

УДК
341.24(497.11:497.115)“2013“:342.4(497.11)
Оригинални
научни рад

Српска политичка мисао
број 4/2014.
год. 21. vol. 46.
стр. 141-157.

Дарко Симовић

Криминалистичко полицијска академија, Београд

Тијана Шурлан

Криминалистичко полицијска академија, Београд

(НЕ)ПРАВНА ПРИРОДА БРИСЕЛСКОГ СПОРАЗУМА*

Сажетак

Рад је посвећен анализи правне природе Бриселског споразума. Усмерен је ка опредељењу правне природе овог акта, те последица које може произвести у правном поретку Србије. Анализи се приступило на два колосека – међународноправном и уставноправном. У јавности није постигнуто јединство у погледу његове правне природе у категоријама међународно јавноправних института. Стога је у овом раду, у његовом првом делу, разматрано да ли је Бриселски споразум међународни уговор или правни акт настао као продукт посредовања. Закључак до кога се дошло је да Бриселски споразум не испуњава елементе за статус међународног уговора, али да свакако јесте правни, а не политички акт.

Будући да је постављено питање уставности овог правног акта, настала је дилема на који начин би Уставни суд Србије требало да поступи. Имајући у виду да Уставни суд Србије још увек нема јасно изграђену доктринарну основу при одлучивању, дат је кратак теоријски и компаративни осврт на два дијаметрално супротна приступа при тумачењу устава: доктрина оригинализма и доктрина устава као „развијајућег стабла“. Анализа компаративне јуриспруденције наводи на закључак да постоји све већи тренд приближавања ове две доктрине у пракси, али да (уставно)судска

* Овај рад је резултат реализовања научноистраживачког пројекта које финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије (бр. 179045).

контрола уставности никада не подразумева доношење одлука које директно противрече јасној и изричитој уставној норми. Дакле, због очигледне неуставности Бриселског споразума, без обзира на којој доктринарној основи ће засновати своју одлуку, Уставни суд нема други избор него да донесе одлуку о његовој неуставности.

Кључне речи: Бриселски споразум, међународни уговор, акт посредовања, Устав Србије, Уставни суд, Косово.

1. БРИСЕЛСКИ СПОРАЗУМ У СВЕТЛУ КАРАКТЕРИСТИКА МЕЂУНАРОДНОГ УГОВОРА

Бриселски споразум, тј. „Први споразум о принципима који регулишу нормализацију односа“ (*First Agreement of Principles Governing the Normalization of Relations*), закључен 19. априла 2013. године, припада оној реткој категорији правних аката у којима су готово сви елементи подложни различитом разумевању. Тешко је на први поглед одрећи му статус међународног уговора, али сваки иоле концентрисанији поглед уочава да је могуће заступати и став да Бриселски споразум није међународни уговор, већ само споразум проистекао из процеса посредовања Европске Уније у односима између Србије и Косова.

Појмимо прво логиком међународног уговорног права.¹⁾ Стандардни елементи који усмеравају резонување да ли је извесни правни акт међународно јавноправни уговор су: (1) стварна сагласност уговорних страна, (2) форма, (3) субјекти и (4) међународно јавноправни предмет уговарања.²⁾

Први утисак је, а тиче се сагласности и форме, да је текст Бриселског споразума атипично, мада правно дозвољено, састављен у два одвојена, а при том идентична документа. Сваки документ потписала је Кетрин Ештон, као Висока представница ЕУ. У једном документу партнер јој је премијер Србије, док је у другом то премијер Косова. Прво питање које се намеће је да ли се овде ради о билатералном или о мултилатералном споразуму? Да ли је потпис Кетрин Ештон у функцији уговорне стране или не? Јер, уколико јесте, тада би се примењивало обичајно међународно право

1) Борис Кривокапић, „Међународно право на почетку XXI века“, *Српска политичка мисао*, 3-4/2005, стр. 147-202.

2) Миленко Крећа, *Међународно јавно право*, Београд, 2010, стр. 83-84; Родољуб Етински, *Међународно јавно право*, Београд, 2010, стр. 53; Malcolm N. Shaw, *International Law*, 2003, pp. 88-92; Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 2013, pp. 14-20.

меродавно за међународне уговоре у којима се као уговорна страна појављује међународна организација, с обзиром на то да конвенција о уговорима између међународних организација међу собом или са државама није ступила на снагу.³⁾ Уколико пак није, онда би се уговор имао третирати по одредбама обичајног права које регулише материју међународног уговорног права између оригинерних субјеката међународног права (држава) и/или оних ентитета који имају крњи, абнормални или привремени међународноправни субјективитет. Примена правила Бечке конвенције о уговорном праву из 1969. године, универзалног међународног уговора чији је Србија уговорна страна, не би ни у једној варијанти била могућа пошто Косово то није. Дакле, без обзира на статус уговорних страна мора се примењивати међународно обичајно право. Остаје питање ипак, уколико потпис Високе представнице ЕУ није у функцији уговорне стране, откуд онда он ту?

Међународно обичајно право врло је флексибилно у погледу форме, те тако познаје и писмене и усмене уговоре, уговоре закључене у једном или више докумената, уговоре у којима је распон потписника од шефа државе, преко премијера, министара, амбасадора до овлашћених лица, различитих нивоа у државној структури.⁴⁾ Самим тим, чињеница да је Бриселски споразум потписан на два одвојена документа, од стране различитих потписника не разрешава дилему да ли је реч о међународном уговору или не.

Карактеристике потписника ипак захтевају мало више пажње. Право на закључивање међународних уговора, *lege artis*, имају државе у пуном капацитету и међународне организације, у оном капацитету у коме су им државе чланице то повериле.⁵⁾ Такође, ограничени уговорни капацитет могу поседовати и привремени, крњи субјекти међународног права.

У овом документу само је за Србију као суверену државу јасно да може поступати у пуном капацитету уговорног субјективитета, док би се *ius tractatus* осталих учесника у овој трансакцији морао додатно тумачити. Уколико бисмо потпис Високе представнице ЕУ посматрали као потпис уговорне стране, било би неопходно размотрити да ли је у надлежности тог ранга функционера да закључује међународне уговоре.

3) Anthony Aust, *op. cit.*, pp. 9-11; Olivier Corten, Pierre Klein, "Are Agreements between States and Non-State Entities Rooted in International Legal Order?", u: *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention* (ed. Enzo Cannizzaro), 2011, pp. 3-6.

4) Malcolm N. Shaw, *op. cit.*, pp. 811-812.

5) Catherine Brolmann, "International organizations and treaties: contractual freedom and institutional constraint", u: *Research Handbook on the Law of the International Organizations*, (ed. Jan Klabbers, Asa Wallendhall), 2011, pp. 285-312.

Закључак у погледу *ius tractatus* Косова, може се заснивати само на детаљној анализи конститутивних елемената.⁶⁾ Да ли, по међународном праву, крњи тј. привремени субјекти могу поседовати извршан, ограничени уговорни капацитет?⁷⁾ Садашњи статус Косова последица је унутрашњег оружаног сукоба, у току кога је ова јужна српска покрајина задобила статус привременог међународно правног субјективитета. Овај статус обезбеђен је применом правила о вођењу унутрашњих оружаных сукоба, те обичајним међународним правилима о статусу устаника као зарађене стране. Са становишта Србије могуће је бранити став да је Косово још увек привремени субјект међународног права; његов коначни статус тек треба да буде решен. Правни ослонац за овакав став Србије је Резолуција УН 1244. Дакле – да ли статус привременог субјективитета обезбеђује *ius tractatus*, те уколико је одговор афирмативан, да ли је реч о апсолутном или ограниченом праву уговарања?

За одговор на ово питање неопходно је размотрити стварни статус Косова.⁸⁾ Поред изричитог одрицања статуса државе Косову од стране Србије, 108 држава, јесте признало Косово.⁹⁾ Косово је и чланица неколицине међународних организација – Међународног монетарног фонда, Светске банке, Европске банке за обнову и развој. С друге стране, Косово није примљено у УН, Савет Европе и ОЕБС. Однос између Косова и споменутих европских организација ипак постоји. Косово, и поред тога што није чланица Савета Европе, јесте чланица Венецијанске комисије, експертског саветодавног тела Савета Европе. ОЕБС, и поред тога што му Косово није у чланству, на Косову има своју мисију.

За анализу статуса Косова ипак је најважнија његова позиција у односу на УН. Очигледно је да се чланство Косова у међународним организацијама своди на економске међународне организације, али не и на политичке, односно оне организације у којима је неопходан јасан статус члана. У погледу УН једини документ на основу кога се може тумачити став УН-а у односу на Косово је Резолуција УН 1244. Покушаји замене ове резолуције и промене статуса Косова са становишта УН, нису били успешни. Наименовање

6) Anthony Aust, *op.cit.*, p. 64.

7) Olivier Corten, Pierre Klein, *op.cit.*

8) Jure Vidmar, "International Legal Responses to Kosovo's Declaration of Independence", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 42, 2009, pp. 779-851.

9) Christian Tomuschat, "Recognition of New States – The Case of Premature Recognition", u: *Kosovo and International Law: The ICJ Advisory Opinion of 22 July 2010*, (ed. by Peter Hilpold), 2012, pp. 31-46.

Мартија Ахтисарија за Специјалног УН представника, са задатком преговарања о статусу Косова, није донело резултате. Полазиште Ахтисарија заснивало се на надгледаном суверенитету, а не на пуном суверенитету Косова. Дакле, ни тада УН није била спремна на потпуно осамостаљење Косова.

Тренутни статус Косова, чак и за оне државе које га јесу признале, несумњиво антиципира чињеницу да Косово није држава у пуном капацитету суверене државе, по уобичајеном схватању овог појма.¹⁰⁾ Косово је у специфичном несамосталном режиму, својеврсном облику савременог протектората. Овакав статус Косова опредељен је Резолуцијом 1244, а покушај промене статуса у систему УН, мандатом Специјалног УН изасланика, није успео. Промена која се у међувремену догодила - проглашење независности Косова 2008., није довела до анулирања ове резолуције, ни *de iure*, нити *de facto*. Мандат који су до 2008. у циљу спровођења Резолуције 1244 и надзора над Косовом вршили УНМИК и КФОР, почев од 2008. поверен је делом и ЕУ, оснивањем још једне мисије - ЕУЛЕКС-а.

Данас на Косову дејствују четири мисије, све четири под окриљем Резолуције 1244 – мисије УН, НАТО, ЕУ и ОЕБС. Постојање ових мисија означава несамостални статус Косова, тј. његов статус савременог облика протектората у односу на међународне организације. У редовном току ствари, мисија међународне организације, не конституише статус протектората. Тај редовни ток ствари претпоставља да међународне организације оснивају мисије у државама које су њихове чланице. У том случају мисија је последица чланства и проистиче из чланских права и обавеза државе у односу на међународну организацију. Међутим, када је реч о Косову, овај ентитет се не налази у статусу чланице ни у једној од ових организација. Самим тим ингеренције мисија нису у остварењу чланских права, већ у надзирању и контроли, на начин који није прихватљив за суверене државе. Чињеница да су све мисије и даље на Косову указује на то да је став међународне заједнице да Косово још увек није зрело за потпуну самосталност. Ни једна суверена држава не би дозволила тако дубоки уплив у све гране власти од стране међународних организација са којима није у формалноправној спрези. Но, с друге стране, све оне су усмерене ка ојачавању Косова за будући статус потпуно самосталне, суверене државе.

10) Enrico Milano, *op. cit.*; William Thomas Worster, "Law, Politics and the Conception of the State in State Recognition Theory", *Boston University International Law Journal*, Vol. 27, No. 1, pp. 115-171.

Став Србије о не признавању Косова као државе, равноправног члана међународне заједнице јесте подупрт и стварним статусом Косова.¹¹⁾ Суштинска разлика је у перцепцији будућег статуса Косова – Србија не жели његово потпуно осамостаљење, док државе које су му дале признање и међународне организације које га надзиру све кораке предузимају управо у правцу потпуног осамостаљења Косова. Бриселски споразум, стога, треба разумевати као један део процеса разрешења будућег статуса Косова.

С обзиром на овако представљени статус Косова потребно је вратити се на тему Бриселског споразума, односно разматрања да ли Косово може да буде страна уговорница међународног уговора. Привремени међународноправни субјективитет устаника као ратујуће стране, односно локалних власти у грађанском рату антиципира у себи *ius tractatus* ограничен *rationae materiae* само на оне теме које су у функцији статуса привременог субјективитета. Сходно томе, Косово би се могло појавити као уговорна страна међународног уговора чији је предмет разматрање оних питања која су у функцији регулисања статуса било међународно јавноправног статуса Косова, било међународно приватно правних питања становника Косова. Сама чињеница закључења међународног уговора између Србије и Косова не значи *ipso facto* и признање Косова као самосталне, суверене државе од стране Србије.

Досадашња анализа о стварном статусу Косова не исцрпљује се само у закључку да и непризнато Косово може бити уговорна страна међународног уговора, посредством статуса привременог међународноправног субјективитета. Статус привременог међународноправног субјективитета Косова суштински опредељује материју о којој такав ентитет уопште може преговарати, односно сам предмет правног акта. И управо у разматрању последњег елемента кроз који је потребно пропустити аргументацију појма међународног уговора – међународно јавноправни предмет уговора, долазимо до финалног става *pro* или *contra* закључка да ли је Бриселски споразум међународни уговор. Дакле, да ли је материја која се третира у овом документу материја међународног јавног права? Одговор је једнозначно – не.

Предмет Бриселског споразума није изражен ни у форми стипулисања реципрочних права и обавеза уговорних страна, нити је у домену међународног јавног права. Предмет овог уговора није признање Косова, те као последица тога разрада унутрашњег уређења новоформиране државе.

11) Henry H. Perritt Jr., "Final Status for Kosovo", *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 80, Iss. 1, 2005, pp. 3-27.

Одредбе овог правног акта несумњиво припадају материји уставног права и једино се могу тумачити у категоријама уставног права. Ситуација би била потпуно јасна да је Србија признала Косово, те потом приступила регулисању положаја Срба у новоформираној држави. У том случају могли бисмо говорити о Бриселском споразуму као међународном уговору и ефектима које производи на међународној сцени. Како Србија, међутим, изричито одриче признање Косову, а предмет Бриселског споразума обухвата и неке од типичних прерогатива државе, остаје дилема да ли се уопште могло ући у стипулисање одредаба о полицији и судству у ентитету коме се изричито одриче статус државе.

2. БРИСЕЛСКИ СПОРАЗУМ ПОСМАТРАН КАО ПРАВНИ АКТ НАСТАО ИЗ ПРОЦЕСА ПОСРЕДОВАЊА

Будући да није међународни уговор, постаје јасно да је Бриселски споразум правни акт настао из процеса посредовања, који је водила ЕУ између Србије и Косова. Посредовање Високог представника ЕУ јесте у основи било усмерено ка томе да доведе одnose до нивоа који ће омогућити одлеђавање залеђених односа, са тенденцијом даљег отопљавања.

ЕУ је преузела од УН функцију посредовања. Неуспех представника УН Мартија Ахтисарија, с једне стране, и тенденција Србије да се приближава ЕУ, довеле су до тога да тешку тему односа Србије и Косова преузме ЕУ. Тиме се Србија лишила оквира који је за Косово креирала универзална организација УН Резолуцијом 1244.

Када се Бриселски споразум посматра као продукт процеса посредовања, онда постаје јасно и зашто је форма неуобичајена и која је функција и правна снага потписа Кетрин Ештон на овом документу. Чињеница постојања два одвојена документа исте садржине, указује на стварну затегнутост односа између главних преговарача, а поновљени потпис представнице ЕУ њену посредничку улогу.

Продукт посредовања - споразум, у правнотехничком смислу коректно је терминолошки одређен. Термин споразум може бити у функцији синонима уговора, али и не мора. У овом случају не би било прихватљиво употребити термин Бриселски уговор, док споразум адекватно указује на извориште овог документа – сагласност воља, али и на његову правну снагу, те последице које може произвести.

Чињеница је да споразум као продукт посредовања није правно обавезујући акт. Он не подлеже нити правностварајућој процедури међународноправних норми, нити се тумачи применом правила о тумачењу међународних уговора, те се ни правила о одговорности и санкционисању у случају кршења не примењују на њих. Стога, споразум јесте форма која је у свим својим карактеристикама на нижем нивоу правне снаге. Његова снага суштински почива на стварној опредељености страна у преговорима, а не на његовој правној природи.

Овако приказане карактеристике споразума као продукта посредовања, морају бити усклађене и са предметом око кога се посредовање водило. Чињеница да креирање споразума не пролази кроз дуготрајну и захтевну процедуру креирања међународног уговора мора да буде упарена и са предметом који регулише. Дакле, теме које су у домену уставног права и које могу утицати на примену устава као највишег правног акта државе не би могле да буду стипулисане у домену међународног права, другачијом правном формом сем међународним уговором. Овде додатно вреди подсетити на члан 16 Устава Србије и одредбу да потврђени међународни уговори морају бити у складу са Уставом.

Бриселски споразум јесте још један покушај одбијања Србије да уђе у регулисање статуса Косова на међународној сцени, као равноправног члана међународне заједнице. Ингеренције које су поверене Косову Бриселским споразумом још увек нису довољне за потпуно признавање Косова као суверене државе, али јесу на траси зацртаној Ахтисаријевим планом, као и задацима све четири мисије које тренутно делују на Косову – а то је постепени пут ка потпуном осамостаљењу.

Бриселски споразум акт је у домену унутрашњег права. Такав закључак неминовно отвара питања да ли је Србија у форми споразума насталог у процесу посредовања смела да договори то што је договорила, односно да ли Бриселски споразум подлеже уставној контроли.

3. ДОКТРИНАРНЕ ОСНОВЕ ТУМАЧЕЊА УСТАВА – ТЕОРИЈСКИ И КОМПАРАТИВНИ ОСВРТ

При одлучивању о уставности Бриселског споразума, Уставни суд Србије своју одлуку може да заснује на једној од две доктрине. С једне стране, доктрина оригинализма (*Originalism Doctrine*) подразумева да се при одлучивању о уставности спорног акта Уставни суд руководи дословним тумачењем уставног текста и изворним намерама његових креатора. Реч је о доктрини насталој у

САД која је и даље доминантна у пракси њеног Врховног суда. С друге стране, доктрина устава као „развијајућег стабла“ (*The Living Tree Doctrine*) подразумева креативно и еволутивно читање уставног текста које своје упориште заснива на анализи уставне стварности. Реч је о доктрини насталој у Канади одлуком *Edwards v. Attorney General for Canada* из 1929. године, познатијој као *Persons case*. Овај случај је требало да отклони дилему да ли је и женама признато право да буду именоване у Сенат. Наиме, према уставном тексту из 1867. године, у одређењу Сената је неодређено стајало да је „особама“ (*persons*) дозвољено да буду његови чланови, што је отварало дилему да ли се и жене могу подвести под појам „особе“. Према Судском Одбору Тајног савета (*Judicial Committee of the Privy Council*) „Акт о Британској Северној Америци (*British North America Act, 1867*) је у Канади засадио живо дрво, које је способно да расте и да се развија у оквиру својих природних могућности. Циљ овога акта је био да додели устав Канади. Попут свих писаних устава и он је био предмет развоја путем употребе и конвенција“.

Основни аргумент који се истиче у прилог оригинализма је његова заснованост на принципу суверености народа. Воља народа која је изворно изражена у уставним одредбама обавезује све време трајања устава. Уколико би судије могле да игноришу уставне норме, приписујући им неко слободније значење, доведено до апсурдности, таква пракса би оправдавала и игнорисање судске власти, будући да су и њена овлашћења заснована на том уставу.¹²⁾ Имајући у виду да су ревизионе процедуре устава, по правилу, разумно постављене, савремене генерације нису обавезане „мртвом руком прошлости“, јер, у случају застарелости уставног текста, њега је могуће прилагодити стварности посредством уставом предвиђеног поступка његове ревизије.¹³⁾

У америчкој теорији се наглашавају три врлине доктрине оригинализма.¹⁴⁾ Прво, јуриспруденција изворних намера „очева оснивача“ не допушта политизацију уставног права. Друго, ова доктрина доприноси очувању демократског легитимитета, јер је само изворно значење устава добило сагласност грађана. Треће, пракса оригинализма доприноси очувању устава као „документа фиксираниог и правно обавезујућег значења“, и спречава „филозоф-

12) Jeffrey Goldsworthy, “Constitutional Interpretation: Originalism”, *Philosophy Compass*, 4/4, 2009, p. 687.

13) *Ibidem*.

14) Robert Post, Reva Siegel, “Originalism as a Political Practice: The Right’s Living Constitution”, *Fordham Law Review*, Vol. 75, Iss. 2, 2006, pp. 552-554.

ски авантуризам“ као могућност непрестане промене „колорита“ устава.¹⁵⁾

Озбиљни аргументи се износе и у прилог доктрине трагања за „живим“ уставом. Живи устав је кованица која основни закон државе доживљава попут организма који се развија и постаје предмет тумачења надолазећих генерација. Устав се мора флексибилно тумачити да би се прилагођавао променљивим друштвеним околностима. Узгред, креативно тумачење је неминовност на пољу уставног права, јер су уставне одредбе добрим делом неодређене, вишесмислене и нејасне.¹⁶⁾

Предност овог становишта је у томе што омогућава непрестану актуелност уставног текста, јер га развојно тумачење чини примењивим и у променљивим друштвеним околностима. Заговорници доктрине еволуирајућег устава истичу да се одредбе устава не смеју читати „као последња воља и тестамент да он то заиста не би и постао“¹⁷⁾. Устав треба тумачити на начин да се од његовог текста непрестано сачињава најбољи могући акт у постојећим околностима.¹⁸⁾ С друге стране, оригиналисти полазе од тезе да би такав приступ дао превише моћи судијама који би могли да мењају устав у складу са сопственим политичким идеологијама, мимо ревизионе процедуре. Будући да није формално промењен, устав и даље има оно значење као у тренутку свог доношења. У прилогу одбране доктрине „развијајућег стабла“ истиче се још и то да треба правити разлику између значења устава и његове примене. Легитимно је мењати примену уставних норми, јер се мењају и околности у којима се устав примењује.¹⁹⁾

У досадашњој уставној пракси ретки су чисти модели примене једне од ове две доктрине у тумачењу устава. Најдоследнија примена доктрине оригинализма одликује САД. У Аустралији доминира „умерени оригинализам“ или „дегализам“ према коме се речи устава тумаче са истоветним значењем које су оне имале у тренутку доношења овог акта. Овакав приступ није потпуно доследан, јер се ипак прави разлика између значења термина која су непромењива, и њихове примене која се мења у складу са променљивим околностима. Немачки Савезни уставни суд своје одлуке заснива на неписаним принципима, уставном тексту, пракси не-

15) *Ibidem*, 554.

16) Jeffrey Goldsworthy, *op. cit.*, p. 689.

17) Hunter v. Southam (1984).

18) James Fleming, “Living Originalism and Living Constitutionalism as Moral Readings of the American Constitution”, *Boston University Law Review*, Vol. 92, 2012, pp. 1176-1177.

19) *Ibidem*, p. 690.

мачког конституционализма, историји устава, судским прецедентима, теоријским ставовима, као и материјалима компаративног и међународног карактера. Изворне намере уставописаца у пракси савезног Уставног суда су од секундарног значаја.

На супротном полу је јуриспруденција канадског Врховног суда који остаје привржен доктрини „развијајућег стабла“. Ипак, ова доктрина се не примењује потпуно доследно ни у самој Канади. Постоје два изузетка, један општег карактера, а други конкретни. Прво, „теорија `развијајућег стабла` никада није коришћена да би у потпуности трансформисала документ или дописала одредбу која изворно није била прихваћена. Било би непримерено и опасно, када би суд на тај начин могао да мења устав државе“.²⁰⁾ Друго, конкретан изузетак од ове доктрине односи се на права домородаца, јер се полази од становишта да је историја детерминишућа на том пољу.²¹⁾ Наиме, уставна релација која је установљена између домородаца и Круне у једном историјском тренутку сматра се непромењивом.

Као уосталом и у судској пракси, и у теорији је све више оних који заговарају помирење ове две супротстављене доктрине. Постоје бројне варијанте оригинализма, али свима њима је заједничко одбацивање креативног и моралног читања уставног текста.²²⁾ Тумачење устава се све више доживљава као процес истраживања и остваривања најбољег разумевања постојећих уставних захтева. Дакле, умерени оригинализам је концепт који може оправдати све, због чега се ова доктрина значајно приближава растељивом еволутивном тумачењу устава.²³⁾

4. БРИСЕЛСКИ СПОРАЗУМ – ПОЛИТИЧКИ ИЛИ (НЕ)УСТАВНИ ПРАВНИ АКТ?

Будући да Бриселски споразум нема обележја међународног уговора поставља се питање да ли је реч о акту који подлеже оцени уставности од стране Уставног суда. Према званичницима Републике Србије, Бриселски споразум је политички акт којим је Влада остварила своје уставно овлашћење на вођење унутрашње политике у циљу решавања косовског проблема. Бриселски споразум је, према речима Министра правде Николе Селаковића, само једна

20) R. v. Prosper (1994).

21) John Borrows, “(Ab)Originalism and Canada’s Constitution, *Supreme Court Law Review*, Vol. 58, 2012, p. 358.

22) James Fleming, *op. cit.*, p. 1174.

23) James Fleming, *op. cit.*, p. 1179.

од фаза дуготрајног процеса конституисања суштинске аутономије на Космету, а одлучивањем о његовој уставности Уставни суд би на себе преузео улогу Владе Србије за утврђивање и вођење политике.²⁴⁾ Ипак, најзначајнија имена наше уставноправне науке су се сложила о томе да је Бриселски споразум правни акт и да Уставни суд треба да одлучује о његовој уставности.²⁵⁾ Наиме, споразум је настао као неформални писани политички договор „а онда је његова садржина добила спољашњу форму општег акта Владе, под именом `закључак`, и општег акта Народне скупштине`, под именом `одлука`. Тако је Споразум постао саставни део ова два општа акта из номенклатуре општих аката позитивног права, а то значи да је споразум постао општи акт позитивног права Републике Србије који има опште дејство“.²⁶⁾ Да није тако, овај споразум не би производио правно дејство. Но, на основу њега је донет читав низ појединачних правних аката којима се у реалност претачу решења договорена у Бриселу.²⁷⁾ Стога, Бриселски споразум је неспорно општи правни акт и подлеже контроли уставности.

Летимичан и површан осврт на Бриселски споразум је довољан да се уочи да је његова садржина недвосмислено у супротности са Уставом Србије. Прво, Бриселски споразум предвиђа образовање Заједнице већинских српских општина на Косову чији ће статус бити зајемчен меродавним правом и уставним правом. Сарадња општина које конституишу Заједницу на колективној примени овлашћења оствариваће се у складу са надлежностима у Европској повељи о локалној самоуправи и косовским законом. Заједница општина ће остваривати и друге надлежности које јој доделе централне власти. Посматрајући у целини поменута решења јасно је да је реч о централној власти и уставном праву Косова, а не о Уставу Републике Србије. Бриселски споразум успоставља гаранције заштите Срба као националне мањине у оквиру косовског уставног система.

Друго, Бриселски споразум установљава јединствену полицију, под називом Косовска полиција, уз предвиђање институционалног јемства да ће четири већинске српске општине на северу имати регионалног команданта полиције из реда косовских Срба

24) Никола Селаковић, „Уставни суд да се прогласи ненадлежним за Бриселски споразум“, *Политика*, 25. 06. 2014. године.

25) Ратко Марковић, „Зашто је Бриселски споразум неуставан?“, *Печат* бр. 324, 27. 06. 2014, стр. 60-63; Владан Петров, „Шетња по Бриселу са Уставом Србије `под мишком`“, *Печат* бр. 325, 04. 07. 2014, стр. 63-65; Коста Чавошки, „Велико веће довитљивих људи“, *Печат* бр. 324, 27. 06. 2014, стр. 64-67.

26) Ратко Марковић, *op.cit.*, стр. 60-61.

27) Видети: Коста Чавошки, *op.cit.*, стр. 66.

кога именује Министарство унутрашњих послова Косова. При томе, састав Косовске полиције на северу Косова одговараће етничком саставу четири већински српске општине. Реч је о „заокруживању монопола силе као суштинског елемента суверености Косова“²⁸⁾, што је у директној супротности са Уставом Србије који предвиђа да су одбрана и безбедност у искључивој надлежности Републике Србије (чл. 97, т. 4).

Треће, предвиђено је интегрисање судске власти која ће функционисати у оквиру јединственог правног система Косова. Гаранције које треба да обезбеде учешће Срба у косовском правосудном систему представљају уобичајене механизме заштите националне мањине у упоредном праву. Реч је о препуштању судске власти Републици Косово чиме се директно крши више одредаба Устава Србије. Поменимо да је такво решење у супротности са начелом јединства правног поретка (чл. 4, ст. 1), јединства и недељивости територије Републике Србије (чл. 8, ст. 1), јединствености судске власти на целој територији Србије (чл. 142, ст. 1).

Четврто, утврђено је да се у општинама на северу 2013. године организују локални избори у складу са косовским законом и међународним стандардима. Ниједном речју не помињу се прописи Републике Србије, иако је Устав предвидео јединственост правног поретка у коме постоји искључиво један носилац законодавне власти, Народна скупштина. Организовање локалних избора у складу са правним прописима које не познаје уставни систем Србије још једна је потврда о препуштању свих прерогатива власти Републици Косово.

5. ЗАКЉУЧАК

Два су правца која би Уставни суд могао да следи приликом одлучивања о уставности Бриселског споразума. Уколико се приклони доктрини оригинализма и дословном тумачењу уставног текста, задатак Уставног суда је једноставан, јер је Бриселски споразум очигледно неуставан правни акт. Но, уколико буде следио доктрину устава као „развијајућег стабла“, трагајући за реалним уставом, задатак Уставног суда ће бити унеколико компликованији. У доношењу коначне одлуке, према овој доктрини, Уставни суд би се могао руководити чињеницом да Србија, већ више од једне деценије, не остварује своја суверена права на Космету и да је закључивање Бриселског споразума само уподобљавање правног са

28) Владан Петров, *op.cit.*, 62-63.

фактичким стањем. Ипак, како је компаративна анализа показала, доктрина устава као „развијајућег стабла“ има своја ограничења. Без обзира на то што ова доктрина подразумева прилагођавање устава промењивим друштвеним околностима, њена примена у поступку (уставно)судске контроле уставности никада не значи и доношење одлуке која би противречила изричитом слову уставног текста. Дакле, донета одлука не сме бити *contra constitutionem*, и у том смислу креативно читање уставних норми у циљу прилагођавања друштвеној стварности може да поприми само облик развијања и модернизовања уставног текста, али не и његовог преправљања.

Будући да је Устав Србије релативно нов акт и да се суштински нису промениле друштвене околности, јер и у тренутку доношења овог акта Србија није вршила своја суверена права на Космету, не постоји оправдање да се Уставни суд оглуши о изричито уставно решење и примени еволутивно тумачење. Уосталом, не може се очекивати од Уставног суда, да доноси одлуке *contra constitutionem* и прекраја територију Републике Србије. Таква одлука треба да буде на политичким органима, који би, у случају да заступају такво гледиште, морали отворено да се упусте у крајње неизвесну авантуру промене устава.

Премда је реч о две дијаметрално супротне доктрине које би Уставни суд могао да следи у доношењу одлуке о неуставности Бриселског споразума, коначни епилог би морао бити истоветан без обзира на његово доктринарно опредељење. Будући да је реч о одрицању од свих прерогатива власти на Космету, Уставни суд Србије нема други избор него да утврди неуставност Бриселског споразума. Аргумент у прилог тези да је Бриселски споразум само једна фаза у поступку конституисања суштинске аутономије у овој јужној српској покрајини неприхватљив је. Наиме, установљавање суштинске аутономије на Космету би требало да следи по уставом предвиђеном поступку. Но, будући да Бриселски споразум предвиђа преношење свих државних функција на Косово, апсурдно је и помињати суштинску аутономију, јер је она обесмишљена након овако конципираног решења косовског проблема. Међутим, ако је већ актуелна политичка власт опредељена на такав начин, она би то сасвим отворено и требало да призна, а у томе ће је подстаћи и Уставни суд уколико буде на висини свог задатка и донесе једино могућу одлуку, одлуку о неуставности Бриселског споразума.

ЛИТЕРАТУРА

- Етински Родољуб, *Међународно јавно право*, Службени гласник, Београд, 2010.
- Крећа Миленко, *Међународно јавно право*, Правни факултет, Београд, 2010.
- Кривокапић Борис, „Међународно право на почетку XXI века“, *Српска политичка мисао*, 3-4/2005, стр.147-202.
- Марковић Ратко, „Зашто је Бриселски споразум неуставан?“, *Печат* бр. 324, 27. 06. 2014, стр. 60-63;
- Петров Владан, „Шетња по Бриселу са Уставом Србије `под мишком`“, *Печат* бр. 325, 04. 07. 2014, стр. 63-65.
- Чавошки Коста, „Велико веће довитљивих људи“, *Печат* бр. 324, 27. 06. 2014, стр. 64-67.
- Aust Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- Borrows John, “(Ab)Originalism and Canada’s Constitution”, *Supreme Court Law Review*, Vol. 58, 2012, pp. 351-398.
- Brolmann Catherine, “International organizations and treaties: contractual freedom and institutional constraint”, u: *Research Handbook on the Law of the International Organizations*, (ed. Jan Klabbers, Asa Wallendhall), Edward Elgar Publications, Cheltenham, 2011.
- Corten Olivier, Klein Pierre, “Are Agreements between States and Non-State Entities Rooted in International Legal Order?”, u: *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention* (ed. Enzo Cannizzaro), Oxford University Press, 2011.
- Fleming James, “Living Originalism and Living Constitutionalism as Moral Readings of the American Constitution”, *Boston University Law Review*, Vol. 92, 2012, pp. 1171-1185.
- Goldsworthy Jeffrey, *Interpreting Constitutions: A Comparative Study*, Oxford University Press, 2006.
- Goldsworthy Jeffrey, “Constitutional Interpretation: Originalism”, *Philosophy Compass*, 4/4, 2009, pp. 682-702.
- Milano Enrico, “Security Council Action in the Balkans: Reviewing the Legality of Kosovo’s Territorial Status”, *European Journal of International Law*, Vol.14, No. 5, 2003, pp. 999-1022.
- Perritt Henry H. Jr., “Final Status for Kosovo”, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 80, Iss. 1, 2005, pp. 3-27.
- Post Robert, Siegel Reva, “Originalism as a Political Practice: The Right’s Living Constitution”, *Fordham Law Review*, Vol. 75, Iss. 2, 2006, pp. 545-574.
- Shaw Malcolm N., *International Law*, Cambridge University Press, 2003.
- Tomuschat Christian, “Recognition of New States – The Case of Premature Recognition”, u: *Kosovo and International Law: The ICJ Advisory Opinion of 22 July 2010*, (ed. by Peter Hilpold), Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 31-46.
- Worster William Thomas, “Law, Politics and the Conception of the State in State Recognition Theory”, *Boston University International Law Journal*, Vol. 27, No.1, pp. 115-171
- Vidmar Jure, “International Legal Responses to Kosovo’s Declaration of Independence”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 42, 2009, pp. 779-851.

Darko Simovic, Tijana Surlan
(NON)LEGAL NATURE
OF THE BRUSSELS AGREEMENT

Resume

In this article, the authors discuss the legal nature of the Brussels Agreement. The main purpose was to define its legal nature and thus its implications on the legal system of the Republic of Serbia. The analysis completed is twofold – from the aspect of International Public Law and according to Constitutional Law. Currently, there is no prevailing point of view regarding its legal nature in the light of International Public Law. Therefore, the first part of this paper deals with the issue of whether the Brussels Agreement is an international treaty or just a legal act resulted from internationally-led mediation. The conclusion is that the Brussels Agreement does not meet the criteria to be deemed an international treaty. However, it is a legal act but not a purely political act.

While analyzing whether the Agreement do form an international treaty, all constitutive international treaty elements were elaborated. As for the conclusion main points should be underlined: form of the Agreement, as well as the legal standing of signatories should be interpreted in accordance with the customary international law. Kosovo, whether treated as an independent country or temporary, non-defined subject of international law could be member-party of the international treaty. Nevertheless, Brussels Agreement does not present an international treaty since its subject matter is not in the field of the International Public Law, but rather in the field of Constitutional Law. Thus, as for the conclusion, it is clarified that the Agreement is product of the mediation. Essential issue on behalf of Republic of Serbia that has emerged from this process is whether Serbian political representatives were authorized to sign such a document or it has been completed *ultra vires* and opposing to the Serbian Constitution.

As to the constitutionality of the Brussels Agreement, a dilemma arose about how the Constitutional Court of Serbia should approach this matter. Taking into consideration that the Constitutional Court of Serbia has no clearly defined doctrinal basis in its decision-making yet, a short theoretical and comparative review of two diametrically opposed approaches in constitutional interpretation is given (*Originalism Doctrine v. „The Living Tree“ Doctrine*).

The originalism doctrine involves literal interpretation of the constitutional text and original intents of its creators by the Constituti-

onal Court in the process of deciding on the constitutionality of a disputable act. The doctrine originated in the USA and it is to date a dominant practice in its Supreme Court. The fundamental argument which is emphasized in favor of originalism is its dependence on the principle of popular sovereignty. On the other hand, The Living Tree Doctrine involves creative and evolutionary interpretation of the constitutional text whose mainstay is based on the analysis of constitutional reality. This doctrine, was coined in Canada; by the decision of *Edwards v. Attorney General of Canada* from 1929, widely known as the *Persons case*. The advantage of this point of view is the fact that it allows for the constitutional text to retain its up-to-date status continuously; because developmental interpretation makes it applicable in diverse social circumstances.

The analysis of comparative jurisprudence leads to the conclusion that there is a growing trend toward reapproachment of these two doctrines in practice, but that (constitutional) judicial review of constitutionality never involves the adoption of decisions which directly contradict a clear and explicit constitutional norm. Therefore, due to the obvious unconstitutionality of the Brussels Agreement, but regardless on which of the doctrines the Constitutional Court will base its decision, the Constitutional Court has no other choice then to decide on its unconstitutionality.

Key words: The Brussels Agreement, international treaty, mediation act, The Constitution of Serbia, Constitutional Court, Kosovo.

* Овај рад је примљен 23. новембра 2014. године а прихваћен за штампу на састанку Редакције 27. новембра 2014. године.

