
primljeno 15.03.2008.

## NEVOLJE SA UPOREDNIM PRAVOM

*U ovom članku autor govori o nekim teorijskim, ali i praktičnim problemima, koji se mogu pojaviti u vezi sa uporednopravnim istraživanjima. Kod nas je naime u poslednje vreme veoma učestala i uobičajena rečenica koja se može čuti: „tako je svuda, tako je u drugim zemljama“. Ta vrsta rečenice deluje kao konačni, vrhovni argument, koji obesmišljava svaku dalju analizu i svaki pokušaj da se na objektivan način procene tuđa iskustva i tuđa pravna rešenja. Uporednopravna istraživanja tada postaju jedno nekritičko prepisivanje tuđih zakonskih rešenja, te se uporedno pravo tada nalazi u funkciji tekuće zakonodavne politike, a znatno manje u službi potrebe da se jedan problem svestrano istraži i pred zakonodavca eventualno izlože sve moguće alternative. Autor u tom smislu govori o čitavom nizu problema koji se tu mogu pojaviti, od problema u tumačenju i razumevanju prava, naročito njegove celine, do izučavanja prakse primene i neprimene prava, odnosno do nekih opštih problema koji se tiču globalizacije i unifikacije prava, te s tim u vezi i kulturnog imperijalizma, zanemarivanja slobode, demokratije i ljudskih prava.*

*Ključne reči: tumačenje prava; razumevanje prava; praksa primene i neprimene prava, globalizacija i demokratija, političke zloupotrebe uporednopravnih istraživanja*

\* \* \* \* \*

Postoje dva moguća, a različita pristupa uporednopravnim istraživanjima. Jedan, koji bi implicirao zaključak da ono što važi kao

pravno pravilo u jednoj, može, pa i treba da važi i u nekoj drugoj zemlji i drugi zaključak koji bi govorio da ono što važi u jednoj zemlji, ne može, (samim tim što važi u jednoj zemlji) niti treba da važi i u nekoj drugoj zemlji, zbog čitavog niza socioloških, psiholoških, ekonomskih, političkih specifičnosti. Oba zaključka ponekad mogu biti apriorni i mogu biti posledica odgovarajućeg ideološkog stava - predubeđenja, koji imaju sam istraživač ili onaj koji donosi zakone na osnovu tih i takvih istraživanja. U oba slučaja može se raditi o svojevrsnoj instrumentalizaciji uporednog prava, pa se tu mogu pojavljivati i odgovarajuće „nevolje“ u vidu nekritičkog „prepisivanja“ nekih tuđih pravnih rešenja, što onda stvara „nevolje“ u funkcionisanju čitavog pravnog sistema. Ili se može raditi o tome da i ono što je inače dobro i pozitivno u drugim zemljama i što bi u principu moglo dobro funkcionisati, iz, prevashodno ideoloških razloga, bude *a priori* odbačeno. Mi ovde želimo da kažemo nekoliko reči o svemu tome, a pre svega o nekritičkom „prepisivanju“ tuđih rešenja.

Kod nas se, naročito u poslednje vreme, uporedno pravo stavlja u službu tekuće (zakonodavne) politike, pa se u tom smislu, može čuti i rečenica: „tako je svuda“, ili pak „tako je u Evropi“. Ovakve rečenice – konstatacije – argumenti, bivaju, čini se, utoliko češći, ukoliko je naše znanje o tome kako je nešto zaista u svetu, ograničenije,<sup>1</sup> a želja i politička rešenost i spremnost na primer za članstvom u EU, veća. U takvoj situaciji mi o uporednom pravu ne možemo govoriti niti kao o metodu, niti kao o nauci. Uporedno pravo tu predstavlja samo jedno političko opravdanje i ništa više od toga. Takve rečenice, imaju karakter gotove presude u nekakvoj diskusiji, ili konačnog, vrhovnog argumenta, iza kojeg polemike više nema.<sup>2</sup> Jer, šta reći, ukoliko vam neko na bilo kakvu primedbu ili sugestiju, odgovori samo jedno „tako je svuda“. Zaboravlja se pri tome da je celina pravnog sistema ogromna, da niko ni ne može sve znati, baš svaku

1 Ovde se pojavljuje jedan etički, ili bar psihološki problem, odnosno problem dobrog ukusa – jer samo onaj koji uistinu ne zna mnogo, spreman je da nešto deciderano tvrdi i u javnost izlazi sa gotovim konstatacijama tipa „tako je svuda“. Onaj koji nije siguran, ili pak ne zna, teže se odlučuje na takve tvrdnje i spremniji je da, sokratovski konstatuje kako zna da „ništa ne zna“. Ako vam dakle neko tvrdi „tako je svuda“, onda mu ipak manje treba verovati, verovati da je to zbilja tako, nego onome koji se ne „zaleće“ sa takvim „smelim“ konstatacijama.

2 Jer, to „što je svuda tako“, još uvek ne znači da je to i dobro, kao što, kako bi to rekao Karl Popper, to „što svakoga dana vidim samo bele labudove, još uvek ne znači da crni uopšte ne postoje.“ Vidi na primer [http://en.wikipedia.org/wiki/Karl\\_Popper](http://en.wikipedia.org/wiki/Karl_Popper)

normu, kao i to da problemi u tumačenju i razumevanju prava nisu baš tako jednostavni. Prema tome, kada kažemo „nevolje sa uporednim pravom“, mi mislimo na brojne metodološke probleme u tumačenju i razumevanju prava (pravnog sistema u celini), na ograničenost naših saznanja o stranom pravu, na to da ni svet, ni Evropa nisu „jedno“, već da to „sve“ i „svuda“, krije brojne zamke, jednu praznu političku floskulu.<sup>3</sup>

## I Tumačenje prava i razumevanje pravne celine – celine pravnog sistema

Ponekad se čine neoprostive greške u tumačenju pojedinih pravnih normi, pa se tako, istrgnuto iz konteksta, one tumače pojedinačno uzev.<sup>4</sup> Opasnosti takvog tumačenja prava mogu biti velike. Na primer zaista postoji jedna norma koja kaže „to i to“, ali postoji negde drugde u nekom drugom zakonskom ili pozakonskom aktu, koji egzistira po principu *lex specialis*, nešto drugo, neka druga norma, koja kaže nešto sasvim suprotno, ili možda ne čak ni suprotno, ali ta druga, blanketna ili dopunjujuća norma, u stvari pojašnjava ovu prvu. Istraživač koji, interesujući se za pravo u nekoj zemlji, naiđe samo na prvu, a ne potraži i tu drugu normu, može načiniti ozbiljne propuste, u stvari velike greške.<sup>5</sup> Problem je u tome što

3 Osvrnimo se ovde na samo jednu, najblaže rečeno, zanimljivost. Džordž Buš je nedavno stavio veto na predlog zakona koji bi zabranio agenciji CIA da prilikom ispitivanja zatvorenika upotrebljava torturu, obrazloživši to „ratom protiv terorista“. ( O tome u tekstu „Buš dozvoljava mučenje“ u listu „Pravda“ od 10.03.2008. na str. 15) O problemima „američkog rata protiv terorista“, videti i u tekstu Kam C.Wong-a; - USA Patriot Act; - „Strani pravni život“; - 1-2/2007 str. 174-202. Kada bi neko predložio nešto slično u Srbiji, po uzoru na SAD, većina bi se (opravdano) zgrozila, što samo pokazuje da je put i način koji ide po principu „tako je svuda“, ili pak tako je u najrazvijenijim zemljama, u suštini krajnje dubiozan.

4 O tome na primer i knjizi, zborniku radova pod naslovom „Law and Legal Interpretation“, urednika Fernando Atria & Neil Mac Cormick, eds. Burlington, Vermont, may 2004. dostupno na internet adresi [www.bsos.umd.edu/gyp/lbpr/subpages/reviews/Atria-MacCormick504.htm](http://www.bsos.umd.edu/gyp/lbpr/subpages/reviews/Atria-MacCormick504.htm)

5 Postojala je u tom smislu mogućnost, na primer, da jedan strani istraživač koji je izučavao srpsko krivično pravo u vreme kada je postojalo i savezno i republičko krivično zakonodavstvo, ne gleda oba u isti mah i da na primer uzima u obzir samo savezno krivično zakonodavstvo, a ne i republičko. Tada se moglo doći do zaključka da u Srbiji ne postoji krivično delo ubistva ili silovanja, ili da u srpskom krivičnom zakonodavstvu ne postoje odredbe o opštim institutima krivičnog prava, kao što su na primer nehat, krajnja

istraživaču stranog prava malo šta može sugerisati da postoji i ta druga (dopunjujuća) norma.

Osim toga, ne mora postojati ni druga direktna norma, koja derogira, ili dopunjuje prvu. Duh zakona se ne može sagledati ukoliko se gleda samo jedna pojedinačna norma, a manje ili više isto važi i za celinu pravnog sistema.<sup>6</sup> Ali, i ne samo pravnog sistema, već jednog sistema uopšte.<sup>7</sup> U jednom metafizičkom smislu, kako je to u svojoj „Metafizici“ govorio Aristotel, „celo (celina) je uvek više od prostog zbira pojedinih njegovih delova“, što u stvari znači da jedan „holistički“ pristup različitim problemima u različitim naučnim oblastima, od istorije, sociologije, do evolucije, medicine, itd. ipak mora imati primat u odnosu na pojedinačno sagledavanje određenih, pojedinačnih delova.<sup>8</sup>

S tim u vezi, da citiramo reči Valtazara Bogišića: „Ko samo riječi zakonske znade, taj još zakon ne zna, dok mu ne shvati razum i smisao.“<sup>9</sup> Ili, isto to, samo malo drugačije: „Niko ne može shvatiti jedan deo pre nego što pročita celinu.“<sup>10</sup> A ko može shvatiti i uopšte znati celinu, ako se sav ne posveti studiranju, proučavanju te celine. Često se međutim događa da onaj koji kaže „tako je svuda (u celom svetu)“ u stvari zna samo tu jednu normu, a nikako ne i celinu. Pogotovu ne kako je zakon donet, šta mu je prethodilo, kako je bilo pre nego što je donet i šta se suštinski promenilo.

---

nužda i sl.. Ovo može zvučati kao vic, ali, makar teoretski nije bilo nemoguće. I pisac ovih redova, mogao se naći pred sličnim problemima, kada je u svoje vreme analizirao krivično zakonodavstvo Finske na primer. (Jovan Ćirić; - Materijalno krivično zakonodavstvo Finske“ u zborniku radova „Uvod u pravo Finske“, izdanje Instituta za uporedno pravo, Beograd, 2005, str. 213-249) U Krivičnom zakoniku Finske na primer ne postoje odredbe o maloletnicima, ali to ne znači da maloletnici nisu uopšte obrađeni u Finskoj. Postoji poseban zakon o maloletnicima i krivičnoj odgovornosti maloletnika.

6 O tome na primer i Kent Greenawalt; - Law and Objectivity; - Oxford University Press, 1995.

7 Ako bi bilo važno samo dobro poznavati pojedinačne norme, a ne i ceo duh pravnog sistema, onda bi laici često bili najbolji pravници, a krivično pravo bi najbolje poznavali zatvorenici (osuđenici) koji uvek vrlo dobro znaju kako i po kom članu kojeg zakona su osuđeni.

8 O tome na primer na sajtu <http://en.wikipedia.org/wiki/Holism>

9 O tome na primer na sajtu [www.ius.ac.yu/prof/Materijali/jovmio/Dokumenti/Pojam%20tumacenja.htm](http://www.ius.ac.yu/prof/Materijali/jovmio/Dokumenti/Pojam%20tumacenja.htm)

10 ibidem

Poseban problem se sastoji i u jezičkom tumačenju, za koje bi se obično moglo reći da ili nije uopšte problem, kada postoji dobar znalac stranog jezika, ili je ipak to najbanalniji od svih mogućih problema. Međutim, ne radi se samo o nepoznavanju jezika, već ipak i o tome da u jeziku, postoje homonimi, odnosno iste reči na različitim jezicima koje imaju ipak različito značenje.<sup>11</sup> U tom smislu, i jezik ima svoju posebnu filozofiju i metodologiju,<sup>12</sup> svoj način funkcionisanja,<sup>13</sup> svoj istorijat nastanka kao celine ili pojedinih njegovih delova - reči.<sup>14</sup> Neke reči, neki termini ponekad bivaju adoptirani u jedan jezik posredstvom nekog sasvim trećeg jezika i to onda može stvarati probleme. Primera radi to što su u srpskom jeziku prihvaćene neke tuđice, ne znači da su one preuzete direktno iz tog jezika, a pogotovu ne znači da se ne radi o „iskvarenim“, „domaćim“ varijantama pojedinih od tih stranih reči. Tako se, poput jezika i pojedina pravna rešenja mogu preuzimati u zakone drugih zemalja, posredstvom neke treće zemlje, nekih trećih zakona, ponekad i uz odgovarajuće „kvarenje“, poput jezičkog kvarenja, poput pojedinih tuđih reči, koje su se odomaćile u dotičnom jeziku.

Ovde se dakle može raditi o jednom vrlo banalnom pitanju, koje se obično postavlja đacima u školi, kada analiziraju neko književno delo: „šta je pisac hteo da kaže?“ I zaista, isto to samo malo drugačije formulisano: „šta je zakonodavac hteo da kaže?“ A da bismo znali „šta je pisac hteo da kaže“ ipak je nužno znati i njegovo socijalno okruženje i njegovo psihološko (ne)raspoloženje u kojem je nešto napisao, u kojem je nešto stvorio. Slično se može reći i za zakonodavca, naročito onda i kada demokratske institucije same po sebi nisu dovoljno razvijene i onda dosta toga zavisi od samovolje

---

11 Tako na primer francuski ugovor ( *contrat*) domicil ( *domicile*), administrativni sud ( *tribunal administrative*), javni beležnik ( *notaire*) i sl. nije isto što i engleski ugovor ( *contract*) domicil ( *domicile*), administrativni tribunal ( *administrative tribunal*) javni beležnik ( *notary public*) itd. O tome Alan Votson; - *Pravni transplant*; - (prevod sa engleskog) Beograd, 2000. str. 34

12 William Alston; - *Phylosophy of Language*; - London, Prentice Hall, Englewood Cliffs N.J. 1964

13 O tome na primer u tekstu Louis E. Wolcher; - “How Legal Language Works“ dostupno na internet adresi: <http://legalleft.org/wp-content/uploads/2007/05/2unb091-wolcher.pdf>

14 U tom eu smislu i uzaludni i smešni mnogi pokušaji južno-slovenskih naroda da se na silu osamostale i odvoje od srpskog jezika. Jer, jezik nisu samo reči, jezik je, makar samo i gramatika i pravopis.

ili hirovitosti jednog, ili nekolicine vladara. Ili pak zavisi od nametanja nekih stranih rešenja za koja se *a priori* misli da će sama od sebe rešiti sve. Ovo je naročito karakteristično za tzv. tranzicijske zemlje i za način na koji se tamo rešavaju pitanja korupcije i ljudskih prava.<sup>15</sup> To znači da je potrebno primeniti i istorijski metod u tumačenju, razumevanju prava, pravnog jezika.

Na primer, mera bezbednosti zabrane javnog istupanja, nastala je, tj. uvedena u krivičnopravni sistem naše zemlje neposredno nakon izlaska Milovana Đilasa iz zatvora, kao reakcija na ono što je on radio, odnosno objavljivao i javno istupao. Treba znati dakle da je dotična mera uvedena prvenstveno *ad personam*, što inače u istorijatu našeg pravnog sistema ne mora biti toliko neobično, uprkos tome što se zaista može podvrći različitim vrstama kritike. Drugi je slučaj, primer proširenja, produživanja trajanja pritvora u okviru krivičnog postupka. Dotična mera uvedena je pre nekoliko godina, kao reakcija na relativnu spornost našeg pravosuđa i na opasnost da usled te spornosti, mnogi osumnjičeni, optuženi, pravnosnažno još neosuđeni učinioci nekih krivičnih dela, ipak budu pušteni na slobodu, zbog toga što protekne rok u kojem se nalaze u pritvoru do pravnosnažnosti presude.<sup>16</sup> Konkretno se radi o Radetu Markoviću, šefu resora DB-a optuženom za različite zločine, pa i za slučaj tzv. ibarske magistrale. Uza sve to, ovde je potrebno znati i to da je ovakvo rešenje usvojeno možda jednim delom i pod uticajem svojevrsnih „koalicionih nagodbi“, što uopšte ne mora biti ni retkost, ni tek puka konstrukcija bez neke realne osnove. To onda otvara i još jedan dodatni problem, dodatno opterećenje za istraživača, u tom smislu da on mora znati i odnose političkih snaga i „trgovine“ u Parlamentu u vremenima kada je jedan zakonski akt donošen.

Naravno, zakonodavac je uvek i političar. Kada kažemo političar,

---

15 Vidi na primer Jovan Ćirić; - Korupcija u zemljama tranzicije; u zborniku radova „Borba protiv korupcije u Srbiji – Između Nacionalne strategije i Akcionog plana“; - Beograd, 2006. str- 147-167. To što su u velikom broju tranzicijskih zemalja uvedene iste mere i isti instituti za borbu protiv korupcije, još uvek ne znači mnogo, a pogotovu ne znači da korupcije više nema.

16 Sada je ograničenje samo u tome da se u roku od šest meseci od određivanja pritvora mora podići optužnica, a kada se ona podigne, onda pritvor može trajati praktično neograničeno. Do pre poslednjih izmena ZKP-a, u roku od 4 godine od određivanja pritvora, morala je biti doneta pravnosnažna (osuđujuća) presuda, u suprotnom, optuženi (nepravnosnažno osuđeni) automatski je morao biti pušten na slobodu

mi ne govorimo to u nekakvom negativnom, ili pežorativnom smislu, jer oni koji donose zakone, tj. poslanici u Parlamentu jesu zaista političari, predstavnici političkih partija, a osim toga, uobičajeno je da se upotrebljava i izraz „zakonodavna politika“ ili „politika zakonodavca“. Sve to praktično znači da i tumač zakona mora biti bar pomalo političar, odnosno osećati i oslušivati dah i duh vremena u kojem su nastala neka rešenja. U tom smislu dakle ni istorijski, ni sociološki metod u tumačenju i razumevanju pojedinih pravnih normi, svakako nije naodmet, već naprotiv, ali to uistinu može veoma mnogo iskomplikovati stvari.

Ali, kada jedan istraživač dobije zadatak od političara – zakonodavca da mu saopšti kako je i na koji način nešto rešeno u drugim zemljama, onda on obično nema dovoljno vremena i mogućnosti da se udubljuje u istorijske, politikološke, sociološke analize, iako bi jednom političaru upravo one često bile i najkorisnije. Uporedno pravo se ponekad shvata kao isuviše pragmatična stvar, a istorijsko-politikološko-sociološke studije i analiziranja kao nepotrebno i skupo filozofiranje, iako uopšte nije i ne sme da bude tako. Ali, u svetu savremenog pozitivizma koji je sav zasnovan samo na podatku i „čistoj“ informaciji, zanemaruje se sve što je izvan i preko toga. U tome je jedna od nevolja ne samo uporednog prava, nego i svih drugih društvenih nauka i to ne samo u metodološkom smislu.

Primeru radi, Ataturk je u svoje vreme uz neznatne izmene, ugradio u „svoj“ (turski) pravni sistem dva švajcarska građanska zakona. Radi se o vremenima nakon Prvog svetskog rata, vremenima raspada Otomanskog carstva, vremenima sekularizacije turske države, vremenima kada je Zapad od poražene Turske u najvećoj mogućoj meri, tražio upravo takve modernizacijske socio-političko-ekonomske reforme, pa se turskim zakonodavcima upravo neutralna Švajcarska učinila kao najprihvatljiviji uzor, tako i toliko da to ne bude shvaćeno kao nametanje volje od strane pobednika.<sup>17</sup>

Ako ne poznajete vreme kad je jedan zakon donet, a to podrazumeva mnogo toga,<sup>18</sup> onda vi u stvari ipak ne znate dovoljno o dotičnom zakonu

17 Alan Votson; - op.cit. str. 173

18 Sve ovo podrazumeva više različitih pitanja – na primer - ko je predložio donošenje jednog zakona, ko je sve lobirao za njega, kako je izgledao prvobitni nacrt (predlog), da li su i koji sve amandmani opozicije usvojeni i odbačeni, itd. Primera radi



i njegovim osnovnim intencijama. Naravno, uvek se može reći da jedno rešenje koje se predlaže postoji ne samo u jednoj, već u nekoliko, više država, pa da je samim tim to dovoljna garancija, ali ipak ni to još uvek nije dovoljno jak argument.

## II Pravo i praksa – primena i neprimena prava

Površni istraživač uporednog prava nalazi se i pred još jednom opasnošću. To što jedan pravni propis kaže „to i to“, još uvek ne mora značiti mnogo, a pre svega u tom smislu da li se i kako dotični propis primenjuje u praksi. Praksa primene ili neprimene jednog propisa, katkada je daleko rečitija od onoga što piše na papiru. Kada na primer govorimo o korupciji, kod nas ili u nekoj drugoj zemlji, ponekad je daleko važnije šta i kako rade policija, inspekcije, tužilaštva, sudovi prilikom izricanja sankcija, nego ono što piše u samom zakonskom tekstu. Jer u zakonskom tekstu niti piše, niti može pisati da je korupcija dozvoljena, već su za nju obično propisane vrlo stroge kazne i komplikovani mehanizmi za njeno sprečavanje. Ali faktički, uprkos onome što piše u zakonskim regulama, korupcija može biti tolerisana pre svega time što inspekcije neće otkrivati, tužilaštva neće optuživati učinioce, a sudovi će biti blagi prema učiniocima.<sup>19</sup>

Imajući sve ovo u vidu, trebalo bi na primer reći i to da, kada je reč o novčanoj kazni kao krivičnoj sankciji, ona se kod nas izriče u procentu najviše do 45%, dok se u Austriji izriče u procentu 73%, u Nemačkoj 82,5%,

---

vlast može predložiti jednu stvar, a onda na zahtev opozicije, koja se plaši da se taj zakon ne iskoristi protiv nje, mogu biti usvojene neke izmene, tada može biti usvojena neka suštinski druga stvar, koja ceo zakon obesmišljava i upravo proizvodi nepovoljan efekat po samu opoziciju. (Vlast može „lukavo“ i „velikodušno“ prihvatiti predloge opozicije, po sistemu „Eto vam, sami ste to tražili“, dalekosežno videvši, shvatajući da će upravo taj izmenjeni predlog zakona, biti nepovoljan za samu opoziciju. Površni posmatrač, onaj koji samo prepisuje gotova zakonska rešenja iz neke druge zemlje, ne mora sve to uopšte videti. Primera radi, broj potpisa neophodnih za nečiju kandidaturu za predsednika Republike, svojevremeno je upravo na zahtev opozicije u Srbiji bio smanjen na svega 100, pa je sve to dovelo do tragikomičnog i karikaturnog obesmišljanja mnogo toga u vezi sa izborima.)

19 O tome na primer i u knjizi grupe autora „Borba protiv organizovanog kriminala u Srbiji – od postojećeg zakonodavstva do sveobuhvatnog predloga reforme“, izdanje UNICRI i Instituta za uporedno pravo; Beograd, 2008, str. 97.



a na primer u Japanu čak 97%.<sup>20</sup> Dakle, istraživač koji ne poznaje praksu i ne uzima je dovoljno u obzir, odnosno to kako stvari stoje u praksi, može doći do nekih pogrešnih zaključaka i o tuđem i o svom pravu – pravnom sistemu. Ako samo uzima u obzir to koliko se često novčana kazna izriče kod nas, onda bi mogao da zaključi da je mi izričemo relativno često i da smo preterano blagi. A opet, ukoliko bi, međusobno upoređivao ove podatke, onda bi došao do zaključka da su naši sudovi ipak znatno strožiji od drugih, jer relativno retko izriču novčanu kaznu. Ali, potrebno bi bilo uzeti u obzir i činjenicu da je u Srbiji u jednom periodu postojao vrlo izrazit problem hiper-inflacije, koji je obesmišljavao novčanu kaznu kao takvu.<sup>21</sup>

Sudovi i pravnici koji rade u praksi, odnosno oni koji praktično primenjuju pojedine pravne norme, zakone, često kroz tu svoju primenu – neprimenu, ispravljaju zakonodavčeve greške i prilagođavaju pravni sistem realnom životu u realnom vremenu, koje se uvek može manje ili više razlikovati od onog (nerealnog) prošlog vremena, kada je zakonodavac zamišljao stvari i predviđao kako će se stvari odigravati u budućnosti. Pravne norme postoje uvek na jednom višem nivou opštosti - apstrakcije, a pravnici, koji te norme primenjuju u praksi, treba da taj „viši nivo opštosti“ prilagode konkretnoj životnoj situaciji, tako i na taj način da dotična pravna norma ništa ne izgubi (ili bar što je moguće manje) i od svoje pravnosti i od svoje pravednosti, ali da opet pri svemu tome ostane dovoljno opšta i univerzalno važeća i za sledeće, buduće slučajeve i neka buduća vremena.<sup>22</sup>

Osim toga, ovde treba pomenuti i veoma važan faktor ekonomije u sagledavanju funkcionisanja pravnih sistema drugih zemalja. Na primer mnogi predlozi u vezi sa liberalizacijom tržišta, odnosno društveno-ekonomskih odnosa, mogu nailaziti na gotovo neprobojan zid faktičkih ekonomskih teškoća i ograničenja. I kada je u pitanju otvaranje tržišta

---

20 Petar Novoselac; - Sistem sankcija, alternative kazni zatvora i ljudska prava; u publikaciji; - „Prava čoveka i savremena kretanja u kriminalnoj politici“; - izdanje Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 1989. str.95.

21 O tome na primer i Jovan Ćirić; - “Hiper-inflacija – kriminološki i krivičnopravni problemi” – “Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja” 1/1993.

22 Haim Perelman; - Pravo, moral i filozofija; - (prevod sa francuskog) – Beograd, 1983. str. 77-78

prema spolja i kada su u pitanju razne druge mere bilo kakvog državnog intervencionizma. Često se naime od zagovornika „neoliberalizma“ u ekonomiji (i pravu), ali i od zagovornika nekritičkog prihvatanja i prepisivanja tuđih zakona, može čuti kako je tržište najbolji, najpravedniji i najdelotvorniji regulator svih (ili skoro svih) društvenih odnosa, te kako bi intervenciju države trebalo smanjiti na najmanju moguću meru. Nije netačno da tržište zaista jeste dobar, relativno efikasan i pravedan regulator mnogo čega,<sup>23</sup> ali, po koju cenu?

Mnogi analitičari na primer ističu da bi korupcije bilo manje ukoliko bi bilo manje države i njenog intervencionizma u vidu raznih dozvola, ograničenja, carina i tsl. Oni tvrde da preterani državni intervencionizam, naročito u privredi, sa jedne strane nužno produkuje povećanu korupciju,<sup>24</sup> a sa druge strane, delimično i s tim u vezi, uzrokuje i gušenje slobode.<sup>25</sup>

Ovo naravno nije netačno, ali... Dovedeno do krajnosti, mi bismo mogli reći i sledeće kada je reč baš o korupciji – korupcije na carini na primer ima prosto zato što ima carine uopšte, - kada carine i carinskih ograničenja ne bi uopšte bilo, ne bi bilo ni korupcije, ali da li je to put i pravac u kojem treba ići, potpuna liberalizacija, potpuno otvaranje prema svetu, potpuno ukidanje svih dozvola i ograničenja, i šta bi onda bilo skuplje, - dara ili mera?

Da se zadržimo još malo na korupciji, jer ona u tom smislu može biti dosta slikovita kada govorimo o primeni i neprimeni prava, o izučavanju toga kako neko pravo u praksi funkcioniše. Može li se i da li je poželjno baš striktno i dosledno sprovesti privatizaciju i liberalizaciju i nisu li upravo procesi privatizacije kod nas danas jedan od najvećih generatora korupcije?<sup>26</sup> Šta nam se može dogoditi ukoliko smanjimo prisustvo i

23 Odnosno mnogih društvenih odnosa.

24 Branko Ljutić; - Konflikt interesa i interesi u konfliktu; - dostupno na internet sajtu [www.informator.co.yu/informator/2003/tema\\_903.htm](http://www.informator.co.yu/informator/2003/tema_903.htm). od 2.2.2004.

25 Milton Friedman; - Kapitalizam i sloboda (prevod na srpski), - Beograd, 1993.

26 O tome na primer u tekstu Danila Šukovića; - „Korupcija u privatizaciji privrede Srbije“, u zborniku radova „Borba protiv korupcije u Srbiji – Između Nacionalne strategije i Akcionog plana“, Beograd, 2006. str. 117-128. Neko bi naravno tu mogao staviti primedbu da je po sredi prolazna stvar, da kada se završe procesi privatizacije, da će se sve stabilizovati i da će korupcije nestati, jer će baš novi vlasnici insistirati na pravnoj državi i borbi protiv korupcije. Ali da li je to baš tako? Da li će oni koji su do juče radili

uticaj države, - nije li to anarhija svoje vrste,<sup>27</sup> koja se, makar po nekim svojim negativnim efektima ipak može izjednačavati sa korupcijom. Kada ukinemo državu (a samim tim i pravo) ukinućemo i protivpravna pošanja, prosto zato što smo ukinuli pravo kao takvo, ali će opšta anarhija, anomija, bezakonje, proizvesti iste, ili čak možda i gore posledice, nego sama korupcija, koja je ipak, ma koliko bila učestala, jedno pojedinačno kršenje prava, sporadičnije nego što je to jedno anarhično negiranje prava kao takvog, u principu. Ako bismo na primer sve zdravstvene ustanove privatizovali, šta bi se dogodilo sa onima koji ne mogu da plate lečenje u privatnim zdravstvenim ustanovama. Jedan (veliki) broj ljudi bi tada ipak ostao bez (državne) pomoći i (državne) zdravstvene zaštite, pa bi se to odrazilo na opšte stanje zdravlja čitave nacije, ako ni po čemu drugom, onda makar samo u slučajevima na primer opšte vakcinacije i mera u borbi protiv širenja zaraznih bolesti i raznih epidemija. Sistem zdravstvene zaštite bi tada bio i još neefikasniji i društveno kontra-produktivan, nego što je sada kada u njemu zaista ima i državnog intervencionizma u nešto većem obimu, a istovremeno i nešto više korupcije.

Ili na primer da uzmemo u razmatranja „državna davanja“ – „državni intervencionizam“ u kulturi. Mnogi istraživači bi na primer mogli da dođu do zaključka kako su, bar prema zakonskim odredbama, državna izdvajanja za glavne (važnije) muzeje i pozorišta u jednoj Francuskoj ili Velikoj Britaniji znatno manja (u relativnom smislu naravno) nego kod nas, te da takvu praksu upravo treba slediti i da i takve ustanove, kakve su veliki muzeji i pozorišta, treba u što većoj meri prisiljavati da se prilagođavaju tržištu. Ali, osim što površno zna neke od stvari koje proučava,<sup>28</sup> komparativista ovde obično pravi i jednu ogromnu grešku. A ta se greška na primer sastoji i u sledećem: i Pariz i London u kojima se nalaze ti veliki muzeji i pozorišta o kojima je reč, predstavljaju možda i najatraktivnije turističke destinacije u

---

nezakonito i koruptivno, koji su se u moralnom smislu navikli na korupciju, preko noći promeniti svoj moralni svetonazor i odjedanput postati poštenu, moralni, nekorumpirani.

27 Uostalom anarhizam i liberalizam se kao takvi i ne nalaze na nekakvim sasvim suprotnim stranama.

28 Učešće države u finansijskoj i svakoj drugoj pomoći ustanovama u oblasti kulture, kada je reč o Velikoj Britaniji na primer, uopšte nije malo, već upravo suprotno – izdvajanja za najznačajnije nacionalne ustanove u kulturi, u V. Britaniji, uopšte nisu mala. O tome na primer na internet adresi [www.opsi.gov.uk/cgi-bin/htm\\_hl.pl?DB=opsi&stemmer=en&words=culture...](http://www.opsi.gov.uk/cgi-bin/htm_hl.pl?DB=opsi&stemmer=en&words=culture...)

svetu,<sup>29</sup> ali u svakom slučaju mesta koja bivaju posećena od strane miliona turista godišnje, od kojih, svaki, ili skoro svaki poželi da obiđe „Luvr“, plati „komercijalnu“ ulaznicu ili da poseti neko drugo slično mesto, te se takva mesta, takve institucije zaista gotovo i mogu „samoizdržavati“. I onda dođe neki „znalac“, „ekspert“, „analitičar“, koji samo pročita ono što eventualno piše u zakonskom tekstu, i preporuča „čarobno rešenje“ u vidu smanjenja državnog intervencionizma i „neoliberalizma“. A i to što pročita, pročita ponekad pogrešno i nepotpuno, a u svakom slučaju pročita i vidi samo ono što mu se sviđa, što mu se uklapa u njegov ideološki koncept, a ne i ono što mu se ne uklapa u njegovo „ideološko vjeruju“. Uostalom, čitanje i tumačenje zakona nikada nije, ili bar vrlo teško može biti lišeno izvesne ideologije. Naročito upravo kada se radi o komparativnim istraživanjima, koja se ne sprovode toliko zbog toga da bi se zaista otkrilo kako to „drugi rade“, već više zbog toga da bi se domaći zakonodavac naterao da uradi to onako kako sam istraživač misli da bi trebalo da uradi. Tada je to „kako to drugi rade“ u stvari samo ilustracija za ono što smo (što je istraživač) već unapred smislili i pripremili. Tada se naravno pojedina zakonska rešenja, poput pojedinih reči, istržu iz konteksta, odnosno biraju se samo ona rešenja koja nam daju za pravo i potvrđuju našu početnu, polaznu osnovu. Ako hoćemo da prikazemo kako treba biti liberalan, sa što manje državne intervencije, onda naravno uopšte nećemo prikazivati i govoriti o onim mogućim rešenjima u drugim zemljama koja su bitno drugačija. Ako je za nas V. Britanija simbol slobode (govora) onda naravno nećemo baš pominjati i mnogo insistirati na odredbama o tzv. govoru mržnje, jer bi neko možda mogao dobiti asocijacije i na naše ranije, komunističke odredbe o verbalnom deliktu neprijateljske propagande.<sup>30</sup>

Ali, naravno, uza sve to, ostaje kao prvo i osnovno to da li će ono što funkcioniše u bogatoj zemlji, gde je prosečna plata relativno visoka, moći da funkcioniše i tamo gde je prosečna plata, kao reper i merilo za ekonomiju u jednom društvu, bitno, višestruko manja. A to je zapravo ona druga ideološka, liberalistička floskula „svetske cene“. A „svetske plate“, šta ćemo sa njima, kako i na koji način i njih da ugradimo u priču o „svetskim cenama - merilima“, priču koja nam se, često kao i u klasičnim uporedno-pravnim istraživanjima, pojavljuje tek kao (površno, providno)

29 Među prvih 10 svakako, bar po broju turista.

30 O tome na primer Jovan Ćirić; - Govor mržnje – „Revija za kriminologiju i krivično pravo“ br. 3/2006.

opravdanje i alibi za nešto drugo, tj. za naše ideje, već od ranije uobličene. Kada dakle postavimo pitanje „a svetske plate“, bez obzira koliko to nekome izgledalo banalno, mi u stvari želimo da postavimo pitanje, da li jedan deo sistema, istrgnut iz celine ( a to su u ovom slučaju „svetske cene“) može da funkcioniše sam za sebe i izolovano.<sup>31</sup>

Kada govorimo o ekonomskim i sveopštim socio-političkim prilikama bitnim za primenu i neprimenu prava i njegovo funkcionisanje, moramo ovde ponovo pomenuti novčanu kaznu, odnosno sistem „dani-novčana kazna“, nastao još odavno u Švedskoj, a odnedavno uveden i u naš krivičnopравни sistem. Samom sistemu „dani-novčana kazna“, teorijski se ne može gotovo ništa „prebaciti“, osim to što on može funkcionisati samo tamo gde je sistem poreske, tj kompjuterske evidencije vrlo razvijen i gde je „prevariti“ državu gotovo nemoguće, jer ona, tj. država u svakom trenutku „zna“ imovno stanje svojih građana.<sup>32</sup> U Srbiji je za razliku od Švedske, situacija po svim tim pitanjima uglavnom bitno drugačija, pa se verovatno i zbog toga, naši sudovi, kako pokazuju neka prva iskustva, retko i uglavnom nerado odlučuju za izricanje sankcije „dani-novčana kazna“. Ali, to je posledica, jednim delom i svojevrsnog tradicionalizma i konzervativizma domaćih pravnika (sudija)<sup>33</sup> uglavnom nespremnih na prihvatanje novih rešenja. Kod uporednopравниh istraživanja, treba uzeti u obzir, bar u jednoj meri i konzervativizam i nepoverljivost pravnika prema tim novim rešenjima, jer su pravници uglavnom spremniji da idu lakšim, poznatijim i jednostavnijim putem, „putem kojim se češće ide“. No i o tome se mora voditi računa, o toj tradicionalnoj nespremnosti pravnika da prihvataju „novotarije“, bez obzira kako i koliko one bile dobre i kako i koliko one davale pozitivne rezultate. Dobar zakonodavac,

---

31 O svetskim cenama i svetskim platama, samo uzgred da kažemo i to da ako su plate male, a cene visoke, onda te cene nema ko da plaća, tako da ta roba ostaje neprodana, a tržište se nalazi u problemu. Osim toga na cenu nekih roba proizvedenih u domaćoj proizvodnji, utiču i plate. Cene bez plata u svakom slučaju ne mogu, kao i obrnuto, te se pokazuje da je floskula „svetske cene“ samo jedno prazno opravdanje za poskupljenje, kao što je i ono „tako je u svetu“ vrlo često opravdanje za neki naš voluntarizam.

32 O tome Jovan Ćirić; - Novčana kazna – neki aktuelni problemi u praksi naših sudova” – u zborniku radova sa savetovanja Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja, - Budva 1998.

33 A pravници su po prirodi stvari uglavnom konzervativni, jer je i samo pravo takvo – ono štiti ono što u datom trenutku postoji, dakle ono staro, tradicionalno, konzervativno.

pa i uporednopravni istraživač koji se nalazi u službi zakonodavca, mora uvek anticipirati buduće događaje na socijalno-ekonomsko-političkom, pa i psihološkom planu i mora uvek razmišljati o tome kako će reagovati uža pravnička zajednica i šire socijalno okruženje i koliko će neko rešenje biti prihvaćeno i primenjivano u praksi.<sup>34</sup>

Jedno od relativno aktuelnih pitanja može se ticati i tzv. kvantifikacije naučnog rada, gde se rad naučnika vrednuje po broju objavljenih radova i po tome kako i koliko su oni citirani od strane drugih naučnika. Šta takav jedan, u osnovi komplikovan sistem, može kod nas proizvesti. To da će se sada ispod jednog naučnog rada, koji napiše jedan naučnik, potpisivati nekoliko naučnih radnika i obrnuto. Ili to da će od sada jedan te isti rad, pod malo izmenjenim naslovom i samo delimično promenjenom sadržinom, naučni radnici po više puta objavljivati u različitim časopisima. Ili pak to da će sada po kolegijalno-prijateljskom osnovu, naučnici jedan drugog citirati i tako će zadovoljavati formu, ali ne i suštinu, tj. postavljene kriterijume. A da li će se kvalitet naučnog rada time povećati, to je već drugo pitanje. Osnovni argument onih koji zagovaraju uvođenje ovakvog sistema, jeste: „to je tako regulisano u 'velikom', razvijenom svetu“. No, pre nego što se prihvati taj argument, onaj koji se interesuje „kako je to u svetu“, trebalo bi da se zainteresuje i za to kakve je rezultate, efekte, sve to proizvelo u tom 'velikom' svetu. Da li se u tom svetu takođe događa to da ljudi pronalaze „rupe u zakonu“, kao što bi se to kod nas moglo očekivati? S tim u vezi, naravno, kod komparativnih istraživanja, veoma je bitno proučiti i mentalitet ljudi iz tog „velikog sveta“. Da li su oni skloni, po svojoj tradiciji i mentalitetu, „izigravanju zakona“? Ako tamo nisu, ovde možda jesu i to bi svakako trebalo uzimati u obzir prilikom uporednopravnih istraživanja, a naročito prilikom predlaganja da se neka pravna rešenja iz inostranstva transplantiraju kod nas.

Moguće je da naučni radnici u Italiji ili Francuskoj (a naročito u V.Britaniji) neće posegnuti za višestrukim objavljivanjem (pod različitim naslovima) istih naučnih tekstova, niti pak za višestrukim potpisivanjem pod istim tekstovima, niti pak za time da putem međusobnog citiranja „varaju“ kvantifikatore njihovog naučnog rada, ali kada je Srbija u pitanju,

34 O svemu tome i Agneš Kartag – Odri; - O stvaranju prava i pravnoj svesti; - "Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu", br. 1-3/89

u vezi sa tim, treba biti krajnje obazriv.<sup>35</sup>

Sve u svemu, praksa je ipak najbolji „sudija“ svakom zakonu, najbolji kriterijum uspešnosti i funkcionisanja jednog pravnog sistema i pojedinih pravnih rešenja. Zbog toga bi trebalo prilikom uporednopravnih istraživanja, osim prevođenja samih zakonskih tekstova, učiniti još jedan dodatni napor, pa istražiti i to kako ta i takva rešenja funkcionišu u praksi, kakve rezultate daju i da li i koliko ljudi – građani u dotičnim zemljama uspevaju da pronađu „rupe u zakonu“ i izigraju dotični propis. Bez sagledavanja te prakse i te životne realnosti, uporednopravna istraživanja ne daju prave rezultate, a zakoni koji se donose po uzoru na tuđe, ostaju tek samo „mrtvo slovo na papiru“.

### **III Globalizacija, demokratija i kulturni imperijalizam**

Kod uporedno-pravnih istraživanja može se pojaviti još jedan, možda prevashodno politikološki problem, a on se sastoji u mogućim nametanjima svojih sopstvenih rešenja drugim, pre svega ekonomski i vojno slabijim zemljama. U pitanju je nešto što bi se moglo nazvati kulturni imperijalizam, pri čemu se svoja sopstvena rešenja u oblasti prava i ekonomije nameću drugima, najčešće nedemokratskim sredstvima, što će reći militarističkim putem, ali, katkada i nešto sofisticiranijim sredstvima, „nevidljivim“, ili „neosetnim“, rekli bismo „samoprihvatanjem“ tuđih moralnih i pravnih standarda. Ono što je nekada radio Rim, danas radi Amerika i jezikom (latinskim – engleskim) i pravom.<sup>36</sup>

Da li je međutim globalizacija kao takva, uopšte jedna dobra i poželjna stvar i ne stoji li globalizacija u izvesnom sukobu sa demokratijom, jer na jednoj strani imamo logičan zahtev za pojednostavljenjem, ubrzanjem

---

35 Posebno pitanje predstavlja tzv. bolonjska konvencija u obrazovanju, gde se svesno i nesvesno prećutkuje činjenica da neki od najvažnijih i naujglednijih univerziteta, uopšte nisu prihvatili tu reformu. Ni Oksford, ni Kembridž, ni Sorbona, ni Hajdelberg.

36 Ako ništa drugo, o američkom pravu se zna i zahvaljujući filmovima, tako da se ponekad stiče utisak da prosečan čovek – laik više zna o američkom, nego o sopstvenom pravu, pravu sopstvene zemlje. U tom smislu ako i kada ponešto nije u skladu sa njegovim filmskim predstavama o pravu, on to doživljava negativno i onda najčešće zahteva da se ta, po njegovom mišljenju „nelogičnost“, ispravi, te da se domaće pravo uskladi sa onim što on vidi u filmovima



i unificiranjem, a na drugoj strani zahtev za slobodom (demokratijom) koji po prirodi stvari mora biti i zahtev za različitošću, neuniformnošću,<sup>37</sup> osobenošću, individualizmom. Ovde bi se takođe moglo govoriti i o tome da je globalizacija kao i centralizacija, a da je na neki način sinonim za demokratiju, upravo decentralizacija, odnosno neka vrsta, uslovno rečeno, „deglobalizacije“. Odnosno, što je viši nivo odlučivanja o jednom pitanju, problemu, to je i mogućnost zanemarivanja ličnih, pojedinačnih interesa, veća. Ako se neke odluke na primer donose neposredno u opštini, maloj, lokalnoj zajednici, to je i veća i logičnija pretpostavka da će se interesi pojedinaca iz te lokalne zajednice više i bolje čuti, nego što bi se čuli i uvažavali ti isti interesi na nivou čitave države, ili pak sveta u celini.<sup>38</sup> No to je jedno pitanje u vezi opšteg odnosa globalizacije i demokratije, a drugo je pitanje da li uopšte postoje neki opšti, univerzalni, unificirani (pravni) principi, standardi, koji bi podjednako važili i u državi „A“ i u državi „B“ i u državi „C“. I u Srbiji, i u Boliviji, i u Holandiji, i u Vijetnamu.

Dakle, najpre se može postaviti pitanje da li postoje univerzalni principi i vrednosti, zajednički za sve, ili bar za najveći broj različitih kultura, civilizacija. Oni koji govore o univerzalnim vrednostima i principima, praktično govore o „kraju istorije“,<sup>39</sup> o tome da svi bez obzira da li dolaze iz ove ili one kulture (civilizacije) moraju prihvatiti minimum u vidu na primer individualizma i liberalizma. Ali, makar samo uspeh i efikasnost istočno-azijskih privreda i ekonomija, gde je većina toga zasnovana na kolektivnom duhu, marljivosti, odanosti i disciplini, (dakle svemu što je suprotno individualizmu i liberalizmu) mogli bi govoriti ipak nešto drugačije.<sup>40</sup> Zašto, ako se želi ekonomski uspeh po svaku cenu,<sup>41</sup> upravo taj i takav model socio-ekonomsko-pravnih odnosa ne bi bio prihvaćen? Zbog čega, na primer za nas ne bi bilo prihvatljivo i ostvarivo „prekopirati“

37 Iako može zvučati kao tek jedna igra reči, „uniforma“ kao takva podrazumeva „ne-slobodu“. Otuda i reč „uniformnost“ kao reč koja potiče od „uniforme“ takođe podrazumeva to isto.

38 O tome na primer i Jovan Ćirić; - „Anti-humanizam ideologije ljudskih prava“; - „Sociološki pregled“ 1-2/2000

39 O tome govori i Frensis Fukujama u svom istoimenom delu.

40 Semjuel Hantington; - Sukob civilizacija; (prevod sa engleskog), Podgorica, 1998. str. 61-63 i 78, 119.

41 Posebno je pitanje taj „uspeh po svaku cenu“, odnosno da li je „uspeh po svaku cenu“, vrhovno i jedino merilo i da li je „uspeh po svaku cenu“ nešto što baš „po svaku cenu“ treba „juriti“.

japanski model discipline, kolektivnog duha, komunitarizma, itd? Zato što mi nismo na dalekom istoku, već u Evropi, rekli bi mnogi. Ali, to što smo u Evropi, a ne negde drugde, još uvek nije ni nužan ni dovoljan razlog da ne primenimo-prihvatimo ono što je (dobro i daje rezultate) u Japanu, ili da primenimo-prihvatimo ono što je u Francuskoj na primer. (a što možda nije dobro i ne daje rezultate) Dakle to koji ćemo od dva, ili više modela prihvatiti, to koja ćemo pojedinačna rešenja prihvatiti, vrlo često zavisi od našeg apriornog ideološkog i političkog stava, a tu onda obično nema diskusije i tu se onda stručnjaci iz oblasti uporednog prava pojavljuju tek iza političara, tek kao neko ko *a posteriori* treba da opravda i „ozakoni“ izbor koji su pre toga političari već napravili. Drugim rečima, često se događa da političari donesu ključnu, bazičnu odluku, pa da onda pozovu pravnike (iz oblasti uporednog prava) da pozivanjem na odgovarajuća strana rešenja, opravdaju i obrazlože već donete odluke. Mogli bismo mi zaključiti da pravnici možda zaista i jesu tehničari, koji treba da sprovedu u delo zamisli političara, ali, ako je delo već unapred, do u tančine „projektovano“, onda je uloga pravnika uopšte, a posebno onih koji se bave uporednim pravom gotovo izlišna.

S druge strane, postavlja se i pitanje može li se život ujednačiti, unificirati, pa sledstveno tome i pravni sistem harmonizovati. Raznolikost, koja je sama po sebi suprotnost globalizaciji, insistira na onoj vrsti posebnosti, koja *de facto* poštuje čoveka i njegova ljudska prava. Ako bi sve bilo jednoobrazno, na čemu insistiraju savremeni procesi globalizacije, onda bi se u toj i takvoj globalizaciji i jednoobraznosti izgubila ljudska individualnost, a neki novi vidovi totalitarne svesti i ideologije došli bi do punog izražaja. Svi bi imali samo jedan izbor, u stvari ne bi ga ni imali – hranili bi se istim jelima, nosili bi ista odela, slušali istu muziku, pohađali iste škole. Sasvim je pri tome svejedno da li bi se to zvao Mao Ce Tungov, Staljinov, ili McDonaldsov, odnosno Koka-Kolin totalitarizam. Norme ponašanja bile bi istovetne i u psihološkom i u etičkom i u pravnom smislu, a to je naravno opasnost, ne samo za ljudska prava, slobodu i demokratiju uopšte, već i za normalno funkcionisanje društva u celini, pošto svaki oblik totalitarizma, pre ili kasnije vodi u sopstvenu entropiju.

Na primer, kriterijumi ljudske normalnosti, bili bi univerzalno i jednoobrazno postavljeni, tako da bi onaj koji ima vrhovnu moć da određuje

šta je normalno, a šta nije, imao i moć da određuje koja ponašanja treba kažnjavati, a koja relativno tolerisati. Da navedemo ovde kao primer jedan slučaj iz SAD, iz sredine osamdesetih, kada je jedan Kinez ubio svoju ženu iz razloga ljubomore. Postavilo se tada bilo pitanje da li, po merilima kineske normalnosti i moralnosti, takav slučaj treba tretirati kao „obično“ ubistvo i da li Kinez treba da bude osuđen onako kako bi Amerikanac bio osuđen – za obično ubistvo, umesto da, kao što se to u konkretnom slučaju dogodilo, bude osuđen za lakše krivično delo (ubistvo na mah – tzv. *manslaughter*)<sup>42</sup> Sledstveno tome, mi bismo onda komotno mogli razmišljati i o tome da ukinemo bilo kakvu slobodu suda, slobodno sudijsko uverenje već da uvedemo sistem u kojem će unapred sve biti fiksirano i određeno, onako na primer kako je to bilo i u francuskom krivičnom zakoniku iz vremena buržoaske revolucije. A to bi, pre ili kasnije, predstavljalo svojevrsnu kontradikciju, suprotnost i osnovnoj suštini i svrsi prava, ali i pravde naravno.<sup>43</sup>

Globalizacija kao takva pojednostavljuje stvari, naročito u sferi ekonomije i ekonomskih odnosa, pa samim tim i kada je reč o pravu i pravnim odnosima, ali ono što je brzo, jednostavno i efikasno, veoma često nije ni poželjno, ni demokratski. Zarad brzine i efikasnosti u ekonomskom smislu ne treba naravno ići niti na jednoobraznost, koja pre ili kasnije, kao što rekosmo vodi u neki vid totalitarizma. A ne treba ići ni na neko manje jednoobrazno kopiranje i „čisti“ ekonomizam, koji se inače često nameće od strane anglo-saksonskog pragmatičnog pojednostavljivanja. Primera radi, institut „svedoka saradnika“ koji se u Italiji i SAD pravda racionalnošću i procesnom ekonomijom, ali i ekonomijom uopšte, može biti više nego sporan, kada se stvari sagledavaju sa etičke tačke gledišta, te mu se sa te strane i u dotičnim zemljama, a naročito kod nas, upućuju značajne i ozbiljne primedbe i od strane stručnjaka, a naročito laika.<sup>44</sup>

42 Konkretna slučaj razrešen je tako što je na sud pozvan odgovarajući stručnjak – veštak – antropolog, koji je posvedočio o tome da su ljubomora i ubistva iz ljubomore u Kini predstavljaju nešto „relativno normalna“, te da na te stvari treba gledati ipak nešto drugačijim očima nego što se na to gleda u zapadnom svetu. O tome i Joshua Dressler; - *Understanding Criminal Law*; - New York; Mathew Irwin Bender, 1995. pp.44

43 O svemu tome Jovan Ćirić; - *Društveni uticaji na kaznenu politiku sudova* – Beograd, 2001.

44 O tome na primer i Vanja Bajović; - *Položaj i zaštita svedoka saradnika*; - „Pravni život“ 9/2006 str. 1178

Zagovornici instituta „svedok-saradnik“ često se pozivaju na to da takav institut postoji u Italiji na primer, ali ne kažu ništa više od toga. A mogli bi da kažu i to da se i u samoj Italiji, od strane mnogih i stručnjaka i laika čuje ista, ili slična argumentacija (protiv), kakva se može čuti na primer i kod nas. Da pokajnici izmišljaju stvari da bi sebi pribavili oslobođenje od kazne; da izmišljaju da bi optužili ljude koji im se ne sviđaju, što može imati političke implikacije; da se njihovo angažovanje svodi na nagradu, umesto na kaznu; da im se uopšte ne može verovati, pošto dolaze iz sveta organizovanog kriminala, itd.<sup>45</sup> Tako dakle, ako se ne pomenu i ti suprotni argumenti upravo od strane same italijanske javnosti, ostaje samo ono „tako je u Italiji – tako bi trebalo da bude i kod nas“.

U mentalitetu i psihologiji nekih (čitavih) naroda,<sup>46</sup> neke stvari ne moraju biti nemoralne, ali, da li to treba da znači da se to mora prihvatiti kao nešto što je univerzalno i „Bogom dano“ i što treba primenjivati i u nekim drugim slučajevima i na neke druge situacije i u nekim drugim zemljama. U krajnjoj liniji, upravo istorijski pristup pravnim problemima treba imati u vidu. To što u jednoj sredini nešto uspešno funkcioniše duži niz godina, još uvek nije ni nužno ni dovoljno da to isto, ili slično treba da bude primenjeno i tamo gde nikakvih iskustava u primeni nekog novog pravnog instituta uopšte nema. Na primer „sporazum o priznanju krivice“, veoma uspešno funkcioniše u SAD i kažu da bi se čitav pravosudni sistem bez toga našao u svojevrsnom kolapsu.<sup>47</sup> Ali, da li će to naša javnost prihvatiti i još jedno pitanje s tim u vezi, da li se može dogoditi da „sporazum o priznanju krivice“ u našim uslovima dobije elemente i izvesnih političkih zloupotreba, kojih i ovako i onako ima već

---

45 O tome na primer na sajtu <http://en.wikipedia.org/wiki/Pentito>

46 Ovo naročito kada su u pitanju Amerikanci, koji su skloni da na sve gledaju samo ekonomskim, materijalističkim, merkantilističkim očima, a opet s druge strane jesu spremni da svojoj ekonomiji, izvozu svog kapitala, omogućavaju što jednostavnije pravne forme, putem izvoza svog prava. Reč je o onim pravnim formama koje su vrlo često krajnje dubiozne sa stanovišta morala, iako zbilja jesu efikasne sa stanovišta ekonomije.

47 O ovom institutu „sporazum o priznanju krivice“, kod nas se uglavnom zna iz filmova, ali ima i radova na tu temu, pa tako tu treba pomenuti i knjigu Danila Nikolića; - „Sporazum o priznanju krivice“; - Niš 2006. Na koricama te knjige, kao neka vrsta mota, stoji i to da „u SAD se više od 90% krivičnih postupaka okonča nekim vidom sporazuma tužioca sa okrivljenim, a manje od 10% krivičnih slučajeva reši se u redovnom postupku“.

mного kod nas, odnosno i ovako i onako je poverenje u pravosuđe, kod nas zbilja ozbiljno dovedeno u pitanje.

#### **IV I na kraju, kao i na početku – uporedno pravo kao opravdanje**

Da ponovimo na ono o čemu smo već govorili – uporednopravna istraživanja često mogu služiti kao svojevrsno opravdanje (političko) za donošenje ovakvog ili onakvog zakona. Jedan životni (društveni, ekonomski) – pravni problem može se obično rešiti na više načina i zakonodavac se tu uvek može naći pred dilemom koju od mogućih varijanti da prihvati i da implementira u svoje domaće zakonodavstvo. Pravi put bi bio taj da se zakonodavcu ponude sve te varijante pa da on odabere odgovarajuću, ali to je obično i duži i komplikovaniji put. Takav put – način regulisanja jednog problema podrazumeva da se kaže na primer sledeće: jedan problem „A“ u zemljama „B“ (na primer Francuska, Italija i Nemačka) je regulisan na jedan način, a isti taj problem (pravni institut) je u zemljama „C“ (na primer Švedska, Grčka i Španija) regulisan na neki drugi način, koji je na primer drugačiji, ili čak potpuno suprotan. Istraživač, ili zakonodavac bi tada trebalo da kažu i to kakve je pozitivne, a kakve negativne rezultate – efekte dao način regulisanja u zemljama „B“, a kako je to isto bilo u zemljama „C“. Takav način uporednopravnog istraživanja bi na primer morao da obuhvata i ekonomsku i socio-psihološku i istorijsku analizu, pa bi se na primer moglo reći da zbog odgovarajuće tradicije i mentalnih karakteristika, kod Italijana ovakav način regulisanja jednog problema ne daje dobre rezultate, ali da zato daje dobre rezultate u Nemačkoj, ili kada je reč o Švedskoj i Španiji, situacija je drugačija.

Osim što su ovakva istraživanja dugotrajna i komplikovana, političari, tj. oni koji donose pravne propise, često ne vide pravu svrsishodnost takvih istraživanja. Tada se obično sva uporednopravna istraživanja koriste tek samo kao opravdanje i alibi za doneta rešenja, pa se ne analizira druga varijanta – alternativa, već se kaže samo da je problem „A“ rešen na „takav i takav“ način u zemljama kao što su Francuska, Nemačka, ili Italija, a ne pominje se da postoji i druga mogućnost. Dakle, ako treba doneti neko (pravno) rešenje, u ovom ili onom pravcu, onda se

često kaže sledeće: „to je tako u Nemačkoj, Francuskoj i Italiji“, a prećuti se da u „Švedskoj, Španiji ili Grčkoj nije tako“.

Dodatni problem mogu predstavljati tzv. tranzicione zemlje, ili zemlje u okruženju, bivše republike SFRJ. Obično se smatra da one jesu „idealne“ za (naša) uporednopravna istraživanja, jer imaju isto ili sasvim slično istorijsko, političko, kulturološko nasleđe, kao Srbija, a sa druge strane, one jesu već uznapredovale u procesima tranzicije i prilagođavanja svog pravnog sistema evropskom (i svetskom) pravnom sistemu. Na prvi pogled bi se zaista moglo reći da su na primer Slovenija, ali i Hrvatska isto tako, pa i Makedonija i sl. odličan „reper“ za uporednopravna istraživanja, za sagledavanja našeg (srpskog) domaćeg prava. Ali, tu ipak postoje i neki problemi, koji uopšte ne moraju biti tako beznačajni. Potrebno bi bilo osim samo formalnog izučavanja, ovde takođe pristupiti i sagledavanju pozitivnih, a naročito negativnih efekata koje odgovarajuća pravna rešenja daju u praksi. U takvim istraživanjima, osim što se prenebregavaju negativni efekti pojedinih zakonskih rešenja, pa se ona uopšte ne uzimaju u obzir, često se izriče i konstatacija „to tako mora, i druge tranzicione zemlje su prošle isti put“, itd. Obično se kaže „na početku mora biti problema, mora se pojaviti (na primer) rast nezaposlenosti, pad životnog standarda, realno smanjivanje penzija (u reformi penzionog sistema), ili drugih socijalnih davanja, ali kasnije, kada prođu prve muke i problemi, doći će do poboljšanja u svim oblastima“. Ovo je naravno tipična politička parola, obećanje, koje može biti istinito, ali može biti i kao i svako drugo predizborno obećanje. Iako dakle političari (zakonodavci) opravdavajući neka svoja rešenja, potkrepljujući to uporednopravnim istraživanjima, mogu biti sasvim u pravu kada kažu to čuveno „u početku će biti problema, ali kasnije će se sve razrešiti na najbolji mogući način“, građani, glasači, u zavisnosti od svojih ideoloških i psiholoških opredeljenja, često ipak nisu spremni da veruju, a još manje spremni na „samožrtvovanje“. S druge strane, postavlja se i pitanje „a zašto moramo i mi da pređemo isti put i prođemo kroz iste probleme, kao i te druge zemlje? Zar ne bismo mogli da sagledavajući probleme i negativne efekte novih zakonskih rešenja u drugim zemljama, iskoristimo tuđa iskustva?“ I to bi verovatno bio pravi put za sprovođenje uporednopravnih istraživanja, ali naručioc i sprovodioci takvih uporednopravnih istraživanja, često se mogu plašiti da, kada se sagledaju sva negativna iskustva drugih zemalja, da tada neće

više postojati ni poverenje u nova zakonska rešenja, niti pak spremnost da se njima pristupi. U zemlji, kao što je Srbija, koja je prošla kroz čitav niz socijalnih tenzija i problema, od ratova i izbeglištva do sankcija i blokada UN, kao i lutanja i socijalnih eksperimenata svake vrste,<sup>48</sup> spremnost da se još malo sačekaju neka „bolja vremena“, odnosno spremnost da se uđe u rizike prihvatanja tuđih, a često kontroverznih i kontradiktornih ekonomsko-pravnih reformi, jeste zaista vrlo mala. Zbog toga, naručioc, sprovodioci uporednopravnih istraživanja i ne insistiraju na realnom sagledavanju svih društvenih aspekata i problema, već samo na činjenici da je u „tim i tim zemljama“ nešto regulisano na „takav i takav način“. Uz sve to ide i dodatak „ako želimo da uđemo u Evropu, ili da dostignemo svet, to se mora rešiti upravo na taj način“. Tako se, bez mnogo diskusije i udublivanja u probleme, završavaju uporednopravna istraživanja, koja i nisu ništa drugo nego samo jedno opravdanje da se nešto uradi na „takav i takav način“.

Poseban problem kod uporednopravnih istraživanja tranzicionih zemalja iz okruženja, može biti i u tome što su zakonska rešenja u tim zemljama u svoje vreme, kada su dotične zemlje započinjale sa reformama, sprovodili isti ili slični ljudi, odnosno ljudi sa istim, ili sličnim ideološkim svetonazorima. U pitanju su eksperti iz inostranstva,<sup>49</sup> koji su naravno po svojoj meri i svojim kriterijumima i interesima, uređivali pravo u drugim zemljama. Često se tu može raditi i o tome da su dotični eksperti koji rade na edukaciji i harmonizaciji,<sup>50</sup> u stvari izaslanici, ili bar „prenosioci“ direktnih ekonomskih interesa velikih zapadnih korporacija i njihovih

48 O kompleksnom delovanju unutrašnjih društvenih sukoba i protivurečnosti u Srbiji devedesetih, videti i u tekstu Milovana Mitrovića; - „Društveni sukobi i kriminalitet u Srbiji“; u zborniku radova „Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja I deo“, priredio Đorđe Ignjatović; - Beograd 2007, str. 104-120

49 U međuvremenu su dotični eksperti „iškolovali“ i svoje domaće eksperte, koji onda zatim kreću dalje u druge zemlje, da dalje „šire“ svoje ekspertsko znanje, odnosno svoju „prosvetiteljsku“ (manje ili više ideološku) misiju. Tako je na primer najpre ekspert Nemač, ili Austrijanac, svojom ideologijom, svojim konkretnim rešenjima i predlozima, najpre „prosvetlio“ Slovence, a onda je ekspert Slovenac otišao dalje, u Srbiju, da nastavi misiju, tako da u Srbiju, stvari, tj. ideje i predlozi dolaze „iz druge ruke“, ne direktno iz Nemačke ili Austrije, nego iz Slovenije.

50 Postoje pojedine reči, izrazi i parole koje u odgovarajućim vremenima mogu biti veoma popularne, pa tako kao što je nekada bilo popularno ono Lenjinovo „elektrifikacija, plus industrijalizacija...“ danas može biti zamenjeno sličnim „edukacija, plus harmonizacija...“



sistema, koji naravno u bivšim komunističkim, a današnjim tranzicionim zemljama, ne vide ništa mnogo više od tržišta za prodaju svoje robe i tržišta jeftine radne snage.<sup>51</sup> Takav vid svojevrsnog savremenog neokolonijalizma, obesmišljava dublja i sveobuhvatnija uporednopravna istraživanja i uporedno pravo svodi na puko opravdavanje sopstvene ideologije i svojih ličnih ekonomskih interesa, uvijenih u oblandu floskule „tako je svuda“, ili „tako je u Evropi“.

No, ovde treba pomenuti još jedan problem koji se kod uporednopravnih istraživanja može pojaviti, a koji smo pominjali na samom početku ovog našeg rada, a koji može ići u suprotnom pravcu, a koji je u osnovi sličan i proističe iz iste psihološke matrice razmišljanja. Naime, može se desiti da, kao što se nekritički prihvataju tuđa rešenja, da se isto tako, apriorno odbacuju tuđa rešenja, koja bi možda i mogla dati neke pozitivne rezultate. U pitanju je u stvari isti ili sličan vid inferiornosti prema stranim rešenjima. Jedni (inferiorci) će tako tvrditi da sve što dolazi iz inostranstva, pogotovu sa Zapada, iz Evrope, treba prihvatiti po svaku cenu i implementirati ga u naš pravni sistem, jer se radi o kulturnijoj sredini od koje treba učiti, a drugi (inferiorci) će isto tako tvrditi da je ta strana sredina kulturnija (i ekonomski razvijenija) te da zbog toga nema ni šanse da u našoj sredini takvo jedno novo rešenje, preuzeto iz inostranstva uspe i postigne odgovarajuće pozitivne rezultate. Makar samo zato što su ovde ljudi, tvrde ovi drugi (inferiorci), po svojoj prirodi i tradiciji skloniji tome da ne poštuju i izigravaju zakone. U svojoj krajnosti i jedni i drugi greše, jer se ponekad pokazuje da neka nova rešenja i novi pravni instituti, ipak daju zadovoljavajuće, ili bar ne daju negativne rezultate. Možda je na primer medijacija u građanskim sporovima, u parnicama, jedan takav primer.<sup>52</sup>

Sve to pokazuje da uporednopravna istraživanja, naročito ako su u funkciji zakonodavnih reformi, jesu vrlo komplikovana i mogu davati vrlo protivurečne rezultate, zbog čega se ovim istraživanjima mora pristupati krajnje oprezno, bez ideologizovane euforije s jedne i preterane skepse s druge strane.

51 O istočnoj Evropi kao tržištu za prodaju svojih proizvoda i tržištu jeftine radne snage, govori na primer i Noam Čomski; - „Šta to u stvari hoće Amerika“; - (prevod sa engleskog), Beograd, 1992.

52 Za sada bar, prema našim saznanjima, medijacija daje zadovoljavajuće rezultate kod nas.

U stvari, ono što smo mi ovde želeli da kažemo, da saopštimo u ovim redovima, nije ni na koji način upereno protiv uporednopravnih istraživanja kao takvih. Naprotiv, ona jesu i mogu biti i te kako i korisna i poželjna, naročito ukoliko obuhvataju i sva pozitivna i negativna iskustva drugih zemalja, ali, ako i kada se stvari pojednostave, onda i uporednopravna istraživanja gube svoju osnovnu svrhu i svode se na to da postanu samo jedno opravdanje za nešto što je unapred već planirano i zamišljeno. Ovde se suštinski radi o „zloupotrebi uporednog prava“ u svrhu promovisanja sopstvenih, ili tuđih ideja i ideologija. Istraživač u oblasti uporednog prava, toga se naravno mora čuvati, ali opasnosti te vrste, kao i neke druge o kojima smo ovde govorili, vrebaju uvek, čak i onda kada je istraživač inače svestan svih tih mogućih opasnosti. Od pogrešnog razumevanja tuđeg prava, do pojednostavljivanja i prenebregavanja nekih očiglednih činjenica, ili pak službe za i u korist određenih političkih i interesnih struktura moći.

Jovan Ćirić, PhD

Institute of Comparative Law, Belgrade

## **TROUBLES WITH THE COMPARATIVE LAW**

*In this article the author speaks about some theoretic but also practical problems which can arise in relation to the comparative law research. Here, in Serbia, a very frequent and usual phrase which can be heard lately is: “It is like that everywhere, it is like that in other countries.” Such a phrase seems like a final and strongest argument, that revokes any further analysis and any further attempt to evaluate on an objective way the foreign experiences and legal solutions. The comparative legal researches then become a non-critical copy of foreign legal solutions, so that the comparative law then finds itself in the function of the current legal-making policy and ideology and much less for the need to research a problem in every sense and to expose to the legislator all the possible*

*alternatives. In that sense, the author talks about a whole series of problems which can arise there, starting from the problems with the interpretation and understanding of law, especially of its totality, up to the studying of the practice of application of law, i.e. up to some general problems which are related to the globalization and unification of the law, and in relation to that to the cultural imperialism, neglecting of freedom, democracy and human rights.*

*Key words: interpretation of law; understanding of law; practice of application of law; globalization and democracy; political misuse of comparative law researches.*