



ANALI

PRAVNOG FAKULTETA U BEOGRADU

ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE
BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

UNIVERZITET U BEOGRADU

Glavni urednici Arhiva za pravne i društvene nauke koji je prethodio Analima Pravnog fakulteta u Beogradu bili su:

Kosta Kumanudi i Dragoljub Arandelović (1906 1911), Kosta Kumanudi (1911 1912), Čedomilj Mitrović (1920 1933), Mihailo Ilić (1933 1940), Đorđe Tasić (1940 1941), Jovan Đorđević (1945)

Glavni urednici ovog časopisa bili su:

Mihailo Konstantinović (1953 1960), Milan Bartoš (1960 1966), Vojislav Bakić (1966 1978), Vojislav Simović (1978 1982), Obren Stanković (1982 1995), Dejan Popović (1996), Miodrag Orlić (1997 2004), Danilo N. Basta (2004 2006), Sima Avramović (2006 2012), Miroljub Labus (2013 2015), Mirko Vasiljević (2016 2018)

Međunarodni izdavački savet

John Cerone (Tufts University, USA), Silvio Ferrari (University of Milan, Italy), Kenneth Einar Himma (University of Washington, USA), Christa Jessel Holst (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg, Germany), Thomas Koenig (Northeastern University, USA), Peter Koller (University of Graz, Austria), Janez Kranjc (University of Ljubljana, Slovenia), Werner Krawietz (University of Münster, Germany), Rainer Kulms (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg, Germany), Ingeborg Maus (Goethe University Frankfurt, Germany), Thomas Mertens (Radboud University, Netherlands), Slobodan Milačić (University of Bordeaux, France), Paul du Plessis (The University of Edinburgh, Scotland), Vesna Rijavec (University of Maribor, Slovenia), Željko Šević (Sohar University, Oman), Gerhard Thür (Institute for the Study of Ancient Culture, Austria)

Glavni urednik

Marija Karanikić Mirić

Zamenik glavnog urednika

Boris Begović

Redakcija Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

Zoran Tomić, Nebojša Jovanović, Goran Ilić, Bojan Milisavljević, Vojislav Stanimirović, Danilo Vuković

Sekretari

Miloš Vukotić, Nikola Ilić, Novak Vujičić

Radovi u ovom časopisu podležu anonimnoj recenziji dvoje recenzenata koje određuje redakcija.

Stavovi izraženi u časopisu predstavljaju mišljenje autora i ne odražavaju nužno gledišta redakcije. Za te stavove redakcija ne odgovara.

Izdavač

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

Lektor i korektor

Irena Popović Grigorov, Vuk Tošić

Tehnički urednik

Jovan Đorđević

Dizajn korica

C. I. B.

Slog i prelom

D©S|E
STUDIO

Štampa

JP Službeni glasnik



ANALI

PRAVNOG FAKULTETA U BEOGRADU

ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE
BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

UNIVERZITET U BEOGRADU

SADRŽAJ

ČLANCI

Jasminka Hasanbegović, Akademske slobode i ljudsko dostojanstvo: neobičan slučaj fobičnosti Džona Finisa -----	9
Mirjana Stefanovski, Pravo disolucije u nacrtu ustava komisije jugoslovenskih profesora iz 1920. godine -----	32
Bojana Čučković, From Equality Towards Equity and Differentiated Responsibilities: A Contemporary International Environmental Law Perspective -----	55
Mihajlo Vučić, Access to Water in the Context of the International Watercourse: A Theory of the Community of Interest -----	73
Tatjana Milić, Empirijsko istraživanje prava: revolucija ili nemoguća misija? -----	95
Miloš Živković, Marko Milenković, Sofija Nikolić Popadić, Modification of Construction Permits and Transfer of Subjective Rights -----	124
Damir Banović, Analitički i sociološkopravni pristup proučavanju normativnih i društvenih funkcija prava -----	143
Goran Dajović, Bojan Spaić, Doktrina „četvrte instance“ i pravo na obrazloženu presudu u praksi Evropskog suda za ljudska prava -----	158

Borko Mihajlović, Posebne dužnosti u periodu rizika od stečaja -----	186
Milica Novaković, Men in the Age of (Formal) Equality: The Curious Case Of Khamtokhu And Aksenchik -----	216
Andreas Serafim, Constructing Identities: Religious Argumentation, Sexuality and Social Identity in Attic Forensic Oratory -----	233
Đorđe Marković, Procedures and Conditions for the Selection of the Constitutional Court Judges in the Post-Yugoslav States -----	254

KOMENTARI SUDSKIH ODLUKA

Nikola Bodiroga, Vremensko važenje procesnih zakona i dozvoljenost revizije u parničnom postupku: različiti stavovi Ustavnog suda i Vrhovnog kasacionog suda-----	277
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

PRIKAZI

Nebojša Jovanović. 2017. <i>Saobraćajno pravo. Knjiga 1, Opšti deo</i> . Beograd: Centar za izdavaštvo i informisanje Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, 566. (Slobodan Ilijić)-----	294
Jovanović, Miodrag A. 2019. <i>The Nature of International Law</i> . Cambridge: Cambridge University Press, 272. (Damir Banović) -----	298
Hassan Malik. 2018. <i>Bankers and Bolsheviks: International Finance and the Russian Revolution</i> . Princeton – Oxford: Princeton University Press, 296. (Boris Begović) -----	304
Posner, Eric, Glen Weyl. 2018. <i>Radical Markets: Uprooting Capitalism and Democracy for a Just Society</i> . Princeton: Princeton University Press, 338. (Nikola Ilić)-----	310

Eichengreen, Barry, Arnaud Mehl, Livia Chitu. 2017. <i>How Global Currencies Work: Past, Present, and Future</i> . Princeton – Oxford: Princeton University Press, 272. (Ana Odorović) -----	314
SEĆANJA	
Milena Polojac, <i>Hans Ankum</i> (1930–2019) -----	320
Uputstvo za autore -----	327

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

Jasminka Hasanbegović, Academic Freedoms and Dignity: The Curious Case of John Finnis' Phobism-----	9
Mirjana Stefanovski, The Right of Dissolution in the Constitutional Draft Produced by the Commission of Yugoslav Professors in 1920 -----	32
Bojana Čučković, From Equality Towards Equity and Differentiated Responsibilities: A Contemporary International Environmental Law Perspective -----	55
Mihajlo Vučić, Access to Water in the Context of the International Watercourse: A Theory of the Community of Interest -----	73
Tatjana Milić, Empirical Research of Law: A Revolution or Mission Impossible? -----	95
Miloš Živković, Marko Milenković, Sofija Nikolić Popadić, Modification of Construction Permits and Transfer of Subjective Rights -----	124
Damir Banović, Analytical and Socio-Legal Approach to the Study of Normative and Social Functions of Law -----	143
Goran Dajović, Bojan Spaić, Fourth Instance Doctrine and the Right to a Reasoned Judgement in the Practice of the European Court of Human Rights -----	158
Borko Mihajlović, Special Duties in the Period of the Risk of Bankruptcy -----	186

Milica Novaković, Men in the Age of (Formal) Equality: The Curious Case of Khamtokhu and Aksenchik -----	216
Andreas Serafim, Constructing Identities: Religious Argumentation, Sexuality and Social Identity in Attic Forensic Oratory -----	233
Dorđe Marković, Procedures and Conditions for the Selection of the Constitutional Court Judges in the Post-Yugoslav States -----	254

COMMENTARIES ON COURT DECISIONS

Nikola Bodiroga, Temporal Application of Procedural Rules and Admissibility of Appeal on the Points of Law in Civil Procedure: Conflicting Legal Opinions of the Constitutional Court and the Supreme Court of Cassation -----	277
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

BOOK REVIEWS

Nebojša Jovanović. 2017. <i>Sabračajno pravo. Knjiga 1, Opšti deo</i> . Beograd: Centar za izdavaštvo i informisanje Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, 566. (Slobodan Ilijić)-----	294
Jovanović, Miodrag A. 2019. <i>The Nature of International Law</i> . Cambridge: Cambridge University Press, 272. (Damir Banović) -----	298
Hassan Malik. 2018. <i>Bankers and Bolsheviks: International Finance and the Russian Revolution</i> . Princeton – Oxford: Princeton University Press, 296. (Boris Begović) -----	304
Posner, Eric, Glen Weyl. 2018. <i>Radical Markets: Uprooting Capitalism and Democracy for a Just Society</i> . Princeton: Princeton University Press, 338. (Nikola Ilić) -----	310
Eichengreen, Barry, Arnaud Mehl, Livia Chitu. 2017. <i>How Global Currencies Work: Past, Present, and Future</i> . Princeton – Oxford: Princeton University Press, 272. (Ana Odorović) -----	314

IN MEMORIAM

Milena Polojac, *Hans Ankum* (1930–2019) ----- 320

Instructions to Authors ----- 327

UDK 342.727; 34:174; 340.12 Finis Dž. M.

CERIF: S115

DOI: 10.5937/AnalPFB1903009H

Dr Jasminka Hasanbegović*

AKADEMSKE SLOBODE I LJUDSKO DOSTOJANSTVO: NEOBIČAN SLUČAJ FOBIČNOSTI DŽONA FINISA

U ovom članku se – iz perspektive slučaja Džona Finisa iz januara 2019 – traga za odgovorima na pitanja gde su granice akademske slobode i slobode govora. Stoga se najpre unajkraće izlaže slučaj Finis, a potom se razmatra da li je Finis prekoračio granice akademske slobode i slobode govora svojim „ekstremno diskriminatorskim stavovima protiv mnogih grupa ljudi koji su u nepovoljnom položaju“, sa držanim u njegovim spisima od 1992. do 2011, kako to stoji u „Peticiji da Džon Finis prestane da predaje na Univerzitetu Oksford zbog svog diskriminisanja“. Dakle, još jedno od središnjih pitanja jeste da li su Finisovi stavovi diskriminatorski i fobični, ili nisu. Osnovne teze koje se zastupaju u ovom članku jesu: Finis nije prekoračio granice akademske slobode i slobode govora, ali jeste zloupotrebio te slobode. Neki od njegovih stavova, kao apstraktno izražena mišljenja, jesu fobični, ali nema dokaza da se Finis konkretno diskriminatorski ponašao prema bilo kome.

Ključne reči: *Akademska sloboda govora. – Ljudsko dostojanstvo. – Slučaj Džona Finisa u oksfordskoj akademskoj zajednici. – Zloupotreba prava. – Pravno slobodan prostor.*

1. UVOD

U ovom članku se – iz perspektive slučaja Džona Finisa iz januara 2019 – traga za odgovorima na pitanja gde su granice akademske slobode i slobode govora. Metodološki posmatrano, ovo je studija slučaja pravne i moralne (odnosno etičke) prirode.

Stoga će se najpre unajkraće izložiti slučaj Finis. Potom će se analizirati da li je Finis prekoračio granice akademske slobode i slobode go-

* Autorka je redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

vora svojim „ekstremno diskriminatorским stavovima protiv mnogih grupa ljudi koji su u nepovoljnom položaju“. Ti Finisovi stavovi se nalaze u njegovim spisima objavljivanim od 1992. do 2011. i zbog njih se traži u *Peticiji da Džon Finis prestane da predaje na Univerzitetu Oksford zbog svog diskriminisanja* (Petition 2019).

2. SLUČAJ DŽONA FINISA – UNAJKRAĆE

U okviru oksfordskog RDP (Remote Desktop Protocol) pokrenuta je 2. januara 2019. *Peticija Oksfordskom univerzitetu*, kojom se zahtevaju dve stvari: (1) da Džon Finis prestane da podučava na Oksfordskom univerzitetu zbog svog diskriminisanja i (2) da Oksfordski univerzitet razjasni svoju politiku prema diskriminatorским profesorima (Petition 2019). *Peticiji* se ubrzo priključilo svojim potpisima više stotina članova oksfordske akademske zajednice – studenata i profesora (Smith 2019).

Šta se konkretno zamera Džonu Finisu (1940–), čuvenom oksfordskom emeritovanom profesoru Pravnog fakulteta? U prvom delu *Peticije* kaže se da je „lista njegovih ekstremno diskriminatorских pogleda usmerenih protiv mnogih grupa ljudi koji se nalaze u nepovoljnom položaju – veoma duga; da je poznat kao posebno homofobičan i transfobičan čovek; da je čak savetovao vladu SAD da ne pruži pravnu zaštitu LGBTQ+ ljudima izloženim diskriminaciji“ (Petition 2019). Osim toga, precizira se da u „njegove izjave pune mržnje spadaju: da je gej seks sličan bestijalnosti, tj. seksu sa životinjama (1992; 1994; 2011); da je biti gej ‘zlo’ i ‘razorno za ljudskost’ (1994; 2011); da je odobravanje gej seksa slično odobravanju ubijanja nevinih ljudi u terorističkom masakru (2011); da vlade i društva treba da ‘obeshrabruju’ ljude da budu gej i treba da podstiču antigay obrazovne programe (1994; 2011); da okolnost što je neko gej treba da se smatra ‘bar negativnom, ako ne diskvalifikatornom’ okolnošću prilikom dopuštanja usvajanja dece (2011); te da može postojati veza između biti gej i zloupotrebljavati decu (2011)“ (Petition 2019). Uz to, navode se i njegovi „drugi oblici diskriminisanja, naime, rasizam i ksenofobija, primerice, kada izjavljuje da će kulturna raznolikost [u Evropi i Britaniji] dovesti do ‘jadā mržnje, krvoprolića i političke paralize’, poredeći postojeću situaciju s bosanskim genocidom u bivšoj Jugoslaviji (2009); kao i kada kaže da je „moderna imigracija neka vrsta ‘obrnute kolonizacije’ (2009)“ (Petition 2019). Konačno, u *Peticiji* se ukazuje i na to da „Finis drži seminare na dodiplomskim i master kursevima: BCL (Bachelor of Civil Law) & MJur (Master of Jurisprudence), koji su glavni kursevi na pravnim studijama; da je to nedopustivo – čoveka s enormnim predrasudama staviti u poziciju [akademske] odgovornosti i vlasti; da to čini da se ljudi pogođeni njegovim diskriminisanjem pitaju da li treba da

pohađaju ove seminare koji su predviđeni da budu glavni izvor poduke na pravnim dodiplomskim i master studijama (BCL & MJur); da je univerzitet mesto na kome se treba usredsrediti na obrazovanje, a ne biti primoran na borbu protiv ili biti poučavan od profesora koji propagiraju mržnju prema studentima koje poučavaju“ (Petition 2019).

U drugom delu *Peticije* traži se da Oksfordski univerzitet razjasni svoju politiku prema diskriminatorskim profesorima tako što će, polazeći od usvojenih etičko-pravnih akata koji promovišu „inkluzivnu kulturu jednakosti i vrednosnih različitosti“ i „pozitivno okruženje u kome se ljudi tretiraju pravično i s poštovanjem – bez uznemiravanja“ (Equality Policy; Free from Harassment Policy), utvrditi koliko *stvarno* stanje stvari odgovara postojećim etičko-pravnim aktima. Jer, u praksi, u ovom momentu, studenti i zaposleno univerzitetsko osoblje moraju da imaju slučaj uznemiravanja, viktimizacije ili zastrašivanja *konkretne* ličnosti od konkretne ličnosti da bi mogli uložiti žalbu protiv profesora. Protiv profesora pak koji se ustremljuju na ljude u nepovoljnom položaju na neki opštiji način, na primer, svojim objavljenim radovima, pomenuta etičko-pravna pravila, izgleda, nisu dovoljna, pa ako neka takva praksa ipak već postoji na Oksfordskom univerzitetu, treba je obznaniti i učiniti dostupnom studentima i zaposlenom univerzitetskom osoblju (Petition 2019).

Na kraju *Peticije* citiraju se *odlomci* iz Finisovih javnih izjava i objavljenih radova *koji su pomenuti* u prvom delu *Peticije*, uz detaljno bibliografsko upućivanje na mesta u Finisovim delima u kojima se ti citirani odlomci nalaze. O njima će biti još reči u nastavku ovog rada.

Do sada Oksfordski univerzitet nije doneo nikakav zvaničan stav ili odluku o *Peticiji*. To, naravno, nije prepreka da se ovde zauzme stav o slučaju Finis. I kako nalažu metodološka pravila, taj stav na početku ima status hipoteze odnosno teze, koju u daljem izlaganju treba valjano argumentovati, dokazati, odnosno obrazložiti ne bi li na kraju mogla biti razložno usvojena – odbranjena, tj. osnovano prihvaćena kao ispravna.

3. OSNOVNE (HIPO)TEZE O SLUČAJU FINIS

Središnja pitanja koja se razmatraju u ovom članku jesu pitanja: (1) da li je Finis prekoračio granice akademske slobode govora i (2) da li su Finisovi stavovi diskriminatorski i fobični ili nisu. Osnovne teze koje se o tim pitanjima ovde zastupaju jesu: Finis nije prekoračio granice akademske slobode i slobode govora, ali jeste zloupotrebio te slobode. Neki od njegovih stavova, kao apstraktno izražena mišljenja, jesu fobični, ali nema dokaza o Finisovom diskriminatorskom ili fobičnom konkretnom ponašanju prema bilo kome.

3.1. Teza o zloupotrebi akademske slobode govora

Teza o zloupotrebi akademske slobode govora biće razrađena u tri koraka. Prvo, određivanjem pojma zloupotrebe prava (ili slobode, ili prava na slobodu) i razgraničavanjem fenomenā (odnosno pojmovā) zloupotrebe prava od prekoračenja ili kršenja prava. Drugo, razmatranjem šta u Finisovom korišćenju pomenutih sloboda jeste a šta nije dobra (odnosno najbolja) akademska praksa, i to na taj način (a) što će se ukazati na pravila akademske poduke, od kojih su neka uspostavljena na univerzitetima u moderno doba, a neka i mnogo pre tog vremena – skoro otkako je univerzitet, i to posebno tako što će se ukazati na obavezu da se u univerzitetskoj poduci razmotre drukčiji i naročito suprotni stavovi (u odnosu na vlastite) o nekom određenom pitanju, (b) tako što će se ispitati neko moguće stručno prihvatljivo obrazloženje za Finisove stavove o bestijalnosti i sl., i (c) tako što će se razjasniti glavno akademsko pravilo (odnosno obaveza) da se profesor pridržava svog predmeta, to jest discipline i njene sadržine, imajući na umu da je Finis profesor prava i Pravne filozofije, a ne profesor Rimokatoličke moralne dogmatike, niti profesor Etike ljudskog seksualnog ponašanja. I konačno, u trećem koraku, neposredno zasnovanom na prethodnom, teza o Finisovoj zloupotrebi akademske slobode govora razrađivaće se raspravljanjem sfere pravno slobodnog prostora (nem. rechtsfreier Raum) da bi se odredilo i objasnilo gde u pravnoj praksi i u pravnoj teoriji treba smestiti određene fenomene o kojima Finis raspravlja i zauzima stavove, a koje potpisnici *Peticije* smatraju neprihvatljivim u oksfordskoj akademskoj zajednici. Krenimo redom.

3.1.1. Prvi korak: Šta je zloupotreba prava

Da bi se za neko ponašanje moglo reći da predstavlja zloupotrebu akademske slobode govora, potrebno je najpre odrediti pojam zloupotrebe prava odnosno zloupotrebe u pravu, ili u pravnom poretku. Pravo je izrazito svrhovit fenomen, pojava koja ima telos, cilj. Dakle, pravo odnosno postojanje prava nije samo sebi svrha, mada i kao sredstvo za ostvarenje cilja ima vrednost po sebi i za sebe. Instrumentalni karakter prava kao sredstva za postizanje određenog cilja ili ciljeva upućuje pak na to da se pravo kao sredstvo uvek može upotrebiti za jedne i zloupotrebiti za druge svrhe, bez obzira na to da li se o takvim (zlo)upotrebama raspravlja u nekom pravnom poretku ili unutar određene pravne teorije.

U kontinentalnoevropskoj teoriji – koja se u ovom pitanju može primeniti i na common law sistem (u kome se doktrina zloupotrebe prava ne sreće), kao što se uostalom zbog pomenute svrhovitosti i instrumentalnosti prava može primeniti i na svaki drugi, bilo koji pravni sistem – mogu se u pravu odnosno u pravnom poretku razlikovati zloupotreba objektivnog prava (engl. abuse of law) i zloupotreba subjektivnog prava (abuse of right). Zloupotreba objektivnog prava jeste zloupotreba pravne

regulative, pravnog regulisanja, koja postoji kada se pravnim normama reguliše nešto što njima ne treba da bude regulisano, na primer, kako, kada i gde poznanici treba da se pozdravljaju ili oslovljavaju. Momentalno nije reč o toj zloupotrebi prava, mada će kasnije i o njoj biti govora. Sada je reč o zloupotrebi subjektivnog prava.

Šta je zloupotreba subjektivnog prava? Da bi se izbegle velike, ovde nepotrebne teorijske rasprave, čini se uputnim držati se najrasprostranjenijih određenja pojmova, pa utoliko i najmanje spornih (Lukić 1975, 273–276; Vodinelić 1997; 2014, 305–318).

Glavne (ili opšte) karakteristike svake zloupotrebe jesu, prvo, da subjekt subjektivnog prava (ili slobode, ili prava na slobodu, ili pak nadležnosti) izgleda kao da se *ponaša u granicama* svog subjektivnog prava (ili slobode, ili prava na slobodu, ili pak svoje nadležnosti) te da, dakle, *ne prekoračuje* svoje ovlašćenje koje ima, to jest koje mu je dato kao subjektivno pravo (ili sloboda, ili pravo na slobodu, ili pak nadležnost), što će reći da to njegovo ponašanje – *stricto sensu*, u užem smislu, a *apstraktno* posmatrano – *ne predstavlja kršenje* tog subjektivnog prava (ili slobode, ili prava na slobodu, ili nadležnosti). No, premda se, apstraktno posmatrano, kreće u granicama svog subjektivnog prava, subjekt – i to je drugi element pojma zloupotrebe – tim svojim ponašanjem škodi drugome, onemogućavajući ga da potpuno ili delimično koristi svoje pravo (ili, uopšte, pravno ovlašćenje) (Lukić 273–276), odnosno da uživa u svom pravno zaštićenom dobru. Pri tome, da bi neko konkretno ponašanje bilo kvalifikovano kao zloupotreba subjektivnog prava, neophodno je i da, osim tih dveju glavnih (ili opštih) karakteristika, ima bar jedan od sledećih konkretnih (ili posebnih) vidova – da je, naime, to konkretno ponašanje ili šikanozno (i to je jedini vid zloupotrebe u kome mora da postoji namera škođenja), ili beskorisno, ili nesrazmerno, ili protivciljno, ili neprimereno, ili protivrečno, ili nemoralno, ili pak nepravično (u ovih ostalih sedam konkretnih vidova zloupotrebe ne mora postojati namera škođenja) (Vodinelić 1997; 2014, 305–318).

Treba dodati da smatramo da suštinski nema pravnih razlika između subjektivnih prava, sloboda, i pravā na slobodu, da su to samo terminološke razlike, shodno različitim tradicijama u imenovanju suštinski istih pravnih pojava, te da je reč o jednom istom pravnom fenomenu – subjektivnom pravu – i kada se razmatra neka sloboda, na primer, akademska sloboda, ili sloboda govora, odnosno pravo na akademsku slobodu, ili pravo na slobodu govora. A stoga nema ni suštinskih pravnih razlika između zloupotrebama tih fenomena.

Takođe treba dodati – mada to za ovo razmatranje nije bitno – da smatramo da u osnovi nema suštinskih razlika ni između zloupotrebe subjektivnog prava i zloupotrebe nadležnosti, jer su to zloupotrebe dveju vrsta pravnih ovlašćenja (uporediti Lukić 1975, 270–276).

Dakle, da bi se dokazala teza o Finisovoj zloupotrebi akademske slobode govora, najpre treba pokazati zašto su neka njegova konkretna ponašanja samo privid korišćenja te slobode i da li je to ponašanje nanelo štetu drugima u korišćenju njihovih prava, konkretno, naročito prava na ljudsko dostojanstvo, odnosno da li ih to ponašanje potpuno ili delimično onemogućava da uživaju u svojim pravno zaštićenim dobrima, a naročito u svom ljudskom dostojanstvu. Odgovorima na te zahteve i pitanja posvećen je drugi korak.

Da bi se taj drugi korak načinio u pravom pravcu, treba imati na umu da sloboda govora i akademska sloboda govora nisu identične: *speakers' corner* (u Hajd parku, ili drugde) i katedra (na Oksfordu, ili drugde) ne podrazumevaju istu slobodu niti ista ograničenja. Akademska sloboda govora za katedrom ima odavno svoja tipična pravna i etička ograničenja, u nekom smislu veća, a u drugom smislu manja, ali svakako drugačija u odnosu na onu prvu slobodu (Roberts 2000).

3.1.2. Drugi korak: Šta je dobra (ako već ne najbolja) akademska praksa

Ideja dobre ili najbolje moguće prakse (*praxis*, bios praktikos, *vita activa*, *res humanae*) veoma je stara filozofska ideja, ali se kao *najopštija* razrađena *doktrina* najbolje prakse koja bi mogla biti primenjiva u *raznim* oblastima u javnoj sferi javlja na početku ovog milenijuma (Bardach 2000). Međutim, ovde je reč samo o jednoj specifičnoj, univerzitetsko-akademskej praksi. A univerziteti su od svoje pojave, još kao srednjovekovni univerziteti u Evropi 11–15. stoleća (u koje, kao jedan od najstarijih, Univerzitet u Oksfordu nesumnjivo spada), pa i nadalje kao moderni univerziteti – a svi su pak od početka obuhvatali i pravnu poduku – vrlo rano postavili neka pravila dobre (ako ne i najbolje) univerzitetsko-akademske prakse, čija je relevantnost i danas nesumnjiva (Hasanbegović 2000, 476–489).

3.1.2.1. (a) drugog koraka: O pravilima poduke na srednjovekovnim i modernim univerzitetima

Ne baš na samom početku univerziteta i bolonske pravne renesanse, među glosatorima, ali već među postglosatorima, ili komentatorima, ili koncilijatorima, kako se još nazivaju, dakle, od kraja 13. veka, kroz 14. do 15. veka, pa i nadalje, i to ne samo u postglosatorskom glavnom sedištu u Orleanu u Francuskoj nego i drugde, po Italiji, na primer, uobličavane su školska formula i forma predavanja.

Ne ulazeći u detalje, treba objasniti da je školska formula shema razmatranja i rešavanja problema, tj. *questio*. To je postupak koji se u klasičnom obliku sreće i kod Tome Akvinskog (1225–1274) i kod Barto-

lusa de Sasoferata (Sassoferrato ili Saxoferrato, 1313–1357), možda najznačajnijeg postglosatora, po kome je stvorena krilatica: nisi jurista ako nisi bartolista (ili: nema pravnika ako ne poznaje Bartolusove stavove) – nemo iurista nisi bartolista. Bartolus je postupao po klasičnoj školskoj formuli i u svojim consilia (saveti) i u svojim commentaria (komentari). Taj postupak se sastoji, najpre, iz utvrđivanja, postavljanja problema, zatim u izlaganju i razmatranju bliskih, lako razumljivih gledišta o njemu, potom u izlaganju i razmatranju protivrečnih, suprotnih gledišta, i najzad, u izlaganju rešenja, posle koga eventualno može doći otklanjanje prigovora koji se tom rešenju upućuju ili bi se mogli uputiti. Dakle, izlaganje i razmatranje suprotnih gledišta prilikom zauzimanja stava o nekom pitanju, tj. problemu, jeste norma još iz školske formule postglosatora (Pringsheim 1921, 273–283; Viehweg 1974, 70–72; Hasanbegović 2000, 487).

Veoma slična školskoj formuli jeste shema izlaganja korišćena na predavanjima – lectiones, lecturae. Forma predavanja je obuhvatala: uvodnu napomenu (s objašnjenjem termina i sl.); misaono razlaganje tumačenog teksta i njegovo ponovno sažimanje; ilustrovanje konkretnim primerima ili slučajevima; čitanje (citiranje, navođenje) i tumačenje izvora; obrazlaganje odluke, to jest rešenja; ostale napomene uključiv i postavljanje (novih, opštih) pravila; te sasvim na kraju, razmatranje suprotstavljenih odgovora i postojećih kontroverzi, što je zahtevalo veliko znanje i istu takvu dijalektičku veštinu. Posebno treba istaći da je čitava materija još mnogo produbljenije pretresana i razlagana na zajedničkim nedeljnim raspravama nego na osnovnim, redovnim predavanjima (Viehweg 1974, 73–76; Hasanbegović 2000, 488).

Kada je reč o modernim univerzitetima, još pre Kanta (1724–1804) postojalo je pravilo da se na predavanjima ne izlažu sopstveni pogledi ili sopstvena obrada predmeta. To se ostavlja za sopstvena originalna dela koja nemaju priručnički, udžbenički karakter. Za osnovu predavanja pak uzima se neki već postojeći priručnik. Možda najpoznatiji takav primer jesu Kantova višedecenijska predavanja iz logike (1755/56–1798) i njegov priručnik za predavanja – *Logika* (1800), koji se oslanjaju na Majera (Georg Friedrich Meier, 1718–1777, *Auszug aus der Vernunftlehre*, 1752), premda je Kant prema Majerovim stavovima imao vrlo rano za sebe ispisane kritičke primedbe i komentare, i premda se Kantovi temeljni stavovi o logici, koji pripadaju razdoblju kritičkog mišljenja i već su bili izraženi u *Kritici čistog uma*, suprotstavljaju ovima (Damjanović 1976, 7–14). Dakle, na univerzitetu na predavanjima i u udžbenicima može biti izlaganja materije određene discipline bez razmatranja spornih pitanja o kojima postoje različita, pa i suprotna shvatanja – što zavisi od zahtevanog akademskog nivoa predavanja i udžbenika odnosno učila – ali se u tom slučaju ni sopstveni stavovi i argumenti za njih *ne* izlažu osim

ako ne pripadaju opšteprihvaćenim ili daleko preovlađujućim pogledima na pitanja i probleme materije date akademske discipline.

U Finisovim naučnim radovima u kojima se nalaze sporni stavovi navedeni u *Peticiji* nema relevantnih izlaganja i razmatranja suprotnih gledišta, pogotovu ne naučno, epistemološki i metodološki relevantno zasnovanih razmatranja tih spornih stavova. Na primer, svoj stav da okolnost što je neko gej treba da se smatra bar negativnom, ako ne diskvalifikatornom okolnošću prilikom dopuštanja usvajanja dece, zatim stav da može postojati veza između biti gej i zloupotrebljavati decu (Finnis 2011a, 38, 42; 2011b, 21, 23–24), jednako kao i stav da homoseksualno ponašanje jeste zlo, nešto pogrešno i loše ne samo za društvo i državu nego i za bilo kog nesrećnika koji ima urođene ili kvaziurođene homoseksualne sklonosti, pa država i društvo treba da obeshrabruju ljude da budu gej i da podstiču antigej obrazovne programe (Finnis 1994a, 17, 14; 1995; 1997a; 2011d, 334–336, 351) – sve te i druge slične stavove Finis izvodi pre svega iz svoje sopstvene opšte i pravne filozofije, koju pak decenijama zasniva, kao što je poznato, na argumentima autoritetā, prevashodno na autoritetu Tome Akvinskog (Finnis 1994a; 1995; 1997a; 2011d; 1997b; 2011e; 2008; 2011f; 2011a, 20, fn 61–62; 2011b, fn 61–62), o čemu u zborniku Finisovih eseja *Ljudska prava i opšte dobro* veoma rečito svedoči i imenski Index, u kojem se tek za pojedina imena daje i manje-više iscrpan stvarni registar, i gde je predmetno najiscrpnija i najduža odrednica ona za Akvinskog (Finnis 2011c, 411–429, posebno 411–412), a potom ona Aristotelova (Finnis 2011c, posebno 412–413). Finis ne izvodi gore primerice pomenute stavove, kao ni najveći broj ostalih svojih stavova, iz savremenih naučnih istraživanja i na njima metodološki zasnovanih naučnih stanovišta, pa (i) utoliko mnoga njegova izlaganja predstavljaju zloupotrebu slobode akademskog govora. Uzorani, suprotan primer predstavljaju radovi našeg sociologa Slobodana Antonića (1959–), koji je u nekim svojim stavovima blizak Finisu, ali te svoje stavove zasniva na kritičkim metodološkim razmatranjima naučnih pristupa, obrada, pa onda i naučnih uvida (suprotnih ili drugačijih od svojih vlastitih – Antonićevih) do kojih se došlo u istraživanjima tih problema (Antonić 2014, posebno 97–139, gl. III „Istopolne porodice“: ideja i osporavanje; zatim 141–173, gl. IV „Deca u ‘istopolnim porodicama’: pregled debate“; i 175–218, gl. V „Školska ‘kvir inkluzija’: težnje i otpori“).

O Finisovim predavanjima ovde se ne može mnogo reći,¹ osim što se na osnovu *Peticije* i broja njenih potpisnika može pretpostaviti da su predavanja manje-više iste sadržine kao i Finisovi spisi. Utoliko bi se

¹ Autorka posebno zahvaljuje profesorki Mariji Karanikić Mirić, koja je akademske 2006/07. godine, tokom svog istraživačkog boravka na Trinitu koledžu, kao oksfordski student postdiplomskih studija slušala kurs iz Filozofije prava profesora Finisa i ne samo što joj je prenela svoje utiske i iskustva s tih predavanja nego joj je i veoma pomogla i olakšala prikupljanje nekih delova nedostajuće primarne literature.

onda sadržini tih predavanja mogle uputiti slične primedbe kao one koje su ovde izrečene o Finisovim spisima.

3.1.2.2. (b) drugog koraka: Finisovi stavovi o bestijalnosti

Reč *bestijalnost* u srpskom jeziku ima veoma retko, a stoga možda kao poslednje u nizu značenja, značenje *skotološtva* ili *seksualnog odnosa čoveka i životinje*. Upravo je suprotno u engleskom jeziku, pa i Finis takođe koristi reč *bestijalnost* u tom značenju i za to se njegovoj takvoj upotrebi te reči nema ništa zameriti. Međutim, njegovo shvatanje bestijalnosti kao pojave koju genusno ili specifično izjednačava s nekim drugim pojavama, pre svih s homoseksualnošću, a naročito imajući na umu razloge tog izjednačavanja, izaziva i mora izazvati na početku 21. veka bar neke stručne nedoumice, zapitanosti, neprihvatanja i otpore. Pogledajmo поближе.

Finis kaže da je „kopulacija ljudi s životinjama neprihvatljiva zato što ljudsku seksualnu aktivnost i zadovoljstvo tretira kao nešto što se traži upravo na način koji je, poput sparivanja životinja, odvojen od izraza bilo kog opšteg dobra, i stoga tretira ljudski telesni život – u jednoj od njegovih najintenzivnijih aktivnosti – kao puko životinjski. Svojevoljno genitalno sparivanje osoba istog pola neprihvatljivo je iz veoma sličnih razloga“ (Finnis 1992). U takvom i sličnom izjednačavanju bestijalnosti i homoseksualnosti Finis se uobičajeno oslanja na velike autoritete. Tako, raspravljajući o Kantovom konceptu protivprirodnih krivičnih dela, koja su tako nazvana jer su upravljena protiv čovečanstva odnosno čovečnosti, navodi da tu spadaju: silovanje, pederastija i bestijalnost (Finnis 1987, 433–456; 2011g, 47–71, posebno 61–71). Kasnije će opet reći i ponoviti da je posthrišćanska moralna filozofija Imanuela Kanta identifikovala da se (po)grešnost masturbacionog, homoseksualnog i bestijalnog ponašanja sastoji u instrumentalizaciji nečijeg tela te stoga („pošto je ličnost apsolutno jedinstvo“) u onom „(po)grešnom prema čovečnosti-čovečanstvu u našoj sopstvenoj osobi“ (Finnis 1994b; 1996; 2011h, posebno 104 fn 80; a identično i u 1994a; 1995; 1997a; 2011d, posebno 342 fn 17). Kada te pojave posmatra s gledišta Tome Akvinskog, pitajući se koji je među tim aktima najgori, Finis ističe da Endru Kapelmen (1957–) preteruje kad kaže da su za Akvinskog homoseksualni akti jedinstveno monstruozni; te da je za Akvinskog bestijalnost gora vrsta predavanja nerazumnoj, razornoj želji za zadovoljstvom, a da su silovanje i preljuba mnogo gori u smislu nepravde (Finnis 1994a; 1995; 1997a; 2011d, posebno 347 fn 27). Finis tu zaključuje takođe da seksualni akti u koje su uključeni istopolni partneri (s namerom da njihovi akti kulminiraju u orgazmičkom zadovoljstvu pomoću prsta u vagini, penisa u ustima itd., itd.) ostaju nebračni, i tako nerazumni i (po)grešni i kada ih na sličan način izvodi bračni par (Finnis 1994a; 1995; 1997a; 2011d, posebno 347–348). Konačno, opet

razmatrajući homoseksualnost, bestijalnost i druge srodne pojave shodno shvatanjima nekih velikih autoriteta, te kritikujući Džona Bozvela (1947–1994) za namerno iskrivljeno predstavljanje odnosno tumačenje Akvinskog, Finis ukazuje na to da Akvinski duguje Aristotelu (384–322) povezanje i svrstavanje u istu grupu: kanibalizma, bestijalnosti, koprogagije i homoseksualnih akata – kao protivprirodnih zadovoljstava, jer Akvinski taj stav preuzima iz *Nikomahove etike* (7.5) (Finnis 1997b; 2011e, posebno 370–372).

Ovaj kratki prikaz Finisovog shvatanja i bavljenja bestijalnošću kao fenomenom ljudske seksualnosti koji je sličan ili istovrstan s homoseksualnošću ima za cilj da pokaže, s jedne strane, razmere Finisovog bavljenja tom temom, a s druge, jednako bitno pitanje metodologije bavljenja njome. Smatramo da su to pitanja koja su relevantna za obe ovde zastupane teze o slučaju Finis, jer sadrže značajne argumente, pa ćemo se na njih vratiti kada budemo izvodili konačne zaključke o tim tezama. A sada najpre završimo izlaganje o dobroj akademskoj praksi.

3.1.2.3. (c) drugog koraka: Akademsko pravilo, to jest obaveza da se držimo svog predmeta, odnosno discipline

Akademski obaveza da se na predavanjima, u istraživanjima i stručnom spisateljstvu svako pridržava svoje discipline – njenog predmeta i metoda, naravno, ne znači da i u naše vreme ne treba tražiti pravu meru između visoke i duboke ali uske stručnosti, s jedne strane, i interdisciplinarnih uvida širokog i dalekog horizonta, s druge. Nikako. U tom smislu treba imati na umu da je Finis profesor prava i profesor filozofije prava. I uzimajući sve to u obzir, Finisu se može zameriti što je preterano a predmetno i epistemološko-metodološki neosnovano zalazio u druge manje-više srodne oblasti i što u svojoj oblasti uopšte nije doticao neka pitanja, ili ih nije obrađivao u adekvatnoj meri, ili ih nije obrađivao na način koji je metodološki poželjan i neophodan. Konkretizujmo to primerima.

Za savremeno razumevanje fenomena homoseksualnosti i zauzimanje valjanog moralnog i političko-pravnog stava prema toj pojavi – u oblasti ustavnog prava i bračne, porodične, krivične i mnoge druge legislative – važno je osvetliti šta su tokom istorije o tom fenomenu mislili i rekli veliki umovi, ali i šta kažu naši savremenici. Zato Finisovo upućivanje na Sokrata, Platona, Ksenofona, Aristotela, Plutarha, Gaja Musonija Rufa, Avgustina, Tomu Akvinskog, Kanta i druge jeste prosvetujuće i značajno (Finnis 1994b; 1996; 2011h; 2008; 2011f; 1994a; 1995; 1997a; 2011d), ali nije dovoljno. Nije dovoljno zato što, primerice, pouzdano znamo da nam je danas stav jednog od tih najvećih umova – Aristotelov stav *o ropstvu* sasvim neprihvatljiv. Moramo biti svesni da slično može biti i s homoseksualnošću.

Iako je istorija učiteljica života, za razumevanje homoseksualnosti i zauzimanje valjanog etičkog i pravnog stava prema njoj, dakle, nije dovoljno poznavati samo istoriju te ideje, pa čak nije dovoljno uz nju poznavati i moralnu i pravnu istoriju legislative i sudske prakse u vezi s homoseksualnošću u raznim vremenima i raznim zajednicama. Neophodno je imati na umu nova naučna istraživanja i saznanja – biološka, psihološka i sociološka, pre svih. A to je ono što kod Finisa potpuno nedostaje, a što postoji kao rezultat raznih savremenih naučnih istraživanja, i što, rečeno je, Antonić kritički uzima u obzir (Antonić 2014, tu posebno videti Navedenu građu: 261–308, koja je, pomenimo i to, najvećim delom na engleskom).

Kada Finisu zameramo to što nije uzeo u razmatranje nove naučne – biološke, psihološke, sociološke i dr. – rezultate u istraživanju homoseksualnosti, i to bar na nivou obaveštenja o njima, bez obzira na potonje zauzimanje bilo pozitivnog bilo negativnog kritičkog stava prema tim istraživanjima i njihovim rezultatima, mislimo, pre svega, na Finisov epistemološko-metodološki pristup. Smatramo, naime, da savremeni pristup i stavovi o homoseksualnosti ne treba da se zasnivaju samo na nizu argumenata autoriteta koji počinje, na primer, sa Sokratom (ili Starim zavetom – svejedno), pa ide preko Platona, Aristotela, Plutarha, Avgustina, Akvinskog (i dr.) i završava se s Kantom, kao vrhovnim posthrišćanskim (to jest modernim) moralno-filozofskim autoritetom. Tu zamerku Finisovom epistemološko-metodološkom pristupu pojačava okolnost što je svoje radove (kako je ovde već pokazano) objavljivao u više navrata. A svako novo publikovanje jeste, naime, ne samo prilika nego i naučničko-akademska obaveza da se već ranije objavljeni tekstovi upotpunjuju bilo novim relevantnim saznanjima o predmetu, bilo osvrtima na izrečene kritike, naravno, ako ih je bilo.

Istine radi, treba reći i da u Finisa ima izlaganja stavova savremenika i gledišta koja su suprotna od Finisovih, ali se i jedni i drugi odnose pre svega na suprotstavljene stavove i interpretacije Platona, Akvinskog ili Kanta i dr., dakle, opet na istoriju ideja o homoseksualnosti. Tim povodom treba reći da smatramo da je Finis u pravu u svom kritičkom suprotstavljanju Marti Nusbaum (1947–), Kapelmenu i Bozvelu i nekim drugim autorima (Finnis 1994b; 1996; 2011h; 2008; 2011f; 1994a; 1995; 1997a; 2011d). Ali, isto tako, koliko god bilo važno za istoriju ideja i njihovu valjanu recepciju, to uopšte nije bitno za naš današnji stav prema homoseksualnosti. Jer, argument (velikih istorijskih) autoriteta, kao što je rečeno, ne može danas biti presudan i eo ipso pomoći formiranju našeg valjanog stava.

Konačno, kada je reč o Finisovim obimnim i detaljnim izletima u istoriju etike i posebno u istoriju etike ljudske seksualnosti, u kojima se, govoreći o pojavama navodno srodnim homoseksualnosti, bavi bestijal-

nošću, pederastijom, kanibalizmom, koprofagijom, silovanjem, masturbacijom, moralno grešnim seksualnim praksama heteroseksualnih bračnih parova itd., itd., nema sumnje da time izlazi iz okvira predmeta filozofije prava (slično Zdravković 2008, 111–112, 118–124). A s druge strane, čini se da takvo i toliko bavljenje tim pojavama kao srodnim homoseksualnosti mora izazvati – ne samo u homoseksualaca – osećaj povrede dostojanstva homoseksualnih osoba iako to verovatno nije bila Finisova namera. No, za postojanje zloupotrebe akademske slobode govora, kao što smo videli, postojanje takve namere najčešće i nije bitno odnosno neophodno.

Ako pak pokušamo da objasnimo otkuda ti Finisovi izleti u izvan-filozofskopravno područje i pogotovo zašto su tog tipa i tako velikog obima, priznajemo da možemo ostati samo na nivou utisaka. Finis ne želi da iskaže svoje stavove o homoseksualnosti *expresis verbis*, ali želi da ih učini ne samo jasnim nego i uverljivo obrazloženim po svojoj meri. Ti njegovi stavovi jesu izraz njegovih dubokih uverenja. Njegov pogled na svet (njegov svetonazor), njegova opšta, moralna i pravna filozofija veoma su tesno i nerazmršivo povezani. To za filozofiju prava katkad nije dobro, jer mora platiti (dogmatski) danak (čvrstini uverenja o) određenim moralnim nazorima (u ovom slučaju – rimokatoličkom svetonazoru i etici). Finis ima negativan moralni (tj. prirodnopravni) stav prema homoseksualnosti, ali, pošto pravni (tj. pozitivnopravni) stav prema homoseksualnosti nije više negativan, obavezan je da taj fenomen toleriše u praksi. Finis ima jak negativan stav prema životnoj zajednici dva istopolna partnera iako ona danas u pojedinim pravnim porecima uživa pozitivnopravnu zaštitu. Ta se zajednica, po njemu, pozitivnopravno može pod određenim pravnim uslovima zvati brakom, ali nikad ne može imati suštinske odlike braka. Pored toga, stiče se utisak, iako to Finis ne kaže izričito, da on nije za to da životna zajednica dva istopolna partnera uopšte bude pravno priznata, registrovana i zaštićena, makar se pozitivnopravno i ne zvala brakom. Štaviše, premda nije protiv dekriminalizacije homoseksualnih veza, ima se utisak kao da ne misli da je iskazivanje homoseksualnih naklonosti u javnosti – isključivo pitanje ukusa, već kao da je u njegovim očima (zbog uticaja koji ima na vaspitanje i uopšte formiranje moralnih stavova u društvu) – (bar lakši moralni) prestup. Na kraju, Finis je i protiv pravne mogućnosti da istopolni bračni partneri usvajaju decu sve dok za to ima heteroseksualnih aspiranata, ali ni taj svoj stav uopšte ne obrazlaže, pogotovu ne oslanjajući se na savremena naučna istraživanja i stavove (drugačije, kao što je rečeno, Antičić 2014).

Ostao nam je još treći korak zarad celovitog razmatranja teze o Finisovoj (ne)zloupotrebi akademske slobode govora.

3.1.3. Treći korak: Šta je pravno slobodan prostor

S obzirom na to da li su ili nisu regulisani (pozitivnim) pravom, sve društvene odnose, to jest celokupnu društvenu sferu, možemo podeliti na sferu pravnih odnosa – pravnu sferu u širem smislu, i na sferu ostalih društvenih odnosa, to jest onih nereguliranih pravnim ili bilo kojim drugim normama – pravno slobodnu sferu u širem smislu. No, sve društvene odnose možemo podeliti i po drugom kriterijumu, takođe vezanom za pozitivno pravo, na one društvene odnose koji *treba* da budu regulisani pravom (na primer, svojina, to jest svojinski odnosi) i one koji *ne treba* da budu regulisani pravnim normama (na primer, međusobno oslovljavanje ljudi).

Kada se pak ta dva kriterijuma ukrste, to jest primene istovremeno, razlikuju se četiri vrste (ne)povezanosti društvenih odnosa s pozitivnopravnom regulativom: (1) društveni odnosi koji *jesu i treba* da budu pozitivnopravno regulisani (/valjano/ pozitivno pravo), (2) oni koji *nisu a treba* da budu pozitivnopravno regulisani (pravne praznine), (3) oni koji *nisu i ne treba* da budu pozitivnopravno regulisani (pravno slobodan prostor u užem smislu) i (4) oni društveni odnosi koji *jesu a ne treba* da budu pozitivnopravno regulisani (zloupotreba pravne forme, to jest zloupotreba objektivnog prava) (Lukić 1975, 254–258).

Ne upuštajući se u velike teorijske rasprave ni ovim povodom, gde primerice spadaju pitanja: ima li ili nema pravnih praznina u pravnom sistemu, jesu li pravni sistemi otvoreni ili zatvoreni, u čemu je razlika između pravne praznine, pravne jame, rupe u zakonu itd., itd., treba ipak staviti jednu terminološku napomenu. Na nemačkom se za pravno slobodan prostor, i to i u širem i u užem smislu koristi izraz *rechtsfreier Raum*, dok se u engleskom najčešće koristi neuspela metafora *legal vacuum*, ili čak *legal lacuna*, mada je, smatramo, jedino valjan nemetaforični izraz *sphere unregulated by law*.

Napomenimo samo usput i to da bi se tim dvama (/pozitivno/pravnim) kriterijumima mogao dodati i treći (prirodno)pravni, pa bi se moglo postaviti pitanje da li neko već valjano određeno pozitivno pravo jeste ili nije istovremeno i sadržinski (ili pravno-tehnički) dobro. Na primer, da li su svojinski odnosi u nekom pravnom sistemu pravedno regulisani tim pozitivnim pravom; da li zabranu diskriminacije zbog seksualne orijentacije treba uneti u ustavnu odredbu ili pak samo u odgovarajući zakon. Premda bi i jedna ovakva analiza Finisovih stavova bila veoma zanimljiva, ona bi izašla daleko izvan okvira ove teme, pa stoga ostajemo samo na prva dva kriterijuma: pravne (ne)reguliranih društvenih odnosa i društvene (ne)potrebnosti tog pravnog regulisanja.

U naše vreme pravo po pravilu ne reguliše seksualne odnose odraslih, zrelih ljudi, u koje ovi stupaju svojevolljno. Eventualni izuzeci su

preljuba i prostitucija, koje su u ovom smislu relevantni, zasebni pravni instituti u pojedinim savremenim pravnim sistemima. Dakle, svojevolljni seksualni odnosi odraslih, zrelih ljudi danas po pravilu spadaju u pravno slobodan prostor, i to u pravno slobodan prostor u užem smislu, tj. sferu međuljudskih odnosa koja nije i ne treba da bude regulisana (pozitivnim) pravom. Istina, za razliku od države i njenog pozitivnog prava, mnoge crkve su svojim normama regulisale te odnose, a i svaki odrastao, zreo pojedinac ima svoje moralne nazore (to jest norme) o tome. Zašto je to važno?

Smatramo da predstavlja zloupotrebu akademske slobode govora u oblasti filozofije prava kada se neko bavi pitanjima koja spadaju u pravno slobodan prostor, ili kada se neko detaljno bavi navodno srodnim ili pak veoma udaljenim pitanjima iz istorije neke ideje (u ovom slučaju ideje o homoseksualnosti), a ne bavi se bitnim nepravim pitanjima – savremenim sociološkim, psihološkim, biološkim i drugim rezultatima – bez kojih se ne može zauzeti valjan moralni i političko-pravni stav o toj pojavi. Ovo iz sledećih razloga:

Prvo, stoga što bavljenje kako pitanjima koja spadaju u pravno slobodan prostor, tako i navodno srodnim ili pak veoma udaljenim pitanjima iz istorije ideja stvara *privid* da se neko kreće u granicama akademske slobode govora, mada je to govor koji uopšte nije predmetno relevantan ili je vrlo malo relevantan.

Drugo, stoga što bavljenjem tim pitanjima autor (možda nesvesno i nenamerno) stvara još jedan *privid*, naime, da je njegov pogled na svet i na pojave u njemu (pa i pogled na homoseksualnost) jedino ispravan, jer su njegovi autoriteti vrhovni, pri čemu je izostalo razmatranje savremenih rezultata raznih relevantnih naučnih disciplina. Takav nekritički epistemološko-metodološki pristup nije svojstven filozofiji, pa ni filozofiji prava.

Treće, takvo bavljenje navedenim pitanjima (tj. pitanjima koja spadaju u pravno slobodan prostor, kao i navodno homoseksualnosti srodnim a u stvari veoma udaljenim pitanjima iz istorije ideja) jeste atak na ljudsko dostojanstvo homoseksualnih osoba, iako najverovatnije takvo bavljenje tim pitanjima nije preduzeto s tom namerom.

Sve u svemu, kada se uzme u obzir sve gore navedeno, izgleda da se može zaključiti da Finisov način bavljenja homoseksualnošću i srodnim pojavama, tj. akademski govor o toj temi i povodom nje, na nemalom broju mesta u njegovim spisima ima sve elemente zloupotrebe akademske slobode govora.

Ostalo je još da se kaže nešto o drugoj ovde zastupanoj osnovnoj tezi, koja se odnosi na eventualnu diskriminatornost i fobičnost Finisovih stavova.

3.2. Teza o (ne)diskriminatornosti i (ne)fobičnosti Finisovih stavova

Najpre o diskriminaciji. Ne ulazeći ni ovim povodom u teorijska razmatranja o diskriminaciji, pa ni ona Finisova, osvrnućemo se samo na tri najosnovnija načina ispoljavanja diskriminacije u pravu, kao pravno neprihvatljivog pravljenja razlika. Može se raditi: (A) ili o pravno nedozvoljenom pravljenju razlika ponašajući se na određeni način u praksi, u životu; (B) ili o nelegitimnom i nelegalnom zalaganju za pravno-političko ukidanje ili uspostavljanje razlika (ovde, u Finisovom slučaju, najčešće zbog određene seksualne orijentacije); (C) ili o filozofskom i naučnom opisivanju sličnosti i razlika i na osnovu toga zauzimanju pravno neprihvatljivih, diskriminatornih vrednosnih stavova, koji pak mogu ali ne moraju uticati i na prethodna dva načina ispoljavanja diskriminacije.

Dakle, povodom diskriminacije u pravu, reč može biti: (A) bilo o pravno (ne)dozvoljenom različitom tretiranju konkretnih ljudi, to jest o konkretnim aktima diskriminacije; (B) bilo o (ne)legitimnom i (ne)legalnom pravno-političkom zagovaranju diskriminacije po osnovu (homo)seksualne orijentacije, to jest o zagovaranju određenih ustavno-zakonskih rešenja (na primer, o pravnoj nemogućnosti sklapanja braka homoseksualaca; ili o njihovoj pravnoj mogućnosti registrovanja zajednice koja se ne zove brak i vodi se u odvojenom registru; ili o njihovoj pravnoj nemogućnosti usvajanja dece; ili o toj mogućnosti, ali tek ako nema heteroseksualnih aspiranata itd., itd.); (C) bilo o iskazivanju opštih filozofsko-naučnih stavova o homoseksualnosti i srodnim pojavama te filozofskom i naučnom opisivanju sličnosti i razlika među njima i zauzimanju diskriminatornih vrednosnih stavova, koji mogu imati uticaja na prethodne dve grupe stavova o diskriminaciji, ali ne moraju biti iskazani s tom namerom.

(A) U Finisovom slučaju nema optužbi za neko konkretno diskriminatorno ponašanje prema bilo kome, niti ima ikakvih posrednih saznanja, izjava ili dokaza o tome. I pošto je to u dosadašnjoj praksi oksfordske univerzitetske zajednice bio jedino relevantan vid diskriminacije (Equality Policy; Free from Harassment Policy; Petition 2019), možemo zaključiti da u tom smislu u Finisovom slučaju nema diskriminacije. No, *Peticija* je pokrenuta i da bi se u toj akademskoj zajednici počelo s uzimanjem u obzir i zauzimanjem stava i prema drugim (ovde pomenutim pod (B) i (C)) vidovima diskriminisanja (Petition 2019).

(B) Što se pak tiče Finisovog zalaganja za pravno-političko ukidanje ili uspostavljanje razlika zbog određene seksualne orijentacije, to jest zagovaranja u tom smislu određenih ustavno-zakonskih rešenja, treba razlikovati dve stvari: prvo – Finisov eventualni neposredni političko-pravni angažman za određena diskriminatorna ustavno-zakonska rešenja, i drugo, Finisovo eventualno eksplicitno zalaganje i zagovaranje u njego-

vim filozofsko-teorijsko-naučno-pravnim spisima raznih mogućih diskriminatorских normativnih rešenja, na primer, tako što u njima analizira i argumentuje s diskriminatorских pozicija, pa potom i kritikuje jedna, ili predlaže druga diskriminatorська ustavna i zakonska rešenja bilo *de lege lata* bilo *de lege ferenda*.

(B) Prvo, jedini (nama) poznati slučaj Finisovog političko-stručnog angažmana u tom smislu jeste njegovo svedočenje pred Vrhovnim sudom Kolorada u prilog Amandmanu 2 (iz 1992) na Ustav Kolorada, kojim se zabranjuje bilo kakva pozitivna antidiskriminatorська pravna zaštita lezbijkama, biseksualcima i gejevima. Taj amandman je uspešno osporen pred Vrhovnim sudom Kolorada, a stigao je i do Vrhovnog suda SAD.² Svedočeći 1993. godine pred Vrhovnim sudom Kolorada u prilog Amandmanu 2, Finis je rekao: „Politička zajednica koja smatra da su stabilnost i vaspitna dobroćinost porodičnog života od fundamentalnog značaja za sadašnjost i budućnost porodice može s pravom smatrati svojim neospornim interesom da negira da je homoseksualno ponašanje – ‘gej životni stil’ – valjan, ljudski prihvatljiv izbor i oblik života te može učiniti bilo šta primereno što može da odvraća od takvog ponašanja“ (prema Bamforth 1997, 14). Čini nam se da je to nesumnjivo diskriminatoran, ali i nesumnjivo legitiman i legalan stav. Sadržinski je diskriminatoran, ali je pravno-politički legalan i legitiman, jer je zauzet u uslovima pravne, i to sudske rasprave jednog konstitucionalnog pitanja najvišeg ranga i značaja, koje je bilo pokrenuto Amandmanom 2 i u tom momentu je pozitivnopravno stajalo otvoreno.

(B) Drugo, u svojim spisima Finis se ne zalaže neposredno, direktno, izričito za određena političko-pravna konstitucionalna i legislativna rešenja. Čak je upadljivo koliko ne razmatra razna moguća ustavna i zakonska rešenja i odgovarajuće argumentacije za i protiv njih, što, kako smo već ranije rekli, smatramo da nije dobro – ni filozofski ni pravnički stručno posmatrano – jer filozofiju prava, pa i posebne filozofije ustavnog, porodičnog ili bračnog i drugih grana prava veoma udaljava od života, tražeći argumente za pravna rešenja prevashodno u mišljenjima autoriteta, i to istorijski veoma dalekih autoriteta. I o slučaju koloradskog ustavnog Amandmana 2, o kome Finis u svojim spisima govori na više mesta (tek primerice, Finnis 2011a, 16, 99, 111, 345, 352, 372, 378, 385, 387), govori nekako usput, najčešće u fusnotama, osvrćući se češće na raspravu o istoriji ideja, koju je tim povodom vodio s Martom Nussbaum (Nussbaum 1994) i drugima, nego na samo sporno ustavnopravno pitanje. A i kada na retkim mestima govori o tom slučaju, često ga sužava na pitanje prava homoseksualaca na usvojenje te čak i ne izlaže sporni amandman, a kamoli detaljno raspravlja i obrazlaže svoje izrečene sporne argumente u prilog takvom amandmanu. Sve u svemu, u Finisovim spisi-

² The Supreme Court of the US *Romer v. Evans* 517 US 620 (1996).

ma nema ni ovog drugog vida diskriminatorских stavova u bilo kojoj od njihove dve varijante.

(C) Završavajući analizu pitanja (ne)postojanja diskriminacije kod Finisa, ostalo je još da se vidi da li u Finisovim filozofsko-naučnim spisima ima diskriminatorских stavova izuzimajući prethodno razmatrane – pod A i B. Odgovor i na to pitanje je odrečan, jer se pravna diskriminacija i vrednosna diskvalifikacija *ne* poklapaju. Iako Finis ima neke danas mnogima neprihvatljive, a ponekad i pravno neprihvatljive kriterijume razlikovanja i razvrstavanja, kao i izjednačavanja i svrstavanja, ipak se *stricto sensu* ne bi moglo reći da se tu radi o pravnoj diskriminaciji. S druge pak strane, potpuno je normalno i prirodno što oni koji čitaju ili slušaju Finisa pretpostavljaju da je takve svoje filozofskopravne i teorijskopravne stavove izrekao kao ispravne i istinite da bi ti stavovi u nekom vidu našli svoje praktično-pravno otelovljenje, pa ih stoga doživljavaju kao pravno diskriminatorске. Podsetimo se samo takvih ovde ranije pomenutih stavova: da je svojevolutno genitalno sparivanje osoba istog pola neprihvatljivo iz veoma sličnih razloga iz kojih je neprihvatljiva kopulacija ljudi s životinjama; da može postojati veza između biti gej i zloupotrebljavati decu; da homoseksualno ponašanje jeste zlo, nešto pogrešno i loše ne samo za društvo i državu nego i za bilo kog nesrećnika koji ima urođene ili kvaziurođene homoseksualne sklonosti; stav o istovrsnoj (po)grešnosti masturbacionog, homoseksualnog i bestijalnog ponašanja; da su nebračni, nerazumni i (po)grešni oni seksualni akti u koje su uključeni istopolni partneri (s namerom da njihovi akti kulminiraju u orgazmičkom zadovoljstvu pomoću prsta u vagini, penisa u ustima itd., itd.) i onda kada ih na sličan način izvodi bračni par; da, kao protivprirodna zadovoljstva, spadaju u istu grupu pojava: kanibalizam, bestijalnost, koprofagija i homoseksualni akti; da homoseksualno ponašanje – „gej životni stil“ – nije valjan, ljudski prihvatljiv izbor i oblik života te da politička zajednica može učiniti bilo šta primereno što može da odvrti od takvog ponašanja.

Podsetimo, u drugom delu *Peticije* traži se da Oksfordski univerzitet razjasni svoju politiku prema diskriminatorским profesorima, između ostalog, i zato što *stvarno* stanje stvari *ne* odgovara ciljevima „inkluzivne kulture jednakosti i vrednosnih različitosti“ i „pozitivnog okruženja u kome se ljudi tretiraju pravično i s poštovanjem – bez uznemiravanja“ (Equality Policy & Free from Harassment Policy), koji se u tim aktima promovišu (Petition 2019). U *Peticiji* se ističe da u praksi, u ovom momentu, studenti i zaposleno univerzitetско osoblje moraju da imaju slučaj uznemiravanja, viktimizacije ili zastrašivanja *konkretne* ličnosti od konkretne ličnosti, dok se protiv profesora koji se ustremljuju na ljude u nepovoljnom položaju na neki opštiji način, na primer, svojim objavljenim radovima, ne reaguje (Petition 2019).

Stiče se utisak da su autori *Peticije* bili svesni da pri sadašnjoj regulativi na Univerzitetu u Oksfordu optužba protiv Finisa za diskriminaciju i uznemiravanje (ili za uznemirujuću diskriminaciju) može biti odbijena kao neosnovana iz upravo gore navedenih razloga (to jest zato što ne predstavlja slučaj uznemiravanja, viktimizacije ili zastrašivanja *konkretne* ličnosti ili *konkretnih* ličnosti od konkretne ličnosti, nego je to slučaj profesora koji se usremljuje na ljude u nepovoljnom položaju na opšti način, svojim radovima) te da su zbog toga takvu generalno (ili, bolje rečeno, genusno) usremljenu uznemirujuću diskriminaciju ljudi u nepovoljnom položaju podveli pod mrzilačke iskaze (hateful statements), tj. fobične (phobic – homophobic and transphobic) stavove (Petition 2019).

Dakle, sada o fobičnosti. Za razliku od Srbije, govor mržnje (hate speech) jeste krivično delo u Engleskoj, Velsu i Škotskoj od 1986, ali tek dopunom iz 2008. za Englesku i Vels počinje da se odnosi i na govor mržnje prema osobama određene seksualne orijentacije (Vanderbeck, Johnson 2011). Treba napomenuti da govor mržnje može biti izražen na razne načine (rečima, ponašanjem, pisanim materijalima, snimcima ili programom), ali mora biti preteći a ne samo pogrđan ili uvredljiv. Prema tome, Finisov govor ne spada u govor mržnje, pa verovatno zato autori *Peticije* govore o Finisovim mrzilačkim iskazima (hateful statements) i fobičnim (phobic – homophobic and transphobic) stavovima. Kada se još jednom pogledaju Finisovi ovde navedeni stavovi (videti gore pod C), čini se da se za njih može reći da, ako i nisu mrziteljski, to jest nisu izraz mržnje, niti izazivaju baš mržnju prema osobama o kojima govore, nesumnjivo izražavaju i izazivaju *ekstremnu averziju* prema tim ljudima čija ponašanja opisuju. Ti Finisovi stavovi, smatramo, jesu fobični. Moglo bi se navesti još sličnih primera, a i one navedene još ekstenzivnije citirati i analizirati, no, mislimo da je i ovo sasvim dovoljno za zaključak.

4. ZAKLJUČAK I NARAVOUČENIJA

Smatramo da Finis nije prekoračio granice akademske slobode govora, ali da jeste zloupotrebio tu slobodu. Neki od njegovih stavova, kao apstraktno izražena mišljenja, jesu fobični, ali nema dokaza o njegovom konkretnom diskriminatorskom ponašanju prema bilo kome. Dakle, Finisova je odgovornost, po našem mišljenju, čisto moralna i profesionalno-etička (što ne znači i mala), ali nije i pravna.

Budući da obim ovog priloga ne omogućava ni bavljenje pitanjima kao što su tzv. (novo) prirodno pravo, gde spadaju shvatanja Žermena Grisea (Germain Gabriel Grisez), Roberta Žorža (Robert Peter George), Timotija Čepela (Timothy Chappell) i druga slična shvatanja, kao ni detaljnije bavljenje do sada javno izrečenim kritikama Finisovih stavova, o

čemu ćemo više govoriti u drugom spisu, ipak, smatramo da se na kraju ovog priloga moramo zapitati zašto više od četvrt veka, to jest dvadeset i pet godina – što je za istoričare vreme stasavanja nove generacije, to jest vreme smene generacija – skoro da i nije bilo reagovanja na te sada osporavane Finisove stavove, iskazivane i ponavljane tokom svih tih godina u njegovim spisima. Kažemo: *skoro*, jer osim časnih izuzetaka (koji u struci nisu podržani kako i koliko je trebalo) i nekih ovde pomenutih i drugih nepomenutih autora koji su osporavali Finisove stavove u vezi s istorijom ideja, Finisovi bitni stavovi skoro da i nisu kritikovani od najprominentnijih autora (anglo-američke) filozofije prava, koji su za tu kritiku bili najpozvaniji, upravo zato što tu, među njih, i sam Finis spada. Preovlađujuća reakcija je bilo ćutanje i same oksfordske akademske zajednice i šire stručne zajednice. Oksfordska akademska zajednica se oglasila početkom ove godine zvonom koje se daleko čulo, a videćemo da li će i zvanično zauzeti neki stav. Glasovi iz geografski šire a stručno uže – filozofskopravno-kosmopolitske zajednice i dosad su se retko čuli, pa je i njeno ćutanje sasvim normalno: Mi članovi te zajednice daleko smo najvećim delom mali karijeristi, koji vode politiku nezameranja – jer koju bi drugu i vodili u nemilosrdnom akademsko-“stručnom“ svetu čija je politika *publikuj ili nestani* – i koji stoga objavljuju sve više a čitaju sve manje, naročito kritički, i sve manje kritički razmišljaju, a o objavljivanju tog kritički promišljenog da i ne govorimo: Jer, to znači zameranje, gubljenje vremena, životne i intelektualne energije, pozicija i para, što je sve loše za sopstvenu karijeru, pa je ‘razumnije’ ćutati. To je loše za filozofiju prava. Stoga nije samo Finis odgovoran za zloupotrebu akademske slobode govora, za svoje fobične stavove i za stanje i sadržinu svoje filozofije prava. Odgovorni smo i svi mi iz filozofskopravne zajednice koji smo ćutali. Zvono zvoni i za nama.

LITERATURA (REFERENCES)

- Antonić, Slobodan. 2014. *Seksualnost i moć: Sociologija gej pokreta*. 2. izdanje. Beograd: Catena mundi.
- Bamforth, Nicolas. 1997. *Sexuality, Morals and Justice*. London – New York: Continuum.
- Bardach, Eugene. 2000. *A Practical Guide for Policy Analysis: The Eightfold Path to More Effective Problem Solving*. New York: Chatham House Publishers – Seven Bridges Press.
- Damnjanović, Milan. 1976. Kantov odnos prema logici. 7–14. *Logika: Priručnik za predavanja*. Imanuel Kant, prir. Gotlob Benjamin Ješe, prev. Vlastimir Đaković. Beograd: Grafos.

- Finnis, John. 1987. Legal Enforcement of Duties to Oneself: Kant v. Neo-Kantians. *Columbia Law Review* 87: 433–456.
- Finnis, John. 1992. Deposition regarding the 1992 constitutional amendment in Colorado to restrict the state from protecting gay, lesbian and bisexual people from discrimination. <https://www.theguardian.com/law/2017/feb/03/neil-gorsuch-mentor-john-finnis-compared-gay-sex-to-bestiality>, last visited July 31, 2019.
- Finnis, John. 1994a. Law, Morality, and ‘Sexual Orientation’. *Notre Dame Law Review* 69/5: 1049–1076.
- Finnis, John. 1994b. Liberalism and Natural Law Theory. *Mercer Law Review* 45: 687–704.
- Finnis, John. 1995. Law, Morality, and ‘Sexual Orientation’. *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy* 9: 11–39.
- Finnis, John. 1996. Is Natural Law Theory Compatible with Limited Government?. 1–26. *Natural Law, Liberalism, and Morality*, ed. Robert P. George. Oxford: Oxford University Press.
- Finnis, John. 1997a. Law, Morality and „Sexual Orientation“. 31–43. *Same Sex: Debating the Ethics, Science, and Culture of Homosexuality*, ed. John Corvino. Lanham, MD: Rowman & Littlefield.
- Finnis, John. 1997b. The Good of Marriage and the Morality of Sexual Relations: Some Philosophical and Historical Observations. *The American Journal of Jurisprudence* 42: 97–134.
- Finnis, John. 2008. Marriage: A Basic and Exigent Good. *The Monist* 91: 396–414.
- Finnis, John. 2011a. Equality and Differences. 1–26. The H.L.A. Hart Memorial Lecture in the University of Oxford, June 2011, revised and annotated. Oxford Legal Studies Research Paper No. 72/2012. Notre Dame Law School Legal Studies Research Paper No. 12–82. <http://ssrn.com/abstract=2180410>, last visited July 31, 2019.
- Finnis, John. 1/2011b. Equality and Differences. *The American Journal of Jurisprudence* 56: 17–44.
- Finnis, John. 2011c. *Human Rights and Common Good. Collected essays*, Vol. III. Oxford: Oxford University Press.
- Finnis, John. 2011d. Law, Morality, and ‘Sexual Orientation’. 334–352. *Human Rights and Common Good. Collected essays*, Vol. III, John Finnis. Oxford: Oxford University Press.
- Finnis, John. 2011e. Sex and Marriage: Some Myths and Reasons. 353–388. *Human Rights and Common Good. Collected essays*, Vol. III, John Finnis. Oxford: Oxford University Press.

- Finnis, John. 2011f. Marriage: A Basic and Exigent Good. 317–333. *Human Rights and Common Good. Collected essays*, Vol. III, John Finnis. Oxford: Oxford University Press.
- Finnis, John. 2011g. Duties to Oneself in Kant. 47–71. *Human Rights and Common Good. Collected essays*, Vol. III, John Finnis. Oxford: Oxford University Press.
- Finnis, John. 2011h. Limited Government. 83–105. *Human Rights and Common Good. Collected essays*, Vol. III, John Finnis. Oxford: Oxford University Press.
- Hasanbegović, Jasminka. 2000. *Topika i pravo: Značaj obnove misli o topici za određenje prirode i osobnosti pravnog rasuđivanja*. Podgorica: CID.
- Kant, Immanuel. 1800. *Logik: Ein Handbuch zu Vorlesungen*. Herausgegeben von Gottlob Benjamin Jäsche. Königsberg: Friedrich Nicolovius.
- Kant, Imanuel. 1976. *Logika: Priručnik za predavanje*, prir. Gotlob Benjamin Ješe, prev. Vlastimir Đaković. Beograd: Grafos.
- Lukić, Radomir D. 1975. *Uvod u pravo*. Beograd: Naučna knjiga.
- Meier, Georg Friedrich. 1752. *Auszug aus der Vernunftlehre*. Halle: J.J. Gebauer.
- Nussbaum, Martha C. 1994. Platonic Love and Colorado Law: The Relevance of Ancient Greek Norms to Modern Sexual Controversies. *Virginia Law Review* 80: 1515–1651.
- Oxford University. 2013. Equality Policy. <https://edu.admin.ox.ac.uk/equality-policy>, last visited July 31, 2019.
- Oxford University. 2017. Free from Harassment Policy. <https://edu.admin.ox.ac.uk/university-policy-on-harassment#collapse1138051>, last visited July 31, 2019.
- Oxford University. 2018. Statutes and Regulations. <https://www.admin.ox.ac.uk/statutes/353-051a.shtml>, last visited July 31, 2019.
- Petition. 2019. Remove John Finnis from Oxford; Clarify University Policy on Discriminatory Professors; Excerpts from John Finnis' public statements and published work as examples of his discrimination. <https://www.change.org/p/oxford-university-remove-john-finnis-from-oxford-clarify-university-policy-on-discriminatory-professors>, last visited July 31, 2019.
- Pringsheim, Fritz. 1921. Beryt und Bologna. *Festschrift für Otto Lenel*. Leipzig: Verlag von Bernhard Tauchnitz.

- Roberts, John Michael. 2000. *Speakers' Corner: The Conceptualisation and Regulation of a Public Sphere*. Dissertation. University of Cardiff.
- Smith, Sophie. 2019. Academic Freedom. <https://www.lrb.co.uk/blog/2019/january/academic-freedom>, last visited July 31, 2019.
- Vanderbeck, Robert M., Paul Johnson. 4/2011. 'If a Charge was Brought Against a Saintly Religious Leader Whose Intention Was to Save Souls...': An Analysis of UK Parliamentary Debates over Incitement to Hatred on the Grounds of Sexual Orientation. *Parliamentary Affairs* 64: 652–673.
- Viehweg, Theodor. 1974. *Topik und Jurisprudenz: Ein Beitrag zu rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*. 5. Aufl. München: Verlag C. H. Beck.
- Vodinić, Vladimir V. 1997. *Takozvana zloupotreba prava*. Beograd: Nomos.
- Vodinić, Vladimir V. 2014. *Građansko pravo: Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union – Službeni glasnik.
- Zdravković, Miloš. 2008. *Odnos prirodnog i pozitivnog prava u teoriji Džona Finisa*. Magistarski rad. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Jasminka Hasanbegović, PhD

Full Professor

University of Belgrade Faculty of Law

ACADEMIC FREEDOMS AND DIGNITY: THE CURIOUS CASE OF JOHN FINNIS' PHOBISM

Summary

This paper focuses – through the lens of the Finnis case – on the search for answers to the questions: Where do the boundaries of academic freedom and free speech lie? Did Finnis overstep them with his “extremely discriminatory views against many groups of disadvantaged people” presented in his papers between 1992 and 2011, as it is said in the Petition to stop John Finnis teaching at Oxford University because of his discrimination? Are Finnis’ views phobic? The main theses presented in the paper are: The boundaries of academic freedom and freedom of speech have not been overstepped, but these freedoms were abused. Some of these views, as abstractly expressed opinions, are phobic, but there is no tangible proof of any discriminatory behaviour by Finnis towards anybody.

Key words: *Academic freedoms of speech. – Human dignity. – Case of John Finnis in Oxford academic community. – Abuse of right. – Sphere unregulated by law, i.e. German rechtsfreier Raum.*

Article history:

Received: 31. 7. 2019.

Accepted: 3. 9. 2019.

UDK 342.53(497.1)''1920''

CERIF: H300

DOI: 10.5937/AnaliPFB1903034S

Dr Mirjana Stefanovski*

PRAVO DISOLUCIJE U NACRTU USTAVA KOMISIJE JUGOSLOVENSKIH PROFESORA IZ 1920. GODINE

U radu se razmatraju teorijska stanovišta koja su opredelila normativno uređenje prava disolucije u ustavnom nacrtu vladine komisije iz 1920. godine. Imajući na umu iskustva parlamentarne prakse u sledu spornih upotreba kraljevskih prerogativa, komisija je u prvoj ustavnoj odredbi formulisala proklamaciju parlamentarizma kao opšteg interpretativnog načela, čiji je smisao bio da utvrdi vezanost akata krune konvencijama parlamentarnog režima i tako najvećma suzi područje diskrecionog postupanja. Uloga kralja u parlamentarnoj monarhiji koncipirana je u skladu sa postavkama teorije o parlamentarnoj vladi kao sistemu ustavne ravnoteže vlasti. Kruna je shvaćena kao moderatorna vlast, koja je pozvana da ocenjuje opravdanost vladinih disolucija kada treba ostvariti harmoniju između parlamenta i ministarstva i obezbediti stabilnu vladu, ali i kao vanredni, neutralni autoritet, koji se kao protivteža isključivoj partijskoj vladavini može protivstaviti svemoći parlamenta i apelom na narod sa izbornom vladom iz manjine intervenisati zarad uspostavljanja saglasja političkog lika parlamenta i raspoloženja biračkog tela.

Ključne reči: *Raspuštanje parlamenta. – Kraljevske prerogative. – Parlamentarna vlada. – Vidovdanski ustav. – Slobodan Jovanović.*

U deklaraciji kojom je kabinet Stojana Protića 5. marta 1920. godine parlamentu predstavio program nove vlade, izrada nacrtu ustava i izbornog zakona za saziv ustavotvorne skupštine bili su istaknuti kao najpreči zadaci, koji se svakako moraju obaviti pre raspuštanja privremenog narodnog predstavništva, da bi sadejstvom predstavničkog tela i parlamentarnom kontrolom vlade bili očuvani temeljni principi ustavnosti.¹ Na

* Autorka je redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, stefanovski@ius.bg.ac.rs.

¹ Stenografske beleške Privremenog narodnog predstavništva Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca (u daljem tekstu: PNP), 1919/1920, IV, 275–276.

čelu koalicionog kabineta nastalog na osnovu sporazuma radikala sa parlamentarnim grupama okupljenim u Narodnom i Jugoslovenskom klubu, za koje se držalo da u ustavnom pitanju reprezentuju stanovništva Hrvata i Slovenaca (Matković 1963, 42–44; Gligorijević 1970, 128, 133–134), Protić je za sebe zadržao i portfelj ministra za konstituantu, smatrajući najvažnijim delom vlade pripremu teksta ustavnog projekta koji bi, spram sve izrazitijih nacionalnih podela povodom konstitucionalnog definisanja oblika državnog uređenja i pravnog statusa pokrajina, mogao prvo u vladi, a onda i u ustavotvornoj skupštini, biti primljen kao kompromisno rešenje (Popović 1988, 32, 91–92, 94–96).

Za izradu nacrtu ustava bila je obrazovana stručna komisija u koju su, kao najbolji znalci ustavnog prava, ušli profesori sa tri jugoslovenska univerziteta: Slobodan Jovanović, Kosta Kumanudi i Lazar Marković sa beogradskog Pravnog fakulteta, Ladislav Polić sa katedre za javno pravo Sveučilišta u Zagrebu i Bogumil Vošnjak, profesor državnog prava u Ljubljani. Obeležavajući njen zadatak kao ekspertsku pripremu ustavnog teksta koji će on potom oceniti s političkog stanovišta i upotrebiti kao osnovu za izradu vladinog predloga ustava, Protić je ustavnoj komisiji dao i opšte uputstvo da se prilikom normativnog uobličavanja bitnih instituta ugleda osobito na rešenja belgijskog Ustava, poznatog kao uzorni model liberalne ustavnosti.² Komisija se opredelila da za osnovu uzme srpski Ustav od 1903. godine, nalazeći da je on „u glavnome izrađen prema belgijskom ustavu“, koji je bila upućena da sledi kao obrazac. U pratećem izveštaju navedeno je i da se komisija naročito starala da novim redakcijama izmeni one članove za koje se u ustavnoj praksi pokazalo „da daju povoda kontroversama“, ali takođe i ona određenja koja po oceni teorijske kritike nisu saglasna „zahtevima savremene pravne nauke“ ili koja prema doktrinarnim premisama više „ne odgovaraju načelima savremene demokratije“. Članovi komisije isticali su potom u javnosti da su u izradi nacrtu ustava sudelovali isključivo kao stručnjaci, koji su radili jedan zapravo pravnotehnički posao prema dobijenim opštim smernicama i da su se zato dosledno uzdržavali da prilikom kreiranja ustavnih rešenja ugrađuju vlastite poglede i nazore (Polić 1921a, 6; Marcovitch 1924, 20), no ta se rezerva poglavito odnosila na ustavnu koncepciju pokrajinskog uređenja.⁴ Unoseći, međutim, kao temeljne kriterijume i vrednosna merila ne samo postavke ustavne teorije nego i postulate političke doktrine, ona shvatanja koja su zastupali kao teoretičari ustavnog prava, u pogledu

² Nacrt ustava po predlogu Stojana M. Protića, definitivni tekst, posle diskusije sa komisijom, sa dodatkom: Nacrt ustava izrađen od ustavne komisije, Beograd 1920, VI.

³ Izveštaj ustavne komisije od 14. aprila 1920. godine – *ibid.*, 65–67.

⁴ Izjava Ladislava Polića u ustavnoj komisiji – AH, RO Šurmin, kut. 4; Stenografske beleške. Rad Ustavnog odbora Ustavotvorne skupštine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, I–IV, Beograd 1921 (u daljem tekstu: UO), 9. 2. 1921 (L. Marković), 59.

prerogativa krune i institucionalnog okvira parlamentarne vlade članovi komisije su ustavnom tekstu ujedno dali i samosvojni autorski izraz.

U proklamaciji regenta Aleksandra o državnom ujedinjenju 1. decembra 1918. bila je svečano iskazana vladaočeva posvećenost načelima parlamentarne vladavine, kojima će u vršenju kraljevske vlasti „ostati uvek veran“.⁵ Ali se vladalačka ambicija da ostvaruje odlučan uticaj na politiku vlade jasno ispoljila već u prvoj godini parlamentarne prakse, u postupanju koje je nedvosmisleno značilo zakoračivanje izvan okvira one delikatne uloge monarha u parlamentarnom sistemu, koju je znameniti pisac o konvencijama parlamentarizma Valter Bedžhot definisao čuvenom formulom o pravima krune da bude konsultovana, da ohrabruje i da opominje (Bagehot 1896, 75). Tako je u decembru 1918. godine regent Aleksandar odbio da potpiše ukaz o imenovanju ministara koji mu je službeno, kao predsednik odgovorne vlade, na osnovu sporazuma svih političkih stranaka o koncentracionom kabinetu podneo Nikola Pašić. Surevnjiv na veliki Pašićev ugled i iz bojazni da će tako iskusan prvi ministar umeti da sputa i otkloni uticaj dvora, regent je izazvao Pašićevu ostavku, ultimativno insistirajući na stavu da ne može biti na čelu vlade ličnost koja ne uživa poverenje i drugog ustavnog činioca, krune. I dok je taj samovoljni postupak načinio porazan utisak u krugu stranačkih prvaka i u uzbuni i konsternaciji bio nazvan „državnim udarom“ (Pribičević 1990, 91–92), do razrešenja ministarske krize došlo je Protićevim prihvatanjem mandata za sastav vlade (videti Krizman 1967, 272–281; Stanković 1985, 224–229). A upravo je Protić, koji je slovio za političara najvećma privrženog uzornom parlamentarnom redu, pišući ranije o važnosti konvencija parlamentarne vlade, razlagao da je kralj dužan da primi sastav kabineta koji predloži vođa većine i da najviše što može jeste da izrazi protivljenje izboru neke ličnosti za ministra i to prevashodno iz razloga privatne prirode, a ne zbog političkog neslaganja (Protić 1911, 28–29). Sada je pak, pravdajući svoje pristajanje višim državnim interesom, primanjem mandata zaklonio ministarskom odgovornošću i tako grubo uticaj vladaoča koji se ispoljio u prenebregavanju koalicionog sporazuma o sastavu vlade, uklanjanju nespornog šefa većinske stranke i zadiranju u unutrašnje partijske odnose.

Stojan Protić je potom i sam mogao iskusiti da se u poimanju regenta Aleksandra uloga krune u monarhijskom parlamentarizmu nikako ne svodi na uvek pasivno držanje vladaoča, čije su sve ustavne prerogative prenesene na odgovorne ministre. Protivan sistematskom sužavanju autonomnog delokruga pokrajinskih vlada, koje je kao ministar unutrašnjih poslova sprovodio Svetozar Pribičević, došavši s njim i u lični sukob i pošto je na sednici vlade Pribičević odbio da na zahtev predsednika

⁵ *Građa o stvaranju jugoslovenske države (I. I – 20. XII 1918)*, priredili Dragoslav Janković i Bogdan Krizman, Beograd 1964, 674–676.

ministarskog saveta demisionira, Protić je 1. avgusta 1919. godine predao motivisanu ostavku čitavog kabineta, da bi onda po savetu predsednika parlamenta regent poverio mandat za sastav nove vlade vođi Demokratske stranke Ljubi Davidoviću (videti Gligorijević 1970, 84–86, 97–98, 107–109; Engelsfeld 1989, 128–129). Smatrajući da konvencije parlamentarnog režima nalažu monarhu da u pogledu solucija za razrešenje ministarske krize sledi savet predsednika vlade, Protić je pak, kako će docnije tumačiti Lazar Marković, držao da saglasno motivaciji ostavke, prema parlamentarnom redu ima pravo da očekuje da dobije mandat za rekonstrukciju kabineta, ako bi se o Pribićevićevom položaju sporazumeo sa prvacima demokrata, ili za obrazovanje nove koalicione vlade, čija bi sudbina zavisila od dobijanja poverenja parlamenta (Marković 1991, 96–97). Glasanje o vladinoj deklaraciji u privremenom narodnom predstavništvu pokazalo je da Davidovićev kabinet ima podršku tek neznatne većine i posle nepunih mesec dana vlada je podnela ostavku, prinuđena da demisionira zbog oskudice kvoruma za parlamentarni rad usled opstrukcije kojoj je kao krajnjem, ali i umnogome spornom sredstvu političke borbe pribegla opozicija. Pošto se u uzastopnim pokušajima s poveravanjem mandata za sastav vlade predstavnicima opozicionih političkih grupa, pa i samom predsedniku parlamenta, nije mogao obrazovati kabinet koji bi uživao potporu jasne parlamentarne većine, regent je Davidoviću ponovo poverio vladu uz ovlašćenje da, ako ne bude ostvarila parlamentarnu saradnju, može da raspusti privremeno narodno predstavništvo i raspiše izbore (videti Engelsfeld 1989, 154–158, 162–164, 166–167; Gligorijević 1979, 48–53). S drugom Davidovićevom vladom bio je već načinjen iskorak izvan parlamentarizma. Nova vlada nije se uopšte predstavila parlamentu niti je pokušala da na programskoj deklaraciji glasanjem o poverenju u skupštini razreši pitanje opstanka na vlasti. Izbegavanje vlade da se podvrgne votumu narodnog predstavništva prvo prostim nesazivanjem njegovih sednica više od dva meseca, a onda i ukaznim odlaganjem parlamenta, predstavljalo je najgrublje izigravanje parlamentarnosti i zapravo poništavanje temeljnih načela parlamentarne kontrole vlade i ministarske odgovornosti. Otuda se u pogledu saobraženosti konvencijama parlamentarne vlade ne može dati jednoznačna ocena postupka regenta Aleksandra, kada je potom Davidovićevoj vladi odbio da potpiše ukaz o raspuštanju privremenog narodnog predstavništva i izborima za veliku narodnu skupštinu (konstituantu),⁶ da bi posle Davidovićeve ostavke novu vladu obrazovao Stojan Protić.

Imajući svakako na umu iskustva parlamentarne prakse u sledu spornih upotreba kraljevskih prerogativa, ustavna komisija unela je u nacrt ustava i jednu krupnu novinu – svečanu proklamaciju parlamenta-

⁶ Zapisnik sednice Ministarskog saveta od 14. februara 1920 (objavljen u: Zapisnici sednica Davidovićeve dve vlade od avgusta 1919. do februara 1920, pr. Bogumil Hrabak, *Arhivski vjesnik*, XIII, 1970, 92).

rizma kao ustavnog načela. Izričito normiranje principa političke odgovornosti vlade kao ustavne dužnosti ministara da podnesu ostavku kada im je u parlamentu izglasano nepoverenje bilo je prvi put normativno formulisano u Vajmarskom ustavu iz 1919,⁷ a onda i u novim ustavima mladih evropskih republika, austrijskom i čehoslovačkom iz 1920. godine (Mirkin-Guetzévitch 1936, 14). Jugoslovenska ustavna komisija, pak, opredelila se za konzervativniji, većma klasičan pristup i prilikom normiranja instituta političke ministarske odgovornosti sledila je rešenje francuskog ustavotvorca iz 1875. godine o solidarnoj odgovornosti ministara pred domovima za opštu politiku vlade,⁸ upotpunjeno pravom predsednika vlade da predlaže kruni članove kabineta u skladu sa engleskom konvencijom o položaju prvog ministra (videti Bagehot 1896, 12, 70–71; Lowell 1920, 35–36). Princip kolektivne odgovornosti ministara ugrađen je u ustavni tekst izričitim propisom da vlada mora uživati poverenje narodnog predstavništva, a načelo solidarnosti vlade utvrđeno je odredbama da kralj imenuje predsednika ministarskog saveta, dok se ostali ministri postavljaju na njegov predlog.⁹

Komisija jugoslovenskih profesora takođe se nije pvela za manrom deklarativnog isticanja načela narodne suverenosti u prvim odredbama poratnih ustava (videti Mirkin-Guetzévitch 1936, 13), ali je taj postulat demokratske ustavnosti naglasila u određenju člana 36, da sve državne vlasti proističu iz naroda i vrše se po odredbama ustava. Na drugoj strani, proklamacijom parlamentarizma kao temeljnog ustavnog načela u prvoj odredbi nacrtu ustava načinila je značajan iskorak, zanimljiv i u pogledu teorijskog tumačenja pravne vrednosti same ustavne proklamacije parlamentarnog režima. Preuzeta u svim potonjim preradama vladinog predloga ustava, u uvodnim deklaracijama ustavnih nacrtu Stojana Protića i vlada Milenka Vesnića i Nikole Pašića, ta važna novina ostala je nezapažena u raspravama u ustavnom odboru i u plenumu Ustavotvorne skupštine, potisnuta u drugi plan i u načelnoj debati o monarhijskoj formi vladavine i u specijalnom pretresu o redakciji odredbe, usredsređenom poglavito na sporno pitanje izostavljanja jugoslovenskog imena iz naziva države. Jedino je Bogumil Vošnjak, koji je kao član prve vladine stručne komisije mogao dati i svoje autorsko tumačenje, istakao da se formulom parlamentarna monarhija u ustavnoj definiciji države izražava koncept potpunog poklapanja dinastijskog osećaja sa građanskim slobodama u idejnom spoju u kojem je ličnost monarha shvaćena kao reprezentativni

⁷ La Constitution de Weimar du 11 août 1919, art. 54 – *Les constitutions modernes* par F. R. Daresté et P. Daresté, *Europe I*, Paris 1928, 71.

⁸ Loi du 25 février 1875, relative à l'organisation des Pouvoirs publics, art. 6 – *Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789* par L. Duguit et H. Monnier, Paris 1915, 320.

⁹ Nacrt ustava ustavne komisije, član 124.

simbol, a kraljevska vlast, poput ovlašćenja svih javnih funkcionera, koncipirana kao vršenje jedne javne službe u pravnoj državi.¹⁰

Među članovima ustavne komisije Ladislav Polić se izdvojio načelnim osporavanjem rešenja da se naročitom ustavnom odredbom u formi svečane proklamacije parlamentarne monarhije načela parlamentarnog režima recipiraju kao sastavni deo ustava. Teorijski skrupuli, kazuje nam o stavu ustavne komisije, uzmakli su pred strahovanjem od ličnog režima koje je prevladalo stručne obzire i navelo da se to pitanje prevashodno prosuđuje sa političkog stanovišta. Polić je, međutim, držao da ni politički nije umesno na taj način grubo izreći da su sva ustavna prava krune zapravo iluzorna, a ujedno je i izlišno, jer su bitna obeležja parlamentarne vlade jasno formulisana ustavnim određenjima o imenovanju ministara na predlog predsednika vlade i solidarnoj političkoj odgovornosti kabineta pred parlamentom. No, težište njegove kritike bilo je u isticanju teorijske argumentacije prvenstveno o manjkavosti rešenja koje sa aspekta pravne logike, elementarnog kriterijuma pisanog ustava, u sam ustavni tekst unosi očigledno protivurečje, normirajući izvesne odredbe i u isti mah ih proglašavajući neustavnim ako se kose sa nekodifikovanim načelima parlamentarizma. Tako je neki akt krune, izvršen tačno prema ustavnom propisu, ipak neustavan po tom istom ustavu ukoliko nije i strogo parlamentaran. Naglasio je još da je to rešenje većma sporno i zato što se ocena ustavnosti nekog akta opredeljuje jednim merilom koje je po sebi umnogome neodređeno. Jer ne samo da su načela parlamentarne vlade po svojoj prirodi vrlo elastična i promenljiva, nego su i bitno različita zavisno od usvojenog tipa parlamentarizma, odnosno raznorodnih oblika parlamentarne vlade u pojedinim evropskim zemljama. Budući primarno određen konvencijama, ustavnom etikom i parlamentarnom praksom, parlamentarni režim je pojam koji se može različito shvatiti i u pojedinostima čak oprečno interpretirati. Utoliko je i posve neuputno unositi u ustavni tekst tako fluidan pojam prema kojem se ima prosuđivati o ustavnosti konkretnih akata u domenu ustavnih ovlašćenja kralja. Opominjući i na nedavnu pojavu činovničke vlade ili vlade stručnjaka u Čehoslovačkoj pod ustavom građenim za parlamentarnu vladavinu, Polić je takođe istakao da nikako ne treba prenebregnuti značajnu okolnost da parlamentarizam zavisi i od mnogih faktičkih pretpostavki, među kojima je od osobite važnosti postojanje solidne većine ili opozicije koja bi bila podobna da preuzme vladu (Polić 1921a, 10–12).

Dok je Ladislav Polić svoj kritički osvrt objavio u stručnom časopisu dok je još trajala rasprava u Ustavotvornoj skupštini, Lazar Marković je o pravnoj vrednosti proklamacije parlamentarizma u članu 1 Vidovanskog ustava pisao kada su ustavna rešenja uveliko bila stvar prošlosti. Za razliku od Polića, Marković je određenje o parlamentarnoj monarhiji

¹⁰ UO, 18. 2. 1921 (B. Vošnjak), 7.

smatrao izuzetno značajnim i vrednim, nikako samo deklarativnim sastojkom ustava, a kako je bio istaknuti prvak Radikalne stranke, stranački ekspert za ustavna pitanja i glavni zastupnik vladinog predloga ustava u raspravama u ustavnom odboru i u skupštinskoj debati, njegovo nam gledište autentično kazuje o pobudama ustavotvorca. Ustavnu proklamaciju parlamentarne vladavine on objašnjava idejom da se pouzdano i nedvosmisleno utvrdi vezanost akata krune konvencijama parlamentarnog režima. Prema promišljenoj zamisli pisaca zato je u ustavni tekst i bio unet izričiti propis, čiji je smisao bio da normativno apostrofira dužnost kralja da sva ustavna ovlašćenja vrši u skladu sa parlamentarnim konvencijama i da kao protivustavan kvalifikuje svaki njegov akt protivan tim običajima, kojima je kao nepisanim normama parlamentarnog prava tako utvrđena puna pravna obaveznost. Na taj način je područje diskrecionog postupanja krune kao ustavnog činioca najvećma suženo, svedeno samo na izuzetne, sporne slučajeve, u kojima ne bi bilo ni izričitog pisanog ustavnog propisa niti utvrđenog pravila običajnog prava. S obzirom na neizgrađenost parlamentarnih konvencija u nas i na neustaljenu parlamentarnu praksu, to ustavno omeđavanje sfere slobodne ocene u vršenju kraljevskih ovlašćenja, prema Markovićevom shvatanju, takođe podrazumeva da se konvencije engleskog parlamentarizma kao obrazac izvornih pravila parlamentarnog režima imaju smatrati recipiranim normama jugoslovenskog parlamentarnog prava. Engleske parlamentarne konvencije tako bi predstavljale osnovna interpretativna načela koja bi i izvorno i umnogome primarno opredeljivala ustavna prava krune prilikom izbora ličnosti mandataru za sastav vlade, imenovanja ministara, donošenja ukaza o raspuštanju skupštine ili davanja zakonodavne sankcije (Marković 1991, 14, 19–21, 34–35, 70–71, 78–79, 137, 170–171).

Svečanu proklamaciju parlamentarizma u prvoj odredbi Ustava i Slobodan Jovanović je objašnjavao idejom da se princip parlamentarne vladavine ugradi kao jedno od osnovnih ustavnih načela. Ali je već u svom udžbeniku ustavnog prava iz 1924. godine osobito istakao ograničenost pravne vrednosti člana 1 Vidovdanskog ustava u pogledu njegovog domašaja kao opšteg interpretativnog načela, razlažući da se posebni ustavni propisi mogu tumačiti saglasno pravilima parlamentarnog režima samo onda kada ustavotvorac u konkretnoj ustavnoj odredbi nije predvideo odstupanje od tih pravila ili njihovo ublažavanje ili ograničavanje. Pri tome se Jovanovićevo tumačenje iskazuje vrlo restriktivnim naročito u oceni pitanja dopuštenosti ponovnog raspuštanja skupštine.

U normativnom uređenju prava disolucije u Vidovdanskom ustavu bilo je usvojeno rešenje koje se, prema belgijskom obrascu,¹¹ smatralo klasičnim za parlamentarne monarhije, sa nešto dužim rokovima za odr-

¹¹ Constitution de la royame de Belgique du 1831, art. 71 – *Les constitutions modernes* par F. R. Dareste et P. Dareste, tome I, Paris 1910, 85.

žavanje izbora i saziv parlamenta najdalje za četiri meseca od dana raspuštanja, ali takođe i sa izričitom formulacijom ustavne obaveze da ukaz o raspuštanju skupštine mora biti snabdeven premapotpisom svih ministara.¹² Prilikom usvajanja belgijskog Ustava iz 1831. godine, u ustavnoj raspravi bio je razmatran i predlog da se pravo disolucije ograniči zabranom ponovnog raspuštanja u toku prvog saziva parlamenta izabranog na vanrednim izborima. Taj predlog bio je, međutim, odbačen sa obrazloženjem da je disolucija neophodno ustavno sredstvo za vaspostavljanje ravnoteže vlasti ako bi ona bila narušena, jer je ravnoteža vlasti uslov očuvanja ne samo ustavne raspodele moći nego i političkih sloboda naroda (Matter 1898, 219). Nedopuštenost raspuštanja parlamenta nezavisno od motivacije tokom čitavog jednog saziva, odstranjujući protivtežu političkoj odgovornosti vlade, svakako bi predstavljala bitan poremećaj mehanizma ustavne ravnoteže, suštinske za parlamentarni režim. S druge strane, kao priznato načelo konstitucionalizma bio je utvrđen stav da se uzastopno raspuštanje parlamenta iz istog razloga ima smatrati apsolutno nedopuštenim i u tome su klasici ustavne teorije bili saglasni. Dajsi je tako pisao da pravo disolucije u svojoj suštini predstavlja pravo apela na narod, te da u tom smislu treba shvatiti i sve ustavne konvencije koje, na ovaj ili onaj način, uvek imaju cilj da se uspostavi sklad između političkog lika parlamenta i raspoloženja birača, obezbeđujući svagda krajnju suprematiju izbornog tela kao istinskog političkog suverena. Povinovanje izraženoj volji nacije zato je najpreča dužnost, koja je ujedno i zapovest kodeksa političke moralnosti i stroga ustavna obaveza i bez izuzetka vezuje sve vlasti (Dicey 1982, 290–291, 304). Prema Esmenu, poput drugih bitnih sastojaka parlamentarne vlade, i pravo raspuštanja parlamenta izmiče preciznom zakonskom normiranju, ali je u samoj logici vršenja apela na narod da ne može uslediti nova disolucija nakon što je sud biračkog tela povodom nekog ustavnog sukoba koji je ranije načinjen izbornim pitanjem jednom već izrečen (Esmein 1914, 157–158). U oceni nedopuštenosti uzastopne disolucije vrlo odlučan je bio i Leon Digi. Izneti sukob između vlasti pred biračko telo putem raspuštanja skupštine znači podvrgnuti se jednom sudu bez priziva. Smisao prava disolucije jeste u razrešenju ustavnog sukoba i ono se nikako ne sme izvrnuti u poništavanje izborne volje. Otuda bi ponovno raspuštanje novoizabrane skupštine na pitanju o kojem je već bio iskazan sud naroda bilo direktno upravljeno protiv samog biračkog tela i po tome nesumnjivo i očigledno protivustavno (Duguit 1924, 573,577).

I Slobodan Jovanović je načelno, shvatajući takođe pravo disolucije kao pravo apela na narod, isticao da ono ujedno „sadrži u sebi dužnost pokoriti se narodnoj volji kada ona bude izražena“. Ponovno raspuštanje skupštine značilo bi upotrebu apela na narod kao sredstva da se narodu

¹² Ustav Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, Novi Sad 1921, čl. 52.

„nametne“ volja. Ali je, neočekivano, u prikazu prava disolucije prema Vidovdanskom ustavu stao na stanovište da je za tumačenje konkretne odredbe odlučno utvrditi kakva je bila volja ustavotvorca. Našao je da već sama okolnost da u ustavnom odboru nije bio prihvaćen predlog da se izričito propiše da se raspuštanje skupštine može vršiti samo jednom na istom pitanju ukazuje na to da je Ustavotvorna skupština upravo htela da pravo disolucije bude neograničeno i da se zato uzastopna raspuštanja imaju smatrati dopuštenim pod uslovom da se time ne stvara vanbudžetsko stanje (Jovanović 1924, 57, 157–158). Razlog, pak, koji Jovanović navodi da je opredelio ustavni odbor da ne prihvati taj predlog – da akti raspuštanja nisu motivisani i da se ne može znati zbog kojeg se pitanja skupština raspušta – zapravo ne kazuje ništa izvesno o volji ustavotvorca i ne može se tumačiti kao izraz namere da se učini najvećma gruba povreda bitnog načela parlamentarizma tako što bi se ponovno raspuštanje parlamenta opredelilo kao saglasno ustavu. Da ukazi o raspuštanju parlamenta po pravilu ne sadrže motivaciju, bilo je, naime, u uporednom pravu ustaljeno rešenje, utvrđeno takođe i u srpskoj parlamentarnoj tradiciji, pa je i u nacrtu ustava stručne komisije u čijoj je izradi Jovanović sudelovao odredba o pravu disolucije bila formulisana bez uslovljavanja ili ograničavanja motivacijom. U odnosu na normativnu redakciju člana 52 Vidovdanskog ustava ona se razlikuje u tome što je propisan kraći rok za saziv parlamenta najdalje za tri meseca i formulisana obaveza da akt raspuštanja mora biti pročitani na zasedanju narodnog predstavništva.¹³ Izričito ustavno normiranje zabrane ponovnog raspuštanja parlamenta iz istog razloga bilo je novina uneta u tekst Vajmarskog ustava¹⁴ kao predohrana zloupotrebama predsedničke disolucije u mladom republikanskom parlamentarizmu bez izgrađenih konvencija i ustaljenih navika parlamentarne vladavine. Jer još je živo i upečatljivo bilo sećanje na dramu čuvenog pruskog ustavnog konflikta, kada je uzastopnim raspuštanjima donjeg doma i grubim izbornim pritiscima, ali još više popularnošću nacionalne politike i pobedom pruske vojske kod Sadove 1866. godine, knez Bismark slamao otpor parlamentarne većine (videti Matter 1898, 157–162). U nas ni u doba ličnih režima poslednjih Obrenovića nisu bile zabeležene takve zloupotrebe kraljevske disolucije. Otuda ni predlog poslanika socijalista Nedeljka Divca da se izrekom normira zabrana ponovnog raspuštanja skupštine na istom pitanju nije imao odjeka u sredini ustavnog odbora, a kako nije bio formulisan kao amandman, o njemu niti je bila vođena rasprava niti se uopšte odlučivalo.¹⁵ Jednako je bilo i sa njegovim predlogom, iznetim tokom načelnog pretresa u plenumu Ustavotvorne skupštine, da se propiše obaveza da akti raspuštanja parlamenta moraju

¹³ Nacrt ustava ustavne komisije, čl. 54.

¹⁴ La Constitution de Weimar du 1919, art. 25 (Dareste et Dareste, 1928, I, 64).

¹⁵ UO, 26. 2. 1921 (N. Divac), 127.

da sadrže motivaciju, kada se iz uporednog ustavnog prava mogao pozvati jedino na skorašnje ustavne izmene u Danskoj. Upadicom iz skupštinskih klupa bilo je tada rečeno da vladin nacrt ustava, izbegavajući tu vrstu normativnih ograničenja, upravo sledi engleski obrazac koncipiranja prava disolucije kao apela na narod.¹⁶

Povodom pitanja parlamentarnosti kraljevskih disolucija – da li kralj ima pravo da raspusti parlament iz inicijative krune i sa vladom iz parlamentarne manjine kao izbornom – razilazili su se najpozvaniji engleski autori. Stav Alberta Dajsija bio je vrlo dosledan u ravni teorijske argumentacije i posve usklađen na planu interpretacije presedana iz ustavne prakse. Ostavljajući pitanje zakonitosti van diskusije kao neupitno, u središte razmatranja dopuštenosti kraljevskih disolucija Dajsi stavlja problem ustavnosti, njihove saglasnosti ne sa onim što je redovno i uobičajeno nego sa bitnim načelima koja ustavne konvencije determinišu saobrazno temeljnom principu ustava. Poput drugih ustavnih konvencija, i konvencije koje određuju način vršenja kraljevske prerogative raspuštanja parlamenta i omeđavaju sferu diskrecione vlasti krune počivaju na fundamentalnom ustavnom principu narodne suverenosti. Zato pravi, suštinski smisao prava disolucije i jeste u tome da se utvrdi suprematija biračkog tela uspostavljanjem harmonije između parlamenta kao pravnog i naroda kao političkog suverena, one bazične saglasnosti u kojoj volja parlamentarne većine doista i reprezentuje volju birača. Diskreciona vlast krune – veli Dajsi – povremeno može biti, a prema ustavnim presedanima ponekad i treba da bude upotrebljena da donji dom liši vlasti. Tako je i prema merilima shvatanja ustavnosti s kraja 19. veka strogo ustavan bio postupak Džordža Trećeg, kada je 1784. godine na vlast doveo kabinet Pita iz parlamentarne manjine, da bi na izborima posle raspuštanja doma narod svoj sud izrekao u prilog toj vladi. Saglasan ustavnim konvencijama o disoluciji bio je i postupak Viljema Četvrtog, kada je 1834. godine otpustio Melburnov kabinet i vlast poverio Pilovom ministarstvu kao izbornoj vladi iz manjine. Iako je Pil na izborima pretrpeo poraz i ispostavilo se da je kralj pogrešio u proceni raspoloženja biračkog tela, kraljevska disolucija i tada je sa stanovišta ustavnosti bila opravdana samim tim što se zasnivala na valjanom osnovu, na jednoj pretpostavci za koju je bilo dovoljnih razloga u razumnoj sumnji da parlamentarna većina nije više verno reprezentovala volju nacije. Bitno je da su ti precedenti afirmisali ustavnu maksimu da raspuštanje parlamenta predstavlja apelovanje na narod i da je cilj disolucija bio ostvarivanje temeljnog političkog saglasja koje je u samom pojmu reprezentovanja. Zarad utvrđivanja suprematije biračkog tela nad voljom jedne parlamentarne većine za koju može biti i krajnje neizvesno da vlast i dalje vrši sa uporištem u narodnoj volji,

¹⁶ Stenografske beleške Ustavotvorne skupštine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, I–II, Beograd 1921 (u daljem tekstu: US), 18. 4. 1921 (N. Divac), 27.

kraljevske disolucije – Dajsi je bio odlučan – imaju se smatrati ne samo dopuštenim nego upravo neophodnim sastojkom sistema parlamentarne vladavine, pre svega kao jedno važno obezbeđenje, iako ne i apsolutno, koje se može protivstaviti svemoći parlamenta (Dicey 1982, 287–291).

Razmatrajući problem parlamentarnosti kraljevskih disolucija, Valter Bedžhot se posve u engleskom maniru opredelio za pragmatičan pristup i političku ocenu ustavne prakse u tumačenju konvencija parlamentarne vlade. U načelu i Bedžhot kraljevske disolucije smatra dopuštenim i saglasnim parlamentarizmu i ne poriče njihovu parlamentarnost sa stanovišta ustavne maksime o odgovornoj vladi. On takođe priznaje da bi u slučajevima kada se dogodi da parlamentarna većina postane hirovita ili parlamentom ovlada sebičan stranački interes, kao i kada nastupi nesaglasnost politike koju podržava donji dom i volje biračkog tela, a premijer izbegava proveru mandata na novim izborima, svakako bila potrebna vanredna intervencija spoljnog, neutralnog autoriteta, koji stoji izvan i iznad partijskih računica i strasti. Uloga monarha sa državičkim sposobnostima kakve su imali Leopold Prvi ili princ Albert može biti doista dragocena kao protivteža zloupotrebama partijske vladavine i zilotskoj isključivosti većinske vlade. No da bi znao da je parlament zastranio i da greši i da bi procenio da li i narod uviđa te mane, te da bi mogao da predvidi ishod apelovanja na biračko telo, kralj bi morao da poseduje državička svojstva, vrlinu mudrosti ili bar odliku znatne političke razboritosti. Nevolja je – ističe Bedžhot – što je od kraljevske vlasti u monarhijama iluzorno očekivati nasledno državištvo. Vlast da otpusti vladu koja uživa poverenje parlamenta i izvrši apel na narod zato nije vlast koju bi običan nasledni monarh bio sposoban da u dugom vremenskom sledu korisno vrši. Konvencija da se parlament raspušta na predlog vlade parlamentarne većine i shvatanje da su parlamentarne samo vladine disolucije počivaju na pretpostavci koja je mnogo verovatnija od naslednog državištva, a to je očekivanje da će premijer i parlament posedovati više mudrosti nego kralj. Praksa je pokazala da se najveća mudrost ustavnog vladaoaca ogleda upravo u pasivnosti i to je razlog što su se kraljevske disolucije izobičajile. Zahvaljujući spremnosti kraljice Viktorije da sledi savete ministara, ali i zbog uvidavnosti vodećih političkih ličnosti, vremenom se i u javnosti uvrežila predstava da bi iznenadno otpuštanje kabineta koji uživa poverenje i potporu parlamenta i raspuštanje donjeg doma iz inicijative krune bilo primljeno sa zaprepašćenjem i doživljeno kao državni udar (Bagehot 1896, 71, 82–83, 230–234, 237–241).

U vreme kada je komisija jugoslovenskih profesora formulisala normativni okvir vršenja kraljevskih prerogativa, interpretacije engleskih konvencija o raspuštanju parlamenta ostale su nesaglasne u pogledu dopuštenosti kraljevskih disolucija. I autori koji su naglašavali ukorenjenost ustavnog običaja raspuštanja donjeg doma samo na predlog prvog mini-

stra nezavisno od motivacije i, naročito, ako bi vlada izgubila poverenje doma, po pravilu su upućivali na drugačiju parlamentarnu praksu u britanskim dominionima, gde su disolucije bile shvatane i često vršene kao ovlast guvernera, koja podrazumeva i prostranu sferu diskrecionog odlučivanja i pravo inicijative (videti Dupriez 1892, 76–78, 128–129, 135, 137–138; Matter 1898, 189–121; Esmein 1914, 216; Lowell 1920, 31–33). Pri tome su čak i dosledni zastupnici stanovišta parlamentarnosti samo vladinih disolucija kao čvrste ostrvske konvencije, poput Sidnija Loa, dopuštali da je kraljevska prerogativa ostala očuvana u diskrecionom pravu krune da po vlastitoj uvidavnosti monarha odbije predlog vlade za raspuštanje parlamenta ako nalazi da se zasniva na „nedovoljnim i površnim razlozima“. Naglasak je tada na znatnim ograničenjima koja opredeljuju da kruna to samo vrlo retko može učiniti jer ustavne konvencije utvrđuju bitne uslove, da postoji parlamentarna većina koja bi podržavala novi kabinet i da su vođe opozicije voljne da prime vladu bez raspuštanja doma (Lo 1929, 114–117).¹⁷

U konstitucionalnim okvirima parlamentarne vlade u evropskim monarhijama, čiji je obrazac bio orleanski parlamentarizam, a belgijski ustav bio smatran uzornim modelom, vršenje prava disolucije kao prerogative krune bilo je principijelno postavljeno kao saglasno načelima ustavnosti i konvencijama parlamentarnog režima. Slučajevi kraljevskih disolucija iz belgijske parlamentarne povesti (videti Matter 1898, 221–222) odražavaju shvatanje da je kruna kao moderatorna vlast bila pozvana da dela u očuvanju ustavne ravnoteže, kada je to potrebno da bi se održala harmonija između parlamenta i vlade, te da po svojoj političkoj uvidavnosti i taktu primi ili odbije predlog kabineta za raspuštanje parlamenta, vođena kriterijumom izbora one solucije koja je najprikladnija za dobijanje stabilne vlade. Shvaćena, takođe, i kao vanredni, neutralni autoritet, koji se može protivstaviti isključivoj partijskoj vladavini, upotrebom prava disolucije iz vlastite inicijative i apelovanjem na narod sa izbornom vladom iz manjine kruna je bila pozvana da interveniše i onda kada se to pokaže potrebnim i opravdanim zarad uspostavljanja saglasnosti političkog lika parlamenta sa raspoloženjem biračkog tela.

Polazno stanovište francuske teorije u tumačenju prava disolucije u ustavnoj koncepciji spajanja parlamentarne vlade sa republikanskom formom vladavine prema ustavnim zakonima Treće republike utvrdio je Esmein, naglašavajući, prvenstveno, esencijalni značaj prava raspuštanja parlamenta kao protivteže političkoj odgovornosti ministara u očuvanju ustavne ravnoteže vlasti (Esmein 1914, 745–753). Potom Digi posvećuje osobitu pažnju razmatranju prava inicijative za donošenje akta o raspuštanju doma, kako je to ovlašćenje utvrđeno ustavnim pretpostavkama

¹⁷ O očuvanosti tog prava krune u engleskom parlamentarizmu pisali su i poratni pisci (videti Stefanović 1940, 3–4: 110; 5–6: 194; Petrov 2004, 1–2: 16–17).

disolucija. On nalazi da se predsednička ovlašćenja ne mogu interpretirati u smislu engleske prakse vladinih disolucija i svesti samo na sukob vlade i parlamenta jer je jednako važna ustavna pretpostavka uređivanja prava disolucije u normativnoj redakciji francuskog Ustava bila takođe i sukob predsednika i vlade parlamentarne većine. Predsedničko ovlašćenje je zato postavljeno kao prerogativa šefa države, ograničena jedino saglasnošću senata, u čemu se videlo pouzdano jemstvo protiv zloupotreba, i utoliko i pravo inicijative pripada samo predsedniku. On je ovlašćen da ukloni sa vlasti ministarstvo koje uživa poverenje parlamentarne većine i da uz odobrenje senata raspusti donji dom sa vanparlamentarnim kabinetom ili sa vladom iz manjine kao izbornom. Vladine disolucije, pak, koje su u logici parlamentarizma, takođe se podrazumevaju, ali pod pretpostavkom saglasnosti predsednika i uslovom odobrenja senata. To što je posle čuvenog raspuštanja donjeg doma iz 1877. godine, kada je predsednik Mak Mahon u sukobu sa parlamentarnom većinom pribegao apelu na narod, da bi ishod izbora označio poraz njegove politike, upotreba prava disolucije iščezla u ustavnoj praksi, Digi je nedvosmisleno ocenio kao izvrgavanje francuskog parlamentarizma u jedan u biti pseudoparlamentarni režim (Duguit 1924, 575–582). Na tragu francuskog ustavnog rešenja i u Ustavu Vajmarske republike pravo disolucije je bilo postavljeno kao ovlašćenje predsednika Rajha.¹⁸ Pri tome je izostavljanjem uslova saglasnosti senata u recepciji francuskog obrasca odlučivanja o raspuštanju parlamenta, što će potom slediti i čehoslovačko ustavno rešenje iz 1920. godine,¹⁹ dalje ojačan institut predsedničke disolucije. Tako su u oblikovanju ustanova republikanskog parlamentarizma i pisci prvih poratnih ustava ostali dosledni osnovnim postavkama teorije ravnoteže, načinivši otklon i spram konvencije o parlamentarnosti samo vladinih disolucija, kako su engleski parlamentarni običaj već ustaljeno predstavljali kontinentalni autori, i spram iščezavanja prerogative raspuštanja parlamenta u francuskoj parlamentarnoj praksi. Uloga šefa države u parlamentarnom režimu zamišljena je kao neutralna i moderatna vlast, kada je predsednik pozvan da, rešavajući diskreciono o predlogu za raspuštanje doma, prema svojoj uviđavnosti posreduje u sukobu vlade i parlamenta i, ujedno, kao osobeni ustavni činilac, ona delatna vlast koja je pozvana da interveniše u momentima krize i da upotrebom prava disolucije iz vlastite inicijative izazove arbitražu biračkog tela (uporediti Burdeau 1932, 93–95, 97, 113, 327–328; Mirkine-Guetzévitch 1936, 15).

Suštinu problema parlamentarnosti kraljevskih disolucija Slobodan Jovanović je video u pitanju dopuštenosti izbornih vlada iz manjine. Mišljenje o tom nadasve važnom pitanju, koje zaseca u sam pojam parla-

¹⁸ Dareste et Dareste, 1928, I, 64.

¹⁹ *Les constitutions modernes* par F. R. Dareste et P. Dareste, *Europe II*, Paris 1929, 828.

mentarne vlade, izneo je u jezgrovitoj kritici stanovišta Stojana Protića u tekstu objavljenom 1924. godine. Jovanović tu zamera Protiću da se previše udaljio od belgijskog obrasca parlamentarne monarhije i da se njegovo okretanje samo engleskom uzoru pretvorilo u pravu „anglomaniju“. Protić je, kako veli, parlamentarizam „sveo na njegov najprostiji izraz, – na vladu većine“ svojim odsečnim stanovištem da kralj mandat za vršenje izbora može dati kabinetu iz manjine samo onda kada ga ministri iz parlamentarne većine sami na to upute davanjem ostavke. Jovanović se saglašava s Protićem da to odista jeste ustaljeni običaj u engleskoj parlamentarnoj praksi, ali ujedno upućuje i na ključni argument zbog kojeg ta engleska konvencija ne može biti merodavna za ocenu dopuštenosti izbornih vlada iz manjine u našem parlamentarizmu. Odlučan normativni osnov za tumačenje ustavne konstrukcije parlamentarne monarhije u nas on nalazi u određenjima o ukaznom produženju budžeta u slučaju raspuštanja skupštine, najduže za četiri meseca, koja su postojala kako u ranijem srpskom ustavu, tako i u Vidovdanskom ustavu. Upravo mogućnost ukaznog produženja budžeta koju ustav ugrađuje u sistem parlamentarne vlade – bio je posve određen u svojoj interpretaciji – podrazumeva da kralju nije potreban pristanak parlamentarne većine za raspuštanje skupštine jer bez otvaranja vanbudžetskog stanja on može, obrazujući izbornu vladu iz manjine i protivno volji skupštinske većine, upotrebiti pravo disolucije iz vlastite inicijative (Jovanović 1991a, 436–438).

U pogledu parlamentarnosti izbornih vlada iz manjine Jovanović je, međutim, bio najvećma skeptičan u svojoj kritici rešenja Vidovdanskog ustava u udžbeniku ustavnog prava. Tu nedvosmisleno ocenjuje da bi obaranje jedne vlade koja uživa poverenje parlamentarne većine iz vlastitih pobuda kralja bilo nesaglasno „načelima parlamentarnog režima“. Ocenjuje još i da je propis o vanparlamentarnom produžavanju važenja budžeta, koji je omogućavao izborne vlade iz manjine kao soluciju saglasnu ustavu, u primeni pod Ustavom od 1903. godine njihovu ustavnost bar uslovljavao zahtevom odobrenja državnog saveta, dok je Vidovdanski ustav, izostavljajući i taj uslov iz normativne redakcije odredbe o ukaznom produženju budžeta, otišao korak dalje u ograničavanju parlamentarnog režima (Jovanović 1924, 58–59). Karakteristično je da Jovanović nije ni rečju naznačio da je to sporno izostavljanje uslova pristanka državnog saveta u redakciji odredbe o ukaznom produženju budžeta iz Vidovdanskog ustava izvorno bilo formulisano upravo u nacrtu ustava stručne komisije u čijoj je izradi sam sudelovao.²⁰ Jedina razlika u odnosu na redakciju ustavne komisije bilo je izostavljanje izričitog normiranja prava predloga ministarskog saveta, ali to nije bitno menjalo domašaj instituta ukaznog produženja budžeta, jer su i prema Vidovdanskom ustavu, poput svih drugih kraljevskih akata, ti ukazi morali biti snabdeveni premapot-

²⁰ Uporediti član 114 Vidovdanskog ustava i član 160 Nacrta ustava stručne komisije.

pisima odgovornih ministara. I prema određenju nacrtu ustava komisije jugoslovenskih profesora kraljevske disolucije nisu bile ograničene prethodnim skupštinskim votiranjem produženja budžeta za vreme dok je parlament raspušten, dok je vanparlamentarno produženje ukazom, saglasno ustavu, mogao formalno predložiti i kabinet iz manjine kao izborna vlada. Kao član komisije, Slobodan Jovanović nije povodom tog rešenja izdvojio mišljenje niti je predložio alternativnu redakciju odredbe. On je bio predsednik ustavne komisije i, takođe, svojim visokim naučnim ugledom i stručnim autoritetom, uvažavanim i u najvišim političkim krugovima i konsultovanim na dvoru povodom ustavnih pitanja, imao je i najveći uticaj na kreiranje rešenja nacrtu ustava. Umesno je pretpostaviti da je odredba o ukaznom produženju budžeta bila formulisana s njegovom saglasnošću, a sudeći po tome što su se Lazar Marković i Ladislav Polić nedugo potom opredelili za drugačije solucije, verovatno i po njegovom predlogu. U prilog pretpostavci o Jovanovićevom autorskom pečatu u formulisanju normativnog okvira kraljevskih disolucija u nacrtu ustava stručne komisije iz 1920. godine uverljivo kazuje i jedan docniji tekst, u kojem će pregnantnije iskazati vlastito stanovište.

Pitanju uloge krune u parlamentarnoj monarhiji i problemu kraljevskih disolucija Slobodan Jovanović se vratio u raspravi objavljenoj 1928. godine (Jovanović 1991b, 632–637). U njoj se efektno poslužio retorskom formom antilogija da bi usredsređeno istakao žarišni problem koji je u srži spora o dopuštenosti kraljevskih disolucija – poimanje parlamentarne vlade kao sistema ustavne ravnoteže vlasti ili, pak, kao izražaja suverenosti parlamenta u vladi većine. Živojin Perić tu je prikazan kao uzoran zastupnik teorije o aktivnom vladaocu, po kojoj kraljevske funkcije nisu tek formalno akti krune; to su ovlašćenja u sferi ustavnih nadležnosti, koja su utvrđena zarad očuvanja ravnoteže, pa se i njihovo vršenje iskazuje ne samo kao pravo, nego prevashodno upravo kao dužnost ustavnog vladaoca. Nazori Stojana Protića, pak, interpretirani su, kako je već opazio Dragoljub Popović, pojednostavljeno i ponešto preterano, ne bi li se njegovo stanovište izrazitije protivstavilo kao antipod Periću (Popović 1995, 604–605). U Jovanovićevom prikazu Protić je dosledni zastupnik teorije o pasivnom vladaocu, čije su sve prerogative prenesene na odgovornu vladu. Sučeljavanje dveju teorija usredsređuje se u žarišnom pitanju, koji je organ u parlamentarnoj monarhiji ona vlast koja je pozvana da odlučuje o disoluciji. Teorija o aktivnom vladaocu podrazumevala bi da bi, povodom nekog značajnog pitanja u kojem se kruna razišla sa vladom iz parlamentarne većine, kralj kao krajnje sredstvo mogao da upotrebi apel na narod i raspusti skupštinu sa vladom iz manjine kao izbornom. Prema teoriji o pasivnom vladaocu, pravo disolucije je zapravo isključivo u dispoziciji vlade i ona ga može upotrebiti uvek kada nađe da je to potrebno, dok kruna ne bi imala pravo da iz vlastite inicijative

spor sa vladom, odnosno s parlamentom, iznese pred sud biračkog tela, pod odgovornošću kabineta koji bi obrazovala bez obzira na dotadašnju parlamentarnu većinu (Jovanović 1991b, 633–635).

Između protivstavljenih shvatanja o ulozi kraljevske vlasti u parlamentarnoj monarhiji Jovanović se opredeljuje za Perićevo stanovište da upotreba vladalačkih prerogativa iz inicijative krune i u prostranom krugu slobodne ocene predstavlja vršenje ustavnih funkcija koje su kreirane kao delatna vlast. Postavljena kao ograničenje i protivteža vladi skupštinske većine, ustavna ovlašćenja krune jemstva su očuvanja ravnoteže vlasti i predohrana da se parlamentarna vladavina ne izvrgne u skupštinski despotizam. Zato je, osim funkcija nadzora i savetovanja, ustavnom vladaocu poverena i vlast zaustavljanja kao rezervno i, zapravo, krajnje sredstvo. Utoliko je vršenje ustavnih funkcija krune ne samo pravo, nego i dužnost, te se i stanovište o aktivnom vladaocu u oblasti pravne teorije iskazuje dosledno izvedeno i nesporno. Prelazeći potom sa ravni teorijskog na plan praktičnog, Jovanović napominje da ustavne propise o pravima i dužnostima vladaoca, kao i parlamenta, ne treba tumačiti odveć strogo jer je odnos između ta dva ustavna činioca umnogome i političko pitanje. U upotrebi ovlašćenja krune vladaoca treba da vodi politička uviđavnost, koja ga neretko može upućivati da bi uzdržavanje od upotrebe ustavnih prava u danim okolnostima bilo umesnije i da bi donelo bolje političke rezultate. Vladalačka neaktivnost je tada politički akt jer potiče iz političkih pobuda i rukovođena je merilima političke ocene, uviđavnosti i veštine. Uviđanje presudne važnosti političkih kriterijuma i razumevanje da su u primeni ustavnih normi o pravima krune akti monarha politički akti, dodaje Jovanović, uputili su Engleze da i ne pokušavaju da odnos krune i parlamenta iscrpno normiraju zakonskim propisima, već je ostavljeno da se ta pravna sfera uređuje spontano kroz praksu i običaje. Izdvojivši problem izbornih vlada iz manjine kao kritično pitanje parlamentarne prakse u nas, on posebno ističe da tu nije umesno rukovoditi se engleskim običajima, budući da je u Engleskoj, gde je pritisak vlasti na birače nepoznata stvar i javno je mnjenje vrlo razvijeno i samostalno, pitanje izbornih vlada sasvim ravnodušno. Pošto parlamentarizam pretpostavlja slobodne izbore i jako javno mnjenje, u okolnostima kada te pretpostavke nisu obezbeđene teško je dati jednoznačan odgovor na pitanje parlamentarnosti izbornih vlada iz manjine jer svaka solucija ima svojih loših strana. Ako bi bile dopuštene samo vladine disolucije, to bi sobom nosilo opasnost izmetanja parlamentarnog režima u stranačku oligarhiju. Ako bi se, pak, uobičajile samo kraljevske disolucije sa izbornim vladama obrazovanim po volji vladaoca, postojala bi opasnost da se parlamentarizam izvrgne u lični režim. Ukazivanjem na te opasnosti, Jovanović upućuje na to da i vladine i kraljevske disolucije jednako treba smatrati saglasnim ustavu, dok njihovu parlamentarnost valja ceniti u konkretnom

slučaju, prema kriterijumu opravdanosti postupanja krune kao političkog akta i meri političke snage na koju se oslanja vlada parlamentarne većine (Jovanović 1991b, 633–637).

Iako profesor građanskog prava, Lazar Marković, jedan od prvaka Radikalne stranke, bio je uključen u rad ustavne komisije kao pouzdani stranački ekspert za ustavna pitanja. U jednom predratnom osvrtu na Protićev stav o izbornim vladama iz manjine odlučno je podržao Protićevo mišljenje da je postupanje krune, kada je kralj 1905. godine izbornu vladu poverio samostalskom kabinetu, obrazovanom iz političke grupe koja je pripadala skupštinskoj opoziciji, bilo protivno konvencijama parlamentarne vlade. Podvlačeći distinkciju između pojmova ustavnosti i parlamentarnosti, on nalazi da se kraljevske disolucije sa izbornim vladama iz manjine, premda nesporno saglasne ustavnim propisima, samo izuzetno mogu smatrati parlamentarnim rešenjem ministarskih kriza. Kao takve izuzetke naveo je dva slučaja: kada se jedna vlada povuče, dajući ostavku i ne tražeći mandat za raspuštanje skupštine; i kada bi vladalac smatrao da treba izvršiti apel na narod a vlada parlamentarne većine se tome protivi. Po tome bi kraljevske disolucije bile saglasne parlamentarizmu onda kada imaju cilj da se obezbedi stabilna vlada, da se na nekom važnom izbornom pitanju konsultuje narodna volja ili da se na izborima proveri da li politika jednog ministarstva, koju podržava parlamentarna većina, uživa poverenje biračkog tela (Marković 1912, 135–139). Smatrajući kraljevske disolucije ustavnim i ne sporeći u načelu njihovu parlamentarnost, Marković je u ustavnoj komisiji podržao Jovanovićevo stanovište da normativnom redakcijom propisa o raspuštanju parlamenta valja utvrditi ustavnu podlogu kako za disolucije koje se vrše na predlog vlade parlamentarne većine, nezavisno od motivacije, tako i za raspuštanja skupštine iz inicijative krune.

Kada je u avgustu 1920. godine, posle Protićeve ostavke, u rekonstruisanoj vladi Milenka Vesnića dobio resor ministra za ustavotvornu skupštinu, Lazaru Markoviću je bilo povereno da za vladu izradi novi nacrt ustava. Izgleda da je pod uticajem kruga oko Nikole Pašića i posle konsultacija na dvoru u vođstvu Radikalne stranke prevladalo mišljenje da treba prostranije normirati ustavnu podlogu delovanja kraljevske vlasti, za koje se držalo da se, zbog nacionalne razjedinjenosti i sukoba koji su već tada izgledali izvesni, može pokazati nužnim za prevladavanje ustavnih kriza i stišavanje strasti. Ustavom je trebalo, kako će Marković potom tumačiti, u okvirima parlamentarne vlade „na diskretan način“ ostaviti kralju kao „moderatornoj“ vlasti dovoljnu slobodu delanja i predvideti ustavna sredstva da interveniše zarad obezbeđivanja pravilnog funkcionisanja državnog mehanizma (Marcovitch 1924, 21, 27). Osim ukaznog raspuštanja parlamenta, Marković je još predvideo i mogućnost ukaznog odlaganja sednica narodnog predstavništva, najduže za dva

meseca.²¹ Samo normiranje ukaznog odlaganja parlamenta nije po sebi predstavljalo povredu pravila parlamentarnog režima. U engleskom parlamentarizmu uobičajena je bila praksa da odlaganje parlamenta uvek prethodi disoluciji u formi proklamacije krune (videti May 1906, 48; Anson 1909, 72), dok je belgijski ustavotvorac samo ponovno odlaganje u istom sazivu uslovio saglasnošću domova.²² U odnosu na srpsku ustavnu tradiciju, time je ipak načinjen korak unazad izostavljanjem uslova pristanka narodne skupštine za novo odlaganje u istom sazivu, koji je po ugledu na belgijski Ustav bio propisan u Ustavu od 1903. godine. Još krupniji iskorak predstavljalo je rešenje kojim je zamenjen institut ukaznog produženja budžeta najduže za četiri meseca. Predviđeno je, naime, da se za vreme dok je narodno predstavništvo odloženo ili raspušteno automatski i važenje starog budžeta produžava po dvanaestina, neposrednom primenom ustavnog propisa.²³ Tim načinom otklonjeno je i ograničenje koje bi uzastopnom odlaganju i raspuštanju parlamenta pre rešenog budžeta postavljala nedopuštenost zakoračivanja u vanbudžetsko stanje. Markovićeve redakcije ustavnih propisa o odlaganju i raspuštanju parlamenta i automatskom produžavanju važenja budžeta bile su zadržane i u neznatno izmenjenom predlogu ustava koji je vlada Nikole Pašića podnela Ustavotvornoj skupštini,²⁴ da bi potom u istovetnim redakcijama bile prenete i u ustavni tekst, koji je nakon temeljite rasprave i ugrađivanja značajnih izmena, bio usvojen u ustavnom odboru.²⁵

U načelnoj debati u plenumu Ustavotvorne skupštine to dodatno utvrđivanje ustavnog osnova kraljevskih disolucija bilo je podvrgnuto oštroj kritici. Prvo je Ante Trumbić ukazao na to da je normiranjem automatskog produženja važenja budžeta za vreme dok je skupština raspuštena ili odložena ukazom dramatično povređeno budžetsko pravo parlamenta, koje predstavlja temeljni uslov i glavnu karakteristiku parlamentarne vladavine. Dodao je još da je tim određenjem, posle više od tri decenije koliko je proteklo od donošenja srpskog Ustava od 1888. godine, svesno načinjen krupan korak unazad u odnosu na ranije ustavne propise o ukaznom produženju budžeta najduže za četiri meseca, kojima, iako su bili usvojeni kao kompromisna rešenja, budžetsko pravo skupštine nije bilo esencijalno narušeno.²⁶ Osobito neugodno upozorenje za Pašićevu vladu bila je kritika Momčila Ivanića, bliskog saradnika Stojana Protića. U žutom nastupu on je ocenio da se automatskim produžavanjem budžeta i

²¹ Nacrt ustava vlade Milenka Vesnića, Beograd 1920, čl. 22 i 42.

²² *Darestes et Darestes*, 1910, I, 85.

²³ Nacrt ustava vlade Milenka Vesnića, član 66.

²⁴ Videti članove 27, 46 i 75 Nacrta ustava vlade Nikole Pašića.

²⁵ Tekst Ustava, primljen u Ustavnom odboru, čl. 52, 75, 114.

²⁶ US, 23. 4. 1921 (A. Trumbić), 15.

uzastopnim ukaznim odlaganjem i raspuštanjem skupštine hoće da omogućiti da se na vlasti može mesecima održavati jedno neparlamentarno ministarstvo, a da to onda znači i otvaranje prostora raznim zloupotrebama, kojima je u praksi redovno praćeno nepostojanje parlamentarnog nadzora. Na kraju je najavio da će glasati protiv ustava, ako u njemu budu ostale takve odredbe koje dopuštaju neparlamentarnu vladavinu i omogućavaju lični režim.²⁷ Pre specijalnog pretresa u Ustavotvornoj skupštini, na osnovu poslaničkih predloga i, svakako, posle konsultacija u krugu ministara i radikalskih prvaka, bile su u toj ustavnoj materiji učinjene značajne izmene u predlogu ustavnog odbora. Odstranjivanjem mogućnosti ukaznog odlaganja skupštine,²⁸ u Vidovdanski ustav ugrađeno je izvorno rešenje komisije jugoslovenskih profesora da samo parlament može da odlučuje o odlaganju sednica narodne skupštine. Takođe, umesto određenja o automatskom produžavanju važenja budžeta za vreme dok je skupština raspuštena, usvojen je institut ukaznog produženja budžeta najduže za četiri meseca, ako bi skupština bila raspuštena pre nego što je rešen budžet.²⁹

U vraćanju ukaznog produženja budžeta Momčilo Ivanić je video tek „tobožnu popravku“. Shvatajući pravo disolucije kao apel na narod, on nije osporavao da kruna ima pravo da inicira izbornu proveru rada vlade jer je pozivanje biračkog tela da izrekne svoj suvereni sud najvećma u skladu sa demokratskim načelima. Naglasio je, međutim, da pravo apela na narod treba da ima granice obeležene punim budžetskim pravom parlamenta, ni najmanje neokrnjenim. Uputio je na uzorno rešenje engleskog parlamentarizma, da kabinet iz manjine prima izbornu vladu samo kada mu davanjem ostavke to prepusti vlada dotadašnje parlamentarne većine, od koje se onda očekuje i da, ako je potrebno, u parlamentu obezbedi izglasavanje budžeta za vreme dok donji dom bude raspušten.³⁰ Umnogome rečit bio je odgovor izvestioca ustavnog odbora da je upravo bilo potrebno da se ukazno produženje budžeta predvidi kao rezervno rešenje, zato što u našim skupštinama shvatanja samih parlamentaraca još nisu na engleskom nivou poimanja parlamentarnosti, kao što se ni u stranačkim odnosima ne može očekivati engleski nivo međusobne partijske lojalnosti.³¹ Valja na kraju dodati i to da je od jugoslovenskih profesora, članova ustavne komisije iz 1920. godine, samo Ladislav Polić, dok je još trajala debata u Ustavotvornoj skupštini, javno osporio ugrađivanje u ustav instituta ukaznog produženja budžeta. Pri tome je tek lapidarnim izrazom istakao ocenu da se to ustavno rešenje kosi s najelementarnijim pravom parlamenta, njegovim budžetskim pravom, te da pravo apela na

²⁷ US, 23. 4. 1921 (M. Ivanić), 33–36.

²⁸ US, 11. 6. 1921, 7.

²⁹ US, 14. 6. 1921, 9.

³⁰ US, 14. 6. 1921 (M. Ivanić), 13–14.

³¹ US, 14. 6. 1921 (J. Demetrović), 22.

narod, iako nesumnjivo demokratskog karaktera, ujedno „otvara širom vrata svakojakim eksperimentima“. Time je jasno naznačio i svoj stav o dopuštenosti kraljevskih disolucija u parlamentarizmu: da su raspuštanja parlamenta iz inicijative krune nesaglasna pretpostavkama parlamentarne vlade i da mogu predstavljati parlamentarnu formu ličnog režima (Polić 1921b, 72).

LITERATURA (REFERENCES)

- Anson, William. 1909. *The Law and Custom of the Constitution*. Oxford: Clarendon Press.
- Arhiv Hrvatske, Rukopisna ostavština Djure Šurmina.
- Bagehot, Walter. 1896. *The English Constitution*. London: Kegan Paul, Trench, Trübner & Co.
- Burdeau, Georges. 1932. *Le régime parlementaire dans les Constitutions Européennes d'après guerre*. Paris: Les éditions internationales.
- Les constitutions modernes* par F. R. Dareste et P. Dareste, tome I. 1910. Paris.
- Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789* par L. Duguit et H. Monnier. 1915. Paris.
- Les constitutions modernes* par F.R. Dareste et P. Dareste, *Europe I*. 1928. Paris.
- Les constitutions modernes* par F.R. Dareste et P. Dareste, *Europe II*. 1929. Paris.
- Dicey, Albert Venn. 1982. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianapolis: Liberty Classics.
- Duguit, Léon. 1924, *Traité de droit constitutionnel*, tome IV, Paris: Ancienne librairie Fontemoing.
- Dupriez, Léon. 1892. *Les ministres dans les principaux pays d'Europe et d'Amérique, tome I, Les ministres constitutionnelles*, editeur J. Rotchild. Paris.
- Engelsfeld, Neda. 1989. *Prvi parlament Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca – Privremeno narodno predstavništvo*. Zagreb: Globus – Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu.
- Esmein, Adhémar. 1914. *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*. Paris: Librairie de la société du Recueil Sirey.
- Gligorijević, Branislav. 1970. *Demokratska stranka i politički odnosi u Kraljevini Srba Hrvata i Slovenaca*. Beograd: Institut za savremenu istoriju.

- Gligorijević, Branislav. 1979. *Parlament i političke stranke u Jugoslaviji (1919–1929)*. Beograd: Institut za savremenu istoriju – Narodna knjiga.
- Građa o stvaranju jugoslovenske države (I. I – 20. XII 1918)*. 1964, prir. Dragoslav Janković, Bogdan Krizman. Beograd.
- Jovanović, Slobodan. 1924. *Ustavno pravo Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*. Beograd: Izdavačka knjižarnica Gece Kona.
- Jovanović, Slobodan. 1991a. *Parlamentarizam Stojana Protića, Iz istorije i književnosti*, I. 436–439, Sabrana dela Slobodana Jovanovića, tom 11. Beograd: Beogradski izdavačko-grafički zavod – Srpska književna zadruga.
- Jovanović, Slobodan. 1991b. *Perić o vladalačkoj vlasti, Iz istorije i književnosti*, I. 632–637, Sabrana dela Slobodana Jovanovića, tom 11. Beograd: Beogradski izdavačko-grafički zavod – Srpska književna zadruga.
- Krizman, Bogdan. 1967. Formiranje Prve Jugoslavenske vlade i likvidacija Jugoslavenskog odbora. *Zbornik Historijskog instituta Slavonije* 5: 267–301.
- Lo, Sidni. 1929. *Engleski parlamentarizam*, Beograd: Izdavačka knjižarnica Gece Kona.
- Lowell, Lawrence. 1920. *The Government of England*, vol. I. New York: The Macmillan Company.
- Marcovitch, Lazare. 1924. *Le problème constitutionnel Serbo–Croat–Slovène*. Genève: Librairie Georg & C. S. A.
- Marković, Lazar. 1912. Stojan M. Protić, Odlomci iz ustavne i narodne borbe u Srbiji. *Delo* LXII: 135–139.
- Marković, Lazar. 1991. *Parlamentarno pravo*. Zrenjanin: Ekopres.
- Matković, Hrvoje. 1963. *Hrvatska zajednica. Istorija XX veka, zbornik radova*, V, 5–136. Beograd: Institut društvenih nauka.
- Matter, Paul. 1898. *La dissolution des assemblées parlementaires*. Paris: Félix Alcan.
- May, Thomas Erskine. 1906. *A Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*. London: William Clowes and Sons.
- Mirkine-Guetzévitch, Boris. 1936. *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*. Paris: Librairie générale de droit et jurisprudence.
- Nacrt ustava po predlogu Stojana M. Protića, definitivni tekst, posle diskusije sa komisijom, sa dodatkom: Nacrt ustava izrađen od ustavne komisije. 1920. Beograd.
- Nacrt ustava vlade Milenka Vesnića. 1920. Beograd.
- Nacrt ustava vlade Nikole Pašića. 1921. Beograd.

- Petrov, Vladan. 2004. Raspuštanje parlamenta. *Prava čovaka* 1–2: 9–37.
- Polić, Ladislav. 1921 a. O nacrtima ustava, I, Nacrt Ustavne Komisije. *Mjesečnik* 1: 4–16.
- Polić, Ladislav. 1921 b. O nacrtima ustava, II, Nacrt g. Protića. *Mjesečnik* 2: 57–79.
- Popović, Dragoljub. 1995. Novakovićevo pismo Periću od decembra 1907. godine. *Stojan Novaković ličnost i delo*, zbornik radova SANU, Odeljenje istorijskih nauka, knj. 25: 603–612. Beograd: Srpska akademija nauka i umetnosti.
- Popović, Olga. 1988. *Stojan Protić i ustavno rešenje nacionalnog pitanja u Kraljevini SHS*. Beograd: Savremena administracija.
- Pribičević, Svetozar. 1990. *Diktatura kralja Aleksandra*. Zagreb: Globus.
- Protić, Stojan. 1911. *Odlomci iz ustavne i narodne borbe u Srbiji*. Beograd: Štamparija „Dositije Obradović“.
- Stanković, Đorđe. 1985. *Nikola Pašić i jugoslovensko pitanje*, II. Beograd: Beogradski izdavačko-grafički zavod.
- Stefanović, Jovan. 1940. O pravu raspuštanja parlamenta. *Mjesečnik* 1–2: 1–15; 3–4: 97–112; 5–6: 193–206; 7: 289–304.
- Stenografske beleške Privremenog narodnog predstavnštva Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca, IV. 1920. Beograd.
- Stenografske beleške. Rad Ustavnog odbora Ustavotvorne skupštine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, I–IV. 1921. Beograd.
- Stenografske beleške Ustavotvorne skupštine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, I–II. 1921. Beograd.
- Ustav Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca. 1921. Novi Sad.
- Zapisnici sednica Davidovićeve dve vlade od avgusta 1919. do februara 1920. 1970, prir. Bogumil Hrabak. *Arhivski vjesnik* XIII: 7–92.

Mirjana Stefanovski, PhD

Full Professor

University of Belgrade Faculty of Law

THE RIGHT OF DISSOLUTION IN THE CONSTITUTIONAL
DRAFT PRODUCED BY THE COMMISSION OF YUGOSLAV
PROFESSORS IN 1920

Summary

The subject of this article are the theoretical views that determined the regulation of the right of dissolution in the Constitutional Draft produced in 1920 by the Commission of the most prominent Yugoslav legal experts. Having in mind the experience of parliamentary practice of controversial use of royal prerogatives, the Commission formulated a solemn proclamation of parliamentarism as a general interpretative principle, whose purpose was to establish limits of royals' acts. The role of king in the parliamentary monarchy was conceived in accordance with the theory of parliamentary government, as a system of a constitutional balance of powers. The Crown was conceived as an moderating power, authorised to dissolve Parliament, when it is necessary to maintain harmony between Parliament and the ministries, but also as an extraordinary neutral authority, which may check Parliament's omnipotence and intervene to secure harmony between the political character of Parliament and the inclination of electorate.

Key words: *Dissolution of Parliament. – Royal prerogatives. – Parliamentary government. – The 1921 Constitution of the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes. – Slobodan Jovanović.*

Article history:

Received: 3. 6. 2019.

Accepted: 5. 8. 2019.

UDK 349.6; 341.2

CERIF: S120

DOI: 10.5937/AnaliPFB1903059C

Bojana Čučković, PhD*

FROM EQUALITY TOWARDS EQUITY AND DIFFERENTIATED RESPONSIBILITIES: A CONTEMPORARY INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW PERSPECTIVE

The paper analyzes the relationship between the principles of equality, equity and differentiated responsibilities in the specific context of international environmental law. By tracing these three principles throughout the texts of relevant international environmental instruments and agreements, the author provides for distinction between various levels of differentiation through which equity is achieved. It is argued that, due to the novel solutions contained in the Paris Climate Agreement, a change has occurred in contemporary international environmental law regarding the relationship between the principles of equality, equity and differentiated responsibilities. Instead of fostering equality through equity and differentiated responsibilities, these changes have widened the gap between these principles. Differentiation has slowly detached from both equality and equity and has started to fulfill objectives other than fairness, such as achieving wider participation, effectiveness and better implementation of multilateral environmental agreements.

Key words: *Equality. – Equity. – Principle of common but differentiated responsibilities. – Environment. – Climate change.*

* Associate Professor, University of Belgrade Faculty of Law, cuckovic@ius.bg.ac.rs.

1. INTRODUCTION

Equality, equity and differential treatment are present through various emanations in general international law.¹ However, their evolution appears to be rather authentic and the use of equity instead of equality is frequent in international environmental law (IEL). Such specificities of IEL may be explained, on the one hand, by the very characteristics of global environmental problems, which cannot be resolved without the participation of the entire international community, or at least its dominant part. On the other hand, it must be acknowledged that not all states contributed to environmental degradation equally and that they differ significantly with regard to their individual capacities to address environmental problems since they represent costly undertakings.

The subject matter of the analysis will be the relationship between the principles of equality, equity and differentiated responsibilities in the specific context of international environmental law. By tracing these three principles throughout the texts of relevant international environmental instruments and agreements, a number of issues will be analyzed. The first part of the paper considers the evolution of the relationship between the principles of equality, equity and differentiated responsibilities, both in the context of IEL and public international law in general. Secondly, the paper will provide an in-depth analysis of these principles and the manner in which they are implemented in a number of international environmental agreements. The third part of the paper focuses on the innovations introduced in the latest international environmental treaty –

¹ For example, the composition of the United Nations (UN) Security Council reflects the inequalities between UN Member States. Inequalities seem also to be reflected in the voting systems of a number of international organizations where a state's number of votes depends on its financial contributions or other criteria. In contrast to such examples, where differentiation was not established in order to foster substantive equality, general international law is also familiar with situations in which differential treatment actually seeks to achieve equality. Thus international maritime law provides for a number of solutions that differentiate between countries with the aim of eliminating differences between them to the highest degree possible. It should, however, be noted that inequalities between states are not necessarily unjust. Aristotle provides classical distinctions between the terms equality, justice and equity. In his words, "if the persons are not equal, they will not receive equal shares," whereas although "justice in distribution must be in accordance with some kind of merit, (...) not everyone means the same by merit" (Aristotle 2004, 86). In regard to equity and its relation to justice, Aristotle considers them to be one and the same. However, while both are good, in Aristotle's opinion "what is equitable is superior" (Aristotle 2004, 100). The problem, though, appears with what should be considered as legally just. Since "all law is universal, and there are some things about which one cannot speak correctly in universal terms" it may become "necessary to make universal statements but not possible to do so correctly." In such cases, "the law takes account of what happens more often, though it is not unaware that it can be in error" (Aristotle 2004, 100).

the Paris Agreement on Climate Change. Finally, an assessment of the possible repercussions of such novel solutions on the relationship between the principles of equality, equity and differentiated responsibilities will be the subject of analysis in the last part of the paper.

2. EQUALITY, EQUITY AND COMMON BUT DIFFERENTIATED RESPONSIBILITIES IN EARLY IEL INSTRUMENTS: THE STOCKHOLM AND RIO DECLARATIONS REVISITED

There appears to be a reverse evolution in the relationship between equality and equity in IEL as compared to general international law. In international law, the principle of sovereign equality came to life quite late and was born out of obvious inequalities that existed between states, in an attempt to disguise substantive inequalities by proclaiming formal equality.² Opositely, in IEL the principle of equality represented a starting point which, in a world of still present disparities, was transformed into the principle of equity and “common but differentiated responsibilities” (CBDR).

These three principles can be traced in the texts of relevant international environmental instruments that paved the way for current international environmental agreements. In contrast to Principle 24 of the 1972 Stockholm Declaration on the human environment, which proclaimed that international matters concerning the protection and improvement of the environment should be handled “by all countries, big and small, on an equal footing,” with no mention of equity or differentiated responsibilities,³ the 1992 Rio Declaration on environment and development did not refer to the principle of equality but instead

² Voigt, Ferreira (2016, 286) offer a definition of the principle of sovereign equality of states that is in line with the prevailing position that equality equals to a “guarantee that all states have equal rights and obligations.” As noted by Lavanya Rajamani (2006, 2), differentiated duties may therefore be perceived as a derogation of the principle of sovereign equality. However, it should not be disregarded that the free will of states to enter into differing commitments actually represents a valid link between sovereign equality of states and their unequal rights and duties. States are the ones who decide whether they will express their consent to be bound by treaties providing for differentiated obligations. It therefore appears that formal equality between states fosters their substantive equality through means of formal inequalities (unequal rights and duties) based on substantive inequalities. Such an understanding of the principle of sovereign equality is close to Hans Kelsen’s (1944, 209) thesis that, in international law, “equality does not mean equality of duties and rights, but rather equality of capacity for duties and rights,” which basically means that equality should be understood in a way that “under the same conditions States have the same duties and the same rights.”

³ UN General Assembly, United Nations Conference on the Human Environment, 15 December 1972, A/RES/2994.

relied largely on equity.⁴ It stated that the special situation and needs of developing countries should be given priority, particularly the least developed and those most environmentally vulnerable, and provided the first and most famous recognition of the principle of common but differentiated responsibilities, by stipulating that not all states contributed to the present environmental degradation in the same manner and that, therefore, not all States should have the same commitments both to the environment and to each other.⁵ A definition of equity is offered by Voigt (2014, 51), who refers to it as “the quality of being impartial, fair, and just.” In the area of international environmental law, this comes down to taking account of “states’ different ‘circumstances’, whether these relate to the stage of development, economic means, risk (exposure and vulnerability), (...) financial and technological capacity, etc.” In regard to the CBDR principle, it is regularly understood as a manifestation of equity in IEL (Cullet 1999a, 169).

This shift from Stockholm equality towards Rio equity and differentiation may be explained by the specific relationships between a number of factors, as well as their varying significance for different categories of international actors. As remarked by Beyerlin (2006, 262), many Third World countries opposed the approach adopted at the Stockholm Conference for two main reasons. Firstly, they perceived environmental degradation predominantly as a result of the industrialization process in developed countries and, secondly, pollution was not among their priorities. Equal obligations therefore needed to be replaced by differentiated obligations, in order not only to achieve the practical aim of getting underdeveloped and developing countries to make environmental commitments, but also to acknowledge the current realities since in the post-Stockholm period the economic and social concerns of developing countries far exceeded the environmental concerns of developed ones. The shift from equality towards equity and differentiation therefore represented a reflection of both necessity and fairness within the international community at the time, the latter however prevailing over the former.

⁴ In contrast to the CBDR principle, which is defined in Principle 7 of the Rio Declaration, IEL does not provide a definition of equity, neither in general nor in regard to the international climate change regime. United Nations Conference on Environment and Development, 13 June 1992, UN Doc. A/CONF.151/26 (vol. I).

⁵ Principles 3, 6 and 7 of the 1992 Rio Declaration on Environment and Development. For a detailed doctrinal analysis of the CBDR principle in international law, see Stone (2004, 276–301).

3. MODES OF INTEGRATING THE PRINCIPLES OF EQUITY AND COMMON BUT DIFFERENTIATED RESPONSIBILITIES INTO THE PROVISIONS OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL AGREEMENTS: COMMON AIM – DIFFERENT MEANS AND BASIS

The next issue to be analyzed concerns the modes of integrating the Rio principles of equity and differentiated responsibilities into specific international environmental agreements, with special focus on the international climate change regime, protection of the ozone layer and atmosphere, biological diversity and desertification. Although the relevant provisions of the respective conventions all reportedly aim to achieve equity of the contracting parties, the differentiation through which equity is to be achieved is compound and can be identified at various levels. Such diversification regarding the means of integrating the two Rio principles into specific agreements may be explained by the specificities of the particular environmental problem, the level of disparities between states as regards their capacities to address it, as well as the intended objectives. On the other hand, these considerations dictated the very form and content of the treaty provisions that contain the differentiated commitments. The analysis will, for the moment, exclude the 2015 Paris Agreement, and will focus on a number of international environmental treaties that preceded it. The reason for using such an approach lies in the fact that the youngest member of the environmental treaties' family introduces significant innovations that deserve a separate, more detailed and focused analysis. Such an analysis would further enable relevant comparisons to be made, as well as conclusions to be reached regarding the very topic of this paper, i.e. the relationship between the principles of equality, equity and differentiated responsibilities.

3.1. Differentiation at the Level of Primary Treaty Rules vs. Differentiation at the Level of Treaty Implementation

Firstly, there appears to be differentiation at the level of primary treaty norms and differentiation at the level of their implementation. Both levels of differentiation appear to be twofold.

The most common manifestation of differentiation at the level of primary treaty rules can be described as “loose” since it makes contracting parties' commitments conditional upon their “particular circumstances,” in so far as it is “appropriate” or “as far as possible.”⁶ Its

⁶ Article 6 of the Convention on Biological Diversity stipulates that general measures for conservation and sustainable use of biological diversity will be performed “in accordance with particular conditions and capabilities of a contracting party. The same level of differentiation is achieved by using other formulations, such as “as far as

second variation is less frequent in IEL and includes stipulating entirely different commitments from one contracting party to another. An example of such “strict” mode of differentiation is the establishment of greenhouse gas emission (GHG) reduction targets by the Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) only for the group of developed contracting parties stated in Annex I,⁷ or differentiation of commitments provided in Article 4 of the UNFCCC.⁸

Differentiation at the level of implementation of treaty norms is first and best perceived through the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, which provides for reciprocal commitments of all parties at the level of primary treaty norms, but with longer implementation periods for developing countries for which compliance with this treaty is more difficult.⁹ However, another, more frequently used variation of this mode of differentiation, exists through the so-called implementation aid. Since many parties to environmental agreements do not possess the required financial and technical capacities to implement the commitments stipulated in the given treaty, their implementation is made conditional upon the aid which is to be provided either by those

possible and as appropriate” (Art. 7 CBD). Convention on Biological Diversity, 5 June 1992, United Nations Treaty Series, Vol. 1760, 79. A similar pattern is used in Art. 5 of the UN Convention to Combat Desertification which contains the formulation “in accordance with their circumstances and capabilities.” The United Nations Convention to Combat Desertification in Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, Particularly in Africa, 17 June 1994, United Nations Treaty Series, Vol.1954, 3.

⁷ Art. 10 of the Kyoto Protocol defines the commitments that are to be fulfilled by all parties, Art. 2, 3, 4, 5, 6, 7 and 8 define the commitments of the Annex I parties, whereas Art. 11 stipulates additional commitments for the Annex II group of parties. Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, UN Doc FCCC/CP/1997/7/Add.1, 10 December 1997.

⁸ Paragraph 1 of Art. 4 provides commitments of all parties, paragraph 2 lists commitments for developed country parties and other parties included in Annex I, whereas paragraphs 3, 4 and 5 of the same Article stipulate the commitments of the developed parties included in Annex II. UN General Assembly, United Nations Framework Convention on Climate Change: Resolution adopted by the General Assembly, 20 January 1994, A/RES/48/189, United Nations Treaty Series, Vol. 1771, 107.

⁹ The initial text of the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer stipulated in Art. 5 that any party that is a developing country and whose annual calculated level of consumption of the controlled substances is less than 0.3 kilograms per capita, on the date of the entry into force of the Protocol for it, or any time thereafter within ten years of the date of entry into force of the Protocol, would be entitled to delay its compliance with the control measures by ten years. Subsequent amendments followed a similar pattern, although by specifying precise timetable for Art. 5 countries to implement the obligations of phasing-out hydrochlorofluorocarbons and phasing-down hydrofluorocarbons. The Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, 16. September 1987, United Nations Treaty Series, Vol. 1522, 3. For more details on the amendments, see the official Handbook for the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer (United Nations Environment Programme 2018, 19–23).

contracting parties that possess such capacities or by an international fund established for that purpose.¹⁰

Significant differences exist between these options from the perspective of their effectiveness. Differentiation at the level of implementation, at least its first option, has not only proven to be the most successful,¹¹ but it also has had positive reverse impact on primary norms, by providing them with additional strength (*see* Voigt 2014, 56–58). Judging by the experience of the Kyoto Protocol, the second variation of substantive differentiation failed to live up to expectations, whereas the first one is usually considered as additional maneuvering space for contracting parties not to fulfill their commitments, and thus represents the further weakening of already weak international environmental commitments.¹²

3.2. Equity Through Collective and Individual Differentiation

Secondly, *ratione personae*, differentiation can encompass a group of states or can be established between countries on an individual basis, independently of the common characteristics that they share with other countries. Both approaches have certain advantages and disadvantages. Collective differentiation enhances negotiating capacities and the general position not only of the group as a whole, but also of each individual member of the group. However, such an approach, as noted by Cullet (1999b, 552), tends to be “reductionist”, since it fails to take into account the immense disparities and inequalities between countries that are considered to belong to a particular group. In other words, the classification of countries as developed, developing or least developed, cannot adequately reflect the characteristics and specificities of each particular country: not all developed countries are equally developed, and the circumstances of all developing countries are not the same.¹³ Individual differentiation may thus be perceived as a sounder solution since it is based on the individual circumstances of

¹⁰ Art. 10 of the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, Art. 20 of the Convention on Biological Diversity, Art. 13 of the Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants. Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants, 22 May 2001, United Nations Treaty Series, Vol. 2256, 119

¹¹ Namely, according to the United Nations Environment Programme (2019), compared to 1990 levels, the global phasing-out of substances that deplete the ozone layer has reached 98%, whereas ozone depletion would have increased ten times by 2050 compared to current levels had it not been for this international treaty.

¹² For additional argumentation see Handl (1990, 9).

¹³ Voigt (2014, 52) argues in favor of individual differentiation due to another aspect of this problem. The author stresses that it is impossible for particular groups of states to be precisely identified in the sense that “the antagonistic dividing line between developed and developing countries is not only becoming increasingly blurred, but in effect an obstacle to meaningful mitigation action”.

each country and its own capability to contribute to resolving a particular environmental problem. However, in an international community consisted of nearly 200 states, such an approach is problematic both at the level of the creation and at the level of implementation of international norms.¹⁴ Namely, normative frameworks are not able to reflect these specificities by defining them or at least by offering firm criteria for properly determining them.¹⁵ Instead, they mostly opt for rather loose formulations that simply make implementation of particular duties conditional on the national circumstances and capabilities of the contracting parties, whatever that may mean, thus practically equating individual differentiation with the first option of substantive differentiation, as explained in the previous section.¹⁶

3.3. Equity: Single Aim – Different Basis?

Thirdly, regarding the very basis for differentiation, differentiated responsibilities of contracting parties may be considered to be based on the principle of common but differentiated responsibilities, whereas others can hardly be linked to this principle. Namely, in its initial meaning, the CBDR principle took into account the varying historical contributions to environmental degradation of the so-called developed and developing countries and observed differentiated treaty obligations as a means of corrective justice. In addition to the climate change regime,¹⁷ differentiation is explicitly based on the CBDR principle in the 2001 Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants¹⁸ and the 2013 Minamata Convention on Mercury.¹⁹ Other international environmental treaties that provide for differentiated commitments of contracting parties do not offer any explicit basis for differentiation, with differentiation implicitly stemming from the characteristics of the particular situation,

¹⁴ Cullet (1999b, 552), in contrast, uses the number of states in the international community as an argument in favor of the individual differentiation approach. The author believes that “the relatively manageable number of states in the international community” enables taking into account “the situation of each and every state to determine their actual capacity to respond to a given problem.”

¹⁵ In addition to the Kyoto Protocol which provided a list of developed countries in one of its annexes, the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer may also serve as an exception in this regard. It offers clear numerical criteria for determining which countries qualify as Article 5 countries, i.e. developing country deserving special treatment. Such a method of classifying countries as developing countries may be perceived, among other things, as having contributed to the success achieved by this international environmental instrument.

¹⁶ See examples contained in footnote 6.

¹⁷ Art. 3 and 4 of the United Nations Convention on Climate Change, Art. 10 of the Kyoto Protocol to UNFCCC.

¹⁸ See the Preamble to the Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants.

¹⁹ Minamata Convention on Mercury, 6 November 2013, UNEP(DTIE)/Hg/INC.5/7.

needs and capabilities of the contracting parties.²⁰ Since the CBDR principle can be understood as just one among many emanations of equity, does this mean that equity represents a basis for differentiation in all international environmental treaties that do not rely on CBDR?

There appears to be a significant disparity that arises from this distinction regarding the basis for differentiation. Differentiation based on the CBDR principle seems to be in pursuit of corrective justice, fairness and fairly achieved outcomes. In contrast, differentiation based on other reasons may have other ultimate aims, such as effectiveness and better treaty implementation, either exclusively or in combination with fairness. Thus, it has not only become obvious that substantive equality would never be reached in IEL – not even through equity and differentiation – but it has also become questionable whether differentiation always tends to reach equity and fairness. This question gains even more importance in the context of the 2015 Paris Agreement on Climate Change.

4. DIFFERENTIATION IN THE PARIS AGREEMENT ON CLIMATE CHANGE: ABOLISHMENT OF THE CBDR OR ITS NOVEL ELEMENT?

Following previous considerations, the next matter to be questioned relates to changes to the the CBDR principle that were introduced by the 2015 Paris Agreement on climate change. The replacement of strictly determined quantified GHG emission reduction targets with the so-called “nationally determined contributions” (NDCs) represents a major novelty. Namely, instead of defining emission reduction targets in the text of the agreement and exclusively for the group of developed parties, the Paris Agreement opts for a solution where all contracting parties have quantified emission targets, but these targets are to be determined on their own.²¹ Although there is still differentiation between developed and developing parties in certain provisions of the Agreement,²² this seems to have been abandoned in the case of emission reduction targets, as

²⁰ According to the analysis provided in Pauw *et al.* (2014, 31–32), the CBDR principle can be identified as a basis for differentiation even in the multilateral environmental treaties that do not mention it explicitly, such as the Convention on Biological Diversity. However, the arguments supporting this claim do not seem convincing enough. On the other hand, the absence of a link to the CBDR principle in certain environmental treaties may be explained by the temporal argument since their adoption preceded the introduction of the principle in the Rio Declaration. The Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer may serve as an example in this regard.

²¹ Art. 3 and 4 of the Paris Agreement on Climate Change. Paris Agreement on Climate Change, 12 December 2015, C.N.63. 2016.TREATIES-XXVII.7. d.

²² Art. 9 appears to be most indicative in this regard. However, differentiation between categories of countries is also present in other articles. For example, Art. 3

the central and most significant treaty commitment. Instead, a specific kind of individual differentiation takes precedence over the previously-used collective differentiation. It, nevertheless, differs from ordinary individual differentiation in that it is determined by the contracting parties themselves, in line with their own interests and assessment of national capabilities.²³

Even though some authors claim that differentiation through taking account of particular national conditions and capabilities of a contracting party may be considered as a novel element of the CBDR principle,²⁴ such a solution may also be understood as an abolishment of the CBDR principle with regard to differentiation at the level of central primary treaty norms, with its implicit subsistence with regard to less important provisions of the treaty²⁵ and at the level of implementation aid.²⁶ If differential treatment is perceived as a means to achieve equity and equality, this departure from the CBDR may be understood as a necessity brought about by the fact that circumstances have changed and that greater significance should be attached to current environmental and economic factors than to historical reasons. Are we witnessing the emergence of a new principle of different national circumstances (DNC) which will serve as the basis for differentiated responsibilities and achieving equity in IEL? Is this principle nothing more than an evolving version of the CBDR principle, or is differentiation in IEL actually based on the combination of the two (CBDR-DNC)?

The answer is – none of the above. The Paris Agreement abolished the CBDR principle, while at the same time it reintroduced the well-

recognizes the need to support developing countries in implementing treaty provisions, Art. 4 allows developing parties longer GHG peaking, etc.

²³ Cullet (2016, 317) qualifies this sort of individual differentiation as self-differentiation.

²⁴ Beyerlin (2006, 279) proposed a revised scheme of commitments that would entail a sliding scale of reduction obligations, allowing for a more flexible differentiation between the parties, according to their share of greenhouse gas emissions at the present, or which are expected to have in the near future. Although the author reads the CBDR principle as encompassing such an option, in our opinion it would actually represent either its complete abolishment or significant modification, which would need to be recognized through a newly-adopted formulation, contained in a future international environmental instrument.

²⁵ Art. 7, paragraph 3 stipulates that “the adaptation efforts of developing country Parties shall be recognized, in accordance with the modalities to be adopted by the Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to this Agreement at its first session.”

²⁶ Art. 13, paragraph 2 states that “the transparency framework shall provide flexibility in the implementation of the provisions of this Article to those developing country Parties that need it in the light of their capacities”, whereas paragraph 3 provides the same for the group of the least developed countries and small island developing states.

known, but previously slightly differently formulated, principle of different national circumstances. Namely, the preamble of the Paris Agreement reiterates the equity and CBDR principles, however with an addition – “in the light of different national circumstances.”²⁷ Such a formulation indeed represents another important novelty in the future climate change regime since it was not contained in any of its previous reiterations. However, certain provisions that contain differentiated commitments mention CBDR-DNC,²⁸ while others rely exclusively on equity,²⁹ and some invoke only “different national circumstances”.³⁰

Maljean-Dubois (2016, 154–155) believes that the new formula increases “the range of factors that may serve as a basis for determining differentiation” and perceives it as opening the door for an “evolutionary interpretation” of the CBDR. However, the manner in which the new CBDR-DNC principle is used in the specific provisions of the Paris Agreement proves that it has little or no connection to its UNFCCC and Kyoto Protocol predecessors.³¹ Firstly, not only has its essence and substance vanished, since it is used in provisions that do not differentiate between the countries on the basis of their contribution to environmental degradation, it focuses on successive, i.e. future contributions and long term GHG development strategies, not on historic ones. Secondly, by requiring that successive contributions follow the principle of progression, meaning that each successive GHG emission reduction target needs to be higher than the previous one, the Paris Agreement has definitely departed from the CBDR principle. By opting for the principle of progression as regards nationally determined contributions, the Paris Agreement takes the assumptions that the national circumstances will certainly improve, thus resulting in the country’s advanced capacities to handle the climate change issue, and that its emission of GHG will surely decrease. But what if this is not the case? Would it be fair to

²⁷ The Preamble to the Paris Agreement states that contracting parties shall pursue the objectives of the UNFCCC and that they are “being guided by its principles, including the principle of equity and common but differentiated responsibilities and respective capabilities, in the light of different national circumstances.”

²⁸ Article 4, paragraph 3 states that “Each Party’s successive nationally determined contribution will represent a progression beyond the Party’s then current nationally determined contribution and reflect its highest possible ambition, reflecting its common but differentiated responsibilities and respective capabilities, in the light of different national circumstances.” In a similar manner, Art. 4, paragraph 19 stipulates a duty to formulate and communicate long-term low greenhouse gas emission development strategies, by taking into account common but differentiated responsibilities and respective capabilities, in the light of different national circumstances.

²⁹ See Art. 4.1. and Art. 14 of the Paris Agreement.

³⁰ Art. 4.4, Art. 13.1 and Art. 15.2. of the Paris Agreement.

³¹ Rajamani (2016, 509) takes the same position, although using different arguments.

require more ambitious NDCs from those contracting parties that have limited national capacities and are not large GHG emitters, while at the same time leaving it entirely at the discretion of the greatest emitters, with favorable national circumstances, to decide to which extent their targets will increase successively? Such a solution basically consists of abandoning the CBDR principle in its original sense. Thirdly, the original CBDR principle entailed certain formal criteria derived from the wording of Principle 7 of the Rio Declaration.³² The absence of any formal criteria by which nationally-defined contributions could be determined, may serve as another indication that the Paris Agreement actually departs from the CBDR.³³ In line with these arguments it can be concluded that although formally still present, though in combination with the DNC part, the CBDR principle has actually been withdrawn from the climate regime, whereas its place has been taken over by the principles of equity and different national circumstances. The DNC principle, however, should not be considered as something completely new in the climate regime and in IEL in general. It has served as a basis for differentiation for quite some time, although through different formulations, and it is the equivalent of what was considered the “loose” variation of differentiation at the level of primary treaty norms, as explained in part 3.1 of this paper.

The Paris Agreement has demonstrated another departure from its predecessors and other environmental treaties: it does not opt for specific type of differentiation; it encompasses them all. As explained above, it provides for both individual, or self-differentiation, and collective differentiation. It not only stipulates differentiation at the level of primary treaty commitments, it also uses differentiation with regard to their implementation. Finally, it formally links differentiation to the CBDR principle, although it substantially uses equity and the principle of different national circumstances as its basis.

³² As noted by Honkonen (2009, 258–259), this does not mean that the content of the CBDR principle is definitely determined and deprived of any controversies. Even other, less disputed IEL principles, such as the principle of environmental impact assessment and the precautionary principle, are not characterized by firm and precise content. Such a claim should be understood in the sense that certain formal elements of the CBDR principle could be derived from its initial definition contained in the Rio Declaration, whereas the Paris Agreement obviously does not follow these criteria, at the same time, by failing to provide new ones. An in-depth discussion on the elements of the CBDR principle and its content is offered by Rajamani, (2006, 130–138 and 152).

³³ In addition to criticizing the absence of formal criteria, according to which contributions would be based on the CBDR principle, Vanderheiden’s (2015, 43) analysis offers insightful direction on the application of the CBDR principle in relation to the financial aspect of the climate change phenomenon.

5. THE PARIS CLIMATE AGREEMENT: ANY CONSEQUENCES REGARDING THE RELATIONSHIP BETWEEN EQUALITY, EQUITY AND DIFFERENTIATED RESPONSIBILITIES IN CONTEMPORARY IEL?

Due to the novel solutions contained in the Paris Agreement, a change has occurred in contemporary IEL regarding the relationship between the principles of equality, equity and differentiated responsibilities. Namely, differentiation based on different national circumstances may only be understood as the direct application of the principle of equity and cannot be considered to emanate from the principle of common but differentiated responsibilities. This is clear from the very wording of the Paris Agreement which stipulates certain treaty commitments by explicitly referring only to the principle of equity, whereas in regard to other obligations it simultaneously refers to the principles of equity and common but differentiated responsibilities. It seems that, although still formally present, the principle of common but differentiated responsibilities represents neither the exclusive nor the most important means for achieving equity and that the principle of respective national capabilities has taken precedence. By opting for such a basis for differentiation, the international climate change regime has taken a step back and abandoned the “advanced” or “progressive” level of differential treatment, as provided by the Kyoto Protocol. The differentiation present in the future climate change regime has thus combined modes of differentiation used in other environmental agreements. “Strict” differentiation is replaced by “loose” differentiation; differentiation encompassing groups of states is substituted by self-determined individual differentiation, whereas instead of being based on the CBDR principle, differentiation is now mainly based on national circumstances and capabilities of each individual contracting party.

As an aim for achieving equity and confronting the fact of inequality with the fiction of equality, changes that have occurred in IEL, related to differential treatment and differentiated responsibilities, have inevitably influenced respective changes in the principles of equity and equality. Equity and equality have become “loose”, determined on an individual basis and depending on national circumstances and the capabilities of the parties to a particular environmental agreement. This will undoubtedly result in further weakening of the already weak environmental commitments, whereas the equity principle will be perceived as a tool in the hands of the developed instead of the developing countries. Namely, if in 1992 CBDR appeared as a necessary compromise to attract environmentally unaware developing countries which, at the time, had other priorities, during the second decade of the 21st century it is necessary to make compromises with developed and

certain developing countries, in order to plead for their participation in international environmental agreements, with underdeveloped and developing countries becoming aware that they have been impacted the most by climate change and other environmental consequences, *inter alia* due to their high vulnerability and low resilience capacities. Therefore, instead of fostering equality through equity and differentiated responsibilities, these changes have further deepened the inequalities between the members of the international community. Differentiation is no longer a means for achieving equity between developed and developing in a world of substantive inequality; rather it became a constituent element of an insufficiently defined new concept of equity which is to be achieved through equally undefined and vague differentiation based on individual capabilities of each member of the international community. In other words, the interpretation and application of the principles of equity and differentiation has always been and will always be dependent upon the interests of the developed states. If back in the 1990s these states had an interest to offer strict and collective differential treatment based on the clear lines of the CBDR principle, in 2010s the interests of developed states have obviously undergone a significant change, which has resulted in loose and individual differentiation based on an undefined principle of equity. Although at some point during the evolution of IEL, differentiation, as an emanation of equity, had the potential of being perceived as a tool for fostering substantive equality, it has recently become obvious that differential treatment does not pursue equality any longer and that it has departed from it. Differentiation has, also, slowly detached from equity and started to fulfill objectives other than fairness, such as effectiveness of international environmental treaties. It now predominantly serves the purely rational and practical purposes of attracting as many contracting parties to a particular environmental agreement as possible and better implementing those agreements once they enter into force.³⁴

6. CONCLUSION

The reasons for introducing differentiation into international environmental law were initially distinct from the reasons for

³⁴ Under these circumstances, in which participation and effectiveness definitely take precedence over fairness in multilateral environmental agreements, the presence and subsistence of fairness as the key quality of the principle of equity is, in our opinion, best explained by Voigt, Ferreira (2016, 288). The authors rightly note that “while effectiveness depends on participation, participation in turn depends on states’ own perception of fairness and equity with regard to other states’ contributions towards addressing the problem”. Put differently, the state’s willingness to make environmental commitments will, among other factors, depend on its own perception of the given treaty’s fairness. A similar line of reasoning is offered by Ringius, Torvanger and Underdal (2002, 1).

differentiation in other areas of international law. This distinction is mainly due to the principle of common but differentiated responsibilities, which has significantly influenced the understanding of the equity principle, although it has generally been considered to be just one of its potential manifestations. Namely, the CBDR principle contains a significant, though quite specific understanding of fairness, which, at the time of the Rio Declaration, prevailed over other more pragmatic factors. By abandoning the CBDR principle, the application of equity in IEL risks losing this specificity and becoming closer and more similar to the practical purposes that differentiation has in other areas of international law.³⁵

By abandoning the CBDR principle, as well as by introducing multiple and flexible forms of differentiation, the Paris Agreement has significantly disturbed the relationship between equality, equity and differentiated responsibilities in contemporary IEL. Initially, in the community consisting of unequal states, IEL started to evolve based on formal equality, which was soon substituted by equity and CBDR, so as to eventually achieve substantive equality. Unfortunately, reality took a different turn. IEL indeed started its development by establishing formal equality in the Stockholm Declaration; equality was indeed transformed into the principles of equity and CBDR in the Rio Declaration and some of the successive multilateral environmental agreements, but substantive equality has never been achieved. Instead, with the abolishment of the CBDR principle in the new climate change regime, IEL risks, though only formally, being reduced to equity through differentiation, although it in fact provides for differentiation detached from equity. Differentiation that does not aim to achieve fairness cannot be viewed as based on equity. Therefore, instead of establishing “equitable differentiation”, as an evolving principle of international law for the protection of the environment,³⁶ it seems that IEL is closer to what may be described as a principle of pragmatic differentiation.

Instead of being at the forefront of IEL in terms of equitable outcomes of differentiation, the international climate regime has taken

³⁵ Additionally, Caney (2005, 748) remarked that the influence of the global distribution of environmental burdens and benefits risks being lost as well, which also lay in the basis of differentiation at the time when this approach was first introduced in IEL.

³⁶ According to Shelton (2010, 125), however, the equitable differentiation approach does not rely exclusively on morality and the notion of justice; it also includes other, more practical aims such as fostering “more effective action on issues of common concern”. Therefore, in this perspective equitable differentiation is equitable and based on the sense of fairness, but at the same time it is able to achieve additional pragmatic aims. Here lies the most important distinction as regards our qualification of “pragmatic differentiation”, which basically either excludes the element of fairness or leaves it to a minor, negligible extent.

a step backward. By opting for the DNC principle, it has reintroduced loose, individual differentiation based on vague and undefined criteria.³⁷ Although it should be acknowledged that such a solution represented the only acceptable compromise between negotiating parties at the Paris conference, adopted mainly in order to ensure wide participation, it remains to be seen whether the solution will live up to the other fairness-free aim for differentiation – assuring better implementation of the treaty. Indeed, strict and collective differentiation, applied in the Kyoto Protocol to UNFCCC, failed to achieve successful results. Nevertheless, other, more successful forms of differentiation could have influenced the architecture of the future climate treaty. An attempt could have been made to achieve both equitable and pragmatic differentiation by adapting successful solutions from other multilateral environmental agreements to the specificities of the climate change regime, such as individual differentiation at the level of implementation of the treaty, based on objective and clear numerical criteria.

In order to protect the environment, IEL needs successful international treaties. Successfully implemented multilateral treaties that do not pursue equity and fairness are therefore worth more than fair agreements that gain insufficient acceptance and prove unsuccessful. For the sake of present and future generations, all the species and the planet itself, let us hope that the drafters of the Paris Agreement sacrificed equity for the success of the climate regime.

REFERENCES

- Aristotle. 2004. *Nicomachean Ethics*. *Cambridge Texts in the History of Philosophy*, ed. Roger Crisp. Cambridge: Cambridge University Press.
- Beyerlin, Ulrich. 2006. Bridging the North-South Divide in International Environmental Law, *Journal of Foreign Public Law and International Law* 66: 259–296.
- Caney, Simon. 2005. Cosmopolitan Justice, Responsibility, and Global Climate Change. *Leiden Journal of International Law* 18: 747–775.
- Cullet, Philippe. 1999a. Equity and Flexibility Mechanisms in the Climate Change Regime – Conceptual and Practical Issues, *Review of European, Comparative and International Environmental Law* 8: 168–179.

³⁷ For opposing views that praise the potentials of the new climate regime and its solutions see Voigt, Ferreira (2016, 301–302); Voigt, (2014, 54); Rajamani (2016, 494); Maljean-Dubois (2016, 159).

- Cullet, Philippe. 1999b. Differential Treatment in International Law: Towards a New Paradigm in Inter-State Relations. *European Journal of International Law* 10: 549–582.
- Cullet, Philippe. 2016. Differential Treatment in Environmental Law: Addressing Critiques and Conceptualizing the Next Steps. *Transnational Environmental Law* 5: 305–328.
- Handl, Günther. 1990. Environmental Security and Global Change: The Challenge to International Law. *Yearbook of International Environmental Law* 1: 3–33.
- Honkonen, Tuula. 2009. The Principle of Common But Differentiated Responsibility in Post-2012 Climate Negotiations. *Review of European, Comparative and International Environmental Law* 18: 257–267.
- Kelsen, Hans. 1944. The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization. *The Yale Law Journal* 53: 207–220.
- Maljean-Dubois, Sandrine. 2016. The Paris Agreement: A New Step in the Gradual Evolution of Differential Treatment in the Climate Regime? *Review of European, Comparative International Environmental Law* 25: 151–160.
- Pauw, Pieter, Steffen Bauer, Carmen Richerzhagen, Clara Brandi, Hanna Schmole. 2014. Different Perspectives on Differentiated Responsibilities – A State-of-the-Art Review of the Notion of Common but Differentiated Responsibilities in International Negotiations. Discussion Paper 6/14. Bonn: German Development Institute.
- Rajamani, Lavanya. 2006. *Differential Treatment in International Environmental Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Rajamani, Lavanya. 2016. Ambition and Differentiation in the 2015 Paris Agreement: Interpretative Possibilities and Underlying Politics. *International and Comparative Law Quarterly* 65: 493–514.
- Ringius, Lasse, Asbjørn Torvanger, Arild Underdal. 2002. Burden Sharing and Fairness Principles in International Climate Policy. *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics* 2: 1–22.
- Shelton, Dinah. 2010. Equitable Utilization of the Atmosphere: A Rights-Based Approach to Climate Change. 91–125 in *Human Rights and Climate Change*, ed. Stephen Humphreys. Cambridge: Cambridge University Press.
- Stone, Christopher. 2004. Common But Differentiated Responsibilities in International Law. *American Journal of International Law* 98: 276–301.

- United Nations Environment Programme. The Secretariat for the Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer and for the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer. 2018. *Handbook for the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer*. Nairobi, Kenya: Ozone Secretariat.
- United Nations Environment Programme. 2019. Success Achieved to Date and the Road Ahead. <https://www.unenvironment.org/ozonation/who-we-are/about-montreal-protocol>, last visited June 26, 2019.
- Vanderheiden, Steven. 2015. Justice and Climate Finance: Differentiating Responsibility in the Green Climate Fund. *The International Spectator* 50: 31–45.
- Voigt, Christina. 2014. Equity in the 2015 Climate Agreement. *Climate Law* 4: 50–69.
- Voigt, Christina, Felipe Ferreira. 2016. “Dynamic Differentiation”: The Principles of CBDR-RC, Progression and Highest Possible Ambition in the Paris Agreement. *Transnational Environmental Law* 5: 285–303.

Article history:
Received: 25. 7. 2019.
Accepted: 3. 9. 2019.

UDK 341.224

CERIF: S120

DOI: 10.5937/AnalipFB1903077V

Mihajlo Vučić, PhD*

ACCESS TO WATER IN THE CONTEXT OF THE INTERNATIONAL WATERCOURSE: A THEORY OF THE COMMUNITY OF INTEREST

Securing free and equal access to water for individuals is foremost an objective of international water law. This article analyses the community of interest theoretical framework for the creation and implementation of rules that can achieve this objective. This theory is in line with the natural unity of the watercourse that traverses political borders between states. However, legal doctrine is not unanimous concerning its practical value, state practices largely evade it, and case law only provides declarative support without indicating precise contents of community rights and obligations. It seems that practical application of the community of interest theory is only possible through meticulous and systematic application of positive legal rules based on limited territorial sovereignty theory, in the spirit of joint management and use of common water resources.

Key words: *Community of interest. – Access to water. – International watercourses. – Shared water resources.*

1. INTRODUCTION

Access to water is a vital human need. The United Nations Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses (UN Watercourses Convention) was the first water-related international agreement introducing the term “vital human needs” which has been defined as “sufficient water to sustain human life, including both

* Research Fellow, Institute of International Politics and Economics, Belgrade, mihajlovucic@gmail.com.

drinking water and water required for the production of food in order to prevent starvation”.¹ Thus, it seems reasonable to assume that what is intended by using the term ”vital human needs” is to give special attention only to the most essential needs in order to prevent death from dehydration or starvation (International Law Commission (ILC), 1994, para. 4, McCaffrey and Rosenstock 1996). In international law, a soft norm of the right to water is currently under formation,² based on the much wider approach to vital human needs that can be found in the 2002 General Comment on the Right to Water, attached to the 1966 UN International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, which uses the term “personal and domestic uses”, comprising drinking water, personal sanitation, washing of cloths, food preparations, and personal and household hygiene.³ Following the recognition by the General Comment, on 28 July 2010, the United Nations General Assembly recognized the human right to water and sanitation in Resolution 64/292.⁴ It acknowledged that clean drinking water and sanitation are essential for the full enjoyment of life and all human rights. World Health Assembly Resolution 64/24, of May 2011,⁵ and Human Rights Council Resolution 18/1,⁶ also recognize the right to water and call upon the water and sanitation sector to progressively achieve the full realization of the right to safe drinking water and sanitation for all. The human right to safe drinking water and sanitation continues to be affirmed by the UN Human Rights Council and continues to be observed, particularly by the Special Rapporteurs on the right to safe drinking water and sanitation. The World Bank report on the human right to water extends its normative content beyond the provision of water for drinking purposes to water for

¹ Article 10.1.1, Adopted by the General Assembly of the United Nations on 21 May 1997. Entered into force on 17 August 2014. See General Assembly resolution 51/229, annex, Official Records of the General Assembly, Fifty-first Session, Supplement No. 49 (A/51/49).

² Under the term soft norm a large corpus of legal rules in international environmental but also other field of public international law can be described. Those are norms that can influence the conduct of addressees due to its normative value but are lacking liability and enforcement mechanisms to secure compliance (Dunoff, Ratner, Wipman 2015). The term itself might be misleading (Blutman 2010) but has been consistently for a long time.

³ UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 15, The Right to Water, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (29th Session, 26 Nov 2002) UN Doc E/C 12/2002/11.

⁴ UN General Assembly Resolution 64/292 “The human right to water and sanitation”, adopted 28 July 2010 (A/64/L.63/Rev.1 and Add.1).

⁵ World Health Assembly Resolution 64/24 “Drinking-Water, Sanitation and Health”, adopted 24 May 2011 (A64/24).

⁶ Human Rights Council Resolution 18/1 “The human right to safe drinking water and sanitation”, adopted 28 September 2011 (A/HRC/18/L.1).

environmental hygiene and health generally, as well as for growing food (Salman, McInerney-Lankford 2004).

Regardless of the differences in the definition of this term, there is no doubt that sufficient water to sustain human life, including both drinking water and water required for the production of food, in order to prevent starvation, is a *conditio sine qua non* of human life. Thus, if we are speaking of water as a human right, it cannot be denied that every person, without discrimination, should enjoy the freedom of access to adequate quantity and quality of water. At the same time, every person should have, as much as possible, the equality of access to adequate quantity and quality of water.

Is there a sufficient material basis in our world to make this right viable? There is no doubt that enough freshwater in the world exists to meet the existing and future free and equal access of the world's population to it (Gleick 1993, 3–4). These adequate quantities, however, are poorly distributed. In some regions of the world severe drought leads to desertification, while in others heavy floods cause massive pollution of freshwater resources. Global climate patterns provide ample access to water in some regions only during winter seasons, while causing deficit during summer. Climate change leads to unpredictable precipitation patterns in other regions which causes unexpected multi-seasonal droughts. Thus, water allocation to secure free and equal access of individuals to it must take into account all these factual inequalities of access and natural obstacles to the freedom of water use.

Thus, the activity of securing a free and equal access for individuals to freshwater is necessarily conditioned by some idea of redistribution of this natural resource. Such a redistribution process inevitably brings into play the competing priorities of different uses and users. To complicate this equation further, since most water resources traverse political boundaries, these competing priorities often become regional conflicts between riparian states. Therefore, the redistribution rules must become international in nature. This is why international water law plays a crucial role in securing equality and freedom of access to water for all human beings.

However, for international law to be efficient in the quest for securing free and equal access to freshwater resources, its rules that relate to water allocation and use must be informed by a theoretical framework that recognizes this freedom and equality of the interests of individuals. States that have sovereignty over natural resources based on their territory represent the interests of their citizens' needs for water, but from this the conclusion does not automatically follow that international rules for allocation and use of water resources, which are established by states, will faithfully defend these interests. On the contrary, selfish state

interests and half-baked compromises between competing interests can exclude completely, or just partially satisfy the interests of the people on the other side of state border.

The ideal understanding of the international regulation of freshwater would be that, since all human beings need water for their subsistence, it can be said that all freshwater should be shared by the community of human beings. Therefore water should be treated as the common property of mankind. This is, however, not the case in contemporary international relations. The legal status of freshwater resources in international law is a status of so-called common-pool resources, which are partially excludable and rival. (Ostrom 2015, 30–33). This means that only the riparian states enjoy access to them for purposes other than navigation and that their benefits are therefore partly excludable. In contrast to open-access commons, such as high seas fisheries and the electromagnetic spectrum, non-riparians have no access to water resources and cannot benefit from them directly (Benvenisti 1996, 393). The benefits from the use of water resources are an object of rivalry between riparians, since any unit of water diverted or polluted by one of them reduces the quantity and quality available to others. This manner of use of common-pool resources leads to the well-known “tragedy of the commons” syndrome, in which each of the users receives direct benefits from its one-sided use of common resources, while costs of the act are borne by all users (Hardin 1968, 1243), which creates woeful inequalities and restricts freedom of use.

Instead of the “common property of mankind” concept, for water to be accessible to everyone freely and equally it is enough to create a theoretical framework that would take different interests for its use as an integral whole. In other words, instead of trying to balance competing interests, it is preferable to establish joint mechanisms of water use that would eliminate the obstacle of state sovereignty, which defends particular interests. International water law legal doctrine has identified four principal theories of water allocation. These theories are more or less supported by state practices. These are: a) absolute territorial sovereignty, b) absolute territorial integrity, c) limited territorial sovereignty, and d) community of interest theory. Of these four theories, the first two can be described as slightly outdated, rarely used in practice, and completely lacking support in contemporary legal doctrine. First one retains for one riparian state the exclusive right of usage (see more in McCaffrey 1996), while the other excludes all possible uses that would interfere with the natural flow of a watercourse, which virtually renders the water resources useless (Rahaman 2009). Theory of limited territorial sovereignty is based on the assertion that every state is free to use shared watercourses flowing on its territory as long as such utilisation does not prejudice the rights and interests of the co-riparians. It forms the basis of customary international

water law. However, key positive legal rules that have been designed in the framework of this theory, equitable and reasonable utilization, no-harm rule and procedural principle of cooperation, do not eliminate the possibility of legal outcomes in individual cases of water allocation that would disable free and equal access to water.

Free and equal access to water can be optimally secured if water is regarded as an indivisible resource, over which all the users of a particular watercourse share a right of use. This does not mean that every person in the world will be given an equal share in water and that freedom of use can be guaranteed everywhere in the same manner. This means only that water in an international watercourse will be used in the interests of a community that depends on that particular watercourse for its water needs. Thus, the guarantee of a free and equal access is a particular and not a global guarantee, in line with the nature of international water law, which is globally only regulated by framework agreements (the UN Watercourses Convention is the best example of this), but the legally binding rules, which actually provide for access to water resources, are contained in particular watercourse or regional treaties. Therefore, inequalities between different regions in terms of water abundance cannot be erased by any legal theory, since they exist no matter the wishes of legal academics and practitioners. However, what can be secured is the management of water resources that uses these resources in the common interest of users of a particular watercourse.

This article explores the fourth principal theory of water allocation, the community of interest theory, since it is the author's opinion that this theory is the most suitable framework for creation and implementation of rules on water use that satisfy requirements of freedom and equality of access for human beings to water resources on a particular watercourse. This theory is based on the idea that riparian states share a common interest in using the international watercourse. Whereas the doctrine of limited territorial sovereignty merely connotes unilateral restraint, the concept of a community of interests evokes shared governance, joint action across an entire unified system (McCaffrey 2010). At face value, it seems logical that only joint and integral management of the whole watercourse system can ensure optimal use of water and respect of freedom and equality of access to water for all watercourse users. However, as it will be shown, the theory of the community of interest has not exerted a substantial influence on positive international law, and state practices that are inspired by it are sparse (part I). On the other hand, writings of scholars that support the author's theoretical approach are abundant, but the majority are those classical authors who were inspired by natural rights theory and modern environmentalist theory, which means that doctrinal consensus about the practical value of this theory is far from being achieved (part II). Finally,

the jurisprudence of international courts and tribunals – generally a thin corpus of law in this field – has some ground-breaking judgments in favour of this theory to show, however their influence on actual state practices must not be overvalued (part III). It seems then that the only way to implement community of interest theory in positive legal rules is not to transform them completely, but to try to infuse existing norms with its essential meaning in the process of implementation, which is possible since legal norms of general nature in this field are worded in a manner that leaves room for creative interpretation (part IV). At the end of the article the conclusion based on all previous arguments is given.

2. COMMUNITY OF INTEREST IN STATE PRACTICE

Although the topic of this article is about non-navigational use of international watercourses, we will start the analysis with some examples of state practice that relate to navigation on international rivers, since they were historically the first to cause disputes among states over access to water. The first traces of state practices inspired by the community of interest theory in literature are usually connected with U.S. Secretary of State Thomas Jefferson, who wrote a letter to the U.S. President George Washington expressing his legal advice on the matter of the freedom of navigation in the Lower Mississippi River, at the time under sovereignty of the Kingdom of Spain (Vitányi 1979, 30). Jefferson states in his letter that the ocean is free for all the people and rivers for their inhabitants (*ibid.*, 31). Jefferson argues in line with the generally accepted position of international legal doctrine at the time, which was founded on the theory of natural rights. That same year French Government adopted a decree upon the opening for navigation of the river Scheldt in which it is stated that watercourses are a common and unalienable property of all the regions through which they flow (Le Fur, Chklaver 1934, 67). All these natural legal ideas stem from the natural phenomenon of the physical unity of the watercourse. There are also other examples of this idea that international rivers are common to all riparians: Treaty of Teschen, signed between Austria and German electoral state of Palatinate of 1779, which states that certain rivers will be common to these two countries if they are situated on their borders (Berber 1955, 23), and the so-called Imperial Recess of 1803 (*Reichsdeputationshauptschluss*) which regulates the status of Rhine from the borders of the Bavarian state to the Swiss border, calling it a common watercourse between the French Republic and the German Empire (*ibid.*). In the same spirit was concluded also the Treaty of 14 May 1811, on the border demarcation between Prussia and Westphalia, which proposes that “although the thalweg of the Elbe is a border between two sovereigns”, between themselves, “the river

would always be considered common for both kingdoms for purposes of commerce and navigation” (Vitányi 1979, 37). All examples so far were related to contiguous watercourses, while one example of community of interest approach related to a successive watercourse can be found in the Treaty on Peace and Friendship between France and Batavian Republic of 1795, which was inspired obviously by a French governmental decree on the river Scheldt (*ibid.*, 34). The definition of common watercourses was some 100 years later broadened to include contiguous lakes as well, since in the Treaty of Karlstad from 26 October 1905, signed between Sweden and Norway, Article 4 states that lakes and watercourses that form a border between two countries, or are situated on the territory of both, or flow into named lakes and watercourses, would be considered as common (Berber 1955, 24).

However, these early historical examples of the acceptance of community of interest theory disappear completely from state practice around the turn of the 20th century, and only at the end of this century of creation of positive general international water rules can we find new examples. McCaffrey opines that this is a consequence of natural law theories being suppressed by legal positivism (2010, 152). However, with a change of historical context caused by a development of the law of environmental protection and global move for sustainable development in international relations, many international treaties at the end of the century adopt this approach.

For example, the idea that international watercourses are common goods is strongly expressed in the Protocol on Shared Watercourse Systems in the Southern African Development Community (SADC) Region (1995).⁷ This agreement uses the term “shared watercourse system” which is defined in the Article 1 as “a watercourse system passing through or forming the border between two or more basin states”. The term “shared watercourse” is very similar to the term community of interests on the watercourse of the riparian states. Article 2 confirms this similarity when it says that members of the development community “undertake to respect and apply the existing rules of general or customary international law relating to the utilisation and management of the resources of shared watercourse systems and, in particular, to respect and abide by the principles of community of interests in the equitable utilisation of those systems and related resources”.

⁷ Protocol on Shared Watercourse Systems in the Southern African Development Community (SADC) region signed at Johannesburg, 28 August 1995, <http://www.fao.org/docrep/w7414b/w7414b0n.htm>, last visited 20 July 2019. The agreement was prepared and adopted by eleven African countries of this region, including Angola, Botswana, Lesotho, Malawi, Mozambique, Namibia, Eswatini (formerly Swaziland), Zambia, Zimbabwe and Southern Africa. In the meantime a new revised protocol was adopted but still has to be brought into force.

Similar provisions are found in the Agreement between Namibia and South Africa on the Establishment of a Permanent Water Commission (1992). Article 1 of the Agreement states that the objective of the Commission is to “act as technical adviser to the Parties on matters relating to the development and utilisation of water resources of common interest to the Parties”. The idea of common interest in the issues regulated by the Agreement is essentially the same as the idea of the community of interest in international watercourse. Obviously some linguistic differences between common interest, community of interest, common rivers or lakes do not change the essence of the idea – that all riparian states must treat the freshwater resources of the international watercourse as a common good. Every treaty, regional or bilateral, that regulates watercourses in the framework of the theory of the community of interest contains at least some of the options. The Agreement between the Federal Republic of Nigeria and the Republic of Niger concerning the equitable sharing in the development, conservation and use of their common water resources even interchangeably uses the terms shared river basins and common water resources.⁸ The International Law Commission also uses in its Draft Articles for the UN Watercourses Convention the expression “use of waters that represent a common natural good” (ILC, 1994). To summarise, differences are non-existent, these are all different expressions for one concept, one idea, the idea of the community of interest of watercourse states in the use of its water resources. These water resources are shared, but not physically divided, since that would be impossible due to the nature of water as a physical substance. Shared water resources implies that they are common, and that the whole watercourse is common. Even though the formal legal logic cannot institute a common ownership over them, there exists a community of interest for their use.

So far, we have concentrated on the African continent in presenting state practices, however instances of the community of interest approach are visible in Latin America as well. The Agreement between Bolivia and Peru concerning joint utilization of the waters of Lake Titicaca (1957) states in Article 1 “two countries have joint, indivisible and exclusive ownership over the waters of Lake Titicaca”.⁹ This is an upgrade of the previous examples since here it is expressly mentioned that the riparians institute joint ownership, although it is not clear from the Agreement

⁸ Agreement between the Federal Republic of Nigeria and the Republic of Niger concerning the equitable sharing in the development, conservation and use of their common water resources, done at Maiduguri, 18 July 1990, <http://www.fao.org/docrep/w7414b/w7414b10.htm>, last visited 20 February 2014.

⁹ Agreement between Bolivia and Peru concerning a preliminary economic study of the joint utilization of the waters of lake Titicaca, signed at La Paz, on 19 February 1957, <http://www.colsan.edu.mx/investigacion/aguaysociedad/proyectofrontera/1957.pdf>, last visited 20 April 2014.

whether any specific institute of shared property in the legal sense is created besides the management policy which recognizes a community of interest. However, in the exchange of letters during 1992 and 1993 two states agreed to establish a binational authority to implement a binational master plan for the lake (McCaffrey 2010, 154). This authority is still not operational.

Actually, the only example of a living and functioning joint ownership organization for the management of the international watercourse globally is the Senegal River Basin Development Organization (Organisation pour la Mise en Valeur du fleuve Senegal – OMVS), a regional cooperative management body for the Senegal River which currently includes Guinea, Mali, Mauritania, and Senegal. Created in 1972, following several years of severe drought, the OMVS's common facilities on the Senegal River are operated under a joint, indivisible ownership regime among the riparian states.¹⁰ The riparians share joint responsibility for the management and operation of the two existing dams. This framework has particularly strong implications for financing arrangements.¹¹ The OMVS Member States jointly guarantee the repayment of principal and interest on any loans made to the organisation for the construction and operation of the common facilities. This “communitisation of interests” within the framework of the OMVS allows water infrastructure to be anchored in one State's territory without hindering other Member States from exercising their rights (Gander 2014). In this sense, the status of the Diama and Manantali, the two dam installations on the watercourse, represents a perfect example of water use cooperation on an international watercourse in order to produce energy, provide drinking water, and allow irrigation and navigation (Schemeier 2012; Kauffman 2015).

Instead of creating joint ownership organization, states have so far concentrated on establishing joint programs for the development of international watercourse systems, without paying attention to political borders. Some of the examples that more prominently accentuate community of interest are the Agreement for the utilization of the Nile waters between former U.A.R. (Egypt as successor) and Sudan.¹² However, other Nile River riparians¹³ consider these agreements anachronistic

¹⁰ Convention portant création de l'OMVS, 11 March 1972, Nouakchott.

¹¹ See Convention relative aux modalités de financement des ouvrages communs, 12 March 1982, Bamako.

¹² United Arab Republic and Sudan Agreement For The Full Utilization of the Nile Waters, 8 November 1959, Cairo, http://internationalwaterlaw.org/documents/regionaldocs/uar_sudan.html, last visited 20 July 2019.

¹³ The Nile River is the longest river in the world covering nearly 7,000 kilometres. It traverses eleven countries in Africa: Burundi, the Democratic Republic of Congo (DRC), Egypt, Eritrea, Ethiopia, Kenya, Rwanda, Sudan, Tanzania, Uganda and South Sudan.

holdovers from the colonial era and want them abrogated and replaced by a new international watercourse legal regime that enhances equity in the allocation of the Nile River's waters. Egypt and Sudan, however, insist that the existing Nile Waters Agreements be maintained or that, in the event a new legal regime is established, Egypt's historical rights – those granted by the original agreements – should be honoured (Adar, Check 2011). Another is the Columbia river treaty between the United States and Canada,¹⁴ which is concentrated on cooperation in the common interest in developing water resources of Columbia for hydropower generation and control of floods, but is rather outdated in view of the development of international environmental considerations from the days when it was concluded (1961) (Firuz 2012, 173).

An interesting legal arrangement that recognizes a common interest in sharing joint water resources is the Yarmouk river agreement between Jordan and Syria,¹⁵ which created a sort of a barter agreement whereupon Syria restricted its right to use the water above the dam in exchange for 75% of the energy generated by a water-powered plant, whereas Jordan obtained greater water rights in exchange for electricity. However, due to Israel's protests and political instability in Syria, the agreement was never fully implemented (Szwedo 2018, 158–159). Similar electricity-for-water arrangements were successfully implemented in the case of the treaty between Switzerland and France on the development of hydropower potential of the river Rhône (Verzija 1970, 290) or the treaty between the USA and Canada relating to the uses of the waters of the Niagara River.¹⁶

Finally, a most developed aspect of the implementation of the community of interest theory in international water law are the joint institutional mechanisms for management of shared water resources. More than a hundred international river commissions have been established so far, geographically spread all over the globe, and they all share the purpose of managing day-to-day non-navigational uses of international watercourses (Vučić 2018, 25, fn. 23; Dombrowsky 2007). Their great number and the fact that they were founded by states that intensively use their water resources implies that institutional cooperation is a natural consequence of a great interdependence of riparian states. Numerous

¹⁴ Treaty relating to cooperative development of the water resources of the Columbia River Basin, done 17 January 1961, http://www.internationalwaterlaw.org/documents/regionaldocs/columbia_river1961.html, last visited 20 July 2019.

¹⁵ Agreement concerning the utilization of the Yarmouk waters, 3 September 1987, Amman, <http://www.internationalwaterlaw.org/documents/regionaldocs/Jordan-Syria-1987.pdf>, last visited 20 July 2019.

¹⁶ Treaty between the United States of America and Canada relating to the uses of the waters of the Niagara River, signed at Washington, 27 February 1950, <http://www.internationalwaterlaw.org/documents/regionaldocs/niagra1950.html>, last visited 24 July 2019.

and important functions are relegated to these authorities, in some cases they can adopt and even implement plans for the development, use and protection of international watercourses. Although, this is still far from joint ownership, we can agree with Lipper that these international commissions are the best indicator of factual recognition of the community of interest in the state practice (1967, 39).

To conclude this section, although various international agreements recognize the existence of the common interest, or community of interest in the access to water contained in international watercourse, they do not automatically create legal institutes that would transfer this notion to the concept of joint ownership over these resources (with the exception of the case of the OMVS). Rather, they create joint institutional bodies for management of watercourses or joint plans and programs for their development. However, these institutions, in order to effectively realize the community of interest in practice, would have to encompass all the riparians of the particular watercourse, to establish solidarity mechanisms in times of water crisis, and to ensure that their management is safe from the influence of regional hegemony that may subvert their institutional capacity for their own interest and not the communal, therefore preventing the realization of free and equal access to water of all the citizens that depend on the particular watercourse for the satisfaction of their vital human needs.

3. APPROACH OF LEGAL DOCTRINE

One must start with Grotius when one wants to discuss international law and community of interest. In his famous work, he argued for the establishment of joint ownership of the watercourse by the riparians (Grotius 2001, 29). Grotius found roots of the community-of-interests doctrine in Roman law, which treated water resources as *res publicae jure gentium*, not subject to private appropriation or free disposition. Building this notion into natural law, Grotius and other authors reaffirmed the conceptualisation of rivers as “common property”, arising from the physical unity of a river system, seen as a public good in which everyone shares an interest.

Speaking about the opening of the Scheldt to international navigation, Schlettwein states that the river is a God-given joint property of all riparians. None of them has the right to keep for itself exclusively the right of use of such a river, and none can take this right from the others. Even if one is forced by the other to cease the navigation, this would not be legally binding, since it was always unjust to take from someone the right to use an object that was meant by the Creator to be

common property (1785, 11–12). Both authors are influenced by the natural law doctrine which does not discriminate between navigational and non-navigational uses when it comes to community of interests on the watercourse.

In the 19th century, Carathéodory, as another follower of the same school of thought, writes that a nation did not create the river and therefore cannot have exclusive right to use it. In his words, it would be the greatest injustice to purport a theory of usage that would strip other countries of their natural rights to use the river without causing any damage to other riparians' interests whatsoever (2010, 32). However, Carathéodory limits the community of interests to naturally made watercourses, which logically excludes man-made canals. Another weak point of his theory for the purposes of the community of interest is that he actually adopts a limited sovereignty approach, since he expands on the notion of damage and its prevention, as the limits to the otherwise sovereign unilateral use of the river by an individual riparian.

At the beginning of 20th century, Farnham also follows the same stream of thought, stating that the river that flows through the territory of several states forms their common property. It is his opinion that, as a gift of nature to the humanity, a river must not be appropriated by any particular group of people that would unilaterally impose their rights of use on others (1904, 29). Continuing on his work, Lederle, expressly supports the idea of common ownership of international watercourses, but with a slight reserve. He is concerned about the real possibility of implementation of this idea to the hard fact of territorial sovereignty. Therefore, he splits the idea of the community of interest into two legal principles: the principle of joint ownership of flowing water, and the principle of territorial sovereignty over a watercourse. His joint ownership over water resources resembles a vital human needs approach of the UN Watercourses Convention, since he proposes that this regime would regulate the use of water for personal needs (drinking, washing, food preparation), while for other purposes (hydropower production, irrigation, grazing), unilateral use is allowed insofar as it does not cause damage to other riparians (here Lederle stands on the position of limited sovereignty theory) (see more in Lederle 1927, 700).

Huber is of the opinion that analogies with municipal legal institutes, such as Roman property law, are ill-conceived for the conditions of international relations, due to territorial sovereignty obstacle. Therefore, Huber argues not for common ownership over a part of territory-watercourse, but on the equal right of use (1907, 161–162). Of course, we can agree with Huber that analogies are never successful when legal transplantations pass between completely different social realms, but the idea of joint ownership is in essence the idea of joint right of use and

enjoyment of fruits of usage, whereas the third aspect of ownership – disposal – is unimaginable with the ownership of a watercourse itself. However, the disposal of water resources, for example as a measure of redistribution of water resources from water-rich regions to water-scarce regions, should be encouraged if it is done in the common interest of all riparians.

In the second half of the 20th century, specifically in 1985, with the rise of legal positivism in doctrinal thought, Godana was able to argue that the idea of the community of interest was inadequate to be a legal principle of international law that governs watercourses, since its implementation would require a much more developed state of international infrastructure (1985, 49). Just four years after, Caflisch is already more optimistic, arguing about the idea in naissance that common natural resources that lie outside of national jurisdictions should be regarded as a common heritage of mankind, including there already internationalized goods such as the high seas, Moon and other celestial bodies, geostationary orbits and transmission frequencies. Caflisch states that these goods are or should be regulated by international institutions of universal character, in the interests of all the states in the international community. Therefore he implies that the same analogy can be made in relation to international watercourses. Obviously, he continues, riparian states form a certain community that ignores state borders, and a simple division of waters, however equitable, would not guarantee an optimal method of development for the watercourse system. From this flows the idea of “denationalization” of international watercourses and the transfer of authority to manage and use them from the state level to an international organization formed to regulate this management and use. Caflisch opines that treaty regimes that create international river commissions lack the integrative effect to transform international watercourses into a common property of riparian states, and asks whether the joint authority to use the water goods can also be observed as the emanation of the community of interests in practice. He concludes that condominium over a watercourse is inappropriate for another reason. In the case of condominium, every riparian state could veto new uses of a watercourse, which would in effect lead to the theory of absolute integrity’s deadlock (Caflisch 1989, 59–61). Therefore, he opts for a community of interest approach, which creates common right of use without instituting common ownership.

The community of interest approach in the legal doctrine is sometimes downplayed as something not truly revolutionary in comparison with existing factual and legal state of affairs. It is said that this theory simply recognizes the situation that exists on the watercourse, that all riparian states have an interest in using it, but does not create in itself any legal obligation to use it in the interests of free and equal access

to water for everyone. Unless there is a treaty established between the riparian parties, which explicitly obligates them to secure free and equal access, it is not at all certain that the simple sense of community between them will lead to optimal solutions of water distribution (see Fitzmaurice, Elias 2004, 14). Therefore, these authors tend to tread a backdoor path to get to the more or less same result. They turn to international environmental influence on water regimes and there find the emanations of the community of interests.

Thus, the so-called ecosystem approach to water management focuses on the whole ecosystem of which a watercourse is just a part. Besides water, the equation also includes the living species and their physical environment connected to water. Therefore, limits on state sovereignty come not from the community of interests in water use but rather from the more general need to protect and conserve the ecosystem itself (see Teclaff 1991, 355–370; Brunée, Toope 1994, 72; McIntyre 2004, 1–14; Tza 2004, 40–46).

There is no doubt that the ecosystem approach to water management creates the need for communal practices, since it further ties the interests of various actors, not just states themselves, but also environmental NGOs, business sector, local communities – basically all societal groups. This modern strand of legal doctrine observes private actors, such as business entities, as actors of equal importance to states in the communal management of water resources and even tries to read this into the provisions of UN Watercourses Convention. They especially accentuate following provisions of the Convention that represent the community of interest among private industrial and commercial sectors from riparian states that use common water resources: (1) prevention, control and reduction of transboundary impact by taking such measures as the application of best available technologies (Article 3.1); (2) consideration of existing lists of industrial sectors or industries and of such hazardous substances in international conventions or regulations, which are applicable in the area covered by the Convention (Article 3.2); (3) protection of information related to industrial and commercial secrecy (Article 8); and (4) exchange of best available technology, particularly through the promotion of the commercial exchange of available technology and of direct industrial contacts and cooperation, including joint ventures (Article 13.4) (Samvel 2018, 6).

4. COMMUNITY OF INTERESTS IN INTERNATIONAL JURISPRUDENCE

Two key decisions of international adjudicatory bodies are especially important for the analysis of the community of interest theory.

First is the decision of the Permanent Court of International Justice in the River Oder case.¹⁷ The background of the case is as follows: the Treaty of Versailles established an international commission to rework international regulations pertaining to the Oder River and its tributaries. Poland disagreed with the commission's assertion of jurisdiction over two tributaries within Polish territory, because the tributaries were found to be "navigable" and to "naturally provide more than one state with access to the sea", however the Court held that jurisdiction extended to navigable tributaries within Polish territory. The Court did not rely on the treaty establishing the international commission in its judgment, since it found that textual analysis of the relevant provisions cannot give the requested answer. Instead it cited principles that regulate international water law in general. Therefore, it reasoned that when one particular watercourse traverses the territory of more than one state, the requisites of justice and necessity require that a simple right of passage through a river, as a limit to territorial sovereignty of the state upon whose territory the passage is requested, is not enough. The optimal solution for free and equal access to the waters of the Oder for all riparian states was in the fact of their community of interests. This community of interests forms a basis for a shared right of access, which excludes any privileges and creates perfect equality.

Although the issue in this case was navigation, it can be interpreted that the Court, in citing general principles of international water law assumed that they would be valid for non-navigational uses of waters as well. The court regarded community of interest as a fact, which is a consequence of the physical unity of the watercourse, as a natural system that traverses political borders and therefore unites territories of various states in one community, dependent on it for its vital needs. The Court also pointed out that community of interest is a requirement not only of the necessity of factual interdependence, but of justice, which relates to our notion that community of interest is the best option for securing free and equal access to water.

The second case is the decision of the International Court of Justice (ICJ) in the Danube Dam case.¹⁸ In 1977 Hungary and Czechoslovakia signed a treaty obligating the states to cooperate in the construction of a system of dams and locks along a section of the Danube River that formed the border between the two countries. Construction commenced in 1978 but progressed slowly due to political and economic transformations in both states. In 1989, Hungary abandoned the project, justifying its decision with claims of changed circumstances and impossibility. In 1993,

¹⁷ Case Relating to the Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder, Series A.-No 23, Judgment of 10 September 1929.

¹⁸ Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment of 25 September 1997, I.C.J. Reports 1997, p. 7.

Czechoslovakia peacefully separated into two nations: the Czech Republic and Slovakia. Slovakia assumed its predecessor's responsibilities under the treaty because the planned hydraulic system fell within its territory along the Danube River. After continued negotiations failed, Slovakia devised "Variant C", an alternative plan to complete the project. Under Variant C, Slovakia dammed the Danube and appropriated between 80% and 90% of the river water. The dispute came before the International Court of Justice in 1994 and was decided in 1997. The Court rejected Hungary's claims of changed circumstances and impossibility but also concluded that Slovakia, by putting Variant C into operation and unilaterally taking control of a shared resource, had violated international law and the 1977 Treaty. Ultimately, the Court ordered the parties to "re-establish co-operative administration of what remains of the Project".

The ICJ cited its predecessor in River Oder in regard to the community of interest concept, adding that modern development of international law has confirmed this principle for non-navigational uses of international watercourses. The ICJ found proof for this statement in the adoption of the UN Watercourses Convention. Following the same line of reasoning, the ICJ labelled Slovakia's breach of Hungarian right to equitable and reasonable utilization of common water resources a consequence of its disregard for proportionality. Finally, the remedy ordered by the ICJ was to continue with cooperation, as this is only inevitable since the two countries are in the community of interest, and only joint management can lead to legality of the use of common resource, regardless of their unilateral wishes. Therefore, the ICJ concretised the theory of the community of interest into a practical guide for fulfilling of positive legal obligations, which were conceived as limits to territorial sovereignty in the first place – equitable and reasonable utilization and procedural principle of cooperation.

The ICJ continued to confirm the community of interest doctrine in its decisions in Gulf of Fonseca,¹⁹ and Pulp Mills.²⁰ However, its arguments fell short of detailing concrete legal rights and obligations. In Gulf of Fonseca the ICJ Chamber concluded that the existence of a community of interest among Honduras, El Salvador, and Nicaragua was "not open to doubt" with regard to sovereignty over the waters of the Gulf of Fonseca. The Chamber deemed a condominium or shared sovereignty arrangement involving Fonseca's waters "almost an ideal juridical embodiment of the community of interest's requirement of perfect equality of user". In Pulp Mills, the Court held a treaty-based commission: "established a real community of interests and rights in the management of the

¹⁹ Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Sal./Hond.: Nicar. intervening), Judgment, 1992 I.C.J. 351, 407 (Sept. 11).

²⁰ Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, 2010 I.C.J. Rep. 14., 281 (Apr. 20).

River Uruguay and in the protection of its environment”. The limited application of the community of interest standard nevertheless mandated that the commission “devise the necessary means to promote the equitable utilization of the river” (see more in Vučić 2017).

5. CONCLUSIONS

The theory of the community of interest is one of the four principal theories for water allocation in the international context. Among those four theories, we argued that the theory of the community of interest is the optimal theoretical framework for the creation and implementation of rules for water allocation that ensure free and equal water access for riparian-states and individuals that depend on the particular watercourse for satisfaction of their vital human need for water.

However, the analysis has shown that the status of this theory in positive international law is subordinate to the dominant position of the theory of limited sovereignty. With the exception of the case of the Senegal River basin and its legal regime, which implements fully community of interest by instituting joint ownership and management over the organization for the use of waters of Senegal, all other treaty regimes are based on limited territorial sovereignty, implementing in their legal regimes cooperation (in the form of joint intergovernmental commissions and programs of management that serve as forums for coordination of competing interests of usage), restraint (rules on prevention of significant transboundary harm from unilateral use), and unilateral utilization (supposed to be equitable and reasonable).

Even though the early doctrinal approach gave primacy to community of interest theory, since it was in accord with natural law concept, legal positivists, always on the alert when state sovereignty is perceived as threatened, discarded this theory as unrealistic since it does not respect the sovereign control of the state over natural resources situated in its territory. Modern theoretical approaches that included environmental considerations in the water allocation procedures, again started promoting community of interest theory, now under the pretext of the ecosystem approach. It remains to be seen how climate change, pollution and population growth, as factors that further endanger freedom and equality of access to water, will influence legal thought. At the moment it can be said that it is a tie between limited sovereignty and community of interest academics.

Jurisprudence for its part strongly encouraged community of interest idea as a fact, which must be taken into account when implementing legal rules for use of international watercourses. However, it found community

of interest already identifiable in general principles of international water law and especially procedural principle of cooperation, without further specifying its contents.

Clearly, the main flaw of the community of interest theory is its vagueness. It is easy to say that the unity of the international watercourse creates a community of interest of the entities dependent on its use for satisfying their vital human needs. The difficult part is to ascertain which precise legal rights and obligations flow from this fact. Free and equal access to water can be cited as one, but what does it entail? A human right to water, basin-specific, enforceable in front of international bodies tasked with management of the international watercourse? This type of right is non-existent in positive international law. Optimal utilization of common water resources, which will enable free and equal access due to all the interests of use being taken as a whole? This is more alike a procedural guarantee of freedom and equality of access, and it can be argued that community of interest theory is exactly that – a joint management system for the purpose of using available resources to maximize satisfaction of the individual needs of water users. It is argued, in this context, that “countries may develop a river basin more efficiently and equitably, if the focus is less on the gallons used by each country and more on the potential or real economic benefits that can be derived from joint management”, (Hunter *et al.* 2002, 808). In other words, “if compared to interstate cooperation founded on limited territorial sovereignty, a community of states would be better suited for promoting equitable and reasonable use; the fair sharing of benefits and costs directly or indirectly associated with cooperation; and the effective protection of aquatic and related ecosystems and the services they provide for human development and a healthy environment”, (Rocha Loures 2016, 224–225).

Community of interest is not a condominium, but rather a sort of large neighbourhood (Rodgers 1991, 163). These neighbours should not be only limited in their activities concerning common spaces, as the theory of limited sovereignty suggests, but encouraged to work jointly on every aspect of use of common spaces. Additionally, to ensure sustainable use of their common space and free and equal access of every member of their community to it, they must not only strive to maximize the benefits of use for present members of the community, but also take care of the protection and preservation of the common space for the generations to come. This arduous task is only possible in careful and meticulous everyday management and long-term developmental planning in unison among the riparian states.

The theory of the community interest would play the role of theoretical framework for this management and planning, and further inform the application of general legal principles such as equitable and reasonable utilization, no significant harm, co-operational rules

(notification, prior consultations, information exchange, negotiations), protection of the environment. This is the only role community of interest theory can play in the present state of international water law, due to sovereign restrictions, lest other countries take the example of the Senegal River riparians and start instituting real communities for management and planning. Perhaps the lack of water resources due to pollution and draught will eventually lead to this scenario.

REFERENCES

- Adar, Korwa G., Nicasius A. Check. 2011. *Comparative Diplomacy, Regional Stability and National Interest: The Nile River and the Riparian States*. Pretoria: Africa Institute of South Africa.
- Berber, Fritz. 1955. *Die Rechtsquellen des internationalen Wassernutzungsrechts*. Munich: R. Oldenbourg.
- Blutman, László. 2010. In the Trap of a Legal Metaphor. *International and Comparative Law Quarterly* 59(3): 605–624.
- Brunnée, Jutta, Stephen J. Toope, 1994. Environmental Security and Freshwater Resources: A Case for International Ecosystem Law. *Yearbook of International Environmental Law* 5: 41–76.
- Caflich, Lucius. 1989. *Règles générales du droit des cours d'eau internationaux*, The Hague: Recueil des Cours.
- Carathéodory, Etienne. 2010. *Du Droit International Concernant les Grands Cours D'Eau (1861)*. Kessinger Publishing, LLC.
- Dombrowsky, Ines. 2007. *Conflict, Cooperation and Institutions in International Water Management*. Cheltenham: Edward Elgar.
- Dunoff, Jeffrey L., Steven R. Rather, David Wipmann. 2015. *International Law: Norms, Actors, Processes*. Wolter Kluwer.
- Firuz, Paul A. 2012. Looking forward: The Columbia River treaty. *Washington Journal of Environmental Law and Policy* 2(1): 170–192.
- Fitzmaurice, Malgosia, Olufemi Elias, 2004. *Watercourse Co-operation in Northern Europe – A Model for the Future*. The Hague: Asser Press.
- Godana, Bonaya Adhi. 1985. *Africa's Shared Water Resources: legal and institutional aspects of the Nile, Niger and Senegal river systems*. London: Frances Pinter.
- Huber, Max. 1907. Ein Beitrag zur Lehre von der Gebietshoheit an Grenzflüssen, *Zeitschrift für Völkerrecht und Bundesstaatsrecht* 1: 12–25.

- International Law Commission. 1994. *Draft articles on the law of the non-navigational uses of international watercourses and commentaries thereto and resolution on transboundary confined groundwater*, Yearbook of the International Law Commission, 1994, Vol. II, Part Two.
- Rodgers, William H. 1991. *Environmental Law*. West Publishing Company.
- Salman, Salman M. A., Siobhán McInerney-Lankford. 2004. *The Human Right to Water: Legal and Policy Dimensions*. World Bank, Law, Justice and Development Series. Washington, DC: World Bank.
- Gleick, Peter H., 1993. An Introduction to Global Fresh Water Issues. 3–12 in *Water in Crisis: A Guide to the World's Freshwater Resources*, edited by Peter H. Gleick. New York: Oxford University Press.
- Grotius, Hugo. 2001. *The Rights of War and Peace*. Adegri Graphics LLC.
- Benvenisti, Eyal. 1996. Collective Action in the Utilization of Shared Freshwater: The Challenges of International Water Resources Law. *American Journal of International Law* 90(3): 384–415.
- Ostrom, Elinor. 2015. *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hardin, Garrett. 1968. The Tragedy of the Commons. *Science* 162: 1243–1248.
- Hunter, David, James Salzman, Durwood Zaelke. 2002. *International Environmental Law and Policy*. Brill: Martinus Nijhoff.
- Kauffman, Gerald J. 2015. Governance, Policy, and Economics of Intergovernmental River Basin Management. *Water Resources Management* 29(15): 5689–5712.
- Lederle, Gustav. 1927. Die Donauversinkung. *Annalen des Deutschen Reichs* 1927: 693–717.
- Le Fur, Louis, Chklaver Georges. 1934. *Recueil de textes de Droit international public*. Dalloz: Paris.
- Lipper, Jerome. 1967. Equitable Utilization. 39–63. *The Law of International Drainage Basins*, ed. Albert Garretson, Robert Hayton, Cecil Olmstead. New York: New York University Law School.
- McCaffrey, Stephen. 1996. The Harmon Doctrine One Hundred Years Later: Buried, Not Praised. *Natural Resources Journal* 36: 549–590.
- McCaffrey, Stephen, Robert Rosenstock. 1996. The International Law Commission's Draft Articles on International Watercourses: an

- Overview and Commentary. *Review of the European Community and International Environmental Law* 5(2): 89–96.
- McCaffrey, Stephen. 2010. *The Law of International Watercourses*. Oxford: Oxford University Press.
- McIntyre, Owen. 2004. The Emergence of an ‘Ecosystem Approach’ to the Protection of International Watercourses under International Law. *Review of European Community and International Environmental Law* 13: 1–14.
- Rahaman, Muhammad Mizanur. 3/2009. Principles of international water law: creating effective transboundary water resources management. *International Journal of Sustainable Society* 1: 207–223.
- Rocha Loures, Flavia. 2016. The Dragon as Part of Transboundary Basin ‘Villages’: Community of Interests and International Law in China. *Water Law* 24: 220–238.
- Samvel, Gor. 2018. Seemingly Connected, Obviously Separate: The Parallel Realities of the UN Global Compact and the Multilateral Regimes in Water Governance. *Laws* 37: 1–14.
- Schlettwein, Johann A, 1785. *Die Gerechtigkeit und das allgemeine europäische Staatsinteresse bey dem Streite über die Oeffnung der Schelde und des Ostindischen Handels für die Oesterreichischen Niederlande*. Gießen: Krieger.
- Schmeier, Susanne. 2015. *Governing International Watercourses: River Basin Organizations and the Sustainable Governance of Internationally Shared Rivers and Lakes*. London: Routledge.
- Szwedo, Piotr. 2018. *Cross-border Water Trade: Legal and Interdisciplinary Perspectives*. Brill: Nijhoff.
- Teclaff, Ludwik A., 1991. Fiat or Custom: The Checkered Development of International Water Law. *Natural Resources Journal* 31: 355–370.
- Tza, Alejandro. 2004. Developments under Ramsar Convention: Allocation of Water for River and Wetland Ecosystem. *Review of the European Community and International Environmental Law* 13(1): 40–46.
- Verzijl, J.H.W., 1970. *International Law in Historical Perspective*. Brill: Nijhoff.
- Vitányi, Béla. 1979. *The International Regime of River Navigation, Alphen aan den Rijn*: Sijthoff and Noordhoff.
- Vučić, Mihajlo. 2017. Silala Basin Dispute: Implications for the Interpretation of the Concept of International Watercourse. *Annals FLB – Belgrade Law Review*. LXV(4): 91–111.

Vučić, Mihajlo. 2018. *Mehanizmi ostvarivanja načela neuzrokovanja štete u praksi upravljanja međunarodnim vodotokovima*. Beograd: Institut za međunarodnu politiku i privredu.

Article history:

Received: 31. 7. 2019.

Accepted: 3. 9. 2019.

UDK 303.025:340.1

CERIF: S115

DOI: 10.5937/AnaliPFB1903099M

Dr Tatjana Milić*

EMPIRIJSKO ISTRAŽIVANJE PRAVA: REVOLUCIJA ILI NEMOGUĆA MISIJA?***

Empirijsko istraživanje prava nastoji da odgovori na problem odvojenosti pravne nauke i prava od društvene stvarnosti. Ono označava promenu u pristupu istraživanju prava. Kakav je kvalitet te promene? Zbog tog pitanja bilo je neophodno ostvariti što potpuniji uvid u empirijsko istraživanje prava. U radu su predstavljena osnovna obeležja empirijskog istraživanja prava i istorijski razvoj ove vrste istraživanja u svetu, kao i trenutno stanje u Srbiji. Radi prevazilaženja jednodimenzionalnog poimanja ovog naučnog pristupa kao isključivo kvantitativnog, razmotrena je razlika između kvantitativnog i kvalitativnog pristupa u empirijskom istraživanju. Potpuniji i kritički prikaz empirijskog istraživanja prava zahtevao je da se ukaže na ograničenja i izazove u njegovoj primeni. U zaključku autor objašnjava da empirijsko istraživanje nije korenita promena u načinu istraživanja prava, ali jeste promena čiji će uspeh zavisiti od metodoloških sposobnosti istraživača.

Ključne reči: *Empirijsko istraživanje. – Pravo. – Pravna nauka. – Metodologija prava. – Društvene nauke.*

* Autorka je angažovana kao istraživač-realizator projekta na Pravnom fakultetu Univerziteta u Novom Sadu, na osnovu programske akcije "Pravo na prvu šansu" Pokrajinskog sekretarijata za visoko obrazovanje i naučnoistraživačku delatnost, tatjana.milic@gmail.com.

** Ovaj članak je rezultat rada na projektu „Empirijsko istraživanje uloge međunarodnog prava u radu Saveta bezbednosti UN na primeru upotrebe sile protiv SR Jugoslavije 1999. godine“ za koji je sredstva obezbedio Pokrajinski sekretarijat za visoko obrazovanje i naučnoistraživačku delatnost (br. projekta: 142-451-3422/2018-02).

1. UVOD

U poslednje dve decenije primećuje se porast primene empirijskih istraživanja prava. Taj trend je, između ostalog, uslovljen sve većom interakcijom prava i društvenih nauka. Predmet interesovanja naučnika nisu više samo značenje i važenje pravnih normi i odnosi koje one uređuju već i različiti faktori koji utiču na njihovu primenu u određenom društvenom i političkom kontekstu. Na delu je proces drugačije spoznaje koji odlikuje težnja da se, osim prava koje je sadržano u pravnim dokumentima i tekstovima, pravo opiše i objasni onako kako ono deluje u praksi.¹ Empirijska istraživanja su svojevrsno sredstvo da se unapredi saznanje o pravu i funkcionisanju prava.

Porast primene empirijskih istraživanja proizveo je određenu promenu u kvantitetu i kvalitetu istraživanja prava. Pojedini pravni pisci su čak bili slobodni da tu promenu označe kao revoluciju (Ho, Kramer 2013; Klick 2011). Drugi su opreznije ukazali na to da je učinjen korak napred u odnosu na *status quo* koji je vladao u oblasti prava (Mascini, van Rossum 2018). Jedno je sigurno: promena se dogodila.

Šta konkretno znači ta promena u istraživanju prava? Kako se ta promena dogodila? I kuda ona vodi? To su pitanja koja ćemo razmotriti u ovom radu. Cilj autora je da predstavi empirijski pristup istraživanju prava i da ukaže na izazove njegove primene. Postavljeni cilj je predodredio strukturu članka, pa je na početku predstavljen osnovni pojmovni aparat neophodan za razumevanje empirijskog istraživanja i njegovog mesta u pravnoj nauci. Da bi čitaoci razumeli gde se i kako dogodila promena u pristupu istraživanja, u narednom delu rada prikazani su istorijski razvoj empirijskog istraživanja prava i stanje stvari u Srbiji. Potom je dat i detaljniji osvrt na vrste empirijskog istraživanja. Konačno, potpun uvid u predmet ovog razmatranja ne bi bio moguć ako ne bismo ukazali na prednosti, ograničenja i izazove u primeni empirijskih istraživanja u pravu.

2. POJMOVNI APARAT ZA RAZUMEVANJE EMPIRIJSKOG ISTRAŽIVANJA PRAVA

Na osnovu pregleda literature o empirijskom istraživanju prava zaključili smo da je neophodno predstaviti osnovnu pojmovnu aparaturu koja bi čitaocima trebalo da pomogne da razumeju i razlikuju tu vrstu naučnog istraživanja. Primetno je da su autori, doduše ne svi, propuštali da naprave adekvatan uvod i precizno odrede pojam empirijskog istraživanja

¹ Taj pristup se prepoznaje u formulaciji koju je Roscoe Pound (*Roscoe Pound*) iskoristio za naslov članka *Law in Books and Law in Action*, koji je 1910. objavio časopis *American Law Review*. U literaturi o empirijskom istraživanju prava ta formulacija je često citirana.

i ukažu na njegovo mesto u nauci uopšte. Takođe su propuštali da razgraniče pojmove metodologije, metoda i teorije, koji zbunjuju i istraživače i čitaoce, pa ne čudi što se empirijsko istraživanje često pojednostavljeno poima.

Osnovni pojmovi koji su, prema mišljenju autora ovog rada, neophodni za razumevanje i razlikovanje empirijskog istraživanja prava su: nauka, metod, metodologija, teorija, empirijsko istraživanje i empirijsko istraživanje prava.

Na osnovu prethodnog saznanja (Pečujlić, Milić 1995, 21; Dajović 2017, 226), pojam *nauka* određujemo kao delatnost koja teži da uveća znanje o predmetu istraživanja koristeći naučne metode i izgrađujući naučne pojmove i teorije.

Naučni *metod* Miroslav Pečujlić i Vojin Milić određuju kao „način mišljenja i postupak istraživanja stvarnosti koji garantuje sticanje što istinitijeg, što objektivnijeg saznanja“ (1995, 21). Milić je još 1965. godine objasnio da naučni metod obuhvata „misaone radnje pomoću kojih naučnik stvara polaznu hipotetičku osnovu svog istraživanja analizirajući postojeće naučno znanje, otkrivajući u njemu praznine, nerešene probleme i izvesne nove mogućnosti međusobnog povezivanja raznih činjenica i teorijskih stavova koji još nisu sagledani u određenom međusobnom odnosu... Drugi deo metoda je sve ono što treba učiniti da bi se pribavila potrebna obaveštenja o stvarnosti na osnovu kojih se može ispitati da li su i u kojoj meri polazne pretpostavke opravdane“ i na kraju se saznanja, do kojih se stiglo istraživanjem, uključuju u postojeći fond naučnog saznanja (Milić 1965, prema Ilić, Veljković 2016, 7–8).

Metodologija je širi pojam od metoda, ali se ta dva pojma često ne razlikuju i koriste se kao sinonimi, što izaziva dodatnu zabunu. Polazeći od grčkog porekla reči, pojam metodologija bi podrazumevao nauku o metodi. Takvo određenje nalazimo kod Miroslava Pečujlića i Milića (Pečujlić, Milić 1995, 21) koji smatraju da kao naučna disciplina metodologija obuhvata tri komponente: opšti teorijsko-metodološki pristup, metodološki postupak i tehničke metode za prikupljanje činjenica. Dakle, u tom smislu metodologija bi bila okvir istraživanja koji obuhvata teoriju, metode i tehnike istraživanja.

Naučna *teorija* je, prema definiciji koju navodi Goran Dajović (2017, 234), „sistematizovan (skladno povezan) skup tvrdnji koje objašnjavaju izvesnu pojavu“. Istovremeno, Pečujlić i Milić (1995), kao i Mej (May 2011), upućuju na to da je teorija okvir koji usmerava pažnju istraživača na određeni deo stvarnosti i sadrži principe pomoću kojih se rezultati istraživanja tumače i smeštaju u sistem naučnog saznanja.

Naučna istraživanja se mogu razvrstavati po više osnova. Podela na empirijska i teorijska istraživanja samo je jedna od više mogućih podela

naučnih istraživanja.² Ta podela je zasnovana na prirodi istraživanja. U teorijskom istraživanju do saznanja stižemo posredstvom ideja o elementima pojave i njenim vezama sa drugim pojavama, a u empirijskom istraživanju posredstvom iskustva, odnosno posmatranja pojave.

Tradicionalno pravno istraživanje se uobičajeno označava kao doktrinarno. Takvo istraživanje prava koristi „naučne tehnike sa ciljem identifikacije pravila normativnog karaktera“ (Saraf 1982, 633) i zasnovano je na „aksiološkoj pretpostavci validnosti“ (Holtermann, Madsen 2016, 1004). U pravnoj nauci (pravnoj doktrini) naučnik se bavi „normativnom stranom pravnog fenomena. Rešavajući neki problem koji je uočio, on opisuje pravne norme, utvrđujući njihovo važenje i postavlja hipoteze o njihovom značenju koristeći klasična sredstva tumačenja“ (Dajović 2017, 231). Doktrinarni (pravni) naučnici do saznanja stižu primenom „hermeneutičkih i konceptualnoanalitičkih metoda“ (Dajović, 2017, 232).

Vremenom se javila potreba da se naučno istraži ne samo pravo koje je sadržano u pravnim aktima i dokumentima već i kako ono deluje u praksi. Odgovor je došao u obliku *empirijskih istraživanja*. Postoje brojne i različite definicije empirijskog istraživanja, ali se iz njih mogu izdvojiti zajednički elementi koji su svojstveni toj vrsti istraživanja. Osnova sticanja saznanja u empirijskom istraživanju je iskustvo (Bhattacharya 2008), odnosno opažanje pojava. Do saznanja empirijsko istraživanje stiže tako što se na osnovu prikupljenih empirijskih podataka izvode zaključci o predmetu istraživanja (Epstein, Martin 2014, 902). Ono se označava i kao *a posteriori* istraživanje (Craig 2005) jer se saznanje o predmetu istraživanja stiče nakon što se postavljene hipoteze provere na osnovu iskustva ili posmatranja. Empirijsko istraživanje je sistematično i transparentno (Landry 2016) jer se odvija prema utvrđenim i usklađenim pravilima, pa i drugi istraživači mogu proceniti i proveriti metode i rezultate istraživanja ili ponoviti postupak istraživanja.

Zahvaljujući interakciji pravne nauke i drugih nauka (sociologije, ekonomije, političkih nauka, psihologije i dr.) povećano je interesovanje pravnih naučnika za primenu metoda iz društvenih i drugih nauka kao i interesovanje naučnika iz društvenih i drugih nauka za istraživanje prava.

Društvene i druge nauke su počele empirijski da istražuju činjenice koje su „u vezi s pravom“, odnosno „pojave kojima pravo može biti uzrok ili posledica“ (videti Dajović 2017, 232 fn. 26). Dakle, one istražuju kako je pravo uslovljeno različitim pojavama i kako deluje na njih. Dajović je naučne discipline koje sprovode ta istraživanja označio kao *empirijske pravne discipline* (sociologija prava, ekonomska analiza prava, pravna psihologija i dr.) i istakao da one „koriste metode koji su neprimenjivi u pravnoj nauci“ (2017, 233). Ako pitate, na primer, jednog sociologa (pra-

² Naučna istraživanja se mogu deliti, na primer, prema cilju (eksplorativna, deskriptivna, eksplanatorna) ili prema svrsi (osnovna ili fundamentalna i primenjena).

va), on bi se verovatno protivio tom nazivu koji je upotrebio Dajović jer ga neko može protumačiti tako da sociologija ima ulogu pomoćne, ne samostalne nauke. Problem koji pridev *empirijski* zadaje u kovanju naziva različitih empirijskih istraživanja postao je izražen kada su se, osim empirijskih istraživanja prava, pojavila i istraživanja za koja se koristi naziv *empirijska pravna istraživanja* (*Empirical Legal Research*).

Herbert Kricer (Kritzer 2010, 883) istakao je da „*empirijsko* pravno istraživanje“ karakteriše „upotreba *sistematski* prikupljenih podataka, bilo kvalitativnih bilo kvantitativnih, da bi se opisao ili drugačije analizirao određeni pravni fenomen“.³ Aleksander Vulf (Vulf 2014, 1) odredio je da empirijska analiza⁴ koristi „empirijske istraživačke metode iz ekonomije i društvenih nauka u pokušaju da odgovori na istraživačka pitanja u oblasti prava tj. kako bi istražila operativne i funkcionalne aspekte prava i pravne posledice... Upotreba empirijskih metoda u pravnoj nauci može, stoga, dovesti do rezultata koji se ne mogu postići tradicionalnim istraživanjem prava... Krajnji cilj ovog pristupa je da, na osnovu empirijskih podataka, doprinese sistematskom razumevanju... pravnog sistema“. Vulf ne objašnjava šta podrazumeva pod operativnim i funkcionalnim aspektima prava, pa na osnovu jezičkog tumačenja tih prideva možemo pretpostaviti da je reč o aspektima koji se odnose na sprovođenje prava u praksi i na uloge koje pravo vrši. Teodor Ajzenberg je naglasio empirijsku prirodu podataka na osnovu kojih se stiče saznanje o predmetu istraživanja, ali i karakter i cilj empirijskog pravnog istraživanja jer ono nastoji da „sistematski proceni stanje i performanse pravnog sistema“ (Eisenberg 2011; 2004, 1741). Li Epštajn i Geri King smatraju da je način zaključivanja bitna odlika empirijskog istraživanja generalno i upozoravaju da u empirijskim pravnim istraživanjima postoji „malo svesti o pravilima izvođenja zaključaka koja usmeravaju empirijsko istraživanje u društvenim i prirodnim naukama, a još manje saglasnosti sa njima“ (Epstein, King 2002, 169).⁵ Drugi autori ukazuju na to da određenje empirijskog pravnog istraživanja mora obuhvatiti ne samo sistematsko analiziranje efekata prava već i utvrđivanje šta je pravo ili šta bi ono trebalo da bude, ali napominju da se ta vrsta istraživanja najčešće definiše na osnovu načina istraživanja predmeta (van Dijck, Sverdlov, Buck 2018, 108). Problem sa određenjima koja su fokusirana na način izvođenja istraživanja jeste u tome što se svode na tehničku dimenziju, pa nije redak slučaj da se empirijsko pravno istraživanje poistovećuje samo sa kvantitativnim istraživanjima.

³ Kurziv je u originalu citiranog teksta.

⁴ Osim te odrednice koju Vulf objašnjava, u *Enciklopediji prava i ekonomije* kao sinonimi se navode: empirijsko pravo i ekonomija, empirijsko pravno istraživanje (*empirical legal research*), empirijska pravna nauka (*empirical legal science*) i empirijske pravne studije (*empirical legal studies*).

⁵ Treba napomenuti da ti autori empirijsko istraživanje uglavnom posmatraju kao kvantitativno.

Mnoštvu pristupa definisanju empirijskog pravnog istraživanja pridružićemo i jedan koji dodatno komplikuje problem definisanja. Naime, jedna grupa istraživača iz oblasti prava, političkih nauka i filozofije osnovala je Mrežu pravnih empirijskih naučnika (*Network of Legal Empirical Scholars*) koja „nastoji da poveća kvalitet, nivo i važnost empirijskog pravnog istraživanja evropskog i međunarodnog prava i institucija“ (Šadl 2019). Oni naglašavaju da je njihov cilj da „promovišu proučavanja koja: istražuju pravna pitanja na sveobuhvatan i sistematičan način (koji je pravno empirijski što je suprotno od empirijsko pravni); zasnovana su na jasno artikulisanim epistemološkim osnovama; usvajaju razne empirijske metode; transparentna su i društveno značajna“ (Šadl 2019). Ti naučnici su, međutim, propustili da objasne razliku između pravno empirijsko (*legal empirical*) i empirijsko pravno (*empirical legal*). Možda kao empirijsko pravno na umu imaju istraživanje empirijskih pravnih materijala, to jest pronalaženje i izbor relevantnih izvora prava i prakse (pravnih akata, sudske i arbitražne presude, odluke, mišljenja i sl.). To je obično prva asocijacija na engleski termin *legal research*, posebno u sistemima u kojima su sudske presude izvor prava. S druge strane, na osnovu ciljeva te mreže naučnika možda možemo reći da za njih pravno empirijsko istraživanje odlikuje primena empirijskih metoda radi sistematične i sveobuhvatne spoznaje pravnih pitanja. Mnoštvo naziva i neprecizne definicije ne olakšavaju posao onima koji nastoje misaono da sagledaju granice tog naučnog kretanja i kako se ono uklapa u pravnu nauku. Pojedini bi možda rekli da se ono uopšte ne može uklopiti u pravnu nauku jer se pravo kao normativna pojava ne može istraživati metodama poput „statističkih i drugih kvantitativnih analiza“ (Dajović 2017, 232). Videli smo međutim, da ima i onih koji smatraju suprotno – da empirijska pravna istraživanja obuhvataju i analizu toga šta je pravo ili šta bi ono trebalo da bude (van Dijck, Sverdlov, Buck 2018, 108). Prema njihovom shvatanju, dakle, predmet empirijskih pravnih istraživanja jeste i priroda prava. Greše li? Može li se značenje pravne norme utvrditi i empirijskim metodama? Autor ovog rada smatra da pretpostavku o značenju pravne norme nije nemoguće testirati empirijskim putem. Na primer, mogu se analizirati izjave relevantnih subjekata kako bi se iz njih izvukli empirijski podaci o tumačenju pravne norme. Potom se ti podaci statističkom metodom mogu analizirati da bi se utvrdilo koje je tumačenje najčešće i na osnovu tih rezultata i njihovog smeštanja u postojeći sistem znanja moglo bi se utvrditi značenje pravne norme. Jer ne treba zaboraviti da se primena empirijskih metoda (u bilo kojoj nauci) ne dešava u vakuumu jer postoji teoretski okvir (postojeća saznanja) koji usmerava nacrt istraživanja.⁶

Na to da pravna nauka može imati koristi od empirijskih metoda istraživanja, ukazao je pre više od sto godina američki sudija i pravni teoretičar Oliver Vendel Holms mlađi ocenjujući da u racionalnom istraživa-

⁶ Videti i deo 4 ovog rada.

nju prava budućnost predstavlja „čovjek statistike i gospodar ekonomije“ (Wendell Holmes Jr. 1897, 469).⁷ Njegovo predviđanje donekle potvrđuju i uzajamno povezana, isprepletana i često nejasno razgraničena naučna kretanja. Jedno su *empirijska pravna istraživanja*, koja nastoje da primenom empirijskih metoda istraže kako pravo deluje u praksi. Drugo su *empirijska istraživanja* koja istražuju različite društvene, ekonomske, psihološke, političke i druge činjenice koje su *u vezi s pravom*. Na određenim mestima u literaturi ističe se da je predmet empirijskih pravnih istraživanja i normativna strana prava i da je pojava tih istraživanja odraz težnji da se pravna nauka metodološki razvije integrisanjem ili prilagođavanjem empirijskih metoda koji se koriste u prirodnim i društvenim naukama. Vrste empirijskih istraživanja nisu uvek jasno razgraničene i nije redak slučaj u literaturi da se pod empirijskim pravnim istraživanjima nekad podrazumevaju i empirijska istraživanja u vezi s pravom. Autor ovog rada stoga koristi naziv *empirijsko istraživanje prava* da naglasi da je reč o empirijskom pristupu u pravnoj nauci, koji za predmet ima i normativnu stranu prava i njene empirijske manifestacije. Dakle, autor bira da istakne i normativnu dimenziju koja je samo nagoveštena u pojedinim određenjima empirijskog pravnog istraživanja, ali je često ispuštena, možda i zbog uticaja pravnog realizma na razvoj empirijskih pravnih istraživanja.⁸ Taj naziv označava i kakvo bi, prema mišljenju autora, empirijsko istraživanje prava trebalo da bude, što ne znači da je ono uvek takvo u praksi. U tom smislu bi se empirijska pravna istraživanja mogla shvatiti kao faza u razvoju empirijskih istraživanja prava. Takođe, autoru taj naziv daje manevarski prostor da ukaže na to da je predmet istraživanja u domenu pravne nauke, a primena empirijskih metoda bi trebalo da upotpuni, a ne da zameni, doktrinarno istraživanje prava. No, empirijsko istraživanje prava ne bi trebalo (niti ga je uvek moguće) izolovati od empirijskih istraživanja drugih nauka u vezi s pravom. Empirijsko istraživanje prava koristi komparativnu prednost metodoloških znanja iz drugih nauka i ne isključuje interdisciplinarnе istraživačke poduhvate.

3. RAZVOJ EMPIRIJSKOG ISTRAŽIVANJA PRAVA

Empirijsko istraživanje prava nije potpuna novina. Njegovi istorijski prethodnici mogu se naći još u istraživanjima francuskih pravnika u 19. veku (Kritzer 2010).⁹ Ipak, severnoamerički kontinent je geografski

⁷ U izvornom obliku njegova izjava glasi: „For the rational study of the law the black-letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics“ (Wendell Holmes Jr. 1897).

⁸ Videti o uticaju pravnog realizma u delu 3 ovog rada.

⁹ Pored pravljenja godišnje statistike o zločinima Kricer navodi primer istraživanja koje je sproveo Kvetele (Quetelet) u kom je razmatrao povezanost krivičnih dela i društvenih obeležja počinitelaca kao npr. siromaštvo i neobrazovanost (Kritzer 2010).

prostor na kojem su učinjeni presudni iskoraci ka empirijskom istraživanju prava.

3.1. Empirijsko istraživanje prava u 20. veku

Većina autora smatra da je američki pravni realizam, koji se pojavio dvadesetih godina prošlog veka, otvorio vrata empirijskim radovima u pravu (Heise 2002; Kritzer 2010; Hutchinson, Burns 2009; Wulf 2016, van Dijck, Sverdlov, Buck 2018). Lajter objašnjava da su za realizam prirodne nauke „paradigma celokupnog pravog znanja“ (Leiter 2005, 50). Shodno tome, zadatak pravne teorije je da „identifikuje i opiše, a ne da opravda obrasce sudskih odluka“, a sredstvo kojim to može postići su društvene nauke ili istraživanja tog tipa (Leiter, 2008, 10).¹⁰ Za realiste u osnovi sudskih odluka nisu pravna pravila već nepravni elementi, a pravna pravila i pravni razlozi služe kao „*post hoc* racionalizacija“ takvih odluka (Leiter 2005, 50). Pojedini autori su izrazili mišljenje da su empirijski radovi realista ne samo propali već i da je zbog tih neuspeha i empirijsko istraživanje steklo lošu reputaciju u pravnoj nauci (Posner 1995, prema Leeuw, Schmeets 2016, 23).

Snažniji uticaj na širenje empirijskih istraživanja prava izvršili su programi interdisciplinarnih istraživanja prava i društva (*Law and Society*), kao i prava i ekonomije (*Law and Economics*), institucionalizovani u Sjedinjenim Američkim Državama nakon Drugog svetskog rata.¹¹

Pedesetih godina prošlog veka Pravni fakultet Univerziteta u Čikagu započeo je empirijsku studiju o porotničkom sistemu u SAD (*Chicago Jury Project*), u kojoj su istraživane razlike između porotničkih odluka i hipotetičkih sudskih odluka u porotničkim suđenjima da bi se utvrdilo da li postoji razlika, u kojim slučajevima i zašto (Zimring 2003, 7). Takav poduhvat je okupio interdisciplinarni istraživački tim koji je primenjivao različite empirijske metode i tehnike istraživanja: statistiku porotničkih suđenja, posmatranje porotničkih suđenja, intervju sa porotnicima, eksperimentalne simulacije porotničkih suđenja i ispitivanje sudija koji su predsedavali porotničkim suđenjima (Hans, Vidmar 1991). Ozbiljnost i trajanje poduhvata ilustruje činjenica da je glavna publikacija sa rezultatima projekta objavljena 1966. godine.¹² Osim čikaškog istraživanja, i druga dešavanja su uticala na prodor empirijskih istraživanja u pravu i na naučno razmatranje prava u njegovom društvenom kontekstu (*Law and So-*

¹⁰ Autor se zahvaljuje anonimnom recezentu koji je ukazao na istraživanja Lajtera o uticaju filozofskog naturalizma.

¹¹ I u međuratnom periodu je bilo empirijskih istraživanja u pravnim obrazovnim institucijama, koje nisu uspele da obezbede kontinuitet takvih poduhvata, kao što je primer Pravnog instituta Univerziteta „Džon Hopkins“ (Heise 2002, 823).

¹² U pitanju je delo *The American Jury* čiji su autori Harry Kalven Jr. i Hans Zeisel, objavljeno u Bostonu 1966.

ciety). Taj pravac interdisciplinarnih istraživanja polazi od toga da „pravo nije autonomno, ne stoji izvan društvenog sveta, već je duboko ukorenjeno u društvu“ (Mather 2011). Grupa naučnika iz oblasti sociologije, političkih nauka i prava, ali i antropologije, psihologije, istorije i ekonomije, osnovala je 1964. godine i posebno udruženje (*Law and Society Association*), a ubrzo potom pokrenula i specijalizovani časopis (*Law & Society Review*), zamišljen kao forum za interdisciplinarni dijalog i razmenu ideja o pravu i društvenim naukama (Schwartz 1966). U uvodniku prvog broja istaknuto je da će polje interesovanja tog časopisa obuhvatiti i teme kao što su: dokazi iz društvenih nauka u procesu presuđivanja, pravna pitanja iz perspektive društvenih nauka, metodološki problemi i tehnike, prilike za istraživanje i programi društvenopravnih (*sociolegal*) obuka (Schwartz 1966). Udruženje i časopis su aktivni i danas.

Kao što smo već naglasili, značajan doprinos razvoju empirijskih istraživanja u pravu dala su i empirijska istraživanja koja povezuju pravo i ekonomiju (*Law and Economics*). I opet je Univerzitet u Čikagu središte razmaha drugačijeg pristupa istraživanju prava. Uključivanje ekonomskih naučnika u nastavni kadar Pravnog fakulteta koje je započelo u međuratnom periodu nastavilo se nakon Drugog svetskog rata (Mordfin, Nagorsky 2011). Ekonomska analiza prava omogućava da se predvidi kako će ljudi reagovati na pravo, što je „uvek značajno za stvaranje, menjanje, ukidanje i tumačenje prava“ (Cooter, Ulen 2012, 3). Snažan podsticaj razvoju istraživanja koja povezuju ekonomiju i pravo dogodio se 1958. godine, pokretanjem časopisa *Journal of Law and Economics*, koji postoji i danas.

U SAD su tokom šesdesetih i sedamdesetih godina prošlog veka, osim naučnih udruženja i časopisa, ustanovljeni istraživački instituti i centri koji su preduzimali različita empirijska istraživanja iz perspektive prava i društvenih nauka (Heise 2002). Naučna istraživanja u okviru pravaca koji povezuju pravo i društvo, odnosno pravo i ekonomiju, zaživela su narednih decenija (Eisenberg 2011). No, kako napominje Šuk (Schuck 1989), uprkos svim prethodno pomenutim razvojnim momentima, empirijski pristup proučavanju prava nije postao redovan deo nastave na pravnim fakultetima u SAD.

A kakva je situacija s razvojem empirijskih istraživanja prava izvan američkog kontinenta? Na početku ovog odeljka pomenuli smo primere ranih empirijskih radova u Francuskoj u 19. veku. Leuv (Leeuw 2015, 21) ukazao je na empirijske elemente u sociološkim studijama prava Vebera (Max Weber), Dirkema (Emile Durkheim), Petražickog (Leon Petrażycki), Gurviča (Georges Gurvitch) i Erliha (Eugen Ehrlich) i u nekim kriminalističkim, pravno-psihološkim, i studijama prava i ekonomije. On je naveo i primer pojedinih holandsko-nemačkih naučnika (Meijers, Hijmans, Hamaker), koji su u prvoj polovini prošlog veka prihvatili empirijski način istraživanja.

Tendencije empirijskog istraživanja prava nisu bile ograničene samo na zapadnu hemisferu sveta. To ilustruje i primer Indijskog pravnog instituta (*Indian Law Institute*), koji je osnovan 1957. godine sa ciljem da „istražuje nauku prava, da promovise napredne studije i istraživanja prava i njegovog sprovođenja, da promovise reformu u sprovođenju prava i pravde i da podstakne razvoj prava koje odgovara ekonomskim, socijalnim i drugim potrebama zajednice“ (*Journal of the Indian Law Institute* 1958, 5–12). U specijalnom izdanju svog časopisa iz 1982. godine Institut se posvetio upravo temi pravnih istraživanja, objavivši i nekoliko priloga o empirijskom istraživanju prava i njegovim metodama.

3.2. Empirijska pravna istraživanja kao poseban naučni pravac

Empirijski pristup istraživanju prava i njegovog delovanja u društvu postao je u drugoj polovini 20. veka predmet posebnog interesovanja određenog broja pravnih i istraživača drugih naučnih disciplina, ali to nije rezultiralo stabilnom pozicijom empirijskog istraživanja u pravnoj nauci. Tek se početkom 21. veka intenzivira prisustvo empirijskih radova u pravu i nastaje poseban naučni pravac ili pokret empirijskih pravnih istraživanja ili studija (*Empirical Legal Studies – ELS*).

Pregled literature ukazuje na to da su višestruki faktori uticali na povećano interesovanje naučnika za *ELS*: razvoj u materiji naučnih istraživanja generalno i sam razvoj pravne nauke posebno (Heise 2002); razvoj ljudskih resursa, to jest ovladavanje istraživača znanjima i veštinama koje su neophodne za empirijski rad (Heise 2002; Gelbah, Klick 2017), institucionalizacija empirijske zajednice (Engel 2018) i podsticanje empirijskog istraživanja (Heise 2002); razvoj sredstava istraživanja, koji se ogleda u razvoju i većoj dostupnosti potrebnih empirijskih podataka (Heise 2002; Gelbah, Klick 2017, Engel 2018) i u razvoju tehnika i tehnologija koje olakšavaju prikupljanje i analizu podataka (van Boom, Desmet, Mascini 2018).

Pojedini autori (van Dijck, Sverdlov, Buck, 2018, 106) smatraju da su *ELS* i istraživanja prava i društva (*Law and Society*) „ekstremi jednog istog spektra empirijskih pravnih istraživanja“ (*Empirical Legal Research*). Teodor Ajzenberg, koga smatraju rodonačelnikom *ELS*, naglašava da su s pojavom tog pravca empirijska pravna istraživanja dobila određeno središte, „doduše raštrkano središte, na pravnim fakultetima, na konferencijama, u časopisima, i u drugim aktivnostima, bez žrtvovanja posebnog doprinosa svake discipline koja učestvuje u empirijskim naučnim istraživanjima“ (Eisenberg 2011, 1719).

Elementi koji se u literaturi (van Dijck, Sverdlov, Buck, 2018) uzimaju kao pokazatelji empirijske revolucije u istraživanju prava jesu: porast broja empirijskih radova u naučnim časopisima, pojava specijali-

zovanih časopisa i osnivanje specijalizovanih udruženja, organizovanje naučnih konferencija, ustanovljavanje istraživačkih centara i programa posebno posvećenih empirijskim istraživanjima prava i porast broja obrazovnih programa i obuka iz empirijskih metoda istraživanja na pravnim fakultetima. Tim pokazateljima se sada može pridružiti i objavljivanje knjiga o empirijskom istraživanju prava.

Specijalizovani časopis za empirijska pravna istraživanja (*Journal of Empirical Legal Studies*) ustanovljen je 2004. godine u SAD, kao poduhvat profesora Pravnog fakulteta Univerziteta „Kornel“ (*Cornell Law School*). Usmeren je na objavljivanje visokokvalitetnih empirijskih radova iz prava i povezanih oblasti (ekonomije, političkih nauka, psihologije, sociologije i drugih) sa ciljem povećanja znanja o pravnom sistemu. Časopis nastoji „da ohrabri, promoviše i podstakne brižljivo prikupljanje empirijskih podataka i trezveno, rigorozno proveravanje empirijskih hipoteza“ (Eisenberg *et al.* 2004). Sledeći korak je predstavljalo organizovanje prve konferencije (*Conference on Empirical Legal Studies*) 2006. godine, a praksa redovnog godišnjeg međunarodnog okupljanja posvećenog empirijskim istraživanjima prava traje i danas. To okupljanje istomišljenika oko časopisa i prve godišnje konferencije formalizovani su i u obliku posebnog udruženja (*Society for Empirical Legal Studies*). Te inicijative su posebno značajne zbog toga što su uspele da formalno uključe aktere sa različitih pravnih fakulteta u SAD, što je rezultiralo institucionalizacijom empirijskih istraživanja, ne samo putem istraživačkog rada već i uvođenjem kurseva ili seminara o empirijskim metodama istraživanja u obrazovni program pravnih fakulteta.

Američki naučnici su sprovedi i empirijske analize objavljenih članaka u naučnim časopisima. Rezultati istraživanja iz 2011. godine pokazali su da je broj empirijskih radova u porastu (Heise 2011). Upitno je, međutim, koliki je njihov udeo u ukupnoj produkciji objavljenih radova u naučnim časopisima. Takođe, upitna je i metodologija pojedinih istraživanja, odnosno način identifikacije empirijskih radova. Jedno istraživanje iz 2010. godine pokazalo je da u nekim prethodnim istraživanjima nije pravljen razlika između originalnih empirijskih radova i radova koji koriste empirijske rezultate drugih istraživanja (Diamond, Mueller 2010, 585). Empirijsko istraživanje članaka objavljenih u 60 naučnih časopisa u periodu 1998–2008. pokazalo je da je u uzorku (1641 članak) samo mali procenat originalnih empirijskih radova (5,7%), ali da je skoro polovina ukupno analiziranih radova (45,8%) imala određeni empirijski sadržaj (Diamond, Mueller 2010, 587).¹³

Šta se, u međuvremenu, dešavalo u Evropi? Kakvo je stanje sa empirijskim radovima u evropskim naučnim časopisima? Jedno empirijsko

¹³ Ti autori su za izbor časopisa koristili *Westlaw database Journals & Law Reviews*.

istraživanje (van Dijck, Sverdlov, Buck 2018) obuhvatilo je radove objavljene u 78 naučnih časopisa. Rezultati su pokazali da u periodu 2008–2017. nije porastao udeo empirijskih radova, da je veći procenat empirijskih radova objavljen u nepravnim (18,9%) nego u pravnim časopisima (4,6%) i da su časopisi iz određenih oblasti (krivičnopravna, zaštita životne sredine, ekonomija) i oni sa višim rangom ili stariji časopisi skloniji da objave empirijske radove (van Dijck, Sverdlov, Buck 2018, 116). Isto istraživanje je pokazalo, međutim, da pomenuta obeležja časopisa (pravni/nepravni, oblast, rang, starost) nemaju uticaja na povećanje ili smanjenje stope objavljenih empirijskih radova.

Iako možda empirijski podaci to jasno ne pokazuju, empirijsko istraživanje je našlo svoje pristalice u Belgiji, Danskoj, Holandiji, Nemačkoj, Španiji i Švedskoj (Eisenberg 2011; Towfigh 2014; van Dijck, Sverdlov, Buck 2018; van Gestel, Lienhard 2019). Do sada su održane dve konferencije o empirijskim pravnim istraživanjima u Evropi (*Conference on Empirical Legal Studies in Europe* ili *CELSE*), 2016. u Amsterdamu i 2018. godine u Luvenu. Već smo pomenuli i da je formirana i mreža empirijskih istraživača prava (*Network of Legal Empirical Scholars* ili *NoLesLaw*). I akademske institucije su počele da uključuju empirijska istraživanja prava u svoj nastavni program. U okviru evropskog master programa iz prava i ekonomije (*European Master in Law and Economics*) organizuje se i nastava iz empirijskih pravnih istraživanja. Univerzitet u Lajdenu (Holandija) doktorantima pravnih studija (*Graduate School of Legal Studies*) pruža mogućnost da pohađaju kurs iz kvantitativnih empirijskih metoda u pravu. Univerzitet u Stokholmu (Švedska) studentima doktorskih studija takođe nudi različite kurseve u oblasti pravne teorije i metodologije, uključujući i kurs o sociološkim i empirijskim metodama u pravnoj nauci (van Gestel, Lienhard 2019, 197). Radi sticanja i unapređenja metodoloških znanja i veština svojih doktoranata od 2015. godine, Univerzitet u Kopenhagenu (Danska) organizuje radionice koje uključuju i empirijske metode istraživanja u pravu (iCourts 2019). Evropski univerzitetski institut sa sedištem u Firenci (Italija) u okviru pravnih studija organizuje seminar „Pravo u kontekstu“ i seminare o kvalitativnim metodama i o praktičnim veštinama u terenskom radu (European University Institute 2019).

U Velikoj Britaniji empirijska istraživanja prava su integrisana u istraživački korpus pravnih i drugih nauka. To pokazuju i univerzitetski istraživački centri i projekti ustanovljeni na Univerzitetском koledžu u Londonu (*Centre for Empirical Legal Studies*) i Univerzitetu Vestminster (projekat *Empirical Legal Research and the Profession*). Takođe se formiraju mreže (*Empirical Legal Research Network*, ustanovljena 2009. godine na Univerzitetu u Edinburgu) i grupe istraživača (Pravni fakultet Univerziteta u Oksfordu) zainteresovanih za empirijska pravna istraživanja. Značaj te vrste pravnih istraživanja potvrdila je i Fondacija „Nufild“

(*Nuffield Foundation*), koja je, nakon što je pružila finansijsku podršku brojnim empirijskim projektima, 2004. godine finansirala empirijsku evaluaciju empirijskog pravnog istraživanja i kapaciteta za njegovo buduće sprovođenje u Velikoj Britaniji. Izveštaj je koristan jer, osim evaluacije i preporuka, sadrži i prikaz istorijskog i institucionalnog razvoja empirijskog istraživanja prava u Velikoj Britaniji (Genn, Partington, Wheeler 2006).

Evropa, kao što se iz pomenutih primera vidi, nije propustila empirijski talas u pravnim istraživanjima. Nije to propustio ni ostatak sveta: empirijska istraživanja se sprovode i proučavaju u Australiji (Hutchinson, Burns 2009; Bell 2016), Brazilu,¹⁴ Izraelu,¹⁵ Japanu (Vanoverbeke *et al.* 2014), Kini (Chen 2017) i Tajvanu (Eisenberg 2011).

3.3. Empirijska istraživanja prava u Srbiji

A šta je sa empirijskim istraživanjima prava u Srbiji? Da li se u ovom slučaju potvrđuje predrasuda da uobičajeno kaskamo za svetom? Dajović (2017, 225) smatra da su načini proučavanja prava relativno zastavljena tema u domaćoj pravnoj teoriji i nastavi na postdiplomskim studijama pravnih fakulteta. Možemo li u takvim okolnostima pravne teorije, a posebno metodologije pravnih istraživanja, uopšte očekivati pozitivne momente u proučavanju i sprovođenju empirijskih istraživanja prava u Srbiji? Odgovor će nam otkriti nastavni planovi i programi doktorskih studija pojedinih državnih pravnih fakulteta.¹⁶ Prema planu doktorskih akademskih studija prava u Beogradu (Univerzitet u Beogradu,

¹⁴ Brazilska mreža za empirijska pravna istraživanja (2011) pokrenula je 2014. godine specijalizovani časopis za empirijska pravna istraživanja (*Revista de Estudos Empíricos em Direito – Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*) s ciljem da promoviše kulturu empirijskih istraživanja u pravnoj nauci (Xavier, Silva 2014).

¹⁵ Na Pravnom fakultetu Hebrejskog univerziteta u Jerusalimu (*The Faculty of Law, The Hebrew University of Jerusalem*) akademske 2018/19. godine organizovan je program radionica o pravu, ekonomiji i empirijskim pravnim istraživanjima (*Law, Economic and Empirical Studies Workshop*). U okviru tog univerziteta funkcionišu centri koji se bave i empirijskim metodama istraživanja prava: *Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law* i *The Aharon Barak Center for Interdisciplinary Legal Research*. Takođe u okviru Centara izvrsnosti u istraživanju (*Israeli Centers of Research Excellence, I-CORE*) funkcioniše i Centar za empirijsko istraživanje i odlučivanje i pravo (*The Center for Empirical Studies and Decision Making and the Law*).

¹⁶ Odluka da se pregled ograniči samo na te tri obrazovne ustanove motivisana je činjenicom da je u ovom radu naglasak na empirijskom istraživanju u pravnoj nauci i stoga je opravdano posmatrati da li se budućim pravnicima prenose znanja o tome šta su empirijska istraživanja i kako se izvode. Tri predstavljene ustanove su ujedno i tri velika univerzitetska centra u kojima se obrazuju pravnici. Odluka ne implicira izolovanost pravnih naučnika i pravnih istraživanja već neophodnost sticanja znanja i veština koji pravnim naučnicima olakšavaju da spoznaju empirijska istraživanja i uvide prostor za njihovo korišćenje, mogućnosti interdisciplinarnе saradnje i njenu komplementarnu prednost.

Pravni fakultet 2014), za studente je obavezan predmet o metodama i veštinama naučnoistraživačkog rada.¹⁷ Studijski program doktorskih akademskih studija u Nišu (Univerzitet u Nišu, Pravni fakultet 2013) uključuje i obaveznu nastavu iz metodologije pravnih nauka. Plan doktorskih studija na programu „Javno pravo“ na Pravnom fakultetu Univerziteta u Novom Sadu (2016) sadrži i obaveze studenata koje se odnose na pripremu doktorske disertacije (pristupni naučni rad, projekat doktorske disertacije, izrada dva naučna članka i izlaganja na naučnim skupovima). Nedostatak posebnog metodološkog predmeta na tom nivou objašnjava činjenica da je programom master studija već predviđeno izučavanje metodologije prava i metodologije društvenih nauka (Univerzitet u Novom Sadu, Pravni fakultet 2013).

Specifikacije metodoloških predmeta ne daju potpunu sliku o stanju stvari, ali ukazuju na određene tendencije. Planovi nastave svedoče da su metodološki predmeti organizovani oko dva cilja: da studente poduče metodama pravnih istraživanja i metodici izrade naučnog rada. U Beogradu deo o metodama pravnog istraživanja sadrži i empirijski metod. U Nišu je planom predviđena i materija empirijskih istraživanja i metoda, uključujući terenski rad, praktične vežbe radi postavljanja hipoteza i indikatora, određivanja uzorka i izrade intervjua i anketa. U Novom Sadu, u nastavi metodologije prava, osim dogmatskog metoda, izučavaju se i sociološki metodi radi razumevanja društvenih interesa u osnovi prava, a time i samog pravnog sistema. Iako se empirijski metodi konkretno ne preciziraju u specifikaciji nastave iz metodologije društvenih nauka, planom su predviđeni izučavanje načina korišćenja i prikazivanja statističkih podataka, sociološka analiza sudske prakse i izučavanje novih tendencija u metodologiji. Ti primeri pokazuju da u Srbiji postoje osnove za preduzimanje sistematičnih specijalizovanih napora za izgradnju kapaciteta za proučavanje i sprovođenje empirijskih istraživanja prava. Ne bi trebalo sumnjati da i istraživačke institucije mogu da preduzmu takve poduhvate ili da svojim znanjima mogu značajno da ih podrže.

A kakva je situacija sa objavljivanjem empirijskih istraživanja prava? Ilustrativni pregled radova objavljenih nakon 2010. godine u određenim naučnim časopisima u Srbiji pokazuje da naučna produkcija u oblasti prava obuhvata i empirijske radove.¹⁸ Analiza njihovih obeležja pokazala je da se većina njih bavi temama iz oblasti krivičnog prava i kriminologije (Dimovski 2013; Lukić 2015; Soković, Čvorović, Turanjanin 2016, 2017; Stajić *et al.* 2018; Bugarski 2018; Mojašević, Arsenijević 2018) i sociologije prava (Bovan 2011, Vuković, Cvejić 2014; Bado 2016; Kostić,

¹⁷ U okviru Instituta za pravne i društvene nauke osnovan je i Centar za sociološkoppravna istraživanja.

¹⁸ Napominjemo da je pregled urađen samo radi ilustracije stanja, nikako kao naučna empirijska analiza čiji bi cilj bilo rangiranje kvaliteta rada autora i časopisa.

Vuković 2019), uz pojedina istraživanja u oblasti ekonomske analize prava (Mojašević 2019). Primena kategorizacije empirijskih radova koja je korišćena u pojedinim stranim empirijskim istraživanjima (Diamond, Mueller 2010) pokazuje da se većina od ukupnog broja posmatranih radova (9 od 12) može svrstati u kategoriju originalnih empirijskih istraživanja, a ostatak u kategoriju radova u kojima se analiziraju citirana empirijska istraživanja i kategoriju minimalnog korišćenja empirijskog sadržaja (kada članak samo citira postojeće statističke podatke kao dokaz tvrdnji). Karakteristično je da su u većini slučajeva autori istraživanja pravnici.¹⁹ Za prikupljanje podataka korišćena je uglavnom metoda ispitivanja, a za analizu podataka statistička metoda, prevashodno deskriptivna. Ipak, određeni autori su otišli korak dalje i pristupili testiranju hipoteza upotrebom različitih testova statističke značajnosti, metoda korelacije i regresione analize. Ti primeri možda nisu brojni, ali pokazuju da empirijsko istraživanje prava postoji u Srbiji. Neko može prigovoriti da dominiraju kvantitativne metode empirijskog istraživanja i može se otvoriti diskusija o dometu empirijskih istraživanja, ali to su sve pitanja koja nisu ograničena samo na prostor Srbije već su univerzalna i odraz su sadašnjeg stupnja razvoja empirijskog istraživanja prava. Zato će u sledećem delu rada uslediti prikaz vrsta empirijskih istraživanja.

4. EMPIRIJSKO ISTRAŽIVANJE PRAVA: KVANTITATIVNI ILI KVALITATIVNI PRISTUP?

Empirijsko istraživanje je odgovor na potrebu da se pravo kao instrument društvene kontrole (Pound 1942, prema Saraf 1982, 613 fn. 12) i društvene promene (Gangrade 1982, 635) ne istražuje izolovano od društvene stvarnosti koju nastoji da uredi. Stoga je stiglo i upozorenje da će pravni naučnici postati suvišni ako, s jedne strane, pravo istražuju izolovano od prakse, i ako, s druge strane, „ne mogu da objasne drugim disciplinama šta je akademsko u njihovom istraživanju, koje su tipične metodologije i šta razdvaja dobro istraživanje od osrednjeg ili lošeg istraživanja“ (van Gestel, Micklitz, Rubin 2017).

Činjenica je da se empirijska istraživanja, nažalost, prevashodno posmatraju kao istraživanja koja koriste kvantitativne metode, tačnije jednu njihovu vrstu: statističke metode (Schuck 1989; Engel 2017; van Dijck, Sverdlov, Buck 2018). Kejn i Kricer napominju da su „najsnažniji zagovornici“ tog izjednačavanja pravnicima koji nemaju napredna znanja iz metodologije društvenih nauka, dok za one koji takva znanja imaju (sa pravnih ili drugih društvenih fakulteta) „empirijsko“ podrazumeva i kvantitativni i

¹⁹ Osim pravnika, autori pojedinih radova su sociolozi (Bovan, Cvejić, Vuković), koji su radili empirijska istraživanja u domenu sociologije prava.

kvalitativni pristup (Cane, Kritzer 2010, 4). U čemu je razlika između ta dva pristupa u empirijskom istraživanju? U traženju odgovora na to pitanje pregledali smo i literaturu iz oblasti metodologije društvenih nauka.

Analizirajući objašnjenje koje daje Alan Brajman uočavamo da su ključni elementi na osnovu kojih on razlikuje kvantitativni i kvalitativni pristup: vrsta podataka, odnos teorije i istraživanja, epistemološki i ontološki okvir istraživanja (Bryman 2012, 36). U kvantitativnom pristupu prikupljaju se i analiziraju numerički (brojčani) podaci, nastoji se da se testiraju teorije (deduktivan pristup), da se slede standardi prirodnih nauka i da se društvena stvarnost posmatra kao objektivna. U kvalitativnom pristupu prikupljaju se podaci koji nisu numerički, nastoji se da se na osnovu tih podataka generišu teorije (induktivan pristup), sa ciljem da se društvena stvarnost razume onako kako je stvaraju pojedinci. U kvantitativnom pristupu predmet istraživanja spoznaje se merenjem i stoga je dobar da bi se „procenili obim i rasprostranjenost neke pojave“, dok se u kvalitativnom pristupu predmet istraživanja spoznaje tumačenjem značenja i dobar je za utvrđivanje postojanja određene društvene pojave (Webley 2010, 18). Bitno je napomenuti da se u oba pristupa koriste podaci iste, empirijske, prirode, ali različite vrste, i da to što se u kvantitativnom pristupu koriste numerički podaci ne znači da se ti numerički podaci ne mogu dobiti i iz nenumeričkih informacija. Naime, i tada postoji mogućnost kvantitativne analize koja predstavlja postupak „prevođenja kvalitativnih svojstava i odnosa, prema određenim pravilima, tokom koga društveni sadržaj dobija numerički oblik, a analiza se dalje izvodi statističkim i matematičkim postupcima“ (Bogdanović 1981, 8).

Prema Brajmanovom mišljenju (Bryman 2012, 175), *kvantitativni pristup* odlikuju merenje, kauzalnost, generalizacija i replikacija. On nastoji da testira teorije merenjem, pretvarajući teoretske koncepte o predmetu istraživanja u merljive varijable. Džon Kresvel precizira da se kvantitativnim istraživanjem nastoje „izvesti zaključci o tome šta veze između varijabli znače“ (Creswell 2014, prema Spencer 2015, 143 fn. 7). Brajman govori o kauzalnosti (*causal inference*) kao obeležju kvantitativnog pristupa jer se njime teži da se objasni uzrok neke pojave, ali čini nam se da Kresvel opravdano nije upotrebio termin kauzalnost jer ne treba zaboraviti da istraživanje može pokazati da postoji povezanost između varijabli (korelacija), ali ne i uzročno-posledična veza (kauzalnost). Generalizacija kao odlika kvantitativnog istraživanja, smatra Brajman, podrazumeva da se „nalazi istraživanja mogu generalizovati izvan okvira određenog konteksta u kojem je sprovedeno istraživanje“ (Bryman 2012, 176). Istraživanje se sprovodi na uzorku, odnosno delu populacije, a zaključci do kojih se stigne istraživanjem odnose se na celokupnu populaciju. To se postiže praćenjem pravila o izboru uzorka. Kako je epistemološki okvir kvantitativnih istraživanja pozitivizam, ona teže da dođu do objektivnog saznanja o pojavi kakva ona jeste prateći naučne procedure i pravila. Takođe, taj

uticaj se vidi u nastojanju da kvantitativna istraživanja budu replikativna, da se mogu ponoviti kako bi drugi mogli proveriti rezultate istraživanja i način na koji se do njih došlo. Replikativnost je značajna za istraživanja u društvenim naukama jer kada „istražujete društveni svet, veća je mogućnost za manjak objektivnosti i upliv vrednosti“ (Bryman 2012, 177). Stoga ona predstavlja jedan vid kontrole istraživača i potvrde validnosti istraživanja.

Pregled literature (Webley 2010; Bryman 2012; Simić, Zlatanović 2012; Spencer 2015; Ilić 2015) pokazuje da *kvalitativni pristup* predmet istražuje iz perspektive subjekta istraživanja, uz nastojanje da detaljno opiše i razume kontekst u kojem subjekt pridaje značenje nekoj društvenoj pojavi. Stoga se često razlika između dva pristupa istraživanju predstavlja kao razlika objektivno – subjektivno, gde se kvalitativno istraživanje vezuje za subjektivno jer istražuje „društveno konstruisane činjenice koje ne postoje nezavisno od značenja koje im ljudi pripisuju“ (Webley 2010, 930). Takođe se ističe da se nalazi kvalitativnih istraživanja ne mogu generalizovati. Pojedini domaći autori navode da je Marija Bogdanović pokazala suprotno, da se i kvalitativnim metodama „može postići ne samo objektivnost, nego, bar pod određenim uslovima, i opštost znanja“ (Ilić 2015, 137). Nezavisno od sporenja autora, kvalitativna istraživanja su korisna jer „mogu da stvore dubok, detaljan i celovit uvid u pojedinačnu pojavu“ (Fajgelj prema Ilić 2015, 137) i na osnovu njih možemo utvrditi postojanje ili nepostojanje određene pojave (Webley 2010). Još jedna bitna odlika tog pristupa istraživanju jeste to što on „posmatra društveni život kao proces“ i nastoji da opiše i razume kako se „dogadjaji i obrasci odvijaju tokom nekog vremena“ (Bryman 2012, 402). Orijetisanost na proces, jednako kao i nastojanje da pojavu istraži u njenom „prirodnom“ okruženju, rezultiraju sledećim obeležjem kvalitativnog pristupa: fleksibilnošću nacрта istraživanja. Za razliku od kvantitativnog, kvalitativni nacrt istraživanja nije strogo unapred definisan jer se, kako se samo istraživanje odvija, može javiti potreba da se on prilagodi ili u nekom delu izmeni. Konačno, kvalitativno istraživanje karakteriše i nastojanje da se pruži celovita slika o istraživanoj pojavi: da se ukaže na više perspektiva i identifikuje više različitih faktora (Creswell 2009, 176).

Koji je odgovor na pitanje koje smo postavili na početku ovog dela rada? Koji pristup je karakterističan za empirijska istraživanja prava? Određeni autori su ukazali na to da je kvalitativni pristup blizak doktrinarnom istraživanju prava (Wulf 2016). Kako izabrati odgovarajući pristup empirijskom istraživanju? Polazne tačke kojima bi se trebali rukovoditi u izboru jesu svrha i priroda istraživanja (Webley 2010). Autori su još 1982. godine ukazivali na to da kvantitativno i kvalitativno „nisu odvojeni“ (Dabbs 1982, prema Berg 2001, 2). Naime, ta dva pristupa „ne treba posmatrati kao stroge, različite kategorije, polarne suprotnosti, ili

dihotomije“ (Newman, Benz 1998, prema Creswell, Creswell 2017, 3). Odgovor na pitanje može biti i pristup mešovitim metoda (*mixed methods*), koji kombinacijom kvantitativnog i kvalitativnog pristupa „pruža potpunije razumevanje predmeta istraživanja nego svaki od pristupa posebno“ (Creswell, Creswell 2017, 4). Nijedan od tih pristupa nije izbegao kritike, a njih će verovatno biti i dalje jer, kako je jedan autor još pre više od tri decenije iskreno zaključio, „nalazi bilo kojeg naučnog istraživanja nikad nisu savršeni i uvek ima prostora za napredak“ (D’Souza 1982, 677).

5. IZAZOVI U PRIMENI EMPIRIJSKOG ISTRAŽIVANJA PRAVA

U literaturi je empirijsko istraživanje prava početkom ovog veka okarakterisano kao revolucija u pravnoj nauci (Ho, Kramer 2013; Klick 2011). Više od decenije kasnije pojavila su se određena pitanja koja testiraju da li je ta procena bila preterana. Autori se pitaju: Kakvi su dometi dosadašnjih empirijskih istraživanja u pravu? Koje su manjkavosti tih istraživanja, a koje su njihove prednosti? Sa kojim izazovima se suočavaju istraživači prilikom sprovođenja empirijskih istraživanja prava?

Pregled literature je pokazao da se autori slažu u stavu da se empirijsko istraživanje ne može zameniti već samo dopuniti doktrinarno istraživanje prava (Saraf 1982; Heise 2002; Wulf 2016). Opasno je, međutim, taj stav tumačiti tako da on podrazumeva manju naučnu vrednost empirijskog istraživanja prava. Autori koji posmatraju empirijska istraživanja prava uže, kao empirijska pravna istraživanja, ističu da ona imaju naučni i društveni značaj, jer pomažu u izgradnji teoretskog razumevanja prava kao društvene pojave i pomažu ne samo da bolje razumemo pravo već i da, razumevajući kako ono deluje u praksi, bolje razumemo društvo (Genn, Partington, Wheeler 2006,1). Preciznije rečeno „ako hoćemo da znamo kako se svet menja i kako naša pravna pravila oblikuju i kako bi trebalo da odgovore na tu promenu, empirijska istraživanja su jednostavno neizbežna“ (Simmons, Breidenbach 2011, 198). Za razliku od doktrinarnog pristupa, koji pravo posmatra iznutra, empirijski pristup omogućava da se pravo spozna i spolja, u sredini u kojoj deluje (Hutchinson, Burns 2009, Dajović 2017), što pruža saznanja koja će omogućiti realistično tumačenje pravnih pravila (Saraf 1982).

Koji su nedostaci, odnosno ograničenja empirijskog istraživanja prava? Glavno ograničenje je priroda prava kao predmeta istraživanja. Autori upozoravaju da se standardi istraživanja u prirodnim naukama (dostizanje objektivnih i vrednosno neutralnih rezultata) teško mogu primeniti na pravo. Ograničene su mogućnosti empirijskog istraživanja „u pronalaženju rešenja normativnih problema, koje zahteva odmeravanje

filozofskih i etičkih argumenata“ (Wulf 2016, 41). Kristofer Engel je napomenuo da će izbor empirijskog pristupa zavisiti od pravnog pitanja koje je predmet istraživanja (Engel 2017, 2) jer postoje neka pitanja koja po sebi nisu pogodna da se empirijski istražuju. Wulf (Wulf 2016, 44) istakao je da je način sprovođenja empirijskih istraživanja takav da redukuje složenost pravnih problema, i to je često neizbežno da bi se prema metodološkim zahtevima²⁰ istražilo ponašanje koje je pravno relevantno, no „ako se pravne činjenice²¹ previše pojednostave radi metodološke strogosti, rezultati takvog istraživanja mogu biti manje relevantni za pravnu nauku. Kako bi se to izbeglo, potrebno je prvo predstaviti pravno pitanje u njegovoj potpunoj složenosti. Tek se potom njegova složenost može redukovati kako se (metodološki, prim. aut.) zahteva“.

Nedostatke ili ograničenja razlikujemo od izazova u primeni empirijskih istraživanja. Većina izazova se odnosi na obezbeđenje kvaliteta istraživanja i na pitanja koja Epštajn i King označavaju kao izgradnju infrastrukture empirijskih istraživanja u pravu (Epstein, King 2003), odnosno izgradnju kapaciteta za podučavanje i sprovođenje empirijskih istraživanja. Osim toga, izazovi postoje i u domenu publikovanja i predstavljanja rezultata empirijskih istraživanja, kao i praktičnog izvođenja istraživanja.

Literatura (Epstein, King 2002; Wulf 2016; Zeiler 2016) pokazuje da su glavni metodološki izazovi u primeni empirijskih istraživanja prava: kvalitet nacrtu istraživanja (*research design*), odabir adekvatnih empirijskih metoda istraživanja i njihova dosledna primena tokom procesa istraživanja.

Ključni izazov u obezbeđivanju kvaliteta istraživanja jeste razvoj ljudskih resursa koji će izvoditi metodološku nastavu i podučavati buduće generacije za sprovođenje empirijskih istraživanja prava (Jones 1982; Schuck 1989; Epstein, King 2003; Genn, Partington, Wheeler 2006). To je moguće postići uključivanjem u nastavni kadar profesora iz metodologije empirijskih istraživanja i/ili razvojem ili unapređivanjem metodoloških znanja i veština profesora prava. Univerziteti mogu podsticati međufakultetsku saradnju radi razmene i unapređenja znanja i veština. Profesori prava se mogu dodatno obrazovati pohađanjem metodoloških predmeta i seminara na univerzitetima, na specijalizovanim obukama ili u hodu, odnosno u radu na empirijskim istraživanjima (Epstein, King 2003). Izgradnja nastavnog kadra je ključni izazov jer njena uspešna realizacija donosi višestruke koristi. Prvo, otvara mogućnosti za izmenu ili dopunu postojećih obrazovnih programa i razvoj specijalizovanih programa i nastavnog

²⁰ Da bi se pravna pitanja empirijski istražila, koncepti na kojima su zasnovane hipoteze moraju se operacionalizovati posredstvom indikatora i varijabli.

²¹ Može se zaključiti da ovde Wulf misli na pravne činjenice, to jest one za koje pravne norme vezuju određenu pravnu posledicu.

materijala u oblasti metodologije empirijskih istraživanja prava. Drugo, podiže nivo istraživačkih sposobnosti samih profesora za preduzimanje kvalitetnih empirijskih naučnih projekata. Konačno, uvećava i osnažuje kapacitete za evaluaciju kvaliteta empirijskih istraživanja prava.

Njufild fondacija je u svom istraživanju (Genn, Partington, Wheeler 2006) preporučila da se razvoj istraživačkih potencijala podstakne različitim oblicima stipendija: za studente osnovnih studija za pohađanje seminara ili letnjih škola, za doktorske ili postdoktorske programe, za specijalizacije, za pravnike koji nakon iskustva u praksi žele da se okrenu istraživačkoj karijeri, ali i mentorske stipendije koje bi priznatim autoritetima iz empirijskih pravnih istraživanja omogućile da mentorišu studente u razvoju veština empirijskog istraživanja. Razvoj nastavnih i istraživačkih kapaciteta pretpostavlja institucionalnu podršku u finansiranju (Epstein, King 2003; Bell 2016) jer empirijsko istraživanje može da obuhvata terenski rad koji zahteva angažovanje ispitivača i asistenata na istraživanjima ili može da obuhvata rad sa bazama podataka koje su komercijalne i zahtevaju plaćanje korišćenja. U oba slučaja istraživačima su potrebna tehnička sredstva za prikupljanje i čuvanje podataka i programski paketi za kompjuterski asistiranu obradu podataka. Institucije mogu imati važnu ulogu u pribavljanju saglasnosti za sprovođenje istraživanja (kao, na primer, kada je neophodan pristanak određenih institucija da se njihovi podaci koriste u istraživanju ili da njihovi zaposleni budu ispitanici). Institucionalna podrška se manifestuje i na drugi način, kao spremnost da se prihvati novi pogled na pravo i da se prilagodi način rada. Umesto individualnog istraživačkog rada na analizi pravnih dokumenata i tekstova, empirijsko istraživanje uglavnom podrazumeva timski i interdisciplinarni rad i saradnju sa istraživačima iz drugih nauka i drugih institucija (Bell 2016). Pragmatičnu stranu interdisciplinarnosti pojedini autori su videli kao univerzitetsku komparativnu prednost jer za pravilno sprovođenje empirijskog istraživanja nije potrebno da pravnik ima doktorat iz društvenih nauka već je dovoljno „samo da ima prijatelja ili kolegu“ koji poseduje znanja iz metodologije empirijskih istraživanja (Simmons, Breidenbach 2011, 220)

Empirijsko i svako drugo naučno istraživanje materijalizuju se prevashodno u naučnim publikacijama. Predstavljanje rezultata empirijskih istraživanja zahteva nešto drugačiji stil pisanja radova od onog koji je karakterističan za doktrinarna istraživanja prava. Takođe, interdisciplinarni karakter istraživanja i istraživačkih timova zahteva prihvatanje i pravilno vrednovanje koautorstva publikacija (Epstein, King 2003). Važan izazov se odnosi na obezbeđenje kvaliteta publikacija, što je zamerka koja se posebno upućuje časopisima koje uređuju studenti. Neka od mogućih rešenja (Zeiler 2016) jesu ustanovljavanje kataloga najčešćih grešaka i nekog sistema posledica zbog prihvatanja empirijskih radova niskog kvaliteta (na primer, pad na rang listi časopisa). Osim kvaliteta, publikacije mo-

raju da zadovolje i zahtev relevantnosti i razumljivosti, odnosno pravna zajednica ih mora prepoznati kao relevantna i moraju biti razumljiva „i naučnicima i praktičarima, uključujući i one koji imaju ograničena znanja u toj oblasti“ (van Dijek, Sverdlov, Buck 2018, 116). Posebno je važno preneti stečeno znanje o tome kako pravo deluje u praksi onima koji sa njim mogu nešto učiniti (Schuck 1989, 336).²² Jedan od načina da se odgovori na pomenute izazove jeste korišćenje programa i tehnologija koje omogućavaju sumiranje i vizuelno predstavljanje rezultata empirijskih istraživanja.

Praktični izazovi povezani sa empirijskim istraživanjima prava odnose se na finansijske troškove jer su ta istraživanja uglavnom skuplja, a znaju da budu i frustrirajuća i da oduzimaju dosta vremena (Schuck 1989; Bell 2016). Najznačajniji praktični izazov je kako sprečiti pogrešno tumačenje i zloupotrebu rezultata istraživanja (Bell 2016).

6. ZAKLJUČAK

Empirijsko istraživanje prava skrenulo je pažnju na pitanja koja su značajna za razvoj pravne nauke: Kako uspešno premostiti prazninu između prava i društvene stvarnosti koju pravo nastoji da reguliše? Kako izgraditi metodologiju pravnih istraživanja koja bi obuhvatila i doktrinarna i empirijska pravna istraživanja, odredila jasne koordinate njihovog međusobnog odnosa, utvrdila koje metode istraživanja odgovaraju za istraživanje različitih aspekata pravnih pitanja i odredila ose odnosa između metodologije pravne nauke i empirijskih istraživanja u vezi s pravom?

Naslov ovog rada je sadržao pitanje da li je empirijsko istraživanje prava revolucija ili nemoguća misija u spoznaji prava. Kada smo stekli uvid u njegov razvoj, prednosti, ograničenja i izazove, možemo zaključiti: niti je revolucija niti je nemoguća misija. Revolucija podrazumeva „korenit preobražaj, preokret u nekoj oblasti života i rada“ (Vujanić *et al.* 2011, 1125). Empirijsko istraživanje prava, koliko god predstavljalo novinu, ne zagovara napuštanje doktrinarnog pristupa već naglašava zanemarene aspekte istraživanja prava. Potpuna spoznaja prava nije moguća ukoliko nema sinteze rezultata doktrinarnog i empirijskog istraživanja i zato su i jedno i drugo značajni za pravnu nauku. Iako postoje određena ograničenja i izazovi u primeni empirijskih istraživanja prava, ne može se reći ni da je njihova primena nemoguća misija. Uspeh u primeni

²² Ovde napominjemo da su, na primer, u oblasti sociologije prava pojedini autori upozorili da bi istraživanja trebalo da otklone naučnu izolovanost, ali i da naprave distancu od publike (*policy audience*) iz oblasti (analize) javnih politika, kako bi imala kritičku dimenziju, onu koja ne isključuje političke vrednosti, ali koja ne podrazumeva usvajanje političke agende onih koji trenutno usvajaju politike ili ih sprovode (Sarat, Silbey, 1988). Autor se zahvaljuje anonimnom recenzentu koji je skrenuo pažnju na taj naučni rad.

empirijskog pristupa zavisiće od stepena razvijenosti sposobnosti istraživača da prepoznaju ograničenja i da, shodno njima, izaberu koji aspekti prava su pogodni da budu predmet empirijskih istraživanja i koji su adekvatni metodi za njihovo istraživanje.

Empirijsko istraživanje prava je tema koja nudi mnoštvo prilika za dalja razmatranja. Ovaj rad i nije nastao s ciljem da ponudi sveobuhvatnu analizu te vrste istraživanja jer to nije moguće postići u jednom radu. Nastao je iz razloga što se autor, radeći na sopstvenom empirijskom projektu, suočio sa nedostatkom domaćih teorijskih razmatranja tog načina proučavanja prava, pa je takav poduhvat (voljno ili nevoljno) bilo nužno preduzeti. Rad teži da skrene pažnju na materiju koja je aktuelna u svetskim okvirima i koja zahteva preispitivanje određenih naučnih premisa u proučavanju prava. Ako se nakon čitanja neko od čitalaca odluči da preduzme intelektualni napor daljeg razmatranja definisanja i obeležja empirijskog istraživanja prava, izazova u njegovoj primeni i njegovog odnosa sa doktrinarnim istraživanjem, ovaj rad je ostvario svoju svrhu.

LITERATURA (REFERENCES)

- Bado, Attila. 4/2016. Hungarian Mixed Court Without Representativity. An Empirical Research, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 50: 1415–1436.
- Bell, Felicity. 2016. Empirical research in law. *Griffith Law Review* 25: 262–282.
- Berg, Bruce L. 2001. *Qualitative Research Methods for the Social Sciences*. 4. ed. Boston: Allin and Bacon.
- Bhattacharya, Himika. 2008. Empirical Research. 253–255 u *The Sage Encyclopedia of Qualitative Research Methods*, ed. Lisa M. Given. Los Angeles: SAGE.
- Bogdanović, Marija. 1981. *Kvantitativni pristup u sociologiji*. Beograd: Službeni list SFRJ.
- Bovan, Saša B. 1/2011. Istraživanje percepcije korupcije na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 59: 80–103.
- Bryman, Alan. 2012. *Social Research Methods*. 4. ed. New York: Oxford University Press.
- Bugarški, Tatjana D. 1/2018. Borba protiv nasilja u porodici u praksi nadležnih organa u Novom Sadu. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 52: 95–121.

- Cane, Peter, Herbert M. Kritzer. 2010. Introduction. 1–7 u *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, eds. Peter Cane, Herbert M. Kritzer. New York: Oxford University Press.
- Chen, Ruoying. 2017. Empirical Law and Economics Scholarship in China: Methodologies and Challenges. *Asian Journal of Law and Society* 4: 329–348.
- Cooter, Robert, Thomas Ulen. 2012. *Law and Economics*. 6. ed. Boston: Addison-Wesley.
- Creswell, John W. 2009. *Research Design: Qualitative, Quantitative, and Mixed Methods Approaches*. 3. ed. Los Angeles: SAGE.
- Creswell, John W., J. David Creswell. 2017. *Research Design: Qualitative, Quantitative, and Mixed Methods Approaches*. 5. ed. Los Angeles: SAGE.
- Dajović, Goran. 2017. Proučavanje prava – pravna nauka, teorija i filozofija. *Pravni zapisi* 2: 222–248.
- Diamond, Shari Seidman, Pam Mueller. 2010. Empirical Legal Scholarship in Law Reviews. *Annual Review of Law and Social Sciences* 6: 581–599.
- Dimovski, Darko. 2013. Fundamental and Applied Research: Murderers in the Territory of Southeastern Serbia. *Facta Universitatis: Law and Politics* 11: 11–21.
- D’Souza, Victor S. 1982. Designs of Study in Empirical Research. *Journal of the Indian Law Institute* 24: 669–677.
- Eisenberg, Theodore, Jeffrey J. Rachlinski, Stewart J. Schwab, Martin T. Wells. 2004. Editors’ Introduction. *Journal of Empirical Legal Studies* 1: v–vi.
- Eisenberg, Theodore. 2011. The Origins, Nature, and Promise of Empirical Legal Studies and a Response to Concerns. *University of Illinois Law Review* 5: 1713–1738.
- Engel, Christoph. 2017. Empirical Methods for the Law. Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods. Bonn.
- Engel, Christoph. 2018. Empirical Legal Studies: CELS and CELSE. *Review of Law and Economics* 14: 1.
- Epstein, Lee, Gary King. 2002. The Rules of Inference. *The University of Chicago Law Review* 69: 1–133.
- Epstein, Lee, Gary King. 2003. Building an Infrastructure for Empirical Research in the Law. *Journal of Legal Education* 53: 311–320.
- European Master in Law and Economics. 2019. Programme Structure. <https://emle.org/applicants-3/>, poslednji pristup 10. juna 2019.

- European University Institute. 2019. Law Courses: academic year 2018–2019. <https://www.eui.eu/DepartmentsAndCentres/academic-catalogue/Law-courses>, poslednji pristup 10. juna 2019.
- Gangrade, K.D. 1982. Empirical Methods as Tools of Research. *Journal of the Indian Law Institute* 24: 635–652.
- Gelbah, Jonah B., Jonathan Klick. 2017. Empirical Law and Economics. 29–59 u *The Oxford Handbook of Law and Economics*, Vol. I, ed. Francesco Parisi. Oxford: Oxford University Press.
- Genn, Hazel, Martin Partington, Sally Wheeler. 2006. *Law in the Real World: Improving Our Understanding of How Law Works*. London: Nuffield Foundation.
- Hans, P. Valerie, Neil Vidmar. 1991. The American Jury at Twenty-Five Years. *Law and Social Inquiry* 16: 323–351.
- Heise, Michael. 2002. The Past, Present, and Future of Empirical Legal Scholarship: Judicial Decision Making and the New Empiricism. *University of Illinois Law Review* 4: 819–850.
- Heise, Michael. 2011. An Empirical Analysis of Empirical Legal Scholarship Production, 1990–2009. *University of Illinois Law Review* 5: 1739–1752.
- Ho, Daniel E., Larry Kramer. 2013. Introduction: The Empirical Revolution in Law. *Stanford Law Review* 65: 1195–1202.
- Holtermann. Jakob v. H., Mikael Madsen. 2016. What is Empirical in Empirical Studies of Law? A European New Legal Realist Conception. iCourts Working Paper Series 77. University of Copenhagen Faculty of Law. Copenhagen.
- Hutchinson, Terry C., Kylie Burns. 2009. The impact of „empirical facts“ on legal scholarship and legal research training. *The Law Teacher* 43: 153–178.
- iCourts. 2019. Methodological Training. <https://jura.ku.dk/icourts/education/methodology-workshops/>, poslednji pristup 10. juna 2019.
- Ilić, Vladimir, Marta Veljković. 2016. Neki problemi metodologije socioloških istraživanja: Hommage Vojinu Miliću. *Sociologija* 58: 5–31.
- Ilić, Vladimir. 2015. Posmatranje kao metod u kontekstu rasprava oko kvantitativnog i kvalitativnog pristupa. *Sociologija* 57: 133–151.
- Jones, Ernest M. 1982. Some Current Trends in Legal Research. *Journal of the Indian Law Institute* 24: 196–212.
- Journal of the Indian Law Institute*. 1958. *The Inaugural Function of the Indian Law Institute*, special edition 1: 5–12.
- Klick, Jonathan. 2011. The Empirical Revolution in Law and Economics. Erasmus Law Lectures 25. The Hague: Eleven International Publishing.

- Kostić, Svetislav V., Danilo Vuković. 1/2019. The Perfect Silence: An Empirical Study on How Ignorance and Lack of Critical Debate Effect the Process of Enacting Tax Legislation in Serbia. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 67: 69–94.
- Kritzer, Herbert M. 2010. The (Nearly) Forgotten Early Empirical Legal Research. 875–900 u *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, eds. Peter Cane, Herbert M. Kritzer. New York: Oxford University Press.
- Landry, Robert J. III. 2016. Empirical Scientific Research and Legal Studies Research – A Missing Link. *Journal of Legal Studies Education* 33: 165–170.
- Leeuw, Frans L. 2015. Empirical Legal Research: The Gap between Facts and Values and Legal Academic Training. *Utrecht Law Review* 11: 19–33.
- Leeuw, Frans L., Hans Schmeets, 2016. *Empirical Legal Research: A Guidance Book for Lawyers, Legislators and Regulators*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- Leiter, Brian. 2005. American Legal Realism. 50–66 u *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, eds. Martin P. Goldin i William A. Edmundson. Oxford: Blackwell Publishing Ltd.
- Leiter, Brian. 2008. Naturalizing Jurisprudence: Three Approaches. University of Chicago Public Law and Theory Working Paper No. 246.
- Lukić, Natalija. 2/2015. Empirijska analiza recidivizma seksualnih prestupnika, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 63: 174–193.
- Mascini, Peter, Wibo van Rossum. 2018. Empirical Legal Research: Fad, Feud or Fellowship? *Erasmus Law Review* 2: 89–92.
- Mather, Lynn. 2011. Law and Society. *The Oxford Handbook of Political Science*, ed. Robert E. Godin. Oxford: Oxford University Press.
- May, Tim. 2011. *Social Research: Issues, Methods and Process*. 4. ed. Berkshire: Mc Graw Hill, Open University Press.
- Mojašević, Aleksandar S. 2/2019. Empirijsko istraživanje efekta uokviravanja kao vida kognitivne pristrasnosti. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 67: 79–101.
- Mojašević, Aleksandar S., Bojana Arsenijević. 2018. Analiza primene Zakona o sprečavanju nasilja u porodici pred Osnovnim sudom u Nišu. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 57: 445–462.
- Mordfin, Robin I., Marsha Ferziger Nagorsky. 2011. Chicago and Law and Economics. <https://www.law.uchicago.edu/news/chicago-and-law-and-economics-history>, last visited June 5, 2019.
- Moser, Paul. K. 2005. A posteriori. *The Shorter Routledge Encyclopedia of Philosophy*, ed. Edward Craig. London: Routledge.

- Pečujlić, Miroslav, Vojin Milić. 1995. *Metodologija društvenih nauka*. Beograd: Grafika.
- Saraf, D. N. 1982. Relevance and Utility of Empirical Research in Law. *Journal of the Indian Law Institute* 24: 611–634.
- Sarat, Austin, Susan Silbey. 1988. The Pull of the Policy Audience. *Law and Policy* 10: 97–166.
- Schuck, Peter H. 1989. Why Don't Law Professors Do More Empirical Research? *Journal of Legal Education* 39: 323–336.
- Schwartz, Richard D. 1966. From the Editor. *Law and Society Review* 1: 6–8.
- Simić, Ivana, Ljubiša Zlatanović. 2012. Interdisciplinarnost kvalitativnih istraživanja. 280–293 u *Obrazovanje i savremeni univerzitet*, ur. Bojana Dimitrijević. Niš: Filozofski fakultet Univerziteta u Nišu.
- Simmons, Beth Ann, Andrew B. Breidenbach. 2011. The empirical turn in international economic law. *Minnesota Journal of International Law* 20: 198–222.
- Soković, Snežana M., Dragana S. Čvorović, Veljko M. Turanjanin, Co-operation between the Public Prosecutor and the Police in Serbia. 3/2016. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 50: 843–860.
- Soković, Snežana M., Veljko M. Turanjanin, Dragana S. Čvorović. 2017. Main Hearing According to the New Serbian Criminal Procedure Code: Survey in Practice. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 56: 145–159.
- Spencer, Shaun B. 2015. Using Empirical Methods to Study Legal Writing. *The Journal of Legal Writing Institute* 20: 141–188.
- Stajić, Ljubomir S., Tatjana D. Bugarski, Branislav R. Ristivojević, Milana M. Pisarić, Ivan D. Milić. 4/2018. Praksa Prekršajnog suda u Novom Sadu u oblasti zaštite životne sredine. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 52: 1503–1519.
- Šadl, Urška. 1/2019. A Method of (Free) Choice. *European Journal of Legal Studies* 11: 1.
- The Faculty of Law, The Hebrew University of Jerusalem. Law, Economic and Empirical Studies Workshop. <https://en.law.huji.ac.il/book/law-economic-and-empirical-legal-studies-workshop>, last visited June 10, 2019.
- The Center for Empirical Studies and Decision Making and the Law. <http://www.i-core.org.il/empirical-legal-studies>, last visited June 10, 2019.

- Towfigh, Emanuel W. 2014. Empirical arguments in public law doctrine: Should empirical legal studies make a „doctrinal turn“? *International Journal of Constitutional Law* 12: 670–691.
- Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet. 2014. Knjiga predmeta za studijski program Doktorske akademske studije prava. <http://www.ius.bg.ac.rs/pds/Studijski%20program%20doktorskih%20akademskih%20studija%20prava%20-%20knjiga%20predmeta.pdf>, poslednji pristup 10. juna 2019.
- Univerzitet u Nišu, Pravni fakultet. 2013. Studijski program doktorskih akademskih studija. http://www.prafak.ni.ac.rs/files/doktorske/Doktorske_studije2013.pdf, poslednji pristup 10. juna 2019.
- Univerzitet u Novom Sadu, Pravni fakultet. 2016. Plan doktorskih akademskih studija na smeru Javno pravo. <http://www.pf.uns.ac.rs/studije/doktorske/doktorske-javno-pravo/das-javno-2016>, poslednji pristup 10. juna 2019.
- Univerzitet u Novom Sadu, Pravni fakultet. 2013. Knjiga predmeta za Master akademske studije na opštem smeru. [http://www.pf.uns.ac.rs/attachments/article/1038/Knjiga%20predmeta%20-%20Prava%20-%20Op%C5%A1ti%20smer%20\(MAS\)%20-%202013.pdf](http://www.pf.uns.ac.rs/attachments/article/1038/Knjiga%20predmeta%20-%20Prava%20-%20Op%C5%A1ti%20smer%20(MAS)%20-%202013.pdf), poslednji pristup 10. juna 2019.
- van Boom, Willem H., Pieter Desmet, Peter Mascini. 2018. Empirical Legal Research: charting the terrain. 1–22 u *Empirical Legal Research in Action: Reflections on Methods and their Applications*, eds. van Boom, Willem H., Pieter Desmet, Peter Mascini. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- van Dijck, Gijs, Shahar Sverdlov, Gabriela Buck. 2018. Empirical Legal Research in Europe: Prevalence, Obstacles and Interventions. *Erasmus Law Review* 2: 105–119.
- van Gestel, Rob, Andreas Lienhard, eds. 2019. *Evaluating Academic Legal Research in Europe: The Advantage of Lagging Behind*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- van Gestel, Rob, Micklitz Hans-W., Edward L. Rubin, eds. 2017. *Rethinking legal scholarship: A transatlantic dialogue*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Vanoverbeke, Dimitri, Jeroen Maesschalck, David Nelken, Stephan Parmetier, eds. 2014. *The Changing Role of Law in Japan: Empirical Studies in Culture, Society and Policy Making*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- Vujanić, Milica, Darinka Gortan Premk, Milorad Dešić, Rajna Dragičević, Miroslav Nikolić, Ljiljana Nogo, Vasa Pavković, Nikola Ramić, Rada Stijović, Milica Radović Tešić, Egon Fekete. 2011.

Rečnik srpskog jezika. Izmenjeno i dopunjeno izdanje. Novi Sad: Matica srpska.

- Vuković, Danilo, Slobodan Cvejić. 3/2014. Legal Culture in Contemporary Serbia: Structural Analysis of Attitudes Towards the Rule of Law. *Annals FLB – Belgrade Law Review* 62: 52–73.
- Webley, Lisa. 2010. Qualitative Approaches to Empirical Legal Research. 927–950 u *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, eds. Peter Cane, Herbert M. Kritzer. New York: Oxford University Press.
- Wendell Holmes Jr., Oliver. 1897. The Path of the Law. *Harvard Law Review* 10: 457–478.
- Wulf, Alexander J. 2014. Empirical Analysis. 1–8 u *Encyclopedia of Law and Economics*. Berlin: Springer.
- Wulf, Alexander J. 2016. The Contribution of Empirical Research to Law. *The Journal Jurisprudence* 29: 29–49.
- Xavier, Roberto Franco, Paulo Eduardo Alves Silva. 2014. Letter from the Editors. *Revista de Estudos Empíricos em Direito* 1: 7.
- Zeiler, Kathryn. 2016. The Future of Empirical Legal Scholarship: Where Might We Go from Here. *Journal of Legal Education* 66: 78–99.
- Zimring, Franklin E. 2003. The American Jury Project and the Chicago Law School. Fulton Lecture Series. The Law School. The University of Chicago. USA.

Tatjana Milić, PhD

Research Fellow

University of Novi Sad Faculty of Law

EMPIRICAL RESEARCH OF LAW: A REVOLUTION OR MISSION IMPOSSIBLE?

Summary

Empirical research of law seeks to address the issue of isolation of legal science and law from the social reality. It signifies a change in the approach to legal research. What is the quality of that change? To answer that question, it was necessary to gain insight into empirical research of law. This paper presents main features of empirical research of law and outlines its historical development worldwide, and its current state of the art in Serbia. For full and critical account on empirical research of law the paper reviews limitations and challenges in its application. In conclusion, the author explains that empirical research is not a radical change in legal research, but a change whose success will depend on the researchers' methodological abilities.

Key words: *Empirical research. – Law. – Legal science. – Methodology of law. – Social sciences.*

Article history:

Received: 31. 7. 2019.

Accepted: 3. 9. 2019.

UDK 347.256(497.11); 349.44(497.11)

CERIF: S130

DOI: 10.5937/AnaliPFB1903131Z

Miloš Živković, PhD*

Marko Milenković, PhD**

Sofija Nikolić Popadić***

MODIFICATION OF CONSTRUCTION PERMITS AND TRANSFER OF SUBJECTIVE RIGHTS

Amending construction permits is important for regulation of construction. Serbia had an inflexible system that did not allow it, due to lack of transferability of the underlying rights and state monopoly over construction land. Enabling ownership of construction land made it necessary to allow the transfer of construction permits. This was done while maintaining the system of issuing construction permits to developers and focusing on digitalization. This made the rights from administrative decisions transferable, which should not be the case. The root of confusion is a lack of distinction between public and private law aspects of construction. Comparatively, coupling construction permit with a developer is traditional in the former Yugoslav countries. In countries that did not have a socialist period, public and private law aspects of construction are distinguished and construction permit is coupled with the land. This solution is an indication for future development of construction law in Serbia.

Key words: *Construction permit. – Amendment of construction permit. – Transfer of construction permit. – Private and public law of construction.*

* Associate Professor, University of Belgrade Faculty of Law, mdz@ius.bg.ac.rs.

** Research Fellow, Institute of Social Sciences, Belgrade; Lecturer in Master's programme in Real Estate Management, University of Belgrade Faculty of Civil Engineering; Associate Fellow, Johns Hopkins University School of Advanced International Studies (SAIS), Bologna, Italy, markomilenkovic@cantab.net.

*** Research Associate, Institute of Social Sciences, Belgrade; PhD candidate, University of Belgrade Faculty of Law, snikolic@idn.org.rs.

1. INTRODUCTION: BETWEEN SUBJECTIVE RIGHTS AND ADMINISTRATIVE ACTS

The construction of buildings is a cornerstone of any economy. Since the 19th century – and today in particular – this sector has been thoroughly regulated because of the need for spatial and urban planning, to achieve sustainable development, and to facilitate the coexistence of large numbers of people in relatively small areas in large cities. Planning, as an activity integral to building construction, is implemented, in legal terms, through a system of issuing construction permits. From this viewpoint, a construction permit, in fact, is a means of ensuring that spatial and urban plans are actually implemented.

For almost two decades now, the question of the complexity and duration of the process of obtaining a construction permit, i.e. obtaining a construction permit has long been a stumbling block to doing business in Serbia, with significant ramifications for economic indicators and economic growth in general. This consequently prevented developers from commencing construction within a reasonable timeframe,¹ making the realisation of investment projects uncertain and more expensive. Despite clearly defined deadlines for issuing permits, months of waiting – which in practice had a tendency to sometimes turn into years – has to an extent given rise to the wave of illegal construction.² In order to speed up the procedure and encourage investment, the amendments to the Planning and Construction Act of 2009 (hereinafter: PCA 2009),³ adopted in 2014, introduced a unified procedure which, *inter alia*, covers the procedure of issuing construction permits and brought it into the digital age by availing of e-government mechanisms.

Due to the value of real estate, significant involvement of labour and capital, and their importance for the long-term design of living and working space, obtaining construction permits is not a simple procedure in any legal system. Changes that can surface once a project has already started and the permit already issued by the authority present additional legal challenges during construction. The changes can be twofold. First, they may stem from changes to the building itself, in terms of the design for which the permit had been issued – in that case, what we have is a

¹ For additional information from the analysis of problems with obtaining construction permits until 2012, see USAID (2012, *passim*).

² For additional information about the problem of illegal construction, see Nikolić (2016a, *passim*).

³ Planning and Construction Act, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, Nos. 72/2009, 81/2009 – corrigendum, 64/2010 – Constitutional Court ruling, 24/2011, 121/2012, 42/2013 – Constitutional Court ruling, 50/2013 – Constitutional Court ruling, 98/2013 – Constitutional Court ruling, 132/2014, 145/2014, 83/2018, 31/2019 and 37/2019.

change in the objective (or narrower) sense of the word. The other option involves a change of developer during construction, and we refer to it as a change in the subjective sense of the word, or transfer of a construction permit. Since Serbian law belongs to the circle of systems in which a construction permit is issued to a specific developer, who is named in the administrative act and thus authorised to build, a change of titleholder of the land (and of a building's developer) requires that the administrative act be amended. This provision, as we will see in the comparative analysis, is not employed in all legal systems, but has become commonplace in Serbia. It poses a litany of dilemmas and challenges, which we will address further on in this article.

2. HISTORICAL OVERVIEW OF THE TRANSFERABILITY OF CONSTRUCTION PERMITS IN SERBIAN LAW

In order to better understand the provisions under applicable law, it is necessary to briefly explain its origins, i.e. the situation and problems that existed prior to the enactment of the current provisions. Prior to the enactment of the PCA in 2009, construction land was state-owned – with a few relatively negligible exceptions⁴ – and developers based their property right to construction on the “right of use”. The right of use of undeveloped construction land was, on the other hand, non-transferable by way of a transaction, as it was a derivative of social (and later state) ownership of construction land as the only constitutionally allowed form of property;⁵ thus, any kind of “subjective change” (transfer) of a construction permit was out of the question (because the right that enabled the developer to build was in and of itself non-transferable). In commercial practice, non-transferability of the right of use was circumvented in two ways: first, if any sort of building existed on the land, even if it existed only in the registries, or even if it existed only legally and not as a matter of fact, transfer of the title to the property led to the transfer of the right to use the land⁶ and, second, if the holder of the right of use

⁴ We refer here to the right of use of other construction land referred to in Article 84 of the Planning and Construction Act, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, Nos. 47/2003 and 34/2006.

⁵ We refer here to Article 60 of the 1990 Constitution of the Republic of Serbia. For details on the origins of the system of public/state property ownership of construction land, see Begović, Mijatović, Hiber (2006, 7 *et seq.*). For changes in the legal framework governing urban construction land and the non-transferability of the right of use, see Živković (2014, 230, 232–236).

⁶ This is thanks to the provision contained in Article 3 of the Purchase and Sale of Real Estate Act, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, Nos. 42/1998 and 111/2009, which is also retained in the current Purchase and Sale of Real Estate Act, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, Nos. 93/2014, 121/2014 and 6/2015.

of undeveloped construction land was a legal person (usually a limited liability company), then the right of use could be indirectly sold by way of sale of membership rights in the company in question (the subject of the sale would be a 100% interest in a company whose only asset was the right to use the land, which happens to be the method that is still in use due to favourable tax consequences). However, if the holder of the right of use was a natural person, and there was no building on the land, not even a virtual one, then there was no possibility of transfer; in such cases, in practice, developers would finance construction “under the name” of the holder of the right of use, which created legal uncertainty and numerous (unnecessary) legal complications, vis-à-vis both acquisition of the property and from a tax perspective. The possibility of transferring an (otherwise non-transferable) right of use, i.e. the possibility of subjectively changing the construction permit, was introduced for the first time into the legal system under the Mortgage Act of 2005, through its provisions governing settlement when the subject of a mortgage happens to be a building under construction. Namely, this Act stipulated (and still does), first, that a building under construction may be mortgaged, and, second, that where the mortgage creditor is settled by way of the sale of the unfinished building and the right to build (complete the construction) as determined in the construction permit. Under this Act, the right to build is transferred *ipso iure*, whereby the construction permit authority is required to issue a construction permit to the entity that purchased the “building under construction” under the process of settlement, “in its own name”.⁷

One of the cases that gave a clear demonstration of the numerous problems caused by the then property-title regime of urban construction land, in combination with the regulations that governed the construction of buildings at the time, was the Telenor case. Norwegian telecommunications company Telenor entered the Serbian market in 2006 by winning an auction at which the assets of former Mobtel operator (Mobi 63) were sold, together with a mobile telephony licence. The Mobtel company was not for sale, as it had in fact lost its license at the end of 2005, rather its assets directly, which included a number of mobile telephony base stations. However, in respect of those base stations that were still awaiting construction permits or occupancy permits, the legal situation was such that the construction permit was issued in the name of Mobtel, or Mobtel had the right of use or some other right that authorised it to apply for construction permits for specific locations. As the rights under construction permit decisions could not be sold or purchased due to their administrative and legal nature, Telenor was unable to formally

⁷ See Article 39 of the Mortgage Act, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, Nos. 115/2005, 60/2015, 63/2015 – Constitutional Court ruling, and 83/2015.

obtain occupancy permits, i.e. the right that would authorise it to finish construction of the base stations and see it become their rightful owner. At that time, while assisting a leading expert in the field of administrative law and, in particular, administrative procedure, one of the authors of this article was involved in drafting a legal analysis, the terms of reference of which were to explain that, although a construction permit, as an administrative act and administrative and legal basis for acquiring rights to build, is indeed non-transferable, the property law basis for said permit, as a civil subjective right, is – in principle – transferable, and in that specific case it was transferred to Telenor. Therefore, although the construction permit was issued in Mobtel's name, the occupancy permit could in fact be issued in Telenor's name. At the time, this view was quite revolutionary, and many of the lawyers in the state administration failed to fully understand it.

The following was the subject of the discussion, on a theoretical level: it is indisputable that subjective rights, which are administrative-legal in nature, are non-transferable, which also applies to rights under a construction permit, which is issued in the form of an administrative act (decisions in administrative procedure). Only subjective civil rights are transferable, but not all of them (see Vodinelić 2014, 47). When the status of a holder of a subjective civil right is a prerequisite for the acquisition of a subjective right of an administrative-legal nature, such as, for example, the status of a titleholder to land who can obtain a construction permit to construct a building on a specific land plot, then it is logical that the change of the holder of that subjective civil right creates, for its new holder, a requirement to request that the administrative-legal power attached to said right be “transferred” to it as well. However, since subjective administrative rights are non-transferable, “transfers” are indirect and effected as follows: in a new administrative act, the same (administrative subjective) right is assigned to the new holder of the subjective civil right to which it pertains, with the simultaneous termination of that (administrative subjective) right for the earlier holder of the subjective civil right.

At the time when, instead of the formally non-transferable right of use (which – in the 1990s and especially the 2000s – was, incidentally, often transferred in practice by contract, with a number of instances in which state authorities actually recognised the effect of such transfer), the right to own urban construction land was made possible by constitutional reform, i.e. when a transferable subjective civil right became the basis for obtaining a construction permit, it became necessary to amend the legislation governing the issuance of construction permits and make provision for their indirect “transfer”, where the transfer concerned a civil right that served as the basis for its issuance.

3. THE ROOT OF THE PROBLEM – THE RELATIONSHIP BETWEEN PRIVATE LAW POWERS AND PUBLIC LAW ASPECTS OF CONSTRUCTION LAW

In socialist Yugoslavia, the construction of buildings was almost entirely governed by public law. Understandably, the socialist system did not look favourably on private property, especially where real estate and in particular construction land, as the most valuable and economically most important, were concerned. Hence, the possibility of owning construction land privately had been precluded under the Constitution for decades (construction land was the “reserved domain” of public i.e. state property). This had far-reaching consequences for the legal framework governing real estate in general, as well as the construction of buildings. First, the principle of unity of real estate was abandoned, and the building title system was separated from the land title system.⁸ Second, since ownership of a building did not arise from title (or other power) to land (construction was based on the right of use, which was not of a private law character), the impression was created that ownership was acquired depending on the public law aspects of construction, usually only by acquiring the occupancy permit, which created a mix of the public and private aspects of construction.⁹ Third, generations of spatial and urban planners were educated in a system that did not recognise land ownership, and thus an entire set of property rights (bearing in mind that spatial and urban plans that, in a way, restrict property rights on construction land, have to be subject to the test of necessity in a democratic society as well as proportionality),¹⁰ remained far-removed from the minds of the planners and those designing the curricula by which new plans were formed (see Živković, Milenković 2012, 185–187). Fourth, even among lawyers there is no awareness today that by use of private law instruments (property right such as easement, or contract i.e. obligation) it is possible to regulate the right to build in a way that limits the possibilities provided for under the urban plan – for example, that a developer can promise his neighbour that he will not build a building that is more than five stories high, regardless of the fact that the urban plan permits eight stories, or that he will not erect a building that is more than 15 metres high, regardless of the fact that the urban plan permits 25 metres. If this concept is lost

⁸ On the importance of the principle of unity of real estate, see Gavella *et al.* (2007, 82–91); Živković (2014, 238, footnote 29).

⁹ This problem remains today and is reflected in the fact that a permit is a prerequisite for registration of property in the real estate registers. The issue of acquiring property by construction is therefore one of the issues that needs to be theoretically and normatively clarified in Serbian law today.

¹⁰ This is one of the issues that requires a more serious theoretical consideration under Serbian law.

on lawyers, it is obvious that the issue is completely incomprehensible to today's urban planners. Finally, given that construction land could not be privately owned for such a long time, a number of property rights related to it were "wrested" from public law, so, for example, the owner of construction land – even today, when the title to construction land is recognised and existing – has virtually no authority to subdivide his plot or covert his land into several plots if he so desires.

In the field of building construction, the legal transition – to put it mildly – has been void of serious theoretical reflection or ideas as to how the area should be systematically regulated and what the objective thereof would be, i.e. what sort of legal system was to be achieved through transition. The transition, therefore, was driven solely by the current needs of business, and was led by lawyers who had sound practical know-how but lacked a broader view of this legal area. Nonetheless, practical know-how gained in a system that needs to be changed by way of transition is not the best recommendation for someone to legally design the desired transition. In Serbia, however, there were no other people who could complete this, or people who were more capable to do the job; consequently, procrastination was inevitable. This led to frequent legislative amendments and the recurrence of certain problems that seemed simply "unsolvable", such as, for example, so-called "illegal construction"

The problem with the confusion of private and public aspects of constructing buildings has contributed greatly to the development of regulations related to the modification of construction permits, especially "subjective" modification – its transfer. Without getting into the details of the confusion, in a comparative overview below, we will introduce the systems that exist in countries that did not experience a period of socialist legislation and which developed their construction regulations without upsetting their legal traditions. This overview could be ground-breaking in the context of developing similar relations in Serbia.

4. ISSUING CONSTRUCTION PERMITS UNDER SERBIAN LAW

As noted earlier, in order to speed up the procedure and encourage investment in the country, amendments to the Planning and Construction Act of 2014 introduced a unified procedure, which included, *inter alia*, the procedure for issuing construction permits. Application of some of the provisions relating to the so-called 'one-stop-shop' system began on 1 March 2015, while the deadline for completing the transition to the unified procedure "in procedures for issuing acts concerning rights to construct and use buildings"¹¹ was set for 1 January 2016. Additionally,

¹¹ Article 132(3) of PCA 2009.

one of the main differences between the former procedure for obtaining a construction permit¹² and the new system was the move to a central electronic system. Accordingly, documents now must be submitted in electronic form, signed using a qualified electronic signature.¹³ The procedure for issuing a construction permit begins with the submission of an application through the central information system, whereby it is also necessary to submit an extract from the construction permit design, the actual construction permit design, proof of payment of the administrative fee, and proof of the appropriate right over land or building.¹⁴ The unified procedure also requires the competent authority to obtain *ex officio* all the necessary documents, which are issued by the holders of public powers,¹⁵ making it easier for applicants than in the former system. In accordance with the law, the competent authority must issue a construction permit within five working days of submission of the application.¹⁶ The purpose of this provision was to significantly speed up the process and allow developers to obtain a permit and start construction very quickly. However, in addition to the issue surrounding the efficiency of authorities when it comes to obtaining data, and requirements by and approval from other authorities, there is also the question of their objective ability i.e. staffing capacity to complete the entire procedure within the short deadlines, having in mind the austerity measures imposed on and employee redundancies made in state administration and local self-government authorities.

A construction permit decision contains information about the developer, the building covered by the permit, i.e. the building to be removed or reconstructed, the land plot, the validity period of the construction permit, the documents underlying the permit, information about the financier where a contract between the developer and financiers is attached, the contribution to the development of the construction land,

¹² For additional information on the issuance of building permits prior to the amendments of 2014, see Vučetić, Dimitrijević (2013, *passim*); Wickel, Schell, Nikolić (2014, 51–57); Pljakić (2011, 7).

¹³ See Article 3 of the Rulebook on the Procedure for Implementation of the Unified Procedure by Electronic Means, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, Nos. 113/2015, 96/2016 and 120/2017.

¹⁴ “... unless that right is recorded in a public ledger or is established by law, i.e. if the Act prescribes that such proof is not required.” In some cases, other documentation must be submitted in addition to the above. See Article 16 of the Rulebook on the Procedure for Implementation of the Unified Procedure by Electronic Means. As appropriate rights over land, the law lists title, the right of lease for publicly-owned construction land, as well as the right of use of construction land prior to the process of conversion. Article 135 PCA 2009. For additional information on the issue of conversion, see Nikolić (2016b, 44–49).

¹⁵ Article 8d of the PCA 2009.

¹⁶ Article 8d(2) of the PCA 2009. A fine ranging from RSD 25,000 to RSD 50,000 or incarceration of up to 30 days is prescribed for a misdemeanour committed by an official who fails to issue a permit within the specified time limit, Article 209 of the PCA 2009.

and in some cases information about the rights and obligations of the developer and holder of public powers.¹⁷ The construction permit is issued in the developer's name, but it may also be issued in the developer's name and the financier's name, with the developer's approval and if a certified contract is attached to the construction permit application.¹⁸ This can significantly speed up delivery of the project, since it facilitates takeover of the project in the event the developer is declared insolvent or bankrupt, and paves the way for the financier to finish construction of the building without interruption. This delivers substantial savings at the project financing state and mitigates the risks to some degree.

5. MODIFICATION OF A CONSTRUCTION PERMIT DECISION IN SERBIA

The Planning and Construction Act adopted in 2009 introduced provisions for modification of a construction permit decision in the both objective and subjective sense of the word. Up to that point, under the Planning and Construction Act of 2003, a developer could obtain a construction permit based on altered documentation, i.e. modified main design if during construction it was necessary to deviate¹⁹ from the documentation, i.e. the main design underlying the original decision, due to altered circumstances that could not have been foreseen.²⁰ According to the new Act, construction permit decisions may be modified, in the objective sense of the word, if due to altered financial and other circumstances or changes in the availability of infrastructure the original decision needs to be aligned with the design.²¹ There was space left to also make modifications on other grounds. Furthermore, decision modification applications must be submitted if changes occur, during construction, in relation to the construction permit, or the main design i.e. the construction permit design, implying deviation from the location, dimensions,

¹⁷ Article 22 of the Rulebook on the Procedure for Implementation of the Unified Procedure by Electronic Means.

¹⁸ Article 135a of the PCA 2009. Differentiating between developers and financiers is also a relic of the time when construction permits were based on a non-transferable right of use, so the financier was actually the "real" developer, while the developer was an entity who had (non-transferable) ownership grounds for obtaining a permit for that specific location. Today, the provision is used by project-finance financiers, although, in terms of comparative law, the security of their interests is now quite commonly safeguarded in different ways. This problem does not exist where construction permits are not issued "in someone's name".

¹⁹ The deviation pertains to changes in the position, dimensions, purpose and shape of the building. Article 119(2) of the PCA 2003.

²⁰ Article 119(1) of the PCA 2003.

²¹ Article 142(1) of the PCA 2009.

purpose, shape of the building and other parameters, due to which construction must be halted.²² Construction permit decisions are modified under a unified procedure also, which begins with the submission of an application through the central information system. The application must be accompanied by a new construction permit design, i.e. a copy thereof.²³ The competent authority may decide to modify the construction permit if changes are in line with the planning document.²⁴

A significant change that was introduced by the Act of 2009 was the possibility of changing the construction permit in the subjective sense of the word (transferring the construction permit). Namely, if there is a change of developer after the construction permit decision becomes final, the new developer is required to submit an application to modify the decision within 15 days of the change occurring.²⁵ The application must be accompanied by proof of title, or other right to the land or building concerned.²⁶ Applications in respect of privately owned land must be accompanied by a contract for the sale of the construction land and the building under construction,²⁷ or proof of other legal grounds for conveyance, as well as proof of tax paid, if tax is payable in that specific case.²⁸ If a developer is a tenant on publicly-owned construction land, applications must be accompanied by a copy of the document from the real estate register certifying the tenancy right of the new owner of the building.²⁹ If a construction permit has been issued for the purpose of

²² Article 142(1)(2) of the PCA 2009.

²³ It is also necessary to obtain modified zoning ordinance if the changes do not comply with the previous one. Article 142(3)(4) of the PCA 2009. For additional information on the technical documentation for modifying a construction permit decision, see Čukić, Vasiljević (2017, 79).

²⁴ The deadline for issuing a decision is five working days from the day of receipt of proper documentation, as is in the case for issuing a construction permit decision. Article 142(5) of the PCA 2009.

²⁵ Article 141(1) of the PCA 2009.

²⁶ Article 141(2) of the PCA 2009. The Act mentions the title to a building under construction; however, that is “not theoretically correct because title to a building under construction cannot be held”. See Hiber and Živković (2015, 238).

²⁷ The Registry of Real Estate, Overhead Lines and Underground Ducts (Registration Procedure) Act stipulates that in the case of registration of a building under construction, a separate part thereof, or the transfer of the rights to a building under construction or a separate part thereof, an annotation to that effect must be registered without a specified deadline, based on the “final construction permit, technical documentation underlying the construction permit, and confirmation that notice has been given of the works to be carried out under that permit, i.e. based on a contract for the sale/purchase of the building”. Article 11 of the Registry of Real Estate, Overhead Lines and Underground Ducts (Registration Procedure) Act, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, Nos. 41/2018, 95/2018 and 31/2019.

²⁸ Article 141(3) of the PCA 2009.

²⁹ Article 141(4) of the PCA 2009.

building additional floors or converting common areas into residential or commercial units, applications must be accompanied by a contract for the sale of the building under construction, i.e. other legal grounds for conveyance, the contract concluded with the residents, and proof of tax paid where tax is payable.³⁰ The competent authority should issue a decision modifying the construction permit decision within 8 days from the application submission date.³¹ This decision does not modify other parts of the original construction permit; it merely changes the name/business name of the developer, which also must be indicated in the construction permit design.³² The possibility of transferring a construction permit is critical when transferring rights to a building under construction. This was not an option under the previous Act, and the new developer had to apply for a new construction permit irrespective of the fact that one had been already issued for the same building. The current solution makes it much easier to continue construction after a change of developer. This new arrangement is also significant for pledges on real estate, i.e. the issue of settling the mortgagee in the case of a building under construction being mortgaged.³³ Nevertheless, the new developer must still go through the administrative procedure for transferring the permit, the administrative authority is forced to engage in private law relations (“ownership grounds”), while in theory the transfer of rights under an administrative decision remains a violation of the rule on non-transferability of such subjective rights. In that regard, the next step toward simplification would be a system that links a construction permit to the real estate and not to a particular developer, which from a comparative law perspective would not be anything new.

6. COMPARATIVE LAW MODELS FOR MODIFYING CONSTRUCTION PERMITS: MUST A PERMIT BE ISSUED TO THE DEVELOPER?

In this respect, the situation in neighbouring countries is similar to that in Serbia. In most of them, it is possible to modify the construction permit decision in both the objective and subjective sense of the word. In Croatia, for example, pursuant to the Construction Act, a developer can apply to modify or supplement a construction permit³⁴ at any time

³⁰ Article 141(5) of the PCA 2009.

³¹ Article 141(9) of the PCA 2009.

³² Article 141(9)(10) of the PCA 2009.

³³ See: Hiber, Živković (2015, 237–238).

³⁴ For additional information on the procedure for issuing construction permits in Croatia, see: Jovanović, Aristovnik and Rogić Lugarić (2016, 13–15).

prior to obtaining the occupancy permit.³⁵ If developers change, the new developer is required – as in Serbia – to submit an application to modify the permit within 15 days, and must halt construction until a decision is passed.³⁶ Applications must be accompanied by proof that there is a legal interest in issuing the permit, or permission from the developer named in the original construction permit (the developer being replaced), while in some cases applications must also be accompanied by proof that the applicant may carry on the activities of a developer, if so required under law with regard to certain buildings.³⁷

In Bosnia and Herzegovina this matter is regulated at the entity level. In the Federation of Bosnia and Herzegovina, under the Spatial Planning and Land Use at the Level of the Federation of Bosnia and Herzegovina Act, a developer is also required to submit an application to modify or supplement the construction permit where there is any deviation from the main design.³⁸ Applications for change of developer can be submitted at any time prior to issuance of the occupancy permit, accompanied by the valid construction permit and proof of acquisition of title.³⁹ In the Republic of Srpska the Spatial Planning and Construction Act provides for modifications to a construction permit in the objective sense of the word if the developer wants to alter the technical documentation, main design, or make changes related to “location, purpose, construction, equipment, environmental protection or stability, functionality, dimensions, i.e. the external appearance of the building”, in which case it is also necessary to halt construction until a decision is made.⁴⁰ If developers change during construction, the new developer must notify the urban planning-construction inspectorate thereof.⁴¹ However, unlike the law in the Federation of Bosnia and Herzegovina, this Act does not lay down any further details regarding the impact of the change of developer on the construction permit.

³⁵ Article 125 of the Construction Act, *Official Gazette*, Nos. 153/2013, 20/2017 and 39/2019.

³⁶ Article 127(1)(3) of the Construction Act.

³⁷ Article 127(2) of the Construction Act.

³⁸ Article 59 of the Spatial Planning and Land Use at the Level of the Federation of Bosnia and Herzegovina Act, *Official Gazette of the Federation of BiH*, Nos. 2/2006, 72/2007, 32/2008, 4/2010, 13/2010 and 45/2010.

³⁹ Article 60 of the Spatial Planning and Land Use at the Level of the Federation of Bosnia and Herzegovina Act. It means acquiring the title to the land on which construction is to be carried out.

⁴⁰ Article 135 of the Spatial Planning and Construction Act, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, Nos. 40/2013, 2/2015 – Constitutional Court ruling, 106/2015 and 3/2016 – corrigendum, 104/2018 – Constitutional Court ruling.

⁴¹ Article 109(6) of the Spatial Planning and Construction Act.

In November 2017 Slovenia enacted a set of construction laws, namely the Architecture and Engineering Act (*Zakon o arhitekturni in inženirski dejavnost*),⁴² the Construction Act (*Gradbeni zakon*)⁴³ and the Spatial Planning Act (*Zakon o urejanju prostora*).⁴⁴ These acts introduced numerous changes, which, *inter alia*, also pertain to construction permits. Regarding modification of a construction permit decision, there are certain differences in regard to the Building Construction Act (*Zakon o graditvi objektov*),⁴⁵ which previously governed this matter. Previously developers had been required to submit applications to modify a construction permit if changes occurred during construction or reconstruction, in terms of deviation from the conditions stipulated in the issued decision, especially where they could affect the environment, health at work, or safety of the building.⁴⁶ The modification had to be made using the same procedure as for issuing the construction permit, however, in some cases it was possible to apply using a fast-track/summary procedure.⁴⁷ It was also possible to modify the construction permit in the subjective sense of the word, using the fast-track/summary procedure.⁴⁸ Under the current Construction Act, minor deviations from the construction permit during construction are permitted, provided that they do not involve other land and comply with the spatial planning document that was in force when the permit was issued; that the outside dimensions do not deviate more than 0.3 m or are less than what was originally envisaged; that the changes do not affect the opinion issued by the competent authority;⁴⁹ and that the purpose of the building remains the same.⁵⁰ Therefore, in such cases it is no longer necessary to modify the construction permit; it is however necessary for

⁴² Architecture and Engineering Act, *Official Gazette of the Republic of Slovenia*, No. 61/2017.

⁴³ Construction Act, *Official Gazette of the Republic of Slovenia*, Nos. 61/2017 and 72/2017 – corrigendum.

⁴⁴ Spatial Planning Act, *Official Gazette of the Republic of Slovenia*, No. 61/2017. All these acts came into effect on 1 June 2018.

⁴⁵ Building Construction Act, *Official Gazette of the Republic of Slovenia*, No. 102/2004 – consolidated text, 14/2005 – corrigendum, 92/2005 – ZJC-B, 93/2005 – ZVMS, 111/2005 – Constitutional Court ruling, 126/2007, 108/2009, 61/2010 – ZRud-1, 20/2011 – Constitutional Court ruling, 57/2012, 101/2013 – ZDavNepr, 110/2013, 19/2015, 61/2017 – GZ in 66/2017 – Constitutional Court ruling.

⁴⁶ Article 73(2) of the Building Construction Act.

⁴⁷ “If such changes do not violate the conditions of use of adjacent land and buildings, cultural heritage preservation conditions and nature preservation conditions, or do not change the conditions that were in force at the time when the construction permit was issued”. Article 73(3) of the Building Construction Act.

⁴⁸ Article 73(4) of the Building Construction Act.

⁴⁹ The opinion of the competent authority must be obtained before applying for a construction permit. See: Article 31 of the Construction Act.

⁵⁰ Article 66(1) of the Construction Act.

the designer to provide written confirmation of the admissibility of the changes being contemplated, and they must be entered in the construction log prior to their implementation.⁵¹ Modification of a construction permit in the objective sense of the word is permissible where deviations are greater than those listed above.⁵² Applications may be submitted during the period of validity of the construction permit, and no later than 10 years after it becomes final and binding.⁵³ Should there be a change of developer during construction, the change must be reported to the administrative authority in charge of construction-related issues (therefore, there is no repeat of the procedure so that the permit can be issued “in the name” of the new developer).⁵⁴

Northern Macedonia is also one of the countries where it is possible to modify a construction permit in the objective sense of the word. Under the Construction Act, a construction permit may be modified during construction if modifications are in line with the urban plan.⁵⁵ Regarding a change of developer, the new developer is required to notify the competent authority of the change within 15 days and submit proof of its status.⁵⁶

In this context, it is also worth mentioning the changes that have been introduced in Montenegro. The Spatial Planning and Construction Act, enacted in 2017, abolished the need for construction permits, save for complex engineering structures.⁵⁷ Construction of buildings is no longer permit-based, but instead on information about the works and documents⁵⁸ submitted to the competent inspection authority. As for

⁵¹ Changes to the structure, installations and technological arrangements should be approved by the project manager and must comply with the new parts of the design. Article 66(2) of the Construction Act.

⁵² Save where the change relates to the very essence of the building and its purpose, in which case an application must be submitted for a new building permit. Article 67(1) of the Construction Act.

⁵³ Article 67(2) of the Construction Act.

⁵⁴ Article 66(3) of the Construction Act.

⁵⁵ Article 69 of the Construction Act, *Official Gazette of the Republic of Macedonia*, Nos. 130/2009, 124/2010, 18/2011, 36/2011, 54/2011, 13/2012, 144/2012, 25/2013, 79/2013, 137/2013, 163/2013, 27/2014, 28/2014, 42/2014, 115/2014, 149/2014, 187/2014, 44/2015, 129/2015, 217/2015, 226/2015, 30/2016 and 31/2016.

⁵⁶ The competent authority should also pass a decision within 15 days. Article 70(1) of the Construction Act.

⁵⁷ These are motorways, national and regional roads, railways, bridges with spans greater than 30m, tunnels longer than 200m, airports, oil pipelines, electricity transmission lines, ports, dams, chemical and heavy industry plants, etc. See: Article 172 *et seq.* of the Spatial Planning and Building Construction Act, *Official Gazette of Montenegro*, Nos. 64/2017, 44/2018 and 63/2018.

⁵⁸ It is necessary to enclose the main design, the report on the positive audit of the main design, proof of designer or auditor liability insurance, contractor agreement,

changes that occur during construction, these are regulated as part of the modification to the revised main design, owing to shortcomings and unforeseen circumstances.⁵⁹

It is possible to modify the main design due to other circumstances too, e.g. to improve the functionality of the building for instance, provided that the modification is in line with the urban-technical requirements. Modifications may be made at any time before application for registration in the real estate register.⁶⁰ In the event of a change of developer during construction, the new developer is required to furnish notice thereof to the competent inspectorate within 30 days, accompanied by evidence of the title to the land or other rights to build on the land, as well as proof of title to the building.⁶¹

Austria has a system that is slightly different from the aforementioned acts, which apply in the states that made up the former Yugoslavia. In Austria it is left to the provinces to regulate construction matters, i.e. to issue construction permits. Each province – and there are nine in total⁶² – has its own set of regulations governing this matter. Regarding modification of a construction permit in the objective sense of the word, we note the case of Carinthia, whose regulations govern the possibility of subsequent modification. The application must be accompanied by designs that are consistent with the modification, and permission from the owner or co-owner if the applicant is submitted by someone else. Also, other provisions apply depending on what the construction permit had been issued for, i.e. what the change pertains to.⁶³ The Vienna regulations permit deviations from the original design during construction. Modifications made to the design⁶⁴ are viewed as part of the original design and do not affect the extension of the validity of the construction permit.⁶⁵ Thus, the modification pertains to the existing

engineer's contract, proof of title to the land, or other right to build on the land, i.e. proof of title to the building. Article 91 of the Spatial Planning and Building Construction Act.

⁵⁹ See: Article 97 of the Spatial Planning and Building Construction Act.

⁶⁰ Article 98 of the Spatial Planning and Building Construction Act.

⁶¹ Article 94 of the Spatial Planning and Building Construction Act.

⁶² Burgenland, Kärnten, Niederösterreich, Oberösterreich, Salzburg, Steiermark, Tirol, Vorarlberg, Wien.

⁶³ Article 22 of the Kärntner Bauordnung 1996 – K-BO, LGBl Nr 62/1996, Letzte Änderung LGBl Nr 66/2017.

⁶⁴ In this case, the modification of the design refers to a design that was already approved by way of a construction permit. What we have here is a change that occurred after the construction permit decision came into force; if the application for a modification has been submitted prior to that, then what we actually have is an application for a new building permit. Kirchmayer (2014, 359–360).

⁶⁵ Article 73 (1) of the Bauordnung für Wien, LGBl. Nr. 11/1930, Letzte Änderung LGBl. Nr. 27/2016.

permit, which remains in effect after the modification (Kirchmayer 2014, 360). However, there are limits to which deviation or change can be considered to be a modification of the design, and when it constitutes an entirely new design.⁶⁶ The significant difference between the system existing in the abovementioned countries and Austria manifests itself in the modification of the construction permit in the subjective sense of the word. There are no specific provisions in Austrian legislation governing modification of a construction permit due to a change of developer, as is the case in most of the countries mentioned above. In Austria, a construction permit has a “proprietary effect”, the so-called *dingliche Wirkung*, meaning that its issuance is tied to a particular piece of land or a particular building, and that a change of owner thus does not affect it.⁶⁷ In other words, a construction permit is issued to a “respective holder” of the right that allows construction (property right, or right to build on the land). The legal successor assumes the status of its’ legal predecessor, and the rights and obligations established by the decision remain unchanged regardless of the change of the subject (Kirchmayer 2014, 534–535).⁶⁸ The legal predecessor is required to provide the successor with all necessary information and documents.⁶⁹ A change can also occur during the construction permit issuing process (Kirchmayer 2014, 536). A similar solution is explicitly provided in almost all the provinces of Germany; this is commonly referred to as the “effect of the permit vis-à-vis the legal successor” (*Die Baugenehmigung wirkt auch für und gegen den Rechtsnachfolger*) (Brenner 2009, 192, Rn 701).⁷⁰ Namely, Austria

⁶⁶ See: Article 73(1); Article 60c of the Bauordnung für Wien. Kirchmayer (2014, 359). If the deviation is such that it in fact constitutes a new design, the application of rules governing design modification cannot be invoked and a new building permit must be obtained. See: Kirchmayer (2014, 360).

⁶⁷ Even if the permit had been issued to a specific person, it has the same effect if it “pertains to a specific thing and depends solely on its characteristics, and not on the person” Kirchmayer (2014, 536). See: Article 53 of the Oberösterreich Bauordnung 1994, LGBl.Nr. 66/1994, Letzte Änderung LGBl.Nr. 95/2017; Article 129b of the Bauordnung für Wien; Article 9 of the Niederösterreich Bauordnung 2014, LGBl. Nr. 1/2015, Letzte Änderung LGBl. Nr. 50/2017; Article 53 of the Kärntner Bauordnung; Чл. 55 Tirol Bauordnung, LGBl. Nr. 57/2011, Letzte Änderung LGBl. Nr. 129/2017; Article 22 of the Burgenländisches Baugesetz 1997, LGBl. Nr. 10/1998, Letzte Änderung LGBl. Nr. 79/2013; Article 52 of the Vorarlberg Baugesetz, LGBl.Nr. 52/2001, Letzte Änderung LGBl. Nr. 78/2017.

⁶⁸ If the building is not being constructed by the landowner, then the landowner must notify the competent administrative authority about the holder of the right to construct the building which is located or being constructed on his/her/its plot. Article 129b of the Bauordnung für Wien; Article 9 of the Niederösterreich Bauordnung.

⁶⁹ Article 53 of the Oberösterreich Bauordnung.

⁷⁰ The articles or paragraphs contained in the 15 provincial building regulations (*Bauordnung*) that provide for such a solution are listed in footnote 30 on the same page (Note: Germany has 16 provinces).

and Germany make a proportionately clearer distinction between the private and public aspects of construction, and consequently there is no legal connection between the holder of the permit and the holder of the private law authority to construct a building on a piece of land – the developer does not necessarily need to own the land, since that aspect is “not a concern” of the permit issuing authority (Brenner 2009, 197, Rn 721). It goes without saying that, should a permit be sought and obtained by someone who is not the owner, in the case of construction the actual landowner would have (private) legal means to oppose construction in the event that a non-owner had started construction on someone else’s land; in such a case, the existence of a construction permit cannot help the non-owner. In short, private and public construction rights are mostly autonomous and mutually independent. The only effect of the private right to construction on that which is public is reflected in the ability of the competent authority to refuse to issue a construction permit due to lack of legal interest, while the effect of the public right to construction on private powers is virtually non-existent, except in very limited cases when construction regulations appear as regulations of a protective nature (for example, provisions governing the minimum distance required between buildings or provisions governing fire protection walls) (Brenner 2009, 3). As explained above, the socialist legal order of the past has caused construction legislation to “shift” wholesale and exclusively into the sphere of public law, and owing to this tradition current legislators in all countries of the former Yugoslavia are now struggling to come to terms with the fact that private property has made a return to construction land transactions – as has happened in Serbia over the past ten years.

7. CONCLUSION

The issue of possible modifications to construction permit is an excellent example of the complexity of construction rights and fallaciousness in this area of Serbian law throughout history. On the one hand, the possibility of modification – especially that which is subjective – became necessary in practice when it was permitted to hold the title to construction land, and in that sense the change should be welcomed. On the other hand, this solution remains one that is a “half-measure”: by solving one problem, it reveals several new ones, admittedly smaller. It seems that the problem can be solved in a completely satisfactory and systematically aligned manner only by adopting a solution that exists in countries that had no “socialist phase”, in which a construction permit actually has real effect and is tied to the land in question and not to any particular developer.

Consideration of the issue of transferability of a construction permit and the relationship between civil and administrative aspects of this process has led us to a problem of greater proportions – that of distinguishing between private and public law aspects of construction rights and, more broadly, the legal framework governing real estate. Historic heritage has led to the complete neglect of the private law aspect of the legal framework governing real estate in the Serbian law of today. This is further compounded by the fact that, of all the parts of civil law, property law is the only one that has not yet undergone a full legislative transition (the incomplete codification from 1980 still applies), even though that is where it was needed the most. This research cannot do anything more than note the identified discrepancies and problems. We hope that the questions that remain open will inspire future legal research and pave the way for further transition of the legal framework governing real estate in Serbia.

REFERENCES

- Begović, Boris, Boško Mijatović, Dragor Hiber. 2006. *Privatizacija državnog zemljišta u Srbiji*. CLDS. http://www.clds.rs/newsite/privatizacija_dr_zemljista.pdf, last visited 14 May 2019.
- Brenner, Michael. 2009. *Öffentliches Baurecht*, 3. ed. Heidelberg: C. F. Müller.
- Wickel, Martin, Steven R. Schell, Dušan Nikolić. 2014. Pribavljanje građevinskih dozvola u Nemačkoj, SAD i Srbiji. *Glasnik Advokatske komore Vojvodine* 1: 35–62.
- Vodinec, Vladimir. 2014. *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*. Belgrade: PFUU – Službeni glasnik.
- Vučetić, Dejan, Predrag Dimitrijević. 2013. Specifičnosti postupka izdavanja građevinske dozvole. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 65:325–343.
- Gavella, Nikola, Tatjana Josipović, Igor Gliha, Vlado Belaj, Zlatan Stipković. 2007. *Stvarno pravo, Svezak 1*. Zagreb: Narodne novine.
- Živković, Miloš, Marko Milenković. 2012. Značaj procene uticaja za urbanističko planiranje. 184–210 in *Ekologija i pravo*, edited by Aleksandra Čavoški, Ana Knežević-Bajović. Belgrade: Institut za uporedno pravo – PFUU.
- Živković, Miloš. 2014. Tranzicija i propisi u izgradnji. 230–254 in *Pravna sigurnost u uslovima tranzicije – Zbornik radova s naučnog skupa – Prilozi projektu 2013 “Razvoj pravnog sistema Srbije*

- i harmonizacija s pravom EU*”, edited by Radmila Vasić, Ivana Krstić. Belgrade: University of Belgrade Faculty of Law.
- Jovanović, Tatjana, Aleksandar Aristovnik, Tereza Rogić Lugarić. 2016. A comparative analysis of building permits procedures in Slovenia and Croatia: Development of a simplification model. *Theoretical and Empirical Researches in Urban Management* 2:5–23.
- Kirchmayer, Wolfgang. 2014. *Wiener Baurecht*, Kommentar 4th ed. Vienna: Verlag Österreich.
- Nikolić, Sofija. 2016a. Legalizacija bespravno izgrađenih objekata u Srbiji. *Pravni život* 10:517–532.
- Nikolić, Sofija. 2016b. Pretvaranje (konverzija) prava korišćenja u pravo svojine na građevinskom zemljištu u Srbiji. *Nova pravna revija* 1:40–50.
- Pljakić, Ljubodrag. 2011. Građenje i legalizacija – Izmene i dopune Zakona o planiranju i izgradnji. *Izbor sudske prakse* 10:5–8.
- USAID Business Enabling Program. 2012. *Analiza efikasnosti postupka izdavanja građevinskih dozvola u Republici Srbiji*. Cardno Emerging Markets USA, Ltd. MP & Associates. http://www.bep.rs/baza_znanja/documents/construction-permits/Analiza%20efikasnosti%20postupka%20izdavanja%20gradjevinskih%20dozvola%20FINAL%20SRP.pdf, last visited 9 May 2019.
- Hiber, Dragor, Miloš Živković. 2015. *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja*. Belgrade: University of Belgrade Faculty of Law.
- Čukić, Dragana, Dušan Vasiljević. 2018. *Vodič kroz dozvole za izgradnju: Od ideje do upotrebe objekta*. <http://gradjevinskedozvole.rs/Files/00631/Vodic-kroz-dozvole-za-izgradnju.pdf>, last visited 9 May 2019.

Article history:

Received: 31. 7. 2019.

Accepted: 3. 9. 2019.

UDK 340.11

CERIF: S115

DOI: 10.5937/AnalipFB1903150B

Dr Damir Banović*

ANALITIČKI I SOCIOLOŠKOPRAVNI PRISTUP PROUČAVANJU NORMATIVNIH I DRUŠTVENIH FUNKCIJA PRAVA**

U radu su izloženi stavovi analitičke teorije prava o mogućim funkcijama prava, bilo da se one određuju kao normativne bilo kao društvene. Također, izložen je i pristup verzije sociološkopravne teorije društvenim efektima prava, te kritike analitičkog kao neopravdanog i suviše intuitivnog. Svaka analiza prava kao fenomena polazi i od analize prirode prava, te posljedično, i od njegovih funkcija, odnosno od uvođenja ideje o dualnoj prirodi prava sa idealnim i realnim elementima te posljedično jedne drugačije refleksivne metodologije koja će osvjetliti oba elementa. U konačnici, dat je osvrt na moguća metodološka unapređenja kojima bi se empirijski provjerljivo, a ne apriorno, formirali stavovi o mogućim funkcijama prava te time unaprijedile teorijskopravne analize.

Ključne riječi: *Normativne i društvene funkcije. – Dualna priroda prava. – Sociološkopravni pozitivizam.*

1. UVOD

Kako je to uobičajeno u filozofskopravnim razmatranjima, različiti autori tvrde da pravo posjeduje i vrši različite normativne i društvene funkcije. Te različite tvrdnje proizlaze iz primjene različitih metodologi-

* Autor je docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, d.banovic@pfsa.unsa.ba.

** Prva verzija rada predstavljena je na XIII godišnjoj konferenciji *Central and Eastern European Network of Jurisprudence* koja se održavala od 13. do 14. septembra 2018. godine na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu.

ja u pravu: analitičke, normativne ili sociološkopravne. I u dominantne tri metodologije ili pristupa proučavanju prava postoje različite tvrdnje o tome da li i koje društvene i/ili normativne funkcije pravo (nužno) vrši, odnosno posjeduje. Tako je, na primjer, Jeremy Bentham (više u Faso 2007, 435–441), kao prominentna figura instrumentalnog pristupa, jasno izrazio svoj stav da je pravo instrument za ostvarivanje bilo kojeg društvenog cilja koji se smatra poželjnim u datom društvu. Može se koristiti za ostvarivanje dobrog ili lošeg; može se koristiti za ostvarivanje određenog specijalnog interesa; može biti sredstvo za primjenu opresije ili kažnjavanja; ili kao sredstvo za ostvarivanje određene koncepcije dobra u društvu. Roscoe Pound (1912; 1922; 1968), kao predstavnik jednog oblika sociološke jurisprudencije, shvatao je pravo kao visokospecijalizovanu formu društvene kontrole u politički organizovanom društvu. Smatrao je da pravo obavlja funkciju ispunjavanja individualnih i društvenih interesa: pravo je društveni mehanizam kojim se ostvaruju određeni ciljevi društva.

Iz savremene perspektive, Denis Galligan (2010; 2015), u svom specifičnom metodološkom pristupu pravo-i-društvo (*law and society approach*), koji primjenjuje na proučavanje fenomena prava u modernim državama, smatra da zdrav razum i iskustvo pokazuju da se pravo uobičajeno koristi kao instrument za ostvarivanje određenih ciljeva i svrha (Galligan 2010, 193). Ustavi, međunarodne konvencije, zakonodavstvo i drugi oblici regulacija, sudske presude, upravna rješenja i odluke proizvod su deliberativnog djelovanja naroda, država, zakonodavca, uprave, te se za sve njih može opravdano pretpostaviti da imaju određenu svrhu (Galligan 2010, 193). Proces stvaranja prava češće se okončava kompromisom i akomodacijom različitih političkih i društvenih interesa nego izražavanjem jasnih namjera i svrha (Galligan 2010, 193). Bez obzira na tu činjenicu, pravo je postavljeno i usmjereno na postizanje društvenih interesa (Galligan 2010, 193). Pitanje njegove društvene vrijednosti uobičajeno se postavlja u vezi sa njegovim funkcijama, sa idejom da pravo empirijski ostvaruje i vrši specifične funkcije u društvu (Galligan 2010, 193). Odnosno, treba istražiti i analizirati njegovu ulogu u različitim situacijama: zaključivanju ugovora, izvršenju krivičnih sankcija i sl. (Galligan 2010, 194).

Brian Z. Tamanaha (2001), s druge strane, predlaže neesencijalističku koncepciju prava. Prema njoj, šta pravo jeste, šta pretpostavlja i šta pravo vrši ne može se obuhvatiti jednom koncepcijom ili jednom definicijom prava. Na opštem nivou nije moguće definisati pojam „pravo je“ jer pravo nema ontološki utvrđen sadržaj. Posljedično, ne možemo razumjeti pravo u terminima njegovih mogućih funkcija. Ukoliko želimo da utvrdimo da li pravo ima, odnosno posjeduje i/ili vrši normativne i/ili društvene funkcije, nužno je da odbacimo unaprijed konstruisane koncepte te da kombinacijom analitičkog i sociološkopravnog metoda kreiramo

pojam prava na srednjem nivou. To, naravno, ne treba shvatati u smislu da pravo nema ili ne vrši određene normativne i/ili društvene funkcije, no pojam prava se na najapstraktnijem nivou ne može shvatati kroz njegove moguće normativne i/ili društvene funkcije. Pravo, pretpostavljeno ali i empirijski potvrdivo, vrši normativne i/ili određene društvene funkcije. Vrlo je vjerovatno da ono vrši društvene efekte, odnosno empirijski je potvrđeno da ono ima društvene efekte. No, to je pitanje koje treba istražiti i analizirati u svakom specifičnom pravnom i društvenom kontekstu kombinacijom sociološkopravnog i analitičkog metoda.

Također, iako je nužno radi analize odvojiti normativnu od društvenih funkcija prava, moje razumijevanje ide u sljedećem pravcu: ukoliko pravo vrši normativnu funkciju (recimo, upravljanje društvenim odnosima), onda se time specifično vrši i društvena funkcija prava. Društveno može biti od značaja da se ljudski odnosi usmjeravaju pravnim normama. Dalje, podjele i klasifikacije funkcija prava koliko god da daju uvida u moguće društvene efekte prava, ponekad stvaraju i pogrešnu predodžbu da će pravo uvijek i pod istim okolnostima vršiti upravo *tu* funkciju. Konačno, ovdje treba naglasiti distinkciju između toga da li pravo ima, odnosno posjeduje određenu/e funkciju/e i da li ih/je vrši, gdje bi „vršenje“ funkcije imalo društveni značaj ili barem da se priznaju društveni efekti njegovih funkcija kao društvena vrijednost. Manje nebitno, u razmatranju mogućih normativnih i/ili društvenih funkcija prava, fokus posmatranja trebalo bi pomjeriti sa analize funkcija na društvene efekte koje pravo postiže u određenom društvenom kontekstu.

Da bismo iole rasvijetlili teoretske probleme povezane sa normativnim i društvenim funkcijama prava, u radu sam pratio metodološki različite pristupe i, posljedično, različite zaključke o tome da li i koje normativne i društvene funkcije pravo ima, odnosno posjeduje i/ili vrši.

2. ANALITIČKO RAZGRANIČENJE NORMATIVNIH I DRUŠTVENIH FUNKCIJA PRAVA

Prema mišljenju Josepha Raz-a (1973, 278), analiza i koncepcije funkcija prava od velikog su značaja za svaku teoriju prava koja pretenduje da dâ opšta pojašnjenja o prirodi prava. Od značaja su i za pravnike, sudije i druge državne službenike koji se susreću sa svakodnevnim problemima pravilnog tumačenja i primjene prava. Određenje onoga što bi pravo trebalo da vrši, posebno u procesu tumačenja i primjene, usmjerava određenje značenja pravnih normi i utvrđuje sadržaj pravnih principa prilikom, prije svega, ciljnog tumačenja. U tom smislu, pojam funkcije prava određuje se apriorno i idejno, a pretpostavljena funkcija ostvaruje se tumačenjem i, dalje, primjenom. Određenje funkcija prava značajno je za sociologe i politologe čiji je cilj da objasne interakciju prava sa

drugim društvenim normama i institucijama (Raz 1973, 278), no taj pristup podrazumijeva empirijska istraživanja koja posljedično dovode i do mogućeg različitog određenja pojma prava u teoriji prava i sociologiji prava. Također, ako se polazi od pojma prava kako ga shvata analitička i normativna teorija, primjenom specifičnog sociološkopravnog metoda, mogu se izvesti sljedeći zaključci: (1) pravo na makronivou pokazuje različite stepene pravne efikasnosti, odnosno neefikasnosti, bilo primarno ili sekundarno, prostorno i vremenski, vršeci time različite društvene funkcije; (2) pravo u obavljanju svoje pretpostavljene funkcije u dodiru sa društvenim kontekstom ostvaruje svoju idejnu funkciju ili potencijalno se događa metamorfoza u smislu prilagođavanja društvenom kontekstu, čime se više ili manje odstupa od prvobitnog značenja pravne norme. U tom smislu, ne može se pretpostaviti koje normativne i društvene funkcije pravo ostvaruje, već je to istraživačko pitanje koje se postavlja u svakom konkretnom slučaju i istraživanjem se daje vrlo vjerovatan odgovor.

Filozofi prava uobičajeno razmatraju funkcije prava u barem sljedeća tri konteksta (Raz 1973, 279–280).

- (1) Neki teoretičari su zainteresovani za istraživanje funkcija koje nužno vrše svi pravni sistemi ili ih vrši većina pravnih sistema.
- (2) Slično, vršenje određenih specifičnih funkcija može biti određujuća karakteristika određenih grana prava.
- (3) Konačno, neki teoretičari su zainteresovani za istraživanje tvrdnji da pravni sistemi nužno trebaju vršiti određene funkcije na određeni način.

Sva ta tri načina posmatranja su apriorna i posljedica su esencijalističkog pristupa analizi prava, odnosno posmatraju funkcije prava na tri načina: kao nužne elemente u određenju koncepta prava, pojedinih grana prava ili nužnog vršenja funkcija prava na određeni način. Korisna su osvjetljavanja odnosa prava sa društvenim kontekstom ili davanja značaja interakciji prava sa drugim pravu sličnim fenomenima ili uopšte društvenim kontekstom. Za pravnu teoriju su možda i značajnija utvrđivanja koji su to idealni društveni interesi i vrijednosti koje pravo treba da štiti koji se uobičajeno koriste prilikom stvaranja, primjene, tumačenja i promjene prava. No, za utvrđivanje društvenih efekata prava nisu od značajnije koristi.

3. NORMATIVNE I DRUŠTVENE FUNKCIJE PRAVA

Raz (1973, 280) smatra da je važno razlikovati normativne i društvene funkcije prava. Svaki pravni sistem nužno ima normativne a uobi-

čajeno i neke društvene funkcije. O nužnoj karakteristici prava koja se odnosi na njegove normativne funkcije saznajemo primjenom analitičkog metoda u pravu. Ukoliko pravo ima i vrši određene društvene funkcije, do tog saznanja dolazimo primjenom empirijskog metoda. Normativne funkcije su dio ontologije prava, dok su njegove društvene funkcije njegovo djelovanje i ostvarivanje društvenih efekta ili određenih društvenih svrha.

Normativne funkcije prava predstavljaju način na koji pravo usmje-rava ljudsko ponašanje (Raz 1973, 287). One su determinisane razlozima koje pravo pruža kao način usmjeravanja ljudskog ponašanja (Raz 1973, 287). Po svojoj prirodi, pravni sistemi su normativni sistemi (Raz 1973, 280). Pravo je ili pravna norma ili ima određenu logičnu vezu sa pravnom normom na taj način što utiče na njeno postojanje, primjenu ili tumače-nje norme indirektno doprinoseći njenom značenju (Raz 1973, 280–281). Samo onaj dio prava koji sadrži pravne norme ima normativnu funkciju i za njega je svojstveno da: (1) upravlja i vodi ljudsko ponašanje (*primarna normativna funkcija*) i (2) utvrđuje standard za evaluaciju ljudskog ponašanja (*sekundarna normativna funkcija*) (Raz 1973, 281).

Utvrđivanje određenih pravnih posljedica koje prate izvršavanje ili neizvršavanje određenih radnji jedini je način na koji pravo može ponu-diti razloge za djelovanje (Raz 1973, 282). Pravne posljedice pravnog djelovanja mogu značajno varirati (Raz 1973, 282). One mogu uključivati zasnivanje građanske ili krivične odgovornosti za kršenje pravne obaveze, uvođenje pravne obaveze ispunjavanja ugovora nakon što je on valja-no zaključen, dodjeljivanje ili uskraćivanje prava i sl. (Raz 1973, 282). Različite pravne posljedice mogu biti podijeljene u dvije grupe: (1) neke pravne posljedice ljudska bića generalno smatraju nepoželjnim (uskraći-vanje prava na život, slobodu ili vlasništvo) i (2) neke pravne posljedice smatraju se uopšteno korisnim za ljudska bića (Raz 1973, 282). Pravo stvara nešto što se može nazvati *određenim* uputstvima za ljudsko po-našanje (*determinate guidance*), kada za njih vezuje pravne posljedice prvog tipa (odnosno, generalno nepoželjne), i *neodređena uputstva* za ljudsko ponašanje (*indeterminate guidance*), kada za njih propisuje posljedicu drugog tipa (odnosno, opštekorisne posljedice) (Raz 1973, 283). Prvi tip uputstva za ljudsko ponašanje upravlja ljudskim radnjama jasnim i direktnim izražavanjem načina na koji se treba ponašati uz stipuliranje pravne posljedice koja će nastupiti ukoliko se takvo ponašanje ne ispuni (Raz 1973, 285). Drugi tip uputstava pak izražava se neodređeno, stipu-liranjem određenih pravnih posljedica koje će nastupiti ukoliko se odre-đena pravna radnja izvrši, a koje nisu uopšteno posmatrajući odbojne, s namjerom i idejom da će te pravne posljedice uticati na odluku osoba da izvrše radnju (Raz 1973, 285). No to objašnjenje normativnih funkcija prava ne govori nam ništa o načinu na koji pravo vrši svoju normativnu funkciju. Kada i ukoliko se postavi pitanje na koji način pravo vrši svoju

normativnu funkciju u društvu, dolazimo do narednog polja razmatranja, odnosno primjene prava ili polja *performativnosti normativnih funkcija*. Moguće je zamisliti da pravo, na makro ili mikro nivou svoje normativnosti, u cijelosti ili većim dijelom vrši svoje (pretpostavljene) normativne funkcije. No, analitička i normativna teorija prava nisu u stanju da daju precizan odgovor na to pitanje jer su tvrdnje o njegovoj normativnoj funkciji apriori postavljene. Ustanoviti da li i na koji način pravo ostvaruje svoje normativne funkcije pitanje je na koje može dati odgovor sociološkoppravna teorija. Sa stanovišta analitičke i normativne teorije prava, to da li pravo vrši ili ne vrši svoju normativnu funkciju ne utiče na ideju njegovog postojanja kao posebnog fenomena. Prema stavovima Hans Kelsena (1961), jedina pretpostavka koja nužno treba biti ispunjena tiče se tvrdnje da je pravni sistem uopšteno posmatrajući efikasan.

4. ŠTA ANALITIČKI PRISTUP MOŽE DA KAŽE O DRUŠTVENIM FUNKCIJAMA PRAVA

Da bi se, barem teorijski, potpunije razumjele normativne funkcije prava, nužno je krenuti korak dalje. Odnosno, nužno je uvesti ideju o dualnoj prirodi prava koja se do sada najdalje razvila u teoriji prava Jürgen Habermasa ([1992] 1996; Deflem 2013). O dualnoj prirodi prava govori i Robert Alehy (Spaak 2019), ali povezujući realni element sa sljedećim tvrdnjama: (a) pravo stvara državna vlast i (b) pravo je društveno efikasno dok je idealni element prava povezan sa idejom moralne ispravnosti. No, prema Habermasovom mišljenju, pravo posjeduje dva kvaliteta: (1) ideju pravne validnosti i (2) ideju faktičnosti, odnosno efikasnosti. Ili jednostavno, nije dovoljno reći da pravo ontološki posjeduje normativne funkcije ili da pravo nužno posjeduje određene normativne karakteristike već da je inherentna priroda prava upravo u tome što svoje normativne funkcije ostvaruje u društvenom kontekstu. U tom smislu, iako postavljeno kao nužni element koncepta prava, ideja prava nije samo posjedovanje kvaliteta validnosti i normativnosti već i performativnosti normativnih kvaliteta. Jednostavno, ideja prava je ostvarivanje određenih, prije svega poželjnih društvenih efekata.

5. DRUŠTVENE FUNKCIJE PRAVA

Društvene funkcije prava zavise od stepena pokoravanja pravi i njegove primjene: od efekata koje pravo ostvaruje u odnosu na ljudsko ponašanje, njihove odnose i sl. (Raz 1973, 285). Razlikovanje među različitim normativnim funkcijama prava relativno je jednostavan zadatak i one su usko povezane sa osnovnim tipovima pravnih normi (Raz 1973,

287). No, kada je riječ o društvenim funkcijama, mnogo je teže utvrditi klasifikaciju kojom bi bile obuhvaćene sve društvene funkcije koje pravo vrši (Raz 1973, 287). Mnogo je teže tvrditi da svi pravni sistemi nužno vrše određene ili sve društvene funkcije u bilo kojem obliku (Raz 1973, 287), odnosno veoma je teško uspostaviti čak i veoma uopštenu klasifikaciju koja bi bila više nego *ad hoc* sredstvo korisno za veoma ograničene svrhe (Raz 1973, 287). To zapravo znači da nije jednostavno utvrditi jednu klasifikaciju koja bi služila kao dobra osnova za pravnike, filozofe, sociologe i politologe da dalje istražuju pravo (Raz 1973, 287).

Posebna opasnost koja prati bilo koju analizu društvenih funkcija prava odnosi se na mogućnost da one budu povezane sa određenim moralnim ili političkim principima, koji posljedično nemaju nikakve posebne koristi za osobe koje ih u cijelosti i ekskluzivno ne prihvataju (Raz 1973, 278–288). No, ta potencijalna opasnost je posljedica posmatranja društvenih funkcija prava kroz prizmu nužnih elemenata prava, što je pogrešan pristup. Prema mom mišljenju, ta opasnost se lako može izbjeći. Pitanje da li pravo vrši neke društvene funkcije ne mora nužno biti povezano sa moralnim ili političkim principima. Oni se ipak posmatraju kao idealni dio prava u njegovoj dualnoj prirodi, dok je pitanje njegovih društvenih funkcija njegov realni element. U procesu sociološkopravne analize, pitanje da li pravo i na koji način vrši određene društvene funkcije dio je empirijske analize, a ne nužno dio političke filozofije ili normativne analize. Pravo u obavljanju svojih društvenih funkcija može ispunjavati neke od moralnih, pravnih ili političkih principa. Konačno, društvena funkcija prava može biti da služi nekom moralnom ili pravnom principu. Osiguravanje mira, sigurnosti, jednakosti, društvenih potreba pojedinaca i slično može biti shvaćeno kao idejni element prava te da pravo *treba* da ih ostvaruje kroz svoju društvenu funkciju (idejni element). Isto tako, ostvarivanje, na primjer, sigurnosti građana/ki može biti shvaćeno i kao specifičan način na koji pravo ostvaruje i vrši svoju društvenu funkciju (realni element). Konkretnije, društvena funkcija prava može biti i osiguravanje sigurnosti građana i građanki u jednom pravnom i društvenom kontekstu. Ovdje se javlja pitanje načina posmatranja i primijenjene metodologije: onoga što pravo „treba“ da vrši (idejni element) i onoga što pravo „vrši“ (realni element).

Dalje, smatra Raz, jedino se mogu indicirati najopštije i veoma široko postavljene kategorije društvenih funkcija prava (Raz 1973, 289). Svakoj pravnoj normi moguće je pripisati jednu normativnu funkciju kojom se objašnjava njen normativni karakter (Raz 1973, 289). No, nije moguće pripisati jednu distinktnu društvenu funkciju svakom zakonu ili pravnoj normi (Raz 1973, 289). Društvene funkcije se karakteristično vrše putem pravnih ustanova koje se utvrđuju i koje su regulisane u različitim pravnim izvorima (Raz 1973, 289). Često se ispituju društvene funkcije

bankarskog sistema, braka, vlasništva i sl. (Raz 173, 289). Jedna te ista pravna ustanova, a nekada i jedan zakon, mogu vršiti nekoliko društvenih funkcija (Raz 1973, 289).

Društvene funkcije prava mogu biti podijeljene na direktne i indirektne (Raz 1973, 289). Direktne funkcije prava su one koje se ostvaruju pokoravanjem i primjenom prava (Raz 1973, 289). Indirektne funkcije su one koje se ostvaruju putem odnosa, osjećaja, mišljenja i oblika ponašanja, koje se ne odnose na pokoravanje pravu ili njegovoj primjeni, no koje rezultiraju iz znanja o njegovom postojanju, pokoravanju ili primjeni (Raz 1973, 289). Indirektne funkcije uobičajeno rezultiraju ne samo u činjenici postojanja prava i njegove primjene, već i u njegovoj interakciji sa drugim faktorima kao što su: odnos pojedinaca prema pravu ili postojanje drugih društvenih normi i institucija u konkretnom društvenom kontekstu (Raz 1973, 290). Kao primjere primarnih društvenih funkcija Raz navodi sljedeće: (1) sprečavanje nepoželjnog i osiguravanje poželjnog ponašanja; (2) osiguravanje okvira rukovođenja privatnopravnim odnosima među pojedincima/kama; (3) osiguravanje usluga i redistribucija dobara; (4) rješavanje pravnih sporova (Raz 1973, 290–294).

Sekundarne društvene funkcije odnose se na operacionalizovanost pravnog sistema (Raz 1973, 297). Odnose se na sam pravni sistem i njegovo funkcionisanje. One osiguravaju njegovu prilagodljivost, njegovu pravnu efikasnost te glatko i neprekinuto djelovanje (Raz 1973, 297). Pravo reguliše svoje vlastito stvaranje ustanovljavanjem organa i pravnih procedura (Raz 1973, 297). To podrazumijeva konstituisanje tijela kao što su parlament, lokalne vlasti, upravna legislacija, običaja, prava koje kreiraju sudovi, regulacije nezavisnih javnih tijela (Raz 1973, 297). Od tih tijela, sudovi zauzimaju ključnu poziciju u svim pravnim sistemima (Raz 1973, 297). Njihova primarna funkcija je da rješavaju sporove (Raz 1973, 297–298). Oni vrše dvije sekundarne funkcije: (1) primjenu prava i (2) stvaranje prava (Raz 1973, 298). Oni vrše veoma važne i indirektne funkcije (Raz 1973, 298). Oni su često u javnosti direktno povezani sa idejom prava i vladavinom prava, te igraju vitalnu ulogu u promociji prava i vrijednosti koje ono podržava (Raz 1973, 298).

Osim direktnih, koje se prema Razu dalje mogu klasifikovati na primarne i sekundarne, pravo vrši i svoje indirektne društvene funkcije. Indirektni društveni efekti prava skoro uvijek ovise o njegovom uspjehu kod nepravničkih aktera, a posebno generalnog odnosa prema pravu i njegove interakcije sa društvenim ustanovama i normama (Raz 1973, 299). Neke od tih funkcija vrše određene pravne institucije, a druge sama činjenica postojanja pravnog sistema (Raz 1973, 299). Indirektne društvene funkcije prava su mnogobrojne i variraju u neograničenom broju i svojoj prirodi, značaju i dometu (Raz 1973, 299). To mogu biti jačanje ili slabljenje poštovanja određenih moralnih vrijednosti, jačanje ili slabljenje

poštovanja autoriteta vlasti, uticaj na osjećaj nacionalnog jedinstva itd. (Raz 1973, 299). Treba biti jasno da indirektni društveni efekti prava nisu nebitni nusproizvodi prava: oni obavljaju njegovu esencijalnu funkciju (Raz 1973, 299). Pravnici i pravni teoretičari malo su se zanimali za indirektnu društvenu funkciju prava (Raz 1973, 299). Od velikog je značaja za politologe i sociologe, no, fenomen koji je teško uhvatljiv za kvantifikaciju (Raz 1973, 299). Konačno, nema sumnje da će naše razumijevanje prava ostati oskudno i parcijalno dok društvene nauke ne uspiju u potpunijoj analizi i pristupu problemu indirektnih funkcija prava (Raz 1973, 299).

6. OD DRUŠTVENIH FUNKCIJA DO DRUŠTVENIH EFEKATA PRAVA

Denis Galligan u svom radu u određenju mogućih društvenih funkcija prava polazi od Hartove analitičke jurisprudencije i Razove klasifikacije normativnih i društvenih funkcija, nastavlja inspirisan radom drugih oblasti društvenih nauka kako bi analizirao koja je to društvena vrijednost prava i koje ciljeve ono ostvaruje u društvu (Galligan 2010, 193). Ako postoje pravo i pravne norme, čemu one služe? Ukoliko se društveni ciljevi ostvaruju u različitim drugim oblicima (obostrano povjerenje, kooperacija, davanje pozitivnih podsticaja), nije potpuno jasno kada i zašto su zakoni koje je donijela država efikasniji od drugih sredstava (Galligan 2010, 193). Ako je saradnja među ljudima jedan od društvenih ciljeva, postoje i drugi načini osim prava da bi se ona postigla. Ukoliko je ideja da se društveni cilj treba ostvariti kroz pravila, onda se društvena pravila koja nastaju u društvu spontano pokazuju mnogo boljim načinom nego pravna pravila, odnosno norme koje dolaze izvana (Galligan 2010, 193). Iako pojedinci/ke i zajednice imaju različite načine na koje postižu svoje društvene ciljeve, u porastu je korištenje prava kao načina osiguravanja i ostvarivanja interesa (Galligan 2010, 193). Pravo postoji ne samo zarad uspostavljanja i održavanja modernog pravnog poretka, nego bolje osigurava i čini efektivnijim odnose i dogovore koji bi postojali i bez prava i omogućava društvu da postiže ciljeve koje drugačije ne bi bilo lako postići, kao što su osiguravanje bolje i zdravije životne okoline, unapređenje ljudskih prava i sl. (Galligan 2010, 194). Denis Galligan se u svom radu koncentriše na dva pitanja: (1) koje su to funkcije koje pravo vrši u društvu, odnosno koje društvene efekte postiže i (2) kako pravo doprinosi društvenim dobrima (Galligan 2010, 194).

Iako se u pravnoj teoriji društvenim funkcijama posvećuje malo pažnje, ne znači da se nisu izražavali različiti pogledi o tome šta pravo vrši u društvu, i to: (1) kontrola prisile; (2) jedan od načina primjene sile; (3) podređivanje ljudskog ponašanja pravnim pravilima; (4) koordinacija

društvenih aktivnosti; (5) integracija društva; (6) rješavanje sporova i tome slično (Galligan 2010, 195). U tradiciji političke i društvene teorije, funkcije prava su bile od centralnog značaja (Galligan 2010, 195). U paralelnom diskursu pravne i političke teorije Hobsa, Humea, Bentama i Harta, pravo se smatra nužnim za održavanje društvenog poretka (Galligan 2010, 195).

No, na konkretnijem nivou posmatranja nužnim se pokazuje koncept koordinacije kao način upravljanja i kontrole putem prava, odnosno ostvarivanja određenih društvenih efekata (Galligan 2010, 196). U modernim pravnima porecima, postizanje pozitivnih društvenih ciljeva nije moguće ostvariti samo putem koordinacije, već su za uklanjanje diskriminacije, zaštite ljudskih prava, osiguravanje socijalne zaštite stanovništva potrebna usmjerenja, regulacije i ograničavanja na strani privatnopravnih lica, ali i javne vlasti (Galligan 2010, 196). Da bi se društvena dobra ostvarila kroz pravo, nužnim se čini postojanje institucija, državnih službenika te primjena prisile (Galligan 2010, 196).

U identifikovanju društvenih funkcija koje pravo vrši, kada govorimo i o sociološkopravnom diskursu, nije potrebno ići dalje od Hartovog *Koncepta prava* (1994). Tako i Galligan u svojoj analizi polazi od sljedećih funkcija koje pravo vrši u društvu: (1) pravna pravila usmjeravaju ljudsko ponašanje; (2) pravna pravila služe ispunjavanju dva distinktivna cilja, a to su namećanje obaveza i davanje ovlaštenja; (3) pravna pravila služe ostvarivanju *supstantivnih* ciljeva, kao što su sprečavanje nasilja, distribucija i zaštita vlasništva, održavanje ugovora, alokacija vlasti, te kažnjavanje počinitelja i, konačno, (4) pravo, kao sistem, služi za osiguravanje opstanka društva (Galligan 2010, 199). U odnosu na prvi kriterij (1) i drugi kriterij (2), Galligan pravilno primjećuje da tvrditi da pravna pravila usmjeravaju odnose znači razlikovati normativne ili logičke kvalitete pravnog pravila u odnosu na društveni kontekst na koji se primjenjuje (Galligan 2010, 199). Odnosno, ta tvrdnja nam ništa ne govori o tome kako ona djeluje u društvu jer se kreće od pretpostavke o nekim nužnim kvalitetima pravnog pravila (Galligan 2010, 199). Slično, Hartova podjela primarnih pravnih pravila na ona koja daju ovlaštenja i na ona koja nameću obavezu normativnog je kvaliteta, te drugi faktori utiču na to kako će ona biti primijenjena u društvenom kontekstu (Galligan 2010, 200). Na sličan način kritikuje i funkciju prava u ispunjavanju *supstantivnih* društvenih ciljeva, vodeći se i Razovom analizom i klasifikacijom (Galligan 2010, 200–201). Razova analiza direktnih funkcija polazi od analize prava i ne govori nam ništa o njegovim društvenim efektima (Galligan 2010, 200). Neke indirektno funkcije mogu biti predviđene i usmjerene pravom, druge ne (Galligan 2010, 200). No, ne znači da će one funkcije koje su predviđene pravom biti i postignute u društvenom kontekstu, dok faktička dejstva prava mogu biti iznenađenja koja nisu ni namjeravana ni predviđena

(Galligan 2010, 201). Tako, na primjer, porodično pravo koje predviđa lakšu proceduru razvoda braka može uticati na veći stepen razvoda, dok otežane procedure mogu uticati na održavanje brakova (Galligan 2010, 201). Iz jezika prava kojim su izražene direktne i indirektno funkcije prava može biti jasno koje su to njegove funkcije – neke zavise od onoga ko stvara pravo, neke od onoga koji primjenjuje pravo (Galligan 2010, 201). No, ta tvrdnja je analitička. Svaka primjena prava podrazumijeva i tumačenje, te od vrste metode tumačenja prava ovisi hoće li i na koji način će neki društveni interes biti uključen: (1) objektivni metod koji podrazumijeva uvođenje principa društvenog interesa (cilja norme), dok drugi, (2) subjektivni, podrazumijeva ograničavanje na pravo i jezik prava (Galligan 2010, 201). Konkretnije, jezička pravna analiza zadržava se u sferi prava, dok ciljno uključuje i širi društveni kontekst i društveni značaj koji će se proizvesti odlukom suda (Galligan 2010, 202).

Galligan smatra da je korisno imati neki oblik klasifikacije utvrđene u Razovoj analizi, no pogrešno je njihovo vještačko odvajanje jer su one međusobno povezane, te njihova pretpostavljena direktna funkcija može biti indirektna i *vice versa* (Galligan 2010, 201). Ili drugačije, isti zakoni mogu imati različite društvene efekte u odnosu na različite društvene kontekste (Galligan 2010, 202). Galliganovi stavovi su podržani različitim empirijskim istraživanjima, kao, na primjer, prava država Centralne i Istočne Evrope koje su nakon pada komunizma izvršile reformu upravnog sistema a da se pri tome nisu desile neke supstancijalne promjene; studije Roberta Eliksona o regulaciji međusobnih odnosa rančera primjenom drugih društvenih normi u odnosu na pravo u okrugu Šasta (Kalifornija) i tako dalje (Galligan 2010, 205–207). I konačno, (4) pitanje da li se pravom nužno održava društvo može biti istinito, ali se ne može provjeriti: oni koji tvrde tako nešto polaze od konvencionalnog iskustva bez dokaza i činjenica (Galligan 2010, 209). U tom smislu, Galligan predlaže da se fokusiramo na pitanja na koja se može dati odgovor (Galligan 2010, 209). Naime, koja su to društvena dobra nužna za jedan podnošljiv društveni život i kako ih postići (Galligan 2010, 209)? Neki su već navedeni, no da se podsjetimo: sigurnost osoba i vlasništva, predvidljivost i reguliranost društvenih odnosa, rješavanje sporova, zaštita prava, socijalna zaštita, zaštita zdrave okoline, ograničavanje vlasti i sl. (Galligan 2010, 209). Kada se pitanje društvenih funkcija prava postavi u okvire postizanja konkretnih društvenih dobara i interesa a izostave opšti stavovi o društvenom poretku, solidarnosti ili opstanku društva, postaje lakše vidjeti na koji način pravo utiče na njihovo ostvarivanje (Galligan 2010, 210). U tom smislu, treba napustiti jezik funkcionalizma i zamijeniti ga čistim instrumentalizmom (Galligan 2010, 210). Na taj način fokus našeg interesovanja postaju pravna pravila, institucije i procesi kao instrumenti ostvarivanja društvenih dobara (Galligan 2010, 210). Ne pitajući koliko je značajno da se ugovori pravno zaštite u svrhu očuvanja društvenog

poretka, treba da se pitamo šta je potrebno da bi se oni osigurali ili da pretpostavimo da su oni značajno društveno dobro i analiziramo načine njihovog pravnog osiguravanja; kako da se zaštitimo od nasilja ili učinimo pravo slobode govora efektivnijim (Galligan 2010, 210).

7. KA NEESENCIJALISTIČKOM RAZUMIJEVANJU PRIRODE PRAVA

Prema shvatanjima Brian Tamanaha (2001, 149), pravo je društvena tvorevina kojoj nedostaju inherentno nužne kvalitete. Suprotnog stava su esencijalisti koji smatraju da pravo upravo posjeduje određene nužne karakteristike (Tamanaha 2001, 149). Kako naglašava i Brian Bih, nije najbolje govoriti o biti i prirodi ljudskih artefakata i društvenih ustanova (Tamanaha 2001, 150). Nije problem samo u činjenici da je društvene fenomene teško ograničiti već postoji veliki broj varijacija u njihovim obilježjima, te konačno činjenici da se društvene prakse mijenjaju (Tamanaha 2001, 150). Sociološkopravni pozitivizam, kojeg predlaže Tamanaha, prepoznaje da je pravo ljudska i društvena tvorevina, te na konvencionalistički način identifikuje šta je pravo (Tamanaha 2001, 151). Prema tom stavu, pravo je više od jednog fenomena, nego jedinstven standard putem kojeg se evaluira ponašanje ljudskih bića (Tamanaha 2001, 152). Slično, sociološkopravni pozitivizam prihvata da postoje različite vrste ili tipovi prava sa svojim karakterističnim elementima (Tamanaha 2001, 152). Također, taj pravac prepoznaje da svaki od tih tipova prava (na primjer, religijsko pravo ili transnacionalno pravo) realno postoji u društvenom kontekstu, te postoji potreba da se oni istraže (Tamanaha 2001, 152). Prema pogledu sociološkopravnog pozitivizma, pravni sistem postoji ukoliko postoji sklop pravnih aktera (koji su konvencionalno identifikovani kao takvi) koji koordinišu svoju djelatnost kako bi djelovali u odnosu na norme (Tamanaha 2001, 154). Sociološkopravni pozitivizam ostaje vjeran Hartovom konvencionalizmu i njegovom fokusu na društvene prakse, no u širem obimu nego što je njegov jer uklanja esencijalne i funkcionalističke elemente njegovog pristupa (Tamanaha 2001, 155), odnosno eliminiše njegov stav da stanovništvo generalno mora poštovati primarna pravna pravila, eliminiše zahtjev da državni službenici prihvataju sekundarna pravna pravila (Tamanaha 2001, 155). Taj pristup ne uvodi nijednu pretpostavku o funkcionalnim efektima prava i ne tvrdi da postoje bilo koji normativni efekti koje bi pravo nužno posjedovalo (Tamanaha 2001, 155). Takođe, on mijenja Hartov opis koncepta prava kao apstrakcije nužnih elemenata prava države kao okvira za koncepciju prava uopšte (Tamanaha 2001, 155). Drugi oblici prava ne uključuju nužno institucije te se oni posljedično ne kvalifikuju kao „sistemi“ (Tamanaha 2001,155). Konačno, elementi koji se utvrđuju u procesu apstrakcije

samo su njihova obilježja koja su po svojoj prirodi promjenjiva; mogu postojati njihove varijacije u okviru datog tipa prava, ali oni nikako nisu i njegovi esencijalni elementi (Tamanaha 2001, 155). Velika je prednost tog pristupa jer pretpostavlja veoma malo o pravu ostavljajući ga otvorenim za konvencionalnu identifikaciju i posljedično konceptualnu analizu i empirijske studije (Tamanaha 2001, 156).

8. ZAKLJUČAK

Koliko god pravni filozofi govorili o funkcijama prava, teško da se to pitanje odvojilo od idejnog elementa i analitičkog stava. Konceptualne klasifikacije imaju malo značaja jer pravo može, ali i ne mora, da vrši pretpostavljene funkcije. Konceptualna analiza normativnih i društvenih funkcija prava može biti korisna iz tri razloga: (1) zbog identifikacije idealnih elemenata prava; (2) zbog korištenja ideje zaštite nekog društvenog interesa u procesu stvaranja, promjene i primjene prava i (3) zbog primjene ideje nekog društvenog interesa u procesu ciljnog tumačenja prava. Osim toga, konceptualna analiza ne ide dalje u svom istraživačkom interesu, a nije ni u mogućnosti da dâ više odgovora.

Sociološkopravni pristup daje nam korisne korake za daljnju analizu i istraživanje, i to na sljedeće načine: (1) pomjeranjem fokusa sa analize funkcija prava ka društvenim efektima koje pravo proizvodi u društvenom kontekstu; (2) spuštanjem analize od opštih stavova o održavanju društvenog poretka, očuvanja društva ili društvene solidarnosti ka analizi društvenih efekata određenih društvenih ustanova ili grana prava: npr. na primjer, efekta materijalnopravnih pretpostavki i postupka izdavanja građevinskih dozvola na stepen nelegalne gradnje i sl.; (3) konačno, ako prihvatimo da pravo jeste društvena tvorevina i da kao takvo ne može posjedovati nužne elemente, onda posljedično treba odbaciti ideju o nužnim funkcionalnim elementima kao nepotrebnoj predrasudi koja nas vodi u pogrešne analize i zaključke. Neesencijalistički pristup Tamanahovog tipa nije nikakva posebna metodologija, on ne daje okvire u kojima pravo treba istraživati već jedno metodološko otrježnjenje da odbacimo apriorne stavove i nužne elemente u društvenim fenomenima koji po svojoj prirodi nemaju esencijalne elemente.

LITERATURA (REFERENCES)

Deflem, Mathieu. 2013. The legal theory of Jürgen Habermas. 70–95. *Law and social theory*, ed. Reza Banakar, Max Travers. Oxford, UK: Hart Publishing.

- Faso, Gvido. 2007. *Istorija filozofije prava*. Podgorica: CID (Faso, Gvido. 2007. *Istorija filozofije prava*. Podgorica: CID.)
- Galligan, Denis. 2010. *Law in modern society*. Oxford: Oxford University Press.
- Galligan, Denis. 2015. Concepts the currency of social understanding of law: A review essay on the later work of William Twining. *Oxford Journal of Legal Studies* 15: 2, 373–401.
- Habermas, J. [1992] 1996. *Between facts and norms. Contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: The MIT Press.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus. 1994. Postscript. 238–275. *The concept of law*, ed. Penelope A. Bulloch, Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press.
- Kelsen, Hans. 1961. *General theory of law and state*. New York: Russell & Russell.
- Pound, Roscoe. 1922. *An introduction to the philosophy of law*. New Haven: Yale University Press.
- Pound, Roscoe. 1968. *Social control through law*. Hamden: Archon Books.
- Pound, Roscoe. 1912. The scope and purpose of sociological jurisprudence. *Harvard Law Review* 25: 6, 1–28.
- Raz, Joseph. 1973. On the functions of law. 278–304. *Oxford Essays in Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press.
- Spaak, Torben. 2019. Robert Alexy and the Dual Nature of Law. SSRN. <https://ssrn.com/abstract=3348272>, last visited July 7, 2019.
- Tamanaha, Brian Z. 2001. *A general jurisprudence of law and society*. Oxford: Oxford University Press.

Damir Banović, PhD

Assistant Professor

University of Sarajevo School of Law

ANALYTICAL AND SOCIO-LEGAL APPROACH TO THE STUDY OF NORMATIVE AND SOCIAL FUNCTIONS OF LAW

Summary

The paper outlines positions of analytical jurisprudence regarding the possible functions of law – whether they are determined as normative or social. Also, it offers an approach of a version of socio-legal theory to the social effects of law, as well as criticism of the analytical approach as unjustified and overly intuitive. Each analysis of law as a phenomenon starts from the analysis of the nature of law and, consequentially, from its functions, i.e. the introduction of the idea of dual nature of law, with the ideal and realistic elements, which leads to a different reflexive methodology that will shed light upon both elements. In the end, the paper offers a review of possible methodological improvements that would allow for empirically verifiable, instead of a priori, articulation of positions on possible functions of law and therefore improve theoretical legal analyses.

Key words: *Normative and social functions. – Dual nature of law. – Socio-legal positivism.*

Article history:

Received: 31. 7. 2019.

Accepted: 3. 9. 2019.

UDK 342.722:347.962.6; 340.142:341.645(4)

CERIF: S115, S155

DOI: 10.5937/AnalipFB1903166D

Dr Goran Dajović*

Dr Bojan Spaić**

DOKTRINA „ČETVIRTE INSTANCE“ I PRAVO NA OBRAZLOŽENU PRESUDU U PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA***

Pravo na obrazloženu presudu koje je Evropski sud za ljudska prava stvorio u sopstvenoj praksi, zasnivajući ga na pravu na pravično suđenje, u nekim slučajevima služi strazburškom Sudu da se upusti u instanciono odlučivanje povodom predstavki u vezi s članom 6 Konvencije. To pitanje je i praktično i teorijski relevantno jer taj Sud, u skladu s doktrinom „četrte instance“ po pravilu ne postupa kao instancioni sud. U analizi nekoliko temeljnih slučajeva, autori u članku pokazuju pod kojim uslovima i na koji način se Sud u Strazburu upušta u meritorno rešavanje sporova između građana i država članica. Zaključak je da nije reč o tome da ESLJP, kada utvrđuje da li je došlo do povrede prava na obrazloženu presudu, slučajno ili nesmotreno odstupa od doktrine „četrte instance“ već o tome da je u nizu presuda ESLJP samo pravo na obrazloženu presudu formulisao tako da ono po sebi odstupa od te doktrine.

Ključne reči: *Evropski sud za ljudska prava. – Doktrina četvrte instance. – Pravo na pravično suđenje. – Pravo na obrazloženu presudu.*

* Autor je vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, gorand@ius.bg.ac.rs.

** Autor je docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, bojan.spaic@ius.bg.ac.rs.

*** Zahvaljujemo se učesnicima i učesnicama Konferencije *Work in progress* koja je održana na Filozofskom fakultetu Univerziteta u Beogradu 30. maja 2019. godine, u organizaciji srpske sekcije IVR., Miodragu Jovanoviću, Đorđu Pavićeviću, Violeti Beširević i drugima na korisnim kritikama prvog nacrtu ovog teksta. Posebna zahvalnost ide Duški Franeti, koja je tom prilikom dala opsežan i podsticajan uvodni komentar teksta.

1. UVODNA NAPOMENA

Tema ovog članka je kako je jedno konkretno pravo – pravo na obrazloženu presudu¹ – zasnovano na Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu Konvencija), postalo „medijum“ posredstvom kojeg Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu ESLJP ili Sud) ponekad u pojedinačnim sporovima deluje kao klasičan nacionalni sud, to jest suprotno dobro poznatom međunarodnopravnom i konvencijskom načelu supsidijarnosti i na njemu zasnovanom načelu „četvrtе instance“. To znači da je pravo na obrazloženu presudu koje je ESLJP stvorio u sopstvenoj praksi, zasnivajući ga na članu 6, stav 1 Konvencije – „pravo na pravično suđenje“ – praktično „proširilo“ nadležnost Suda i na *meritorno* ocenjivanje nacionalnih presuda, što uobičajeno nije nadležnost međunarodnih tribunala.

Pitanje meritornog ocenjivanja nacionalnih presuda od ESLJP višestruko je praktično i teorijski relevantno. S praktične strane, važno je za građane država članica Konvencije, budući da se, barem u domaćoj javnosti, često zastupa stav da se mora „ići do Strazbura“ kada domaće pravosuđe ne štiti na adekvatan način prava i slobode građana, bez previše svesti o tome da strazburški Sud (uobičajeno) nije instancioni sud. Ono je, takođe, veoma važno i za države članice jer se njihov nacionalni suverenitet nesumnjivo ugrožava ukoliko jedan međunarodni pravosudni organ u sporovima između građana i države postupa kao instancioni sud. Najzad, ono je (i praktično i teorijski) važno za sam Sud u Strazburu, budući da doktrina „četvrtе instance“ služi kao legitimacijski temelj njegovih odluka, ali i da ga štiti od proliferacije predstavki (koja i onako

¹ Pre nekoliko godina, autori ovog članka su, u okviru IPA projekta pod nazivom „Initiative for Open Judiciary“, napisali priručnik *Pravo na obrazloženu presudu: praksa Evropskog suda za ljudska prava* (Bojan Spaić, Goran Dajović 2016). Nosilac tog projekta je Centar za demokratsku tranziciju iz Podgorice, a među više partnerskih organizacija koje su se uključile u projekat je i Srpsko udruženje za pravnu i socijalnu filozofiju (srpska sekcija IVR). Autori članka su bili angažovani na projektu upravo kao članovi tog udruženja. Nakon što se priručnik pojavio, nekoliko institucija i organizacija u Crnoj Gori organizovalo je, nezavisno od projekta, više seminara i obuka na istu ili sličnu temu, za sudije crnogorskih sudova i druge kadrove u pravosuđu. Jedan od autora je na tim seminarima bio predavač, zajedno s kolegama, sudijama iz Crne Gore i Srbije. („Pravo na obrazloženu presudu u praksi ESLJP“ /Organizatori „Centar za demokratsku tranziciju“ i „Centar za obuku u sudstvu i državnom tužilaštvu Crne Gore“, 30.11–1.12.2017, Podgorica/; „Pravo na obrazloženu presudu u praksi ESLJP“ /Organizator „Misija Saveta Evrope u Crnoj Gori“, 5–6. jun 2018, Kolašin/, „Pravo na obrazloženu presudu u smislu člana 6 EKLJP – krivični aspekt“ /Organizator „Centar za obuku u sudstvu i državnom tužilaštvu Crne Gore“, 7–8. mart 2019, Podgorica). Ovaj članak je nastao kao plod sinteze ta dva iskustva: s jedne strane, iskustva na pisanju akademskog rada iz oblasti o kojoj se do sada retko opširnije pisalo, pogotovo na našem jeziku, a s druge, iskustva predavanja i diskusija koje su, iz seminara u seminar, proširivale saznanja o temi i širila krug analiziranih presuda Evropskog suda za ljudska prava.

postoji) u kojima bi njihovi podnosioci zahtevali od Suda da ispituje supstantivnu ispravnost presuda nacionalnih sudova.

U nastavku teksta, najpre će biti reči o samom Sudu u Strazburu, njegovoj ulozi i značaju, te o osnovnim interpretativnim načelima kojima se ESLJP rukovodi kada odlučuje o predstavkama koje se pred njim pojavljuju. Te napomene su nužne kako bi se opisao širi kontekst u kojem Sud uvek presuđuje, bez kojeg se ne može ispravno razumeti ni način na koji ESLJP rešava o slučajevima u vezi s članom 6, stav 1. Upravo je detaljnijem tumačenju tog člana, i to njegovog prvog stava, posvećen prvi deo drugog odeljka jer se pravo na obrazloženu presudu izvodi iz njega, da bi se u drugom delu istog odeljka ukratko opisalo poreklo i značenje doktrine „četvrte instance“. Treći odeljak se tiče nastanka i značenja prava na obrazloženu presudu, kao jednog od onih prava koje Konvencija eksplicitno ne formuliše, ali se ono u praksi ESLJP priznaje, štiti i razrađuje. Time je najzad pripremljen teren za dva poslednja odeljka u članku, koja su posvećena analizi odnosa dva naslovna koncepta, a „napetost“ u tom odnosu se tematizuje u prikazu i analizi nekoliko stožernih slučajeva iz prakse ESLJP. U poslednjem delu teksta ponuđeno je nekoliko provizornih zaključaka o tim „napetostima“, ali i o načinu rada Suda u celini.

2. EVROPSKI SUD ZA LJUDSKA PRAVA – ČUVAR I KREATIVNI TUMAČ KONVENCIJE

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, koju je Savet Evrope usvojio 1950. godine, predstavlja svojevrsnu evropsku povelju o ljudskim pravima, kojom su zemlje potpisnice, samo dve godine nakon usvajanja Opšte deklaracije o ljudskim pravima Ujedinjenih nacija, prihvatile da tim pravima daju obavezujuću snagu, da ih štite i unapređuju. Ona je nastala kao izraz volje evropskih država da se, netom doživljene strahote Drugog svetskog rata, te masovnog i brutalnog gaženja osnovnih prava ljudi u tom ratu, nikada više ne ponove. Ideja tvoraca Konvencije je bila jednostavna i bez presedana: da se donošenjem jednog međunarodnog dokumenta kojim se jemče ljudska prava države onemogućće da masovno i uporno krše ljudska prava svojih građana pod okriljem državne suverenosti i pod izgovorom da je reč o njihovim unutrašnjim pitanjima.

Međutim, značaj Konvencije ne proizilazi samo iz njenog progresivnog sadržaja ili iz činjenice da je ona prvi panevropski dokument o zaštiti ljudskih prava. On se uistinu ogleda u tome što je Konvencijom ustanovljen delotvoran institucionalni mehanizam kontrole njene primene u državama koje su joj pristupile, a njih je trenutno četrdeset sedam, te u prihvatanju tih država da se potčine izvršenju obaveza sa kojima su se ratifikacijom Konvencije saglasile. A kada se govori o njenoj delotvor-

nosti i institucionalnom mehanizmu kontrole njene primene, pre svega se ima na umu da je Protokolom 11, kao *jedini organ* ovlašćen za tumačenje Konvencije i donošenje presuda protiv država ugovornica u slučaju da one krše prava i slobode koje Konvencija garantuje određen Evropski sud za ljudska prava. Uloga Suda je, prema tom Protokolu, ojačana činjenicom da se pojedincu garantuje pravo da podnese individualnu predstavku protiv države ugovornice za koju smatra da mu je prekršila neko pravo ili slobodu koju Konvencija garantuje i tako pred Sudom pokrene postupak protiv te države, bez obzira na to da li država želi da bude strana u postupku. „Prema tome, pojedinci sada uživaju na međunarodnom nivou istinsko pravo tužbe radi ostvarivanja prava i sloboda, na šta ih Konvencija direktno ovlašćuje.“ (*Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, 46827/99, 46951/99, par. 122).

Tokom višedecenijske prakse, Sud u Strazburu je uspeo da se nametne kao referentna međunarodna sudska institucija u oblasti zaštite ljudskih prava i sloboda, tako da je ESLJP danas najviši interpretativni autoritet za državu članicu Saveta Evrope i za preko 850 miliona stanovnika tih država u primeni odredaba Konvencije. S jedne strane, evolucionističkim² i teleološkim³ interpretativnim pristupom tekstu Konvencije Sud je razradio, a ponegde i proširio korpus ljudskih prava koja Konvencija u svom izvornom obliku štiti i garantuje. S druge strane, insistirajući na principu efektivnosti i delotvornosti⁴ odredaba Konvencije, uspeo je da izazove stvarne pro-

² U svojoj sudskoj praksi Sud u Strazburu primenjuje princip prema kojem Konvenciju treba tumačiti kao „živ dokument“ („living instrument“) ili, kako bismo u tradiciji naše pravne teorije to rekli, tumačiti je evolucionistički. Sud je taj princip prvi put izneo još 1978. godine u presudi *Turer v. United Kingdom* (5856/72), kada je naveo da je Konvencija „živi dokument koji... se mora tumačiti u svetlu današnjih uslova“ (par. 31). Tokom dalje primene tog načela, Sud u Strazburu je na neki način razradio tu ideju u nizu potonjih presuda, tako da se danas u teoriji iznosi stav da princip evolucionističkog tumačenja, onako kako ga Sud primenjuje, ima tri osnovne karakteristike. Prvo, prilikom tumačenja standarda i izraza iz Konvencije, Sud gotovo nikada ne ulazi u to šta su bile namere sastavljača Konvencije i kako su oni razumevali značenje tih standarda i izraza već ih tumači, kako je to rečeno u jednoj presudi (*Rantsev v. Cyprus and Russia*, 25965/04, par. 272–282), „u svetlu današnjih uslova“ (*in the light of present-day-conditions*). Drugo, kada je reč o „današnjim uslovima“, Sud pre svega ima na umu ono što su zajednički ili opšti standardi koje prihvataju zemlje ugovornice. I najzad, treće, Sud se, prilikom razmatranja šta su prihvatljivi standardi zaštite ljudskih prava, neće rukovoditi načinom na koji se ti standardi shvataju u državi koja je u sporu pred Sudom (više o tome Letsas 2012).

³ Teleološko tumačenje je uvek evolutivno, ali nije svako evolutivno i teleološko. To je slučaj kada se, recimo, pravni tekst tumači u skladu s današnjim, a ne izvornim shvatanjem značenja reči. Primera radi, osmim amandmanom Ustava SAD zabranjuje se propisivanje surovih ili neuobičajenih kazni. I dok je pre dvesta godina dekapitacija bila uobičajena, a recimo spaljivanje na lomači surovo, danas se i ova prva smatra takvom jer su se promenila shvatanja ljudi o značenju i razumevanju surovosti. Zahvaljujemo se anonimnom recenzentu koji nam je skrenuo pažnju da ovo pitanje treba dodatno razjasniti.

⁴ U Konvenciji se na više mesta načelo efektivnosti ili delotvornosti ističe kao bazični princip u zaštiti ljudskih prava i rešavanju sporova koji nastaju povodom kršenja

mene u zakonodavnoj i pravosudnoj praksi država ugovornica u oblasti zaštite ljudskih prava i sloboda, ali i da pojedincima pruži individualnu pravdu, to jest da onima kojima su povređena ljudska prava garantovana Konvencijom obezbedi zaštitu i pravičnu nadoknadu.

Ima li se na umu sve što je rečeno, ne iznenađuje to što se u literaturi često može naići na ocene sledećeg tipa: „Izgleda da postoji potpuna saglasnost u današnjoj Evropi da Evropska konvencija o ljudskim pravima... predstavlja jednu od najznačajnijih razvojnih tačaka u evropskoj pravnoj istoriji i ključni uspeh Saveta Evrope. Porast autoriteta Evropskog suda za ljudska prava se opisuje kao jedan od najupečatljivijih fenomena u istoriji međunarodnog prava, možda čak u istoriji prava uopšte“ (O’Boyle 2008, 1).

Međutim, kao što međunarodni poredak i njegove institucije danas prolaze kroz svakovrsne krize, tako se i ESLJP suočava s mnogim problemima i izazovima. I to ne samo danas. Uobičajena periodizacija koja se u teoriji prihvata (Christoffersen, Rask Madsen 2011, 3) razlikuje nekoliko faza u trajanju Suda od njegovog nastanka: u prvoj, Sud je bio oprezan i uzdržan u svojoj jurisprudenciji; druga počinje sredinom sedamdesetih i smatra se epohom sudskog aktivizma jer su u njoj oformljeni glavni interpretativni principi rada tribunala, o kojima smo upravo govorili; nakon pada berlinskog zida, počinje treća faza, u kojoj je nadležnost Suda proširena na nove članice Saveta Evrope; to proširenje, najzad, prema nekim mišljenjima, iziskuje reforme koje označavaju četvrtu i aktuelnu fazu, a koja treba da odgovori ogromnom povećanju broja predstavki i potrebi da se pilot-presudama rešavaju rekurentni problemi u zaštiti prava koje Konvencija jemči. Na mnoge izazove i pitanja i dalje se traže odgovori. Pomenućemo samo neke. Kako Sud da deluje u okruženju koje je daleko od uniformnosti ideja i praksi u ranoj fazi njegovog postojanja, kada su sve države članice bile privržene načelima vladavine prava i relativno ustaljenim i dobrim praksama zasnovanim na tim načelima? Treba li sud danas u takvom okruženju više da se bavi takozvanom konstitucionalnom pravdom? Šta je s individualnom pravdom, ako je ona supstantivno ugrožena u pojedinačnom slučaju, a takvih je slučajeva danas pred sudom više nego ikad ranije? Na kom temelju ESLJP može da zasnuje legitimnost svojih odluka, ako se upusti u rešavanje takvih slučajeva? I kako onda izaći na kraj s nabujalim prilivom novih predstavki, kojih i inače ima previše? Kako pomiriti efektivnost prava iz Konvencije i efikasnost u radu Suda? Jer u nekim slučajevima Sud ne može da zaštiti prava zajemčena

odredbi Konvencije. Već u samoj preambuli, u stavu tri, ističe se da Konvencija ima „za cilj da osigura opšte i delotvorno priznanje (effective recognition) i poštovanje prava proklamovanih u njoj“. Osim toga, u članu 13 Konvencije pominje se „delotvoran pravni lijek“ koji treba da bude na raspolaganju svima čija su ljudska prava prekršena, dok se članom 34 države ugovornice obavezuju da „ni na koji način ne ometaju efikasno vršenje“ prava svojih građana da podnose predstavke Sudu u Strazburu.

u Konvenciji (efektivnost) a da ne postupa kao kvaziapelacioni sud. Ali ako bi postao evropski apelacioni sud, ESLJP bi zbog ogromnog broja predmeta jednostavno stao (efikasnost).

Sve su to, dakle, pitanja i izazovi (i ne svakako jedini) pred kojima se ESLJP danas nalazi. Tema ovog priloga je tesno povezana s nekim od tih pitanja, čija će se oštrina i aktuelnost jasno prepoznati u analizi te teme. U svakom slučaju, ova je napomena bila neophodna da bi se bolje razumeo problem kojim ćemo se pozabaviti u daljem tekstu.

3. DOKTRINA „ČETVRTE INSTANCE“

Doktrina „četvrtne instance“ je jedan od interpretativnih principa kojem ESLJP često pribegava u svom radu, premda on nije izričito pomenut u Konvenciji već se izvodi iz opštijeg i značajnijeg eksplicitnog principa, načela supsidijarnosti.⁵

U najopštijem smislu, načelo supsidijarnosti bi se moglo definisati kao princip vertikalne podele vlasti između najmanje dva različita nivoa, na taj način da ti nivoi u istoj stvari dele nadležnost prema načelu efikasnosti. To znači da će radnje preduzete radi ostvarenja ciljeva zbog kojih je nadležnost uspostavljena preduzeti onaj nivo vlasti koji ih može efikasnije ostvariti. Po pravilu je reč o nižem nivou vlasti jer je on bliži građanima, ostvaruje neposredniji odnos s njima, te stoga uglavnom ima i veću legitimnost. Iz svih tih razloga, on je u boljoj poziciji da efikasnije proceni koje mere treba da preduzme i da te mere sprovede.

Već se u članu 1 Konvencije ističe da su upravo države ugovornice dužne da garantuju i štite prava i slobode ustanovljene Konvencijom u granicama svojih nadležnosti. To znači da su glavni mehanizmi zaštite tih prava nacionalni pravni poreci država ugovornica. U tom pravcu rezonuje i ESLJP kada u jednoj od svojih presuda konstatuje da je „mehanizam zaštite osnovnih prava ustanovljen Konvencijom supsidijaran prema nacionalnim sistemima zaštite ljudskih prava.“ (*Sisojeva and others v. Latvia*, 60654/00, par. 90).

Karakterističan „derivat“ načela supsidijarnosti je „polje slobodne procene“ („margin of appreciation“), prema kojem je državama ugovornica ostavljeno izvesno polje slobodne procene u ostvarivanju ljudskih prava i sloboda garantovanih Konvencijom, dakle diskrecione vlasti u po-

⁵ Protokolom 15, kojim se dopunjava Konvencija, načelo supsidijarnosti i polje slobodne procene uvedeni su u tekst preambule Konvencije: „Potvrđujući da Visoke strane ugovornice, u skladu sa načelom supsidijarnosti, snose glavnu odgovornost za obezbeđivanje prava i sloboda garantovanih Konvencijom i Protokolima uz nju, i da u tu svrhu uživaju polje slobodne procene koje je podvrgnuto kontrolnoj nadležnosti Evropskog suda za ljudska prava koji je osnovan ovom Konvencijom“ (Protokol 15, čl. 1).

gledu toga na koji će se način ta prava i slobode ostvarivati u konkretnim uslovima konkretne države. Najzad, „derivat“ načela supsidijarnosti je princip koji nije propisan Konvencijom, već je uspostavljen u praksi Suda – takozvani princip ili doktrina „četvrtre instance“. I dok polje slobodne procene Sud primenjuje prilikom tumačenja većine odredaba Konvencije (a naročito članova 8 do 11), dotle je, što je za temu ovog članka posebno značajno, doktrina „četvrtre instance“ relevantna skoro isključivo u vezi s primenom člana 6, to jest prava na pravično suđenje.⁶

Šta, u stvari, znači doktrina „četvrtre instance“? Taj princip se u međunarodnom pravu uopšte, obično formuliše na sledeći način: „Princip koji primenjuju kvazisudska i sudska tela koja se bave ljudskim pravima na osnovu kojeg utvrđuju prihvatljivost žalbe. Fraza se najčešće nalazi u iskazima sledeće vrste: ‘Ova komisija/sud neće zasedati kao sud četvrtre instance u pogledu nacionalnih pravnih odluka.’ To znači da međunarodni sud neće delovati kao apelacioni sud u pogledu ispravnosti presude koju je nacionalni sud doneo vodeći se nacionalnim pravom... Međunarodni sud neće revidirati presude koje su doneli nacionalni sudovi osim ako smatra da je njima izvršena povreda međunarodnog prava ljudskih prava“ (Condé 2004, 91).

Sud u mnogim svojim odlukama ističe da njegova uloga nije da odlučuje u svojstvu apelacionog suda, dakle, u svojstvu suda treće ili četvrtre instance i da ispituje da li su presude nacionalnih sudova donete u skladu s odgovarajućim nacionalnim pravom. U tom smislu, za razliku od klasičnog instancionog suda u jednom pravosudnom sistemu, ESLJP se ne bavi, primera radi, time da li su dokazi u postupku prikupljeni u skladu s domaćim pravom, da li je nacionalni sud te dokaze ispravno ocenio, da li je sud ispravno protumačio odgovarajuće domaće propise, to jest ispravno rešio pravna pitanja i najposle, da li je presuda koja je doneta u skladu sa zakonom.

Ili kako je to ESLJP lapidarno sumirao u jednoj od ključnih⁷ presuda: „U skladu s članom 19 Konvencije, dužnost Suda je da osigura izvršavanje obaveza koje su potpisivanjem Konvencije države ugovornice prihvatile. Naročito, funkcija Suda nije da se bavi pogrešnim odgovorima na faktička ili pravna pitanja koje eventualno daje nacionalni sud u nekom postupku, *osim ukoliko time nisu povređena prava i slobode koje Konvencija garantuje*“ (*Schenk v. Switzerland*, 10862/84, par. 45, podv. aut.). A u jednoj drugoj presudi, Sud dalje precizira da njegov zadatak nije da procenjuje činjenice koje su navele nacionalni sud da odluči na jedan a ne na drugi način, da iznova utvrđuje činjenice i okolnosti predmeta i da preispituje navodno kršenje domaćeg zakonodavstva (*Bernard*

⁶ Uporediti Dahlberg (Dahlberg 2014, 80): ‘...It is not its task to act as a court of fourth instance’.

⁷ Ključnih, kada je reč o pravu na obrazloženu presudu.

v. *France*, 159/96, par. 37–41) niti da sudi o prihvatljivosti dokaza (*Sc-henk*, par. 45–49).

Instanciona nadležnost je usko shvaćena u doktrini „četvrte instance“. Ona se ovde shvata u smislu *načina* na koji sud odlučuje, a ne i u smislu efekata njegovih odluka. Drugim rečima, čak i kada prekorači prag „četvrte instance“, ESLJP nikad meritorno ne rešava sporove, ne ukida niti preinačuje odluke nacionalnih sudova, ocenjujući ih kao neispravne,⁸ već se samo upušta u analizu i ocenu rešenja faktičkih i pravnih pitanja od nacionalnih sudova.

Najzad, treba istaći da se u literaturi naglašava kako doktrina „četvrte instance“, kao i dva pomenuta i njoj srodna principa, princip supsidijarnosti i polje slobodne procene, predstavljaju samo različite aspekte jednog istog principa – principa nacionalne suverenosti. Strazburški sud, kao međunarodni tribunal, svoju legitimnost poglavito crpi iz sistema Konvencije, koji je nastao i zasniva se na dobrovoljnom pristanku suverenih država, članica Saveta Evrope. Ako u svetlu tih činjenica posmatramo doktrinu „četvrte instance“ (i njoj srodne principe) jasno je da je ona u skladu s tim osnovom legitimnosti Suda. U tom smislu, formalistički pristup presudama nacionalnih sudova, ideja da ESLJP proverava samo proceduralne korake koje su domaći sudovi preduzimali, ne zalazeći u supstancijalna faktička i pravna pitanja, obezbeđuje neophodnu legitimnost Sudu i njegovim odlukama.⁹

4. PRAVO NA OBRAZLOŽENU PRESUDU IZ ČLANA 6 KONVENCIJE¹⁰

4.1. Uopšte o pravu na pravično suđenje iz člana 6 Konvencije

Pravo na pravično suđenje (*right to a fair trial*) univerzalno je ljudsko pravo. U međunarodnim konvencijama i sporazumima koji se tiču zaštite ljudskih prava, ono je nerazdvojno povezano s osnovnim načelima tih konvencija koja proklamuju demokratiju i vladavinu prava kao temeljne vrednosti na kojima se ti dokumenti zasnivaju.¹¹ Utoliko je značaj tog prava veći, a njegovo pominjanje u teoriji i primena u praksi tako česti.

Pravo na pravično suđenje u Evropskoj konvenciji se uređuje članom 6. Konkretno, taj član jemči procesna prava stranaka u parničnom

⁸ Istina, u pogledu ovog poslednjeg, sve češće se pojavljuju izuzeci. O nekim od njih će biti reči u 4. odeljku.

⁹ Uporediti Dahlberg (Dahlberg 2014, 83).

¹⁰ Ovaj odeljak je zasnovan na Spaić, Dajović (2016, 27–43).

¹¹ Uporediti, na primer, član 10 Opšte deklaracije o ljudskim pravima UN, član 14 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, član 8 Američke konvencije o ljudskim pravima, član 6 Evropske konvencije itd.

postupku (član 6, stav 1) i prava optuženog u krivičnom postupku (član 6, st. 1, 2 i 3). Prema tome, dok drugi i treći stav člana 6 sadrže odredbe koje postavljaju minimalne standarde prava lica koja su optužena u krivičnom postupku, dotle se stav 1 jednako primenjuje i na građanske i na krivične postupke. Tekst tog ključnog stava glasi:

„Svako, tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama ili o krivičnoj optužbi protiv njega ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona. Presuda se izriče javno...“

Pravima koja se garantuju članom 6, stav 1 Konvencija potvrđuje načelo vladavine prava na kome počiva demokratsko društvo, kao i nezabobilaznu ulogu koju sudstvo ima u sprovođenju pravde (*Airey v. Ireland*, 6289/73, par. 24). Njegova sadržina odražava ideju tvoraca Konvencije da, osim prava koja utemeljuju osnovne slobode, treba ustanoviti i takozvana zaštitna prava, to jest prava koja će omogućiti efikasnu zaštitu garantovanih osnovnih sloboda. A pravo na pravično suđenje iz člana 6, stav 1 najvažnije je takvo pravo.

Treba naglasiti da se član 6, stav 1 ne odnosi na takozvanu supstantivnu pravičnost. Termin „pravičan“ (*fair*)¹² ne shvata se u njegovom etičkom ili pravnom smislu, to jest u smislu u kojem ga shvata sudeći sud koji ide za tim da njegove presude budu „pravične“.¹³ Značenje termina „pravičan“ (u sintagmi *fair trial*) interpretira se, pre svega, u formalnom, proceduralnom smislu. To znači da se Sud u Strazburu u odlukama koje se odnose na navodno kršenje člana 6, stav 1 bavi time da li su podnosiocu predstavke pružene mogućnosti da svoje pretenzije ostvari pred adekvatnim organom („tribunalom“) i u postupku u kojem su mu pružene jednake proceduralne mogućnosti kao i suprotnoj strani da iznese argumente i dokaze u prilog svog slučaja i da ospori argumente i dokaze druge strane. Takođe, „pravičnost“ postupka se procenjuje u celini, odnosno neka pojedinačna nepravilnost ne mora biti dovoljna da bi se postupak u celini ocenio kao „nepravičan“ (*Miroļubovs and Others v. Latvia*, 798/05, par. 103).

Primenjujući interpretativna načela o kojima je bilo reči u prvom odeljku, ESLJP je, uz nekoliko zaštitnih prava koja se u tekstu člana 6, stav 1 izričito pominju (pravo na sud, na suđenje u razumnom roku, na javnost rasprave¹⁴ i na pravičan postupak) na osnovu prava na pravičan

¹² Možda bi verniji ili prikladniji prevod reči *fair* na srpski jezik u tom kontekstu bila reč „pošten“, ali kako se u našoj praksi i teoriji ustalila sintagma „pravično suđenje“, ta je prilika propuštena. Zanimljivo je da za taj termin tipičan za *common law* nema savršenog prevoda ni u francuskom ili nemačkom jeziku (uporediti Trechsel 2005, 82).

¹³ „Jemstvo pravičnog suđenja je ‘samo’ proceduralno jemstvo, stvoreno da obezbedi ‘proceduralnu pravdu’ a ne ‘pravdu rezultata’, to jest odluku koja je zasnovana na istinitim činjenicama i ispravnoj primeni prava“ (Trechsel 2005, 83).

¹⁴ Zanimljivo je da se u teoriji postavlja pitanje da li je javnost postupka ljudsko pravo ili nije, budući da, kako se argumentuje, ni po teoriji volje ni po teoriji interesa,

postupak razvio niz drugih značajnih prava. To su sledeća prava: jednakost oružja (*Dombo Beheer B. V. v. the Netherlands*, 14448/88), pravo na ispitivanje svedoka (*Van Mechelen and Others v. the Netherlands*, 21363/93, 21364/93, 21427/93 and 22056/93), pravo na branioca i na pravnu pomoć u nekim slučajevima (*Granger v. the United Kingdom*, 11932/86) i, najzad, pravo na obrazloženu presudu (*Hadjianastassiou v. Greece*, 12945/87, *Van de Hurk v. the Netherlands*, 16034/90).

Ocenjujući postupanje domaćeg suda u svetlu člana 6, stav 1, Sud se, shodno načelu „četvrtе instance“, po pravilu ne upušta u to da li je domaći sud na ispravan način primenio nacionalne propise i da li su pravna i faktička pitanja rešena u skladu s tim propisima. Stoga, hipotetički posmatrano, odluka nacionalnog suda koja se predstavkom osporava može biti zasnovana na činjenicama i u skladu s važećim nacionalnim pravom. No, pošto se ESLJP bavi proceduralnim kontekstom u najširem smislu reči a ne rešava iznova faktička i pravna pitanja koja su odlukom rešena, takva odluka pred Sudom u Strazburu može, figurativno rečeno, „pasti“. I obrnuto.¹⁵ Međutim, kroz pravo na obrazloženu presudu,¹⁶ iz člana 6, stav 1 Sud sve češće zapravo deluje kao sud trećeg ili četvrtog stepena. A u čemu se to pravo tačno sastoji, prikazaćemo u pododeljku koji sledi.

4.2. Pravo na obrazloženu presudu

Već je naglašeno da Sud u Strazburu, sledeći doktrinu „četvrtog stepena“, ne razmatra greške u utvrđivanju činjenica ili tumačenju prava koje eventualno učine nacionalni tribunali. Nacionalni sudovi su jedini nadležni da samostalno i nezavisno ocenjuju predložene dokaze, odnosno da tumače i primenjuju domaće pravo. Međutim, ESLJP to pravo nacionalnih sudova povezuje sa jednom obavezom: sudske presude moraju na adekvatan način da izlože razloge na kojima se zasniva rešenje pravnog i faktičkog pitanja u konkretnom sporu (*Suominen v. Finland*, 37801/97, par. 36). Upravo iz te obaveze nacionalnih sudova izvire *pravo na obrazloženu presudu*.

javnost postupka ne može lako da se podvede pod klasično subjektivno pravo. Činjenica je da, recimo, okrivljeni u krivičnom postupku nema ovlašćenje da se unapred odrekne od prava na javnost usmene rasprave na sudu. S druge strane, iz perspektive interesne teorije ponekad može da zvuči nategnuto tumačenje da je okrivljeni primarni i nameravani „beneficijar“ javnosti postupka (uporediti Summers 2007, 171).

¹⁵ Već na ovom mestu nije naodmet napomenuti, da se princip „četvrtе instance“ prilikom primene člana 6, stav 1 ne tumači kao apsolutan, već ga Sud ponekad prekoračuje, odmeravajući njegovu snagu prema drugim principima (pre svega, prema evolutivnom i efektivnom principu), a naročito u slučaju kada se u postupku pojavi arbiterno ili nerazumno postupanje nacionalnog suda. O tome opširnije u odeljku 4 i dalje.

¹⁶ Istina, ne samo kroz to pravo, već ponekad i kroz pravo na pretpostavku nevinosti iz člana 6, stav 2 (uporediti *Telfner v. Austria*, 33501/96, par. 18).

Kao što je rečeno, to pravo nije izričito navedeno u Konvenciji. Ono je ustanovljeno i potvrđeno u presudama ESLJP. Prema stavu Suda, ono je najpre zasnovano na principu na kojem se zasniva i sama Konvencija – to je princip zaštite pojedinca od proizvoljnog (arbitrarnog) presuđivanja, koji se može izvesti iz temeljnog principa Konvencije – ideje vladavine prava. U užem smislu, ESLJP to pravo izvodi iz člana 6, stav 1, to jest iz prava na pravičan postupak, i kada u svojim presudama konstatuje da je ono povređeno, utvrđuje se da je upravo povređen član 6, stav 1 Konvencije.¹⁷

Sud u jednoj presudi navodi razloge zbog kojih pravo na obrazloženu presudu proizlazi iz smisla i svrhe člana 6, stav 1 Konvencije: (1) odluka mora jasno pokazati strankama da su saslušane i upravo obrazloženje ukazuje na to da li su stranke imale pravično suđenje; (2) dobro obrazložena odluka omogućava žalbu protiv odluke – odluka koja ne sadrži valjano izložene razloge ne daje mogućnost strankama da je ospore u odgovarajućem postupku; (3) kao što strankama omogućava da ulože pravni lek, obrazložena odluka i revizionom organu omogućava da sprovede postupak kontrole; konačno (4) samo obrazložena odluka omogućava javnosti razmatranje delovanja i odlučivanja sudova i javnih vlasti uopšte.¹⁸

Pravo stranke u postupku na obrazloženu sudsku odluku jeste pravo na poznavanje bitnih razloga i jasno obrazloženih stavova suda o činjeničnim i pravnim pitanjima a na osnovu kojih je presuda doneta (*Ruiz Torija v. Spain*, 18390/91, par. 29–30). Naime, nije dovoljno da je stranka samo upoznata s odlukom suda, to jest s konačnom presudom, nego je sud dužan da iznese razloge zbog kojih je doneo baš takvu presudu. Ukoliko nije tako, stav ESLJP je da je država povredila pravo građanina na pravično suđenje iz člana 6, stav 1 Konvencije

Dakle, ispravna pravosudna delatnost podrazumeva da u presudama tribunala moraju na adekvatan način da budu izloženi razlozi na kojima su zasnovane. Naravno, to ne znači da su sudovi obavezni da na svaki argument stranke detaljno odgovore (*Hiro Balani v. Spain*, 18064/91,

¹⁷ Ponekad se navodi da se povredom prava na obrazloženu presudu krši i član 13 Konvencije (pravo na delotvoran pravni lek) jer se kršenjem tog prava građaninu praktično onemogućava da delotvorno koristi pravni lek, budući da samo obrazložena sudska odluka omogućava da viša instanca može da ispita ispravnost postupanja nižeg suda, odnosno načina na koji je on doneo presudu.

¹⁸ *Tatishvili v. Russia*, 1509/02, par. 58. Uz te razloge koje navodi ESLJP i na osnovu kojih u stvari utemeljuje postojanje tog prava u sistem Konvencije, u teoriji se navode još neke funkcije koje obrazloženje presude i uopšte pravne odluke ima. Tako, na primer, Galigan pominje da obaveza obrazlaganja sudskih odluka predstavlja garanciju pravičnog suđenja jer garantuje kvalitet odluke – obaveza valjanog obrazlaganja je podstrek i svojevrstan „pritisak“ na sud da ispravno odlučuje i što bolje opravdava i obrazlaže svoje odluke, ali predstavlja i potvrdu časti i dostojanstva subjekta o čijim pravima se odlučuje (uporediti Galligan 1996, 431 i dalje).

par. 27; *Gorou v. Greece*, 12686/03, par. 37). Koji su to razlozi, zavisi od prirode odluke i ocenjuje se na osnovu okolnosti svakog pojedinačnog slučaja (*Hirvisaari v. Finland*, 49684/99, par. 30; *Tatishvili v. Russia*, 1509/02, par. 58; *Pronina v. Ukraine*, 63566/00, par. 23), uz uvažavanje „razlika koje postoje u državama koje su ratifikovale konvenciju u pogledu zakonskih odredaba, običajnih pravila, pravnih stanovišta i razlika u prezentaciji i izradi presuda“ (*Gorou v. Greece*, par. 37).¹⁹

U skladu s iznetom doktrinom „četvrte instance“, smatra se da član 6, stav 1 ne podrazumeva da podnosilac predstavke može da se pozove na njega, tvrdeći da je nacionalni sud pogrešno rešio pravna i faktička pitanja. Njime se, drugim rečima, ne garantuje pravo na *ispravnu* sudsku odluku. Zato se ističe da je povreda prava na obrazloženu odluku pre kvantitativne nego kvalitativne prirode: sve dok su navedeni određeni razlozi, odluka je, u načelu, u skladu s članom 6, stav 1 (*García Ruiz v. Spain*, 30544/96, par. 26–30).²⁰

Sada ćemo, ukratko, prikazati dva slučaja u kojima se može prepoznati obrazac po kojem Sud rešava o povredi prava na obrazloženu presudu, i to ne u situacijama kada razloga za presudu nema već kada su izneti razlozi očigledno arbitrarni ili nerazumni (*unreasonable*).

U slučaju *Hirvisari (Hirvisaari v. Finland, 49684/99)* podnosilac predstavke je bio građanin Finske kome je penzioni fond njegovog poslodavca odobrio punu privremenu invalidsku penziju počevši od marta 1992. godine. To pravo je potom više puta obnovljano da bi penzioni fond u junu 1997. godine preinačio svoju raniju odluku, određivši samo delimičnu invalidninu. Podnosilac predstavke se na tu odluku žalio, prvo Penzionom odboru koji je žalbu odbacio, posle čega je postupak

¹⁹ Ilustrativan primer koji pokazuje da ESLJP uvažava razlike i specifičnosti pravnih sistema država ugovornica može se pronaći upravo u praksi presuđivanja povodom prava na obrazloženu presudu. Naime, u poznatom slučaju *Taxquet v. Belgium (926/05)*, Sud je odlučivao o povredi tog prava u suđenju pred porotom. Jedna od karakteristika takvog postupka je da porota nije dužna da obrazlaže svoje zaključke o krivici optuženog. I premda je u konkretnom slučaju našao da je pravo na obrazloženu presudu povređeno, Sud se jasno ogradio od izvođenja dalekosežnijih zaključaka o načelnoj usaglašenosti sistema porotnog suđenja s Konvencijom. U pomenutoj presudi ESLJP izričito se navodi: „Institucija laičke porote se u ovom kontekstu (prava na obrazloženu presudu – prim. aut.) ne može dovoditi u pitanje. Države ugovornice uživaju znatnu slobodu izbora sredstava, predviđenih da osiguraju da njihovi pravosudni sistemi budu u saglasnosti sa zahtevima iz člana 6 Konvencije... Porota u različitim oblicima postoji u različitim državama i to je odraz istorije, tradicije i pravne kulture svake države... Ona je samo jedan među mnogim primerima različitosti pravnih sistema koji postoje u Evropi i nije zadatak Suda da te razlike ujednačava“ (par. 83, 84). Opširnije o presudi *Taxquet* i usklađenosti porotnog sistema s Konvencijom Roberts (Roberts 2011).

²⁰ Ipak, upravo takav zaključak ne može da se izvede ukoliko pravo na obrazloženu presudu vodi (a često vodi) ka preskakanju praga doktrine „četvrte instance“. O tome više u nastavku teksta.

nastavljen pred nadležnim sudom koji je, pozivajući se u svojoj odluci na razloge iz obrazloženja koje je već izneo Penzioni odbor, takođe odbacio žalbu.

Podnosilac predstavke je potom, pred Sudom u Strazburu, istakao povredu čl. 6, st. 1 Konvencije, navodeći da u odlukama Penzionog odbora i nadležnog suda nisu navedeni adekvatni razlozi za uskraćivanje prava na punu invalidsku penziju (par. 20–21). On se posebno osvrnuo na, kako je istakao, „nedovoljno obrazloženu“ odluku penzionog fonda, odnosno na propust da navede medicinsku dokumentaciju na kojoj je zasnovao svoju odluku o uskraćivanju pune invalidske penzije:

„Celokupna medicinska dokumentacija koju je podnosilac predstavke predao preporučivala je da mu bude odobrena puna invalidska penzija. Ukoliko je bilo kontradiktornih dokumenata, njihov celokupan sadržaj je morao biti makar spomenut u odluci Penzionog odbora. Što je još važnije, bilo je nemoguće da podnosilac predstavke razume kako pogoršanje njegove depresije, izričito spomenuto u odluci, može opravdati odbijanje pune penzije koju je do tada dobijao“ (par. 27).

Kako je nadležni sud podržao rasuđivanje Penzionog odbora, ne navodeći sopstvene razloge za svoju odluku, podnosilac predstavke je ustvrdio da je sud u potpunosti prihvatio istu liniju rezonovanja. ESLJP je u svojoj odluci najpre postavio interpretativni kontekst, navodeći opšte standarde koje je Sud do te odluke izgradio u odnosu na obrazloženje odluke, a koje su relevantne u tom slučaju. Posebno je navedeno da je odluka o delotvornosti obrazloženja određena okolnostima svakog pojedinog slučaja, da se od suda ne može očekivati da ponudi odgovor na svako postavljeno pitanje, te da apelacioni sud u odbacivanju žalbe može, u principu, jednostavno podržati razloge na kojima je niži sud zasnovao svoju odluku. Konačno, sud je potpuno prihvatio navode podnosioca predstavke da odluka Penzionog odbora predstavlja kršenje čl. 6, st. 1 usled protivrečnosti u obrazloženju:

„Imajući u vidu da je podnosilac predstavke ranije primao punu invalidsku penziju, pominjanje njegovog narušenog zdravlja u odluci koja mu potvrđuje samo pravo na delimičnu penziju morala je ostaviti podnosioca predstavke u izvesnoj konfuziji. U navedenim okolnostima, rezonovanje ne može biti smatrano adekvatnim“ (par. 31).

U slučaju *Ruiz Torija v. Spain* (18390/91) podnosilac predstavke je tvrdio da to što se drugostepeni sud nije obazirao na prigovor da je tužba pred prvostepenim sudom protiv njega neblagovremena predstavlja kršenje čl. 6, st. 1 Konvencije. Prigovor o neblagovremenosti podnosilac predstavke je podneo u pismenoj formi i naveo je relevantne dokaze. Drugostepeni sud pred kojim je suđenje ponovljeno nije uopšte odlučio po prigovoru o neblagovremenosti (par. 11).

ESLJP je u presudi ponovio da čl. 6, st. 1 Konvencije obavezuje sudove da pruže razloge za svoje presude, ali ne zahteva detaljan odgovor na svaki izneti argument (*Van de Hurk v. the Netherlands*, 16034/90). Obim obaveze suda da pruži razloge presude varira prema prirodi odluke i on se može utvrditi samo u svetlu činjenica slučaja. S obzirom na to da je Ruiz Toriha podneo prigovor o neblagovremenosti tužbe u pismenoj formi, formulisao ga jasno i precizno i pritom naveo relevantne dokaze, drugostepeni sud je bio u obavezi da razmotri sve podneske pred prvostepenim sudom, ukoliko su bili predmet rasprave, nezavisno od toga da li su ti podnesci izričito ponovljeni u žalbi. ESLJP ističe da odluka o osnovanosti prigovora ne spada u njegovu nadležnost. Čitanje drugostepenog suda ne može se razumno tumačiti kao prećutno odbijanje prigovora (par. 30).

5. ODNOS DOKTRINE „ČETVORTE INSTANCE“ I PRAVA NA OBRAZLOŽENU PRESUDU

Već iz izlaganja u prethodna dva odeljka može se uočiti da Sud u Strazburu prilikom rešavanja predstavki u vezi s čl. 6, st. 1 Konvencije, a naročito u slučajevima kada nalazi da je povređeno pravo na obrazloženu presudu, katkad postupa kao instancioni sud. Drugim rečima, ESLJP u pojedinim slučajevima analizira kako je domaći sud rešio pravna i faktička pitanja. Primera radi, da bi rešio da li je činjenica koja je izneta u slučaju Ruiz Toriha da je tužba neblagovremena (jer je potraživanje zastarelo) zahtevala odgovor (više) suda, ESLJP je morao da preduzme izvешnu analizu pravnih pitanja. Jer, kao što često ističe u svojim presudama, nacionalni sudovi nisu dužni da daju odgovor na *svaki* zahtev ili argument stranaka. Ali na pitanje koji su to zahtevi i argumenti koji zaslužuju odgovor (a ovaj je, prema stavu ESLJP, takav bio), da bi se poštovalo pravo na obrazloženu presudu, nemoguće je odgovoriti ako se ne upustimo u analizu faktičkih i pravnih pitanja konkretnog slučaja.

Dakle, kao i ostali interpretativni principi ESLJP, tako i doktrina „četvorte instance“ nije apsolutan princip koji bez izuzetka nadjačava sve ostale u svim slučajevima u kojima se on može primeniti. Istina, prag njegove primene je visok, ali je ipak prag – dakle nešto što Sud ponekad „preskoči“. U jednoj od presuda, u kojoj taj prag nije preskočen, Sud je ipak nagovestio u čemu se on sastoji. Tom presudom je, naime, odbačen zahtev podnosioca predstavki koji je bio zasnovan na tvrdnjama da su domaći sudovi doneli presudu bez dovoljno dokaza. Na početku presude, Sud ponavlja princip „četvorte instance“ i naglašava da je nacionalni sud u boljoj poziciji da procenjuje kredibilnost izjava svedoka i relevantnost drugih dokaza u predmetnom slučaju, a zatim konstatuje da „nije pronašao elemente koji bi vodili ka zaključku da je domaći sud, utvrđujući činjenice i tumačeći domaće pravo, delovao na *arbitraran ili nerazuman*

(*unreasonable*) način“ (*Sebahattin Evcimen v. Turkey*, 31792/06, par. 25, podv. aut.). Prema tome, u postupanju nacionalnog suda mora da postoji arbitrarnost ili nerazumnost da bi ESLJP odstupio od principa „četvrte instance“ i upustio se u meritorno preispitivanje zasnovanosti presude nacionalnog suda. U pomenutoj presudi, Sud nije objasnio kako shvata značenje termina „arbitrarnost“ ili „nerazumnost“. U drugoj presudi, međutim, Sud pominje taj standard, smatrajući da on nije narušen pošto su zaključci domaćeg suda u konkretnom slučaju doneti „nakon dužeg adverzijalnog procesa argumentovanja i u svetlu svih podataka koje su advokati podnosilaca predstavke pred domaćim sudom iznosili u prilog svojih klijenata“ (*I. J. L. et. al. v. the United Kingdom*, 29522/95, 30056/96, 30574/96, par. 99). Dodatno precizirajući upravo takvo svoje shvatanje o tome šta je „arbitrarno“ ili „nerazumno“ postupanje domaćeg suda, ponovo na negativan način, ESLJP utvrđuje da „sve dok je odluka domaćeg suda zasnovana na potpunoj i celovitoj proceni svih relevantnih faktora [...] takva odluka neće biti podložna preispitivanju Suda“ (*Lalmahomed v. the Netherlands*, 26036/08, par. 37). Prema tome, Sud neće ulaziti u razloge koji su vodili nacionalni sud da zaključi o faktičkim i pravnim pitanjima konkretnog slučaja, ali ako tih razloga nema ili su protivrečni ili su arbitrarni, onda je to neobrazložena presuda – te se prekoračuje prag principa „četvrte instance“ i utvrđuje se da je podnosiocu predstavke povređeno pravo na pravično suđenje, garantovano čl. 6, st. 1 Konvencije. Jer, ako u takvim slučajevima ESLJP ne bi na taj način postupao, očigledno je da bi prava iz Konvencije bila iluzorna a ne delotvorna, što je suprotno načelu efektivnosti koje je jedno od temeljnih načela sistema Konvencije. To znači da u tim slučajevima načelo efektivnosti nadjačava doktrinu „četvrte instance“.²¹

Sada ćemo prikazati tri presude (od kojih dve nešto ekstenzivnije), u kojima je Sud u Strazburu dodatno razradio standard: „arbitrarni i nerazumni razlozi“ i do izvesne mere ga i dopunio jer se u njima bavio ocenom dokaza, njihovim kvalitetom i relevantnošću i u tom svetlu utvrđivao da li postoji povreda čl. 6, st. 1 Konvencije.

Lisica v. Croatia

U predmetu *Lisica v. Croatia* (20100/06) ESLJP je utvrdio da krivični postupak protiv bračnog para Lisica, koji su osuđeni za krivično delo razbojništva, nije bio pravičan jer su okrivljeni osuđeni na osnovu dokaza koji je bio nepouzdan. Prema oceni ESLJP, taj dokaz je bio „jedi-ni direktan dokaz koji je povezivao vozilo prvoga podnosioca predstavke

²¹ „Uzimajući u obzir svrhu Konvencije, a to je zaštita prava koja su praktična i delotvorna, te važno mesto koje pravo na pravično suđenje zauzima u demokratskom društvu, u smislu Konvencije, Sud smatra da nikakvo restriktivno tumačenje člana 6 ne bi odgovaralo cilju i svrsi te odredbe“ (*Lisica v. Croatia*, 20100/06, par. 60).

s vozilom koje su vozili razbojnici... svi ostali dokazi imali (su) svojstva indicija. Međutim, okolnosti u kojima je taj dokaz pribavljen ne mogu ukloniti svaku sumnju u pogledu njegove pouzdanosti, pa su uticale na kvalitet dotičnog dokaza“ (par. 60). Posmatrana u svetlu svih spomenutih načela, prethodno izneta razmatranja Sudu su bila dovoljna da zaključi da je način na koji je taj dokaz upotrebljen u postupku protiv podnosioca predstavke uticao na postupak u celini, zbog čega u postupku nisu ispunjeni zahtevi pravičnog suđenja (par. 61).

Nema sumnje da je u tom slučaju ESLJP delovao suprotno doktrini „četvrte instance“ jer je ocena dokaza u postupku po žalbi jedan od najvažnijih zadataka instancionih sudova, a suprotna je toj doktrini. Da je to tako, svedoče dva izričita navoda iz obrazloženja presude *Lisica v. Croatia*. U prvom Sud najavljuje da će ispitati kvalitet ključnog dokaza: „Sud će sada... oceniti kvalitet dotičnog dokaza, između ostalog i je li, zbog okolnosti u kojima je dokaz pribavljen, dovedena u pitanje njegova pouzdanost“ (par. 54). Nešto kasnije, Sud prelazi na njegovu relevantnost: „Sud će sada oceniti važnost spornog dokaza za osudu podnosioca predstavke u krivičnom postupku“ (par. 59).

Najzad, i tako delujući, ESLJP ostaje instancioni sud u „ograničenom“ obimu jer „zadatak Suda nije da ocenjuje da li bi podnosioci predstavke mogli biti osuđeni da je sporni dokaz bio izuzet. Odgovor na pitanje da li bi u konkretnim okolnostima ovog predmeta dokazi na temelju indicija bili dovoljni za osudu u nadležnosti je domaćih sudova. Na Sudu nije ni da nagađa kakav bi bio ishod suđenja da taj dokaz nije upotrebljen“ (par. 59).

Ajdarić v. Croatia

Podnosilac predstavke u tom slučaju (*Ajdarić v. Croatia*, 20883/099) Neđo Ajdarić, državljanin BiH, osuđen je u Hrvatskoj 2005. na 40 godina zatvora za trostruko ubistvo i pljačku. Kao saučesnik u tom zločinu, na istu kaznu osuđen je i Marko Grgić iz Bjelovara. Ubistvo o kojem je reč dogodilo se u Kutini, 1998. godine. U svojoj kući u večernjim časovima, hicima u glavu, na spavanju, ubijeni su bračni par Serdarušić/Šipek, vlasnici menjačnice u Kutini, te njihov radnik Goran Cvrtak. Od tri sefa, koja su zatečena u kući, dva su bila otvorena i opljačkana. Odluku o Ajdarićevoj krivici sud je doneo isključivo na osnovu iskaza svedoka, penzionisanog policajca Steve Štule. Taj svedok je bio, zajedno s Ajdarićem i Grgićem, u zatvorskoj bolnici u Zagrebu u decembru 2005. godine. Ajdarić se u bolnici našao nakon što mu je pozlilo jer je neposredno pre toga uhapšen na granici kada je prelazio iz Hrvatske u Bosnu i Hercegovinu u (navodno) ukradenom automobilu. Grgić se u bolnici obreo posredno zbog tog ubistva. Naime, već mu je jednom bilo suđeno za taj zločin, ali ga je sisački Županijski sud 2000. godine oslobodio

krivice. Vrhovni sud je nakon pet godina poništio tu presudu i naložio ponovno suđenje. Čekajući u pritvoru to suđenje, Grgić se razboleo od anemije i dospao u bolnicu. Svedok Štula je bio na odsluženju kazne za pokušaj ubistva supruge i zbog bolesti je prebačen u bolnicu. Jedno kraće vreme, sva trojica su boravila u istoj bolničkoj sobi. Nakon što su izišli iz bolnice, Ajdarić na slobodu, jer se ispostavilo da automobil koji je vozio nije bio ukraden, a Grgić i Štula u „svoje“ zatvore, Štula je pred istražnim sudijom Županijskog suda u Bjelovaru dao iskaz o svojim navodnim „saznanjima“ u vezi s ubistvom u Kutini. Njegovo svedočenje se zasnivalo na navodnim razgovorima o trostrukom ubistvu koje su polušapatom vodili Ajdarić i Grgić, koje je čuo prilikom boravka u istoj bolničkoj sobi i iz kojih je bilo jasno da je Ajdarić saučesnik u zločinu. Materijalnih i drugih dokaza koji bi Ajdarića povezali sa zločinom, sa žrtvama, s drugim osuđenim Grgićem ili čak s Kutinom nije bilo. Iako su iskazi ključnog svedoka, kao što će u nastavku teksta biti naznačeno, bili prepuni nepodudarnosti i netačnosti i premda je Ajdarić tvrdio da nikad nije bio u Kutini, sisački Županijski sud ga je osudio na 40 godina zatvora, a tu presudu su, nakon Ajdarićeve žalbe, potvrdili i Vrhovni sud (dva puta) i Ustavni sud Republike Hrvatske.

Ajdarić je u predstavci koju je uputio Sudu u Strazburu naveo da mu je povređeno pravo iz čl. 6, st. 1, 2 i 3, jer je za trostruko ubistvo osuđen samo na osnovu svedočenja koje je po svojoj prirodi „rekla-kazala“, da je taj svedok emotivno nestabilna ličnost, s dijagnozom histrijskog poremećaja ličnosti i da je stoga presuda u celini arbitrarna i protivna pravu na pravično suđenje.

Nakon što je ponovio uobičajenu ogradu koja se tiče doktrine „četvrte instance“,²² ESLJP najveću pažnju posvećuje upravo analizi i oceni iskaza svedoka Štule. Najpre, na osnovu psihijatrijskog veštačenja koje je obavljeno zbog drugog postupka, Sud konstatuje da je svedoku, zbog psihijatrijskih problema, bilo preporučeno obavezno psihijatrijsko lečenje (na koje nikad nije upućen). Sud zatim notira da se iskazi svedoka uglavnom odnose na njegove zaključke o tome šta su Ajdarić i Grgić razgovarali, a ne na to šta su oni zaista govorili. Osim toga, u iskazima svedoka javljale su se protivrečnosti ili netačnosti. Primera radi, o dobu dana kada su Ajdarić i Grgić razgovarali a on njihove razgovore slušao (par. 42), o tome kada je ko od njih stigao u bolnicu (a naročito kada je Ajdarić došao) (par. 43), o tome na kojem je krevetu ko od njih ležao i kakav je bio raspored u bolničkoj sobi (par. 44), o tome da je navodno osoba s

²² „Sud se u načelu neće umešati ako je postupak u celini bio pošten kako to traži član 6 (1), osim ako odluke koje su doneli domaći sudovi izgledaju proizvoljne ili očigledno nerazumne“ (par. 32). Zanimljivo je da se u toj formulaciji ne pominje kršenje Konvencije uopšteno, kao situacija u kojoj Sud preskače prag doktrine „četvrte instance“, već se izričito pominje konkretno pravo iz Konvencije, to jest čl. 6, st. 1, a implicitno, pravo na obrazloženu presudu.

prezimenom S. bila umešana u ubistvo, a u stvari se radilo o žrtvi zločina, da su se Grgić i Ajdarić prilikom prvog susreta u bolnici pozdravili kao da su stari znanci itd.

ESLJP u svojoj presudi „nalazi da su odgovori nacionalnih sudova na te (protivrečne i nepodudarne, prim. aut.) tvrdnje bili neodgovarajući. Nisu uložili nikakav napor da potvrde izjave koje je dao svedok nego su ih prihvatili kao istinite, bez obzira na činjenicu da je iz medicinske dokumentacije bilo vidljivo da boluje od emotivne nestabilnosti i histrijskog poremećaja ličnosti. Nacionalni sudovi nisu komentarisali ni protivrečne iskaze svedoka, kao što je iskaz koji su kao svedoci dali J. M. i N. P., druga dva zatvorenika koji su bili u istoj sobi, čiji su iskazi koje su dali kao svedoci bili protivrečni iskazu koji je kao svedok dao S. Š.“ (par. 47–48), a ticali su se rasporeda kreveta i bolesnika u sobi. To je, kako naglašava Sud, osobito važno, budući da je svedok navodno slušao prigušene razgovore Ajdarića i Grgića, a da bi to uopšte bilo moguće, morao je biti u krevetu pored njihovog.²³ Takođe, postojalo je svedočenje bolesnika J. M. da Ajdarić i Grgić nisu imali gotovo nikakvog kontakta prvih nekoliko dana nakon Ajdarićevo dolaska i da ništa nije ukazivalo na to da su se poznavali od pre (par. 49). Nacionalni sudovi ništa od navedenog nisu komentarisali (par. 50).

Najzad, s obzirom na sve te nepodudarnosti, protivrečnosti i netačnosti u iskazima svedoka, ESLJP „nalazi da u ovome predmetu odluke do kojih su došli domaći sudovi *nisu bile odgovarajuće obrazložene*“ (par. 51). Stoga je krivični postupak protiv podnosioca predstavke, uzet u celini, predstavljao povredu prava na pravično suđenje koje jemči čl. 6, st. 1 Konvencije (par. 51). Na kraju, Sud zaključuje „da bi najprikladniji oblik obeštećenja bilo ponovno suđenje podnosiocu predstavke u skladu sa zahtevima iz člana 6 (1) Konvencije, ukoliko podnosilac predstavke bude tako zahtevao“ (par. 58).

Nechiporuk and Yonkalo v. Ukraine

U tom slučaju, prvi podnosilac predstavke²⁴ bio je ukrajinski državljanin Ivan Nikolajevič Nečiporuk, kojeg je ukrajinski sud osudio na 15 godina zatvora zbog ubistva iz koristoljublja. Zločin se dogodio 13. marta 2004. godine kada su dve maskirane osobe, od kojih je jedna nosila pištolj, napale izvesnu gospođu I. i njenog sina pred vratima njihovog stana u gradu Hmeljnickom. U toku tog napada došlo je do garanja i

²³ Premda se to u presudi ne pominje, u štampi koja je pomno pratila slučaj naglašava se još jedan bizaran detalj: ključni svedok koji je navodno slušao razgovore koji su vođeni polušapatom penzionisan je iz policije zbog nagluvosti.

²⁴ Drugi podnosilac predstavke u tom slučaju bila je njegova supruga. Kako njena predstavka, iako baca izvesno svetlo na ceo slučaj, nije od suštinskog značaja za konačnu odluku ESLJP, ona će ovom prilikom biti zanemarena.

međusobnog gušanja, kada je naoružani napadač pucao i ranio gospođu I. Nakon toga, dva maskirana napadača su pobjegli, a ranjena žena je ubrzo preminula.

Krajem maja iste godine, policija privodi Nečiporuka u stanicu pod izgovorom da se na ulici sumnjivo ponašao. Prilikom pretresa u stanici kod njega pronalaze „zelenu supstancu biljnog porekla“ i na osnovu sumnje da poseduje opojne droge,²⁵ određeno mu je policijsko zadržavanje (*administrative detention*).

Prilikom boravka u policijskoj stanici, Nečiporuk je, prema sopstvenim navodima, bio izložen torturi (elektrošokovima i batinanju) kako bi priznao da je izvršilac zločina nad gospođom I. Osim toga, u stanicu je privedena i njegova supruga (drugi podnosilac predstavke), koja je tada bila u osmom mesecu trudnoće. Nečiporuku je posredno sugerisano da je i ona izložena torturi.²⁶ U tim okolnostima i bez prisustva branioca, Nečiporuk priznaje izvršenje krivičnog dela. To priznanje je nešto kasnije ponovio i u prisustvu branioca, da bi ga docnije povukao, s obrazloženjem da ga je dao pod torturom, na čemu je uporno insistirao do kraja krivičnog postupka protiv njega. Kao dokaz za svoje tvrdnje da je u stanici bio podvrgnut torturi prilagao je određene lekarske nalaze (naročito nalaz dvojice eksperata iz juna 2005. godine), koji su ukazivali da su se kod njega prilikom boravka u zatvoru pojavile ozlede koje bi mogle nastati na način koji je Nečiporuk opisivao.

Drugi ključni dokaz tužilaštva protiv Nečiporuka bilo je svedočenje taksiste koji je izjavio da je u vreme ubistva dovezao dva putnika u blizinu zgrade gde se zločin dogodio, da ih je čekao oko pola sata, a zatim ih odvezao u neki kafe. Iako u svom prvom iskazu, odmah nakon ubistva, taksista nije mogao da navede nijednu specifičnu karakteristiku njihovog izgleda, desetak dana kasnije „iznenada“ se setio nekih karakterističnih crta (kose, oblika nosa, visine) na osnovu kojih je identifikovao Nečiporuka kao jednog od putnika u taksiju te večeri. Nije bez značaja da je svoj drugi, inkriminišući iskaz svedok dao dok je bio u istražnom pritvoru zbog optužbe za nelegalno posedovanje narkotika. Konačno, Nečiporuk je tokom suđenja predočio transkript razgovora s taksistom (na osnovu snimka koji je tokom razgovara napravio), koji je s njim vodio 2006. godine, dok je bio na slobodi, očekujući nastavak suđenja.²⁷ U tom razgovoru, kako se iz transkripta (i snimka) jasno vidi (i čuje), taksista

²⁵ Za koju se docnije ispostavilo da to nije.

²⁶ Što je bila ciljana izmišljotina, ali je, prema njenim navodima, ona uistinu bila izložena pritiscima da optuži muža za pomenuti zločin.

²⁷ Postupak protiv Nečiporuka bio je veoma dug i složen. Presude su izricane i ukidane, a postupak se, zbog zahteva za izuzeće, nije vodio pred istim prvostepenim sudovima. Na ovom mestu opis celog slučaja je ograničen samo na one detalje koji su od značaja za odluku ESLJP u pogledu povrede prava na obrazloženu presudu. Inače, sama presuda ESLJP ima 59 strana.

priznaje Nečiporuku da „ga je policija prinudila da okriviti optužene pod pretnjom da će on sam biti optužen za ubistvo gospođe I., da mu je droga podmetnuta i da je dao izjave koje ga inkriminišu dok je bio priveden“ (par. 112). Međutim, izvođenje dokaza putem preslušavanja audio-trake sud je bez obrazloženja odbio.

Kako je, u odnosu na izložene okolnosti, a u svetlu eventualne povrede čl. 6, st. 1, na koji se Nečiporuk pozvao, rezonovao ESLJP?²⁸ Najpre, i na neki način jednostavnije, Sud je utvrdio „da su početna priznanja prvog aplikanta iznuđena lošim tretmanom koji je dostigao nivo torture u smislu člana 3 Konvencije.“²⁹ Takođe je primećeno da su domaći sudovi prihvatili ta priznanja kao dokaze u ovom slučaju“ (par. 260). I shodno svojoj, već ustaljenoj praksi utvrdio je da „prihvatanje izjava koje su nastale kao rezultat torture kao dokaza koji služe za ustanovljavanje relevantnih činjenica u krivičnim postupcima čini postupke u celini nepravičnim nezavisno od njihove dokazne vrednosti i nezavisno od toga da li je korišćenje nedozvoljenih dokaza bilo odlučujuće za osuđujuću presudu“ (par. 259). Na osnovu toga, ESLJP je utvrdio da je podnosiocu predstavke povređeno pravo na pravično suđenje, ali u ovom konkretnom segmentu celog slučaja nije se bavio pravom na obrazloženu presudu (niti je, treba i to napomenuti, delovao suprotno doktrini „četvrtе instance“). Time se pozabavio u nastavku presude, pošto je Nečiporuk u svojoj predstavi naveo da je „njegova osuda od prvostepenog suda i Vrhovnog suda koji je njegovu presudu podržao bila očigledno slabo obrazložena (*ill-reasoned*)“ (par 268, podv. aut.). Osnovni razlog zbog kojeg je presuda loše obrazložena, smatra podnosilac predstavke, jeste (drugi) ključni dokaz protiv njega – nepouzđano svedočenje taksiste. Kako je o tim navodima rasuđivao ESLJP?

Najpre, Sud konstatuje da, prema njegovoj praksi presuđivanja, „ispravno sprovođenje pravde“ zahteva da se „u presudama sudova i tribunala adekvatno izlažu razlozi na kojima su zasnovani. Doseg dužnosti davanja razloga može varirati u skladu s prirodom odluke i mora biti utvrđena u svetlu okolnosti slučaja“ (par. 272). Potom, kao što je to najčešće slučaj, gotovo kao mantru, Sud parafrazira doktrinu „četvrtе instance“, naglašavajući kako nije njegova „funkcija da se bavi greškama u pogledu činjenica ili prava koje su navodno napravljene od nacionalnog suda, osim ako tim greškama nisu ugrožena prava ili slobode zaštićene Konvencijom“... niti je njegova uloga „da utvrđuje, kao principijelno pitanje, da li su određene vrste dokaza – na primer nezakonito

²⁸ Inače, u svojoj predstavi strazburškom Sudu, Nečiporuk je istakao da su mu u postupku pred ukrajinskim sudovima povređena prava iz člana 3 (zabrana mučenja i nečovečnog postupanja), čl. 5, st. 1, 2, 3 i 5 (pravo na slobodu i sigurnost) i čl. 6, st. 1 i 3 (c). Budući da je u fokusu ovog članka pravo iz čl. 6, st. 1, to ćemo na stavove i obrazloženja Suda obratiti pažnju samo u pogledu povreda tog člana.

²⁹ Povredu člana 3 Konvencije ESLJP je obrazložio u par. 154–159.

pribavljeni dokazi – prihvatljivi ili, pak, da li je aplikant kriv ili nije.³⁰ Pitanje na koje se mora odgovoriti jeste da li je postupak u celini, uključujući i postupak pribavljanja dokaza, bio pravičan (*Allan v. the United Kingdom*, 48539/99, par. 42)³¹ (par. 273). Ipak, sud odmah potom nedvosmisleno konstatuje da je uzeo u obzir „kvalitet dokaza“³² (misli se na iskaz svedoka,³² taksiste), „uključujući i to da li okolnosti pod kojima je iskaz dat, bacaju sumnju na njegovu pouzdanost i tačnost (v. *Jalloh v. Germany*, 54810/00)³³ (par. 96). Nakon toga, ESLJP se upušta u *procenu* postupanja domaćih sudova u ocenjivanju tog dokaza. U vezi s tim, Sud konstatuje: „...u vreme ispitivanja od istraživača g. K. (taksista...) bio je u policijskom zadržavanju zbog prekršaja koji se tiče opojnih droga. Kao što je prvi aplikant tvrdio (i kao što je potvrđeno do gradskog suda u gradu Khmelnytskyi u presudi od 5. maja 2005), izjave g. K. su se menjale u tom određenom periodu na štetu prvog aplikanta. Aplikant je takođe podneo sudu audio-zapis sa razgovorom koji je vodio s g. K., u kojima je kasnije navodno priznao da je klevetao prvog aplikanta pod pritiskom policije. Sud nalazi da su odgovori suda prve instance i Vrhovnog suda na te argumente *iznenadjujuće šturi i neodgovarajući*. U odbijanju navode prvog aplikanta o pritisku na svedoka kao neosnovane i uz evidentiranje da ‘nije bilo informacija iz kojih bi moglo biti zaključeno [drugačije]’... sudovi su propustili da odgovore na nespornu činjenicu policijskog zadržavanja g. K. i ignorisali su postojanje audio zapisa na koji se pozvao aplikant iako je taj zapis bio uključen u spise predmeta“ (par. 276–277, podv. aut.). Nakon toga, ESLJP se upušta u sopstvenu detaljnu *ocenu* kvaliteta tog dokaza, to jest pouzdanosti iskaza ključnog svedoka. U toj *proceni* Sud se poziva na standarde koje je postavio u odluci *Camilleri v. Malta* (51760/99)³³ u kojoj je kao očigledno neosnovan odbacio prigovor

³⁰ Još od slučaja *Schenk*, a to je vidljivo i u slučaju *Lisica*, koji smo ukratko prikazali, jasno je da ESLJP nije preokupiran pitanjem *zakonitosti* dokaza, odnosno njegove dopuštenosti sa stanovišta nacionalnog prava. Ali itekako je zainteresovan da ispituje *kvalitet* i pouzdanost dokaza. U prvom slučaju Sud se drži doktrine „četvrtice instance“, a u drugom odstupa od nje.

³¹ U teoriji dokazivanja, smatra se da kvalitet bilo kojeg dokaza zavisi od kvaliteta tri njegova svojstva: relevantnosti, kredibilnosti i dokazne snage dokaza (uporediti Anderson, Schum, Twining 2005, 60).

³² Kada je reč o *kredibilnosti* iskaza svedoka, kao dokaznog sredstva, u literaturi se navodi da postoje tri atributa tog iskaza koji utiču na nju (uporediti Anderson, Schum, Twining 2005, 66). To su *verodostojnost svedoka* (koliko se može verovati jednom svedoku s obzirom na njegova lična svojstva, životnu istoriju, društvenu reputaciju itd.), *objektivnost svedoka* (koliko na iskaz svedoka o opaženim činjenicama utiču njegove predrasude ili predubeđenja o tome šta se dogodilo) i *sposobnost čulnog opažanja* (opšta sposobnost čula svedoka da opažaju spoljni svet, ali i njegova konkretna sposobnost u trenutku kada je činjenica o kojoj se svedoči opažena). Kao što se moglo videti u slučaju *Ajdarić*, a primetiće se i u slučaju *Nechiporuk*, ESLJP prilikom procene kredibilnosti iskaza svedoka vodi računa upravo o tim atributima.

³³ Tri su standarda u pitanju: prvo, domaći sudovi su ponudili detaljne razloge za svoju odluku da pripisu težinu optužujućem iskazu ključnog svedoka; drugo, ustanovljeno

podnosioca predstavke na ključno inkriminišuće svedočenje. „Propustivši“ okolnosti slučaja *Nechiporuk* kroz „filter“ tih standarda, ESLJP ocenjuje: „...prvo, sudovi su odlučili da pripišu težinu optužujućim izjavama g. K. zanemarujući specifične i relevantne činjenice koje mogu ugroziti njihovu pouzdanost i preciznost; drugo, nikada nije uverljivo utvrđeno da je g. K. izrazio svojevóljno te stavove – činjenica što je nastavio s tim pristupom u sudu može ukazivati na kontinuirano zastrašivanje; konačno, izjave g. K. su postajale sve nepovoljnije za prvog aplikanta od vremena ispitivanja nadalje, koincidirajući s njegovim pritvorom“ (par. 279). Na osnovu svega toga, Sud zaključuje „da je, ignorišući specifične, umesne i važne primedbe podnosioca predstavke, domaći sud propustio da izvrši svoje obaveze iz člana 6 (1) Konvencije“, te da u tom pogledu postoji povreda tog člana (par. 280–281), to jest da je povređeno pravo na obrazloženu presudu.

Konačno, imajući u vidu tu, ali i druge povrede prava iz Konvencije u tom postupku, kao i „izuzetno ozbiljne i uznemiravajuće okolnosti slučaja“, „Sud smatra da je, radi odgovarajuće zaštite ljudskih prava, neophodno da se bez odlaganja omogući ponovno suđenje (koje ukrajinski propisi dopuštaju) ukoliko podnosilac predstavke to zahteva. To suđenje mora biti u skladu s proceduralnim i materijalnim jemstvima koja su garantovana članom 6 (1) Konvencije“ (par. 297).

Da sumiramo. U predmetu *Ajdarić*, ESLJP je odlučio da je postupak nepravičan zbog nepostojanja dokaza za donošenje osuđujuće presude jer je ocenio da je jedini dokaz na kojem se ona zasniva nepouzdan. Drugim rečima, Sud je pomenutu presudu, premda ne izričito, ocenio kao neispravnu, pogrešnu i, u krajnjoj liniji, supstantivno nepravičnu. Svakaako, ESLJP nije mogao, kao što bi to mogao nacionalni sud, da navede da je odluka suda neispravna zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, već se pozvao na povredu prava na obrazloženu presudu iz čl. 6, st. 1, obrazlažući svoju odluku time da „nacionalni sudovi nisu uopšte ili nisu u dovoljnoj meri odgovorili na navode odbrane u pogledu nepouzdanosti dokaza“. ³⁴ Čini se da se isto, *mutatis mutandis*, može ustvrditi i za slučaj *Nechiporuk*.

Dodajmo i ovo. Presude u slučajevima *Ajdarić* i *Nechiporuk*, čije su okolnosti „izuzetno ozbiljne i uznemiravajuće“, *prima facie* izgledaju kao nepravične, i to u supstantivnom smislu, pogotovo ako se imaju u vidu veoma stroge kazne koje su izrečene. U oba slučaja (u prvom u potpunosti, a u drugom u izvesnoj meri) ESLJP ne bi mogao da zaštititi prava podnosilaca predstavki da se nije pozvao na povredu čl. 6, st. 1, odnosno na povredu prava na obrazloženu presudu. Svojevrsan paradoks je, međutim, činjenica da se upravo taj član, među svim drugim članovima

je da je izjava data svojevóljno; konačno, izjava se nije menjala tokom istrage (*Nechiporuk and Yonkalo v. Ukraine*, par. 278).

³⁴ Slično rezonuju Pajčić i Valković (2012, 791–792).

Konvencije, odlikuje time da štiti *proceduralna* prava. Dakle, kao što je već rečeno, štiti proceduralnu, a ne supstantivnu pravičnost.

6. ZAKLJUČAK

Konvencija ne jamči izričito ni pravo na pouzdanost dokaza, a još manje na ispravnu odluku (*correct judgement*). Zato je razumljivo da pitanja procene činjenica, koja uglavnom proizlaze iz navodne nepouzdanosti dokaza, ESLJP načelno smatra nadležnošću nacionalnih sudova. Stoga, većina prigovora o povredi člana 6 zbog nepouzdanosti dokaza biva odbijena uz obrazloženje da ESLJP nije sud četvrtog stepena.³⁵ U slučajevima u kojima se podnosioci predstavke pritužuju na kvalitet dokaza koje je prikupila optužba, Sud češće procenjuje da li su u konkretnom postupku obezbeđene procedure koje bi okrivljenom pružile mogućnost delotvornog osporavanja takvih dokaza, a ređe ponovo procenjuje kvalitet samih dokaza. Međutim, nekada ga ipak procenjuje.³⁶ Zbog toga se može zaključiti da je uspostavljanjem prava na obrazloženu presudu Sud u Strazburu došao u poziciju da u sporovima u kojima je to pravo prekršeno, prilikom donošenja svoje odluke, odstupa od doktrine „četrte instance“ jer tada ponekad zalazi u način na koji nacionalni sud obrazlaže rešenja pojedinih pravnih i faktičkih pitanja i nužno razmatra i sam kvalitet tih rešenja, a ne samo njihovog obrazloženja. Ni sam Sud to ne osporava.

Podsetimo se, uostalom, stava ESLJP iznetog u slučaju *Schenk*, koji smo pomenuli u trećem odeljku: „...funkcija Suda nije da se bavi pogrešnim odgovorima na faktička ili pravna pitanja koje eventualno daje nacionalni sud u nekom postupku, osim ukoliko time nisu povređena prava i slobode koje Konvencija garantuje“ (*Schenk v. Switzerland*, 10862/84, par. 45).³⁷ *A contrario*, ukoliko su podnosiocu predstavke prava i slobode iz Konvencije povređeni, Sud će se tim pitanjima pozabaviti. Ili, preciznije rečeno, Sud se ne bavi ocenom dokaza ili tumačenjem nacionalnog prava, osim ako je nacionalni sud svojom ocenom dokaza ili tumačenjem prava uzrokovao povredu prava iz Konvencije. A time je povređeno pravo iz Konvencije i kada je povređeno pravo na pravično suđenje, odno-

³⁵ Uporediti Pajčić, Valković 2012, 767.

³⁶ „Kvalitet dokaza mora biti uzet u obzir, uključujući i to da li okolnosti pod kojima su dokazi pribavljeni dovode u sumnju pouzdanost i preciznost dokaza. Problem pravičnosti se ne pojavljuje nužno kada dokazi nisu podržani dodatnim materijalom, ali se može zabeležiti da u slučaju kada su dokazi veoma snažni i nema rizika da su nepouzđani postoji manja potreba za dodatnim dokazima“ (*Bykov v. Russia*, 4378/02, par. 90).

³⁷ Ili, kako to stoji u jednoj novijoj presudi, „Nije funkcija ESLJP da se bavi greškama u primeni prava ili u vezi s činjenicama koje su navodno počinili nacionalni sudovi osim i u meri u kojoj su te greške mogle povrediti prava i slobode zajamčene Konvencijom“ (*P. G. and J. H. v. United Kingdom*, 44787/98, par. 76).

sno pravo na obrazloženu presudu.³⁸ A pravo na obrazloženu presudu, to je ESLJP nesumnjivo potvrdio, krši se ne samo kad razloga za presudu nema već i kada je obrazloženje arbitrarno ili nerazumno. A da bi se utvrdilo da je obrazloženje takvo, mora se preduzeti ocena dokaza (ili pravnih stavova) koja su u obrazloženju navedena i na osnovu kojih je presuda doneta. Takav krajnji zaključak je u suprotnosti s doktrinom „četvrte instance“. U skladu s tim, ESLJP tada nesumnjivo postupa kao instancioni sud (barem u užem smislu značenja te reči koje ona ima u doktrini Suda u Strazburu). Prema tome, kada Sud razmatra povrede Konvencije prema čl. 6, st. 1, on je u prilici da deluje kao sud višeg stepena. To nije slučaj kada je reč o povredama drugih članova Konvencije.³⁹

U nekim presudama Suda u kojima je utvrđena povreda prava na obrazloženu presudu, to nije toliko očigledno jer se preispituju nacionalne presude koje su toliko kontradiktorne ili proizvoljne da se čini kao da se ESLJP nije upuštao u ocenu faktičkih i pravnih zaključaka domaćeg suda. To su, na neki način, jednostavni slučajevi. Ipak, jasno je da ni u tim slučajevima zaključak Suda o očiglednoj kontradiktornosti ili arbitarnosti, kao u slučajevima Hirvisari i Ruiz Toriha, ne bi mogao da se donese da ESLJP nije cenio faktičke razloge za presudu ili da nije tumačio domaće propise. Ipak, mnogo je značajnije što se u manje očiglednim primerima kontradiktornih ili proizvoljnih razloga za presudu ESLJP upušta u detaljne analize činjeničnih (a katkad i pravnih) pitanja kako bi ispitao da li je povređeno pravo na obrazloženu presudu, da bi u tim slučajevima zaista postupao kao instancioni sud, i to ne samo u užem smislu doktrine „četvrte instance“ već kao viši sud koji zahteva da se ponovi suđenje i de fakto poništava presudu nižeg suda (slučajevi *Ajdarić* i *Nechiporuk and Yonkalo*).⁴⁰

³⁸ Podsećamo na formulaciju iz presude *Ajdarić* (par. 32): „Sud se u načelu neće umešati ako je postupak u celini bio pošten kako to traži član 6 (1), osim ako odluke koje su doneli domaći sudovi izgledaju proizvoljne ili očigledno nerazumne.“

³⁹ Da Sud kada govori o „povređenim pravima iz Konvencije“ u situacijama kada odlučuje da (ne) deluje kao sud „četvrte instance“ misli zapravo na pravo na obrazloženu presudu i, šire, na pravo na pravično suđenje, jasno je vidljivo iz ovih navoda iz presude *Lalmahomed*: „...sve dok je konačna odluka zasnovana na *celovitoj i potpunoj proceni svih relevantnih faktora*... ona neće biti podložna ispitivanju Suda; u vezi s tim, Sud ponavlja da nije njegova funkcija da se bavi greškama u činjenicama i pravima koje su navodno počinili nacionalni sudovi“ (*Lalmahomed v. the Netherlands*, 26036/08, par. 37) (podv. aut.).

⁴⁰ Teza koju iznose Vitkauskas i Dikov da su takvi slučajevi retki i da oni načelno ne menjaju prirodu delovanja ESLJP ne objašnjava takve slučajeve niti razjašnjava otkuda oni uopšte u praksi ESLJP (videti Vitkauskas, Dikov 2012, 85). Prvo, nije sasvim tačno da su oni toliko retki. Samo zbog ograničenog prostora nije moguće pomenuti još neke slične slučajeve kao što su *Kaprenko, Bikov, Horvatić, Laska and Lika v. Albania* itd. Drugo, čak i da ih je samo nekoliko ovde analizirano, moralo bi da se objasni zašto ti slučajevi, premda atipični, nisu *slučajnosti*. I treće, ako već nisu slučajnosti, zašto se i pod kojim uslovima ESLJP u njih upušta.

Ako zamislimo sistem Konvencije kao svet za sebe, onda bi u tom svetu ESLJP bio tvrđava u kojoj stoluje najviši autoritet (naravno, ne i najviša vlast) tog sveta. I njegova bi uloga u njemu bila najčešće kontrolna, ređe korektivna, a najređe upravljačka. I ako postoje vrata koja jasno štite i odvajaju „tvrđavu“ ESLJP od ostatka sveta koji čine nacionalni sudovi država članica, onda su ta vrata načelo supsidijarnosti i doktrina „četvrte instance“. A ako postoji „udarni ovan“ koji je pogodan da probije ta vrata, onda je to pravo na obrazloženu presudu.⁴¹ Naravno, s tom razlikom u odnosu na pomenuto poređenje što njega ne koristi spoljni napadač, nego je sklopljen i upotrebljen iznutra, iz same „tvrđave“. Nije, dakle, reč o tome da ESLJP, kada utvrđuje da li je došlo do povrede prava na obrazloženu presudu, katkada „zabasa“ u instanciono razmatranje presuda domaćih sudova. Nije u pitanju slučajno ili izuzetno nametnuto odstupanje od doktrine „četvrte instance“. Reč je o tome da je u nizu presuda ESLJP sâm pravo na obrazloženu presudu formulisao tako da *ono po sebi* odstupa od te doktrine.⁴² I to nekad nije, a nekad jeste očigledno u presudama ESLJP u kojima se odlučuje da li je to pravo povređeno ili nije. Ako se vratimo opisanoj metafori, kao i svaki „udarni ovan“ i ovaj je konstruisan tako da probija vrata tvrđave, to je u njegovoj „prirodi“.

Da zaključimo. Već pri kraju prvog odeljka, nabrojali smo neke izazove i pitanja s kojima se ESLJP suočava, na koja se još uvek traže odgovori, i nagovestili da tema ovog članka ima bliske veze s nekim od tih pitanja. Nadamo se da je preduzeta analiza doktrine „četvrte instance“ u svetlu povrede prava na obrazloženu presudu jasno ukazala na prirodu i ozbiljnost tih pitanja: od efektivnosti prava iz Konvencije i mogućnosti građana država ugovornica da zaštite svoja prava, do efikasnosti njegovog rada i najposle do legitimnosti njegovih odluka. Na kraju članka nema prostora da se o tim pitanjima dalje raspravlja. Taj posao će se ostaviti za neku drugu priliku ili za nekog drugog. Ipak, *kada je u pitanju legitimnost Suda*, naš zaključak ukazuje na jednu koliko zanimljivu toliko i nespornu činjenicu: budući da u pojedinim odlukama povodom povrede

⁴¹ Treba naglasiti da ESLJP, naravno, ne postupa u *svakom* slučaju u kojem utvrđuje povredu prava na obrazloženu presudu kao sud „četvrte instance“. Primera radi, u slučaju *Cerovšek i Božičnik* sud je utvrdio da je to pravo povređeno jer je presudu izrekao sudija koji je potom otišao u penziju, a obrazloženje presude napisale su, nakon dve godine, sudije koje nisu učestvovala u postupku, i to samo na osnovu spisa predmeta (*Cerovšek and Božičnik v. Slovenia*, 68939/12 and 68949/12, par. 41–42 i 47). Na prvi pogled je već jasno da se tom prilikom Sud nije upuštao u to kako je nacionalni tribunal rešio faktička i pravna pitanja, to jest nije postupao niti je imao potrebe da postupa kao sud „četvrte instance“.

⁴² Sud često koristi formulaciju „pitanje o tome da li je sud obezbedio razloge za svoju presudu može biti utvrđeno isključivo u svetlu okolnosti slučaja...“ (*Pronina v. Ukraine*, par. 24). A kao što je napomenuto, ako se ispituju okolnosti slučaja, to ne znači ništa drugo nego da se ispituju izneti dokazi, zaključci o faktičkom pitanju i pravni stavovi koji su zauzeti u tom konkretnom slučaju.

prava na obrazloženu presudu ESLJP nesumnjivo odstupa od svog uobičajenog (formalnog⁴³) legitimacionog temelja, oličenog u doktrini „četrte instance“, nužno je da takve odluke svoju legitimnost zasnuju na drugoj strani. *A na toj drugoj strani ne ostaje ništa drugo osim njihove suštinske ispravnosti, koja se jedino može utvrditi i prepoznati u njihovim valjanim obrazloženjima.* Tako se, na izvestan način, krug zatvorio. Jer, kao što je već isticano kada se govorilo o obrazloženju uopšte, presude (i sudovi generalno) zadobijaju poverenje javnosti (pa i stranaka) i stiču legitimitet i autoritet putem valjanog obrazloženja. Uostalom, legitimitet i autoritet presuda svakog tribunala, bio on nacionalni ili međunarodni, velikim delom počiva na njihovom obrazloženju. Na tome insistira i ESLJP u svojoj praksi odlučivanja u slučajevima povrede prava na obrazloženu presudu, „proveravajući“ obrazloženja presuda nacionalnih sudova. Na tom istom temelju zasniva se legitimitet i autoritet i njegovih sopstvenih presuda u slučajevima kada presuđuje kao instancijski sud u vezi s povredom prava na obrazloženu presudu.

LITERATURA (REFERENCES)

- Anderson, Terence, David Schum, William Twining. 2005. *Analysis of evidence*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Christoffersen, Jonas, Mikael Rask Madsen. 2011. Introduction: The European Court of Human Rights between Law and Politics. 1–13. *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, eds. Jonas Christoffersen, Mikael Rask Madsen. Oxford: Oxford University Press.
- Condé, Victor. 2004. *A Handbook of International Human Rights Terminology*, 2. ed. Lincoln, NE: University of Nebraska Press.
- Dahlberg, Maija. 2/2014. ‘...It is not its task to act as a court of fourth instance’: The case of the European Court of Human Rights. *European Journal of Legal Studies* 7: 77–108.
- Galligan, Dennis. J. 1996. *Due process and Fair Procedures: a Study of Administrative Procedures*. London: Clarendon Press.
- Letsas George. 2012. The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy. <http://ssrn.com/abstract=2021836>, last visited July 31, 2019.
- Pajčić, Matko, Laura Valković. 2/2012. Presude Europskog suda za ljudska prava protiv Republike Hrvatske zbog povrede prava na pravično suđenje. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 19: 751–794.

⁴³ Usporediti Dahlberg (Dahlberg 2014), 83.

- Roberts, Paul. 2/2011. Does Article 6 of the European Convention on Human Rights Require Reasoned Verdicts in Criminal Trials. *Human Rights Law Review* 11: 213–235.
- Spaić, Bojan, Goran Dajović. 2016. *Pravo na obrazloženu presudu: Praksa Evropskog suda za ljudska prava / Right to a Reasoned Trial: Practice of The European Court of Human Rights*. Podgorica: Centar za demokratsku tranziciju – Srpsko udruženje za pravnu i socijalnu filozofiju.
- Summers, Sarah J. 2007. *Fair Trials – The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights*. Oxford – Portland: Hart Publishing.
- Trecshel, Stephan. 2005. *Human Rights in Criminal Proceedings*. Oxford: Oxford University Press.
- Vitkauskas, Dovydas, Grigory Dikov. 2012. *Zaštita prava na pravično suđenje prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima*, Strasbourg: Vijeće Evrope.

Goran Dajović, PhD

Associate Professor
University of Belgrade Faculty of Law

Bojan Spaić, PhD

Assistant Professor
University of Belgrade Faculty of Law

FOURTH INSTANCE DOCTRINE AND THE RIGHT TO
A REASONED JUDGEMENT IN THE PRACTICE OF THE
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Summary

Right to a reasoned judgement, created by the European Court of Human Rights is used in some cases by the Court in Strasbourg to justify acting as a court of higher instance in relation to national courts regarding the article 6 of the Convention. This issue is relevant both for legal theory and legal practice, because the Court, according to the fourth instance doctrine, does not act as an instance court. By analyzing key cases, the authors show under which conditions and in what way the Strasbourg Court rules on the substance of cases. It is concluded that ECHR, in the case of the right to a reasoned judgement, does not stray from the fourth instance doctrine occasionally or by chance. A series of decisions show that the ECHR formulated the right to a reasoned judgement in such a way that the right itself deviates from the fourth instance doctrine.

Key words: *European Court of Human Rights. – Fourth instance doctrine. – Right to a fair trial. – Right to a reasoned judgement*

Article history:
Received: 31. 7. 2019.
Accepted: 3. 9. 2019.

UDK 005.334:347.72

CERIF: S114

DOI: 10.5937/AnaliPFB1903196M

Dr Borko Mihajlović, LL.M.*

POSEBNE DUŽNOSTI U PERIODU RIZIKA OD STEČAJA

Predmet ovog rada je analiza karakteristika i značaja instituta posebnih dužnosti prema privrednom društvu u jednom veoma specifičnom periodu poslovanja, koji nazivamo periodom rizika od stečaja. Nakon kratkog izlaganja o osnovnim osobinama instituta posebnih dužnosti, autor razmatra vremensko određenje i specifičnosti perioda rizika od stečaja. U najznačajnijem delu rada autor analizira osobenosti posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja, i to u pogledu subjekata, objekta, vrsta i odgovornosti. Cilj ove analize je prvenstveno ocena osnovanosti stvaranja posebne pravne regulative posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja, kao i neophodnosti prilagođenog tumačenja i primene postojeće regulative u tom periodu poslovanja. Autor zaključuje da u srpskom pravu, u ovom trenutku, ne postoji potreba za stvaranjem posebne pravne regulative posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja, ali ističe da je prilagođeno, drugačije, specifično tumačenje te regulative, u skladu sa osobenostima perioda rizika od stečaja, moguće i veoma korisno.

Ključne reči: Posebne dužnosti prema privrednom društvu. – Dužnost pažnje. – Dužnost lojalnosti. – Period rizika od stečaja. – Preteći stečaj.

1. UVOD

Posebne dužnosti prema privrednom društvu su zaseban pravni institut kompanijskog prava, koji doprinosi rešavanju nekih osnovnih i najznačajnijih problema i pitanja te grane prava. Osnovni ciljevi ustanovljavanja tog instituta su ograničenje diskrecionih ovlašćenja lica koja neposredno upravljaju privrednim društvom, ali i svih drugih lica koja ima-

* Autor je docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, bmihajlovic@jura.kg.ac.rs.

ju značajan (posredan) uticaj na funkcionisanje i poslovanje privrednog društva i uspostavljanje mehanizma za izjednačavanje (poistovećivanje) interesa tih lica i privrednog društva, kao posebnog pravnog subjekta, odnosno njegovih članova. Tako opredeljeni ciljevi ukazuju na nesporn značaj posebnih dužnosti u svim periodima nastanka i razvoja privrednog društva. I dok su uloga i značaj posebnih dužnosti, kao i njihova primena, relativno jasno određeni u prvom, početnom periodu – periodu osnivanja i nastanka, kao i u redovnom periodu poslovanja privrednog društva, to se ne bi moglo reći za jedan veoma specifičan period poslovanja, koji u ovom radu nazivamo periodom rizika od stečaja („preteći stečaj“).¹ Taj period poslovanja ima presudan značaj za dalju sudbinu privrednog društva i brojnih subjekata koji se smatraju nosiocima interesa u vezi sa poslovanjem privrednog društva (stejkholderi). Nameće se potreba za jasnim definisanjem i analizom perioda rizika od stečaja, što je posebno važno za zemlje poput Srbije, u kojima su poslovne teškoće gotovo neizbežan pratilac poslovanja brojnih privrednih subjekata, a uzrokovane su prvenstveno nizom negativnih tržišnih okolnosti. Period rizika od stečaja obeležen je mnogim nejasnoćama i dilemama, počev od njegovog definisanja (sadržinskog i vremenskog), pa do eventualne potrebe za stvaranjem i primenom posebne pravne regulative u tom periodu poslovanja, odnosno potrebe za specifičnim, manje ili više drugačijim, tumačenjem i primenom klasičnih, dobro poznatih instituta kompanijskog prava tokom trajanja tog perioda poslovanja. Osnovni predmet ovog rada je utvrđivanje karakteristika i značaja instituta posebnih dužnosti prema privrednom društvu u periodu rizika od stečaja.

2. O POSEBNIM DUŽNOSTIMA PREMA PRIVREDNOM DRUŠTVU

Posebne dužnosti prema privrednom društvu nastale su i razvile se kao zaseban i veoma značajan institut kompanijskog prava prvenstveno u američkoj sudskoj praksi i praksi drugih zemalja anglosaksonske pravne tradicije. Iako su pojedini pojavni oblici posebnih dužnosti odavno poznati i u zemljama kontinentalnoevropske pravne tradicije, one su u tim zemljama uobličene u zaseban pravni institut kasnije, a pod snažnim uticajem anglosaksonskog prava. Zato se one smatraju i možda najznačajnijim primerom pravne transplantacije u kompanijskom pravu (Fleischer 2005, 380; Vasiljević 2004, 144). Iz te činjenice proizilazi i konstatacija da u savremenom uporednom kompanijskom pravu između pojedinih pravnih sistema ne postoje suštinske razlike u osnovnim karakteristikama,

¹ Za potrebe ovog rada nazive „period rizika od stečaja“ i „preteći stečaj“ korišćemo u zamenljivom značenju.

vrstama i elementima instituta posebnih dužnosti. No, kako detaljna analiza posebnih dužnosti svakako nije predmet ovog rada, izložićemo u kratkim crtama samo nekoliko važnih činjenica vezanih za ovaj institut, a one se tiču subjekta i objekta posebnih dužnosti, osnovnih vrsta posebnih dužnosti, kao i odgovornosti za slučaj povrede neke od posebnih dužnosti.

Subjekti posebnih dužnosti se, po pravilu, što je slučaj i u srpskom pravu (videti Zakon o privrednim društvima Republike Srbije,² član 61), dele u dve grupe: direktore i druga lica, koja čine upravu privrednog društva i članove privrednog društva, pri čemu u društvima kapitala subjekti posebnih dužnosti najčešće nisu svi članovi, već samo oni koji se smatraju kontrolnim ili većinskim članovima. Ali, ima i izuzetaka. Primer je britansko pravo, koje članovima privrednog društva ne priznaje svojstvo subjekta posebnih dužnosti, ali ono poznaje koncept faktičkog direktora i direktora iz senke, čija primena omogućava da se i članovi društva na posredan način tretiraju kao subjekti posebnih dužnosti (Sørensen 2010, 134). Objekat posebnih dužnosti je u većini zemalja kontinentalnoevropske tradicije privredno društvo (Gerner-Beuerle, Paech, Schuster 2013, 63), dok je u američkom pravu, osim društva, svojstvo objekta priznato i članovima društva (Gelter, Helleringer 2014, 304). Utvrđivanje interesa objekta posebnih dužnosti predmet je dugotrajnih naučnih rasprava i sporova, koji su rezultirali brojnim, različitim teorijama, ali koje još uvek ne daju jasan, nedvosmislen odgovor na pitanje šta je to zapravo objekat posebnih dužnosti, odnosno šta je interes prethodno utvrđenog objekta. To je važno zbog činjenice da je osnovno obeležje posebnih dužnosti postupanje subjekta u (najboljem) interesu objekta.

Komanijska prava širom sveta kao dve osnovne posebne dužnosti prepoznaju dužnost pažnje i dužnost lojalnosti. Zemlje kontinentalnoevropske pravne tradicije prioritet tradicionalno daju dužnosti pažnje (Grundmann 2012, 265), dok je u američkom pravu osnovna i najznačajnija fiducijarna dužnost dužnost lojalnosti (Strine *et al.* 2010, 635). Dužnost pažnje podrazumeva obavezu subjekata te dužnosti da prilikom donošenja poslovnih odluka postupaju savesno, sa odgovarajućim stepenom pažnje, sa uverenjem da deluju u interesu privrednog društva (videti ZPD, član 63). Dužnost lojalnosti predstavlja skup pravnih standarda i/ili pravnih pravila, koja služe za određivanje, opredeljivanje, definisanje konkretnih faktičkih situacija u kojima lica sa posebnim dužnostima mogu postupati nelojalno, odnosno ne u najboljem interesu privrednog društva (Mihajlović 2018, 52). Najčešći i najvažniji pojavnici oblici dužnosti lojalnosti su one dužnosti koje su u vezi sa pravnim poslovima sa povezanim licima (eng. *related party transactions*) i korišćenjem poslovnih mogućnosti pri-

² Zakon o privrednim društvima Republike Srbije – ZPD, *Službeni glasnik RS* 36/2011, 99/2011, 83/2014 – dr. zakon, 5/2015, 44/2018 i 95/2018.

vrednog društva (eng. *corporate opportunities*) (Gerner-Beuerle, Paech, Schuster 2013, 118). Primeri ispoljavanja dužnosti lojalnosti su i zabrana prevare, ugovori o zajmu i kreditu između privrednog društva kao zajmodavca ili davaoca kredita i direktora kao zajmoprimca ili korisnika kredita, poštovanje zabrane konkurencije prema privrednom društvu, zabrana nezakonitog sticanja profita na osnovu pozicije direktora itd. (Hopt 2013, 176–181).

Najznačajniji oblik odgovornosti za povredu posebnih dužnosti je naknada štete, a pored nje, posledica povrede posebnih dužnosti (u nekim slučajevima povrede dužnosti lojalnosti) može biti prenos koristi ostvarene povredom na privredno društvo. Osim te, imovinske odgovornosti, prisutna je i statusna i krivična odgovornost za povredu posebnih dužnosti. Ali, kako je podnošenje tužbe za povredu posebnih dužnosti praćeno brojnim teškoćama, to za posledicu ima neprimenjivanje (ili malu primenu) instituta posebnih dužnosti u sudskoj praksi, što je još jedna zajednička osobina gotovo svih pravnih sistema. Jedini izuzetak od poslednje navedene konstatacije je američko pravo, mada ni u Sjedinjenim Američkim Državama primena posebnih dužnosti u sudskoj praksi nije zadovoljavajuća.

3. O PERIODU RIZIKA OD STEČAJA

U svom nastanku i razvoju privredno društvo prolazi kroz različite periode. Prvi, početni period je period osnivanja i obezbeđivanja početnog kapitala za obavljanje izabrane privredne delatnosti. Nakon nastanka, privredno društvo ulazi u period redovnog poslovanja, koji, po pravilu, karakteriše finansijski „snažno“ i „zdravo“ privredno društvo. U tom periodu privredno društvo ima tendenciju stalnog razvoja i održivosti, a koji su neizbežno uslovljeni izvesnim, povoljnim okolnostima i činjenicama, vezanim kako za tržište (objektivne), tako i za privredno društvo (subjektivne). Kada neka od tih okolnosti i činjenica, ili više njih istovremeno, postane(nu) nepovoljna(e), finansijsko stanje privrednog društva se pogoršava. Posledica pogoršanja finansijskog stanja može biti insolventnost privrednog društva, koja, pak, može da dovede i do otvaranja stečajnog postupka i gašenja privrednog društva, što bi bio poslednji period u poslovanju privrednog društva (o periodima nastanka i razvoja privrednog društva isto i Pearce II, Lipin 2011, 362; Lepetić 2015, 183). Pojam insolventnosti se u domaćoj stečajnoj praksi poistovećuje sa pojmom nesposobnosti plaćanja, iako on suštinski, u ekonomskom smislu, više odgovara pojmu prezaduženosti (Radović 2017, 336). Iz tog razloga insolventnost u ovom radu shvatamo kao širi pojam, koji obuhvata dva osnovna stečajna razloga u srpskom pravu (nesposobnost plaćanja i prezaduženost). I dok su obeležja perioda osnivanja i nastanka, perioda redovnog poslovanja

i perioda stečaja gotovo nesporna, kao što je nesporna i činjenica da se na prva dva primenjuju pravila kompanijskog prava, a na poslednji, treći, posebna pravna pravila stečajnog prava, postoji jedan poseban, a po mnogo čemu sporan period, koji nastaje nakon redovnog, „zdravog“ poslovanja i traje do otvaranja stečaja, a koji za potrebe ovog rada nazivamo period rizika od stečaja („preteći stečaj“). Taj period poslovanja inostrana pravna literatura označava različitim terminima: „preteća insolventnost“, „blizina insolventnosti“, „zona insolventnosti“ (Dionne 2007, 188; Pearce II, Lipin 2011, 362), a pojedini autori ga, čak, slikovito nazivaju „zonom sumraka“ (Barondes *et al.* 2007, 229; Purslowe 2011, 113; UNCITRAL 2013, 13). No, bez obzira na mnoge nejasnoće, nedorečenosti, različita mišljenja u pravnoj literaturi, kao i različita zakonodavna rešenja (tamo gde ih ima), ovaj, veoma specifičan i veoma osetljiv period, može imati odlučujuću ulogu u daljoj sudbini privrednog društva.

3.1. Vremensko određenje perioda rizika od stečaja

Pre nego što ukažemo na specifičnosti perioda rizika od stečaja, bavićemo se pitanjem određivanja njegovog vremenskog trajanja (početka i kraja „pretećeg stečaja“). To pitanje je i početno, i, možda, osnovno po svom značaju, ali je istovremeno i najspornije pitanje u vezi sa tim periodom poslovanja. A značaj istog pitanja, sa aspekta predmeta ovog rada, ogleda se, ponajpre, u činjenici da je eventualno postojanje bilo kakve posebne pravne regulative, odnosno drugačijeg pravnog režima posebnih dužnosti, uslovljeno, pre svega, određivanjem (barem približnog) vremena u kojem bi se ta posebna pravila primenjivala. Međutim, analizom pravne literature i sudske prakse, prvenstveno zemalja anglosaksonskog prava, koje se periodom rizika od stečaja posebno bave poslednjih decenija, zaključujemo da jasan odgovor na ovo pitanje ne postoji, čak se čini da pravna misao kompanijskog prava nije ni blizu pronalaženja jednoznačnog, jedinstvenog odgovora.

Početak perioda rizika od stečaja može se odrediti na dva načina: korišćenjem objektivnog ili subjektivnog kriterijuma.

Primena objektivnog kriterijuma podrazumeva utvrđivanje stepena ekonomskih i finansijskih teškoća u kojima se privredno društvo nalazi i procenu da li su te teškoće značajne u toj meri da postoji opasnost skorijeg otvaranja stečajnog postupka. Nije jednostavno pronaći precizne ekonomske i finansijske pokazatelje teškoća u kojima se privredno društvo nalazi. Jasan pokazatelj jeste insolventnost, shvaćena kao nesposobnost plaćanja ili prezaduženost. Međutim, svrha definisanja, određivanja početka i kraja „pretećeg stečaja“ ne bi bila potpuno ostvarena ako bismo smatrali da je društvo u tom periodu poslovanja tek kada postane faktički insolventno. Često je u trenutku nastupanja insolventnosti već kasno za blagovremenu reakciju, a u pojedinim pravnim sistemima nastupanje insolventnosti

praćeno je obavezom uprave privrednog društva da pokrene stečajni postupak. Pojedini autori (Davies 2006, 315; Keay 2001, 326) prepoznaju da trenutak nastupanja insolventnosti nije pravi trenutak početka perioda rizika od stečaja, ali ne daju bilo kakvu, drugu, bližu odrednicu početka tog perioda. Oni ostaju na konstatacijama da je dovoljno da se privredno društvo približava insolventnosti, da se nalazi u finansijskim teškoćama, problemima. Tako Endru Kij (Andrew Keay) (2001, 326–329) kao moguće indikatore početka perioda rizika od stečaja navodi „sumnjivu solventnost“, „postojanje rizika insolventnosti“, „finansijsku nestabilnost“. Na sličan način je početak tog perioda poslovanja određen i u najpoznatijem slučaju iz američke sudske prakse (slučaj *Credit Lyonnaais Bank Nederland*), koji se bavio pitanjem pravnog režima posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja (Dionne 2007, 194–195).

Primena subjektivnog kriterijuma u određivanju početka perioda rizika od stečaja zasniva se na subjektivnoj proceni članova uprave privrednog društva, kao najznačajnijih subjekata posebnih dužnosti, o finansijskoj situaciji društva i izgledima da društvo u skorijem periodu postane insolventno. Poreklo subjektivnog kriterijuma i njegovu sve širu zastupljenost u pravnoj literaturi možemo pronaći u institutu nesavesnog poslovanja (eng. *wrongful trading*), karakterističnom za britansko pravo. Taj kriterijum ne daje apstraktan, opšti odgovor na pitanje kada „preteći stečaj“ počinje, već se vezuje za okolnosti konkretnog slučaja i znanje i procenu lica sa posebnim dužnostima. Primenu subjektivnog kriterijuma prihvatila je i Komisija Ujedinjenih nacija za međunarodno trgovinsko pravo (*The United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL*) u svom zakonodavnom vodiču, koji se bavi posebnim dužnostima direktora u periodu rizika od stečaja. Prema tom vodiču (UNCITRAL 2013, 14–15), nastanak posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja, odnosno početak tog perioda poslovanja, vezuje se za znanje direktora, to jest za trenutak u vremenu u kojem lice sa posebnim dužnostima zna ili je osnovano trebalo da zna da je insolventnost preteća ili neizbežna. Iako u osnovi subjektivan, taj kriterijum, onako kako je interpretiran u zakonodavnom vodiču organizacije UNCITRAL, objektiviziran je činjenicom da se procena vrši prema znanju koje bi trebalo da ima razumno lice koje obavlja funkciju direktora. Sličan kriterijum predlaže i Kij (2001, 334), koji smatra da je pravi trenutak za početak perioda rizika od stečaja onaj kada direktor sazna, ili razumno očekuje, da posledica pravne radnje koju preduzima može biti insolventnost privrednog društva. Kij (2001, 334) znanje direktora povezuje sa preduzimanjem konkretne pravne radnje i potencijalne ekonomske posledice te radnje na privredno društvo.

Napred navedeni objektivni i subjektivni kriterijumi za definisanje početka perioda rizika od stečaja ostavljaju brojne praktične dileme i

nedostatke. Osnovni nedostaci objektivnog kriterijuma su njegova nepreciznost i neprimenjivost, zbog određivanja na veoma apstraktan način, kao i zbog teškoća u utvrđivanju činjenice koja bi trebalo da predstavlja „okidač“ za početak perioda rizika od stečaja. Jedini pokazatelj koji je dovoljno jasno određen je insolventnost, ali vezivanje početka perioda rizika od stečaja za insolventnost je, svakako, prilično „zakasneli trenutak“. Osnovni nedostatak subjektivnog kriterijuma je njegova isključiva zasnovanost na znanju i sposobnostima direktora, iz koje proizilazi mogućnost neadekvatne primene pravila koja važe u periodu rizika od stečaja, zbog široke diskrecione ocene o početku tog perioda.

Srpsko pravo poznaje dva osnovna stečajna razloga, koji su, inače, obuhvaćeni pojmom insolventnosti, onako kako je taj pojam shvaćen u ovom radu: nesposobnost plaćanja i prezaduženost (Zakon o stečaju Republike Srbije,³ član 11, stav 2). Nesposobnost plaćanja može biti trajnija i preteća. Za utvrđivanje postojanja trajnije nesposobnosti plaćanja ZS predviđa dve situacije: 1) ako stečajni dužnik ne može da odgovori svojim novčanim obavezama u roku od 45 dana od dana dospelosti obaveze; 2) ako stečajni dužnik potpuno obustavi sva plaćanja u neprekidnom trajanju od 30 dana (ZS, član 11, stav 3). Po istom zakonu, preteća nesposobnost plaćanja postoji ako stečajni dužnik učini verovatnim da svoje već postojeće novčane obaveze neće moći da ispuni po dospeću, a prezaduženost privrednog društva se konstatuje kada je njegova imovina manja od njegovih obaveza, odnosno kada je njegova neto imovina negativna (ZS, član 11, stav 4 i 5). Naše pravo ne reguliše direktno period rizika od stečaja, pa ni njegov početak ni završetak. Nema konkretnih oznaka njegovog trajanja. No, polazeći od toga da u srpskom pravu ne postoji obaveza pokretanja stečajnog postupka, može se zaključiti da je privredno društvo zasigurno ušlo u period rizika od stečaja kada nastupi insolventnost, odnosno kada se ispuni jedan od dva osnovna stečajna razloga. To znači da privredno društvo, bez obzira na mogućnost pokretanja stečajnog postupka, može (što je, i dalje, čest slučaj) odlučiti da nastavi sa poslovanjem i na neko duže vreme. Ali, kako privredno društvo može odlučiti i da odmah po sticanju uslova podnese predlog za otvaranje stečajnog postupka, a kako to mogu učiniti i poverioci, bilo bi dobro i logično povezivanje početka perioda rizika od stečaja sa nekim prethodnim vremenom ili konkretnim, ranijim trenutkom u vremenu. Koje je to vreme (ili trenutak) nije jednostavno odrediti ni u srpskom pravu. Imajući u vidu da našim tržišnim okruženjem još uvek ne vlada (bar ne u dovoljnoj meri) svest o neophodnosti savesnog i poštenog postupanja na tržištu, koje podrazumeva i blagovremenu reakciju na poslovnu krizu, bez namere nanošenja štete poveriocima, čini se da bilo koji subjektivni

³ Zakon o stečaju – ZS, *Službeni glasnik RS* 104/2009, 99/2011 – dr. zakon, 71/2012 – odluka US, 83/2014, 113/2017, 44/2018 i 95/2018.

kriterijum ne bi bio primenjen na adekvatan način u našem pravu. Određivanjem roka nakon čijeg isteka nastupa trajnija nesposobnost plaćanja, kao i definisanjem pojma prezaduženosti, srpski zakonodavac posredno olakšava utvrđivanje početka perioda rizika od stečaja. Iz toga proizilaze neki mogući objektivni kriterijumi za određivanje početka tog perioda: privremena obustava plaćanja (kraća od 30 dana), zastoje u plaćanju, nemogućnost namirenja novčanih obaveza u roku kraćem od 45 dana od dana dospelosti obaveze, smanjivanje neto imovine društva, mnoštvo još uvek nedospelih obaveza, koje mogu negativno da utiču na likvidnost društva i sl.

Određivanje završetka perioda rizika od stečaja ne prate tako velike teškoće. Period rizika od stečaja može se okončati na dva osnovna načina: ozdravljenjem privrednog društva i njegovim izlaskom iz poslovne krize ili otvaranjem stečajnog postupka. Ako privredno društvo „ozdravi“, na njega se u nastavku poslovanja primenjuju pravila kompanijskog prava. Za nas to znači da se nakon „ozdravljenja“ na lica sa posebnim dužnostima ponovo primenjuje opšti pravni režim posebnih dužnosti. Ako privredno društvo ne prevaziđe krizu i ako, ipak, dođe do otvaranja stečaja, nastupa i pravna posledica prestanka ovlašćenja organa i zastupnika društva (ZS, član 74, stav 1), što znači da lica sa posebnim dužnostima gube status iz kojeg proizilaze te dužnosti, pa nema ni mesta njihovoj primeni. Eventualno postojanje posebnih dužnosti stečajnog upravnika posebno je pitanje, koje prevazilazi temu ovog rada.

3.2. Specifičnosti perioda rizika od stečaja

Period rizika od stečaja već neko vreme je u centru interesovanja pravne teorije kompanijskog prava. Ovo interesovanje bilo je posebno izraženo tokom trajanja globalne finansijske krize, a ono ne jenjava ni nakon njenog okončanja. O značaju perioda rizika od stečaja svedoči i činjenica da je radna grupa organizacije UNCITRAL, koja se bavi stečajnim pravom, posebnu pažnju posvetila upravo tom periodu poslovanja privrednog društva i dužnostima direktora u tom periodu.

Period rizika od stečaja ima nekoliko važnih osobenosti. Na prvom mestu, ističe se da u tom periodu članovi privrednog društva više nisu najznačajniji nosioci interesa u vezi sa poslovanjem društva, već da početkom tog perioda tu ulogu preuzimaju poverioci (Davies 2006, 306; Ribstein, Alces 2007, 531; Keay 2003, 668–669; Gerner-Beuerle, Paech, Schuster 2013, 208; Eidenmüller 2006, 242–243). Objašnjenjem navedene konstatacije posebno se bavila tzv. pravno-ekonomska škola misli (škola ekonomske analize prava), koja naglašava da u tom periodu poslovanja preostala imovina privrednog društva suštinski, u ekonomskom smislu, pripada poveriocima. Naime, kako se imovina privrednog društva smanjuje, tako se smanjuje i interes članova privrednog društva u vezi

sa tom imovinom, jer ona (imovina koja je preostala) ne može biti iskorišćena za isplatu dividendi članovima društva, već jedino za namirenje potraživanja poverilaca prema društvu. U pravnoj literaturi poslednjih godina osnovni problem vezan za taj period poslovanja privrednog društva proizilazi upravo iz napred navedene činjenice o promeni osnovnog i najznačajnijeg nosioca interesa (Davies 2006, 306; Ribstein, Alces 2007, 531; Keay 2003, 668–669). Posledica te promene je težnja uprave privrednog društva, onda kada je ona pod snažnim uticajem vlasnika (što je veoma izraženo u malim i srednjim društvima), da preuzima veoma rizične poslove, to jest poslove koji imaju male izgleda za uspeh, ali koji potencijalno mogu doneti veliku korist i izbavljenje iz krize privrednom društvu. Rizik takvih poduhvata suštinski snose samo poverioci, jer su članovi društva u trenutku preuzimanja tih poslova već izgubili mogućnost ostvarenja svog osnovnog ekonomskog interesa u vezi sa poslovanjem društva (dobit, dividendu), pri čemu korist od eventualnog uspeha posla imaju prvenstveno članovi. Proizilazi da kompanijskoppravna misao stavlja u prvi plan, ističe kao najveći problem vezan za period rizika od stečaja, zaštitu poverilaca od suviše rizičnih poslovnih poduhvata uprave društva.

Ali, to svakako nije jedino pitanje koje je vredno pažnje u vezi sa periodom rizika od stečaja. U tom periodu poslovanja više nego u bilo kojem drugom postoji potreba za snažnim, sposobnim, prilagodljivim, efikasnim menadžmentom (UNCITRAL 2013, 5). Iako otvaranje stečaja, pa čak ni gašenje privrednog društva, ne moraju da budu sami po sebi loši, tokom perioda rizika od stečaja neophodno je učiniti sve napore u realnom pokušaju da do stečaja, ipak, ne dođe. Ključnu ulogu u tom pokušaju imaju članovi uprave društva, i to prvenstveno direktori. Zato, osim zaštite interesa poverilaca, ne smeju biti zanemareni ni interes privrednog društva ni interesi drugih stejkholdera, a na prvom mestu zaposlenih, kojima radni odnos prestaje po sili zakona otvaranjem stečaja.

Postoje različiti pravni mehanizmi kojima se nastoje pomiriti suprotstavljeni interesi koji postoje između različitih stejkholdera u periodu rizika od stečaja. Takvo balansiranje između različitih interesa nije nepoznanica u kompanijskom pravu, a celokupno korporativno upravljanje se zasniva upravo na usklađivanju interesa različitih lica koja utiču na poslovanje privrednog društva. U uporednom pravu se koriste sledeći mehanizmi za pravno regulisanje perioda rizika od stečaja: 1) nametanje obaveze pokretanja stečajnog postupka kada nastane stečajni razlog, u zakonom određenom, obično ne dugom roku nakon nastupanja stečajnog razloga; 2) promena objekta posebnih dužnosti i ustanovljavanje posebnih dužnosti prema poveriocima; 3) uređenje posebnog pravnog instituta nesavesnog poslovanja (eng. *wrongful trading*), koji podrazumeva obavezu uprave privrednog društva da prestane sa poslovanjem od trenutka

kada nastupanje stečajja postaje neizbežno (Gerner-Beuerle, Paech, Schuster 2013, 210–211).

Srpsko pravo ne poznaje nijedan od napred navedenih mehanizama, koji se, na različite načine, odnose na period rizika od stečajja. U nastavku rada bavićemo se pitanjem primene instituta posebnih dužnosti prema privrednom društvu u periodu rizika od stečajja, odnosno pitanjem *da li i na koji način* taj institut može da doprinese uspostavljanju ravnoteže između različitih stejkholdera i rešavanju ili ublažavanju problema i pitanja karakterističnih za taj period poslovanja.

4. KARAKTERISTIKE I ZNAČAJ POSEBNIH DUŽNOSTI U PERIODU RIZIKA OD STEČAJJA

Institut posebnih dužnosti prema privrednom društvu u srpskom pravu, ali i u pravu većine drugih zemalja, istovetno je tretiran u svim periodima poslovanja privrednog društva, znači i u periodu rizika od stečajja. Nepostojanje drugačije pravne regulative nameće pitanje osnovanosti stvaranja iste, odnosno mogućnosti prilagođenog tumačenja i primene postojeće regulative u periodu rizika od stečajja, u skladu sa njegovim osobenostima, o kojima je bilo reči u prethodnom delu rada. U ovom delu rada razmotrićemo osobenosti posebnih dužnosti u periodu rizika od stečajja, i to u pogledu subjekata, objekta, vrsta i odgovornosti.

4.1. Subjekti posebnih dužnosti u periodu rizika od stečajja

Pitanje određivanja subjekata posebnih dužnosti u periodu rizika od stečajja izaziva najmanje nedoumica u vezi sa primenom posebnih dužnosti u tom specifičnom periodu poslovanja. Najznačajniji subjekti posebnih dužnosti mogu se razvrstati na članove privrednog društva i direktore i druga lica koja čine upravu privrednog društva. Primena posebnih dužnosti na ta lica svakako je nužna i u periodu rizika od stečajja, jer je reč o licima koja vrše najveći uticaj na poslovanje privrednog društva, naročito kroz donošenje poslovnih odluka, koje su u tom periodu poslovanja posebno važne i osetljive. I dok nema nikakve dileme da potreba za sužavanjem subjekata dužnosti u periodu rizika od stečajja ne postoji, izvesna dilema postoji u vezi sa potrebom za proširenjem subjekata dužnosti u tom periodu na *de facto* direktore⁴ i direktore iz senke (eng. *shadow directors*).⁵

⁴ *De facto* direktor je lice koje u privrednom društvu, ali i u pravnom prometu (prema trećim licima) istupa kao direktor društva, iako nije izvršen pravno valjan izbor tog lica za direktora (Mihajlović 2018, 82).

⁵ Direktori iz senke su lica koja ne istupaju ni u društvu ni u pravnom prometu kao direktori, ali na neki drugi način ostvaruju značajan uticaj na upravljanje i poslovanje

Iako se rasprava o primeni posebnih dužnosti na *de facto* direktore i direktore iz senke odnosi na sve periode poslovanja privrednog društva, ona je povodom perioda rizika od stečaja nešto intenzivnija i izraženija. S jedne strane, primena posebnih dužnosti na faktičke direktore i direktore iz senke u periodu rizika od stečaja ima smisla jer se time uspostavlja pojačana odgovornost šireg kruga lica za postupke preduzete u tom veoma osetljivom periodu. Posledice radnji, postupaka i odluka mogu biti dalekosežne i često „pogađaju“ brojne stejkholdere, pa je zato opravdano propisati i pojačanu odgovornost, koja se primenjuje na sva lica koja utiču na poslovanje privrednog društva. To proširenje je prihvaćeno u nemačkoj i austrijskoj sudskoj praksi, koje priznaju postojanje posebnih dužnosti faktičkih direktora insolventnog privrednog društva, odnosno društva koje se približava insolventnosti (Gerner-Beuerle, Paech, Schuster 2013, 45, 49). I francuski Trgovački zakonik prihvata to proširenje izričito propisujući odgovornost *de facto* direktora kada je privredno društvo insolventno (Conac, Enriques, Gelter 2007, 509 fn. 70). Njihova odgovornost u tim zemljama obuhvata slučaj neblagovremenog pokretanja stečajnog postupka i slučaj suvišnog, nepromišljenog trošenja sredstava društva u periodu rizika od stečaja. UNCITRAL (2013, 16), takođe, preporučuje primenu posebnih dužnosti i na ona lica koja vrše faktičku kontrolu i obavljaju poslove u nadležnosti direktora. S druge strane, proširenje primene posebnih dužnosti na faktičke direktore i direktore iz senke može negativno uticati na lica koja mogu da pruže nova finansijska sredstva privrednom društvu, koje se nalazi u blizini stečaja (Davies 2006, 312). Tu prvenstveno mislimo na banke, ali i na privredna društva koja zajedno sa privrednim društvom koje je u finansijskoj krizi čine grupu privrednih društava. Ti subjekti finansijsku pomoć privrednom društvu često uslovljavaju uspostavljanjem posebnih upravljačkih i kontrolnih ovlašćenja, zasnovanih na specifičnim ugovornim klauzulama, sadržanim u ugovoru o kreditu, zajmu ili drugom ugovoru, kojim se finansijska pomoć realizuje (Davies 2006, 312). Tim klauzulama se poveriocu iz ugovornog odnosa (banka, društvo „majka“ i sl.) daje pravo da utiče na donošenje ključnih poslovnih odluka ili se dužnik iz ugovora (privredno društvo u krizi) obavezuje da obaveštava poverioca o značajnim poslovnim događajima. Priznavanjem postojanja posebnih dužnosti direktora iz senke stvara se mogućnost da se lica, koja na osnovu navedenih ugovornih klauzula imaju određeni uticaj na poslovanje privrednog društva, smatraju direktorima iz senke, pa nema sumnje da ta lica u tom slučaju ne bi želela da preuzimaju povećani rizik i eventualnu odgovornost za radnje i postupke koje preduzima privredno društvo, koje se nalazi u blizini stečaja. Iako UNCITRAL priznaje potrebu za postojanjem posebnih dužnosti faktičkih direktora i direktora iz senke, ta organizacija prepoznaje i opasnost od primene posebnih duž-

privrednog društva, koji im daje izvestan stepen faktičke kontrole, sličan ovlašćenjima koja obično imaju lica koja su direktori društva (Mihajlović 2018, 83).

nosti na banke i druge institucionalne poverioce, čija uloga može biti presudna u „oživljavanju“ privrednog društva (UNCITRAL 2013, 16). Sve dok je ta uloga samo savetodavna, odnosno sve dok direktori privrednog društva imaju diskreciono pravo da odluče da li će prihvatiti primljeni savet, banke i druge institucionalne poverioce ne treba smatrati subjektima posebnih dužnosti. Oni ne postaju subjekti ni kada nakon njihovog „saveta“ društvo nema veću mogućnost da odstupi od „saveta“ jer bi posledica njegovog neprihvatanja bilo uskraćivanje dalje finansijske podrške (UNCITRAL 2013, 16).

Dobro je poznato da srpsko pravo ne poznaje pojam faktičkog direktora i direktora iz senke, pa tako analizirana dilema o potrebi uspostavljanja posebnih dužnosti faktičkih direktora i direktora iz senke u periodu rizika od stečaja nema veći značaj za srpsko pozitivno kompanijsko pravo.

4.2. Objekat posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja

Pitanje utvrđivanja objekta posebnih dužnosti privlači najviše pažnje u pravnoj literaturi, povodom pravnog režima posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja. To proizilazi iz činjenice da ionako složeno pitanje objekta dužnosti i u redovnom periodu poslovanja, na koje konačan i nedvosmislen odgovor ne postoji već ostaje uvek, manje ili više, nedorečen, „maglovit“, u periodu rizika od stečaja postaje još komplikovanije. Ta konstatacija je zasnovana na nesumnjivo većoj ulozi i značaju poverilaca u tom periodu poslovanja i potrebi da ta uloga i značaj budu, na neki način, priznati kroz proširenje ili promenu objekta posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja.

Nacionalna zakonodavstva se, po pitanju promene ili proširenja objekta posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja, mogu podeliti u dve grupe, u skladu sa tradicionalnom podelom na dva velika pravna sistema (anglosaksonski i kontinentalni). U pravnoj literaturi se čak navodi da je osnovna razlika između dva velika pravna sistema, povodom pitanja zaštite poverilaca, upravo u tome što zemlje kontinentalnoevropske pravne tradicije poznaju pravila o minimalnom osnovnom kapitalu, kao najznačajnijem sredstvu zaštite poverilaca, dok zemlje koje pripadaju anglosaksonskom pravnom krugu umesto tih pravila prihvataju postojanje posebnih dužnosti prema poveriocima u periodu rizika od stečaja (Spindler 2006, 344).

Zemlje anglosaksonskog prava (Velika Britanija, Republika Irska, Australija, Kanada, Kipar itd.), znači, prihvataju izvesnu promenu, odnosno proširenje objekta posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja (Keay 2015, 144). U tim zemljama su inače dužnosti prema poveriocima posebno razvijene, a njihova sadržina, intenzitet i obim predmet su dugotrajnih naučnih rasprava. Među zemljama anglosaksonskog prava,

povodom analiziranog pitanja, poseban značaj se pridaje britanskom pravu, u kojem je kompanijskim zakonom (Zakon o kompanijama Velike Britanije,⁶ član 172, stav 3) izričito priznata potreba da se u periodu rizika od stečaja uzimaju u obzir interesi poverilaca. Izvesna promena u definiciji objekta posebnih dužnosti, kada su u pitanju države članice Evropske unije (EU), koje su bile predmet analize Studije Londonske škole za ekonomiju i političke nauke o dužnostima i odgovornostima direktora, uočljiva je i u pojedinim zemljama koje ne pripadaju anglosaksonskoj pravnoj tradiciji, poput Danske, Estonije, Letonije i Mađarske (Gerner-Beuerle, Paech, Schuster 2013, 212). UNCITRAL (2013, 13), takođe, prihvata promenu objekta dužnosti, time što u svom zakonodavnom vodiču predlaže pravilo kojim se predviđa „uzimanje u obzir“ (eng. *due regard*) interesa poverilaca i drugih stejkholdera u periodu rizika od stečaja.

Drugu grupu zemalja čine prvenstveno zemlje kontinentalnoevropske pravne tradicije, koje ne prihvataju promenu ili proširenje objekta posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja (Nemačka, Francuska, Italija, Španija, Portugalija, Luksemburg itd.) (Gerner-Beuerle, Paech, Schuster 2013, 212). No, neprihvatanje promene objekta posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja u zemljama civilnog prava ne znači da su interesi poverilaca u tom periodu poslovanja u tim zemljama zanemareni. Već je rečeno da postoje različiti pravni mehanizmi, koji služe rešavanju problema i pitanja karakterističnih za period rizika od stečaja, a većina evropskih zemalja u svojim nacionalnim pravima poznaje neki od tih mehanizama (jedan ili više njih istovremeno). Međutim, čak i kada ne postoji bilo kakva promena u pravnoj regulativi posebnih dužnosti, institut posebnih dužnosti, sam po sebi, svojom suštinom, doprinosi kvalitetnijoj zaštiti poverilaca (ali i drugih stejkholdera, prvenstveno zaposlenih) u periodu rizika od stečaja. Naime, u tom periodu poslovanja interesi poverilaca i drugih stejkholdera postaju važniji, prioritetniji, nego što je to slučaj u drugim periodima poslovanja, pa, stoga, lakše i očiglednije postaju objekat posebnih dužnosti, odnosno sastavni deo pojma „interes privrednog društva“, koji je uvek primarni objekat posebnih dužnosti. „Interes privrednog društva“ u periodu rizika od stečaja nesumnjivo u većoj meri nego u drugim periodima poslovanja podrazumeva interese poverilaca i drugih stejkholdera (koji se izričito pominju u vodiču organizacije UNCITRAL, 2013, 12).

Na ovom mestu valja napomenuti da je moguća promena zakonodavnog pristupa država članica EU koje ne prihvataju promenu ili proširenje objekta posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja, nakon implementacije odredbe člana 19 nove Direktive EU o restrukturiranju i insolventnosti,⁷ kojom se propisuje obaveza država članica EU da osigu-

⁶ Zakon o kompanijama Velike Britanije iz 2006. godine (Companies Act 2006 – SA).

⁷ Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifica-

raju da, kada postoji verovatnoća da će nastupiti insolventnost, direktori uzimaju u obzir ne samo interese članova već i interese poverilaca i drugih stejkholdera.⁸

Američko pravo u pogledu promene objekta posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja nije sasvim, odnosno precizno opredeljeno, naročito zbog činjenice da je objekat različito definisan u različitim saveznm državama (Curry, Schorer 2016, 185–189). Ali, važno je napomenuti da je najznačajniji slučaj po ovom pitanju slučaj *Credit Lyonnaais Bank Nederland*, u kojem je Vrhovni sud Delavera zauzeo stav da je objekat posebnih dužnosti „zajednica različitih nosilaca interesa“ (eng. *community of interest*) (Dionne 2007, 195). Navedeni slučaj očigledno približava američko pravo, barem kada je reč o Delaveru, drugoj grupi zemalja. Slično stanovište zastupa i Kij (2005, 634), koji predlaže da se prilikom utvrđivanja objekta posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja poče od pristupa, koji promovise „maksimizaciju entiteta“ (eng. *entity maximization approach*). Kada govorimo o američkom pravu, ne smemo zanemariti ni činjenicu da pojedine države (npr. Njujork) prihvataju drugačiji pristup i ustanovljenje dužnosti samo prema poveriocima, mada retke su one koje ustanovljenje ovih dužnosti vezuju za ulazak u „zonu insolventnosti“, već uglavnom za trenutak kada privredno društvo postane faktički insolventno (Curry, Schorer 2016, 187–189).

Ono što je zajedničko i za jednu i za drugu grupu zemalja, bez obzira na to da li neka zemlja priznaje direktno, neposredno ili samo posredno interes poverilaca kao relevantan u periodu rizika od stečaja, je nepostojanje jedinstvenog stava o tome kako bi ostvarivanje tog interesa u praksi trebalo sprovesti. Osnovna dilema svodi se na sledeće: da li interesi poverilaca postaju primarni, prvenstveni, prioritetni, ili interesi te grupe stejkholdera u tom periodu poslovanja postaju izjednačeni sa interesima članova privrednog društva, inače (u drugim periodima) najznačajnijim nosiocima interesa, odnosno da li interesi poverilaca (p)ostaju samo jedan od više različitih nosilaca interesa, koji su objekat posebnih dužnosti. Čini se da nigde nije prihvaćeno pravilo koje postavlja interese poverilaca na prvo mesto, ispred svih ostalih interesa u periodu rizika od stečaja. To nas dovodi do zaključka da, praktično posmatrano, razlike između dva analizirana pristupa nisu velike, jer i jedan i drugi podrazumevaju „uzimanje u obzir“ interesa poverilaca, pri čemu interesi drugih stejkholdera nipošto ne smeju biti zanemareni. U kojoj meri će biti uspostavljena pravilna i pravična ravnoteža između različitih interesa zavisi od procene lica koja su subjekti posebnih dužnosti u svakoj konkretnoj

tions, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt, and amending Directive (EU) 2017/1132, OJ L 172/18, 26/6/2019.

⁸ Rok za implementaciju Direktive EU o restrukturiranju i insolventnosti je 17. jul 2021. godine (Direktiva EU o restrukturiranju i insolventnosti, član 34, stav 1).

faktičkoj situaciji, odnosno suda, koji procenjuje postojanje povrede posebne dužnosti u konkretnom slučaju. Ovde valja pomenuti i činjenicu da ni interesi poverilaca nisu homogeni, jedinstveni, već da i među njima postoje brojne, značajne razlike, koje nameću uspostavljanje ravnoteže ne samo između različitih stejkholdera već i između različitih užih grupa, koje postoje među stejkholderima. Tako među poveriocima razlikujemo prvenstveno obezbeđene i neobezbeđene poverioce, poverioce sa dugoročnim i poverioce sa kratkoročnim potraživanjima, institucionalne poverioce, koji obično koriste različite i vrlo efikasne mehanizme zaštite svojih potraživanja, i poverioce koji nemaju značajniju ekonomsku moć, poslovne partnere i poverioce čije potraživanje proizilazi iz vanugovorne (deliktne) odgovornosti dužnika (privrednog društva u blizini stečaja) itd. (videti Keay 2005, 629–633). Među različitim grupama poverilaca čini se da prioritet uvek treba dati onim poveriocima koji nemaju razvijene mehanizme zaštite i sredstva obezbeđenja (isto i Davies 2006, 307).

Srpsko pravo na jedinstven način reguliše pitanje objekta posebnih dužnosti u svim periodima poslovanja privrednog društva. Objekat posebnih dužnosti, kao i u većini zemalja članica EU, jeste privredno društvo. To znači da se pojam „interes privrednog društva“ i u srpskom pravu menja, prilagođava okolnostima u kojima se privredno društvo nalazi, odnosno periodu poslovanja. Za srpsko pravo može biti relevantan tzv. progresivni pristup pitanju objekta posebnih dužnosti, koji predlaže Kij (2015, 159). Prema tom pristupu, u redovnom periodu poslovanja prioritet imaju interesi članova, na početku perioda rizika od stečaja (dok je društvo solventno) podjednak značaj se pridaje interesima članova i poverilaca, dok u odmaklom periodu rizika od stečaja (kada je društvo insolventno, a stečaj nije otvoren niti je podnet predlog za otvaranje stečaja) na prvo mesto stupaju interesi poverilaca (Keay 2015, 159).

4.3. Vrste posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja

Sve poslovne odluke koje uprava privrednog društva i druga lica koja imaju odlučujući uticaj na poslovanje privrednog društva donose u periodu rizika od stečaja mogu se podeliti na one čiji je cilj rešavanje nastale poslovne krize (pronalaženjem načina za prevazilaženje krize ili prihvatanjem činjenice da je kriza nepremostiva prepreka za nastavak normalnog poslovanja privrednog društva) i na brojne, pojedinačne poslovne odluke koje se odnose kako na svakodnevno poslovanje privrednog društva, i koje se inače donose i u drugim periodima poslovanja (na primer, zaključivanje ugovora sa poslovnim partnerima, odluke u vezi sa radnim odnosima zaposlenih, formiranje cena proizvoda na tržištu itd.), tako i na realizovanje donetih strateških odluka. Vodeći se veoma sličnom logikom, Pol Dejvis (Paul Davies) (2006, 303) sve poslovne odluke koje se donose u tom periodu poslovanja deli na strateške i pojedinačne,

konkretne. Ta podela je značajna za način primene dve osnovne vrste posebnih dužnosti prema privrednom društvu u tom periodu poslovanja. Dužnost pažnje ima presudan značaj za donošenje strateške odluke o načinu rešavanja poslovne krize, dok primena pojedinih oblika ispoljavanja dužnosti lojalnosti može biti značajna za donošenje brojnih, pojedinačnih poslovnih odluka.

4.3.1. Dužnost pažnje u periodu rizika od stečaja

Dužnost pažnje kao najznačajniji kriterijum procenjivanja ispravnosti poslovnih odluka, prvenstveno direktora privrednog društva, jeste pravni standard, čija se primena, kao i svakog drugog pravnog standarda, prilagođava okolnostima konkretnog slučaja. Prilagodljivost, fleksibilnost i donekle promenljivo značenje te dužnosti vode nas do pitanja na kojim način tu dužnost treba primeniti u vezi sa jednom od najznačajnijih odluka koja se donosi u periodu rizika od stečaja, a to je odluka kako i na koji način izaći iz tog perioda, odnosno poslovne krize.

Nekoliko je mogućnosti: 1) nastavak poslovanja i rešavanje poslovne krize bez sprovođenja bilo kakvog postupka formalne prirode, preuređivanjem odnosa sa poveriocima, pronalaženjem novih načina finansiranja kompanije, privlačenjem novog, „svežeg“ kapitala i sl.; 2) nastavak poslovanja i pokušaj „spasavanja“ privrednog društva u nekom od zakonom predviđenih postupaka, a u srpskom pravu su to podnošenje predloga za otvaranje stečaja sa unapred pripremljenim planom reorganizacije i pokretanje postupka sporazumnog finansijskog restrukturiranja; 3) prekid poslovanja i otvaranje stečajnog postupka, koji će, osim ako poverioci ne odluče drugačije, biti okončan bankrotstvom ili prodajom stečajnog dužnika kao pravnog lica (slično i Radović 2017, 31–33).

U pravnim sistemima koji poznaju pravilo poslovne procene (eng. *business judgment rule*) osnovno pitanje koje se postavlja prilikom ocene odluke direktora o načinu rešavanja poslovne krize u periodu rizika od stečaja jeste da li to pravilo, koje u velikoj meri štiti interese direktora i njegovu diskrecionu ocenu, važi na isti način i tokom tog specifičnog perioda poslovanja, odnosno da li se na odluku direktora o rešavanju poslovne krize ograničava njegova primena. U pravu američke savezne države Delaver, u čijoj sudskoj praksi je pravilo poslovne procene razvijeno, nema dileme da se na odluke direktora donete u periodu rizika od stečaja, takođe, na isti način kao i u drugim periodima poslovanja, primenjuje to pravilo (Curry, Schorer 2016, 186; Dionne 2007, 189; Ribstein, Alces 2007, 541). Gerald Spindler (Gerald Spindler) (2006, 352) predlaže, međutim, da se povodom pitanja primene pravila poslovne procene napravi razlika, s jedne strane, između malih i srednjih privrednih društava, koja najčešće predstavljaju zatvorene forme privrednih društava i u kojima je uticaj vlasnika društva na poslovanje veoma izražen, te da se

na njih, upravo zbog intenziteta i eventualnih negativnih posledica navedenog uticaja, primeni pravilo poslovne procene nešto slabijeg intenziteta, a s druge strane, kada je reč o velikim privrednim društvima u kojima menadžment često nije pod uticajem vlasnika kompanije, nema prepreke, prema Spindlerovom mišljenju (2006, 352), da se to pravilo primeni na istovetan način kao i u ostalim periodima poslovanja privrednog društva.

Iako srpsko pravo ne poznaje pravilo poslovne procene na način na koji je ono određeno u američkom pravu (videti Cebriá 2018, 43–48; Vasiljević 2011, 32–35), način primene tog pravila u uporednom pravu u periodu rizika od stečaja važan je u traženju odgovora na, i za naše pravo, značajno pitanje: da li primena dužnosti pažnje u tom periodu poslovanja treba da bude stroža, istovetna ili blaža u odnosu na redovni period poslovanja? Kao primer strože primene dužnosti pažnje u uporednom pravu možemo navesti dansko pravo, koje od lica sa posebnim dužnostima zahteva da ispolje pojačani stepen pažnje u periodu rizika od stečaja (Gerner-Beuerle, Paech, Schuster 2013, 213). Primena dužnosti pažnje trebalo bi, po našem mišljenju, da bude stroža i u srpskom pravu, odnosno od direktora bi trebalo očekivati „nešto veći“ stepen pažnje tokom trajanja perioda rizika od stečaja.⁹ Nekoliko je razloga za to. Prvi, srpsko pravo ne poznaje nijedan od pravnih mehanizama za rešavanje problema i pitanja karakterističnih za period rizika od stečaja, pa bi zato pojačana dužnost pažnje, na neki način, barem delimično, mogla da nadomesti nedostatak tih mehanizama. Drugi, u tom periodu poslovanja privrednom društvu je zaista potreban snažan, prilagodljiv, efikasan menadžment, mnogo više nego što je to slučaj u drugim periodima poslovanja. Treći, pojačana dužnost pažnje, na neki način, rešava sve nedoumice kojima se pravna teorija kompanijskog prava godinama bavi, a koje se odnose na već pomenuta i delimično analizirana pitanja prioriteta poverilaca ili balansiranja interesa poverilaca, članova i privrednog društva, odnosno prihvatanja nekog novog, inovativnog, ali svakako komplikovanog za primenu, rešenja (kao što je, na primer, Kijov princip maksimizacije entiteta).

Pojačana dužnost pažnje zahteva od direktora da uloži maksimalan napor da pronade najbolje moguće rešenje za privredno društvo, uvažavajući u određenoj meri pomenuti progresivni pristup pitanju objekta posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja, koji se zasniva na premisi „što je privredno društvo bliže stečaju, interesi poverilaca treba da imaju sve veću ulogu“ (Keay 2015, 159). Pojačana dužnost pažnje suštinski znači da se od direktora u periodu rizika od stečaja očekuje pojačana, dodatna obazrivost, opreznost, pažljiva analiza svake mogućnosti za dalji razvoj privrednog društva, ali i veća efikasnost i brže donošenje odluka nego inače. Ona znači i to da direktori nikako ne smeju da preduzimaju previše

⁹ O „očiglednoj potrebi pojačane pažnje direktora“ govori i Tatjana Jevremović Petrović (2011, 133).

rizične projekte, to jest one projekte u kojima postoji velika nesrazmera između potencijalne dobiti i mogućnosti ostvarivanja te dobiti (mala verovatnoća uspeha, velika dobit). S druge strane, pojačana dužnost pažnje ne sme da znači i безусловnu odgovornost direktora za negativne posledice donete odluke, ako je odluku doneo razumno verujući da je ona u interesu privrednog društva. Prevelika strogost mogla bi da utiče na prerano oduštanje direktora od borbe za opstanak društva i izbor za njih sigurnijeg, bezbednijeg puta, a to je podnošenje predloga za otvaranje stečaja. Iako stečaj nesporno jeste legitimni način prestanka privrednog društva, koji nipošto ne treba izbegavati po svaku cenu jer je to često jedini način za očuvanje preostale imovine privrednog društva i (delimično) namirenje poverilaca društva, uvek treba imati u vidu i da se, iz ekonomskog ugla, ukupna vrednost privrednog društva smanjuje otvaranjem stečaja (smanjuje se tzv. *going concern* vrednost biznisa) (Eidenmüller 2006, 243). Suviše blaga primena dužnosti pažnje dovela bi, pak, do preteranog izbegavanja stečaja, posebno zbog činjenice da u pravnim sistemima, poput srpskog, koji ne poznaju koncept lične uprave, odnosno u kojima otvaranjem stečaja automatski nastupa pravna posledica prestanka ovlašćenja svih organa društva, stečaj praktično znači gubitak posla za direktore i druge članove uprave privrednog društva.

U cilju pronalaženja načina za što efikasnijim donošenjem ispravne strateške odluke o načinu rešavanja poslovne krize, veoma je korisno definisati izvesne principe i procedure koje direktor treba da sledi tokom perioda rizika od stečaja. Taj metod koristi i UNCITRAL (2013, 10–13) u svom zakonodavnom vodiču o dužnostima direktora tokom perioda rizika od stečaja. Čini se da je osnovni princip kojeg direktor privrednog društva treba da se drži kada donosi neku od pomenutih odluka pronalaženje odgovarajuće ravnoteže između preterane obazrivosti i preteranog preuzimanja rizika (isto i Keay 2015, 162). Držeći se osnovnog principa, direktor bi trebalo da sledi i sledeće pojedinačne preporuke (neke od njih sadržane su i u zakonodavnom vodiču organizacije UNCITRAL): odluka mora biti doneta brzo, na samom početku perioda rizika od stečaja, jer ova faza ne sme dugo da traje, a pravovremena reakcija direktora privrednog društva je od suštinskog značaja za rešavanje poslovne krize; prilikom donošenja odluke u obzir treba uzeti interese svih stejkholdera, pri čemu se značaj interesa poverilaca povećava srazmerno povećanju stepena ozbiljnosti finansijske krize privrednog društva; neophodno je da direktor bude adekvatno informisan o svim aspektima poslovanja i mogućim razvojnim šansama privrednog društva, a u tom cilju je dužan da se posavetuje sa što širim krugom lica, koja mu mogu pomoći da odluku donese na pravi način (obaveza prikupljanja informacija i pribavljanja saveta od drugih stručnih lica i inače je jedna od obaveza koje proizilaze iz dužnosti pažnje); u postupak odlučivanja, u meri u kojoj to ne remeti brzinu i efikasnost donošenja odluke, treba da budu uključeni i članovi

privrednog društva, koji o aktuelnoj situaciji treba da budu obavešteni na vanrednoj sednici skupštine društva (i onda kada neto imovina društva nije manja od 50% osnovnog kapitala, odnosno kada ne postoji obaveza sazivanja vanredne skupštine); sednice odbora direktora, ako u društvu postoji taj kolegijalni organ, treba da budu što češće u periodu rizika od stečaja (UNCITRAL 2013, 10–13).

4.3.2. Dužnost lojalnosti u periodu rizika od stečaja

Osim strateške odluke o načinu rešavanja poslovne krize, koja je dovela do nastupanja perioda rizika od stečaja, u tom periodu poslovanja pod posebnom „lupom“ moraju biti i brojne pojedinačne poslovne odluke koje donose lica sa posebnim dužnostima prema privrednom društvu. Osnovni razlog za posebnu kontrolu tih poslovnih odluka i eventualnih pravnih poslova i radnji nastalih kao rezultat tih odluka jeste realna opasnost od zloupotreba. To se, pre svega, odnosi na članove privrednog društva kada imaju svojstvo subjekta posebnih dužnosti, ali i onda kada to svojstvo nemaju a imaju značajan uticaj na članove uprave privrednog društva. Oni mogu zaključivati pravne poslove ili preduzimati pravne radnje usmerene ka prisvajanju preostale imovine privrednog društva, na štetu poverilaca i/ili manjinskih članova društva. Upravo zato pojedini pojavni oblici dužnosti lojalnosti mogu i treba da doprinesu otklanjanju navedene opasnosti i zaštiti interesa poverilaca i manjinskih članova.

Među različitim i brojnim oblicima ispoljavanja dužnosti lojalnosti u uporednom pravu, od kojih su neki pomenuti u prethodnom delu rada, za potrebe ovog rada od naročitog značaja su dva: pravni poslovi sa povezanim licima, odnosno dužnost prijavljivanja poslova i radnji u kojima postoji lični interes (koristimo terminologiju prihvaćenu u srpskom pravu) i zabrana korišćenja imovine privrednog društva, kao jedan vid ispoljavanja dužnosti izbegavanja sukoba interesa. Pravna regulativa poslova i radnji sa povezanim licima od značaja je u periodu rizika od stečaja jer preduzimanjem tih poslova i radnji lica sa dužnostima mogu, na nezakonit način, „izvlačiti“ preostalu imovinu privrednog društva. Isto važi i za korišćenje imovine privrednog društva u interesu lica sa posebnim dužnostima ili sa njima povezanog lica. I u jednom i u drugom slučaju, osnovna procedura, koja je prihvaćena u pravu većine država članica EU, u srpskom pravu, kao i u novoj, izmenjenoj Direktivi EU o pravima akcionara,¹⁰ podrazumeva da ti poslovi i radnje moraju biti najpre prijavljeni nadležnom organu privrednog društva, a nakon toga je neophodno da se dobije odobrenje za iste, a u nekim slučajevima se zahteva i objavljivanje posla.

¹⁰ Directive (EU) 2017/828 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 amending Directive 2007/36/EC as regards the encouragement of long-term shareholder engagement, OJ L 132/1, 20/5/2017.

I pored toga što srpska regulativa poslova i radnji sa ličnim interesom ima brojne mane (videti Mihajlović 2018a, 65–66), koje prevazilaze temu ovog rada, treba istaći da, barem u periodu rizika od stečaja, te mane ne bi trebalo da proizvedu negativne posledice po interese privrednog društva, članova, poverilaca i drugih stejkholdera u privrednom društvu. Veoma je važno i opravdano postojanje instituta pobijanja pravnih radnji stečajnog dužnika, kojim je u srpskom pravu obuhvaćeno mnoštvo poslova i radnji, kao i faktičkih situacija, u kojima postoji opasnost da tokom perioda rizika od stečaja lica sa posebnim dužnostima pokušaju da nezakonito prisvoje imovinu društva (ZS, čl. 119–130). Ali, to ne znači da dužnost lojalnosti nema poseban značaj u tom periodu poslovanja. Naprotiv, dužnost lojalnosti je značajan *ex ante* pravni mehanizam, koji nametanjem obaveze prijavljivanja određenih poslova i radnji odvraća lica sa dužnostima od preduzimanja tih poslova i radnji. Pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika, s druge strane, predstavlja *ex post* mehanizam, koji se aktivira tek nakon što je sporan posao zaključen ili radnja preduzeta, a čijom primenom se ostvaruje mogućnost da imovina koja je bila predmet posla ili radnje postane deo stečajne mase.

4.4. Odgovornost za povredu posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja

Već je rečeno da je sudska primena instituta posebnih dužnosti nezadovoljavajuća u gotovo svim pravnim sistemima, odnosno da je broj podnetih tužbi za povredu posebnih dužnosti neznatan i nedovoljan. Ta opšta ocena odnosi se i na primenu tog instituta povodom povreda posebnih dužnosti, nastalih tokom trajanja perioda rizika od stečaja. Iako je gotovo nesporno i opšte prihvaćeno da na efikasniju i učestaliju primenu posebnih dužnosti u sudskoj praksi, utiču brojni faktori, među kojima pravna regulativa ovog instituta predstavlja samo jedan faktor (verovatno nepresudan), nameće se potreba i za analizom tri pitanja koja izazivaju dileme u vezi sa sudsom primenom pravila o posebnim dužnostima za slučaj povrede posebnih dužnosti tokom perioda rizika od stečaja. To su sledeća pitanja: 1) koji su oblici odgovornosti za povredu posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja; 2) ko je aktivno legitimisan (primarno i derivativno) za podnošenje tužbe i 3) ima li razlike u ostvarivanju prava na podnošenje tužbe zavisno od činjenice da li je nakon povrede stečajni postupak otvoren ili nije?

4.4.1. Oblici odgovornosti za povredu posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja

Iako je imovinska odgovornost najznačajniji oblik odgovornosti lica sa posebnim dužnostima, statusna i krivična odgovornost, kao dva

druga oblika odgovornosti, imaju nešto veći značaj u slučaju povrede posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja.

Naknada štete je najznačajniji vid imovinske odgovornosti za povredu posebnih dužnosti i u ovom periodu poslovanja. U vezi sa korišćenjem tog pravnog sredstva u periodu „pretećeg stečaja“, kao posebno značajno izdvaja se pitanje načina obračuna iznosa naknade, a u nekoj meri može da bude sporno i u čiju korist se ustanovljava pravo na naknadu štete. Prema zakonodavnom vodiču organizacije UNCITRAL (2013, 20–21), postoji nekoliko načina obračuna naknade štete koja je rezultat povrede posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja: a) utvrđivanje razlike između vrednosti privrednog društva u trenutku kada je ono trebalo da prestane sa poslovanjem i vrednosti društva u trenutku kada je ono zaista, faktički prestalo sa poslovanjem; b) utvrđivanje razlike između materijalnog položaja poverilaca za slučaj da nije bilo konkretne povrede posebnih dužnosti i položaja u kojem bi se oni nalazili da se ista nije dogodila; v) utvrđivanje razlike između dugova privrednog društva i raspoloživih sredstava društva (faktički se svodi na obavezu lica koje je povredilo posebne dužnosti da „pokrije“ dugove društva). Sve tri mogućnosti ukazuju na to da se naknada štete duguje prvenstveno privrednom društvu, odnosno da ona postaje deo stečajne mase, ako je društvo u stečaju, a da poverioci, imaju (samo) indirektnu korist od te naknade. Drugačija je faktička situacija ako bi poverilac primenom pravila o deliktnoj odgovornosti mogao da dokaže postojanje štete koja je njemu direktno naneta i koja u tom slučaju sledstveno pripada njegovoj ličnoj imovini. Jedan specijalan slučaj direktne odgovornosti direktora i članova nadzornog odbora društva sa ograničenom odgovornošću prema poveriocima društva poznaje srpski ZPD u čl. 184. Tim članom zakona propisano je da je direktor, kao i član nadzornog odbora, kojem je poznato da je u periodu između kraja prethodne poslovne godine i dana donošenja odluke skupštine o usvajanju godišnjih finansijskih izveštaja imovinsko stanje društva zbog gubitaka ili smanjenja vrednosti osnovnog kapitala značajno i ne samo privremeno pogoršano, dužan da o tome obavesti skupštinu, koja je po prijemu takvog obaveštenja u obavezi da iz raspodele dobiti isključi dobit u visini nastalog smanjenja imovine društva (ZPD, član 184, stav 2). Direktor ili član nadzornog odbora koji ne postupi u skladu sa obavezom obaveštavanja skupštine odgovoran je članovima i *poveriocima* društva za štetu koja nastane usled izvršene raspodele dobiti (ZPD, član 184, stav 3).

Statusna odgovornost za povredu posebnih dužnosti ispoljava se kao razrešenje ili otkaz ugovora o radu licu sa dužnostima koje je zaposleno u društvu, ali i kao neka od mera koje mogu da imaju dugoročne negativne posledice na buduću poslovnu karijeru lica sa posebnim dužnostima. Poseban značaj za povredu dužnosti u periodu rizika od stečaja ima institut diskvalifikacije direktora (Reker 2014, 145–146), koji je na-

ročito razvijen u britanskom pravu, a odskoro je (nakon izmena ZPD iz oktobra 2018. godine) postao i deo regulative koja se odnosi na dužnost prijavljivanja poslova i radnji sa ličnim interesom u srpskom pravu. Diskvalifikacijom se licu koje upravlja privrednim društvom (neposredno ili posredno) zabranjuje da obavlja iste ili slične poslove na tržištu u određenom, zakonom definisanom, vremenskom periodu (videti Radović 2010, 27–28). Britanska praksa pokazuje da taj institut često nalazi primenu upravo povodom povreda posebnih dužnosti u „pretećem stečaju“ (Radović 2010, 30, 42–44). To je razumljivo, jer se diskvalifikacija primenjuje samo u slučajevima ozbiljnih povreda posebnih dužnosti, koje su rezultat nesavesnog, nepoštenog, nemarnog ili nestručnog ponašanja lica sa dužnostima, kao i slučajevima kada su posledice opisanih ponašanja tih lica izuzetno negativne po društvo (što je gotovo uvek slučaj usled povrede dužnosti u „pretećem stečaju“).

Napred je rečeno da srpsko pravo uvodi institut diskvalifikacije samo za slučaj povrede dužnosti prijavljivanja poslova i radnji u kojima postoji lični interes. Diskvalifikacija se ne odnosi na sva lica sa posebnim dužnostima već samo na direktore, članove nadzornog odbora, zastupnike i prokuriste (ZPD, član 67, stav 2). Izvan tog kruga subjekata zabrane ostaju članovi privrednog društva, što može negativno da utiče na značaj sankcije diskvalifikacije u periodu rizika od stečaja. Za slučaj utvrđivanja postojanja povrede dužnosti prijavljivanja poslova i radnji sa ličnim interesom srpsko pravo propisuje obaveznu diskvalifikaciju. Iz toga proizilazi da sud nema diskreciono pravo da ocenjuje opravdanost nametanja sankcije diskvalifikacije ako prethodno utvrdi da je došlo do povrede dužnosti prijavljivanja. Sadržina te sankcije sastoji se u privremenom ograničenju vršenja funkcije direktora, članova nadzornog odbora, zastupnika i prokurista (ZPD, član 67, stav 2). Zabrana traje 12 meseci (sud ne može određivati ni kraći ni duži rok trajanja zabrane). ZPD uvodi i Centralnu evidenciju privremenih ograničenja prava lica registrovanih u Agenciji za privredne registre, u koju se upisuju sve odluke o diskvalifikaciji (ZPD, član 67, stav 3). Postojanje i te sankcije može pozitivno da utiče na opšti značaj dužnosti prijavljivanja poslova i radnji sa ličnim interesom u periodu rizika od stečaja.

Krivična odgovornost lica sa posebnim dužnostima ima posebnu ulogu i značaj za povrede nastale u periodu rizika od stečaja zbog postojanja određenih krivičnih dela, do čijeg izvršenja najčešće dolazi u tom periodu poslovanja. Krivični zakonik Republike Srbije poznaje nekoliko krivičnih dela koja su značajna za predmet ovog rada: prouzrokovanje stečaja (KZ, čl. 232), prouzrokovanje lažnog stečaja (KZ, čl. 232a) i oštećenje poverilaca (KZ, čl. 233).¹¹

¹¹ Krivični zakonik Republike Srbije – KZ, *Službeni glasnik RS* 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019.

4.4.2. Aktivna legitimacija za podnošenje tužbe za povredu posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja

U redovnom periodu poslovanja aktivnu legitimaciju za podnošenje tužbe za povredu posebnih dužnosti ima privredno društvo, dok članovi privrednog društva, pod zakonom propisanim uslovima, imaju pravo da podnesu derivativnu tužbu. U stečajnom postupku odluku o pokretanju sudskog postupka donosi stečajni upravnik, pa je tako on nadležan za podnošenje tužbe za povredu posebnih dužnosti, kao i za donošenje odluke o daljem toku sudskih postupaka pokrenutih usled povrede posebnih dužnosti pre otvaranja stečaja. Za aktivnu legitimaciju za podnošenje tužbe za povredu posebnih dužnosti tokom perioda rizika od stečaja važe napred izneta pravila, ali se često, kao sporno, postavlja pitanje potrebe omogućavanja ili dodele aktivne legitimacije poveriocima društva, kao grupi stejkholdera, koja u tom periodu ima poseban značaj i radi čije zaštite se u osnovi i posvećuje posebna pažnja periodu „pretećeg stečaja“. U britanskom pravu, koje je najdalje otišlo u značaju, pravnom regulisanju i razvoju posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja, nema dileme da poverioci nisu aktivno legitimisani za podnošenje tužbe (Keay 2015, 146). To znači da u Velikoj Britaniji drugačiji materijalnopравни režim dužnosti u periodu rizika od stečaja nije praćen odgovarajućom procesnopравnom promenom. Postoje i drugačiji odgovori na pitanje aktivne legitimacije. Tako u pravu Delavera, nakon što akcionarsko društvo (ne važi za društvo sa ograničenom odgovornošću) postane insolventno, poverioci stiču pravo na podnošenje derivativne tužbe (ne i individualne) za povredu posebnih dužnosti (Curry, Schorer 2016, 187). U nemačkom pravu, na neki način, poverioci jesu aktivno legitimisani za podnošenje tužbe. Povreda čl. 92, st. 2 nemačkog Zakona o akcionarskim društvima, kojim se zabranjuje vršenje bilo kakvih isplata od strane upravnog odbora društva, nakon što ono postane insolventno, osim ako je određena isplata izvršena u skladu sa standardom pažnje dobrog privrednika, u sudskoj praksi daje pravo poveriocima na podnošenje tužbe protiv članova upravnog odbora, na osnovu vanugovorne odgovornosti (Fleischer 2004, 399–400; Jevremović Petrović 2011, 126).

Podnošenje derivativne tužbe od strane poverilaca praćeno je svim problemima, koji se vezuju za ovu vrstu tužbe i kada istu podnose članovi privrednog društva (troškovi postupka, nepostojanje direktne koristi u slučaju uspeha u sporu). Iz tog razloga ne treba očekivati da bi eventualno propisivanje mogućnosti podnošenja derivativne tužbe od strane poverilaca imalo značajniji uticaj na efikasniju primenu pravila o posebnim dužnostima tokom perioda rizika od stečaja. Interese poverilaca, kroz podnošenje odgovarajuće tužbe od strane privrednog društva, trebalo bi efikasno da štiti stečajni upravnik, koji bi tokom trajanja stečajnog postupka, između ostalog, trebalo da ispita i razloge i uzroke nastupanja stečaja i eventualnu ulogu lica sa posebnim dužnostima u nastajanju ili neotkla-

njanju tih razloga i uzroka. Tako bi došlo do zaštite interesa poverilaca putem povećanja stečajne mase (u slučaju uspeha u sporu) i do (imovinskog) sankcionisanja lica koja su dovela do nastupanja stečaja. Ovo je bez ikakve sumnje rešenje koje je prihvaćeno u srpskom pravu i koje bi trebalo primenjivati i u budućnosti. Poveriocima bi eventualno trebalo priznati pravo na podnošenje derivativne tužbe, pod istim uslovima, koji se zahtevaju za podnošenje te tužbe od strane članova privrednog društva tokom redovnog poslovanja. Ne sme se, pak, zanemariti činjenica da za uvođenje derivativne tužbe poverilaca tokom stečaja ne postoje isti oni argumenti i razlozi, koji nameću priznavanje prava na podnošenje iste članovima društva. Za razliku od redovnog poslovanja, kada direktori, kao zakonski zastupnici, odlučuju o podnošenju tužbe za povredu posebnih dužnosti protiv lica sa kojima su očigledno veoma povezani, takva povezanost između stečajnog upravnika i članova bivše uprave, odnosno vlasnika privrednog društva, u većini slučajeva ne postoji.

4.4.3. Pravo na podnošenje tužbe za povredu posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja i otvaranje stečajnog postupka

Pravo na podnošenje tužbe za povredu posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja, formalnopravno, u pravnim sistemima koji nemaju posebnu regulativu dužnosti u tom periodu poslovanja, ne zavisi od činjenice da li je, nakon povrede, došlo do otvaranja stečajnog postupka. Suštinski, pak, ostvarivanje prava na podnošenje tužbe, odnosno uspeh tužioca u sporu, povezano je i sa time da li je konkretna povreda posebne dužnosti uticala na nastupanje stečaja ili nije. Nema sumnje da će tužilac u sporu zbog povrede posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja imati „lakši zadatak“ ako je sporna radnja lica sa dužnostima doprinela otvaranju stečaja, odnosno finansijskoj propasti privrednog društva. Međutim, čak i kada stečaja nije bilo, pa i onda kada se privredno društvo potpuno finansijski oporavilo nakon poslovne krize, lica koja su svojim nemarnim ili nesavesnim postupcima doprinela toj krizi treba da budu sankcionisana. Posledica njihovih neodgovornih postupanja ne mora da bude samo stečaj već to mogu da budu i narušavanje poslovnog ugleda privrednog društva, trajno narušavanje odnosa sa poveriocima, gubitak poslovnih partnera i potrošača i sl. Zbog svega toga, ne bi trebalo da postoji bilo kakva dilema da formalno vezivanje prava na podnošenje tužbe za pokretanje stečajnog postupka nije celishodno i valjano. Povezivanje prava na podnošenje tužbe sa povredom posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja za otvaranje stečajnog postupka moguće je u pravnim sistemima u kojima postoji posebna pravna regulativa. Čak i tada ne bi trebalo da bude sporno da povreda nekog od pravila iz opšteg pravnog režima posebnih dužnosti nije ni na koji način povezana sa otvaranjem stečajnog postupka.

5. ZAKLJUČAK

Period rizika od stečaja nesumnjivo predstavlja veoma specifičan i značajan period poslovanja privrednog društva. Možda osnovno, a ako ne osnovno, onda svakako polazno pitanje, koje smo i postavili na početku analize instituta posebnih dužnosti u periodu „pretećeg stečaja“, jeste pitanje da li specifičnost i značaj tog perioda poslovanja nameću potrebu za stvaranjem posebne pravne regulative. To pitanje od naročito je značaja u našem pravu jer ono, kao što smo već naglasili, ne poznaje nijedan od značajnih pravnih mehanizama koji postoje u uporednom pravu za regulisanje tog perioda poslovanja. Kako analiza pravnih mehanizama regulisanja instituta nesavesnog poslovanja i uvođenja obaveze pokretanja stečajnog postupka u zakonom određenom roku nakon nastupanja stečajnog razloga prevazilazi okvire ovog rada, ovde ćemo pokušati da damo odgovor na postavljeno pitanje baveći se samo jednim pravnim mehanizmom, koji je i bio predmet ovog rada. Dakle, ima li potrebe za drugačijom pravnom regulativom posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja u srpskom pravu? Iako period rizika od stečaja ima poseban značaj u srpskom tržišnom okruženju zbog činjenice da poverioci često ostaju nenamireni, kao i činjenice da nesavesni vlasnici i direktori privrednih društava često pronalaze različite načine (što dozvoljene, što nedozvoljene) da izbegnu namirenje poverilaca kada nastupi poslovna kriza upravo u tom periodu poslovanja i iako naše pravo ni na koji način ne reguliše direktno taj period poslovanja, naš odgovor na postavljeno pitanje, ipak, je negativan. Tri su osnovna razloga za to. Prvi, posebne dužnosti prema privrednom društvu u srpskom kompanijskom pravu nisu (još uvek) ostvarile svoje osnovne ciljeve postojanja. One, gotovo uopšte, ne postoje u sudskoj praksi, a ne možemo reći ni da je postupanje u skladu sa posebnim dužnostima zaživelo u poslovnoj praksi. To nas navodi na zaključak da bilo koja druga specifična regulativa, takođe, ne bi bila adekvatno primenjena. Drugi (koji proizilazi i povezan je sa prvim razlogom) je taj da stvaranje specifične pravne regulative zahteva pronalaženje odgovora na neka veoma složena pitanja i nameće stvaranje veoma sofisticiranih i za primenu komplikovanih rešenja. Tako, na primer, posebna pravna regulativa podrazumeva da bi, pre svega, trebalo odrediti vremenski okvir perioda rizika od stečaja, način i trenutak promene objekta posebnih dužnosti, definisanje interesa „novog“ objekta dužnosti (što bi verovatno bili poverioci) i sl. Odgovori na ova pitanja nisu na adekvatan način, još uvek, pronađeni ni u pravnoj literaturi ni u zakonodavstvu i praksi zemalja sa dugom tradicijom u oblasti kompanijskog prava, iako su ona predmet dugotrajne analize i interesovanja u tim zemljama. Treći, čak i kada bi ova pravila bila adekvatno osmišljena, njihovo tumačenje i primena bili bi veoma otežani i prepušteni sudovima, koji, barem za sada, nisu spremni da ispune taj zadatak.

Međutim, iznети stav o nepotrebnosti posebne pravne regulative, bar ne u ovom trenutku (promena je moguća nakon implementacije člana 19 Direktive EU o restrukturiranju i insolventnosti), nikako ne znači da posebne dužnosti nemaju nikakav značaj u periodu rizika od stečaja. Naprotiv, priroda i suština ovog instituta nam ukazuju na to da, i bez bilo kakve nove, drugačije pravne regulative, posebne dužnosti prema privrednom društvu mogu da daju značajan doprinos prevazilaženju problema i pitanja karakterističnih za period rizika od stečaja. Kada govorimo o njihovoj prirodi i suštini, mislimo prvenstveno na njihovu prilagodljivost, fleksibilnost, koje omogućavaju njihovo tumačenje i primenu uvek u skladu sa okolnostima slučaja. Nema dileme da je ovakvo specifično tumačenje i primena neophodno upravo u periodu rizika od stečaja. Na ovom mestu možemo uputiti nekoliko preporuka sudovima, koje mogu biti korisne u primeni posebnih dužnosti u tom periodu poslovanja, a neke od njih mogu da predstavljaju i svojevrsna uputstva za ponašanje direktora i drugih lica sa posebnim dužnostima u periodu „pretećeg stečaja“:

- početak perioda rizika od stečaja treba odrediti na osnovu nekog od objektivnih kriterijuma, čije utvrđivanje posredno olakšava srpski zakonodavac određivanjem roka nakon čijeg isteka nastupa trajnija nesposobnost plaćanja, kao i definisanjem pojma prezaduženosti;
- „interes privrednog društva“, kao objekat posebnih dužnosti, treba tumačiti na drugačiji način u periodu rizika od stečaja, i to u skladu sa progresivnim pristupom koji podrazumeva da se značaj interesa poverilaca (ali i drugih stejkholdera, a prvenstveno zaposlenih) srazmerno povećava kako se povećava stepen finansijskih teškoća privrednog društva koje se nalazi u periodu rizika od stečaja;
- od subjekata dužnosti pažnje treba očekivati pojačanu pažnju u periodu rizika od stečaja, odnosno pojačanu obazrivost, opreznost i efikasnost; prilikom procene postupanja u skladu sa standardom dužnosti pažnje sudovi bi zato trebalo da imaju „nešto veća“ očekivanja od subjekata te dužnosti;
- prilikom obračuna naknade štete, koja ostaje najznačajniji vid odgovornosti za povredu posebnih dužnosti i u periodu rizika od stečaja, treba, takođe, imati u vidu specifičnosti tog perioda i uzeti u obzir ekonomske posledice spornog postupka lica sa posebnim dužnostima na materijalni položaj poverilaca, ali i celokupnog privrednog društva.

Osim navedenih preporuka upućenih sudovima, jednu preporuku upućujemo i srpskom zakonodavcu, a u vezi sa jednim od oblika statusne

odgovornosti za povredu posebnih dužnosti. Pored propisivanja sankcije diskvalifikacije za povredu dužnosti prijavljivanja poslova i radnji sa ličnim interesom (u svim periodima poslovanja) smatramo opravdanim uvođenje ove sankcije i za povrede drugih posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja. Ova preporuka je malo odstupanje od iznetog stava o nepotrebnosti posebne pravne regulative posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja. Ali, uvođenje sankcije diskvalifikacije za sve povrede u periodu rizika od stečaja bilo bi u skladu sa savremenim tokovima kompanijskopravne misli u uporednom pravu, kao i svrhom postojanja ove sankcije u drugim pravnim sistemima, koja se najčešće ogleda upravo u sankcionisanju nesavesnih i/ili nemarnih postupanja u periodu „pretećeg stečaja“.

Na kraju, valja još jednom podsetiti na to da period rizika od stečaja zahteva pronalaženje prave mere između potrebe za „izbavljenjem“ privrednog društva i povratkom na put uspešnog, stabilnog i održivog poslovanja i potrebe za zaštitom interesa poverilaca. Neki smatraju da je to zapravo „većiti sukob“ između efikasnosti i pravičnosti, na koji pravo nailazi u vezi sa mnogim institutima, a koji ovoga puta dolazi do izražaja u vezi sa regulativom posebnih dužnosti u periodu rizika od stečaja (Keay 2003, 666). Kojoj vrednosti, odnosno kojem cilju treba dati prvenstvo zavisi ne samo od okolnosti konkretnog slučaja, već i od celokupnog tržišnog okruženja i opštih ciljeva, koji se žele postići kompanijskopravnom regulativom.

LITERATURA (REFERENCES)

- Barondes, Royce de R., Lisa Fairfax, Lawrence A. Hamermesh, Robert Lawless, Jonathan C. Lipson, Russell C. Silberglied. 2007. Twilight in the Zone of Insolvency: Fiduciary Duty and Creditors of Troubled Companies – History & Background. *Journal of Business & Technology Law* 1: 229–255.
- Cebriá, Luis Hernando. 2018. The Spanish and the European Codification of the Business Judgment Rule. *European Company and Financial Law Review* 15: 41–68.
- Conac, Pierre Henri, Luca Enriques, Martin Gelter. 2007. Constraining Dominant Shareholders’ Self-dealing: The Legal Framework in France, Germany, and Italy. *European Company & Financial Law Review* 4: 491–528.
- Curry, David S., Joseph U. Schorer. 2016. The Effects of Business Insolvency on the Duties and Liabilities of Directors and Officers – A Comparative Analysis With Recommendations to Promote Good Decision-Making. 168–218. *Global Insolvency and Bankruptcy*

- Practice for Sustainable Economic Development*, Vol. 2, International Best Practice, eds. Tarek M. Hajjiri, Adrian Cohen. London: Palgrave Macmillan.
- Davies, Paul. 2006. Directors' Creditor Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency. *European Business Organization Law Review* 7: 301–337.
- Dionne, Anna Manasco. 2007. Living on the Edge: Fiduciary Duties, Business Judgment and Expensive Uncertainty in the Zone of Insolvency. *Stanford Journal of Law, Business & Finance* 13: 188–225.
- Eidenmüller, Horst. 2006. Trading in Times of Crisis: Formal Insolvency Proceedings, Workouts, and the Incentives for Shareholders/Managers. *European Business Organization Law Review* 7: 239–258.
- Fleischer, Holger. 2005. Legal Transplants in European Company Law – the Case of Fiduciary Duties. *European Company and Financial Law Review* 2: 378–397.
- Fleischer, Holger. 2004. The Responsibilities of the Management and its Enforcement. 373–417, *Reforming Company and Takeover Law in Europe*, eds. Guido Ferrarini, Klaus J. Hopt, Japp Winter, Eddy Wymeersch. Oxford: Oxford University Press.
- Gelter, Martin, Genevieve Helleringer. 2014. Constituency Directors and Corporate Fiduciary Duties. 302–320, *The Philosophical Foundations of Fiduciary Law*, eds. Andrew Gold, Paul Miller. Oxford: Oxford University Press.
- Grundmann, Stefan. 2012. *European Company Law – Organization, Finance, and Capital Markets*. 2nd ed. Cambridge, Portland, Antwerp: Intersentia.
- Hopt, Klaus J. 2013. Conflict of Interest, Secrecy and Insider Information of Directors, a Comparative Analysis. *European Company & Financial Law Review* 10: 167–193.
- Jevremović Petrović, Tatjana. 2011. Odgovornost direktora prema poveriocima društva kome preti stečaj. *Pravni život* 60: 117–135.
- Keay, Andrew. 2015. The Shifting of Directors' Duties in the Vicinity of Insolvency. *International Insolvency Review* 24: 140–164.
- Keay, Andrew. 2005. Formulating a Framework for Directors' Duties to Creditors: an Entity Maximisation Approach. *The Cambridge Law Journal* 64: 614–646.
- Keay, Andrew. 2003. Directors' Duties to Creditors: Contractarian Concerns Relating to Efficiency and Over-Protection of Creditors. *The Modern Law Review* 66: 665–699.

- Keay, Andrew. 2001. The Directors' Duty to Take into Account the Interests of Company Creditors: When Is It Triggered. *Melbourne University Law Review* 25: 315–339.
- Lepetić, Jelena. 2015. *Kompanijskopravni režim sukoba interesa – Dužnost lojalnosti*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Mihajlović, Borko. 2018. Dužnost lojalnosti prema privrednom društvu. Neobjavljen rukopis. Univerzitet u Kragujevcu, Pravni fakultet, april.
- Mihajlović, Borko. 2018a. Promene u pravnom regulisanju dužnosti prijavljivanja poslova i radnji u kojima postoji lični interes. *Glasnik prava* 9: 153–166.
- Pearce II, John A., Ilya A. Lipin. 2011. The Duties of Directors and Officers within the Fuzzy Zone of Insolvency. *American Bankruptcy Institute Law Review* 19: 361–400.
- Purslowe, Ryan. 2011. Decisions in the Twilight Zone of Insolvency – Should Directors be Afforded a New Safe Harbour? *The University of Notre Dame Australia Law Review* 13: 113–152.
- Radović, Vuk. 2017. *Stečajno pravo*, knjiga prva. Beograd: Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet.
- Radović, Vuk. 2010. O opravdanosti prihvatanja instituta diskvalifikacije direktora. *Pravo i privreda* 47: 26–56.
- Reker, Tom. 2014. Unqualified Directors in Insolvency: A Comparative Study on the Desirability of Civil Law Directors' Disqualification in the Netherlands. *International Insolvency Review* 23: 144–169.
- Ribstein, Larry E., Kelli A. Alces. 2007. Directors' Duties in Failing Firms. *Journal of Business & Technology Law* 1: 529–551.
- Sørensen, Karsten Engsig. 2010. Duty of Loyalty of Shareholders – a possible remedy for conflicts in SMEs? 127–170, *Company Law and SMEs*, eds. Mette Neville, Karsten Engsig Sørensen. Copenhagen: Thomson Reuters Professional A/S.
- Spindler, Gerald. 2006. Trading in the Vicinity of Insolvency. *European Business Organization Law Review* 7: 339–352.
- Strine, Leo E. Jr., Lawrence A. Hamermesh, R. Franklin Balloti, Jeffrey M. Gorris. 2010. Loyalty's Core Demand: The Defining Role of Good Faith in Corporation Law. *Georgetown Law Journal* 98: 629–696.
- United Nations Commission on International Trade Law. Working Group V (Insolvency Law). 2013. Directors' obligation in the period approaching insolvency. <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.V/WP.113>, poslednji pristup 17. juna 2019.

Vasiljević, Mirko. 2011. Građansko pravo i *Business Judgment Rule*. *Pravni život* 60: 5–36.

Vasiljević, Mirko. 2004. *Korporativno upravljanje: pravni aspekti*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Borko Mihajlović, PhD

Assistant Professor

University of Kragujevac Faculty of Law

SPECIAL DUTIES IN THE PERIOD OF THE RISK OF BANKRUPTCY

Summary

The subject of this paper is the analysis of the characteristics of the legal institution of the special duties towards a company during specific period of a company's operation, which we call the period of the risk of bankruptcy. After a short presentation of the basic features, the author deals with the time frame and specifics of the period of risk. Besides, the author analyses the characteristics of the special duties, regarding the subject, object, types of duties, and liability. The purpose of the analysis is to assess the justification of regulation on special duties, as well as to assess the necessity for adjusted interpretation of the existing regulation. The author concludes that in Serbian law, there is no need for a regulation on special duties, but he emphasizes that the adjusted interpretation, in accordance with the characteristics of the period of the risk of bankruptcy, is possible and useful.

Key words: *Special duties towards the company. – Duty of care. – Duty of loyalty. – The period of the risk of bankruptcy. – Threatening bankruptcy.*

Article history:

Received: 31. 7. 2019.

Accepted: 3. 9. 2019.

UDK 343.211.4:305(4)

CERIF: S130

DOI: 10.5937/AnaliPFB1903229N

Milica Novaković, LL.M.*

MEN IN THE AGE OF (FORMAL) EQUALITY: THE CURIOUS CASE OF KHAMTOKHU AND AKSENCHIK

Equality before the criminal law and protection of persons with restricted personal liberty in the European states diverge. The European Court of Human Rights has been engaged in establishing and protecting standards and principles for fair pre-conviction proceedings. However, when it comes to sentencing, sex and gender equality, and non-discrimination in sentencing, the European Court faces its own limitations. It has established that there is no consensus in matters of (un)equal treatment of men and women in criminal sentencing in Europe, but has failed to address a more significant issue – is exemption of an entire sex justifiable and reasonable, even in the absence of the afore consensus at European level. This analysis attempts to answer the following questions that arose from this case: Does formal equality eliminate discrimination? When should formal equality yield to achieve genuine equality? Is gender equality attainable and how do we regulate it?

Key words: *Discrimination. – Formal and substantive equality. – Life imprisonment. – Margin of appreciation. – Sex and gender.*

1. INTRODUCTION

In principle, differentiation based on personal characteristics, innate or acquired, should not be regarded as discrimination (Vojin Dimitrijević *et al.* 2006, 115).¹ However, in a time when the search for equality between men and women is the main driving force of some of the major social and

* Independent human rights consultant, milica.novakovic@mids.ch.

¹ Translated by the author.

legislative changes – personal characteristics, particularly those related to sex and gender, play the role of key determinants.

It has been established that in practice the principle of equality is expressed through the principle of non-discrimination (Dimitrijević *et al.* 2006, 111).² The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (the European Convention or the Convention) regulates the prohibition of discrimination in two articles: one that protects freedom from discrimination, regarding rights protected by the Convention (Article 14), and another that is distinctly wider in its scope, calling for non-discrimination regarding ‘any rights set forth by law’ and introduces a general prohibition of discrimination (Article 1 of Protocol No. 12).³

However, this general prohibition of discrimination under the European Convention is particularly at stake when the European Court of Human Rights (the European Court or the Court), in its subsidiary role, is requested to enquire into a particular case of alleged sex and/or gender discrimination. As Gerards (2018, 495–496) notices, reconciling diversities of the legal cultures of the Council of Europe (CoE) Member States with the notion of universality of human rights is very difficult for the European Court to achieve, especially when the facts of the case are difficult to refute and argumentation appears to be very powerful and persuasive in favor of the alleged discrimination. The jurisprudence of the European Court provides several cases that very well depict the realm of equality between men and women in the CoE Member States and how the Court responds to these issues in reality.

For the foregoing reasons and complexities, special attention should be paid to the curious case of two Russian citizens, who, after had been sentenced to life imprisonment, alleged before the European Court discriminatory sentencing policy adopted in Russia on a basis of gender and age.⁴ The case will be subject of the following paragraphs. In the first part we present the facts of the case and reasoning of the European Court thereof. In the second part we visit equality as perceived in doctrine and European law, so as to revisit the Court’s case analysis in the third part. The last part of the analysis contains concluding remarks and some recommendations.

² Translated by the author.

³ See *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* App. nos. 27996/06 and 34836/06 (ECtHR 22 December 2009) para 53. Yet, for the Court meaning of the term “discrimination” is the same in both these provisions. (see para. 55 of the judgment).

⁴ *Khamtokhu and Aksenchik v. Russia* App. nos. 60367/08 and 961/11 (ECtHR 24 January 2017). The applicants in this case questioned equality on the basis of both gender and age, but the subject of this analysis will be only the alleged discrimination on a basis of gender.

2. FACTS OF THE CURIOUS CASE

2.1. Introductory remarks

Pursuant to Article 57 of the Russian Criminal Code, life imprisonment may be imposed for particularly serious offences against life and public safety. However, it may not be imposed on women, persons who were under 18 years of age at the time they committed the offence or men who were 65 or older at the time of sentencing. The offender sentenced to life imprisonment may be pronounced eligible for early release after the first 25 years if he has fully abided by the prison regulations throughout the last three years.⁵ The Constitutional Court of Russia had consistently rejected as inadmissible complaints regarding the alleged incompatibility of the foregoing legislation with the constitutional protection against discrimination.⁶

In 2008 and 2010 the Russian courts found two men guilty of committing certain crimes and sentenced them to life imprisonment: Aslan Khamtokhu (1970-), who was found guilty for multiple offences, including escape from prison, attempted murder of police officers and state officials, and illegal possession of firearms, was sentenced to life imprisonment in June 2008, and Artyom Aksenchik (1985-), who was found guilty on three counts of murder, was sentenced to life imprisonment in April 2010 (the applicants). They are both Russian citizens, and are serving their life sentences in the Yamalo-Nenetskiy Region. Also, they both unsuccessfully filed complaints about the discriminatory sentencing regime with the domestic courts.

2.2. Parties' Submissions

In October 2008 and February 2011, respectively, these two men lodged their applications against Russia before the European Court. Their

⁵ *Ibid*, paras. 15–16. The Relevant Domestic Law section of the judgment provided an explanation of the applicable legislation in criminal matters in Russia. Pursuant to the 1960 Criminal Code of the Russian Soviet Federative Socialist Republic (RSFSR) capital punishment could not be imposed on anyone below the age of 18 or on a woman who was pregnant either at the time of the offence or at the time of judgment, and that the alternative to the death sentence was 15 years imprisonment. Subsequently, in April 1993 the Code was updated and the exemption from capital punishment was extended to all women, to young offenders and offenders aged 65 and over. Thereafter the 1997 Criminal Code of Russia provided for up to 20 years imprisonment, life imprisonment and capital punishment, but women, young offenders below the age of 18 and offenders aged 65 and over were exempted from both life imprisonment and capital punishment. By way of a pardon, capital punishment could be commuted to life imprisonment, i.e. to 25 years imprisonment. Eventually, in 2009 the Constitutional Court of Russia imposed an indefinite moratorium on capital punishment.

⁶ *Ibid*, para. 18.

claim was that the different and less favourable treatment, under the applicable criminal legislation, of the group they belonged to, as opposed to those exempted from life imprisonment, constituted unjustified discriminatory treatment based on gender and age, in breach of Article 14 of the Convention, taken together with Article 5 of the Convention. They pointed out, however, that “they were not seeking universal application of life sentences to all offenders, including women, and men aged under 18 or over 65. Rather, they claimed that, having decided that imprisonment for life was unjust and inhuman with respect to those groups, the Russian authorities should likewise refrain from subjecting men aged 18 to 65 to life imprisonment.”⁷

The applicants further elaborated their complaint:⁸ for them, undisputedly, the imprisonment was an ordeal, but it was an ordeal for both men and women, which both included individuals of varying degrees of vulnerability, and therefore, the difference in sentencing of male and female perpetrators had no objective or reasonable justification. For the applicants motherhood and fatherhood played equally important roles in child care and upbringing, and not even national laws made any difference in that regard. In their view, the Government’s assertion that women were more psychologically vulnerable than men and were affected to a greater degree by the hardships of detention was also unfounded. While they did not contest “the physiological characteristics of certain categories of women” and at specific times (during pregnancy, breastfeeding or childrearing), for the applicants this did not constitute reasonable and objective justification for the approach accepted in Article 57 of the Criminal Code. The applicants believed that exclusion of all female offenders, but only on the basis of their alleged special role played in the society in regard to their reproductive function and childrearing, even when and where all other circumstances were identical with that of males, did not pursue any legitimate aim: it should be a judge who should take into account gender-based distinctions in exercising sentencing discretion, otherwise the proportionality between the means employed and intended aim would be lacking. Additionally, there was an emerging international trend towards abolition of life imprisonment and there were 25 countries worldwide that did not have recourse to life imprisonment in their legislation. Nevertheless, even assuming that a life sentence could remain the appropriate form of punishment in certain circumstances, a “high degree of individualisation of punishment should be part of contemporary sentencing policy and that individualisation should be used as a general principle instead of institutionalised gender- and age-related discrimination.”⁹

⁷ *Khamtokhu and Aksenchik* (fn. 4), para 33.

⁸ *Ibid.* Detailed argumentation of the applicants can be read in paragraphs 34–41.

⁹ *Ibid.*, para. 41.

The Government¹⁰ did not consider the applicants victims of any violation of the Convention since their convictions had been “lawful” within the meaning of Article 5 of the Convention. What the applicants in fact sought was a change in the domestic criminal law that would allow others, including women, to be given harsher sentences, while their personal situation would not change. In the Government’s view, finding a violation of Article 14 of the Convention would not constitute grounds for reviewing individual sentences or for completely abolishing life imprisonment in Russia. Russian legislation had established, by way of a general rule, that life imprisonment could be imposed for particularly serious crimes against life and public safety, whereas exclusion of the three categories – on a basis of sex and age – was an exception to the said rule, and did not infringe upon rights of the majority of convicted prisoners.¹¹ In the Government’s opinion discrimination could only be invoked in cases of unjustified restrictions, and it reminded that the CoE Member States should be allowed a margin of appreciation in deciding of the appropriate length of prison sentences for particular crimes. Additionally, the Government relied on the Constitutional Court’s consistent case-law in regard to Article 57 of the Criminal Code, which affirmed that different treatment in sentencing, based on sex and age, was based on the principles of justice and humanity, taking into account the “physiological characteristics of various categories of offenders.”¹² Overall, the Government believed that, given the biological, psychological, sociological and other specific features of female offenders, “sentencing them to life imprisonment and their incarceration in harsh conditions would undermine the penological objective of their rehabilitation.”¹³ In reality, in Russia the exception concerned only a small number of convicted persons, and as of 1 November 2011 only 1,802 offenders had been sentenced to life imprisonment, while of the total number of 533,024 prisoners (only) 42,511 were female.¹⁴

¹⁰ *Khamtokhu and Aksenchik* (fn. 4) for more detailed argumentation of the Russian Government see paragraphs 42–48.

¹¹ *Ibid*, 43–46; The Government added that only six Council of Europe Member States had abolished the life imprisonment, whereas in Russia life imprisonment was the penalty for the most serious crimes, always accompanied by alternative penalties and never applied automatically.

¹² *Ibid*, para. 44; The Government also added that the Russian Constitutional Court had previously established that a different retirement age for men and women was justified not only by physiological differences between the sexes, but also by the special role of motherhood in the society, which did not amount to discrimination, but rather served to reinforce effective, rather than formal, equality. (para. 47).

¹³ *Ibid*, para. 48.

¹⁴ *Ibid*, para. 45. The Russian authorities also relied on international instruments that called for special care of pregnant offenders, and scientific studies that showed that very often women were the principal caregivers of children before their incarceration and

The Equal Rights Trust intervened as the third party. It submitted that, with the exception of provisions relating to juvenile offenders, blanket rules that exempted particular groups from life imprisonment could not be justified under Article 14 of the Convention. It believed that a blanket exemption of all women from certain sentences was not temporary and did not pursue any objective related to the equality of opportunity or treatment. It proposed that in order to comply with Article 14 of the Convention, Russia should adopt an individualised approach to sentencing.¹⁵

2.3. The European Court's Assessment and Decision

The Court¹⁶ first established that the issue before it fell within the ambit of Articles 5 and 14 of the Convention. It repeated its position that life imprisonment, as a type of sentence, is lawful and at the discretion of the state, and then cited its settled case-law and adopted standards in discrimination cases,¹⁷ which, thereafter, it applied in the present case.

Firstly, the Court concluded that the applicants were in an analogous situation to all other offenders who had been convicted of the same or comparable offences, but that exemption of female offenders amounted to a difference in treatment on the basis of sex. Secondly, it accepted the Government's position that "the difference of treatment was intended to promote the principles of justice and humanity which required that the sentencing policy take into account the age and 'physiological characteristics' of various categories of offenders" and, as such, pursued legitimate aim in the context of sentencing policy.¹⁸ Thirdly, in regard

that up to 90% of those women had a history of domestic abuse that contributed to their criminal conduct and contributed to their vulnerability. The Government added that in addition to Russia, Albania, Armenia, Azerbaijan, Belarus and Uzbekistan also did not sentence women to life imprisonment, while, at the time, the Ukrainian Parliament had adopted, at first reading, a draft law exempting women from life sentences.

¹⁵ *Ibid.* For more detailed argumentation of the third party see paras. 49–52.

¹⁶ *Khamtokhu and Aksenchik* (fn. 4). For more details of the Court's reasoning and cited jurisprudence see paragraphs 53–88.

¹⁷ *Ibid.* For the Court "in order for an issue to arise under Article 14 there must be a difference in the treatment of persons in analogous or relevantly similar situations. Such a difference of treatment is discriminatory if it has no objective and reasonable justification, in other words, if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised. The Contracting State enjoys a margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment. The notion of discrimination within the meaning of Article 14 also includes cases where a person or group is treated, without proper justification, less favourably than another, even though the more favourable treatment is not called for by the Convention." (para. 64, emphasis added by author).

¹⁸ *Ibid.*, para. 70.

to proportionality, the Court noted that life imprisonment in Russia was not mandatory or automatic for any offence, but reserved for only a few particularly serious offences, could be pronounced only after very careful scrutiny of the case by the domestic courts and a conclusion that it is the only punishment that “befits” the crime.¹⁹ Additionally, the offenders, including the applicants, were entitled for early release after the first 25 years. In conclusion, altogether this does not render imposition of life imprisonment an excessive measure.

Thereafter, operating within the lines of the doctrine of margin of appreciation, and searching for the existence or non-existence of an European consensus, the Court invoked the International Covenant on Civil and Political Rights (Article 6(5)), United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW; Article 4), UN Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders (Preamble, rules 5, 10, 31, 48), Committee of Ministers of the CoE Recommendation Rec(2006)2 on the European Prison Rules (recommendations 13, 34.3) and the European Parliament’s Resolution of 13 March 2008 (recommendation 14), which are all instruments that on call individual states to provide special measures for gender-specific healthcare for all female prisoners, protection of female prisoners from gender-based violence, and protection of pregnant, breastfeeding and menstruating women and mothers with young children in prisons. The Court concluded that on the basis of the particular circumstances of the case, available data and international instruments, “there exists public interest underlying the exemption of female offenders from life imprisonment by way of a general rule” in Russia.²⁰

The Court added that there were some other states, in addition to Russia, that exempted women from imposition of a life imprisonment by way of a general rule (Albania, Azerbaijan and Moldova), some states that exempted only pregnant women (Armenia and Ukraine), and some states in which life imprisonment was limited because of the requirement of reducibility of a sentence, and that, in the absence of common ground, this area should still be regarded as one of evolving rights, with no established consensus, in which states must enjoy a wide margin of appreciation. Russia, in the light of all circumstances, did not overstep its margin of appreciation, and its legislation is not contrary to the international instruments in this sphere, nor with legislation of other states. Moreover, exemption of certain groups of offenders represents “social progress in penological matters.”²¹ While it would clearly be possible for Russia to

¹⁹ *Ibid*, paras. 71–72.

²⁰ Khamtokhu and Aksenchik (fn. 4), para. 82.

²¹ *Ibid*, para. 86.

exempt from life imprisonment all categories of offenders, in pursuit of its aim of promoting the principles of justice and humanity, it is not required to do so under the Convention as currently interpreted by the Court. The Court was satisfied that there was a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the legitimate aim pursued, and concluded that the impugned exemptions did not constitute a prohibited difference in treatment for the purposes of Article 14, taken in conjunction with Article 5. In reaching this conclusion, the Court had taken “full account of the need to interpret the Convention in a harmonious manner and in conformity with its general spirit.”²²

In the light of the above considerations, on 24 January 2017 the Grand Chamber of the Court, by ten votes to seven, found that there had been no violation of Article 14 of the Convention, taken in conjunction with Article 5, in respect of the difference in treatment on the basis of sex. The judgment also contained concurring opinions of four judges, the joint partly dissenting opinion of five judges, and a dissenting opinion of one judge.

3. EQUALITY AS SEEN IN DOCTRINE AND IN EUROPEAN LAW

Comparative studies show that European law, in general, “demands that all citizens face an equal threat of investigation and prosecution”, as it perceives pre-conviction phase as the greatest threat to equality before the criminal law, unlike its cousin from the other side of the Atlantic which “generally demands that all citizens face an equal threat of punishment” (James Whitman 2009, 119–36). But, as Whitman (2009, 140–1) also notices, this does not mean that Europe completely succeeds in achieving pre-conviction equality in procedure, nor that equal punishment is of secondary importance – on the contrary: it is noted that the European approach is such that continental courts in fact make careful, systematic and comprehensive efforts to consider the personality of the perpetrator throughout the criminal justice system and individualization in punishment is accepted (Whitman 2009, 146, 153). Still, Whitman underlines that for the sociologists of criminal law “there will always be some lurking threat to equal treatment” in the criminal proceedings when there is demand for individualization, and that this is unavoidable (2009, 121–2).

Moving on to the notion of equality, it has been recognized that the right to equality is a “central commitment in human rights law” (Charilaos Nikolaidis 2015, 34; Sandra Fredman 2016, 712). Here we differentiate between formal equality, which requires that all people be

²² *Ibid*, para. 87.

treated identically in all circumstances, and substantive equality, which recognizes that all people are not equal (Davis 2009, 12). International law permits states to treat unequally those who are unequal, usually groups with particular status – women, people with disabilities, ethnic minorities, etc. (Fredman 2016, 713), and to adopt policies that are discriminatory on their face, mostly because of the recognized particularities of their histories, politics or economies, for which they may need to pursue regimes of “unequal” treatment for unequal matters (Davis 2009, 12). Yet, in both McKean (1982, 23) and Davis (2009, 12) in the case of choice of a different treatment, such treatment must be proportional to the specific individual circumstances, and in order to be legitimate, it must be reasonable and not arbitrary; then the onus of showing that those particular distinctions are justifiable is on those who make them, i.e. on the states.

In equal treatment cases the European Court operates in a complex context (Gerards 2017, 1) as it is asked to deliver binding judgments from the position of a judicial authority that should respect national sovereignty and national values, having to balance the need for uniform and effective rights protection with the respect for diversity (Gerards 2018, 495) and the objective to provide consistent protection of individual fundamental rights (Gerards 2017, 2). In this the Court applies the doctrine of margin of appreciation (for a more comprehensive analysis see Zysset 2017, 139–54).

As defined in Harris *et al.* (2014, 14), the margin of appreciation doctrine implies that states are allowed a certain measure of discretion, subject to European supervision, when it takes legislative, administrative and judicial actions in the area of Convention rights. As further elaborated by Gerards (2018, 498), margin of appreciation provides the states with certain discretion in “determining the reasonableness of interference with the Convention rights” so that the Court can relatively easily accept reasons and arguments submitted by the governments, unless they are “clearly unconvincing or disclose arbitrary decision-making” (Gerards 2018, 498–9). According to Gerards (2018, 499–500), this doctrine is thus flexible, but applies only to the review of the reasonableness, and should therefore be applied with great care.

However, practice shows that the Court fails to apply margin of appreciation doctrine consistently, with acceptable deference to the national authorities (Gerards 2018, 501) as it depends on existence of a consensus or common ground of the CoE Member States on the approach to the problem in question (Wildhaber *et al.* 2013, 248). When there is no European consensus, the Court will have a wider margin of appreciation (and often the violation will not be found), but where the Court affirms existence of the European consensus, margin of appreciation will be

narrow, and the Court will, by applying evolutive interpretation of the Convention, find a violation thereof (Wildhaber *et al.* 2013, 248; Candia 2017, 600). Even though widely accepted, Wildhaber *et al.* (2013, 256) argues that there is no indication that consensus is binding, while Gerrards (2018, 506–15) adds that in practice this doctrine actually does not demonstrate the objectives it should theoretically, and that the Court is moving to use other instruments to give the shape of its subsidiary role and effective protection – case-based review and incrementalism – as judicial strategies in dealing with diverging standards and the creation of general principles.

Finally, Čahojová and Bitterová (2018, 27–8) explain the test that the European Court has developed for sex-based discrimination claims. The Court first examines whether the case at hand falls within the scope of substantive rights, guaranteed by the Convention, and whether persons in a comparable situation are treated differently or similarly based on prohibited grounds. This also requires a comparator against which the applicants are discriminated. Then the Court shifts assessment to a possible justification for different treatment. The requirement for the justification of different treatment is cumulative, which means that if the state wishes to succeed in justification of its own action, it must fulfil the requirements: the legitimate aim and proportionality of measures to achieve the legitimate aim simultaneously. If the state fails to fulfil one of the requirements, the Court usually finds a violation. In cases in which discrimination is alleged based on sex, the Court is asked to perform a higher degree of scrutiny of the circumstances, subject-matter, background and a consensus (Ivana Radačić 2008, 843–4; Čahojová and Bitterová 2018, 29) since “the advancement of the equality of the sexes is...a major goal in the member States of the Council of Europe and very weighty reasons would be needed for such a difference in treatment to be regarded as compatible with the Convention,”²³ and “references to traditions, general assumptions or prevailing social attitudes in a particular country are insufficient justification for a difference in treatment on grounds of sex.”²⁴ However, even in this regard the Court leaves the states margin of appreciation, and seeks to establish a European consensus to determine whether the exemption is justifiable and reasonable.²⁵

The European Court has already dealt with different and changing sentencing regimes among CoE Member States, with cases covering the difference in treatment of child offenders on account of their age

²³ *Petrovic v. Austria*, App. 20458/92, (ECtHR 27 March 1998) para. 37; *Konstantin Markin v. Russia* App. 30078/06 (ECtHR, Grand Chamber, 12 March 2012) para. 127.

²⁴ *Konstantin Markin* (fn. 23), para. 127.

²⁵ *Petrovic* (fn. 23), para. 38.

differences, and consequent ineligibility for remission,²⁶ the difference in juvenile sentencing on a basis of sex,²⁷ and the difference in early release prospects of life prisoners and others when life imprisonment is the mandatory penalty for some offences.²⁸ In all these cases the applicants were male offenders, but only in Khamtokhu and Aksenchik the Court delved into the problems of unequal sentencing and discrepancies arising from differences in sex.

4. REVISITING THE CURIOUS CASE

Throughout most of the history of the European Court its jurisprudence on equality was based on a formal conception of equality, and only recently has the Court begun to “give equality more substantive content” (O’Connell 2009, 129). The case of Khamtokhu and Aksenchik came before the European Court after it had established and confirmed its position that equality of sexes is one of the major goals to be achieved and preserved in the Council of Europe, as well as that stereotypical and traditional views should be abandoned. Moreover, this position was affirmed in one case against Russia where the issue was unequal treatment of men and women in regard to parental leave in the army which was, by way of a general rule, permitted only to women, but was eventually found discriminatory (above in fn. 23: Konstantin Markin v. Russia). Indeed, the Court found a violation of Article 14 in conjunction with Article 8 of the Convention in that case. The fact that the Court recognized that the mother and the father play equal roles in the early stages of a child’s life,

²⁶ *Nelson v. the United Kingdom* App. 11077/84 (Commission, decision 13 October 1986). In this case the applicant (age 15 at the time of commencement of a nine-year prison sentence for attempted murder) complained that due to his age at the time of arrest and trial, and the location thereof, he had been denied the possibility of remission, even though he was entitled to parole. He also complained of difference in sentences in England and Wales, which were more lenient and where children were entitled to remission for the same offences, unlike in Scotland, where he had been tried and sentenced.

²⁷ *A.P. v. the United Kingdom* App. 15397/89 (Commission, decision, 8 January 1992 (striking-out)). In this case the applicant (boy, aged 14) complained of different sentencing of male and female juveniles. The applicant and respondent state concluded a friendly settlement, but from the facts of the case we learn that during a certain period of time only boys aged 14 and older could be sentenced to imprisonment, while girls of the same age were exempted from such punishment. In the meantime, the UK amended the law and abolished the critical punishment in regard to 14-year old boys.

²⁸ *Kafkaris v. Cyprus* App. 21906/04 (ECtHR, Grand Chamber, 12 February 2008). In this case the applicant (sentenced to life imprisonment for premeditated murder) complained of his discriminatory compared to other life prisoners released by the discretionary decision of the President of the Republic, applied on a case-to case basis, as well as him and other convicts who were not serving life sentence. The Court established no discriminatory treatment in either of the applicant’s complaints.

i.e. that motherhood should no longer be given priority over fatherhood, is an important recognition by the Court. Hence, even though positions of Markin, Khamtokhu and Aksenchik were not comparable, it was reasonable to expect that the Court's reasoning in Markin would also be of certain importance and value for Khamtokhu and Aksenchik. However, the reasoning of the Court and the outcome in the case were contrary, and the question arose whether the Court was right.

It is argued that, in principle, the Court took the right approach in the case of Khamtokhu and Aksenchik, in line with their complaints and the established line of its cases, but that the outcome largely owes to the applicants' mistake in submitting one request. Namely, unlike in the case of Konstantin Markin, where he had (successfully) charged that "the refusal to grant him parental leave amounted to discrimination on grounds of sex"²⁹ without further requests, Khamtokhu and Aksenchik carried on with the request to the Russian authorities to abolish life imprisonment in respect to men aged 18 to 65. Indeed, no one can guarantee that the Court would have taken a different direction had the applicants left out the second part of their request. But, it is argued that this was strategically a mistake, and that by leaving only the first, substantively tenable and defensible submission, the applicants would have been more successful.³⁰ In this way the latter request prevailed, and the Court was already at the outset of the case-deliberation clear regarding the direction in which it was going, and that its subsidiary role and restricted powers in regard to domestic legislation were about to "save" it from delving into this socially and legally complicated issue. Ordering Russian authorities to abolish life imprisonment completely (leveling up) or to extend it to women (leveling down) was not within the Court's power, but a sole recognition that the adopted approach to sentencing was discriminatory had more prospects of success (compare with Konstantin Markin).

Nevertheless, a more substantive issue remains problematic, and that is the conclusion that discrimination of men in regard to life

²⁹ *Konstantin Markin* (fn. 23), para. 76.

³⁰ According to the information from the Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights, in addition to being acknowledged that he was discriminated against by the Court judgment, we read that in execution of the individual measure Konstantin Markin was paid (on time) non-pecuniary damages and legal costs and expenses, awarded by the Court. Moreover, in June 2014 the Russian Government submitted a draft law providing for parental leave and child allowance to be granted upon request to single male serviceman for consideration by the State Duma. Even though there were no further developments reported to and by the Execution Department, according to numerous media reports this draft law was welcomed as a step further in respect of establishing equality between men and women in Russia. The status of execution available at <https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22230078/06%22%5D,%22EXEIdentifier%22:%5B%22004-13956%22%5D%7D>, last visite July 31, 2019.

imprisonment, or more precisely – exemption of women from it, was justified and proportional.

In the application of its discrimination test the Court established that the exemption of female offenders amounted to a difference in treatment on the grounds of sex. But, without questioning it, the Court accepted the Government's position that this difference in treatment was intended to promote the principles of justice and humanity (which required that the sentencing policy take into account the physiological characteristics of women, in addition to age) and therefore pursued a legitimate aim in the context of sentencing policy. While, undoubtedly, each state is in the best position to know which sentencing policy best befits its societal needs, it is strange, to say the least, that the Court unconditionally accepted the position of the Russian Government without questioning it in a wider context – namely, whether it was aligned with the quest for formal equality of men and women, and then whether it was rightful to impose life imprisonment only on men only because of their assumed strength to endure the harshness of such a penalty.

Yet, even more subtle question followed.

Coming to the issue of proportionality, the Court made margin of appreciation part of it (Gerards 2018, 501–2). Without firstly distinguishing between male and female offenders, mothers and fathers, motherhood and fatherhood, and when and why it was justified to make exemptions in sentencing regimes, the Court started seeking consensus amongst the CoE Member States in regard to exempting women from life imprisonment, and then jumped right into the line of the international instruments that protect female offenders, to come to the conclusion that there was an underlying public interest in the exemption of female offenders from life imprisonment, and that such a choice was considered a social progress in penological matters.

As for the first quest, it was interesting that the Court established that, basically, all former Soviet states exempted women from life imprisonment. However, it would have been even more logical and helpful had the Court investigated other CoE Member States sentencing regimes and established how many other states in Europe, if any, differentiated by sex when sentencing, whether their legislation exempted women offenders from certain sentences (including life imprisonment), and what was the rationale behind it. Normally, the Court conducts such research, particularly when a sensitive issue is at stake, as it was in this case. It failed to do it now and, in the absence of complete data, its conclusion that there was little common ground amongst CoE Member States in regard to imposition of life imprisonment on women on a basis of only one block of the European states, is hardly credible.

As for the second quest, the effort of the Court to examine the international instruments that protect the rights of female offenders was directly in response to both the applicants' gender-related arguments and the Government's position, but it is submitted that in its conclusion the Court was wrong. Enumerated international instruments³¹ deal with the recommendations to the individual states and their obligations to provide special measures for gender-specific healthcare to all female prisoners, measures of protection of female prisoners from gender-based violence, and the protection of pregnant, breastfeeding, or menstruating women and mothers with young children in prisons. No instrument prohibits life imprisonment as such and no instrument calls for exempting women from life imprisonment, or from any type of prison sentence. They only regulate or recommend in what way individual circumstances of certain vulnerable groups of female offenders should be taken care of by domestic authorities when those women are serving their sentences. Therefore, exemption of these groups of women could be justified, but it is difficult to accept that on the basis of the same concerns there was a public interest for the exclusion of *all* women, or much less to impose life imprisonment only on men.

In conclusion, even though it appears that the applicants largely contributed to how the Court approached their problem, it must be noted that the Court's analysis was not comprehensive either, and that it indeed treated the respondent state overly deferentially (Čahojová, Bitterová 2018, 30) without providing reasonable justification for such an approach.

5. CONCLUDING REMARKS

The case of *Khamtokhu and Aksenchik* was a textbook example of discrimination, but it also revealed some traits of the equality-related cases that were not so visible at first glance – how the case of discrimination should be argued, and how it should be argued before the European Court.

The applicants should be more prudent in their discrimination submissions and claims. While it was clear that the main concern of *Khamtokhu and Aksenchik* was to establish that they were discriminated against, only one sentence enabled the Court to decide contrariwise. Yet, even when it appears that the applicants do not argue their cases (strategically) well, the Court is in a position to assess the cases from the perspective of a master of its own procedure, rules and the complete

³¹ *Khamtokhu and Aksenchik* (fn. 4), see the list under Relevant International Instruments section, paras. 27–31.

freedom in policing the conduct of its own proceedings (as established and repeated in its long line of jurisprudence) and examine the cases in accordance with the very substance of the applicants' submissions. The Court was particularly called on to take this approach when the importance of the right in question exceeds the form in which the applicants are complaining. Equality and human dignity are of such importance that formalities should not prevail.

Also, this case revealed that consensus should not be binding, and that a lack thereof on the issue of imposition of life imprisonment on men, while women remain exempt, does not justify such a choice of sentencing regime, and that justice cannot be achieved in such a conditions.

Consequently, cases such as this one, which in fact deal with sex and gender differentiation, evidently require a more nuanced approach, particularly if the applicants offer credible arguments, as it was in this case. But, despite this clear requirement, the Court failed to address differences in question properly, by completely disregarding what the applicants submitted. What used to be ground for justification of different treatment in the very recent past of our society, and in the meantime became recognized as a formal ground for *non-discrimination* by the Court itself,³² once again became justification for discriminatory treatment. Even though different in its nature, motherhood and fatherhood are equally important. Also, even though both men and women have their weaknesses and strengths, none of that should be considered as grounds for discrimination or exemption from equal treatment because tradition or deeply embedded practices dictate so. These can only be grounds for individualization of treatment, which is the only way to attain genuine equality in gender issues. By not treating equally those who are "similarly placed", the Court seriously jeopardizes equality as such, and it is unlikely that there will ever be public interest for such a treatment.

³² *Konstantin Markin* (fn. 23), paras. 132–133, 151. "... the Court concludes that, as far as the role of taking care of the child during the period corresponding to parental leave is concerned, men and women are 'similarly placed'... It follows from the above that for the purposes of parental leave the applicant, a serviceman, was in an analogous situation to servicewomen. It remains to be ascertained whether the difference in treatment between servicemen and servicewomen was objectively and reasonably justified under Article 14... In view of the foregoing, the Court considers that the exclusion of servicemen from the entitlement to parental leave, while servicewomen are entitled to such leave, cannot be said to be reasonably or objectively justified. The Court concludes that this difference in treatment, of which the applicant was a victim, amounted to discrimination on grounds of sex."

REFERENCES

- Candia, Gonzalo. 2017. Interpretation of Regional Human Rights Conventions and Originalism: Different Context, Same Myths. *DPCE Online* 3: 597–606. <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/431>, last visited July 30, 2019.
- Čahojová, Kristína, Nikoleta Bitterová. 2018. Life Imprisonment from the Perspective of Gender Equality: Who Has Really Won the Case?. *Common Law Review* 15: 27–30.
- Davis, Megan. 2009. International Human Rights Law, Women’s Rights and the Intervention. *Indigenous Law Bulletin* 10: 11–14.
- Dimitrijević, Vojin, Dragoljub Popović, Tatjana Papić, Vesna Petrović. 2006. *Međunarodno pravo ljudskih prava*. Belgrade: Belgrade Centre for Human Rights.
- Fredman, Sandra. 2016. Substantive Equality Revisited. *International Journal of Constitutional Law* 3: 712–738.
- Gerards, Janneke. 2018. Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review* 3: 495–515.
- Gerards, Janneke. 2017. The Margin of Appreciation Doctrine, the Very Weighty Reasons Test and Grounds of Discrimination. *The European Convention on Human Rights and the Principle of Non-Discrimination*, ed. Marco Balboni. Naples: Editoriale Scientifica. Forthcoming.
- Harris, David, Michael O’Boyle, Colin Warbrick. 2014. *Law of the European Convention on Human Rights*. 3 ed. Oxford: Oxford University Press.
- Kapotas, Manos. 2014. A Tale of Two Cities: Positive Action as “Full Equality” in Luxembourg and Strasbourg. 188–214. *Human Rights Law in Europe: The Influence, Overlap and Contradictions of the EU and the ECHR*, ed. Kanstantsin Dzehtsiarou, Theodore Konstadinides, Tobias Lock, Noreen O’Meara. Abingdon, New York: Routledge, 2014, Routledge Research in Human Rights Law.
- McKean, Warwick. 1983. *Equality and Discrimination under International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Nikolaidis, Charilaos. 2015. *The Right to Equality in European Human Rights Law: The Quest for Substance in the Jurisprudence of the European Courts*. 1st ed. Abingdon, New York: Routledge, 2015, Routledge Research in Human Rights Law.

- O'Connell, Rory. 2009. Substantive Equality in the European Court of Human Rights?. *Michigan Law Review First Impressions* 107: 129–133.
- Radačić, Ivana. 2008. Critical Review of Jurisprudence: An Occasional Series. Gender Equality Jurisprudence of the European Court of Human Rights. *The European Journal of International Law* 4: 841–857.
- Whitman, James Q. 2009. Equality in Criminal Law: The Two Divergent Western Roads. *Journal of Legal Analysis* 1:119–165.
- Wildhaber, Luzius, Arnaldur Hjartarson, Stephen Donnelly. 2013. No Consensus on Consensus? The Practice of the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Journal* 7–12: 248–263.
- Zysset, Alain. 2017. *The ECHR and Human Rights Theory: Reconciling the Moral and Political Conceptions*. Abingdon, New York: Routledge, 2017, Routledge Research in Human Rights Law.

Article history:

Received: 31. 7. 2019.

Accepted: 3. 9. 2019.

UDK 316.662(38)

CERIF: H300

DOI: 10.5937/AnaliPFB1903246S

Andreas Serafim, PhD*

CONSTRUCTING IDENTITIES:
RELIGIOUS ARGUMENTATION, SEXUALITY AND
SOCIAL IDENTITY IN ATTIC FORENSIC ORATORY

This paper explores how religious argumentation is used in the construction of sexual and social identities, and the impact this may have had on the audiences in Athenian courts. There are only a few references to religion in Attic oratory that point to and undermine an individual's sexuality and/or social standing. These references fall largely into two related categories: aggressive references that denote morally, socially, legally and sexually condemnable identities; and occupational references that describe the social occupation of people in relation to religious duties and obligations. It has been argued that orators' use of religious discourse for identity construction is designed to sustain a close bond between the speaker and the audience, while also estranging their opponents from the group.

Key words: *Identity. – Impiety. – Religious argumentation. – Sexuality. – Social identity.*

The purpose of identity construction in Attic forensic oratory is to influence the audience's attitude towards the speaker and his opponent. This paper explores specifically how religious argumentation is used to shape sexual and social identities. The use of religion allows the speaker to harness the unifying effect of shared beliefs to provoke the audience's antipathy towards the opponent, whom they now see as an outsider. The paper comprises two sections: in the first, "Identity: Definition and Constructions", I offer a theoretical exploration of the notion of identity – what this is and how religious and sexual identities are constructed to achieve persuasive ends. In the second section, "Religious Argumentation,

* Adjunct Lecturer in Ancient Greek, B.A. Programme in Hellenic Culture, Open University of Cyprus, Cyprus, andreas.serafim@ouc.ac.cy.

Sexuality and Social Identity”, I explore manifestations of the synergetic use of religious argumentation, sexuality and social identity for the construction of the identity of the speaker’s opponents, and the impact this construction is designed to have upon the audience in the Athenian courts.

1. IDENTITY: DEFINITION AND CONSTRUCTIONS

First introduced by psychologists in the 1950s, the notion of “identity” has long been one of the major fields of interest for researchers across a range of disciplines, especially in social studies, history and humanities. The most influential attempts to define the notion have two common features: first, the emphasis placed on identity as having both an individual and a collective nature; and second, the fact that all definitions refer to a sense of *recognition* or *identification*, i.e. how one is perceived to be by oneself or by others, or perhaps better, what features are attributed to an individual or a group of individuals, i.e. a community, by themselves or others (see, for example, Clifford 1988, 344; Hall 1989; Wendt 1992, 397; Deng 1995, 1; Jenkins 1996, 4). Identity, in other words, consists of two pillars: identifier and identified (see, for example, Taylor 1994, 25–73; İnaç, Ünal 2013, 223). Gee (2000, 99–125) is right to note that:

“One cannot have an identity of any sort without some interpretive system underwriting the recognition of that identity. The interpretive system may be people’s historically and culturally different views of nature; it may be the norms, traditions and rules of institutions; it may be the discourse and dialogue of others; or it may be the workings of affinity groups. What is important about identity is that almost any identity trait can be understood in terms of any of these different interpretive systems. People can actively construe the same identity trait in different ways, and they can negotiate and contest how their traits are to be seen (by themselves and others) in terms of the different perspectives on identity.”

Seen from this angle, *identity* may refer to character, goals, actions, words and origins – everything that characterises an individual or a community. *Identity*, in this paper, is taken as a sort of *predicate* that is attached to and describes the nature and characteristics of individuals or collectives.

The *social identity* of individuals relates to the role(s) they undertake in social structures. Social structures pre-date individuals and provide the framework in which we interact in the world, yet individual social agents are able to act in the world, sometimes following the rules of the social structure, but also redefining social structures through social

action. Bourdieu ([1987] 1994) attempted to reconcile the push and pull of structure and agency in everyday life through the concept of *habitus*, or else *social category*. According to Bourdieu ([1980] 1990), social agents possess *habitus* as a way of being, or disposition, which can be economic, cultural, social and symbolic. A social category is a set of people designated by a label (or labels) commonly given to, or used by, that set of people. As Fearon (1999, 13–14) points out, “social categories have two distinguishing features: first, they are defined by implicit or explicit rules of membership, according to which individuals are assigned, or not, to the category. Second, social categories are understood in terms of sets of characteristics – for example, beliefs, desires, moral commitments or physical attributes – thought typical of members of the category, or behaviour expected or obliged of members in certain situations”.

The construction of any particular identity is an inclusive process involving the internalisation of identities that have the same features and espouse the same values, but it is also an exclusive process in the sense that it entails the elimination of deviant identities. I term this potential of identity construction “the rhetoric of community”: this reflects the conscious, psychological attachment to a group and the belief that this group has shared interests, to which the non-members of the group are alien. The social identity theory of Tajfel and Turner (1979) indicates that the activation of this binary set of reactions, as interdisciplinary scholarship indicates, has a significant impact upon behaviours and attitudes in target audiences (see also Miller et al. 1981, 494–511; Conover 1984, 760–785; Lau 1989, 220–223; Carey 1990, 49; Huddy 2003, 511–558); Hall 2006, 388; Arena 2007, 151). The central hypothesis of social identity theory is that members of an in-group will seek to find negative aspects of an out-group, thus enhancing their self-image. This is exactly how references to religious discourse and identity, especially in the forms that are discussed in this chapter, work in Attic oratory: they are a means for the speaker to artfully construct the audience’s frame of mind, by associating himself with them, while simultaneously estranging his opponent from the group.

A specific type of identity formation, which carries the potential for both inclusion and exclusion, is *religious identity*, i.e. the identification of an individual with religious traditions, beliefs and practices. It has been argued in modern scholarship that religion provides the strongest kind of identity for individuals and groups. It is a way of defining one’s identity by excluding the other from the religious group – thus, defining oneself as the opposite of the other (see especially Mol 1976; 1979, 11–38; Seul 1999, 553–568). An increasing number of studies indicate the mechanisms through which religion, and religious discourse in particular, is correlated with identity formation (see, for example, Lee 2002, 369–384; King 2003, 196–203; King, Boyatzis 2004, 2–6; Arweck, Nesbitt

2010, 67–87). Another type of inclusive/exclusive construct is sexuality, which is meant to include all the aspects of self, character, actions, words and traits that indicate, explicitly or implicitly, one’s sexuality. For, as scholars argue, sexuality is a cultural construct attached to and defined by attire and clothing style (see especially Holman 1981; Lurie 1981; Tseelon 1989; 1995; Davis 1992; Entwistle 2000; Arvanitidou, Gasouka 2013, 111–115), jewellery, facial expressions, posture, body type, walk or gait, and both the type and frequency of gestures (see especially Fasoli *et al.* 2017, 1261–1277; also: Dunkle, Francis 1990, 157–167; Gaudio 1994, 30–57; Shelp 2002, 1–14; Munson *et al.* 2006, 202–240; Munson 2007, 125–142); Rieger *et al.* 2010, 124–40; Barton 2015, 1615–1637). It is the interconnection between religion and sexuality as manifested in Attic forensic oratory that this paper aims to explore.

2. RELIGIOUS ARGUMENTATION, SEXUALITY AND SOCIAL IDENTITY

This section aims to explore the ways in which speakers castigate the (alleged) religious allegiances, behaviour or practices of their opponents, and use them to undermine the social status and sexuality of individuals. There are only a few references to religion in Attic oratory that denote and undermine the sexual status and/or the social standing of people. These references can fall largely into two interrelated categories: *aggressive* references that denote morally, socially, legally and sexually condemnable identities; and *occupational* references that describe the social occupation or the magistracy of people in relation to religious duties and obligations.

Prominent examples of the first category of references, *aggressive*, can be found in the speeches describing or relating to the political feud between Aeschines and Demosthenes. This feud was so acrimonious that the two rivals often used specific forms of religious argumentation (such as, for example, references to apocryphal rituals) to undermine the social identity and sexuality of those involved. A telling passage is in Demosthenes 18.259–260:

“οικέτου τάξιν, οὐκ ἐλευθέρου παιδὸς ἔχων, ἀνὴρ δὲ γενόμενος τῇ μητρὶ τελοῦση τὰς βίβλους ἀνεγίνωσκες καὶ τᾶλλα συνεσκευωροῦ, τὴν μὲν νύκτα νεβρίζων καὶ κρατηρίζων καὶ καθαίρων τοὺς τελουμένους καὶ ἀπομάττων τῷ πηλῷ καὶ τοῖς πιτύροις, καὶ ἀνιστὰς ἀπὸ τοῦ καθαρμοῦ κελεύων λέγειν ἔφυγον κακόν, εὖρον ἄμεινον,” ἐπὶ τῷ μηδένα πάποτε τηλκοῦτ’ ὀλολύξαι σεμνυνόμενος (καὶ ἔγωγε νομίζω: [260] μὴ γὰρ οἴεσθ’ αὐτὸν φθέγγεσθαι μὲν οὕτω μέγα, ὀλολύζειν δ’ οὐχ ὑπέρλαμπρον), ἐν

δὲ ταῖς ἡμέραις τοὺς καλοὺς θιάσους ἄγων διὰ τῶν ὁδῶν, τοὺς ἐστεφανωμένους τῷ μαράθῳ καὶ τῇ λεύκῃ, τοὺς ὄφεις τοὺς παρεΐας θλίβων καὶ ὑπὲρ τῆς κεφαλῆς αἰωρῶν, **καὶ βοῶν ‘εὐοῖ σαβοῖ,’ καὶ ἐπορχούμενος ‘ὕης ἄττης ἄττης ὕης,** ἔξαρχος καὶ προηγμένων καὶ κιττοφόρος καὶ λικνοφόρος καὶ τοιαῦθ’ ὑπὸ τῶν γραδίων προσαγορευόμενος, μισθὸν λαμβάνων τούτων ἔνθρυπτα καὶ στρεπτούς καὶ νεήλατα, ἐφ’ οἷς τίς οὐκ ἂν ὡς ἀληθῶς αὐτὸν εὐδαιμονίσειε καὶ τὴν αὐτοῦ τύχην;”

“On arriving at manhood you assisted your mother in her initiations, reading the service-book while she performed the ritual, and helping generally with the paraphernalia. At night it was your duty to mix the libations, to clothe the catechumens in fawn-skins, to wash their bodies, to scour them with the loam and the bran, and, when their lustration was duly performed, to set them on their legs, and give out the hymn: ‘Here I leave my sins behind, Here the better way I find’; and it was your pride that no one ever emitted that holy ululation as powerfully as yourself. I can well believe it! When you hear the stentorian tones of the orator, can you doubt that the ejaculations of the acolyte were simply magnificent? [260] In day-time you marshalled your gallant throng of bacchanals through the public streets, their heads garlanded with fennel and white poplar; and, as you went, you squeezed the fat-cheeked snakes, or brandished them above your head, now shouting your Euoi Saboi! Now footing it to the measure of Hyes Attes! Attes Hyes!—saluted by all the old women with such proud titles as Master of the Ceremonies, Fugleman, Ivy-bearer, Fan-carrier; and at last receiving your recompense of tipsy-cakes, and cracknels, and currant-buns. With such rewards who would not rejoice greatly, and account himself the favourite of fortune?”

What is described in 18.259–260 is the rhythmic cry and dance of Aeschines during the ecstatic cries in honour of Dionysus: εὐοῖ σαβοῖ is a shout that the majority of scholars associate with the worship of Bacchus and ὕης ἄττης ἄττης ὕης is associated with Sabazius. The cult of Dionysus/Bacchus displayed a good deal of syncretism with the cult of Sabazius, and that two were sometimes considered to be the same god (see Yunis 2001, 254; on the cult of Sabazius: Gasparro 1985, 67–68; Burkert 1993, 259–275; McClure 2017, 304; Berndt 2018, 172–193). Dionysus/Bacchus and Sabazius were both gods whose cultic worship and festivals typically surrounded the event of the epiphany of the god and his band of animalistic male and wild human female attendants among the people, associated with ritual cries announcing the god’s coming.

Despite scholars mostly advocating the idea that Demosthenes refers to Bacchic and Sabazian rituals, Martin (2009, 109–11) questions this, and argues that Demosthenes may have made up a fusion of several

cults in his description of the rituals in 18.259–260.¹ The creation of a hotchpotch of references to several rituals indicates that the aim of Demosthenes is not to provide the audience with accurate information about the rites in which Aeschines allegedly participated. If the judges recognised correctly what the rites were and had the (wrong) impression that Demosthenes talks about them in negative terms, there would have been a risk of alienating the judges, who might have been initiated in these cults. We should not forget that these cults are not inherently negative or detestable. After all, the Athenians, according to Strabo (10.3.18), were known for their tolerance of rites with foreign roots: “for they welcomed so many of the foreign rites that they were ridiculed by comic writers” (see also Eidinow 2016, 52ff.). Demosthenes’ purpose, I argue, is not to refer to the rites themselves, let alone to reflect accurately any disposition the Athenians may have had towards them. What he is trying to do in 18.259–260 is to undermine the authority of Aeschines in the eyes of the court audience by focusing on three dimensions of his opponent’s involvement in the rites.

The first dimension, which has the potential to offend and irritate the (male) Athenian judges, thus undermining Aeschines’ authority and isolating him from the group of Athenians, is the implied mingling of sexes in the description of the rites. Both male and female worshippers are presented as co-acting in the rites, with Aeschines being merely an assistant to a female. As Martin (2009, 112) argues, “even if the unrestricted mingling of both sexes was not offensive, it confirmed the impression of the cult’s being somewhat obscure and odd, and its remoteness from the regulations of a group of worshippers accepted by society. One apparently common suspicion against the private cults without separation of men and women was that of orgiastic sexuality”.

Demosthenes’ presentation of Aeschines’ performance of the ritualistic cries of ὀλολυγμός or ὀλολυγή also intended to put the latter into a corner: thinking that this cry was uttered almost exclusively by women, as Pulleyn (1997, 178–181 n. 55); McClure (1999, 52–56); Willi (2003, 168) argue, Demosthenes’ description aims arguably to ridicule Aeschines’ sexuality, that of an effeminate, or unmanly, male. While male-to-male sexuality would not have been viewed as abnormal or distorted by an ancient Greek audience, the presentation of an effeminate male was perceived negatively and was frequently a target of criticism. In his speeches 1, *Against Timarchus*, and 2, *On the False Embassy*, for example, Aeschines refers five times to Demosthenes as being a *kinaidos*

¹ Martin argues that elements of the description of the cults by Demosthenes belong to Dionysus (as, for example, the fawnskin that is attested on Attic vases), some others point to Orphism (as do both the reference to the reading of sacred books and the wearing of crowns made of white poplar), while the ritualistic cry “Hyes Attes! Attes Hyes!” may point to the cult of the Mother.

(see Winkler 1990, 178–86; Davidson 2001, 23), an unmanly male, because of his lack of restraint in using luxurious garments which are indistinguishable from those of females (1.131, 181), and because of his effeminate physique and lack of martial prowess (2.88, 99, 151).² Criticism and ridicule of Aeschines are apparently the purposes of Demosthenes, since in oratory, as indeed in (Old, Aristophanic) comedy, effeminate men, like Agathon in *Thesmophoriazousae* 249–60, are frequently targets of ridicule.

The attack against Aeschines as being sexually debased is underlined by the reference to the young age at which he took part in the rites. These rituals, where the θίασοι of tipsy men roamed around the streets of the city, were, as MacDowell (2000, 289) argues, “morally corrupting and a child ought to have been protected from them” (see also Martin 2009, 63–64). It is worth mentioning here that one of the accusations against Phryne, the hetaira, was that she was assembling improper religious groups of men and women (Anonymus Seg. Ars Rhet. 215 Hammer: θιάσους ἀνδρῶν καὶ γυναικῶν συνήγαγεν “she put together groups of men and women”).³ The image of a boy being in the company of drunken older men seems to have implications for pederastic seduction (see Dover 1979, 23–49). Despite, or perhaps because of, a widespread recognition of the sexual attractiveness of young males, the Athenians were very protective of boys: besides moral codes described in sources regarding acceptable boyish deportment (see Dover 1979, 84–85; Cohen 1991, 195),⁴ a series of legal prohibitions also aimed to protect boys. If we believe Aeschines (serious doubts are expressed by Fisher 2001, 68),⁵

² These five references to Demosthenes as being a *kinaidos* are the only attestations of that term in oratory; and *kinaidos* is used only rarely elsewhere: Plato *Gorgias*. 494c–e; Aristotle *Physiognomics* 808a, 810a, 813a. This limited use makes it hard to pin down the traits of a *kinaidos*. In Aristotle’s *Physionomica kinaidia* is almost synonymous with a physical abnormality and bodily oddities, with gait, stature and movements, especially of neck, head and knees, and facial expressions (especially eyes) being characteristic aspects of a *kinaidos*’ physicality. In Plato’s *Gorgias* a *kinaidos* is defined by his moral failings, a lack of (sexual) restraint, and rampant desires.

³ Anonymus Seg. *Ars Rhet.* 215 Hammer: ἀσεβείας κρινομένη ἡ Φρόνη· καὶ γὰρ ἐκόμασεν ἐν Λυκείῳ καὶ καινὸν εἰσήγαγε θεὸν καὶ θιάσους ἀνδρῶν καὶ γυναικῶν συνήγαγεν· ‘ἐπέδειξα τοῖνυν ὑμῖν ἀσεβῆ Φρόνην, κωμάσασαν ἀναιδῶς, καινοῦ θεοῦ εἰσηγήτριαν, θιάσους ἀνδρῶν ἐκθέσμιους καὶ γυναικῶν συναγαγοῦσαν’. ψιλὰ γὰρ νῦν τὰ πράγματα διηγείται. “Phryne is on trial for impiety, because she was carousing in the Lycaeum and introduced a new god, and put together groups of men and women. ‘I have demonstrated to you that Phryne is impious, and that she was shamelessly carousing, and introduced a new deity, and gathered together illicit groups of men and women’. At this point he is only providing the mere facts of the case”.

⁴ Aristophanes, *Clouds* 963ff. refers to the virtues of boys; 979–983 where there is a negative description of damnable boyish deportment.

⁵ There are serious doubts about the historical validity of what Aeschines mentions in 1.9–14 as being Athenian school rules and laws that regulate who could get

there were regulations about the work of schools, their opening hours, and the behaviour of teachers, also providing strict criteria for the people who could enter the schools under specific circumstances (1.9–14). Families were also expected to protect boys from the sexual attention of older men by appointing, for example, slaves called παιδαγωγοί to protect the boys from seduction (cf. Plato, Symposium 183c–d; Phaedrus 231e, 240, 255a). As Aeschines also informs us, in 1.15–16, the law of ὕβρις punished anyone who insulted a boy (see Fisher 1992, 36–85; Todd 1993, 107, 187, 189, 270–271; Cairns 1996, 1–32).

Demosthenes' references to the morally questionable upbringing of Aeschines may reflect the Athenian disposition towards the importance of nurturing boys well and the negative impact that any misconduct may have had upon Athens: "it is the boy who has been well-brought-up that will be a useful citizen when he becomes a man. But when the boy's natural disposition is subjected at the very outset to vicious training, the product of such wrong nurture will be (...) like this man Timarchus" (Aeschines 1.11). Similarly, Demosthenes pays particular attention in his speeches not only to the actions of the potential seducers, but also to Aeschines' very presence amongst them, along with his mother, who allowed him to be there. Both are (implicitly) presented as wilfully damaging the honour of Aeschines' family. The emphasis placed here on the immorality and shamelessness of Aeschines invites the audience to think that his malfunction as an adult in the *polis* was not due to his ignorance, but due to his insolent character that was debased further by the environment in which he was nurtured.

The second dimension of Aeschines' (alleged) involvement in the rites that would potentially harm him has to do with the attention paid to Aeschines' low economic status and marginalised social standing. Demosthenes gives a new twist to the accusation that Aeschines carried out petty jobs by focusing on the religious scenery in which these menial tasks take place. This is used to emphasise that Aeschines' family was in such desperate need of money, because of shameful poverty and the lack of opportunities, that Aeschines was obliged to work from his boyhood even in mystery cults with women and drunk men. As Eidinow (2016, 54) eloquently puts it, "this [description] is not about Aeschines' religious activities being dubious, but their role in marking him as a young man of no account". The low social standing of Aeschines is indicated by the description of the duties that the man had to carry out in the rituals: Demosthenes claims that Aeschines read out the books at the initiation rites and that he was concerned with paraphernalia and a series of other petty menial actions.

into a school. Fisher argues that "all the documents included are universally and rightly condemned as spurious".

This is not the first time Demosthenes refers to Aeschines allegedly carrying out menial tasks. In §258 we read that “as a boy raised in great poverty, serving at the school alongside your father, you rubbed the ink, wiped the benches, and swept the schoolroom, relegated to the status of a household slave, not that of a freeborn youth”. A harsh diatribe in speech 18 also includes references to Aeschines being §209: “hunchbacked clerk” (γραμματοκόφων), §261: “scribe and errand boy to minor officials” (γραμματεύειν καὶ ὑπηρετεῖν τοῖς ἀρχιδίοις), §265: “you served as a public scribe” (ἐγγραμμάτευες) and “you played bit parts on stage” (ἐτριταγωνίσταις) (see Csapo, Slater 1994, 222–223; Haigh 1907, 221).⁶ The wording in these attacks against Aeschines is arguably redolent of comedy. A common ingredient of the diatribes made against one’s opponent in comedy and oratory is that “the opponent and his kin have followed menial callings, e.g. as clerks, or have made a living by manufacture or retail trade”, Dover (1974, 32) rightly points out (see also Rowe 1966, 398). Language is used as a means of attacking, denigrating and ridiculing Aeschines, who is associated with the vulgar and petty characters of comedy. The purpose of Demosthenes is to underline the low social and economic standing of Aeschines’ family, challenging its place within and its contribution to the *polis*. We cannot fully trust Demosthenes’ partisan description, however, since we know that Aeschines’ family had hoplite status, and so was not doomed to utter poverty (see especially Lane Fox 1994, 139–140; Harris 1995, 26; Martin 2009, 105).

Demosthenes’ references to Aeschines’ participation in mystical rituals may, thirdly and finally, have been intended to cast doubt on Aeschines’ origins, seeking to alienate him from the law-court audience by implying that he was of foreign birth. The Sabazian rites described in the passage above were imported to Athens from barbaric places, Phrygia or Thrace.⁷ Demosthenes himself was the target of various accusations levelled by Aeschines that he was a foreigner by birth (as in Aeschines 2.22–23), and it may be that Demosthenes, in the passages cited above, was in part trying to turn the tables on his rival. This is perhaps more possible if we bear in mind that Aeschines never ceases

⁶ Demosthenes may have coined the notion of τριταγωνιστής, since it is always attached to direct references to Aeschines. There is a tendency in literary criticism to consider terms like δευτεραγωνιστής or τριταγωνιστής as having negative meaning: protagonist is used for “star”; δευτεραγωνιστής for “adjutant”, “second-fiddle”, and “sidekick”; and tritagonist is a term of abuse meaning something like “third-rate”. Although it is not feasible to know the precise meaning of the term τριταγωνιστής outside Demosthenes’ speeches, nonetheless, in Demosthenes 19 it is undoubtedly negative because it invariably refers to Aeschines’ poor acting.

⁷ For Aristophanes (Scholia in *Birds* 874) the Phrygian origins of Sabazius are undisputable. Some other sources refer to Dionysus being the same person as Sabazius, according to Thracians (e.g. Scholia in *Wasps* 9b).

boasting about his purely Athenian origins (as he does, for example, in 2.23).⁸ Demosthenes might have wanted to undermine or diminish the impact that these self-promoting references of Aeschines would have upon the audience. We do not have any information from ancient sources to indicate whether or not the judges and the onlookers recognised and believed these subtle aspersions about Aeschines' civic identity. It is certainly true that Demosthenes' credentials as an Athenian citizen are weaker than Aeschines' – that is presumably why he does not challenge his rival openly and forcibly in his speeches. But he could have made innuendoes of the sort we can find in 18.259–260, which, despite being false or inaccurate, may still have had an impact on some (of the most gullible) members of the audience.

Religious argumentation can also be exploited aggressively in other speeches of Attic forensic oratory, with the aim of stigmatising individuals by assigning or highlighting particular aspects of their identity that would be perceived negatively by the audience. In Antiphon 1.19, for example, we are told that a woman, Philoneos' mistress, was tricked by the stepmother of the speaker, who planned the murder of his father, and poured poison into the wine for the libation, thinking it was a love potion (on the stepmother as being guilty of cheating the woman who poured the poison into the wine, see Gagarin 2002, 148–151).⁹ This passage assigns the morally debased identity of a female murderer to the stepmother. Murder was considered an act of impiety, as extant oratorical sources indicate (e.g. Antiphon 6.5). The stepmother is stigmatised, therefore, by the murder she committed and the serious offence of impiety that is attached to that act (see Gagarin 1997, 116). I also argue that behind the lines in Antiphon 1.19 lies an innuendo about sorcery, implied by the reference to love potion, which can also be found elsewhere in Antiphon 1, such as in §9.¹⁰ As Gagarin (2002, 150) argues,

⁸ Aeschines 2.23: “and we who have shrines and ancestral tombs in our homeland and share with you the pastimes and dealings that befit free men and have legally valid marriages and in-laws and children, deserved your trust in Athens (or you would never have selected us), but on arriving in Macedonia we suddenly turned traitor”.

⁹ Antiphon 1.19: “but Philoneos' mistress, who poured the wine for the libation, while they offered their prayers – prayers never to be answered, gentlemen – poured in the poison with it. Thinking it a happy inspiration, she gave Philoneos the larger draught; she imagined perhaps that if she gave him more, Philoneos would love her the more: for only when the mischief was done did she see that my stepmother had tricked her. She gave our father a smaller draught”.

¹⁰ Antiphon 1.9: “In the first place, I was ready to torture the defendants' slaves, who knew that this woman, my opponents' mother, had planned to poison our father on a previous occasion as well, that our father had caught her in the act, and that she had admitted everything – save that it was not to kill him, but to restore his love that she alleged herself to be giving him the potion”.

the figure of a man-destroying woman implies notorious sorcerers such as Circe and Medea.

More direct and explicit criticism against opponents for engaging in sorcery can be found in other speeches of the Ten Attic orators, as, for example, in Aeschines 2.124, 153 and Dinarchus 1.95 (a speech delivered against Demosthenes) – cited in order below:

“Τίνες οὖν ἦσαν αἱ ἀπάται, ταῦτα γὰρ τοῦ γόητος ἀνθρώπου, ἐξ ὧν εἶρηκε λογίσασθε.”

“See from his own statements the lies he has told. These are the mark of a sorcerer”.

“Συμπέπλεγμαι δ’ ἐν τῇ πολιτείᾳ καθ’ ὑπερβολὴν ἀνθρώπῳ γόητι καὶ πονηρῷ, ὃς οὐδ’ ἂν ἄκων ἀληθῆς οὐδὲν εἶποι.”

“In my political life, I have become enmeshed to an extreme degree with a sorcerer and a criminal, a man who could not speak the truth even by accident”.

“γότης οὗτος, ἄνδρες Ἀθηναῖοι, καὶ μιὰρὸς ἄνθρωπὸς ἐστὶ, καὶ οὔτε τῷ γένει τῆς πόλεως πολίτης οὔτε τοῖς πεπολιτευμένοις αὐτῷ καὶ πεπραγμένοις.”

“Gentlemen of Athens, this man is a sorcerer and an abomination, unworthy by either his birth or his administration and actions of being a citizen of the city” (translation: Worthington 1992, 102–03).

Dickie (2001, 12–16, 30–43) examines several uses of the term γότης in a range of primary sources, from tragic plays to medical writings and philosophical treatises (especially Plato, *Laws* 933a–e), highlighting its pejorative sense. To accuse someone of being a sorcerer was to accuse him/her of being dishonourable and engaging in morally questionable and legally punishable activities (see Dickie 2001, 36–46; Eidinow 2016, 55). Plato notes that sorcery was a hateful practice that was repressed by severe legal penalties (*Laws* 933a–e). Plato’s *Laws* is not necessarily the most reliable source for Athenian law; but what the *Laws* has to say here is supported by the evidence of Demosthenes in *Against Aristogeiton* 79–80, where the speaker refers to Theoris, a sorcerer from Lemnos, who was sentenced to death along with her family under the law of ἀσέβεια “impiety”.

The accusation levelled against individuals of being sorcerers was also a way of referring to their foreign genealogical roots and marginalised social standing. A particularly potent aspect of Greek magic was its presence in the fringes of society, which were most drastically divided from official state religion. Dionysus is presented in Greek literary texts, most fondly in Euripides’ *Bacchae* 234–5, as a sorcerer from a barbaric

land.¹¹ Sorcery itself was considered to have ancient roots, Eastern provenance and social marginalisation (see Maxwell-Stuart 2004, 14). The conclusion we can draw, therefore, is that the identification of Demosthenes, in the speeches of Aeschines and Dinarchus, with the scare-figure of the sorcerer aims to capitalise on the Athenians' negative sentiments for sorcerers.

Religious argumentation can also be used to reinforce the stigma of the alleged female immorality, as in [Demosthenes] 59, *Against Neaera*. Phano, the daughter of Neaera, is attacked because of the alleged adultery she committed, but this attack is couched in religious as well as in moral/legal terms.

“§85: λαβὲ δὴ μοι τὸν νόμον τὸν ἐπὶ τούτοις τουτονὶ καὶ ἀνάγνωθι, ἵν' εἰδῆτε ὅτι οὐ μόνον προσῆκεν αὐτὴν ἀπέχεσθαι τῶν ἱερῶν τούτων τοιαύτην οὖσαν καὶ τοιαῦτα διαπεπραγμένην, τοῦ ὄραν καὶ θύειν καὶ ποιεῖν τι τῶν νομιζομένων ὑπὲρ τῆς πόλεως πατρίων, ἀλλὰ καὶ τῶν ἄλλων τῶν Αθήνησιν ἀπάντων. ἐφ' ἣ γὰρ ἂν μοιχὸς ἀλῶ γυναικί, οὐκ ἔξεστιν αὐτῇ ἐλθεῖν εἰς οὐδὲν τῶν ἱερῶν τῶν δημοτελῶν, εἰς ἃ καὶ τὴν ξένην καὶ τὴν δούλην ἐλθεῖν ἐξουσίαν ἔδοσαν οἱ νόμοι καὶ θεασομένην καὶ ἰκετεύουσαν εἰσιέναι:”

“A woman of her character, who has done what she has done, ought not only to have kept aloof from these sacred rites, to have abstained from beholding them, from offering sacrifices, and from performing on the city's behalf any of the ancestral rites which usage demands, but that she should have been excluded also from all other religious ceremonials in Athens. For a woman who has been taken in adultery is not permitted to attend any of the public sacrifices, although the laws have given both to the alien woman and the slave the right to attend these, whether to view the spectacle or to offer prayer”.

“§86: ἀλλὰ μόναίς ταύταις ἀπαγορεύουσιν οἱ νόμοι ταῖς γυναίξι μὴ εἰσιέναι εἰς τὰ ἱερὰ τὰ δημοτελεῖ, ἐφ' ἣ ἂν μοιχὸς ἀλῶ, ἐὰν δ' εἰσίσωσι καὶ παρανομῶσι, νηποίνει πάσχειν ὑπὸ τοῦ βουλομένου ὃ τι ἂν πάσχη, πλὴν θανάτου, καὶ ἔδωκεν ὁ νόμος τὴν τιμωρίαν ὑπὲρ αὐτῶν τῶ ἐντυχόντι, διὰ τοῦτο δ' ἐποίησεν ὁ νόμος, πλὴν θανάτου, τάλλα ὑβρισθεῖσαν αὐτὴν μηδαμοῦ λαβεῖν δίκην, ἵνα μὴ μιάσματα μηδ' ἀσεβήματα γίγηται ἐν τοῖς ἱεροῖς, ἱκανὸν φόβον ταῖς γυναίξι παρασκευάζων τοῦ σωφρονεῖν καὶ μηδὲν ἀμαρτάνειν, ἀλλὰ δικαίως οἰκουρεῖν, διδάσκων ὡς, ἂν τι ἀμάρτη τοιοῦτον, ἅμα ἐκ τε τῆς οἰκίας τοῦ ἀνδρὸς ἐκβεβλημένη ἔσται καὶ ἐκ τῶν ἱερῶν τῶν τῆς πόλεως.”

¹¹ Euripides' *Bacchae* 234–235: “And they say that some stranger has come, a sorcerer, a conjuror from the Lydian land, fragrant in hair with golden curls, having in his eyes the wine-dark graces of Aphrodite”.

“No; it is to these women alone that the law denies entrance to our public sacrifices, to these, I mean, who have been taken in adultery; and if they do attend them and defy the law, any person whatsoever may at will inflict upon them any sort of punishment, save only death, and that with impunity; and the law has given the right of punishing these women to any person who happens to meet with them. It is for this reason that the law has declared that such a woman may suffer any outrage short of death without the right of seeking redress before any tribunal whatsoever, that our sanctuaries may be kept free from all pollution and profanation, and that our women may be inspired with a fear sufficient to make them live soberly, and avoid all vice, and, as their duty is, to keep to their household tasks. For it teaches them that, if a woman is guilty of any such sin, she will be an outcast from her husband’s home and from the sanctuaries of the city”.

It is notable that the speaker not only accuses Phano of committing illegal actions, as adultery was punishable in the Athenian legal system (see Dover 1974, 209; Harris 1990, 370–377; Carey 1995, 407–417),¹² but he associates the accusation of illegality with impiety (as he also does elsewhere when associating bribery, treason and other offences against the *polis* with crimes against the gods; e.g. in Demosthenes 19.268). It is this impiety, in fact, that underpins the explicit call for the audience to treat Phano (and her father, Stephanus) as not a part of the Athenian community. The centrality of piety and impiety in the Athenian legal system is well-established in ancient sources and modern scholarship. Piety, “a broad term which comprised showing reverence in accordance with tradition towards the gods, one’s parents, the dead, or even the fatherland”, as Filonik (2013, 13) argues, was fully entangled with secular matters in classical Athens. According to Filonik (2013, 14), acts of impiety “usually signify the lack of reverence towards and profanation of the ‘sacred matters’ (sacred places; monuments of the gods; religious festivals, functions, or rituals, etc.)”, and were considered a twofold offence, against both human and divine law.

Demosthenes’ aim in associating illegality with impiety is to maximise the negative impact that the accusation against Phano (and the defendant Stephanus) may have on the law-court audience; asking the judges to vote against the impious family. As scholars argue, impiety

¹² Unlike in many modern Western legal systems in which adultery is considered mostly as a private moral issue that has little legal consequence, the Athenian legal system severely punished those involved in adultery. One of the statutes cited by Demosthenes on justifiable homicide in 23.53 (which has been regarded as providing the definitional foundation of the law of adultery) makes it clear that it was *μοιχεῖα* to seduce the wife, or any other woman related to the offended head of the household, and that the adulterer could be killed by him if caught in the act. Aeschines 1.90 and Lysias 1.32 are also useful sources of information about the legal consequences of adultery.

risks punishment from the gods, and thus it behoved a city to extirpate it by legal processes (see, for example, Rudhardt 1960, 87–105). Because impiety imperils the entire community, its punishment is a responsibility shared by the entire community. Just as the authoritative decision-making bodies of the community duly exercise their authority in managing the community's positive reciprocity with the gods (i.e. cult life), so with negative reciprocity they have the competence to respond to impiety. I agree with Filonik (2013, 15) that, according to the existing legal sources, “the regular forensic procedure in prosecuting impiety would be the *γραφή* (‘public indictment’ or a written plaint in it), a procedure employed ordinarily in ‘public’ cases, which could be initiated by anyone, not only a party of the dispute”. The punishment of those who had committed irreligious and impious actions would have been very severe, ranging from capital punishment to exile, fines, confiscation of property and disfranchisement.

This punishment was not simply a *choice* that the members of the Athenian community could have made: it was their *obligation* under the rule of law. The speaker of *Against Neaera*, for example, casts himself and the judges as the avengers of the gods whom the family of Stephanus has offended; the speaker declares that “it is your duty to punish those who have shamelessly committed impiety against the gods for two reasons, first in order that they are punished, and second so others take care and may be too afraid to do wrong to the gods and the city” (59.77). In a similar vein, Isocrates in 16.6, and Lysias in 6.10, also point out that the *polis* should punish individuals if they commit impiety. Lysias, in particular, claims that this was Pericles’ advice to the Athenians.¹³ Antiphon refers to a similar idea several times in his Second Tetralogy, when he urges the judges not to acquit the javelin-thrower (3.3.11).¹⁴ If people allow the impious to go unpunished, a community is thought to

¹³ Isocrates 16.6: “and since they knew that in matters pertaining to the gods the city would be most enraged if any man should be shown to be violating the Mysteries, and that in other matters if any man should dare to attempt the overthrow of the democracy, they combined both these charges and tried to bring an action of impeachment before the senate”. Lysias 6.10: “yet Pericles, they say, advised you once that in dealing with impious persons you should enforce against them not only the written but the unwritten laws also, which the Eumolpidae follow in their exposition, and which no one has yet had the authority to abolish or the audacity to gainsay – laws whose very author is unknown: he judged that they would thus pay the penalty, not merely to men, but also to the gods”.

¹⁴ Antiphon 3.3.11: “The accused have themselves proved by their defence that the lad had a share in the slaying. So, as just and god-fearing men, you cannot acquit him. If we, who have lost our life through the defendants’ error, were found guilty of having taken it ourselves, it would be an act not of righteousness but of wickedness on your part: and if those responsible for our death were not prohibited from setting foot where they should not, [it would be an outrage against heaven:] you would have acquitted persons stained with guilt”.

bring the guilt and retribution for the impiety on itself, as attested in literary (e.g. Euripides, *The Phoenician Women* 69–74), oratorical (e.g. Antiphon 4.1.3)¹⁵ and historical sources (e.g. Herodotus 7.133–137; Xenophon, *Hellenica* 5.2.32, 5.4.1). In a similar vein, Lysias, in 6.3, 53, underlines the obligation the Athenians, especially the judges in the law court, have to punish wrongdoers and protect the whole community.

Beyond these attacks on aspects of individuals' religiously, socially and morally aberrant identities, there are also references to *occupational* identities, which describe the social occupation or the magistracy of people. Apart from the numerous references to the judicial/dicastic or "bouleutic" oath, i.e. the oath that the judges and the members of the Council would have sworn before taking over their posts (the term belongs to Kapparis 1999, 171), and the ephebic oath (Lycurgus 1.76–77, 79), there are also references to statutes that regulate the duties of religious magistrates in Athens. In [Demosthenes] 59.76, for example, the speaker provides topographical information about the sanctuary of Dionysus by the altar in Limnae (a district in the southern part of Athens), where there was still, in the days of the speech, a law inscribed on a pillar of stone. This law canonised the behaviour, morality and identity of any woman who deserved to become a priestess. "Thus the people testified to their own piety toward the god, and left it as a deposit for future generations, showing what type of woman we demand that she shall be who is to be given in marriage to the god, and is to perform the sacrifices. For this reason they set it up in the most ancient and most sacred sanctuary of Dionysus in Limnae". A similar reference to the appropriate behaviour of a priestess can also be found in [Demosthenes] 59.78 with a full citation of an oath that a priestess should take: "I live a holy life and am pure and unstained by all else that pollutes and by commerce with man,¹⁶ and I will celebrate the feast of the wine god and the Iobacchic feast in honour of Dionysus in accordance with custom and at the appointed times". These two references indicate how legality mingles with religion to canonise the function of institutions in Athens and determine the identity of the individuals who are protecting them.

¹⁵ Antiphon 4.1.3: "for the victim, robbed of the gifts bestowed by God upon him, naturally leaves behind him the angry spirits of vengeance, God's instruments of punishment, spirits which they who prosecute and testify without giving heed to justice bring into their own homes, defiling them with the defilement of another, because they share in the sin of him who did the deed".

¹⁶ Cf. Aeschines 1.19 and 188 where it is mentioned that anyone guilty of prostitution should not become a priest.

3. CONCLUSIONS

After surveying the most influential theories about identity and how it is constructed in several contexts, this paper explores a range of passages from Attic orations, in which references to or connotations of religion are used as a means of undermining the sexuality and social status of the speaker's adversaries. It has been argued that orators' use of religious discourse for identity construction is designed to sustain a close bond between the speaker and the audience, while also estranging their opponents from the group. The capacity of rhetoric to create one *persona*, of the speaker, oriented to the expectations of the audience and another, of the opponent, from which the audience is invited to detach cognitively, emotionally and by voting, illuminates the impact that the activation of group attitudes and identities and inter-group relations – i.e. in-group solidarity and out-group hostility – has upon behaviours and attitudes in target audiences.

An overarching observation can be made about the uneven distribution of references. It is notable that references to religious discourse, sexuality and social status, both aggressive and occupational, are only made in forensic oratory. The use, in forensic speeches, of aggressive references – i.e. those that denote morally, socially, legally and sexually aberrant identities – is not at all surprising. Bearing in mind that this kind of oratory allows the examination of past misdeeds, offences or crimes by individuals, it would be easy to understand why references to the punishment of god-hated murders and impious individuals are made in the corpus of the extant forensic speeches. Occupational references – i.e. those to the criteria for being selected as a priest or priestess and the duties that religious magistrates have to carry out – are also suitable in forensic oratory, if made in the context of attacking people for not fulfilling their occupational mission, according to the Athenian system of values. References to the interconnection between religious discourse and civic spirit/patriotism can be found both in forensic and in epideictic oratory.

REFERENCES

- Arena, Valentina. 2007. Roman Oratorical Invective. 149–160 in *A Companion to Roman Rhetoric*, edited by W. Dominik, J. Hall. London: Wiley-Blackwell.
- Arvanitidou, Zoi, Maria Gasouka. 2013. Construction of Gender through Fashion and Dressing. *Mediterranean Journal of Social Sciences* 4: 111–115.

- Arweck, Elisabeth, Eleanor Nesbitt. 2010. Young People's Identity Formation in Mixed-Faith Families: Continuity or Discontinuity of Religious Traditions? *Journal of Contemporary Religion* 25: 67–87.
- Barton, Bernadette. 2015. How Like Perceives Like: Gay People on “Gaydar”. *Journal of Homosexuality* 62: 1615–1637.
- Bers, Victor. 1997. *Speech in Speech: Studies in Incorporated Oratio Recta in Attic Drama and Oratory*. Lanham, Boulder, New York and London: Rowman & Littlefield.
- Bourdieu, Pierre. 1990 [1980]. *The Logic of Practice*. Translated from French by R. Nice. Cambridge, England: Polity Books.
- Bourdieu, Pierre. 1994 [1987]. *In Other Words: Essays Towards a Reflexive Sociology*. Translated from French by M. Adamson. Cambridge, England: Polity Books.
- Burkert, Walter. 1993. Bacchic Teletai in the Hellenistic Age in Masks of Dionysus. 259–275 in *Masks of Dionysus*, edited by Thomas H. Carpenter, Christopher A. Faraone. New York: Cornell University Press.
- Cairns, Douglas. 1996. Hybris, Dishonor, and Thinking Big. *Journal of Hellenic Studies* 116: 1–32.
- Carey, Christopher. 1990. Structure and Strategy in Lysias XXIV. *Greece & Rome* 37: 44–51.
- Carey, Christopher. 1995. Rape and Adultery in Athenian Law. *The Classical Quarterly* 45: 407–417.
- Clifford, James. 1988. *The Predicament of Culture*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Cohen, David. 1991. *Law, Sexuality, and Society: The Enforcement of Morals in Classical Athens*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Conover, Pamela Johnston. 1984. The Influence of Group Identifications on Political Perception and Evaluation. *The Journal of Politics* 46: 760–785.
- Couch, Murray, Hunter Mulcare, Marian Pitts, Anthony Smith, Anne Mitchell. 2008. The Religious Affiliation of Gay, Lesbian, Bisexual, Transgender and Intersex Australians: A Report from the Private Lives Survey. *People and Place* 16: 1–11.
- Csapo, Eric, William J. Slater. 1994. *The Context of Ancient Drama*. Ann Arbor: University of Michigan Press.
- Davidson, James. 2001. Dover, Foucault and Greek Homosexuality: Penetration and the Truth of Sex. *Past & Present* 170: 3–51.

- Davidson, James. 2007. *The Greeks and Greek Love: A Radical Reappraisal of Homosexuality in Ancient Greece*. London: Weidenfeld and Nicolson.
- Davis, Fred. 1992. *Fashion, Culture and Identity*. Chicago: University of Chicago Press.
- Deng, Francis M. 1995. *War of Visions: Conflict of Identities in the Sudan*. Washington, DC: Brookings.
- Derrida, Jacques. 1998. Faith and Knowledge: The Two Sources of "Religion" at the Limits of Reason Alone. 1–78 in *Religion*, edited by Jacques Derrida and Gianni Vattimo. Cambridge: Polity Press.
- Dickie, Matthew W. 2001. *Magic and Magicians in the Greco-Roman World*. London and New York: Routledge.
- Dover, Kenneth. 1974. *Greek Popular Morality in the Time of Plato and Aristotle*. Oxford: Oxford University Press.
- Dover, Kenneth. 1979. *Greek Homosexuality*. London: Duckworth.
- Dunkle, John. H., Patricia L. Francis. 1990. The role of facial masculinity femininity in the attribution of homosexuality. *Sex Roles* 23: 157–167.
- Eidinow, Esther. 2016. *Envy, Poison, & Death. Women on Trial in Classical Athens*. Oxford: Oxford University Press.
- Entwistle, Joanne. 2000. *The Fashioned Body: Fashion, Dress and Modern Social Theory*. Cambridge: Polity.
- Erikson, Erik. H. 1968. *Identity, Youth and Crisis*. New York: W. W. Norton.
- Fasoli, Fabio, Anne Maass, Maria Paola Paladino, Simone Sulpizio, (2017). Gay- and Lesbian-Sounding Auditory Cues Elicit Stereotyping and Discrimination. *Archives of Sexual Behavior* 46: 1261–1277.
- Fearon, James D. 1999. What is identity (as we now use the word)? Online article: <https://web.stanford.edu/group/fearon-research/cgi-bin/wordpress/wp-content/uploads/2013/10/What-is-Identity-as-we-now-use-the-word-.pdf>, last visited July 30, 2019.
- Filonik, Jakub. 2013. Athenian Impiety Trials: A Reappraisal. *Dike* 16: 11–96.
- Fisher, Nick. 1992. *Hybris: A Study in the Values of Honour and Shame in Ancient Greece*. Warminster: Aris and Phillips.
- Gagarin, Michael. 1997. *Antiphon: The Speeches*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Gagarin, Michael. 2002. *Antiphon the Athenian: Oratory, Law and Justice in the Age of the Sophists*. Austin: University of Texas Press.

- Gaudio, Rudolf P. 1994. Sounding Gay: Pitch Properties in the Speech of Gay and Straight Men. *American Speech* 69: 30–57.
- Gee, James P. 2000. Identity as an Analytic Lens for Research in Education. *Review of Research in Education* 25: 99–125.
- Haigh, Arthur Elam. 1907. *The Attic Theatre. A Description of the Stage and Theatre of the Athenians, and of the Dramatic Performances at Athens*. Oxford: Oxford University Press.
- Hall, Edith. 2006. *The Theatrical Cast of Athens. Interactions between Ancient Greek Drama and Society*. Oxford: Oxford University Press.
- Hall, Jon. 1997. *Ethnic identity in Greek antiquity*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hall, Stuart. 1989. Ethnicity: Identity and Difference. *Radical America* 23: 9–20.
- Harris, Edward Monroe. 1990. Did the Athenians Regard Seduction as a Worse Crime than Rape? *Classical Quarterly* 40: 370–377.
- Holman, Rebecca H. 1981. Product use as communication source. 106–119 in *Review of marketing*, edited by Ben M. Enis, Kenneth J. Roering. Chicago: American Marketing Association.
- Huddy, Leonie. 2003. Group Identity and Political Cohesion. 511–558 in *Oxford Handbook of Political Psychology*, edited by Sears, David O., Leonie Huddy, Robert Jervis. Oxford: Oxford University Press.
- İnaç, Hüsamettin, Feyzullah Ünal (2013). The Construction of National Identity in Modern Times: Theoretical Perspective. *International Journal of Humanities and Social Science* 3: 223–232.
- Jenkins, R. 1996. *Social Identity*. London: Routledge.
- Kapparis, Konstantinos. 1999. *Apollodoros, Against Neaira [D. 59]*. Berlin and New York: De Gruyter.
- King, Pamela Ebstyn. 2003. Religion and Identity: The Role of Ideological, Social, and Spiritual Contexts. *Applied Developmental Science* 7: 196–203.
- King, Pamela Ebstyn, Chris J. Boyatzis. (2004). Exploring Adolescent Spiritual and Religious Development: Current and Future Theoretical and Empirical Perspectives. *Applied Developmental Science* 8: 2–6.
- Lau, Ronald Siu Man. 1989. Individual and Contextual Influences on Group Identification. *Social Psychology Quarterly* 52: 220–231.
- Lee, Jenny J. 2002. Religion and College Attendance: Change Among Students. *The Review of Higher Education* 25: 369–384.
- Lurie, Alison. 1981. *The Language of Clothes*. London: Heinemann.

- MacDowell, Douglas. 2000. *Demosthenes, On the False Embassy*. Oxford: Oxford University Press.
- Martin, Gunther. 2009. *Divine Talk: Religious Argumentation in Demosthenes*. Oxford: Oxford University Press.
- Maxwell-Stuart, Peter G. 2004. *Witchcraft: A History*. Gloucestershire: Tempus Publishing.
- Miller, Arthur H., Patricia Gurin, Gerald Gurin, Oksana Malanchuk. 1981. Group Consciousness and Political Participation. *American Journal of Political Science* 25: 494–511.
- Mol, Hans. 1976. *Identity and the Sacred: A Sketch for a New Social-Scientific Theory of Religion*. Blackwell: Oxford.
- Mol, Hans. 1979. The Identity Model of Religion: How It Compares with Nine other Theories of Religion and How It Might Apply to Japan. *Japanese Journal of Religious Studies* 6: 11–38.
- Munson, Benjamin. 2007. The Acoustic Correlates of Perceived Masculinity, Perceived Femininity, and Perceived Sexual Orientation. *Language and Speech* 50: 125–142.
- Munson, Benjamin, Elizabeth C. McDonald, Nancy L. DeBoe, Aubrey R. White. (2006). The Acoustic and Perceptual Bases of Judgments of Women and Men's Sexual Orientation from Read Speech. *Journal of Phonetics* 34: 202–240.
- Ober, Josiah. 1989. *Mass and Elite in Democratic Athens: Rhetoric, Ideology, and the Power of the People*. Princeton: Princeton University Press.
- Pickard-Cambridge, Arthur. 1968. *The Dramatic Festivals of Athens*. Oxford: Oxford University Press.
- Pulley, Simon. 1997. *Prayer in Greek Religion*. Oxford: Oxford University Press.
- Rieger, Gerulf, Joan A. Linsenmeier, Lorenz Gygas, Steven Garcia, Janelle Michael Bailey. (2010). Dissecting “gGydar”. Accuracy and the Role of Masculinity–Femininity. *Archives of Sexual Behavior* 39: 124–140.
- Rowe, Galen O. 1966. The Portrait of Aeschines in the Oration on the Crown. *Transactions and Proceedings of the American Philological Association* 97: 397–406.
- Rudhardt, Jean. 1960. La définition du délit d'impïété d'après la législation attique. *MH* 17: 87–105.
- Seul Jeffrey R. 1999. Ours Is the Way of God: Religion, Identity, and Intergroup Conflict. *Journal of Peace Research* 36: 553–568.

- Shelp, Scott G. 2002. Gaydar: Visual Detection of Sexual Orientation Among Gay and Straight Men. *Journal of Homosexuality* 44: 1–14.
- Smith, Anthony D. 1987. *The Ethnic Origins of Nations*. Oxford and New York: B. Blackwell.
- Tajfel, Henri, John. C. Turner. 1979. An Integrative Theory of Intergroup Conflict. 33–37 in *The Social Psychology of Intergroup Relations*, edited by William G. Austin, Stephen Worchel. Michigan: Brooks Cole Publishing.
- Taylor, Charles. 1994. The Politics of Recognition. 25–73 in *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*, edited by Charles Taylor, Amy Gutmann, Kwame Anthony Appiah, Jürgen Habermas, Stephen C. Rockefeller, Michael Walzer, Susan Wolf. Princeton: Princeton University Press.
- Thomas, Michael C., Charles C. Flippen. 1972. American Civil Religion: An Empirical Study. *Social Forces* 51: 218–225.
- Todd, Stephen C. 1993. *The Shape of Athenian Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Tseelon, Efrat. 1989. Communicating via Clothes. Unpublished paper. University of Oxford.
- Tseelon, Efrat. 1995. *The Masque of Femininity*. London: SAGE Publications.
- Wendt, Alexander. 1992. Anarchy Is What States Make of It. *International Organization* 46: 391–426.
- Winkler, John J. 1990. Laying Down the Law: The Oversight of Men's Sexual Behaviour in Classical Athens. 171–209 in *Before Sexuality*, edited by David M. Halperin, John J. Winkler, Froma I. Zeitlin. Princeton: Princeton University Press.
- Worthington, Ian. 1992. *A Historical Commentary on Dinarchus: Rhetoric and Conspiracy in Later Fourth-Century Athens*. Ann Arbor: University of Michigan Press.
- Yunis, Harvey. 2001. *Demosthenes, On the Crown*. Cambridge: Cambridge University Press.

Article history:

Received: 30. 7. 2019.

Accepted: 3. 9. 2019.

UDK 342.565.2(497.1)

CERIF: S148

DOI: 10.5937/AnaliPFB1903267M

Đorđe Marković, LL.M.*

PROCEDURES AND CONDITIONS FOR THE SELECTION OF THE CONSTITUTIONAL COURT JUDGES IN THE POST-YUGOSLAV STATES**

This article systematically analyzes the procedures and conditions for the selection of the constitutional judges in the legal systems of the six post-Yugoslav states. Yugoslavia was the only post-socialist state with constitutional courts within its federal system, far before the transition occurred. Consequently, each constitutional court in the post-Yugoslav area had more than a half century-long tradition of constitutional review. However, it is the period after the democratic changes that is at the centre of our examination. The legal provisions of the six states are analyzed separately and then compared with prominent comparative examples. The procedure and conditions under which the constitutional judges are selected are in the focus and cause this issue to contribute the most to the so-called input legitimacy of the constitutional courts. Hence, the article attempts to shed light on the weak points in the current provisions and to propose a more suitable legal framework.

Key words: *Constitutional courts. – Constitutional judges. – Former Yugoslavia. – Selection and appointment procedure. – Tenure and qualifications.*

1. INTRODUCTION

If the 19th century was the era of parliament, the 20th century was the era of the rise of the constitutional courts. However, the answer to the question what is the nature of this institution is still lacking, although it

* Lecturer, University of Belgrade Faculty of Law, djordje.markovic@ius.bg.ac.rs.

** This article is a result of the work on the project “Identity Transformation of Serbia – Transformation of the Public Law of Serbia” for 2019.

seems that we are closer than ever to figuring it out. In the conclusion of his book, Robertson (2010, 348) states: “Judges engaged in constitutional review act like political theorists, developing and explicating the value choices made, sometimes unconsciously, when the relevant constituent body set up the constitution”. Similarly, Stone Sweet (2000, 151) emphasizes the “mixed politicolegal nature” of constitutional courts, while Marinković (2016, 87) perceives courts as political agencies and judges as political actors, who “[...] decide cases not only on the basis of objective legal norms, but also on their values and ideologies, as well as with an eye on the expectations of other political institutions”.¹

Therefore, regardless of whether we accept the abovementioned statements or designate the constitutional court as only a court, there is no doubt that the role played by this institution in the modern state is significant. It is in connection with this that the question of the legitimacy of the constitutional courts is being raised. Thus, Orlović (2013, 77) points out that the legitimacy of constitutional courts stems from citizens’ acceptance of the decisions they pass.² Personal and professional qualities of judges determine the courts’ decisions quality. Thus, the constitutional court legitimizes itself, indirectly and subsequently, through the authority of its decisions. In order for this quality to be high, the judges themselves must have excellent characteristics and possess “interpretative fidelity to law” because “certain liberty in the interpretation” which they enjoy can easily become arbitrariness, Marinković (2016, 90). This demanding task is even more difficult in the case of states in transition, with young and weak democratic institutions. In addition to the high institutional status proclaimed in the constitutional texts, constitutional courts have to find their own place in the political world. According to Tushnet (2015, 11) “‘New’ constitutional courts – including long-established courts emerging from long periods of relative obscurity [...] must somehow become ordinary participants in the nation’s political life. To do so, they must do something distinctive – that is, they cannot merely ratify decisions made elsewhere. In short, they must hold some actions unconstitutional”.

Taking all of these into consideration, it becomes obvious the rules concerning the procedure and conditions for the selection of constitutional

¹ Beširević (2014, 955) has almost the same opinion: “Constitutional courts are undeniably political actors. The simple fact that they are empowered to reject legislation drafted and adopted by political institutions, confirms that their decisions have political consequences, and that constitutional law is political law”.

² Orlović (2013, 77) explains that “Although there is no direct legitimacy of the constitutional court in the beginning, during the process of the selection (appointing) of its judges, it can be said that it exists in the end, in the phase of application of constitutional court decisions. By accepting the decisions of the constitutional court, by accepting its consequences, the citizens show the trust in the constitutional court. This is proof of the legitimacy of the constitutional court, which is subsequent and it is reaffirmed by every new important decision.” (translated by the author)

judges are very important, if not crucial. This is especially the case in countries with poor democratic legal and political culture. Following Marinković (2014, 95) “[...] the political nature of constitutional review is also identified with the way justices are appointed [...]”, it’s not negligible how detailed these rules are, in which act they are proscribed, etc. The vaguer the norms, the greater the chance the constitutional judges will be dependent on the body that appointed them. Provisions related to the selection of constitutional judges must ensure “[...] the chosen person possesses, besides its ‘political values’, undisputed professional competences and personal integrity [...]”. Consequently, such a selection should increase chances that selected judge “[...] will resist political challenges much more easily and play the role of the institution to which it belongs, instead of subjecting itself to its original tutor” Marinković, (2014, 96). In other words, the assumption is the more competent and self-conscious judges are, the more independent the constitutional court will be. For these reasons, the main aim of this article is to examine the normative basis of selection process for constitutional court judges in the post-Yugoslav states. Furthermore, the aim is to answer the questions whether the mechanism for the creation of competent and independent constitutional courts is established or not, and whether it functions under real socio-political conditions. In one sentence, as Hodžić correctly emphasizes, “for our purposes” the most important is “the input legitimacy (the pedigree of a constitutional court and actual basis of their legitimacy – process of election and authorization by parliament, charisma or reputation of individual justices etc.)” which directly influences the “output legitimacy (the consequences of their actions in relation to the dominant political values in a society)” (Hodžić, 2016, 26).³ Therefore, the focus of the paper will be on “input legitimacy”, which is a precondition for the deeper analysis of the “output” component.

In addition to the significance of the topic itself, there is a specific purpose why this particular group of states was chosen for the article: most of the scholars who study the European constitutional courts seem to continue to adhere to the divisions that existed during the Cold War. In general, they analyze either the Western world or the Eastern block – using the name of the post-socialist (communist) states/societies. For this reason, they often don’t consider the non-aligned countries, in particular, the area of the former Yugoslavia. The states that have emerged on the ruins of Yugoslavia have not even been analyzed in studies concerning Eastern and Central Europe. The exception is Slovenia, to some extent, which has been a member of the EU for more than 15 years, and is therefore sometimes included in the group of Central European states or

³ Here Hodžić refers to Wojciech Sadurski, *Constitutional Courts in Transition Processes: Legitimacy and Democratization*, (2011) on www.researchgate.net.

post-socialist countries.⁴ Consequently, there are almost no fundamental studies on the constitutional judiciary in the mentioned region, unlike the other post-socialist states (see Schwartz 2000; Puchalska 2011; Prochazka 2002). The exception is a comparative working paper series (edited by Sadurski, Hodžić, 2016). This publication is a valuable source of the “important, transformative cases” from the practice of constitutional courts from the post-Yugoslav area. Nevertheless, the study is not comprehensive since Montenegro and Slovenia are excluded and the approach is particularistic (see more: Hodžić *et al.*, 2016).⁵

The article is divided into several parts. In the first one, the historical foundations of the judicial review of constitutionality in Yugoslav federation are presented. Second, the main part of the paper critically addresses the analysis of the legal framework proscribed in the constitutions and legislations of the six countries. Furthermore, three models of the selection of judges are put forward, based on a comparative approach covering numerous Western and Central European countries. Finally, suggesting *de lege ferenda* legal solutions, the author pointedly remarks upon the major weak points in the current legislation and advocates for the improvement of the position of the constitutional courts in the analyzed countries.

2. HISTORICAL BACKGROUND

The Socialist Federal Republic of Yugoslavia (SFRY) was the first socialist state to introduce a constitutional court into its legal system and in which this institution was active for several decades.⁶ It was introduced in the 1963 Constitution and, unfortunately, it followed the dynamic development of Yugoslav constitutionality. There were several amendments to the 1963 Constitution in 1967, 1968 and 1971. In 1974 a new Constitution was adopted, which was amended two times, in 1981 and in 1989. In almost thirty years of its existence, this institution suffered

⁴ In his book, Benjamin Bricker examines cases of Poland, Czech Republic, Latvia and Slovenia. It is not quite clear why these four countries were chosen, except for this statement: “The four countries are united in being a part of the wave of democratisation that followed the end of communist rule in Eastern and Central Europe” (see Bricker 2016, 6 and 56).

⁵ Available at <http://www.analitika.ba/publications> (last visited August, 23, 2019).

⁶ Other than in Yugoslavia, constitutional courts appeared also in Poland and the USSR, but for a very short period of time. According to Schwartz (2000, 19–20): “Poland authorized seemingly weak tribunal in 1982, which went into operation in 1986. And under Mikhail Gorbachev, even the Soviet Union adopted a Constitutional Committee in 1988 that had a significant impact on the Soviet legal system”.

six major constitutional changes, on average every five years. All of this created an unfavorable environment for its operation.

The provisions on the Constitutional Court in the 1963 and 1974 constitutions were in the special part of the constitutions, the one regulating the position and operation of the federal bodies, which indicated that the constitution-maker undoubtedly separated the constitutional judiciary from the ordinary courts. The 1963 Constitution only laid the foundations of this institution, leaving the rest to the legislature, while the 1974 Constitution regulated the position of this institution in more detail.

According to the 1963 Constitution, the Constitutional Court of the SFRY had 11 judges (10 judges and a president of the Court), who were elected by the Federal Council of the Federal Assembly, at the proposal of the President of the Republic (Art 178). Since after (Amendment IX), both the Council of People and the Social-Political Council participated in the election. The judges were elected for a period of eight years, without the possibility of re-election. By Amendment XL of 1971, the Constitutional Court had 14 judges (13 judges and a president of the Court), two from each Republic and one from each Province.⁷ The 1974 Constitution adopted these solutions, retained the mandate of eight years, but with nonrenewable term of office. The judges and the president of the court were elected by the Federal Council and the Council of Republics and Provinces within the Federal Assembly (Art 288). The Constitutional Court passed decisions by a majority vote of all the judges, and the judges had a right to dissent their opinion (Article 391).

According to both Constitutions, the Constitutional Court of the SFRY was elected by federal Parliament (one or more of its houses), which was quite common from the comparative perspective.⁸ The members of the federal Parliament were initially elected by local assemblies and by citizens directly, and later by the assemblies of the Republics and Provinces and citizens within their working organizations. The main disadvantage of this model of composition, which could have affected the legitimacy of this institution, was that it took place within a one-party system, but even then there was a certain degree of democracy, especially when it came to citizens who chose their representatives within their working organizations. This was a unique system of citizen participation in public life that was mostly unknown in other socialist countries, which was called self-management. Using classical terminology, it could, in the broadest sense, be considered as what some authors described as

⁷ SFRY consisted of six federal units (Republics): Bosnia and Herzegovina, Croatia, Macedonia, Montenegro, Serbia, Slovenia, and two autonomous provinces: Vojvodina and Kosovo. In the 1971 Amendments the provinces gained their own constitutions too.

⁸ See below the electoral model of the judges' selection.

participatory democracy. Furthermore, the fact that since 1971 the judges of the Constitutional Court were chosen in accordance with the principle of parity, from each Republic and Province, it could be said that a certain degree of legitimacy existed, since each of those federal units had its own specific interests that could therefore be protected, or at least represented.⁹

According to the 1963 Constitution, in addition to the federal Constitutional Court, each federal unit of Yugoslavia had its own constitutional court. The Constitutional Court of the Socialist Republic of Serbia had 11 judges, the Constitutional Courts of Socialist Republics of Slovenia, Croatia, Bosnia and Herzegovina had nine judges each, while the Macedonian and Montenegrin courts had seven judges each. By the 1971 Amendments autonomous provinces got their constitutional courts as well, Vojvodina's court had nine judges, while Kosovo's court had seven judges. According to Đorđević (1989, 786–787): “The republic constitutional courts are courts that are modeled after the Constitutional Court of Yugoslavia, but do not differ from each other” (translated by the author). The constitutional courts of the republics operated under such a regime until 1991–1992, when the SFRY was dissolved.

3. LEGAL FRAMEWORKS OF THE CONSTITUTIONAL COURTS IN THE POST-YUGOSLAV STATES

3.1. General Remarks

The constitution of Bosnia and Herzegovina differs from other “classical” constitutions. It is located within Annex 4 of the General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina (BiH), also known as the Dayton Agreement (1995). The provisions concerning the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina are contained in Article VI of the Constitution. Therefore, the Constitutional Court is formally separate from the other institutions and other courts, but it has a specific position, which is not common for centralized control of constitutionality, it also has appellate jurisdiction over issues “arising out of a judgment of any other court in Bosnia and Herzegovina” (Article VI).¹⁰ The unusual position of the Constitutional Court of BiH is the result of the combination of the common law and civil law legal systems

⁹ It is debatable whether such a structure of the court was appropriate if knowing that this institution should be highly professional and non-partisan. Đorđević (1989, 766) wrote: “[...] the principle of parity can lead to confrontation with a national, regional or similar motive, which is not in accordance with the authority and function of the Constitutional Court of Yugoslavia” (translated by the author).

¹⁰ The Constitution of BiH, <http://www.ccbh.ba/osnovni-akti/ustav/?title=clan-6> (last visited March 28 2019).

when the Dayton Agreement was being written. Because of the war, the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, now an independent state, started operating in 1997.

The Constitution of Croatia was adopted in 1990, when Croatia was still a member of the Yugoslav federation. This Constitution was changed several times: in 1997, 2000, 2001, 2010, 2013.¹¹ The provisions regulating the position of the Constitutional Court of Croatia are in a separate part of the Constitution (Part V), which means that the Court is (at least symbolically) separated from the other authorities (Part IV).

After the dissolution of the SFRY, Montenegro became part of a union with Serbia, first as part of the Federal Republic of Yugoslavia (1992–2003) and afterwards the State Union of Serbia and Montenegro (2003–2006). After the independence referendum in 2006, Montenegro finally became an independent state. According to the 1992 Constitution of Montenegro the Constitutional Court had five judges elected by the Assembly at the proposal of the President of the Republic, for a nine-year term, without the possibility of re-election. The judges were elected from the ranks of prominent lawyers, with at least 15 years experience working in the legal profession (Article 111). After the independence referendum, Montenegro adopted a new constitution in 2007, which was changed in 2013 with 16 amendments. The status of the Constitutional Court is regulated by Part VI of Constitution.

The Constitution of North Macedonia was adopted in November 1991. In 2001 the Constitution was changed by 32 amendments. The Constitutional Court is in the separate part of the Constitution – Part IV. These are the only provisions on the Constitutional Court in the Macedonian legal system, since Macedonia has never passed a law that would specify the status of this body. Northern Macedonia is multiethnic state. Two main ethnic groups are Macedonians (~ 65%) and Albanians (~ 25%) (State Statistical Office of the Republic of Macedonia 2002, 25). The provisions concerning the Constitutional Court were formulated in accordance with the Ohrid Framework Agreement (2001), which solved complex ethnic relations in this country.

Like Montenegro, Serbia has also changed two constitutions so far: one that was in force when it was part of the federal state with Montenegro, and the second when it became independent again (in 2006). According to the 1990 Constitution, the Constitutional Court of Serbia had nine judges elected by the National Assembly, at the proposal of the President of the Republic. Judicial function was permanent. According to the 2006 Constitution of the Republic of Serbia, provisions on the Constitutional

¹¹ The Constitution of the Republic of Croatia, Consolidated text, Official Gazette 56/90, 135/97, 113/00, 28/01, 76/10, 5/14.

Court are prescribed in Part VI. The new Constitution brought a very different structure of the court in relation to the 1990 Constitution.

Although the Constitution of Slovenia was adopted in 1990, it has changed quite often, i.e. in 1997, 2000, 2003, 2004, 2006, 2013 and 2016. The position of the Constitutional Court of Slovenia is prescribed in Part VIII of the Constitution of Slovenia, separately from other political institutions.

3.2. Selection Procedures

The Constitutional Court of BiH has nine judges. Four of them are elected by the House of Representatives of the Federation and two are elected by the Assembly of Republika Srpska.¹² The remaining three judges are elected by the President of the European Court of Human Rights after consultation with the BiH Presidency. This is a unique provision that represents specific constitutional settings existing in this state.¹³ The Parliamentary Assembly has the power to amend the provisions of the Constitution concerning the election of foreign judges, but it has not exercised it yet. The selection process starts with the public announcement of an open competition, published by the entity's parliamentary commission for the selections and appointments. Those commissions propose candidates to the parliaments of the entity. The further judges are elected by the absolute majority of MPs (see more, Obranović, 2012, 111–112). All the rules are set by the rules of procedure of the Federation's House of Representatives and the Assembly of Republika Srpska. As it can be noted, the biggest deficiency of the BH selection procedure is that it is not regulated by law. According to Perić (2012, 169–170) such a situation causes many problems: non-transparent process of election of judges, the biographies of judges remain unpublished during the process, absence of presentation of judges in parliament, etc. Both the unregulated procedure and absolute majority election can influence the legitimacy of the court: the first causes the process to be completely hidden from the public eye, whereas the second implies the overwhelming influence of the ruling political party/parties in both entities.

Until 2010 the judges of the Croatian Constitutional Court were elected in the parliament, by absolute majority. Nowadays, the

¹² Bosnia and Herzegovina consists of two entities: the Federation of Bosnia and Herzegovina and Republika Srpska. The House of Representatives of the Federation and the Assembly of Republika Srpska are the lower houses of the entity parliaments.

¹³ BiH also has the High Representative whose purpose is to oversee the implementation of Dayton Agreement. The idea was that BiH postwar society needed somebody neutral to deal with the most important legal and political issues. Nevertheless, only BiH and Liechtenstein in Europe have foreigners in their constitutional courts. See Trnka, (2012, 150).

Constitutional Court of Croatia consists of 13 judges elected by a two-thirds majority of the MPs (Article 122). This can be a positive change as the two-thirds majority requires broader political agreement, which increases the chances of selecting competent rather than politically biased candidates for judges. However, such a solution can also cause some inconveniences. For example, due to the deadlock inside the Croatian Parliament, the 2016 elections (10 judges selected) and 2017 elections (three judges selected) were held at the last minute, which could have caused the blockade of the Court.¹⁴ Nevertheless, Antić (2012, 18) argues that similar problems with the selection occurred when the judges were elected by an absolute majority, so in the period from 2007 to 2012 the Constitutional Court operated for almost three years as an incomplete court. In addition to the Constitution, the norms that regulate the procedure for the election of judges of the Constitutional Court are included in the Constitutional Act of the Republic of Croatia.¹⁵ The selection process is relatively detailed and starts with the announcement of an open competition in the Official Gazette by the committee of the Croatian Parliament responsible for the Constitution. According to the Constitutional Act, the committee is required to organize a public interview with each of the candidates who meets the conditions. This is a good solution because it increases the transparency of the entire process. However, the problem is that the number of those who can nominate candidates is practically unlimited: it can be judicial institutions, faculties of law, the chamber of attorneys, legal associations, political parties, as well as any other legal entities or individuals, individuals may even nominate themselves as candidates (Article 6 paragraph 4). Antić (2012, 27) criticizes this kind of “populist approach to the way of candidacy with the features of a public competition” and call it “Croatian rarity” (translated by the author).

The Constitutional Court of North Macedonia has nine judges. The President of the Republic and the State Judicial Council nominate two judges each, while the other five candidates are nominated by the special Parliamentary Commission. The way the Parliament decides on the proposed candidates is quite intriguing. The six judges are elected by the absolute majority while for the remaining three a special rule is set. According to the Ohrid Agreement, which was the political solution for the armed conflict between Albanians and Macedonians, a new constitutional setting was established, and the aforementioned provision is part of that frame too. According to Amendment XV of the Constitution of North

¹⁴ *NI Hrvatska*. 2016. *Prisegnuli Ustavni suci*, 7 June. *NI Hrvatska*, 2017. *Tko su tri ustavna suca koja smo danas dobili*. 11 October.

¹⁵ The Constitutional Act of the Republic of Croatia – The consolidated text published in Official Gazette, No. 49/02. This Act was adopted in the same procedure as the Constitution, by 2/3 majority.

Macedonia “The Assembly appoints three of the judges by a majority vote of the total number of Representatives, within which there must be a majority of the votes of the total number of Representatives who belong to the communities not in majority in the Republic of Macedonia”.

There are no rules on how the process of proposing candidates by the President and the Parliamentary Commission should be conducted. Krčinski (2012, 94) argues that the positive fact is that the Parliamentary Commission sessions concerning the proposal of the judges are sometimes broadcast on live television. Certain rules are prescribed only in the case when the Judicial Council proposes a candidate. Nevertheless, in this case, the mentioned provisions are not regulated by law but by the Rules of Procedure of the Council. Obviously, this is not an appropriate way for regulating such a complex and important issue, because the Judicial Council can change the Rules more easily than Parliament. The Judicial Council chooses the candidates by a two-thirds majority vote.¹⁶

The Montenegrin Constitutional Court has seven judges elected by the Parliament. The President of Montenegro proposes two judges and the competent working body of the Parliament proposes five judges after the announced public invitation.¹⁷ The selection procedure of judges can be said to be transparent. The public call is announced in the Official Gazette of Montenegro and in at least one print media. The list of applicants is published on the website of the proposers. After conducting interviews with all the candidates, the proposer prepares a proposal for appointment that must be reasoned and the proposer must take into account the proportional representation of minorities and ethnic communities, as well as balanced gender representation. Probably the poorest provision in the selection process concerns the obligation that “the proposal for the appointment of judges shall contain the same number of candidates as Constitutional Court judges appointed under the proposal of that proposer” (Article 10 paragraph 3). The question is whether the Parliament chooses at all or just confirms the judges already chosen by the President or the working body of the Parliament. According to Amendment IV, the Parliament makes the decision by 2/3 majority or by 3/5 majority (if it wasn’t reached in the first vote). This solution can also be criticized because it additionally weakens the role of the Parliament in the selection process.

The Constitutional Court of Serbia has 15 judges, making it the largest court in the former Yugoslavia. The process of selection of the judges differs from all the other post-Yugoslav republics because Serbia

¹⁶ Rules of Procedure of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia, http://ustavensud.mk/?page_id=5211&lang=en (last visited March 28 2019).

¹⁷ Amendment XVI (3) of the Constitution of Montenegro, Official Gazette of Montenegro No. 1/07 and Amendments I to XVI to the Constitution of Montenegro, Official Gazette of Montenegro No. 38/13.

uses the Italian tripartite model.¹⁸ The National Assembly, the President of the Republic, and the general session of the Supreme Court of Cassation participate in the selection process, by electing five judges each.¹⁹ The National Assembly elects the judges by absolute majority, while the same institution proposes the candidates to the President of the Republic by simple majority – majority of the present MPs, whereby this number should not be lower than 64 out of 250 (Article 105, paragraphs 1 and 2). The provision that the High Court Council and the State Prosecutor Council propose candidates to the Supreme Court of Cassation has been criticized in two ways. Firstly, the State Prosecutor Council seems to be redundant, because the Public Prosecutor's Office is not part of the judicial branch of power but closer to the executive. Secondly, at first glance, as Marković (2007, 25) argues, it appears that the role of the High Court Council is degraded, although it is still questionable which role is more important, that of the proposer or the one who elects from the proposed list (see especially, Manojlović 2012, 66). The procedure for the selection of judges has not been elaborated in more detail manner in the Constitutional Court Act and, therefore, following Simović (2012, 272) there are many legal gaps that, combined with the lack of constitutional practice, lead to the “instrumentalization” and “politicization” of the selection procedure. Up to now the election process is completely unknown to the Serbian public. In other words, the election is politically influenced.

According to the Slovenian Constitution, the President of the Republic proposes the judges to the National Assembly, from among the legal experts. The Constitutional Court Act regulates in more detail the procedure for the election of judges of the constitutional court. This Act very precisely prescribes the timeframes in which the selection of judges must be carried out. In the first place this relates to the President of the Republic, because he has an important role in proposing candidates. Similar to other countries, the call for candidates is published in the Official Gazette. If the Assembly does not elect a judge in the first round, it is possible to organize two more votes, and if not a single candidate is elected at that time, the whole procedure would be repeated – “new

¹⁸ As suggested by Barsotti *et al.* (2016, 42), “the way in which Justices of the Constitutional Court are recruited reflects how Montesquieu's traditional division of powers is used to reach a sort of equilibrium within the Court”.

¹⁹ “The National Assembly shall appoint five justices of the Constitutional Court from among 10 candidates proposed by the President of the Republic, the President of the Republic shall appoint five justices of the Constitutional Court from among 10 candidates proposed by the National Assembly, and the general session of the Supreme Court of Cassation shall appoint five justices from among 10 candidates proposed at a general session by the High Court Council and the State Prosecutor Council”, Article 172, paragraph 3 of Constituion of Serbia, Official Gazette of the RS, No. 98/2006.

election is held on the basis of new candidatures” (Article 14). Due to this procedure, Vučić *et al.* (2010, 106) claim: “the disadvantage of this solution is the possibility of a long duration of the selection procedure and the uncertainty of the process” (translated by the author). Additionally, the provision that regulates that Parliament elects judges by a majority vote of all the deputies has been criticized, because it provides an overwhelming influence of the ruling political party.²⁰

3.3. Tenure and Qualifications

The term of office of Bosnia and Herzegovina’s constitutional judges lasts until they turn 70, unless they resign or are removed by consensus of the other judges. This provision is unusual compared to other European courts, where the mandate is generally shorter. Therefore, what can be noted is the impact of common law. Following Comella (2009, 100), life tenure in BiH can be criticized: “life tenure for the constitutional judges has the disadvantage that it cannot guarantee in a satisfactory manner ‘the constant adequacy of the Court to the changes in the cultural conditions of the country’“. Since there is no lower age limit necessary for selection, it may happen that a judge can spend their whole career on this function (up to the age of 70), without having the highest professional and moral qualities.²¹ The only specified requirement for the qualification of the judge is that he/she must have the right to vote, while the other two conditions are completely vague and unclear – to be a distinguished jurist of high moral standing. In fact, the ethnic criterion is the only reliable qualification for the election of judges of the constitutional court of BiH, because each of the three constituent peoples (Bosniaks, Serbs and Croats) must have two judges in the Court. This rule does not exist as such in the BiH Constitution, but it is in use in political life as a constitutional convention, and in turn is modeled on other political institutions (see, for example, Ohranović 2012, 119). The Constitutional Court has passed the Rules of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina which confirm this unwritten practice.²² In these Rules, in several places, the ethnic origin of judges affects the operation

²⁰ Bricker (2016, 58) argues that the appointment process was *highly politicised*: “It has become common practice for the president to consult with parliament before making any nominations, and parliamentary majorities regularly ‘impose [their] will’ in the appointment process”. Therefore, Ribičić (2012, 127) suggests that the decision making majority should be increased to 2/3.

²¹ As Trnka (2012, 155–156) claims, sometimes it turned out that the person who held a high-ranking position in a political party became a judge.

²² Rules of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina (Revised Text Official Gazette of BiH No. 22/14), <http://www.ccbh.ba/osnovni-akti/pravila-suda/uvod/?title=uvod&second=true&lang=en> (last visited March 28 2019).

of the court itself.²³ As far as ethnic criteria are concerned, opinions are divided. Some authors point out that it represents discrimination of those individuals who could perform this function, but do not belong to any of the three constituent peoples, while others point out that ethnic legitimacy is a necessity and a consequence of the complex social and political circumstances that exist in BiH (compare, for example, Trnka 2012, 149; and Kuzmanović 1999, 536).

In Croatia the term of office is eight years, without the prohibition on re-election, so there have been cases where judges have been running for the third time, after two consecutive mandates.²⁴ The judge of the Croatian Constitutional Court should fulfill several conditions. There are two clearly defined conditions: a candidate must be a Croatian citizen and hold a degree in law; but also two indefinite: the candidate must have a minimum of 15 years of experience in the legal profession (or a minimum of 12 years of experience in the legal profession if he/she has received a doctorate in legal science) and be a distinguished jurist – distinguished by their scientific or professional work or public activity.²⁵ These unspecified conditions have caused many problems in practice, especially during the selection of candidates by the parliamentary Committee.

The mandate of North Macedonia's constitutional judges lasts for nine years without the possibility of re-election. The constitutional provision only states that judges should be elected from the ranks of "outstanding members of the legal profession". As mentioned before, there is no law in the Macedonian system that would specify this and other legal gaps. This is why Krčinski (2012, 94) describes the selection process in this country as "unregulated and unclear" (translated by the author).

In Montenegro the term of office is 12 years and it is nonrenewable. A Constitutional Court judge should meet the following requirements: to be a "reputable lawyer", to have reached 40 years of age and to have 15 years of working experience in the legal profession. The Law on the Constitutional Court of Montenegro specifies the term "prominent lawyer".²⁶ Professional reputation can be measured but the question is how to evaluate personal reputation.

²³ For example Mandatory Adjournment of a Session (Article 39), Election of President (Article 83), Election of Vice-Presidents (Article 86), etc.

²⁴ N1 Hrvatska, Razgovor sa kandidatima za Ustavni sud, *TV N1*, 17 May 2016, <http://hr.n1info.com/Vijesti/a124578/Razgovori-s-kandidatima-za-Ustavni-sud.html>.

²⁵ Article 122 of the Croatian Constitution and Article 5 of Constitutional Act.

²⁶ Article 9 (1) "Prominent lawyers shall refer to legal science professors, judges, public prosecutors, attorneys, notaries, lawyers who work in state authorities, public administration bodies and local self-government or local government bodies, as well as lawyers who work in companies and legal entities, who enjoy a professional and personal

The mandate of Serbian constitutional judges lasts for nine years and they can be re-elected. A judge of the Constitutional Court must be a prominent lawyer, at least 40 years old, with a minimum of 15 years of experience in practicing law. When it comes to the legislation, the term “prominent lawyer” is legally undefined. Likewise, there are some attempts to define this legal standard from the perspective of legal theory. Petrov (2012, 239–240) argues that a prominent lawyer is/should be “the owner of an undeniable professional and moral authority” or “the aristocrat lawyer with democratic views” (translated by the author). During the selection process, the proposers have to take into account that one of the appointed candidates from each of the proposed lists of candidates must come from the territory of the autonomous provinces.²⁷

The Slovenian Constitutional Court is composed of nine judges for a term of nine years without a possibility of re-election.²⁸ In addition to being constitutionally required to be a legal expert, the constitutional judge must fulfill two more conditions prescribed by the Constitutional Court Act. Namely, judges must be citizens of the Republic of Slovenia and at least 40 years old.²⁹

4. COMPARATIVE SELECTION MODELS

From a comparative perspective there are several models for the selection and appointment of constitutional judges, (compare, for example, Venice Commission, 1997/020, 4–6; and Uitz 2013, 147–150). The bodies that have the most prominent role in this process are the focus of this analysis.

The direct or “discretionary” appointment appears as a model in France, where three candidates are nominated by the President of the Republic and the presidents of both Houses of the French Parliament. The relevant standing committees are authorized to provide an opinion and they may reject the proposed candidate by at least 3/5 majority of all MPs.³⁰

reputation”. In the English versions of Constitution and The Law on the Constitutional Court is written “reputable lawyer” and “prominent lawyer”, but in the original versions the term is same: *istaknuti pravnik* – distinguished (prominent) lawyer.

²⁷ This is quite an unusual solution, especially considering that Serbia is not a federal state, but the roots of it can be found in the provision from the 1974 Constitution where each federal subject appointed judges to the federal Constitutional Court.

²⁸ Article 163 and 165, Constitution of Slovenia, Official Gazette RS 33/91-I, 42/97, 66/2000, 24/03, 69/04, 68/06, and 47/13.

²⁹ Article 9, Constitutional Court Act, Official Gazette of the Republic of Slovenia, No. 64/07 – Official consolidated text, and 109/12.

³⁰ French Constitution Article 56 paragraph 1 and Article 13 paragraph 5. Boyron (2013, 169) argues: “Surprisingly, although the Conseil constitutionnel has been

The electoral model, the election of judges in the parliament, is used in Germany where half of the total number of judges are elected by the upper house of Parliament, the Bundesrat, while the other half of the judges are selected by the Judicial Selection Committee of the lower house, the Bundestag.³¹ The decision in both cases is made by a 2/3 majority of deputies. Kommers, Miller (2012, 23–24) refers to the German selection process as “highly politicized” but eventually the compromise between the leading political parties is reached, as it is “a practical necessity”. The same model is also in use in two post-socialist states. The lower house of the Polish Parliament, the Sejm, elects constitutional judges by the simple majority of its members, at the proposal of at least 50 MPs or at the proposal of the Sejm presidium.³² Furthermore, in Hungary, the special parliament committee³³ nominates candidates to the Parliament, whose standing committee delivers the hearings of candidates. The final decision is reached by the 2/3 majority of all MPs.³⁴

The hybrid or mixed model is the one that combines a system of election with direct appointment or confirmation by another authority. The oldest mixed model is the one that is applied in the United States. Likewise, the President appoints the judges of the Supreme Court with the prior consent of the Senate. Also, the role of the Senate is more than formal, since rejection of the proposed candidates is not a rarity (see more, Uitz 2013, 150). According to Kommers, Miller (2012, 24) the US selection process is more transparent than the German model, but at the same time the German “spirit of compromise and cooperation” results in the lack of the “sensationalism, scandal, and personalization that sometimes seem to dominate in U.S. Supreme Court appointments”. The Constitution of Italy (Article 135 paragraph 1) stipulates that five judges are appointed by the President of the Republic, another five are elected by the Parliament at a joint sitting of both Houses, by a qualified majority (if the 2/3 majority vote is not reached in the first three rounds, the decision shall be taken by 3/5 majority), and yet another five judges are elected from the ranks of Supreme Court judges (3), the State Council

transformed by successive constitutional reforms, little has been done to strengthen the recruitment and membership of the Conseil; [...]”.

³¹ According to Heun (2011, 169): “The Bundesrat elects the Justices in plenary session, while the Bundestag has delegated the election to a committee. This delegation is mostly considered unconstitutional but there is nobody who would bring that to the Court, and the Court would hardly declare itself or its composition unconstitutional”.

³² Constitution of Poland, Article 194 paragraph 1, and Article 120.

³³ Following De Visser (2015, 207) this committee consists of nine to 15 members who are “appointed by the parties with representation in Parliament in proportions commensurate with the number of seats held by these parties”.

³⁴ Constitution of Hungary, Article 24 paragraph 4 and Article 7 paragraph 1.

(1) and the Court of Audit (1).³⁵ Barsotti *et al.* (2016, 44) emphasizes that similar to the German system, and unlike the US system, in Italy the “public opinion is completely divorced from the process”. Moreover, in Spain both Houses of Parliament propose four judges by 3/5 majority, two judges are proposed by the central government, and the last two are proposed by the General Council of the Judiciary. The formal appointment of all 12 judges is acclaimed by the King.³⁶ According to De Visser (2015, 209), the hearings of the candidates are to be conducted by the relevant parliamentary committees but in practice “such hearings do not in actual fact take place”. In addition, Belgium constitutional judges are appointed by the government (formally by the monarch) at the proposal of both Houses of Parliament (decision is reached by two-thirds majority).³⁷ Also, the President of the Czech Republic proposes candidates to the upper house of Czech parliament, whose MPs decide by the simple majority vote. Nevertheless, the examination of the candidates by the two standing committees is necessary (see De Visser 2015, 207).

5. TOWARDS THE PROFESSIONAL AND UNCONSTRAINED CONSTITUTIONAL COURT

The former Yugoslav states can be classified into two of the above-mentioned models. Firstly, BiH and Croatia represent the electoral model because the entire process of judicial selection is conducted by their parliaments. The system in BiH is quite unique due to the international membership of part of the judges. However, if the Bosnian court were entirely composed of BiH citizens, it would be closest to the German model. The Croatian approach is almost identical to the Hungarian model. The remaining states apply the mixed model. Likewise, in Montenegro and Slovenia parliament (and parliamentary commission) and the president of the republic are the main recruiting authorities. These models are similar to that of the Czech Republic: the president proposes some or all of the judges, but the final decision is reached in parliament. As far as Serbia is concerned, there still remains a central dilemma about which part of the process is more important: the act of proposing or the final appointment. The Serbian and Macedonian approaches are the most compelling and the greatest number of institutions is involved in the process. In Serbia

³⁵ Barsotti *et al.* (2016, 43) argue “[...] the way in which Justices of the Constitutional Court are recruited reflects how Montesquieu’s traditional division of powers is used to reach a sort of equilibrium within the Court. It also reflects the above-mentioned ambiguous nature of the Court: it is a partly judicial and partly political body”.

³⁶ Constitution of Spain, Article 159, paragraph 1.

³⁷ Special Act on the Constitutional Court, Article 32.

and North Macedonia the judicial branch of power has as important role in the selection process together with the parliament and the respective presidents. Serbian model is very similar to Italian, while the Macedonian is similar to the Spanish one. It is difficult to discern which of the mentioned models is the best. In general, we presume that the model that includes several different factors in the selection process should result in a wider consensus, which will in turn make the court more independent.

In most of the states that we examined here, the parliaments (their houses or committees) decide by supermajority of 2/3 or 3/5 of the total number of MPs (France, Germany, Hungary, Italy, Spain and Belgium). Simple majority is in use only in the USA, Poland, and the Czech Republic. This is not the case when it comes to the six analyzed states. The decisions are made by the supermajority just in Croatian (2/3) and Montenegrin (2/3 or 3/5) parliaments. In the other states their respective parliaments vote by absolute majority (in Macedonia what counts is also the absolute majority of minority communities). The absolute majority provision can be criticized due to fact that the constitutional courts should have the highest possible legitimacy. Therefore, the selection process for constitutional judges should be the result of a wider political and social consensus. Failing to reach the agreement should not pose an obstacle to introducing qualified majority rule into all of the remaining countries (BiH, North Macedonia, Serbia, Slovenia).

The most common duration of the term of office is nine years, both in European (France, Italy, Poland, Spain) and in the former Yugoslav states (North Macedonia, Serbia and Slovenia). Nonetheless, 12-year tenure is in use in Montenegro, as it is in Germany and Hungary. The Croatian Constitution adopted quite an unusual duration – eight year, similar to the Czech one – 10 years. The most specific solution is the Bosnian one: lifelong tenure (like in Belgium and the USA). A more problematic solution may be the possibility of renewable term in office in Croatia and Serbia. This is also the case in the Czech Republic and Spain (but for a three-year period), while the other states have nonrenewable tenure. The possibility of re-election can be characterized as a highly corruptive. However, some authors point out that the ban on re-election does not necessarily improve the level of the judges' independence.³⁸ Despite this, *de lege ferenda* proposal for all the post-Yugoslav states (except Montenegro) can be set to a 12-year term without the possibility of re-election.

³⁸ Pizzorusso (1988, 113) argues that “[...] it is questionable whether non-reeligibility for nomination is really sufficient to ensure the judges – independence. If we consider that some of them, at the end of their term of office, have been nominated or elected to important political offices, some doubt on the matter seems justified”.

Specific requirements exist in several countries, such as ethnic in BiH, Macedonia and Montenegro (along with gender criteria), and territorial in Serbia (there is a territorial affiliation of a future judge to the autonomous provinces). Although similar provisions also exist in other countries, for instance in Belgium, it is an open question what the final outcome of such norms will be.³⁹ In spite of the fact that the constitutional court also has a political element, what should be the prevailing criterion is the professionalism of the judges. Those specific criteria are even questionable in the process of electing political bodies. In this respect, Uitz (2013, 153–154) clearly questions the existence of such criteria, emphasizing that the tendency for diversity in the judicial structure is “problematic”. Not only is the number of judges limited, but the question is also raised about whether the representation of certain characteristic groups (less represented gender, ethnic minorities, etc.) leads to the desired result – their better protection. In other words, Uitz argues that “[...]gender or ethnic diversity in court composition does not necessarily translate to diversity of experiences and opinion”. Although we strongly agree with the aforesaid, we can hardly expect that these criteria will be omitted from the constitutional texts of the mentioned countries in the foreseeable future.

The lack of transparency during the selection process in all of the analyzed states is the result of two groups of factors: legal factors on one hand, and political and sociological on the other. In regard to the first group, some states, such as BiH and North Macedonia, do not have the legislation that would elaborate on the selection procedure. The Serbian Constitutional Court Act does not provide sufficient mechanisms to ensure a selection process that would provide the desired results. Moreover, the constitutional court acts of Croatia, Montenegro and Slovenia should be improved given that they also have certain legal gaps. All of these legal deficiencies or inconsistencies can be remedied relatively easily, through future constitutional or legal reforms, if there is the indomitable political will and intense awareness of the necessity of their implementation.

Conversely, in regard to the second group of factors, which are political and sociological, the situation is more difficult. This is best apparent through the “prominent lawyer” institute. This institute appears in five countries under the same syntagma, while only Slovenian Constitution has the syntagma *legal expert*. There are some remarks that the inconsistency of this term has led to problems, i.e. the lack of

³⁹ While Belgium is a multiethnic and multilingual state, its Constitutional Court consists of 12 judges, half of which should be French-speaking while the other half should be Dutch-speaking. Additionally, at least one of the judges needs to have “adequate knowledge of German”; also, each language group of judges has their own president. Moreover, there is a “rotation” of the Court president every year, among the different groups (see more, De Visser 2015, 215).

professionalism in these courts. This legal standard can be specified to a lesser or greater extent, and this has been done in Croatia, but it can never be fully precise. Furthermore, as suggested by Petrov (2012, 248), it should not be absolutely precise, but remain as “a guideline in the way of building a constitutional democracy”. In the same manner, Petrov (2012, 247) emphasizes it is necessary to develop “constitutional morality” in all the mentioned countries and to be aware of the necessity of constraining the authorities.⁴⁰ Otherwise, as Belov (2015, 257) argues: “[...] the Constitutional Court will additionally lose legitimacy if it is regarded by the society as an oligarchical institution and cartel composed by representatives of the political parties and lobbies”. Accordingly, the question may arise whether each of these courts has an excessive number of judges in relation to the number of inhabitants in the countries, and whether so many new distinguished lawyers can be found every 10 years (approximately).⁴¹

6. CONCLUSION

Despite the worldwide trend of unification of constitutional law and sharing good constitutional practices between the states, as suggested by Jovanović (2015, 79–80) “[...] one cannot operate with some abstract arguments regarding the relationship between constitutionalism, democracy, and constitutional review. [...] without paying attention to *particular* effects, produced by *particular* institutions in *particular* socio-historical circumstances.” In the case of our topic, that the particular socio-historical circumstances are the former common state, with its constitutional review experiences. There is a dilemma whether that relatively long tradition of constitutional courts in the SFRY contributes negatively or positively to the current situation in the six examined states. Hodžić (2016, 25–26) pointedly emphasizes, referring to Ginsburg,⁴² that there are two possible approaches: first, it is unlikely for an institution that existed under authoritarianism to be seen as legitimate in the beginning of democratization, or the second: “Considering the specificities and tradition of the Yugoslav model of judicial review, one could as well plausibly

⁴⁰ Undetermined criteria in the selection of constitutional judges can be criticized, but, as suggested by Antić (2012, 57), these are more technical issues than legal ones. Perhaps, “political maturity” may be more crucial.

⁴¹ In comparison to socialist era, three states maintained the identical number of constitutional court judges: BiH, Montenegro and Slovenia. The Constitutional Court of Serbia increased the number of judges from 11 to 15, the number of Macedonian judges went from seven to nine, and Croatian from nine to 13.

⁴² Ginsburg, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases* (Cambridge University Press 2003).

assume that in the post-Yugoslav case(s) *the factor of legal tradition would work more in favour than against excessive constitutional review [...]*”. For this reason, notwithstanding, under specific conditions we can put these six states in the same group with other post-socialist states. Nevertheless we have to make some distinction from that large group of states, and be aware of their common past, which still defined present-day processes. Despite this long-lasting constitutional review tradition, awareness of the significance and the role of constitutional courts is still missing in the post-Yugoslav area.⁴³ As a result, it is possible to imagine the vicious circle: the public interest in the selection process is low, the quality of some elected judges is dubious, a result of their work in the form of decisions is questionable, hence their legitimacy decreases, and the public is less interested in the work of the constitutional courts. From this perspective, it is clear that it is of the major importance who will sit in the constitutional bench.

When it comes to the normative framework for the selection of constitutional judges, we can conclude that the constitutional courts in the post-Yugoslav area rest on deep and solid foundations. Nonetheless, due to low political and public interest for this institution, a lot of purposeful work has to be undertaken to improve the courts’ legal and actual political and social position, which will turn the courts into fully respectful institutions with a higher level of legitimacy. This goal will be achieved once the all three subjects, i.e. the citizens, the political elites and the courts themselves, become aware of the vital role they play. Theretofore, what can be done should be done – make the legal rules for the judicial selection as precise as possible, because in young democracies one cannot (only) trust good political practice.

REFERENCES

- Antić, Teodor. 2012. Izbor sudaca Ustavnog suda Republike Hrvatske. 15–57 in *Ko bira sudije ustavnog suda?*, edited by Edin Šarčević. Sarajevo: Fondacija Centar za javno pravo.
- Barić, Sanja. 2016. The Transformative Role of the Constitutional Court of the Republic of Croatia: From the ex-Yu to the EU, Sarajevo: Analitika – Center for Social Research.

⁴³ Following Papić and Đerić (2016, 57) in Serbia “The general public seems to view the CC as irrelevant [...]” although “There are no publicly available opinion polls that could corroborate these impressions. However, this can be indicative in itself. [...] The fact that the CC does not appear in opinion polls speaks a lot about its relevance in Serbia”. For the Croatian case, Barić (2016, 38) similarly states: “Regrettably, at the beginning of 2016, public opinion on the CCC is extremely negative”.

- Barsotti, Vittoria, Paolo Carozza, Marta Cartabia, and Andrea Simoncini. 2016. *Italian Constitutional Justice in Global Context*. Oxford: Oxford University Press.
- Belov, Martin. 2015. Finding Ways through the Clouds of Uncertainty, Searching for Paths in the Desert of Sorrow, 253–269 in *Constitutional Review and Democracy*, edited by Miodrag Jovanovic. The Hague: Eleven International Publishing.
- Beširević, Violeta. 2014. “Governing *without* judges”: The politics of the Constitutional Court in Serbia. *International Journal of Constitutional Law* 12/4: 954–979.
- Boyron, Sophie. 2013. *The Constitution of France*. Oxford and Portland: Hart Publishing.
- Bricker, Benjamin. 2016. *Visions of Judicial Review: A Comparative Study of Courts and Policy in Democracies*. Colchester: ECPR Press.
- Comella, Victor Ferreres. 2009. *Constitutional Courts and Democratic Values a European Perspective*. New Haven & London: Yale University Press.
- De Visser, Maartje. 2015. *Constitutional Review in Europe: A Comparative Analysis*. Oxford and Portland: Hart Publishing.
- Đorđević, Jovan. 1989. *Ustavno pravo*. Beograd: Savremena administracija.
- Heun, Werner. 2011. *The Constitution of Germany*. Oxford and Portland: Hart Publishing.
- Hodžić, Edin. 2016. Examining the Role of Constitutional Courts in Post-Yugoslav Transitions: Conceptual Framework and Methodological Issues, Sarajevo: Analitika – Center for Social Research.
- Jovanović, Miodrag. 2015. On the Abstract Case against Constitutional Review. 65–80. 107 in *Constitutional Review and Democracy*, edited by Miodrag A. Jovanović, The Hague: Eleven.
- Kommers, Donald, and Russell Miller. 2012. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 3rd ed. Durham and London: Duke University Press.
- Krčinski, Blaže. 2012. Izbor sudije Ustavnog suda u Republici Makedoniji. 91–105 in *Ko bira sudije ustavnog suda?*, edited by Edin Šarčević. Sarajevo: Fondacija Centar za javno pravo.
- Kuzmanović, Rajko. 1999. *Ustavno pravo*. Banja Luka.
- Manojlović, Savo. 2012. Izbor i položaj sudija Ustavnog suda u Republici Srbiji. 57–91 in *Ko bira sudije ustavnog suda?*, edited by Edin Šarčević. Sarajevo: Fondacija Centar za javno pravo.

- Marinković, Tanasije. 2014. Politics of Constitutional Courts in Democratizing Regimes. 89–107 in *Courts, Interpretation, The Rule of Law*, edited by Miodrag A. Jovanović & Kenneth Einar Himma, The Hague: Eleven.
- Marinković, Tanasije. 2016. Barak's Purposive Interpretation in Law as a Pattern of Constitutional Interpretative Fidelity. *Baltic Journal of Law & Politics* 9:2: 85–101.
- Marković, Ratko. 2007. Constitutional Court under the 2006 Constitution of the Republic of Serbia. *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, 2: 19–46.
- Ohranović, Amra. 2012. Izbor sudija Ustavnog suda BiH. 105–125 in *Ko bira sudije ustavnog suda?*, edited by Edin Šarčević. Sarajevo: Fondacija Centar za javno pravo.
- Ohranović, Amra. 2012. Izbor sudija Ustavnog suda BiH. 105–125 in *Ko bira sudije ustavnog suda?*, edited by Edin Šarčević. Sarajevo: Fondacija Centar za javno pravo.
- Orlović, Slobodan. 2013. Politički kapacitet ustavnog sudstva, *NBP Journal of Criminalistics and Law* 18/3: 71–80.
- Papić, Tatjana, and Vladimir Đerić, 2016. The Role of the Constitutional Court of Serbia in the Times of Transition, Sarajevo: Analitika – Center for Social Research.
- Perić, Branko, 2012. Izbor sudija ustavnih sudova u BiH – kontroverze i moguća rješenja. 161–179 in *Ko bira sudije ustavnog suda?*, edited by Edin Šarčević. Sarajevo: Fondacija Centar za javno pravo.
- Petrov, Vladan. 2012. Zašto sudija ustavnog suda (ne) mora biti istaknuti pravnik? 229–249 in *Ko bira sudije ustavnog suda?*, edited by Edin Šarčević. Sarajevo: Fondacija Centar za javno pravo.
- Pizzorusso, Alessandro. 1988. Constitutional Review and Legislation in Italy, 111–140 in *Constitutional Review and Legislation*, edited by Christine Landfried. Baden-Baden: Nomos.
- Prochazka, Radoslav. 2002. *Mission Accomplished: On Founding Constitutional Adjudication in Central Europe*. Budapest – New York: CEU Press.
- Puchalska, Bogusia. 2011. *Limits to Democratic Constitutionalism in Central and Eastern Europe*. Farnham: Ashgate Publishing Limited.
- Ribičić, Ciril. 2012. *Ljudska prava i ustavna demokratija – Ustavni sudija između negativnog i pozitivnog aktivizma*. Beograd: Službeni glasnik.
- Robertson, David. 2010. *The Judge as Political Theorist*, Princeton: Princeton University Press.

- Schwartz, Herman. 2000. *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*. Chicago and London: The University of Chicago Press.
- Simović, Darko. 2012. Slabost institucionalnih garantija nezavisnosti Ustavnog suda Srbije. 263–285 in *Ko bira sudije ustavnog suda?*, edited by Edin Šarčević. Sarajevo: Fondacija Centar za javno pravo.
- Stone Sweet, Alec. 2000. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, New York: Oxford University Press Inc.
- Trnka, Kasim. 2012. Nužnost revizije ustavnih rješenja o izboru sudija ustavnih sudova u BiH. 143–161 in *Ko bira sudije ustavnog suda?*, edited by Edin Šarčević. Sarajevo: Fondacija Centar za javno pravo.
- Tushnet, Mark. 2015. Establishing Effective Constitutional Review. 7–17 in *Constitutional Review and Democracy*, edited by Miodrag A. Jovanović, The Hague: Eleven.
- Uitz, Renata. 2013. Judicial Appointments to Supreme Courts and Constitutional Courts: What Do We See and What Are We Fated to Miss?, 143–161 in *Arguments that Work: Strategies, Contexts and Limits in Constitutional Litigation*, edited by Renata Uitz. The Hague: Eleven International Publishing.
- Vučić, Olivera, Vladan Petrov, and Darko Simović. 2010. *Ustavni sudovi bivših jugoslovenskih republika*. Beograd: Dosije.

Article history:

Received: 7. 5. 2019.

Accepted: 3. 9. 2019.

Dr Nikola Bodiřoga*

VREMENSKO VAŽENJE PROCESNIH ZAKONA I DOZVOLJENOST REVIZIJE U PARNIČNOM POSTUPKU: RAZLIČITI STAVOVI USTAVNOG SUDA I VRHOVNOG KASACIONOG SUDA

Donošenjem Zakona o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku iz 2014. godine, revizijski cenzus smanjen je na 40.000 evra u opštem parničnom postupku, odnosno na 100.000 evra u postupku u privrednim sporovima. Navedenim zakonskim izmenama omogućeno je i izjavljivanje revizije protiv svake drugostepene presude kojom je preinačena prvostepena presuda i odlučeno o zahtevima stranaka, kao i protiv svake drugostepene presude kojom je usvojena žalba, ukinuta prvostepena presuda i odlučeno o zahtevima stranaka. Česte izmene odredaba Zakona o parničnom postupku, ali i odredaba drugih zakona kojima je regulisano pravo na izjavljivanje revizije u posebnim parničnim postupcima, dovele su do problema u određivanju procesnih pravila koja se primenjuju na odlučivanje o dozvoljenosti revizije u konkretnom parničnom postupku, a postojanje tog problema uslovalo je zauzimanje različitih stavova o ovom pitanju od strane Ustavnog suda i Vrhovnog kasacionog suda.

Ključne reči: *Dozvoljenost revizije. – Zakon o parničnom postupku. – Zakon o javnom informisanju i medijima. – Vrhovni kasacioni sud. – Ustavni sud.*

1. POSTUPAK PRED REDOVNIM SUDOVIMA

Parnični postupak u konkretnom slučaju pokrenut je tužbom od 30. jula 2013. godine, kojom je tužilac tražio da se obavežu tuženi osnivač dnevnog lista i glavni i odgovorni urednik da mu na ime naknade nematerijalne štete zbog povrede časti i ugleda isplate novčani iznos od 490.000 dinara sa zakonskom zateznom kamatom od dana presuđenja pa do isplate,

* Autor je vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, *bodiroga@ius.bg.ac.rs*.

kao i da se obavežu da o svom trošku objave presudu u dnevnom listu, na istom mestu i u istom formatu u kom je objavljen tekst koji je bio povod za vođenje parničnog postupka. Viši sud u Beogradu je 5. aprila 2016. godine doneo presudu P3. 165/13, kojom je odbio kao neosnovan tužbeni zahtev tužioca. Odlučujući o žalbi tužioca, Apelacioni sud u Beogradu je presudom Gž. 173/16 od 13. jula 2016. godine odbio žalbu kao neosnovanu i potvrdio prvostepenu presudu.

Protiv drugostepene presude tužilac je izjavio reviziju iz svih zakonom predviđenih razloga, uz predlog da Vrhovni kasacioni sud (dalje: VKS) odluči o reviziji kao izuzetnoj dozvoljenoj primenom člana 404 Zakona o parničnom postupku (ZPP),¹ obzirom da postoji potreba razmatranja pravnih pitanja od opšteg interesa, odnosno pravnih pitanja u interesu ravnopravnosti građana, u cilju ujednačavanja sudske prakse.

Vrhovni kasacioni sud je najpre ispitivao da li su ispunjeni uslovi za odlučivanje o izuzetno dozvoljenoj, odnosno posebnoj reviziji, primenom člana 404 ZPP. Prema odredbi člana 404, stav 1 ZPP revizija je izuzetno dozvoljena zbog pogrešne primene materijalnog prava i protiv drugostepene presude koja ne bi mogla da se pobija revizijom, ako je po oceni VKS potrebno da se razmotre pravna pitanja od opšteg interesa ili pravna pitanja u interesu ravnopravnosti građana, radi ujednačavanja sudske prakse, kao i ako je potrebno novo tumačenje prava (posebna revizija). O dozvoljenosti i osnovanosti revizije iz stava 1 ovog člana odlučuje VKS u veću od pet sudija.² Predmet tužbenog zahteva u ovom sporu je naknada nematerijalne štete zbog netačne, nepotpune informacije i informacije koja je zakonom zabranjena, a odnosi se na postupanje tužioca. Ta informacija objavljena je 15. jula 2013. godine u javnom glasilu. Kako je tužilac nosilac državne vlasti, to on prema shvatanju nižestepenih sudova mora pokazati viši nivo tolerancije od drugih u odnosu na provokativno i prenaplašeno iznošenje informacija od javnog značaja u javnim glasilima i na tom shvatanju su nižestepeni sudovi zasnovali odluku o odbijanju tužbenog zahteva, odnosno odluku kojom je žalba protiv te odluke odbijena kao neosnovana. Prema nalaženju VKS tužilac u obrazloženju revizijskih navoda nije ukazao na pravna pitanja od opšteg interesa niti na pravna pitanja u interesu ravnopravnosti građana već je ukazao na činjenična i pravna pitanja konkretnog spora, zbog čega nisu ispunjeni uslovi za odlučivanje o posebnoj reviziji.

Ispitujući uslove za odlučivanje o reviziji iz člana 403 ZPP (opšta revizija), VKS je našao da je ona nedozvoljena. Članom 403, stav 1 ZPP propisano je da protiv pravnosnažne presude donete u drugom stepenu stranke mogu da izjave reviziju u roku od 30 dana od dana dostavljanja

¹ Zakon o parničnom postupku – ZPP, *Službeni glasnik RS* 72/2011, 49/2013 – odluka Ustavnog suda, 74/2013 – odluka Ustavnog suda i 55/2014.

² ZPP, čl. 404, st. 2.

presude. Članom 403, stav 2 ZPP propisano je da je revizija uvek dozvoljena ako je: 1) to posebnim zakonom propisano; 2) drugostepeni sud preinačio presudu i odlučio o zahtevima stranaka; 3) drugostepeni sud usvojio žalbu, ukinuo presudu i odlučio o zahtevima stranaka. Članom 403, stav 3 ZPP propisano je da revizija nije dozvoljena u imovinsko-pravnim sporovima ako vrednost predmeta spora pobijenog dela drugostepene presude ne prelazi dinarsku protivvrednost od 40.000 evra prema srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan podnošenja tužbe (Keča, Knežević 2017, 1253).

Kako se u članu 403, stav 2, tačka 1 ZPP u pogledu ocene dozvoljenosti revizije upućuje na primenu posebnog zakona, a u konkretnom parničnom postupku se pored ZPP, primenjivao i zakon kojim se uređuje oblast javnog informisanja, bilo je neophodno izvršiti analizu i procesnopravnih odredaba ovog zakona. VKS je zaključio da se u konkretnoj situaciji primenjuje Zakon o javnom informisanju iz 2003. godine sa kasnijim izmenama i dopunama (ZJI).³ Članom 89, stav 6 ZJI bilo je propisano da se revizija podnosi u roku od 15 dana od dana dostavljanja drugostepene presude. Nikakvih drugih odredaba o dozvoljenosti revizije u ovom zakonu nije bilo. Važeći Zakon o javnom informisanju i medijima (ZJIM)⁴ posvetio je poseban član reviziji u ovim sporovima. Članom 126, stav 1 propisano je da je revizija uvek dozvoljena protiv drugostepene presude kojom je tužbeni zahtev odbijen,⁵ a izjavljuje se u roku od 15 dana od dana dostavljanja drugostepene presude. U parnici po tužbi za naknadu štete i po tužbi za ostvarivanje prava na deo dobiti, reviziju iz stava 1 ovog člana mogu izjaviti i tužilac i tuženi.⁶ Protiv presude drugostepenog suda u parnici po tužbi za objavljivanje odgovora ne može se izjaviti revizija.⁷

Bez obzira na to što je prema odredbama ZJIM protiv drugostepene presude kojom je tužbeni zahtev odbijen moguće izjaviti reviziju, VKS zaključuje da su odredbe tog zakona irelevantne, jer se na konkretan parnični postupak ne primenjuju odredbe ZJIM, zbog toga što je sporna informacija objavljena 15. jula 2013. godine, a ZJIM je stupio na snagu 13. avgusta 2014. godine. Imajući to u vidu VKS smatra da ne postoji odredba posebnog zakona prema kojoj bi revizija u konkretnom slučaju

³ Zakon o javnom informisanju, *Službeni glasnik RS* 43/2003, 61/2005, 71/2009, 89/2010 – odluka Ustavnog suda i 41/2011 – odluka Ustavnog suda.

⁴ Zakon o javnom informisanju i medijima, *Službeni glasnik RS* 83/2014, 58/2015 i 12/2016 – autentično tumačenje.

⁵ To se odnosi ne samo na presudu drugostepenog suda kojom je preinačena usvajajuća prvostepena presuda tako što je odbijen tužbeni zahtev, nego i na presudu drugostepenog suda kojom je potvrđena presuda prvostepenog suda o odbijanju tužbenog zahteva, što je situacija u konkretnom primeru.

⁶ ZJIM, čl. 126, st. 2.

⁷ ZJIM, čl. 126, st. 3.

bila dozvoljena, te da se zbog toga moraju primeniti odredbe člana 403 ZPP, a kako je iznos zahtevane nematerijalne štete ispod revizijskog cenzusa propisanog članom 403, stav 3 ZPP, to je revizija stavom 2 izreke rešenja VKS odbačena kao nedozvoljena.⁸

2. POSTUPAK PRED USTAVNIM SUDOM

Tužilac je preko punomoćnika Ustavnom sudu podneo ustavnu žalbu protiv stava drugog izreke rešenja Vrhovnog kasacionog suda Rev. 2330/2016 od 25. januara 2017. godine, zbog povrede prava na pravično suđenje iz člana 32, stav 1 Ustava Republike Srbije i prava na jednaku zaštitu prava i na pravno sredstvo iz člana 36 Ustava. Podnosilac ustavne žalbe je naveo da je osporenim rešenjem odbačena kao nedozvoljena njegova revizija izjavljena protiv drugostepene presude kojom je pravnosnažno odbijen kao neosnovan njegov tužbeni zahtev za naknadu nematerijalne štete zbog povrede ugleda i časti prouzrokovanih objavljivanjem netačnih informacija u medijima. Istakao je da je VKS pogrešno ocenio da nema mesta primeni odredbe člana 126 ZJIM koja predviđa da je u ovakvim slučajevima revizija uvek dozvoljena. Podnosilac ustavne žalbe je insistirao na tome da se navedeni zakon, koji je stupio na snagu nakon što je on podneo tužbu, primenjivao na predmetni parnični postupak po principu trenutnog važenja novog procesnog zakona na postupak koji je u toku. Predložio je da Ustavni sud usvoji ustavnu žalbu, poništi osporeno revizijsko rešenje i utvrdi podnosiocu pravo na naknadu nematerijalne štete.

Ustavni sud je, pre zauzimanja stava o ustavnoj žalbi, najpre prikazao ustavne i zakonske odredbe koje su relevantne za konkretan postupak: „...Odredbama Ustava, na čiju se povredu poziva podnosilac u ustavnoj žalbi, utvrđeno je: da svako ima pravo da nezavisan, nepristrasan i zakonom već ustanovljen sud, pravično i u razumnom roku, javno raspravi i odluči o njegovim pravima i obavezama, osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka, kao i o optužbama protiv njega (član 32 (1)); da se svakom jemči jednaka zaštita prava pred sudovima i drugim državnim organima, imaoćima javnih ovlašćenja i organima autonomne pokrajine i jedinica lokalne samouprave i da svako ima pravo na žalbu ili drugo pravno sredstvo protiv odluke kojom se odlučuje o njegovom pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu (član 36).

Odredbama člana 197 Ustava, koje su od značaja za odlučivanje u ovoj ustavnopravnoj stvari, utvrđeno je da zakoni i svi drugi opšti akti ne mogu imati povratno dejstvo, pa da, izuzetno, samo pojedine odredbe zakona mogu imati povratno dejstvo, ako to nalaže opšti interes utvrđen

⁸ Rešenje VKS, Rev. 2330/2016, 25. 1. 2017, iz arhive suda.

pri donošenju zakona, kao i da odredba krivičnog zakona može imati povratno dejstvo samo ako je blaža za učinioca krivičnog dela.

Odredbama člana 403 Zakona o parničnom postupku („Službeni glasnik RS“, br. 72/11, 49/13 – Odluka US, 74/13 – Odluka US i 55/14), koji se primenjivao na predmetni parnični postupak, propisano je: da stranke mogu izjaviti reviziju protiv pravnosnažne presude donete u drugom stepenu, u roku od 30 dana od dana dostavljanja presude (stav 1); da je revizija uvek dozvoljena ako je to posebnim zakonom propisano, ako je drugostepeni sud preinačio presudu i odlučio o zahtevima stranaka i ako je drugostepeni sud usvojio žalbu, ukinuo presudu i odlučio o zahtevima stranaka (stav 2); da revizija nije dozvoljena u imovinskopravnim sporovima ako vrednost predmeta spora pobijenog dela ne prelazi dinarsku protivvrednost od 40.000 evra po srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan podnošenja tužbe (stav 3).

Odredbom člana 89 (6) Zakona o javnom informisanju („Službeni glasnik RS“, br. 43/03, 61/05, 71/09, 89/2010 i 41/11), koji je važio u vreme podnošenja tužbe u predmetnom parničnom postupku, bilo je propisano da se revizija izjavljuje u roku od 15 dana od dana dostavljanja drugostepene presude. Osim pomenute odredbe, Zakon o javnom informisanju nije sadržao posebna pravila o dozvoljenosti revizije u sporovima radi naknade štete nastale objavljivanjem informacije.

Odredbama člana 126 Zakona o javnom informisanju i medijima („Službeni glasnik RS“, br. 83/14, 58/15 i 12/16), koji je stupio na snagu 14. avgusta 2014. godine, propisano je da je revizija dozvoljena protiv drugostepene presude ako je tužbeni zahtev odbijen i da se izjavljuje u roku od 15 dana od dana dostavljanja drugostepene presude, pa da u parnici po tužbi za naknadu štete i po tužbi za ostvarivanje prava na deo dobiti, reviziju iz stava 1. ovog člana mogu izjaviti i tužilac i tuženi, a da se protiv presude drugostepenog suda u parnici po tužbi za objavljivanje odgovora ne može izjaviti revizija. Prelazne i završne odredbe ovog zakona ne regulišu pitanje primene zakona na sudske postupke koji su u toku....“

Polazeći od činjenice da se podnosilac ustavne žalbe poziva na to da VKS nije primenio procesnopravne odredbe koje je trebalo da budu primenjene na konkretan slučaj, Ustavni sud zaključuje da podnosilac ustavne žalbe smatra da mu je zbog proizvoljne primene procesnih normi povređeno pravo na pravično suđenje iz člana 32(1) Ustava: „...Razmatrajući navode podnosioca ustavne žalbe o povredi njegovog prava na pravično suđenje u predmetnom parničnom postupku, Ustavni sud je zaključio da podnosilac svoje tvrdnje o povredi prava zajemčenog odredbom člana 32(1) Ustava zasniva na činjenici da je Vrhovni kasacioni sud proizvoljno primenio procesno pravo na njegovu štetu, pogrešno ocenjujući da za odlučivanje o dozvoljenosti njegove revizije nema mesta primeni Zakona o javnom informisanju i medijima iz 2014. godine. U konkret-

nom slučaju, sud najviše instance je zaključio da se dozvoljenost revizije podnosioca ustavne žalbe imala ceniti isključivo sa stanovišta odredaba Zakona o parničnom postupku iz 2011. godine, jer Zakon o javnom informisanju iz 2003. godine, koji je važio u vreme objavljivanja sporne informacije i koji se primenjivao na sporni odnos, nije sadržao posebna pravila o pravu na reviziju. Podnosilac ustavne žalbe insistira na tome da je revizijski sud prevideo trenutno dejstvo Zakona o javnom informisanju i medijima iz 2014. godine na predmetni parnični postupak koji je bio u toku, pa da je član 126 tog zakona propisao da je revizija uvek dozvoljena protiv drugostepene presude kojom je tužbeni zahtev pravnosnažno odbijen, a kao što je bila reč u ovoj parnici...“

Stoga je za Ustavni sud od ključnog značaja da utvrdi koje procesnopravne odredbe se primenjuju na konkretan postupak: „...Ispitujući da li je Vrhovni kasacioni sud proizvoljno primenio procesno pravo na štetu podnosioca ustavne žalbe, Ustavni sud je najpre konstatovao da je odredbama Zakona o parničnom postupku iz 2011. godine, koje su se primenjivale na predmetni parnični postupak, uređeno pitanje postupka po reviziji i procesnih pretpostavki za odlučivanje o ovom vanrednom pravnom leku u meritumu. Odredbom člana 403(3) Zakona o parničnom postupku iz 2011. godine, u kojoj je Vrhovni kasacioni sud našao uporište za donošenje osporenog rešenja, je predviđeno da revizija nije dozvoljena u imovinskopravnim sporovima ako vrednost predmeta spora pobijeneog dela ne prelazi dinarsku protivvrednost od 40.000 evra po srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan podnošenja tužbe. Međutim, Ustavni sud je konstatovao da je navedeni procesni zakon, pored opšteg pravila za izjavljivanje revizije, ustanovio i posebne osnove za izjavljivanje tog vanrednog pravnog leka kod kojih nema uticaja vrednost predmeta spora, koja je u dugogodišnjoj zakonodavnoj praksi bila presudan kriterijum za dozvoljenost revizije. U tom kontekstu, Ustavni sud ukazuje na to da je Zakon o parničnom postupku iz 2011. godine uvažio postojanje drugih propisa koji u formi *lex specialis* omogućavaju izjavljivanje revizije (npr. Porodični zakon, Zakon o zabrani diskriminacije itd.). Tako i odredbe člana 126 Zakona o javnom informisanju i medijima iz 2014. godine, koji je počeo da se primenjuje 14. avgusta 2014. godine, predviđaju da je revizija dozvoljena protiv drugostepene presude ako je tužbeni zahtev odbijen i da postoji poseban rok za izjavljivanje navedenog vanrednog pravnog leka koji iznosi 15 dana od dana dostavljanja drugostepene presude, kao i da je isključena revizija u parnici po tužbi za objavljivanje odgovora. Iz navedenih zakonskih odredaba proizlazi da je revizija uvek dozvoljena protiv odbijajuće drugostepene presude donete u parnici radi naknade štete nastale objavljivanjem neistinitih informacija u javnom glasilu. Ustavni sud je uvidom u spise predmeta u kome je doneto osporeno rešenje utvrdio da je podnosilac ustavne žalbe upravo postavio navedeni tužbeni zahtev i da je presudom Apelacionog suda u Beogradu Gž3. 173/16 od

13. jula 2016. godine pravnosnažno odbijen kao neosnovan njegov tužbeni zahtev. Sa druge strane, Ustavni sud ukazuje na to da odredbe Zakona o javnom informisanju iz 2003. godine, koji je važio u vreme podnošenja tužbe u predmetnom parničnom postupku nisu sadržale posebna pravila o postupku po reviziji u tzv. štamparskim sporovima (osim skraćenog roka za izjavljivanje revizije koji je iznosio 15 dana od dana prijema drugostepene presude). Uzimajući u obzir da je Zakon o javnom informisanju i medijima iz 2014. godine stupio na snagu dok je ova parnica bila u fazi prvostepenog postupka, pred Ustavnim sudom se postavilo pitanje da li se ovaj propis, koji sadrži *lex specialis* odredbe za tzv. štamparske sporove, primenjuje na postupke koji su 14. avgusta 2014. godine još uvek bili u toku...“

Pitanje sukoba sukcesivnih zakona Ustavni sud razrešava analizom prelaznih i završnih odredaba, ali i primenom određenih pravnih principa i metoda: „...U tom smislu, Ustavni sud ističe da prelaznim i završnim odredbama Zakona o javnom informisanju i medijima iz 2014. godine nije regulisano pitanje da li se navedene odredbe procesnog karaktera primenjuju na sudske postupke koji su u toku. Ustavni sud nalazi da u takvoj pravnoj situaciji važi opšti princip trenutnog dejstva novog procesnog zakona prema kome se pozitivni propis primenjuje na postupke koji su u toku. Ovaj pravni princip korespondira i sa odredbama člana 197 Ustava koje ustanovljavaju isključivo zabranu povratnog dejstva zakona, odnosno zabranu retroaktivne primene zakona na okončane pravne situacije.

Budući da je Zakon o javnom informisanju i medijima iz 2014. godine bio na snazi u trenutku donošenja drugostepene presude protiv koje je izjavljena revizija o kojoj je odlučeno osporenim rešenjem, Ustavni sud ukazuje na to da je u svojoj Odluci IUz–2/2010 od 14. marta 2013. godine, pored ostalog, odbio zahtev za utvrđivanje neustavnosti i nesaglasnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorom odredaba člana 38 Zakona o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, kojima je izmenjen novčani cenzus za izjavljivanje revizije sa 500.000,00 dinara na 100.000,00 evra u dinarskoj protivvrednosti. U navedenom kontekstu, Ustavni sud napominje da je u tom predmetu izrazio pravni stav da se pravo na podnošenje revizije ne stiče trenutkom podnošenja tužbe, već momentom donošenja pravnosnažne drugostepene presude...“

Imajući u vidu citirane stavove, Ustavni sud nalazi da je VKS donošenjem rešenja o odbacivanju revizije kao nedozvoljene, u konkretnom slučaju povredio pravo podnosioca ustavne žalbe na pravično suđenje: „... Polazeći od svih iznetih razloga, te činjenice da se Zakon o javnom informisanju i medijima iz 2014. godine primenjuje i na štamparske sporove koji su u toku, Ustavni sud smatra da je Vrhovni kasacioni sud izveo ustavnopravno neprihvatljiv zaključak da je revizija podnosioca ustavne žalbe nedozvoljena. Stoga je Ustavni sud ocenio da je stavom drugim izreke

osporenog rešenja Rev. 2330/2016 od 25. januara 2017. godine povređeno pravo podnosioca ustavne žalbe na pravično suđenje, zajemčeno odredbom člana 32(1) Ustava, pa je ustavnu žalbu u ovom delu usvojio, saglasno odredbi člana 89(1) Zakona o Ustavnom sudu („Službeni glasnik RS“, br. 109/07, 99/11, 18/13 – Odluka US, 40/15 – dr. zakon i 103/15), odlučujući kao u tački 1 izreke.

Ustavni sud je našao da se štetne posledice učinjene povredom prava na pravično suđenje mogu otkloniti jedino poništajem stava drugog izreke osporenog rešenja Vrhovnog kasacionog suda Rev. 2330/2016 od 25. januara 2017. godine i određivanjem da navedeni sud u ponovnom postupku donese novu odluku o reviziji podnosioca ustavne žalbe izjavljenoj protiv presude Apelacionog suda u Beogradu GŽ3. 173/16 od 13. jula 2016. godine, pa je, saglasno odredbi člana 89, stav 2 Zakona o Ustavnom sudu, odlučeno kao u tački 2 izreke...“⁹

3. KRITIKA PRAVNOG SHVATANJA VRHOVNOG KASACIONOG SUDA

U konkretnom slučaju, VKS je rešenjem odbacio kao nedozvoljenu reviziju tužioca podnetu protiv presude Apelacionog suda u Beogradu GŽ3. 173/16 od 13. jula 2016. godine kojom je odbijena njegova žalba i potvrđena presuda Višeg suda u Beogradu P3. 165/13 od 5. aprila 2016. godine. Ono što je bilo ključno za donošenje takve odluke VKS jeste odgovor na pitanje koji se procesni režim primenjivao na dozvoljenost revizije u konkretnom slučaju. U predmetnom parničnom postupku bilo je neophodno konsultovati ne samo odredbe ZPP, nego i procesnopravne odredbe zakona kojim se uređuje oblast javnog informisanja.

Da bi odgovorio na postavljeno pitanje, VKS je pošao od trenutka kada je objavljena informacija koja je dala povoda za podnošenje tužbe. Kako je sporna informacija objavljena 15. jula 2013. godine, u tom trenutku na snazi je bio ZJI, koji je, kada je reč o reviziji, propisivao posebno pravilo samo u pogledu roka za izjavljivanje – 15 dana od dana dostavljanja presude.¹⁰ To vraća VKS na odredbe ZPP o dozvoljenosti revizije, ali ono što je interesantno jeste da VKS uzima u obzir odredbe ZPP o dozvoljenosti revizije koje su bile na snazi, ne u trenutku objavljivanja informacije (15. jul 2013. godine), niti odredbe ZPP koje se bile na snazi u trenutku podnošenja tužbe sudu (30. jul 2013. godine), nego odredbe ZPP koje su bile na snazi u trenutku donošenja drugostepene presude. Naime, u trenutku objavljivanja informacije, kao i u trenutku

⁹ Odluka Ustavnog suda UŽ-5149/2017, 25. 4. 2019, iz arhive suda.

¹⁰ Opšte pravilo je da se revizija može izjaviti u roku 30 dana od dana dostavljanja presude (ZPP, čl. 403, st. 1).

podnošenja tužbe sudu, na snazi su bile odredbe ZPP iz 2011. godine, pre usvajanja zakonskih izmena 2014. godine, kada je revizijski cenzus u opštem parničnom postupku iznosio 100.000 evra. Nakon stupanja na snagu Zakona o izmenama i dopunama ZPP 31.maja 2014. godine, taj revizijski cenzus je u opštem parničnom postupku smanjen na 40.000 evra. Upravo taj revizijski cenzus od 40.000 evra, koji je na snazi u vreme donošenja drugostepene presude, VKS primenjuje kada zaključuje da, kako je vrednost predmeta spora u konkretnom slučaju 490.000 dinara ispod revizijskog cenzusa od 40.000 evra propisanog članom 403, stav3 ZPP, revizija nije dozvoljena.

Kada su u pitanju procesnopravne odredbe zakona kojim se uređuje oblast medija i javnog informisanja za VKS su merodavna procesnopravna pravila koja su bila na snazi u vreme kada je sporna informacija objavljena, a kada su u pitanju odredbe ZPP kojima se uređuje dozvoljenost revizije, VKS primenjuje procesnopravna pravila koja su na snazi u vreme donošenja drugostepene presude koja se revizijom pobija.

Nakon usvajanja izmena i dopuna ZPP 2014. godine, ne samo da je smanjen revizijski cenzus u opštem parničnom postupku sa 100.000 na 40.000 evra¹¹ i sa 300.000 evra na 100.000 evra u privrednim sporovima,¹² nego je omogućeno izjavljivanje revizije protiv svake preinačujuće presude drugostepenog suda¹³ i protiv svake presude drugostepenog suda kojom je usvojena žalba, ukinuta prvostepena presuda i odlučeno o zahtevima stranaka.¹⁴ Prelaznim i završnim odredbama Zakona o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku propisano je da je revizija dozvoljena u svim postupcima u kojima vrednost predmeta spora prelazi dinarsku protivvrednost od 40.000 evra (opšti parnični postupak), odnosno 100.000 evra (privredni sporovi) prema srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan podnošenja tužbe, a koji nisu pravnosnažno rešeni do dana stupanja na snagu ovog zakona.

Iz citiranih zakonskih odredaba jasno proizlazi da se zakonodavac opredelio da novi smanjeni revizijski cenzusi budu primenjeni u svim onim parničnim postupcima koji do dana stupanja na snagu zakonskih izmena (31. maj 2014) nisu pravnosnažno okončani, a u kojima vrednost predmeta spora prelazi 40.000 evra (opšti parnični postupak), odnosno 100.000 evra (privredni spor) i da se na taj način omogući da revizija u tim postupcima bude dozvoljena.

Odlučujući o dozvoljenosti revizije, VKS je u konkretnom slučaju primenio odredbe ZPP koje su bile na snazi u trenutku donošenja drugo-

¹¹ ZPP, čl. 403, st. 3.

¹² ZPP, čl. 485.

¹³ ZPP, čl. 403, st. 2, tač. 2.

¹⁴ ZPP, čl. 403, st. 2, tač. 3.

stepene presude, ali je potpuno zanemario odredbe ZJIM koji je bio na snazi u tom trenutku i čija pravila predstavljaju *lex specialis* u odnosu na odredbe ZPP. Članom 1 ZPP propisano je da se ovim zakonom uređuju pravila postupka za pružanje sudske pravne zaštite po kojima se postupa i odlučuje u parnicama za rešavanje sporova nastalih povodom povrede prava ličnosti i sporova iz porodičnih, radnih, privrednih, imovinskopravnih i drugih građanskopravnih odnosa, osim sporova za koje je posebnim zakonom propisana druga vrsta postupka. Članom 403, stav 2, tačka 1 ZPP propisano je da je revizija uvek dozvoljena ako je to propisano posebnim zakonom. Kako je članom 126 ZJIM koji je bio na snazi u vreme donošenja drugostepene odluke propisano posebno pravilo za dozvoljenost revizije u ovim sporovima, ono derogira opšte pravilo propisano odredbama ZPP, a to je VKS morao da ima u vidu prilikom odlučivanja o reviziji tužioca. Odredbe ZJIM ne sadrže nikakva posebna pravila za parnične postupke koji su pokrenuti pre stupanja na snagu tog zakona, pa nije bilo razloga da se ne primeni član 126 ZJIM koji je bio na snazi u trenutku donošenja drugostepene presude, ako su već primenjivane odredbe ZPP koje su bile na snazi u trenutku donošenja drugostepene presude i kojima je upućivano na odredbe posebnog zakona.

4. KADA SE STIČE PRAVO NA IZJAVLJIVANJE REVIZIJE – STAV USTAVNOG SUDA

Na početku smo napomenuli da je revizija prema odredbama ZPP iz 1956. godine bila redovan pravni lek, da bi usvajanjem ZPP 1977. godine postala vanredni pravni lek, dok su kasnijim zakonskim izmenama uslovi za izjavljivanje revizije postajali sve restriktivniji. Sužavanje mogućnosti za izjavljivanje revizije dostiglo je vrhunac usvajanjem Zakona o izmenama i dopunama ZPP 2009. godine, kada su cenzusi za izjavljivanje revizije višestruko uvećani i to kako u opštem parničnom postupku, tako i u postupku u privrednim sporovima.

Članom 38 Zakona o izmenama i dopunama ZPP iz 2009. godine promenjen je član 394 tako da glasi: „Protiv pravnosnažne presude done-sene u drugom stepenu, stranke mogu izjaviti reviziju u roku od 30 dana od dana dostavljanja prepisa presude (stav 1). Revizija nije dozvoljena o imovinskopravnim sporovima kad se tužbeni zahtev odnosi na utvrđenje prava svojine na nepokretnostima, potraživanje u novcu, predaju stvari ili izvršenje neke druge činidbe, ako vrednost predmeta spora pobijenog dela pravnosnažne presude ne prelazi dinarsku protivvrednost od 100.000 evra po srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan podnošenja tužbe (stav 2). Revizija je uvek dozvoljena kada je to posebnim zakonom određeno (stav 3).“ Članom 51 Zakona o izmenama i dopunama ZPP iz 2009. godine izmenjen je član 486 ZPP koji propisuje revizijski cenzus

u privrednim sporovima. U členu 486, stav 1 reči. „2.500.000 dinara“ zamenjuju se rečima: „dinarsku protivvrednost od 300.000 evra po srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan podnošenja tužbe (stav 1). Stav 2 briše se.“

U takvim okolnostima postavilo se pitanje dejstva ove zakonske odredbe na parnične postupke koji su u toku. To pitanje je trebalo rešiti u prelaznim i završnim odredbama zakona. Opšte pravilo sadržano u členu 55, stav 1 bilo je da će se postupci započeti pre stupanja na snagu Zakona o izmenama i dopunama ZPP iz 2009. godine okončati po odredbama ovog zakona. Međutim, za reviziju bilo je predviđeno posebno pravilo. U skladu sa členu 55, stav 2 o revizijama izjavljenim pre stupanja na snagu ovog zakona odlučivaće VKS u veću sastavljenom od troje sudija, po pravilima parničnog postupka koja su važila do dana stupanja na snagu ovog zakona. Zakon o izmenama i dopunama ZPP iz 2009. godine stupio je na snagu danom objavljivanja u *Službenom glasniku RS* (član 56).¹⁵

Iz citiranih zakonskih odredaba proizlazi da u slučaju kada je tužilac podneo tužbu pre stupanja na snagu Zakona o izmenama i dopunama ZPP iz 2009. godine, u vreme kada je vrednost predmeta spora bila u okvirima tada važećeg revizijskog cenzusa, a onda pre donošenja drugostepene presude zakonskim izmenama bude uvećan revizijski cenzus, njegova revizija protiv te presude bila bi odbačena kao nedozvoljena jer bi se na dozvoljenost revizije primenili novi propisi. Isto važi i u slučaju da je pre stupanja na snagu Zakona o izmenama i dopunama ZPP iz 2009. godine doneta drugostepena presuda koja je dostavljena tužiocu, zbog čega je počeo da teče zakonski rok za izjavljivanje revizije i, u toku trajanja tog roka, a pre nego što je tužilac izjavio reviziju, stupi na snagu nov, znatno uvećan revizijski cenzus. Ista bi posledica bila i da je pre stupanja na snagu Zakona o izmenama i dopunama ZPP iz 2009. godine doneta drugostepena presuda, a da onda, pre nego što je ona dostavljena tužiocu, stupe na snagu izmene i dopune ZPP, odnosno novi revizijski cenzus.

Prema odredbi člana 55 Zakona o izmenama i dopunama ZPP iz 2009. godine, u svim tim situacijama na odlučivanje o reviziji primenili bi se novi propisi, odnosno uvećan revizijski cenzus, pa bi revizija bila odbačena kao nedozvoljena. Jedino u slučaju kada je parnični postupak pokrenut, drugostepena presuda doneta i revizija protiv te presude izjavljena pre stupanja na snagu Zakona o izmenama i dopunama ZPP iz 2009. godine, na odlučivanje o reviziji primenili bi se ranije važeći propisi, usled čega bi cenzus za izjavljivanje revizije bio zadovoljen (Bodiřoga 2019, 99–100).

U postupku pred Ustavnim sudom osporeni su član 38 (podizanje revizijskog cenzusa na 100.000 evra u opštem parničnom postupku), član

¹⁵ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS* 111/2009 od 29. decembra 2009. godine.

51 (podizanje revizijskog cenzusa na 300.000 evra u postupku u privrednim sporovima), ali i odredba člana 55 (dejstvo novih propisa na sve postupke koji su započeti po ranijim propisima, osim u slučaju kada je revizija izjavljena pre stupanja na snagu novih propisa). O oceni ustavnosti odredaba Zakona o izmenama i dopunama ZPP iz 2009. godine, Ustavni sud je odlučivao u vreme kada je na snazi bio novi ZPP iz 2011. godine.

Ustavni sud je u vezi sa podnetim inicijativama imao prilike da zauzme stavove o različitim procesnopravnim pitanjima (Bodiroga 2013, 192–199), a u kontekstu teme ovog rada najznačajnije je pitanje kada se stiče pravo na izjavljivanje revizije. Naime, podnosioci inicijativa za ocenu ustavnosti pomenutih zakonskih odredaba tvrdili su da su podizanjem revizijskih cenzusa izgubili stečeno pravo na izjavljivanje revizije. Prema stavovima koji su navedeni u tim inicijativama, tužilac u parničnom postupku stiče pravo na izjavljivanje revizije u trenutku podnošenja tužbe, i to tako što naznači vrednost predmeta spora koja prelazi propisani revizijski cenzus. Kada je tužilac u tužbi označio vrednost predmeta koja je prema tada važećem ZPP prelazila revizijski cenzus, on je prema navodima inicijatora time stekao pravo na izjavljivanje revizije, pa ako bi u toku trajanja postupka revizijski cenzus bio povećan, taj novi uvećan revizijski cenzus ne bi smeo da se primeni na postupke koji su pokrenuti pre njegovog uvođenja jer bi u suprotnom tužilac izgubio stečeno pravo na izjavljivanje revizije.

U obrazloženju odluke kojom je odlučio o ustavnosti odredaba članova 38, 51 i 55 Zakona o izmenama i dopunama ZPP iz 2009. godine, Ustavni sud se izjasnio i o ovom pitanju: „...Ustavni sud je, potom, istražio i navode da su izmenom cenzusa povodom revizije inicijatori izgubili pravo na reviziju koju su stekli u trenutku podnošenja tužbe tako što su sami definisali vrednost spora, kao i da im je u skladu sa tim obračunata visoka sudska taksa. Povodom toga, Ustavni sud konstatuje da se pravo na izjavljivanje revizije ne stiče trenutkom podnošenja tužbe, kako se pogrešno tumače odredbe Zakona o parničnom postupku, već se pravo na reviziju stiče trenutkom donošenja pravnosnažne drugostepene presude. Iz toga sledi da se dostupnost revizije kao vanrednog pravnog leka ne može ocenjivati u odnosu na vrednost predmeta spora koju su odredile same stranke u vreme podnošenja tužbe, odnosno koja je, uz primenu principa kontradiktornosti, promenjena do zaključenja glavne rasprave. Stoga, Ustavni sud ocenjuje da, iako je visina cenzusa za izjavljivanje revizije očigledno bila neprimerena životnom standardu većine građana i ekonomskim prilikama u Republici Srbiji, ta okolnost, sama po sebi, nije mogla biti od uticaja na ocenu ustavnosti osporenih odredaba članova 38 i 51 Zakona o parničnom postupku...

...Međutim, u pogledu ustavnosti člana 55 (2) Zakona kojim je bilo propisano da će o revizijama izjavljenim pre stupanja na snagu ovog

zakona odlučivati Vrhovni kasacioni sud u veću sastavljenom od troje sudija, po pravilima parničnog postupka koja su važila do dana stupanja na snagu ovog zakona, Ustavni sud je ocenio da iz ove odredbe Zakona proizlazi da je zakonodavac prekršio ustavnu zabranu povratnog dejstva zakona iz člana 197 Ustava. Naime, na stranke koje nisu izjavile reviziju do 29. decembra 2009. godine, odnosno do stupanja na snagu Zakona o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, a osporena drugostepena presuda je doneta do tog datuma, primenjuju se odredbe novog Zakona kojim je vrednost za reviziju bila višestruko uvećana, što je dovelo do nedozvoljenog dejstva novog Zakona i na odnose koji su već bili okončani u tom trenutku. Takođe, osporena odredba člana 55 (2) Zakona o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku stavila je u neravnopravnu poziciju jednu grupu lica u odnosu na sve druge učesnike u postupcima po reviziji, u odnosu na koje je doneta drugostepena presuda do ovog datuma koja im je i dostavljena. Ustavni sud ponavlja, kao što je to već više puta rekao u ovoj odluci, da se pravo na izjavljivanje revizije stiče danom donošenja drugostepene presude, pa je u skladu sa načelom zabrane diskriminacije, koje garantuje član 21 Ustava, samo takvo zakonsko uređenje prelaznog režima izjavljivanja revizije, koje bi sve učesnike u postupku stavilo u jednaku pravnu situaciju u odnosu na pravnosnažne presude koje su donete do 29. decembra 2009. godine, a nezavisno od toga kada su im osporene presude i uručene.

Stoga je Ustavni sud ocenio da iz navedenih razloga osporena odredba člana 55 (2) Zakona o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, u delu koji glasi: „izjavljenim pre stupanja na snagu ovog zakona“, u vreme važenja nije bila u saglasnosti sa Ustavom i sa potvrđenim međunarodnim ugovorom, pa je, u skladu sa odredbom člana 45, tačka 1 Zakona o Ustavnom sudu, odlučio kao u tački 1 izreke...“.¹⁶

Citirani stavovi Ustavnog suda su jasni. Pravo na izjavljivanje revizije stiče se trenutkom donošenja drugostepene presude koja se revizijom želi pobijati. Menjanje uslova za dozvoljenost revizije mora biti izvršeno na takav način da sve stranke u postupku u odnosu na koje je drugostepena presuda doneta istog datuma, stavlja u isti procesnopravni položaj u pogledu mogućnosti za izjavljivanje revizije protiv te presude. Stanovište koje je u citiranoj odluci zauzeo Ustavni sud u skladu je sa stavovima pravne teorije koji u pogledu uslova za dozvoljenost pravnog leka zagovaraju primenu onih procesnih pravila koja su bila na snazi u trenutku donošenja odluke (Poznić, Rakić–Vodinelić 2015, 76; Triva, Dika 2004, 64–66; Leuenberger, Uffer–Tobler 2010, 9). Postoji doduše i stav prema kojem se na postupak po uloženom pravnom leku primenjuje stari zakon ako je pravni lek već uložen u vreme važenja starog zakona, dok bi se, ako je pravni lek izjavljen nakon stupanja na snagu novog zakona, njegova

¹⁶ Odluka Ustavnog suda IUz–2/2010, 14. 3. 2010, iz arhive suda.

dozvoljenost cenila po odredbama tog zakona (Jakšić 2018, 124). Ovakav stav je osporen u odluci Ustavnog suda koju smo citirali.¹⁷ U svakom slučaju, prilikom određivanja po kojim normama će se ceniti dozvoljenost pravnog leka, mora se voditi računa kako o pravnoj sigurnosti, tako i o zaštiti prava stranaka (Keča, Knežević 2016, 58), pri čemu su redovni sudovi dužni da otklone svaku neizvesnost u pogledu toga po kojim procesnim pravilima će se postupak voditi (Bodiroga 2015, 667–668).

Upravo o tim kriterijumima Ustavni sud je vodio računa kada je zauzeo stav da se pravo na izjavljivanje revizije stiče u trenutku donošenja drugostepene presude i da to važi ne samo u situaciji kada se tokom trajanja parničnog postupka zakonskim izmenama pooštravaju uslovi za izjavljivanje revizije, nego i onda kada se u toku parničnog postupka zakonskim izmenama pravo na izjavljivanje revizije čini dostupnijim, kao što je situacija u konkretnom primeru koji smo prikazali. Naime, u trenutku podnošenja tužbe, pored ZPP primenjivao se i ZJI koji nije predviđao posebne uslove za dozvoljenost revizije, već je u odnosu na odredbe ZPP odstupanje postojalo samo u pogledu roka za njeno izjavljivanje. U trenutku donošenja drugostepene presude, osim ZPP, na snazi je ZJIM, koji se primenjuje i na parnične postupke koji su u toku i koji u članu 126 propisuje da se protiv svake drugostepene presude kojom je odbijen tužbeni zahtev revizija može izjaviti. Odlučujući o dozvoljenosti revizije, VKS kao trenutak merodavan za odlučivanje o tome koji će se procesni režim primeniti uzima dan kada je objavljena informacija koja je predstavljala povod za pokretanje parničnog postupka, umesto dana donošenja drugostepene presude, pa umesto da primenjuje odredbe ZJIM, najviši sud u Republici Srbiji primenjuje odredbe ZJI, odnosno konstatuje da, u odsustvu posebnih odredaba ovog zakona kojima se uređuje dozvoljenost revizije, treba primeniti opšta pravila ZPP, ali onda primenjuje ZPP koji je na snazi u trenutku donošenja drugostepene presude, pa primenom člana 403(3) ZPP rešenjem odbacuje reviziju tužioca kao nedozvoljenu. Pri svemu tome VKS je zanemario osnovno pravilo u primeni procesnopravnih normi, a to je da se one pre svega moraju tumačiti na način koji je ustavnopravno prihvatljiv (Ballon 2009, 378).

¹⁷ Naime, odredba člana 55, stav 2 ovog zakona propisivala je da će se o revizijama izjavljenim pre stupanja na snagu tog zakona odlučiti po pravilima koja su važila do njegovog stupanja na snagu, dok će se o revizijama izjavljenim nakon stupanja na snagu tog zakona odlučivati po procesnim pravilima sadržanim u tom zakonu. Ustavni sud je zauzeo stav da se na taj način stranke u odnosu na koje je drugostepena presuda doneta i revizija izjavljena pre stupanja na snagu tog zakona stavljaju u neravnopravan položaj u odnosu na stranke u odnosu na koje je drugostepena presuda doneta, ali revizija nije izjavljena pre stupanja na snagu tog zakona (drugostepena presuda još nije dostavljena ili jeste dostavljena ali rok za izjavljivanje revizije još uvek nije istekao i sl.). Prema tumačenju Ustavnog suda, prihvatljive su samo takve prelazne procesnopravne odredbe koje bi sve stranke u odnosu na koje je drugostepena presuda doneta pre stupanja na snagu Zakona o izmenama i dopunama ZPP iz 2009. godine stavile u jednaku pravnu situaciju.

Kako je tuđiocu na raspolaganju bila i ustavna ųalba, on je to pravno sredstvo iskoristio, a Ustavni sud je, odlučujući o ustavnoj ųalbi, još jednom dobio priliku da ponovi dobro poznate stavove, koji su prvi put objavljeni u citiranoj odluci IUz–2/2010 od 14. marta 2013. godine. Time je još jednom potvrđeno da se pravo na izjavljivanje revizije stiće u trenutku donošenja drugostepene presude, pa ocenu uslova za dozvoljenost revizije treba ceniti prema propisima koji su u tom trenutku na snazi, a to znaći ne samo prema odredbama ZPP, nego i prema odredbama posebnog zakona ako se njime propisuju posebni uslovi za dozvoljenost revizije. Odluke Ustavnog suda su konaćne, izvršne i opšteobavezne,¹⁸ pa se moųe opravdano postaviti pitanje zašto VKS nije upodobio svoje postupanje odluci Ustavnog suda koja je doneta pre više od šest godina u postupku ocene ustavnosti ZPP, pri ćemu je sam Ustavni sud stavove iz te odluke konstantno afirmisao odlučujući o ustavnim ųalbama izjavljenim protiv odluka redovnih sudova.

5. UMESTO ZAKLJUĆKA

Ćeste izmene zakona kojima se uređuje parnićni postupak postale su jedna od najvaųnijih karakteristika našeg pravnog sistema. O tome koliko je ova praksa štetna za pravnu sigurnost ne treba posebno govoriti. Ne samo da stranke u parnićnom postupku ćesto ne znaju koja procesnopravna pravila treba primeniti u postupku u kojem se rešava o spornom građanskopravnom odnosu nego ćesto to ne znaju ni sudovi. Tome pogoduje ćinjenica da, osim pravila opšteg parnićnog postupka, postoje i posebna pravila za pojedine parnićne postupke koja nisu sadržana samo u Zakonu o parnićnom postupku već se pojedina procesnopravna pravila nalaze u materijalnopravnim propisima koji se i sami ćesto menjaju.

Taćan odgovor na pitanje koji procesni reųim treba primeniti u konkretnom slućaju, u kojem su se tokom trajanja postupka dva ili više puta promenile relevantne procesnopravne norme, podrazumeva postojanje jasnih i preciznih zakonskih odredaba i njihovo pravilno tumaćenje, a u njihovom odsustvu moraju se uzeti u obzir pravna naćela i stavovi pravne nauke. Naųalost, postupanje redovnih sudova u parnićnom postupku ne funkcioniše na napred navedenim principima. Insistiranje na preterano formalistićkom pristupu u primeni normi građanskog procesnog prava i na jezićkom tumaćenju kao jedino merodavnom ima za posledicu donošenje sudskih odluka kojima se povređuju ili uskraćuju Ustavom zajemćena ljudska i manjinska prava i slobode. Takav pristup moųe se sresti i odlukama najvišeg suda u Republici Srbiji. Kontrola sudskih odluka koju u postupku po ustavnim ųalbama vrši Ustavni sud predstavlja vaųan ko-

¹⁸ Ustav, ćl. 166, st. 2.

rektivni mehanizam, ali je za njegovo uspešno funkcionisanje neophodno da redovni sudovi dosledno poštuju i primenjuju odluke Ustavnog suda i stavove koji se odnose na zaštitu ustavnih prava i sloboda.

LITERATURA (REFERENCES)

- Ballon, Oskar J. 2009. *Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht: Streitiges Verfahren*. Leykam: Manz Verlag.
- Bodiroga, Nikola. 3/2015. Neki problemi u primeni Zakona o parničnom postupku u sporovima male vrednosti. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 49: 653–671.
- Bodiroga, Nikola. 2019. *Ustavna jemstva u parničnom postupku*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Bodiroga, Nikola. 2013. Pristup VKS u građanskim stvarima – odluka Ustavnog suda i evropski standardi. 192–199. *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije*, Knjiga 3, ur. Stevan Lilić. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Jakšić, Aleksandar. 2018. *Građansko procesno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Keča, Ranko, Marko Knežević. 4/2017. Dozvoljenost revizije u parničnom postupku zbog preinačujuće žalbene presude: posledica ustavne garantije prava na pravno sredstvo ili samo pravopolitičko pitanje: ujedno i prilog učenju o kontrolnom konceptu postupka po pravnim lekovima. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 51: 1251–1284.
- Keča, Ranko, Marko Knežević. 2016. *Građansko procesno pravo*. Beograd: Službeni glasnik.
- Leuenberger, Christoph, Beatrice Uffer-Tobler. 2010. *Schweizerisches Zivilprozessrecht*. Bern: Stämpfli.
- Poznić, Borivoje, Vesna Rakić-Vodinelić. 2015. *Građansko procesno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union.
- Triva, Siniša, Mihajlo Dika. 2004. *Građansko parnično procesno pravo*. Zagreb: Narodne novine.

Nikola Bodiroga, PhD

Associate Professor

University of Belgrade Faculty of Law

TEMPORAL APPLICATION OF PROCEDURAL RULES AND
ADMISSIBILITY OF APPEAL ON THE POINTS OF LAW IN
CIVIL PROCEDURE: CONFLICTING LEGAL OPINIONS OF
THE CONSTITUTIONAL COURT AND THE SUPREME COURT
OF CASSATION

Summary

The plaintiff filed a lawsuit under the Public Information and Media Law, and the High Court of Belgrade and the Court of Appeal have ruled against him. He tried to challenge the judgment of second instance court by filing an appeal on the points of law. The Supreme Court of Cassation applied Public Information and Media Law that was in force at the time of publication of disputed information instead of the Law that was in force when the second instance judgment was passed and dismissed the appeal on the points of law. This decision has been quashed by the Constitutional Court, because it violated the plaintiff's right to fair trial. In its ruling the Constitutional Court explicitly stated that admissibility of appeal on the points of law has to be determined in accordance with procedural rules that were in force at the time the second instance judgment was passed.

Key words: *Admissibility of appeal on the points of law. – Civil Procedure Code. – Public Information and Media Law. – Supreme Court of Cassation. – Constitutional Court.*

Commentary history:

Received: 31. 7. 2019.

Accepted: 5. 8. 2019.

Mr Slobodan Ilijić*

Nebojša Jovanović. 2017. *Saobraćajno pravo. Knjiga 1, Opšti deo*. Beograd: Centar za izdavaštvo i informisanje Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, 566.

Uobičajeno je da se delo lepe književnosti, kao što je roman aktuelnog pisca, prikaže sutradan po objavljivanju. Prikazivanje univerzitetskog udžbenika zahteva izvestan protok vremena od trenutka objavljivanja. Ovaj prikaz je posvećen jednom od prvih udžbenika saobraćajnog prava u državi Srbiji, veoma korisnom udžbeniku za pravničku struku i nauku za oblast – *Saobraćajno pravo. Opšti deo*, iz pera profesora Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu dr Nebojše Jovanovića. Udžbenik se po strukturi sastoji iz četiri dela, ali ima brojne i vrlo interesantne priloge.

1. Naslov prvog dela je – „Uvod u saobraćajno pravo“. Prvi deo čine dve glave, ali iz te dve glave mogu se izdvojiti tri postavke. U prvoj postavci autor je pošao od potrebe da analizira pojam saobraćaja, s obzirom na to da se tim pojmom bavila saobraćajna, pravna i ekonomska književnost. Tim putem došlo se do razlikovanja šireg i užeg pojma saobraćaja. Širi pojam saobraćaja obuhvatio bi ne samo prenos ljudi i stvari nego i nematerijalne pojave (ideje, vesti, poruke) prenete putem pošte, telefona, radija, televizije ili interneta. Autor je, pošto se iz šireg pojma saobraćaja isključuje prenos vesti i privatni saobraćaj, prihvatio užu definiciju pojma saobraćaja, koja je primerenija pravu. U toj definiciji naglašava se pojam saobraćaja kao privredne delatnosti u kojoj se vozilima prenose ljudi i stvari sa jednog mesta na drugo. Na taj način izložen pojam saobraćaja činio bi prvu postavku uvoda u saobraćaj. Druga postavka autora više je okrenuta rezultatima saobraćajne nauke i pitanjima iz saobraćajno-pravničke struke. Druga postavka autora sadrži najpre jedan važan pravnometodološki pristup. Taj pristup je ukazao na to da je saobraćajno pravo skup opštih pravnih pravila kojima se uređuju imovinsko-pravni odnosi između učesnika u prevozu robe i putnika i upravno-pravni odnosi koji neposredno služe obavljanju delatnosti prevoza. Pravnometodološki, taj pristup može da objasni strukturu izložene saobraćajne mate-

* Autor je član Predsedništva Udruženja pravnika Srbije.

rije u udžbeniku. Razume se, u nekim delovima ili glavama udžbenika više je zastupljen imovinskopravni aspekt saobraćajnog prava, a u nekim upravno-pravni aspekt tog prava. Posle ovog pristupa definisan je pojam saobraćajnog prava. Naime, saobraćajno pravo je definisano kao grana prava kojom se uređuju organizovano obavljanje prevoza robe i putnika u svim njegovim granama i odnosi u vezi sa poslovima u koje stupaju prevoznici sa korisnicima svojih usluga. Uz naučno definisan pojam saobraćajnog prava, precizirana je dalja podela na grane saobraćajnog prava, i to na: morski, rečni, železnički, drumski, vazdušni, cevovodni i mešoviti saobraćaj, čime je zaokružena druga postavka udžbenika. Treća postavka autora bila je sadržana u aktuelnom opisu geografsko-saobraćajnih činjenica i odlika Srbije. Na osnovu toga čitalac može da prepozna sledeću ideju ili postavku autora: saobraćajnom politikom i saobraćajnim pravom mogu da se u dužem periodu valorizuju geografske, trgovačke, istorijske i političke prilike konkretne nacionalne države.

2. U drugom delu udžbenika, pod nazivom „Javno saobraćajno pravo“, autor se bavi organizacijom saobraćaja, ulogom carine u saobraćaju, i najzad, nadležnošću sudova iz ugla saobraćajnog prava. Struktura tog dela udžbenika prilagođena je pre svega potrebama studenata.

3. U trećem delu udžbenika prikazano je – imovinsko saobraćajno pravo. Moglo bi se reći da pravni instituti tog dela udžbenika spadaju u najinteresantnije teme u saobraćajnom pravu. Uvodnim izlaganjem u početnoj glavi trećeg dela ukazano je na više slojeva u strukturi imovinskog saobraćajnog prava, koji će biti potrebni diplomiranom pravniku u primeni saobraćajnog prava. Otpremanju ili špediciji posvećeno je trideset strana, uz podsećanje na građanskopravne korene ugovora o špediciji. Zatim su izložena još četiri ugovora, a svakom od njih je posvećena posebna glava. Prvo je koncipiran ugovor o prevozu, zatim ugovor o prevozu stvari, pa ugovor o prevozu putnika i, najzad, ugovor o prevozu prtljaga. Svi ti ugovori, istakao je autor, imaju građanskopravno poreklo i trgovačkopravnu prirodu u saobraćaju. Svaki od tih ugovora čita se lako, kao roman, jer su opisani jednostavnim pravničkim stilom i jasnim jezikom. Isticanje porekla i pravne prirode tih ugovora za čitaoca-studenta i čitaoca-zaposlenog u privredi, banci, osiguranju znači da u tom delu udžbenika može da nađe odgovore na mnoga saobraćajnopravna pitanja i aktuelne probleme koji nastaju ili mogu da nastanu u poslovnoj praksi.

4. U četvrtom delu udžbenika reč je o posebnim vrstama prevoza. U odnosu na osnovne udžbenike saobraćajnog prava, koji su objavljivani za vreme SFRJ, ta oblast saobraćajnog prava doživela je najviše pozitivnopravnih promena. Posebne vrste prevoza prikazane su u dve glave. Predmet prve glave je prevoz sa više prevoznika, a druge prevoz opasne robe. Približavajući čitaocu materiju prevoza sa više prevoznika, autor objašnjava brojne modalitete dvojnog prevoza, uzastopnog prevoza i mešovitog prevoza, a sve to imajući u vidu potrebe studenata i nastave.

Naučni pristup svakom od tih instituta obuhvatio je definisanje pojma, razgraničenje tog instituta sa sličnim institutom, organizaciju prevoza i učesnike, odgovornosti, trajanje, rokove zastarelosti potraživanja i dr. Složenost materije imovinskog saobraćajnog prava ilustrovana je onim pitanjima zbog kojih nastaju „glavobolje“ pravnika u praksi, ali je autor nalazio i terapiju za izlječenje „glavobolje“ u praksi primene pravne regulative. Mada Srbija nema more, diplomirani pravnik u Srbiji koji se bavi organizovanjem saobraćaja sa više prevoznika mora da uzme u obzir specifičnosti morskog saobraćaja. Savremeni prevoz sa više prevoznika od budućih pravnika u Srbiji zahteva da u organizovanju uzmu u obzir savremena saobraćajnotehnička dostignuća, pa se autor udžbenika pobrinuo i za to navodeći tačku o mešovitom prevozu lebdelicom (overkraftom). Što se pak tiče glave o prevozu opasne robe, materija saobraćajnog prava zasnovana je na nekoliko ranije ratifikovanih osnovnih međunarodnih konvencija i brojnim protokolima, odnosno inženjersko-tehničkim standardima u izvršenju tih konvencija.

5. Prvi udžbenik iz saobraćajnog prava objavljen je 1963. godine, a zatim objavljeno je još nekoliko osnovnih i pomoćnih udžbenika saobraćajnog prava. Svi ti udžbenici objavljeni su na podlozi geografsko-saobraćajnih karakteristika FNRJ, SFRJ, SRJ i sve njih autor ovog udžbenika uzeo je u obzir na adekvatan način. Ovaj udžbenik saobraćajnog prava među prvim je objavljen u samostalnoj državi Srbiji, čime je popunjena velika praznina u saobraćajnopravnoj književnosti i publicistici Srbije.

6. Ovaj udžbenik saobraćajnog prava ima brojne vrednosti i otuda predstavlja značajno delo u srpskoj pravnoj baštini XXI veka. Pre svega, priložen je veoma detaljan i praktično sačinjen azbučni spisak pojmova, koji čitaocu omogućava da brzo i lako putuje kroz složenu materiju saobraćajnog prava i da savlada zakonitosti te naučne oblasti. U mnogim oblastima autor je ukazao na nedostatke pravne regulative, pa ovo delo može da bude korisno predstavnicima zakonodavne vlasti i svima koji se bave pravnim normiranjem u svim granama saobraćaja. Prof. dr Nebojša Jovanović je bogato teorijsko znanje izrazio u prikazima stavova velikog broja autora i dela, objavljenih i na srpskom i na stranom jeziku. Spisak korišćene književnosti, azbučno i abecedno, omogućuje zainteresovanom čitaocu da se bliže upozna sa tim delima. Posebnu vrednost ovom delu, čime prevazilazi okvire udžbenika, daje analiza brojnih pravnih pitanja kroz konkretne odgovore sudske prakse i detaljne prikaze spornih slučajeva sa kritičkim osvrtom i pozivanjem na konkretne sudske odluke naših sudova i na presedane anglosaksonskog prava. Najzad, priložen je pregledan azbučni spisak presedana i domaćih presuda, koji su povezani sa pojedinim pravnim institutima, odnosno konkretnim pitanjima u okviru tih instituta.

7. Izlaganje materije saobraćajnog prava u prikazanom delu zadovoljilo je i potrebe studenata osnovnih, master i doktorskih studija na

pravnim fakultetima i potrebe profesionalaca zaposlenih u saobraćaju, inženjera, veštaka, aktuara, procenitelja, zaposlenih u osiguranju, turističkoj delatnosti i dr. Istovremeno, ovo delo je interesantno za one kojima je primena saobraćajnog prava i saobraćajne politike dopunska delatnost, čime bi bila pokrivena i takva interesovanja. Saobraćajno pravo je pozitivnopravna disciplina ili oblast prava podložna čestim promenama među izvorima međunarodnog saobraćajnog prava (uključujući inženjersko-tehničke standarde i sl.), a još više među izvorima saobraćajnog prava u Srbiji. Delo je štampano ćirilčkim pismom, broširano, prikladne veličine sloga, ukusno vizuelno opremljeno, a njegova cena je pristupačna.

Dr Damir Banović*

Jovanović, Miodrag A. 2019. *The Nature of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 272.

Veoma rijetko se dešava da se neko odluči krenuti u inovativna istraživanja o prirodi prava i novim metodološkim pristupima, još rjeđe kada je riječ o prirodi međunarodnog prava i načinu njegovog filozofsko-pravnog posmatranja. U tom smislu, knjiga *Priroda međunarodnog prava* (engl. *The Nature of International Law*) predstavlja sigurno prvi ozbiljan rad u toj oblasti. Ne samo zato što se bavi prirodom međunarodnog prava, već i zato što nam daje unaprijeđene metodološke postupke pogodne za istraživanja fenomena van paradigme prava države.

U pozitivnopravnom taboru skoro da i nema inspirativnijih radova kojima bi se pokušao objasniti fenomen prava kao takvog. Istraživanja se kreću u minimalnim nijansiranjima, terminološkim objašnjenjima te ostaju na pozicijama koje filozofiji prava ne donose ništa zaista novo. Možda je razlog tome analitički metod i metafizički inspirisana konceptualna analiza koja je u svom dometu ograničena. No, razvojem drugih društvenih disciplina, metodološkim postupcima i mogućnostima interdisciplinarnog pristupa nove metodologije, metodološka unapređenja, novi pristupi u teoriji koncepata, sasvim su prirodni i logični. Upravo je to jedna od vrijednosti Jovanovićevog pristupa: kretanje u okvirima analitičkog pristupa ili od već poznatih i dobro utvrđenih temelja, njihovoj modifikaciji i razvoju primjenom prototipske teorije koncepata. Moglo bi se reći – mali koraci, ali ne i manje bitni.

Danas se već čini neopravdanim voditi se pravom države kao paradigmom i centralnim slučajem zbog postojanja drugih pravnih fenomena koji ne ispunjavaju sve kriterije koje je postavila Kelzenova normativna teorija, pa i analitička jurisprudencija u anglosaksonskom svijetu, odnosno od Džeremija Bentama, Džona Ostina i konačno Herberta Harta. Osvježjenja u novijim pristupima proučavanju fenomena prava nalazimo u radovima Brajana Z. Tamanaha, Vilijama Tvajninga, Denisa Galigana, Ji-

* Autor je docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, na naučnoj oblasti teorija prava i države, d.banovic@pfsa.unsa.ba.

rgena Habermasa, Reze Banakara i drugih, prije svega sociološkopравnih teoretičara. Njihovi radovi su inspirisani novim empirijskim i teorijskim sociološkopравnim istraživanjima, društvenom teorijom i političkom filozofijom. Može se reći da je to jedan novi interdisciplinarni pristup koji omogućava dalja teorijska istraživanja.

Jovanović prvi put u filozofiji prava na inovativan način teorijski rasvjetljava i objašnjava fenomen međunarodnog prava. No, iako su njegovo posmatranje i metodologija fokusirani na jedan od pravnih fenomena, oni bi se lako mogli primijeniti i na pravo uopšte. Ili, posmatrati pravo kroz kriterije koje je postavio ili karakteristike koje (međunarodno) pravo uobičajeno ima da bi se moglo identifikovati kao „pravo“.

Kako je pravilo navedeno i na samom početku, pravna teorija je sve do sada većinom ignorisala međunarodno pravo kao predmet istraživanja ili „filozofiranja“ o pravu (str. i). Kako i sam navodi, njegov rad se kreće u okvirima analitičke tradicije, ali napušta dominantan pristup metafizički vođene analitičke jurisprudencije (str. i). Jovanović uvodi prototipsku teoriju konceptata koja mu daje okvir za utvrđivanje „tipičnih karakteristika“ koje konstituišu prirodu međunarodnog prava (str. i).

Razmatranje ranijih ideja o prirodi međunarodnog prava čini se poželjnim jer, kako nas uče historijska jurisprudencija (Bix, 2018) i savremena sociološkopравna teorija, ranije teorije i koncepti daju dobre osnove i razgraničavaju fenomen od pravu sličnih fenomena. Drugi razlog leži u činjenici da čovječanstvo u razvoju prava na praktičnom nivou nije otišlo predaleko, te su se ciklično mijenjale potrebe za centralizacijom i pravnom fragmentacijom, većim i manjim stepenom razvoja prava, no potrebe za određenim oblicima i načinima međusobnih regulacija nisu esencijalno promijenile svoju suštinu već samo oblik i stepen razvoja. Tako i I poglavlje Jovanovićeve knjige počinje kratkim historijskim pregledom i razvojem prava van paradigmatškog okvira prava države, ideje suvereniteta, te se kreće u okvirima težnji za univerzalnom validnošću normi razvijenih prije svega u prirodnoправnim učenjima (str. 8–31). No, početkom 19. vijeka i razvojem ideje pravnog pozitivizma desilo se da je interes za fenomen prava van okvira države prestao. Jovanovićev historijski pregled pojave, posmatranja i razvoja ideje međunarodnog prava dovoljan je, ne opterećuje glavnu ideju knjige i stvara prostor za drugi, vjerovatno i najznačajniji dio: o metodologiji (str. 32–64). Jer kako pristupiti analizi fenomena međunarodnog prava, kada dominantni pozitivnoправni pristupi to onemogućavaju, posmatraju međunarodno pravno kao granični slučaj ili, u najgorem slučaju, oduzimaju mu određenje pravnog fenomena. Logično je početi metodologijom, ali nužno sa drugačijom, novijom ili modifikovanom.

U njegovom metodološkom diskursu, kritikuje postavke konceptualne analize koja polazi od apriornih, esencijalnih i nužnih elemenata pra-

va. Ta Jovanovićeveva kritika nije nešto novo i može se već naći kod autora sociološkopravnog usmjerenja. U tom smislu, Brajan Z. Tamanaha u svojoj knjizi *A general jurisprudence of law and society* (Tamanaha, 2001) upravo zastupa ideju da pravo ne posjeduje apriorne, nužne i esencijalne karakteristike. On im te karakteristike oduzima jer pravo nije prirodni već društveni fenomen i nema nužnih i esencijalnih elemenata. Također, kako Jovanović dobro primjećuje, u konceptualnoj analizi međunarodno pravo je posmatrano kao jedan od graničnih slučajeva i time nezanimljiv za filozofiju prava (str. 3). Konačno, konceptualna analiza u svojoj preanalitičkoj fazi oslanja se na intuitivne stavove ograničene našim uobičajenim predstavljanjem koncepata (str. 3). Ta metoda se zasniva na psihološkim pretpostavkama koje su u suprotnosti sa novim istraživanjima u polju kognitivne psihologije (str. 3). Eksperimenti su pokazali da mi posmatramo kategorije (koncepte) kao reprezentacije niza karakteristika grupisanih oko neke vrste prototipa (str. 3). No, ne samo kognitivna psihologija već i široka empirijska istraživanja prava pokazuju mnoge manjkavosti analitičkog metoda i nepotrebnim zasnivanje koncepata na intuiciji (jer se oni mogu empirijski potvrditi ili opovrgnuti), ali i naučnu tvrdnju da pravo ne posjeduje esencijalne i nužne elemente. Za razliku od kognitivne psihologije, koja se fokusira na naše percepcije, sociološkopravna istraživanja se fokusiraju na pojavne pravne fenomene u društvenom kontekstu. Prototip teorije koncepata ima težnju da objasni i rasvijetli fenomen prava, te ga posmatra kao oblik ljudske aktivnosti različit od drugih, kao vrstu ili žanr (str. 3). Na sličan način i Galiganova koncepcija (Galligan, 2015), primjenjujući Veberovu metodologiju i polazeći od Hartove analitičke jurisprudencije, posmatra pravo kao jedan oblik ljudske društvene aktivnosti, te apstrahuje minimalne zajedničke elemente različitim pojavnim fenomenima prava. Oni se ne posmatraju kao nužni već kao karakteristični i apstrahovani iz društvenog konteksta, no svi pojavnici prava sadrže minimalne karakteristike koje čine „pravnu vrstu društvene djelatnosti“, ali koje na nižim ili preklapajućim ima potencijalno drugačije elemente. Prema Jovanovićevom mišljenju, objašnjenje pojma jedne vrste društvene aktivnosti vodi ka formulaciji koncepta prava, shvaćenog kao reprezentacija grupe karakteristika ili elemenata oko jednog prototipa (str. 3). Postoji dosta sličnosti između sociološkopravnog teorijskog pristupa i prototipske teorije koncepata. Razlika je u tome što Jovanović pokušava da objasni koncept međunarodnog prava; Galiganov pristup fenomenu prava u modernim državama, a Tamanahin da dođe do opšte koncepcije prava konvencionalnim shvaćanjem njegovog pojma. Sva tri pristupa preuzimaju dijelove analitičkog i kombiniraju sa drugim pristupima: društvene teorije, empirijskih istraživanja i kognitivne psihologije.

Jovanović u metodološkom dijelu odlično nijansira različite analitičke pristupe jer se veoma često pogrešno shvata da postoji jedan jedinstven analitički metod, kao što nije ni opravdano postavljati oštre i ne-

pomirljive granice u odnosu na druge pristupe (Poglavlje II, str. 32–64). Također, Jovanović identifikuje, sada već relativno poznate, probleme analitičkog pristupa: apriorizam, esencijalizam i pretendovanje na univerzalnost metoda. U tom pogledu to već nije nešto novo, ali je nužno razbiti tu iluziju i drugačijim pristupima. Ako je pravo artefakt jednog tipa društvene aktivnosti, onda se ne može govoriti o apriornim, nužnim i esencijalnim elementima jer oni ne odgovaraju društvenoj realnosti prava. To je lakši i komforniji pristup, ali u tom pogledu manjkav. Pošto je analitički pristup formiran oko paradigme prava države i time je pretendovao na univerzalnost svog metoda, danas već (a sigurno i u vrijeme kada je postao dominantan u 19. i 20. vijeku), zbog drugih pojava oblika pravne regulacije, djeluje parohijalno. Onda treba biti iskren i jasno reći da je riječ o „konceptu prava države“ ne o pravu uopšte. No svako otvaranje i širenje koncepta stvara opasnost gubljenja ideje prava u odnosu na druge oblike društvene regulacije. O tome govori Vilijam Twining (Twining, 2009) kao o potrebi definicionog minimuma. Te opasnosti je itekako svjestan Jovanović i tvrdi da treba zadržati stepen kategorizacije i razgraničenja jer drugačije, prema mom mišljenju, nije ni moguće. Postavlja se logično pitanje: na koji način mi kategorizujemo? Odnosno, kako formiramo koncept, te kako posljedično formiramo koncept prava? U skladu sa novim pristupima u kognitivnoj psihologiji, Jovanović predlaže modifikovanje konceptualne analize i njeno prilagođavanje analizi prava kao fenomenu, izostavljanjem nužnih i esencijalnih elemenata, ali zasnivanjem na prototipu i gradacijom oko centralnog primjera.

Jovanović u svom radu izdvaja tipične karakteristike (međunarodnog) prava: (1) normativnost (Poglavlje IV, str. 78–155); (2) institucionalnost (Poglavlje V, str. 156–178); (3) garanciju prisile (Poglavlje V, str. 182–190); (4) svojstvo pravednosti (Poglavlje VI, str. 191–202) i (5) fragmentiranosti (Poglavlje VII, str. 208–218). U daljem dijelu rada, sve do kraja knjige, svaku od tih tipičnih karakteristika izlaže detaljnoj analizi i kritici, nijansirajući svaki od tih elemenata.

Kao jedan od oblika društvene djelatnosti, pravo teži da reguliše i koordiniše djelatnosti različitih društvenih aktera, te da rješava njihove međusobne sporove (normativnost); ono posjeduje institucije putem kojih se one stvaraju, te institucije koje odlučuju da li su pravila prekršena (institucionalnost); postoji oblik garancije u nekom obliku prisilnog mehanizma (garantovana prisila), te da li je pravo, uopšteno posmatrajući, pogodno za ispitivanje i procjenu koncepta pravde (svojstvo pravednosti). Te tipične karakteristike međunarodnog prava zavise od društvenog konteksta, te su okvir u kojem Jovanović ispituje da li ih i u kojem obliku međunarodno pravo posjeduje. Društvena praksa i razvoj iz okvira prava države učinili su te karakteristike *očitim*, te je potreban samo modifikovan model koji će ih apstrahovati i učiniti koherentnim. Taj model, onda,

možemo koristiti za objašnjenja i razumijevanje fenomena međunarodnog prava.

Analizirajući i ispitujući element normativnosti, Jovanović otvara dva značajna problema: za koje norme međunarodnog prava možemo reći da su validne ili koje kriterije treba da ispune kako bi se okarakterisale kao: *ius cogens* – obligacije koje djeluju *erga omnes*; običaji međunarodnog prava i, konačno, kako one prestaju biti dio međunarodnog prava. Drugo pitanje normativnosti odnosi se na tvrdnje nekih autora da pravo stvara razloge za djelovanje na način da isključuje druge normativne poretke. Jovanović kritikuje te postavke i smatra da je pravo samo jedan od normativnih poredaka, te da njegova normativnost nije ništa posebno. Odnosno, uvodi ideju o relativnoj normativnosti međunarodnog prava. To relativizovanje normativnosti kao jedne tipične karakteristike (međunarodnog) prava posljedica je napuštanja apriornih i nužnih elemenata, te uvid u društvenu realnost konkurišućih normativnih poredaka. Normativnost prava, a time i međunarodnog prava, nije nešto što samo po sebi čini nužnom njegovu obaveznost, a time ne i nešto specifično vezano samo za pravo.

Pravo i prema analitičkom pristupu, po svojim karakteristikama, uključuje postojanje institucija koje ga stvaraju, koje ga primjenjuju/rješavaju sporove i institucije koje prisilno garantuju njegovu primjenu. Kao paradigmu, gdje su države te koje su učesnici u procesu stvaranja, Jovanović analizira Ujedinjene nacije kao jednog od kreatora međunarodnopravnog poretka. Uz stvaranje ide i pitanje primjene i rješavanja međunarodnopravnih sporova. Nesumnjivo je velik porast stalnih (npr. Međunarodni sud pravde, Međunarodni krivični sud) i *ad hoc* međunarodnih sudova i stalnih i *ad hoc* međunarodnih arbitraža, kao tijela koja nužno: (1) da bi ga primijenila, prepoznaju šta je to međunarodno pravo i (2) odlučuju da li je ono prekršeno ili nije. Konačno, kako je i Kelzenova normativna teorija prava vezala pitanje pravne norme za sankciju, odnosno mogućnost prisile u slučaju njenog kršenja, nužno je i u međunarodnom pravu ispitati da li ona postoji i kako se manifestuje. Ukoliko i postoji prisila, ona se ne manifestuje kroz tipične karakteristike koje nalazimo u nacionalnom pravu. Pogrešno bi bilo i tvrditi da postoji samo jedan oblik prisile kao oblika garancije norme jer je i ona, kao i pravo, ljudski artefakt i ovisi o načinu na koji će on biti kreiran. Ako je prvi pojavni oblik bila pravna sankcija, nije nužno da ona bude i jedini. Odnosno, moguće je zamisliti druge oblike prisile specifično vezane za međunarodno pravo. Zanimljivo, Jovanović uvodi, a što se već izdvojilo kao dio društvene prakse, isključivanje kao oblik sankcionisanja kršenja međunarodnopravnih normi ili, preciznije, uskraćivanje međunarodnopravnog aktera (tj. neposlušnika ili kršitelja norme) koristi društvene kooperacije i članstva.

Konačno, fragmentacija međunarodnog prava u pogledu kreatora i izvora nužno ne mora značiti lošu odliku, već *jednostavno* odliku međunarodnog prava. U primjeni prava, pokazalo se, da međunarodni tribunali postupaju sa pretpostavkom da je međunarodno pravo koherentan normativni poredak, te da mnoštvo izvora, u stvari, omogućava različita interpretativna sredstva koja bi se mogla primijeniti prilikom rješavanja sporova. Zanimljivo, kao jedan idealni element, Jovanović uvodi i ideju da međunarodno pravo ima specifičnu karakteristiku „prilagodljivosti“ ideje pravde. Možda bi bilo preciznije određenje da međunarodno pravo služi konceptu pravde, kao jednom idealnom elementu. No taj ideal pravde, smatram, ne smije se posmatrati van mreže značenja međunarodnopravnog poretka. Okvir značenja je postavljen, samo treba odrediti sadržaj.

Jovanovićeva knjiga je sigurno prva koja se ne bavi filozofsko-pravnim ispitivanjima međunarodnog prava u savremenoj filozofiji prava. Pošto je prva, ne postoje druge s kojima bih je mogao uporediti kao cjelinu. Njegov pristup čini male, ali značajne korake. Polazi od poznatog, prilagođava ga i otvara prostor za proučavanje drugih značajnih fenomena prava. Njegov pristup nije revolucionaran, već evolutivan. On ne ruši postojeće okvire, već ih unapređuje. Neko bi rekao: ide sigurnim putem. No, pravo govoreći, nije ni potrebno. Već su zadati okviri solidna osnova, samo treba ukloniti ideje koje opterećuju metod i uvesti nove, te modifikovati postojeće. U konačnici, to nam upravo i dokazuje da je međunarodno pravo, po svojoj prirodi, upravo pravo.

LITERATURA (REFERENCES)

- Bix, Brian. 2018, May 22. A New Historical Jurisprudence? *Washington University Law Review* 95, 1035–1047. <https://ssrn.com/abstract=3183326>, last visited July 7, 2019.
- Galligan, Denis. 2/2015. Concepts the currency of social understanding of law: A review essay on the later work of William Twining. *Oxford Journal of Legal Studies* 15: 373–401.
- Tamanaha, Brian Z. 2001. *A general jurisprudence of law and society*. Oxford: Oxford University Press.
- Twining, William. 2009. *General jurisprudence. Understanding law from a global perspective*. New York: Cambridge University Press.

Dr Boris Begović*

„Kada je u pitanju razaranje, možete računati na boljševike.“

Moris Verstret, 1917. godine

Hassan Malik. 2018. *Bankers and Bolsheviks: International Finance and the Russian Revolution*. Princeton – Oxford: Princeton University Press, 296

Ovo knjiga je posvećena gotovo potpuno zaboravljenom događaju – državnom bankrotu (*sovereign default*) koji je sovjetska Rusija proglasila u februaru 1918. godine. Prema nekim indikatorima, najvećem državnom bankrotu u (finansijskoj) istoriji sveta. I jednom od retkih u kojim država dužnik ne samo da je prestala da izvršava svoje obaveze prema poveriocima nego je javno i nedvosmisleno porekla sve te svoje obaveze, to jest odrekla se svih državnih dugova koji su nastali pre stupanja na vlast onih koji su odlučili da istorija počinje od njih.

Iako je taj događaj za mnoge, uključujući poverioce, predstavljao iznenađenje, autor već u uvodu, analizirajući Lenjinovo pisanje u pre-revolucionarnom periodu, naročito nalaze njegove knjige *Imperijalizam kao najviši stadijum kapitalizma*, zaključuje da tom iznenađenju nije bilo mesta. Za Lenjina je, kako piše autor, finansijski kapital, otelotvoren pre svega u bankama, bio osnovni pokretač globalnog kapitalističkog sistema, a taj sistem, Lenjin nije skrivao, trebalo je razoriti. Revolucija će biti, zaključuje autor, „eksplicitno finansijska“ (str. 3). Stoga i ne treba da čudi sovjetski državni bankrot kojim je udarac nanet poveriocima – bankama, bar kako su to ocenjivali boljševici.

No, pre nego što pažnju posveti sâmom državnom bankrotu sovjetske Rusije, autor s pravom čitaoca vodi kroz decenije koje su tom bankrotu prethodile i kroz kratku istoriju ruskih državnih finansija. Taj istorijski pregled počinje poslednjom decenijom XIX veka, vremenom kada carska Rusija beleži visoke stope privrednog rasta, zasnovanog na ubrzanju industrijalizaciji i sveobuhvatnoj transformaciji po mnogo čemu

* Autor je redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, begovic@ius.bg.ac.rs.

još uvek feudalnog društva. To je vreme kada na mesto ministra finansija stupa Sergej Vite. Za njega se vezuje veliki investicioni zamah u carskoj Rusiji krajem XIX i početkom XX veka, naročito u izgradnji železnica, sa Transsibirskom železnicom kao simbolom te izgradnje. Percepcije mogu da budu varljive, ali je nesporno da je upravo tokom Viteovog mandata Rusija prihvatila zlatni standard (1897. godine) i učestalo se pojavljivala na strani tražnje na međunarodnom tržištu kapitala, kako bi prikupila sredstva za ubrzanu industrijalizaciju pod paskom države. Upravo su se u tom periodu ruske državne finansije potpuno integrisale u međunarodno tržište kapitala, i to tako da je Rusija postala najveći pojedinačni dužnik na tom tržištu – pred Prvi svetski rat, nijedan državni dug nije bio veći. Rusija se u pozajmljivanju kapitala okrenula pre svega Parizu i Berlinu, što je, uz tadašnje sveobuhvatno zahlađenje u odnosima Nemačke i Rusije, dovelo do toga da su francuske banke bile najaktivnije. Rotšildovi, koji su tada bili dominantan igrač u Londonu, nisu bili zainteresovani da se uključe, „zgroženi nad carističkim antisemitizmom“ (str. 51). Dž. P. Morgan i Vol strit su tada još uvek imali druge prioritete. Zbog toga je bilo neminovno da Francuzi budu najveći poverioci carske Rusije.

Upravo tako – Francuzi, a ne samo francuske banke. Reč je o sledećem: tadašnji državni zajmovi bili su zasnovani, kao i većina današnjih, na emitovanju obveznica. Pritom, francuske banke su bile samo pokrovitelji emisije ruskih državnih obveznica, iako su određeni njihov deo zadržale u svom portfelju. Veći deo obveznica kupili su, plasirajući svoju štednju, mali investitori, uključujući veliki deo francuske srednje klase, kao i određeni deo francuske radničke klase, koja je, uz seljake, krajem XIX veka već raspolagala određenom štednjom.¹

Ubrzani privredni rast Rusije nije pratila politička stabilnost, što je izazvalo, posle žestokog poraza Carevine u Rusko-japanskom ratu 1905. godine, seriju političkih i ekonomskih nestabilnosti poznatijih kao Revolucija iz 1905. godine, koju je Lenjin kasnije nazvao „generalnom probom Oktobarske revolucije“. Sve to je uzrokovalo pad nivoa privredne aktivnosti, uvećanje fiskalnog deficita, finansijsku krizu i potrebu da se uvećanim nivoom investicija obezbedi novi zamah privrednog rasta. Zbog toga su vlasti Carevine preduzele sve što je bilo u njihovoj moći da Rusiji obezbede novi međunarodni zajam. Ugovor o tom zajmu zaključen je u aprilu 1906. godine i u historiografiji se često naziva „zajmom koji je spasao Rusiju“, kako je to u Dumi proglasio Vladimir Kokovcov, tadašnji ministar finansija, koji je na tom mestu zamenio Vitea, tada već premijera. No, autor veoma pažljivo analizira ekonomske i, naročito, političke

¹ O ovome svedoči razgovor tipičnih predstavnika srednje klase iz Prustovog romana *U potrazi za izgubljenim vremenom*, koji autor navodi u uvodu svoje knjige. Likovi Prustovog romana raspravljaju o tome u koje hartije od vrednosti da investiraju i eksplisicito pominju konzole (britanske državne obveznice bez roka dospeća) i ruske državne obveznice sa stopom prinosa od četiri odsto.

posledice tog zajma i načina na koji je on realizovan. Duma je potpuno marginalizovana u celokupnom postupku sklapanja tog ugovora i znatno je uvećan državni dug Carevine, što je samo pojačalo rešenost opozicije da se suprotstavi vlastima. Na međunarodnom planu je značajno da je to prvi međunarodno sindikalizovan zajam, što znači da se Rusija oslobodila koncentracije svojih dugovanja jednoj zemlji, Francuskoj, ali je pojavljivanje ruskih državnih obveznica na drugim finansijskim tržištima, poput britanskog, uvećalo izloženost tih obveznica spekulativnim udarima. Nadalje, to pojavljivanje je bilo praćeno i negativnim publicitetom koji su stvarali protivnici tog zajma, što je umanjivalo sadašnju vrednost emitovanih obveznica, pa je time uticalo i na uslove budućeg zaduživanja Rusije na tim tržištima. Za autora „zajam koji je spasao Rusiju“ nije ništa drugo do Pirova pobjeda ruskih vlasti.

No, izvesno je da se u periodu posle tog zajma, ne neminovno, a još manje isključivo zbog njega, finansijsko i ekonomsko stanje Rusije znatno popravilo. Vratio se dinamičan privredni rast, stabilizovalo se domaće finansijsko tržište i stoga se umanjio rizik investiranja u ruske državne obveznice. Razlika u stopi prinosa, to jest u kamatnoj stopi između britanskih i ruskih državnih obveznica, smanjila se sa 340 bazičnih poena (u junu 1906. godine), na svega 140 u proleće 1914. godine. Stope privrednog rasta su se podigle visoko, što je omogućilo da se, i pored lavovskog zaduživanja u inostranstvu, umanju stopa zaduženosti (merena tadašnjim indikatorima) zemlje. Ona je 1913. godine bila svega 47% – malo iznad vrednosti tog pokazatelja za Nemačku i ispod vrednosti za Francusku.² Štaviše, londonski *The Economist*, opisujući političko stanje u Rusiji, navodi da su ljudi u Rusiji, iako žele promene, „voljni da ih traže mirnim, parlamentarnom sredstvima. Revolucija je gotova. Rusija se okrenula liberalnoj demokratiji“ (str. 88). No, ukupni nivo zaduženosti se uvećavao, a osim spoljnog, uvećavao se i već pozamašan unutrašnji, ne samo državni dug. A praktično nijedna politička protivrečnost koja je izazvala Revoluciju iz 1905. godine nije uspešno razrešena. Na sve to je došao Prvi svetski rat.

Sam ulazak u rat omogućio je ruskim vlastima da direktno pozajmljuju sredstva od vlada savezničkih zemalja i da ukidanjem konvertibilnosti papirnog novca za zlato dobiju na fleksibilnosti monetarne politike. To su bile dobre vesti, makar na kratak rok. Sve ostale su bile loše. Već sama objava rata uzrokovala je pad obima proizvodnje. Izuzev stagnacije u 1915. godini, kako je rat tekao, obim proizvodnje je sve više opadao. Razlozi su bili jasni. Rusija je počela vojnim porazima da gubi delove svoje predratne teritorije, pa time i kapacitete za proizvodnju na njima. Veliki deo radne snage bio je mobilisan, a onaj koji nije, sve je više štraj-

² Reč je o iznosu duga koji nije korigovan iznosom državnih potraživanja. Dakle, u pitanju su bruto, a ne neto vrednosti.

kovao, ne samo zbog drastičnog porasta cene osnovnih namirnica. Ni abdikacija cara Nikolaja II i uspostavljanje republike sa privremenom vladom Kerenskog na čelu nisu smirili tenzije. Naprotiv, broj i obuhvatnost štrajkova drastično su porasli: kako navodi autor, broj štrajkača se udesetostručio od marta do oktobra 1917. godine. Naravno, zasluge ili odgovornost za to, zavisi od ugla posmatranja, treba pripisati, između ostalih, i boljševicima i drastičnom uvećanju nivoa njihovih aktivnosti po povratku njihovog nespornog vođe u zemlju u aprilu 1917. godine.

No, strani investitori nisu ustuknuli. Štaviše, njihov apetit za rizik se povećao. Tome su doprinele, što eksplicitne, to implicitne garancije koje su za ruske obveznice i servisiranje obaveza na osnovu njih dale zapadne vlade, pre svega britanska i francuska. Tipičan primer moralnog hazarda. U takvom okolnostima, one banke, poput *Crédit Lyonnais*, koje su u svom portfelju držale veliki broj ruskih obveznica, bile su ubeđene da će im, ukoliko Rusija prestane da izvršava svoje obaveze, njihova država priskočiti u pomoć i izbaviti ih iz gubitaka. Nije, dakle, ponašanje banaka iz 2008. godine i velike finansijske krize ništa novo. A konkurencija na finansijskom tržištu u Rusiji postajala je sve jača i neki su već ozbiljno razmišljali o svom položaju na tom tržištu posle završetka Velikog rata. U takvim okolnostima i ne čudi to što se strani investitori nisu mnogo obazirali na mogućnost revolucije. Naprotiv, kako navodi autor, čak su smatrali da bi ta revolucija bila dobra stvar, da bi mogla da donese nove poslovne prilike. Autor zaključuje da je bezbrižnost stranih investitora u Rusiji 1917. godine bila posledica „ne propusta da anticipiraju revoluciju, već propusta da tačno predvide prirodu revolucije u koju su oni svesno ulagali“ (str. 161).

Teško da bi u raspravi mogao da opstane autorov stav da su strani investitori ulagali u revoluciju, više su ulagali bez obzira na revoluciju, ali je daleko bitnije pitanje kako i zašto nisu videli šta sledi, kakva će to biti revolucija. Boljševici to nisu krili. Lenjin je, kako navodi sâm autor, još 1916. godine napisao i objavio jasno šta misli o „buržoaskoj Francuskoj, reakcionarnoj Francuskoj, savezniku i prijatelju carizma, ‘svetskom lihvaru’... koja brani svoj plen, svoje ‘sveto pravo’ da poseduje kolonije, svoju ‘slobodu’ da eksploatiše svet uz pomoć miliona pozajmljenih slabijim i siromašnijim zemljama“ (str. 164). A u programskom pamfletu objavljenom tri nedelje pre Oktobarske revolucije, Lenjin jasno navodi da nije u pitanju samo poništavanje ratnih zajmova već proglašavanje ništavim svih državnih dugova, kako navodi, ne samo carizma nego i buržoazije.

Dakle, u tom pogledu za boljševike nije bilo dileme. Štaviše, autor argumentovano, ukazujući na zabrinjavajući porast ruskog državnog duga (vojni izdaci su u svakoj ratnoj godini finansirani sa preko 50%, a u nekim godinama i sa preko 60% međunarodnim zaduživanjem) i drastičan

pad nivoa privredne aktivnosti, tvrdi da Rusija, nezavisno od ideoloških svetonazora nove vlasti, ne bi mogla da ispunjava svoje obaveze prema poveriocima, tako da bi bankrot bio neizbežan. Drugim rečima, i neke druge vlasti bi u tim uslovima morale da proglase bankrot, i to iz razloga uobičajenog u istoriji – nemogućnosti da se servisira dug. No, boljševici su hteli da uđu u istoriju na drugi način. Već na samom početku njihove vladavine započela je rasprava o pitanju ruskog državnog duga, i to da na sastanku Sveruskog centralnog izvršnog komiteta (boljševičko zakonodavno telo) 28. novembra 1917. godine (po novom kalendaru). Na njemu je jedan od njegovih članova, Solomon Lozovski, pokrenuo pitanje bankrota tvrdeći, citirajući francuske marksiste, da će „revolucija u Francuskoj izbiti onda kada Rusija prestane da otplaćuje svoj državni dug Francuskoj“ (str. 192). Ovim postaje jasno da je boljševička odluka o bankrotu bila smeštena u kontekst svetske revolucije koja se očekivala i koju bi bankrot, navodno, samo pospešio. A takva revolucija će ukloniti „buržoaske vlasti“ tih zemalja, koje bi bile ogorčene boljševičkim proglašavanjem bankrota. Zbog toga je potrebno, ne samo da se prestane sa servisiranjem obaveza, već da se sve te obaveze jednostrano proglase ništavim – da sovjetska Rusija poriče svoj državni dug, kako je zabeleženo na sastanku Sovnarkoma (boljševička vlada) 4. januara 1918. godine (po novom kalendaru). Još je mesec dana haotičnog vremena ustoličavanja još uvek diletantske boljševičke vlasti (to je i vreme katastrofalno loše vođenih mirovnih pregovora u Brest-Litovsku sa Nemačkom) bilo potrebno da boljševičko zakonodavno telo 3. februara donese uredbu kojom sovjetska Rusija *de iure* poriče svoje državne dugove i ugovore koji su pravna osnova državne dužničke obaveze jednostrano proglašava ništavim. Dakle, sovjetska Rusija je svetu obnarodovala da ne želi da ispunjava svoje dužničke obaveze, preciznije, da smatra da one uopšte i ne postoje.

Zanimljiva je bila reakcija poverilaca. Jednostavno, odbacivali su realnost. Francuski komentator Emanuel Vidal smatrao je da će boljševici brzo da se prizovu pameti i da ponište svoju odluku jer proglašenje bankrota državu udaljuje sa svetskog finansijskog tržišta. Niko ne želi da pozajmi onom koji nije vratio ono što je trebalo da vrati, odnosno ko nije platio ono što je trebalo da plati. Stoga, smatrao je Vidal, ne postoji slučaj da je država bila sposobna da ostane u bankrotu i „boljševici će spoznati da i oni moraju da potpadaju pod taj zakon“ (str. 198). Nije sporno da je Vidal bio dobar poznavalac međunarodnih finansija kome je bilo poznato da je najveći podsticaj državi da ne proglasi bankrot to što po njegovom proglašenju gubi pristup međunarodnom tržištu kapitala i mogućnost da svoj (primarni) fiskalni deficit finansira na taj način. Međutim, on očigledno, kao i mnogi drugi 1918. godine, nije poznavao boljševike – na šta su oni bili spremni i koji su podsticaji bili relevantni za njih. Bankrot sovjetske Rusije i Sovjetskog Saveza, koji ju je nasledio, trajao je 69 godina – najduže u istoriji, kako tvrde Rajnhart i Rogof (Reinhart, Rogoff,

2009), svakako najbolji poznavaoци istorije suverenih dugova i državnih bankrota. Tek je 1987. godine Sovjetski Savez postigao sporazum sa poveriocima i dobio slobodan pristup međunarodnom tržištu kapitala.

Da li je opisani prestanak servisiranja obaveza najveći državni bankrot u istoriji? Odgovor na to pitanje zavisi od toga koji se pokazatelj veličine duga koristi. Nominalna vrednost Ruskog duga u trenutku proglašenja bankrota bila je 4.560.106.792 američka dolara. Kada se taj iznos, poređenja radi, pretvori u američke dolare iz 2012. godine, veličina tog duga samo je nešto manja od vrednosti argentinskog duga u trenutku bankrota iz 2001. godine i čini negde polovinu iznosa grčkog državnog duga u trenutku njegovog restrukturiranja iz 2012. godine. Autor, međutim, insistira na relativnom pokazatelju, a to je učešće duga u ukupnom svetskom bruto domaćem proizvodu u trenutku bankrota. Prema tom pokazatelju, dug sovjetske Rusije u trenutku bankrota bio je preko pet puta veći od grčkog i deset puta veći od argentinskog. Nije ni čudo, zaključuje autor. Grčka je periferna zemlja evrozone, Argentina periferna zemlja svetskog finansijskog sistema, a carska Rusija je bila, na dužničkoj strani, centralna zemlja tadašnje svetske finansijske arhitekture. U tom smislu, uredba Sveruskog centralnog izvršnog komiteta od 3. februara 1918. godine jeste pravni dokument kojim je proglašen najveći državni bankrot u istoriji.

Čitanje ove knjige, otkrivanje činjenica i svojevrсно oslobađanje, makar od zaborava, istine o državnom bankrotu sovjetske Rusije otvara, kao i čitanje svake dobre knjige, nova pitanja. Osim onih o karakteru boljševičke vlasti i stepenu beskrupuloznosti njenih protagonista, pitanja se mogu odnositi i na najvećeg poverioca – Francusku. Da li se gubitkom mogućnosti da naplati potraživanje od Rusije može objasniti francuska rigorozna, gotovo nemilosrdna pozicija prema Nemačkoj i ratnim reparacijama koje je zahtevala na Pariskoj mirovnoj konferenciji, koje su potom unete u Versajski mirovni ugovor? Možda je još značajnije pitanje uticaja tog bankrota na vlasnike ruskih državnih obveznica u Francuskoj, od kojih su mnogi bili mali investitori. Njegov uticaj na društvenu istoriju Francuske bio je značajan i, prema svemu sudeći, dosad slabo istražen. Ako ništa drugo, pokazalo se da je, još krajem XIX veka uspostavljen, svet savremenih, globalizovanih finansija isprepletan i međuzavisan. Toga bi trebalo da budu svesni svi oni koji, na različite načine, akademski ili krajnje praktično, razmišljaju o državnim bankrotima.

LITERATURA (REFERENCES)

Reinhart, Carmen M., Kenneth S. Rogoff. 2009. *This Time Is Different: Eight Centuries of Financial Folly*. Princeton – Oxford: Princeton University Press.

Nikola Ilić, LL.M.*

“I never dared to be radical when young
For fear it would make me conservative when old.”

Robert Frost, *Ten Mills, 'A Further Range*, 1936.

Posner, Eric, Glen Weyl. 2018. *Radical Markets: Uprooting Capitalism and Democracy for a Just Society*. Princeton: Princeton University Press, 338

An interesting and thought-provoking definition of radicalism is “The conservatism of tomorrow injected into the affairs of today” (Bierce 2002). Following the definition, the reader could expect Posner, a law professor at the University of Chicago Law School, and Weyl, an economist at Microsoft, to write a book that would provide controversial insights and new ideas that would dramatically alter, i.e. improve, markets and democracy – yet readers should be careful what they expect, because it just might come true!

To start with, it can hardly be disputed that there is “the crisis of the liberal order”, as the two authors noted in the introductory chapter. Indeed, markets are frequently hampered by market power and “often are even absent” but, qualifying perfect competition as the opium of the elites could be a long shot, even for two distinguished authors such as Posner and Weyl. At first glance, it seems that the “rosy assumptions of the classical economic theory” have plenty of thorns, and it will be interesting to see whether these assumptions will survive, or they will be improved and modified in line with the radical criticism presented in this intriguing book.

In general, the authors expose many radical ideas that all have the same underlining principle: expanding the rules of the market to solve current economic and social problems. Some of the main issues elaborated in this book are current allocation of property rights and market efficiency, imperfect voting systems, immigration, rate of unemployment, and human capital. Although all of these issues could and should be

* Lecturer, University of Belgrade Faculty of Law, nikola.ilic@ius.bg.ac.rs.

analysed separately, the authors considered the underlining principle could be relevant in every single case. Of course, the authors offered different solutions and many arguments (some more convincing than others) for every issue elaborated in the book.

The main problem with property rights, in the authors' opinion, is the monopoly power that is inherent to these rights. Namely, the main argument is that landowners (and holders of other property rights) cannot be coerced to transfer their rights and thus poses market power, due to their exclusive possession of a unique plot in the marketplace. As a final consequence, goods are not moving as quickly as they could, which causes inefficient allocation of scarce resources in society. As a solution to this problem, the authors suggesting the new wealth tax – landowners should state the value of their property and pay the tax accordingly. Additionally, if someone is ready to buy the property at the stated price, the rightsholder would be required to transfer the property rights. In that way, the cost of holding property rights would increase, and goods would move more quickly to their most valued use, thus increasing allocative efficiency.

Furthermore, “[...] because the prices of assets will decline, harming wealthy people at the margin and helping poorer people, inequality will decline.” This idea of the wealth taxes is undoubtedly radical by nature, and (at least in theory) it could achieve the expected results. However, setting aside all the potential difficulties related to the introduction of the wealth tax within the existing tax system, it seems that the authors have completely neglected the purpose of property rights. Namely, the purpose is not merely to enable the efficient allocation of scarce resources, but also to provide freedom and security to all rightsholders. If they are required to sell the property whenever someone offers the stated value, rightsholders could be easily deprived of their houses, lands, etc. It is interesting how radical ideas, even when they are liberal, can diminish fundamental human rights.

In addition, the authors did not even consider the magnitude of the market power that all property rightsholders supposedly possess. This issue could be highly relevant because some of the plots could have almost perfect substitutes in the market, which means that they do not significantly affect allocation of resources, at least not to such a degree that requires a radical approach. Similarly, the authors did not consider the existing legal institutes, such as eminent domain, which could be invoked in cases where there are truly no substitutes for certain plots, and when a parcel is not used in the most valued manner. All of these issues should be considered before suggesting radical ideas that could seriously deteriorate rightsholders' freedom and security.

The next radical idea presented in the book refers to reforms of the voting system. Namely, the authors emphasised that: “[...] one of the greatest sources of inefficiency in the economy is the way that public goods are selected.” In order to solve this problem and increase efficiency, the authors suggest the introduction of market principles to the ballot box, or the Quadratic Voting system (QV). Within that system, everyone gets the same number of credits that can be used to buy votes in elections or referendums,¹ and the price of a vote is the square of the number bought: one vote would cost one credit; two votes would cost four; three votes nine credits, etc. Additionally, a person could spend all the credits on one election, but they would not be able to participate in other elections or referendums within a given period. In that way, in the authors’ opinion, “QV gives weight both to numbers and to the intensity of interests. A large group of people with weak preferences might outvote a very small group of people with intense preferences but not a somewhat larger group of people with intense preferences”. Indeed, at first glance, it seems that this radical idea could provide a more efficient supply of public goods, yet the authors did not consider the potential political instability and related instability of the economy that could arise as a consequence of QV. Also, democracy and voting systems have many functions besides providing public goods, and thus, many other aspects should be considered before introducing QV, such as allocation of powers. Once again, it seems that radical ideas could be attractive and efficient, but their implementation could raise many concerns.

Following the same radical line of reasoning, among other issues, the authors presented two interesting ideas related to immigrants, unemployment and human capital. Their first idea is that every citizen should be able to sell a visa directly to an immigrant, provide him or her with housing and help them find low-wage work.² The second idea is, in its essence, an extension of the wealth tax to the labour market and human capital – citizens should declare the minimum wage that they would accept. This amount would be used for purposes of taxation, and if an employer offers the given salary, citizens would have to accept the offer. From an economic perspective, it is clear that the implementation of the proposed ideas would increase the flexibility of the labour market, increase productivity, and as an ultimate consequence, increase the gross domestic product of the given economy. However, from a legal standpoint, there are some insurmountable obstacles for the implementation of these

¹ The exclusive purpose of the credits is to buy votes in a given period of time. The authors did not specify what should be the amount credits nor the period within the credits are supposed to be spent.

² In the authors’ words: “The migration proposal turns passive consumers/labourers in wealthy countries into entrepreneurs who see migrants as an economic opportunity rather than labour competition”.

ideas. For instance, a visa is not related exclusively to the labour market and thus has to be issued by the given state for many reasons, including public safety and security. Additionally, coercing people to accept the job offer and the salary they once declared is contrary to fundamental human rights, and it could effectively create slavery. In contrast, if workers are free to change their declared wage at any time, then the entire idea of taxation and employment does not work (a similar argument goes for the wealth tax).

In the end, it would be interesting for the readers to try to implement all the suggested ideas at the same time, and to answer the following questions: do immigrants (and the majority of citizens) have any market power, and what would be the stated value of their property? What would be the average minimum declared wage for immigrants and citizens? Would the citizens spend their votes to accept immigrants? Finally, would the given economy prosper or collapse as a consequence of the implemented ideas?

Whatever the answers are, the majority of the readers will probably agree that all of the suggested ideas go far beyond the premises of conventional economic theory. At the same time, the authors did not provide modified (or new) assumptions, which would enable consistent interpretation and implementation of their ideas. The only thing that the two authors offered is a lot of outlandish and extreme liberal blueprints.

“‘Extremes,’ said the Controller, ‘meet. For the good reason that they were made to meet.’”³ In other words, it seems that the authors are purposely inclined to radical markets to defend conventional economic theory from flourishing protectionism and populism. If that is the case, the question remains: is it prudent to respond to extremes by suggesting new extremes? That could be an exhausting race to the bottom, where protectionists and populists are a much more experienced. With that being said, the unique quality of this book could be in the challenging and rethinking of basic ideas of conventional economic theory.

All the readers who would answer the previous question affirmatively could have slightly different conclusions and impressions after reading this book. In any event, one thing is for sure – they would enjoy it!

³ Aldous Huxley, *Brave New World*, chapter 3.

Ana Odorović, master*

Eichengreen, Barry, Arnaud Mehl, Livia Chitu. 2017. *How Global Currencies Work: Past, Present, and Future*. Princeton – Oxford: Princeton University Press, 272.

Ekonomska analiza mreža (*network economics*) predstavlja sve važniju granu ekonomske nauke koja nudi konzistentno objašnjenje zbog čega najveća preduzeća današnjice imaju tendenciju da postanu sve veća i zašto potrošače odlikuje tendencija da održe *status quo* kada su u pitanju prvobitni izbori. Pojam „prednost prvog koji uđe“ (*first mover advantage*) dobija sasvim novo značenje u kontekstu snažnog konkurentskog pritiska inherentnog tehnološkim preduzećima koja u trci za inovacije upravo vide priliku da privlačenjem prvih korisnika stvore dodatnu vrednost za sve buduće korisnike. Ekonomija mreža, međutim, ima važne implikacije i za neka sasvim drugačija pitanja i vremenski kontekst, kako to nastoje da pokažu ekonomski istoričari Ejhengrin, Mel i Čitu u svojoj poslednjoj knjizi.

Istorija svetskih valuta, monetarna dominacija Velike Britanije, a zatim Sjedinjenih Američkih Država, fenomeni su koje je takođe moguće analizirati u svetlu mrežnih efekata i ograničenja koja proizilaze iz „otvorenih sistema“, koji su prvi put opisani u kontekstu tehnoloških standarda. Prema mišljenju autora, da bi se dao odgovor na pitanje da li valuta određene zemlje može da nastavi da dominira međunarodnim finansijama i onda kada je privreda te zemlje izgubila primat u svetskim razmerama, primereno je poređenje svetskih valuta i savremenih kompjuterskih operativnih sistema. Oslanjajući se na zanimljivu kombinaciju istorijskog narativa i ekonometrijskih istraživanja, autori nastoje da pokažu da dominacija samo jedne valute nije datost u istorijskim okvirima, kako se to često pretpostavlja. Naprotiv, postojali su periodi kada su dve ili više valuta snažno konkurisale jedna drugoj u svojim različitim ulogama: kao devizne rezerve, sredstvo plaćanja u međunarodnim transakcijama i valute u kojima su nominovane hartije od vrednosti. Važnost tog pitanja leži

* Autorka je asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, ana.odorovic@ius.bg.ac.rs.

u predviđanju kakvi su izgledi da u dogledno vreme neka nova valuta, u prvom redu kineski renminbi, preuzme dominaciju u međunarodnim finansijama i kakve bi bile posledice takve tranzicije.

Izvorna ideja autora je da sučele dva gledišta na prirodu veze između privrednog vođstva jedne zemlje i dominacije njene valute u međunarodnim finansijama. Starije, tradicionalno gledište, koje autori nastoje da opovrgnu u nastavku knjige, jeste da privredna i monetarna prevlast uvek idu zajedno, iako pozicija dominante valute može da se održi i neko vreme nakon što je ta zemlja izgubila položaj vodeće privredne sile. Ekonomski modeli koji potkrepljuju to viđenje zasnivaju se na mrežnim efektima koje uživa valuta one zemlje koja je u datom istorijskom trenutku imala razvijenije trgovinske odnose u odnosu na konkurente. Mrežni efekti podrazumevaju da je u međunarodnim transakcijama isplativije koristiti onu valutu koju svi drugi već koriste. Za izvoznike, kao i za izdavaoce dužničkih instrumenata, nominacija u dominantnoj valuti znači jednostavnije upoređivanje cena i prinosa za potencijalne kupce; za strane investitore koji odlučuju o mestu plasiranja svoje štednje finansijska tržišta zemlje sa dominantnom valutom nude veću likvidnost; a slično rezonuju i centralne banke prilikom formiranja deviznih rezervi. U krajnjoj liniji, tradicionalna teorija predviđa da mrežni efekti dovode do efekta „zaključavanja“. Reč je o tome da čak i valuta zemlje koja je izgubila položaj vodeće privrede ostaje još neko vreme najvažnija valuta u međunarodnim finansijama, osim ukoliko se ne dogodi svojevrstan šok ili koordinacija tržišnih učesnika u pogledu prelaska na novu valutu. Prema tradicionalnom gledištu, u međunarodnim finansijama nema mesta za dve ili više valuta koje služe kao sredstvo međunarodne razmene, mera i čuvar vrednosti.

Nasuprot tome, novo gledište, koje autori kasnije potkrepljuju istorijskim i ekonometrijskim nalazima, dozvoljava koegzistenciju dve ili više valuta koja ublažava inerciju i otpornost vodeće valute. Teorijsko objašnjenje, nevešto izloženo u tek nekoliko pasusa, leži u smanjivanju troškova promene dominantne valute. Devizna tržišta su, prema mišljenju autora, vremenom razvila „tehnologiju“ koja omogućava da se inkompatibilnosti između sistema zasnovanih na različitim valutama ublaže. Na sličan način kao što su programi koji su se koristili isključivo na Mek (eng. *Mac*) i Pi-si (eng. *PC*) računarima vremenom upodobili upotrebi u oba sistema, tako i savremena devizna tržišta omogućavaju niže troškove razmene informacija, transakcija i koordinacije učesnika na tržištu. Stoga autori smatraju da je danas neodrživ argument pobornika tradicionalnog gledišta da prednosti dominantne valute, koje se ogledaju u likvidnosti i niskim transakcionim troškovima, predstavljaju nepremostivu barijeru ulasku novih valuta.

U svojoj argumentaciji, autori polaze od porekla deviznih rezervi koje su nastale na osnovu upotrebe menica u međunarodnoj trgovini.

Trgovac koji je želeo nešto da plati u stranoj zemlji obratio bi se banci u svojoj zemlji sa zahtevom da mu izda menicu koju će kasnije podneti stranoj banci, a koja mu zauzvrat stavlja na raspolaganje odgovarajući iznos strane valute. To je podrazumevalo da banka izdavalac menice poseduje depozit u stranoj banci ili da uživa reputaciju da je kreditno sposobna, što je u uslovima asimetrije informacija dovelo do koncentracije finansijske moći u malom broju finansijskih centara. Vremenom se praksa komercijalnih banaka da drže stranu valutu proširila na vlade, odnosno države kojima su strane valute omogućavale da servisiraju svoj dug. Slično, centralne banke su svoje rezerve uz zlato držale u stranoj valuti ili finansijskim instrumentima nominovanim u stranoj valuti lako zamenljivoj za zlato. Krajem XIX i početkom XX veka ta valuta bila je funta sterlinga. Dominaciju funte sterlinga je, prema mišljenju autora, moguće objasniti određenim svojstvima te valute koja su jednako važna za razumevanje uloge dolara danas: funta sterlinga je uživala ugled stabilne valute – zamenljive za zlato po fiksnoj ceni; tržište hartija od vrednosti nominovanih u funtama bilo je likvidno zahvaljujući razgranatim trgovačkim vezama Velike Britanije toga vremena i Banka Engleske, britanska centralna banka, služila je kao dodatni izvor likvidnosti zahvaljujući praksi da slabo likvidne instrumente otkupljuje uz diskont. Ipak, kako naglašavaju autori, funta nije jedina valuta toga vremena koja je uživala ulogu međunarodne valute. Naprotiv, francuski franak i nemačka marka su joj u tome snažno konkurisale, iako su njihovi udeli bili nešto manji.

U narednim poglavljima autori nastoje da pokažu da u periodu između dva svetska rata, koji se, prema tradicionalnom shvatanju, isključivo vezuju za dominaciju funte sterlinga, američki dolar snažno ojačao i čak u nekim ulogama međunarodne valute uzeo primat nad funtom. Iako su SAD prestige Veliku Britaniju u veličini privrede i pre Prvog svetskog rata, jačanje dolara je u tom periodu, prema mišljenju autora, bilo ograničeno pravnim preprekama – zabranom američkim bankama da izdaju međunarodne menice i otvaraju filijale u inostranstvu, kao i nepostojanjem centralne banke koja bi potpomogla razvoj sekundarnog tržišta za finansijske instrumente nominovane u dolarima. Kada su te prepreke otklonjene i kada su osnovane Federalne rezerve, centralna banka SAD, dolar je pretekao funtu u pogledu deviznih rezervi stranih centralnih banaka već sredinom dvadesetih godina prošlog veka, uz značajna kolebanja tridesetih godina. Slično, dvadesete godine je obeležila uporedna upotreba funte i dolara u nominaciji međunarodnih menica koje su imale ključnu ulogu u obezbeđivanju trgovinskih kredita. Konačno, unipolarni sistem je napušten i u pogledu nominacije obveznica u istom periodu, ako se izuzmu zemlje Komonvelta (eng. *Commonwealth*).

U periodu nakon Drugog svetskog rata, odnosi dveju valuta su postali značajno složeniji, uz ponovno vođstvo funte u delu deviznih rezervi centralnih banaka neposredno posle rata. Već pedesetih godina se

njihovi udeli izjednačavaju, da bi se u narednom periodu dogodila snažna ekspanzija dolara na račun funte. U centralnom i najvažnijem delu knjige, autori izlažu svoje empirijsko istraživanje o faktorima koji određuju udeo valuta u deviznim rezervama stranih centralnih banaka. Koristeći novu bazu podataka sa dugim vremenskim serijama (od Drugog svetskog rata do 2010. godine), oni nastoje da kvantifikuju dva efekta koja čine osnov starog (tradicionalnog) gledišta na dominaciju međunarodnih valuta – mrežni efekat i efekat inercije¹, i efekat kredibiliteta valute iskazanog kroz indikator kolebljivosti vrednosti valute u posmatranom periodu. Rezultati pokazuju da sve tri objašnjavajuće promenljive imaju statistički značajan uticaj na udeo valute u deviznim rezervama, s tim što je njihovo relativno dejstvo bilo različito pre i posle urušavanja bretonvudskog sistema (eng. *Breton Woods*)². Nakon 1973. godine, inercija i kredibilitet valute dobile su veću eksplanatornu moć, za razliku od mrežnog efekta koji slabi, što autori objašnjavaju nižim troškovima koordinacije tržišnih učesnika u vezi sa promenom dominantne valute. Čini se iznenađujuće to što se dva povezana efekta – efekat inercije i mrežni efekat, ponašaju drugačije u posmatranom periodu – jedan jača, a drugi slabi primat do tada dominantne valute.

Na kraju, autori u tri studije slučajeva nastoje da pokažu kakva je perspektiva japanskog jena, kineskog renminbija ili evra da konkurišu dolaru i postanu nova dominantna valuta u budućnosti. Kada je u pitanju japanski jen, autori vešto ilustruju da je taj „brod već otplovio“, budući da je jen iskusio periode snažne ekspanzije i povlačenja, što autori pripisuju kasnoj liberalizaciji finansijskih tržišta. Kolebljivost ekonomske politike Japana u internacionalizaciji jena dovela je do toga da ona ostane bez rezultata u svetlu velike krize koja je nastupila neposredno nakon prvih koraka ka liberalizaciji. Nasuprot tome, evro se ustalio kao druga najvažnija međunarodna valuta, sa udelom u deviznim rezervama odmah iza dolara. Pri razmatranju evra kao potencijalno dominantne valute u budućnosti, autori daleko više pažnje posvećuju normativnom pitanju šta bi veća internacionalizacija donela evrozoni u odnosu na pozitivno pitanje koji to

¹ U osnovi, efekat inercije, kojim treba da se objasni zašto valuta određene zemlje nastavlja da dominira i kada dođe do promena u relativnoj veličini privreda dve zemlje sa konkurentnim valutama, u sebi obuhvata i mrežni efekat. Razlozi za inerciju u držanju valute, osim mrežnog efekta, jesu, na primer, visoki troškovi pribavljanja nove valute u odgovarajućem obimu ili efekat navika (2017, 122).

² Bretonvudski sistem je dogovor između 44 zemlje kojim je 1944. godine uspostavljen novi monetarni sistem. Njime je utvrđen paritet dolara u odnosu na zlato, a svaka država je trebalo da utvrdi fiksni devizni kurs svoje valute u odnosu na dolar. Bretonvudski sporazum je urušen nakon što je predsednik SAD Ričard Nikson proglasio privremenu suspenziju zamene dolara za zlato 1971. godine, kao rezultat rasta pritiska na paritet dolara u odnosu na zlato. Nakon neuspešnog pokušaja da se ponovno uspostavi sistem fiksnih deviznih kurseva, vodeće svetske valute su, 1973. godine, počele slobodno da fluktuiraju jedna u odnosu na drugu (sistem fleksibilnih deviznih kurseva).

institucionalni faktori sprečavaju da evro to *de facto* postane. Konačno, kineski slučaj je jedinstven po tome što renminbi već predstavlja drugu najvažniju valutu u međunarodnoj trgovini, što je povezano sa snažnim trgovinskim vezama Kine kao najvećeg izvoznika na svetu. U ostalim ulogama međunarodne valute, udeo renminbija je zanemarljiv imajući u vidu veličinu kineske privrede. Razmatrajući najskorije institucionalne promene u pravcu veće internacionalizacije kineske valute, autori zaključuju da je ključna prepreka u obezbeđivanju dominacije renminbija u budućnosti nedemokratski karakter političkog sistema koji podriva poverenje investitora.

Prvi utisak o knjizi je njena čitljivost, sistematičnost izlaganja i koherentnost argumentacije o relativizaciji mrežnih efekata koji dovode do toga da jedna valuta bude dominantna u različitim sferama međunarodnih finansija. Njen doprinos je, kako i sami autori navode, u novoj bazi podataka koju su brižljivo prikupili iz arhiva centralnih banaka i drugih institucija, u kojima su pronađeni mnogi neobjavljeni izvori.

Ipak, teorijsko obrazloženje empirijskih nalaza zaslužilo je daleko više pažnje. Čitalac će ostati uskraćen za odgovor koje to tehnologije savremenih deviznih tržišta omogućavaju koordinaciju tržišnih učesnika, što je preduslov za promenu dominantne valute prema tradicionalnom shvatanju. Činjenica da oni sada lakše međusobno komuniciraju ne umanjuje osnovni izvor transakcionih troškova koordinacije, a to su veliki broj i heterogenost tržišnih učesnika. Osim toga, autori uopšte ne razmatraju neke druge važne nalaze ekonomije mreža, koji se čine ko podobnijim objašnjenjem istovremenog korišćenja dve ili više valuta, poput onog o diferencijaciji sistema (platformi) sa mrežnim efektima. U kontekstu međunarodnih valuta, diferencijacija bi značila da različite valute nose sa sobom različit rizik, koji je moguće izraziti kao premiju na rizik. Pojedine centralne banke, investitori i uvoznici spremni su da prihvate valutu čija je vrednost kolebljivija i manje likvidnu valutu ili finansijski instrument ukoliko su na odgovarajući način kompenzovani za rizik kojem se izlažu, na isti način kao i kada je reč o kreditnom i drugim rizicima. Stoga bi alternativno teorijsko objašnjenje empirijskih nalaza u ovoj knjizi bile različite preferencije tržišnih učesnika u pogledu odnosa prinosa i rizika koje umanjuju značaj mrežnih efekata.

Na empirijskom planu knjizi se može zameriti to što se analiza perioda posle Drugog svetskog rata ograničava na poređenje deviznih rezervi u funtama i dolarima, dok se druge uloge međunarodne valute – nominacija finansijskih instrumenata i međunarodna trgovina uopšte ne razmatraju, iako su prethodno sistematično analizirane u periodu pre Drugog svetskog rata. Autori, čini se takođe neopravdano, zanemaruju pitanje nastanka i urušavanja sistema Breton Vuds, koji je institucionalizovao dominaciju dolara u periodu nakon Drugog svetskog rata. Empirijski nalaz autora da efekat urušavanja sistema Breton Vuds na atraktivnost

dolara kao rezervne valute „nije toliko snažan kao što se uobičajeno pretpostavlja“ (2017, 128) izložen je bez detaljnijeg obrazloženja, pa je samim tim teško oceniti njegov domašaj. U vezi sa napuštanjem sistema Breton Vudsa, takođe je kontraintuitivan nalaz da efekat inercije jača, a mrežni efekat slabi posle uvođenja fleksibilnih deviznih kurseva, budući da je reč o povezanim efektima (ako ih je uopšte i moguće teorijski razdvojiti).

Za razmatranje dominantne valute u budućnosti, autorima je moguće uputiti nekoliko kritika. Sa stanovišta centralne banke izdavaoca, internacionalizacija valute nije uvek poželjna, što jasno pokazuje istorija nemačke marke i japanskog jena. Imajući u vidu taktičnost sa kojom kineska vlada pristupa internacionalizaciji renminbija, nije izvesno da će, nezavisno od tržišnih preduslova koje autori razmatraju, kineska vlada usvojiti mere koje su neophodne da se preokrene višedecenijska dominacija dolara. S tim u vezi, poređenje koristi i rizika koje internacionalizacija valute sobom nosi u knjizi je izloženo kratko i nepregledno, bez neophodne kontekstualizacije za svaku studiju slučajeva. Takođe, u knjizi nije obrađeno zanimljivo pitanje da li različite uloge koje jedna valuta može da ima u međunarodnim finansijama, a koje neretko, ali ne i uvek, idu zajedno, sobom nose različite posledice za zemlju izdavaoca. To je posebno relevantno u kineskom primeru koji jasno pokazuje da dominacija valute može da bude ograničena na samo jednu ulogu, poput međunarodne trgovine.

Kvalitet analize u studijama slučajeva dodatno je degradirao opšti utisak o knjizi. Umesto razmatranja da li evro ili renminbi imaju potencijal da postanu dominantne valute u budućnosti, čini se da je pravo pitanje zašto one to već nisu postale s obzirom na veličinu i stope rasta evropske i posebno kineske privrede u prethodnim decenijama. Makar metodološki, davanje odgovora na to pitanje moglo bi da ima daleko manje elemenata spekulacije u poređenju sa analizom u poslednjim poglavljima knjige. A ako se za trenutak zaustavimo na predviđanju budućnosti, a spekulacija nam nije strana, onda se sasvim izvesno nameće pitanje uloge kripto (digitalnih) valuta u međunarodnim razmerama i rastućeg optimizma tržišta koje, kako se čini, nema uporište u onim osobinama koje su centralne banke, trgovci i investitori tražili u valutama kojima su poklanjali poverenje u različitim istorijskih epohama. Stoga, ova knjiga ima važne implikacije za fenomen koji u poslovnim, naučnim i regulatornim krugovima polako prelazi iz sfere alternativnog u „mejnstrim“, iako o njemu u knjizi nije bilo reči.

Ovo nije velika knjiga, ali njen empirijski deo sigurno zavređuje nekoliko važnih publikacija u časopisima monetarne ekonomije. Razočaranje čitaoca bi verovatno izostalo da su se autori zaustavili na tome. Osim toga, knjiga je zanimljiva utoliko što podseća na moć generalizacije pojedinih ekonomskih ideja, njihovu transcendentnost kroz vreme i različite discipline.

Dr Milena Polojac*

HANS ANKUM
(1930–2019)

U Amsterdamu je 3. juna u 89. godini preminuo profesor emeritus Hans Ankum (*Johan Albert Hans Ankum*), doktor *honoris causa* Univerziteta u Beogradu i jedan od najvećih poznavalaca rimskog prava današnjice. Krasili su ga izuzetna radna i životna energija, oštroumnost, veliki govornički dar, entuzijazam i misionarska posvećenost pravnoj istoriji, posebno očuvanju i širenju uticaja rimskog prava. Druželjubiv, pristupačan i velikodušan, imao je ogroman broj profesionalnih i prijateljskih kontakata širom sveta. Sve to nije dovoljno da opišemo jedinstvenu ličnost tog holandskog korifeja pravne romanistike.

Iako je najstariji holandski univerzitet u Lajdenu bio važan za njegovo usavršavanje i početke akademske karijere (tu je bio tri godine profesor), ipak je njegov profesionalni život u rodnoj Holandiji u najvećoj meri povezan sa Univerzitetom u Amsterdamu (*Universiteit van Amsterdam*) i Pravnim fakultetom (*Faculteit der Rechtsgeleerdheid*). Tu je studirao i diplomirao (1948–1953), a zatim doktorirao 1962. godine, odbranivši tezu o istoriji paulijanske tužbe (*De geschiedenis der „actio Pauliana“*, s rezimeom na francuskom jeziku). Na tom univerzitetu je radio punih trideset godina (1965–1995) kao profesor rimskog prava, pravne istorije i pravne papirologije, sve dok nije otišao u penziju kao profesor *emeritus*. Bio je šef Katedre, dekan u dva mandata (1976–1978, 1990–1992) i prorektor Univerziteta u Amsterdamu (1979, 1984. i 1985). Kada je došao na fakultet 1965. godine, odmah je osnovao klub ljubitelja antičke istorije i prava *Forum Romanum*, organizovao je ekskurzije i brojne seminare, ugostio je mnoge strane profesore i naučnike. Bio je mentor u izradi doktorskih teza danas uglednim holandskim romanistima i pravnicima (*Hartkamp, Jan Willem Tellegen, Olga Tellegen Couperus,*

* Autorka je redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, polojac@ius.bg.ac.rs.

Laurens Winkel, Boudewijn Sirks, Eric Pool, Noordraven etc.). Dok je bio aktivan profesor, neprekidno se borio, ali i izborio za status rimskog prava i pravne istorije u kurikulumu pravnih studija. Od 1986. godine član je Holandske kraljevske akademije nauka. Kraljica Holandije ga je odlikovala ordenom Viteza reda Holandskih lavova 1992. godine.

Njegova karijera, međutim, daleko je prevazilazila okvire Holandije. On je u pravom smislu te reči bio čovek za koga nisu postojale granice. Odličan poznavalac stranih jezika (tačno je govorio francuski jezik, posebno nakon specijalizacije u Parizu, koja ga je trajno vezala za francuski jezik i kulturu, ali i nemački, engleski, italijanski i španski), Hans Ankum je, počevši od 1965. godine, nezaustavljivo putovao po svetu. Bio je gostujući profesor na brojnim univerzitetima u Evropi, Južnoj Africi, Sjedinjenim Američkim Državama, Južnoj Americi i u Japanu.

Neumoran je bio i kao aktivan učesnik brojnih konferencija i seminara, koje je sam organizovao ili ih je posećivao i od kojih nije odustajao ni onda kada su mu to zdravlje i godine jedva dopuštali. Njegova koncentracija i budnost za vreme izlaganja, čak i kada se činilo da spava, pa zatim njegova pitanja i živa, podsticajna diskusija, bez želje i namere da se nametne kao autoritet, sve to je odlikovalo atmosferu konferencija i seminara kojima je Hans Ankum davao jedinstven i neponovljiv ton.

SIHDA (Société Fernand de Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité), međunarodno društvo za istoriju antičkih prava, osnovano u Briselu inicijativom velikog belgijskog romaniste Fernana de Višera, zauzimala je posebno mesto na listi njegovih prioriteta i u njegovom srcu. Bio je neformalni koordinator i *spiritus movens* tog najdemokratičnijeg skupa romanista i pravnih istoričara, koje je s pravom sam nazivao *societas amicorum*. Nije propuštao nijedno zasedanje, sve do onog održanog u Krakovu, u jesen 2018. godine. Često je isticao da mu je rimsko pravo omogućilo da stekne prijatelje širom sveta, ljude koje nikada ne bi sreo da nije bilo rimskog prava.

Njegova naučna kompetencija i ugled te izuzetna međunarodna aktivnost kvalifikovali su ga da bude član redakcija brojnih romanističkih i pravnoistorijskih časopisa (*IVRA, RIDA, Orbis Iuris Romani, Seminarios Complutenses*). Bio je u naučnom rukovodstvu romanističkih društava, *Centro romanistico Copanello, Academia Constantiniana, Consortium Gerard Boulvert*. Ovo poslednje dodeljuje prestižnu nagradu mladim naučnicima za najbolju prvu monografiju iz oblasti rimskog prava. Redovno učestvujući u žiriju za dodelu te prestižne nagrade, on je uvek bio upućen u rad mladih romanista kojima je bio posebno naklonjen, pomagao im i podsticao ih s velikim entuzijazmom.

Osvrnuti se na opus Hansa Ankuma, sumarno u ovoj prilici, veoma je teško. Širok spektar njegovog naučnog istraživanja, broj radova i njihov kvalitet zaslužuju posebnu analizu i prikaz. Doktorska disertacija

o istoriji paulijanske tužbe nesvakidašnjeg je obima i dubine i obuhvata celokupnu istoriju u okviru antičkog rimskog prava, a zatim recepciju, počevši od srednjeg veka sve do modernog prava. U kasnijoj fazi dominiraju članci objavljeni na holandskom, francuskom, engleskom, nemačkom, italijanskom i španskom jeziku, u prestižnim časopisima (*IURA, RIDA, Index, Labeo, Zeitschrift der Savigny Stiftung, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, Revue historique de droit français et étranger, Fundamina etc.*) i brojnim drugim publikacijama sa kongresa ili zbornicima u čast kolega romanista i pravnih istoričara. Uz prikaze knjiga, nekrologe i druge tekstove, ukupan opus svakako prelazi broj od 350 bibliografskih jedinica. Moglo bi se reći načelno da je većina njegovih članaka posvećena privatnom rimskom pravu iz klasičnog perioda. Njegov pristup je zasnovan na izvorima, često na pojedinačnim fragmentima iz Justinijanove kodifikacije, pre svega iz Digesta, koje on tumači jasnim jezikom i na sistematičan način, pokazujući sav svoj talenat i kreativnost, virtuoznost u egzegezi tekstova klasičnih rimskih pravnika. Često institute rimskog privatnog prava, naročito imovinskog, dovodi u vezu s modernim pravnim sistemima.

Svoj odnos prema rimskom pravu Hans Ankum je u jednom svom obraćanju objasnio na sledeći način:

*During nearly sixty years I worked mainly in the field of antique Roman law, which we call often „droit romain romain“ to distinguish it from medieval Roman law... I studied Roman law from the XII Tables to Justinian`s legislation as a student, as a promovendus, as an assistant, as a lecturer, as a professor during 32 years and as an emeritus. One could wonder whether there came never a moment of „dèjà vu“ or of diminishing interest in the sources of Roman law. I have now still eight minutes to explain you why I had, apart from the hours dedicated to the translation of long postclassical imperial constitutions for the Dutch translation of the Corpus Iuris Civilis, in sixty years never a boring moment, when I was busy with Roman law. The main reasons are the astonishing richness of thoughts and solutions formulated in the works of the classical Roman lawyers of the first three centuries A.D.–preserved to us mainly in and partly outside of the Digest – and the impressing high level of their reasoning. (Ankum, Hans. 2008. Address pronounced in Charles University Prague on 7th April 2008 after having received the degree of doctor honoris causa in legal sciences. *Orbis Iuris Romani* 12: 117–120).*

Povodom 65. rođendana profesora Hansa Ankuma i njegovog odlaska u penziju, kolege i prijatelji, eminentni romanisti i pravni istoričari posvetili su mu dvotomnu zbirku članaka – Robert Feenstra, Arthur S. Hartkamp, J. E. Spruit, P. J. Sijpesteijn, L. C. Winkel (eds.). 1995. *Collatio iuris romani, études dédiées à Hans Ankum à l`occasion de son 65e anniversaire*, I–II.

Amsterdam: J.C. Gieben. U njoj je objavljena bibliografija njegovih radova koja je do 1994. godine, to jest do njegovog odlaska u penziju, brojala 234 bibliografske jedinice.

U Napulju je 2007. godine, u izdavačkoj kući *Jovene editore*, objavljena antologijska zbirka od 25 izabranih članaka Hansa Ankuma pod nazivom *Extravagantes, Scritti sparsi sul diritto romano*, u ediciji *Antiqua*, u kojoj su objavljena ukupno 93 dela najuglednijih romanista i pravnih historičara. U toj zbirci se nalazi i nastavak bibliografije – spisak radova koje je on objavio počevši od 1995. godine pa do izlaska publikacije. Po prirodi stvari, ovde je objavljen samo mali deo radova iz njegove nepresušne radionice. Izabrani su neki od najpoznatijih članaka, kao što su oni o prirodi Justinijanove kodifikacije¹, o čuvenom rimskom pravniku Papinijanu², o pravnom položaju maloletnika³, problemu evikcije⁴, pravnoj prirodi akvilijanske tužbe⁵, tabelionima kao preteči današnjih notara,⁶ značenju izraza *favor libertatis* u delima klasičnih rimskih pravnika⁷ ili o recepciji rimskog prava u novom holandskom Građanskom zakoniku.⁸

Kao laureat nagrade *Ursicino Álvarez*, Hans Ankum je dobio u Španiji i drugu antologijsku zbirku svojih radova. Zbirka od 15 njegovih članaka objavljena je u Madridu 2014. godine pod nazivom *Nueva antología romanística* u ediciji *Solección Premios Ursicino Álvarez* poznatog španskog izdavača (*Marcial Pons*). Antologija sadrži i bibliografiju radova koja sada broji 327 bibliografskih jedinica, odnosno radova objavljenih u periodu od 1952. do 2013. godine.

Njegov naučni doprinos, ugled i uticaj koje je imao u međunarodnoj akademskoj zajednici rezultirali su sticanjem doktorata *honoris causa* na sedam univerziteta i to na: *Aix-Marseille* u Francuskoj (1985), *Vrije Universiteit Bruxelles* u Belgiji (1986), *Bochum, Ruhr Universität* u Nemačkoj (1995), Univerzitetu u Beogradu (2005), Karlovom univerzitetu u Pragu (2008), *Univesidad de Murcia* u Španiji (2015) i *UNWE Sofia* u Bugarskoj (2015).

¹ La „codification“ de Justinien était-elle une véritable codification?; Was Justinian's Corpus Iuris Civilis a Codification?

² Pap. D.21.2.65: the legal Position of two Heirs who sold a thing mortgaged by the Deceased; La laconisme extreme de Papinien.

³ *Le minor captus* et le *minor circumscriptus* en droit romain classique; Gab es im klassischen römischen Recht eine exception und eine replication *legis Laetoriae*.

⁴ Alcuni problemi concernenti la responsabilità per evizione del venditore nel diritto romano classico; Problemi concernenti l'evizione del compratore nel diritto romano classico; Eviction of servitudes in Roman law; La responsabilité du vendeur pour eviction dans le cas de sous-aliénation on droit romain classique.

⁵ El character jurídico de la action *legis Aquiliae* en el derecho romano classico.

⁶ Les tabellions romains, ancêtres directs des notaires modernes.

⁷ L'expression *favor libertatis* dans les travaux des jurists classiques romains.

⁸ Römisches Recht im neuen niederländischen Bürgerlichen Gezezbuch.

Hans Ankum je gajio kolegijalne odnose i prijateljstva sa mnogim kolegama sa našeg fakulteta, ali i iz Novog Sada, Niša, Kragujevca, a i sa drugih univerziteta tadašnje zajedničke zemlje Jugoslavije, iz Podgorice, Splita, Banjaluke, Skoplja.

Njegova veza s Pravnim fakultetom Univerziteta u Beogradu veoma je duga i bogata. Profesor Hans Ankum je to sumirao u svom kratkom obraćanju prilikom dodele doktorata *honoris causa* na svečanosti održanoj 21. oktobra 2005. godine u Rektoratu Univerziteta u Beogradu:

*My contacts with colleagues in Belgrade started with Dragomir Stojčević who, after having read a paper for the Amsterdam Roman Law Group called „Forum Romanum“, founded a „Forum Romanum“ in this town that will celebrate tomorrow its seventh lustrum. There were early contacts – and there still are contacts – with Madame Jelena Danilović who read in the nineteen sixties at the congresses of the „Société d’Histoire du Droit“ vivid papers on the old private law of Dubrovnik and who came several times for lectures of Roman law to the Netherlands. With my friend Obrad Stanojević my contacts started thirty years ago; the first point of common interest was the Roman lawyer Gaius on whom he wrote an interesting book defending Gaius` excellent qualities as a lawyer, the French version of this book appeared in the Netherlands. The mixed friendly and scientific connections continued with younger colleagues as Sima Avramović, one of the rare specialists on old Greek law, Miroslav Milošević, a learned Romanist whom you can only meet in Belgrade, Milena Polojac, who wrote her thesis on the actio de pauperie partly in Amsterdam and Žika Bujuklić, for whom I followed during many years everything that was published on Roman republican legislation.“ (Ankum, Hans. 2005. Connections in Roman Law between Amsterdam and Beograd. *Orbis iuris romani* 10: 263–264).*

Zalaganjem Hansa Ankuma monografija o Gaju našeg profesora Obrada Stanojevića objavljena je u Amsterdamu 1989. godine na francuskom jeziku (Stanojević, Obrad. 1989. *Gaius noster: plaidoyer pour Gaius*. Amsterdam: J. C. Gieben u okviru edicije *Studia amstelodamensia ad epigraphicam ius antiquum e papyrologiam pertinentia*). Obrad Stanojević je kasnije, u svom članku posvećenom Hansu Ankumu (Stanojević, Obrad. 1997. *Gaius and Pomponius. Notes on David Pugsley*, *RIDA XLIV*: 333–356) napisao:

For our Hans I have always felt an admiration and, by time, friendship and gratitude. Admiration for his energy, his ability to answer promptly all correspondence by handwriting (not always legible, though). For his skills to teach young Romanists how to survive within the Ocean of the literature and how to use the Digest. Friendship and gratitude for his extrovert and kind nature

and for his readiness to help. He has not only offered me to publish my book on Gaius, but he has personally corrected my French (minus quam perfect) and has asked another noble character of our Society, Jacques Michel to give me a hand in that respect. His club Forum Romanum was shown nice results in the last 30 years of existence. Hans has visited our club in many occasions and has spoken about Hugo Grotius, commodatum, praetorian ownership and other topics. This paper... I am dedicating to Hans ANKUM, to HANS NOSTER.

Kada je naša zemlja 1993. godine bila pod međunarodnim sankcijama, Hans Ankum, tada glavni organizator međunarodnog kongresa *SIHDA* u Amsterdamu, omogućio je vize i obezbedio sve troškove za naše profesore, nastavnike i saradnike.

Stotine, pa i hiljade fotokopiranih stranica literature slao je svima kojima je to bilo potrebno. On je to radio sam za fotokopirnom mašinom, a koverta koje je adresirao svojim prepoznatljivim rukopisom stizale su na sve strane sveta, svima onima kojima su bile potrebne i gde se osećao nedostatak literature. Uklanjao je sve prepreke da bi došao do konačnog cilja. Ako nije mogao na drugi način da dođe do literature, sam je kupovao knjige i slao ih na poklon.

Neka od svojih najuspešnijih predavanja, koja je pretočio u članke, objavio je kod nas, u tadašnjoj državi Srbiji i Crnoj Gori i to: Ankum, Hans. 2001. Was Justinian's Corpus iuris civilis a codification? *Zbornik Pravnog fakulteta u Podgorici* 32: 9–22; Ankum, Hans. 1/2006. Rescripts of Roman emperors promulgated until the end of the reign of Diocletian in 305 A.D. *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu (Collected Papers Novi Sad Faculty of Law, Serbia and Montenegro)* 40: 9–18; Ankum, Hans. 2007. *Extravagantes, Scritti sparsi sul diritto romano*. Napoli: Jovene editore.

Svega toga, kao i mnogih drugih detalja, sa zahvalnošću su se pri-sećali Sima Avramović, Žika Bujuklić i Milena Polojac prigodom komemoracije koju je organizovala Katedra za pravnu istoriju nekoliko dana nakon što je primila tužnu vest o odlasku Hansa Ankuma.⁹

Studijski boravak u Amsterdamu krajem 1995. i početkom 1996. godine bio je nesumnjivo najinspirativniji momenat i iskustvo na početku moje akademske karijere. Svakodnevni boravak u biblioteci amsterdamskog Pravnog fakulteta u koju je redovno dolazio Hans Ankum, diskusija o mojoj doktorskoj tezi i njegov način ophođenja, u kojem nije bilo ni trunke odnosa velikog autoriteta, s jedne strane, i početnika, s druge strane, njegov poziv da održim predavanje na amsterdamskom Forumu, sve je to za mene bio veliki intelektualni podsticaj i podrška. Ona se nastavila

⁹ Katedra za pravnu istoriju održala je komemoraciju posvećenu profesoru Hansu Ankumu 11. juna 2019. godine.

i dalje, na konferencijama i seminarima, njegovim učešćem u komisiji za odbranu moje doktorske teze na Pravnom fakultetu u Beogradu, pomoći prilikom pripreme knjige za objavljivanje na engleskom jeziku, a onda i u najtežim trenucima moje akademske karijere. Sve su to momenti koji se nikada ne mogu zaboraviti. Svojim prisustvom on je neprocenjivo obogatio moj život. Svoju zahvalnost i veliko poštovanje trudila sam se da pokažem redovnim kontaktom, naročito pismenom korespondencijom koja nije prestala do poslednjih dana njegovog života.

Profesora Hansa Ankuma pamtićemo kao velikog romanistu, verovatno poslednjeg velikog predstavnika ugledne holandske romanistike. Njegova naučna zaostavština ostaće generacijama da podseća na njegovu fascinaciju superiornošću rimskog prava, da nas uči veštini egzegeze, jasnoći i sistematičnosti. Pamtićemo ga i kao velikog prijatelja koji je bio sa nama u srećnim trenucima, ali i onda kada je bilo teško. Njegova brojna separati s posvetama i pisma pisana specifičnim rukopisom ostaće kao uspomena na čoveka koji je kao retko ko gajio prijateljstva i interesovao se iskreno za živote svojih prijatelja i njihovih porodica.

Ni godine ni zdravstveni problemi nisu mogli zaustaviti Hansa Ankuma da živi život kakav je voleo. I dalje je pisao, odlazio na kongrese, slao pisma prijateljima, a njegova najveća strast, klasična muzika, bila mu je uvek sigurno utočište. S njom je otišao u večnost nakon poslednjeg od brojnih koncerata koji je slušao u svojoj omiljenoj *Concertgebouw*. Njegova neponovljiva ličnost ostaće u srcima svih onih kojima je veliku dušnu pomagao i kojima je obogatio živote. A takvih je mnogo.

UPUTSTVO ZA AUTORE

Anali Pravnog fakulteta u Beogradu objavljuju tekstove na srpskom i engleskom jeziku.

Autori zadržavaju autorsko pravo na svome delu. Međutim, uslov za objavljivanje u *Analima Pravnog fakulteta u Beogradu* jeste da autori izdavaču dozvole da objavljuje delo, da garantuju pravo da će *Anali* biti navedeni kao izvorni izdavač u slučaju ponovnog objavljivanja i da neisključivo ustupe ovlašćenje na umnožavanje te ovlašćenje da se tekst učini dostupnim javnosti i da se distribuiraju u svim oblicima i medijima. Objavljeni tekstovi se distribuiraju pod uslovima licence „Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY)“.

Predajom teksta, autor izjavljuje da tekst nije ni objavljen ni prihvaćen za objavljivanje te da neće biti predat za objavljivanje bilo kom drugom mediju. Autor takođe izjavljuje da je nosilac autorskog prava, da je obavešten o pravima trećih lica i da je ispunio zahteve koji proizlaze iz tih prava.

Prijem svih tekstova biće potvrđen elektronskom poštom. Redakcija će razmotriti podobnost svih radova da budu podvrgnuti postupku recenziranja. Podobni tekstovi šalju se na dvostruku anonimnu recenziju.

Informacije o uredničkoj politici *Anala Pravnog fakulteta u Beogradu* videti na: ojs.ius.bg.ac.rs/index.php/anali/about/editorialPolicies#open%20AccessPolicy.

Ako želite da predate svoj rad *Analima Pravnog fakulteta u Beogradu*, molimo vas da pratite sledeća uputstva.

Ako predajete rad na engleskom jeziku, molimo vas da pratite posebno uputstvo koje je dostupno na: ojs.ius.bg.ac.rs/index.php/anali/information/authors.

Rukopis treba da bude uređen na sledeći način:

1. naslovna strana,

2. apstrakt i ključne reči,
3. rukopis i spisak literature,
4. dodaci, tabele i slike.

1. NASLOVNA STRANA

Naslovna strana rukopisa treba da sadrži sledeće podatke:

- naslov teksta,
- ime, prezime, godinu rođenja i afilijaciju svih autora,
- punu adresu za korespondenciju i adresu elektronske pošte.

Ako je tekst koautorski, molimo vas da dostavite tražene podatke za svakog autora.

2. APSTRAKT I KLJUČNE REČI

Tekstu prethodi apstrakt koji je strogo ograničen na 150 reči. Apstrakt ne sme da sadrži neodređene skraćenice ili reference.

Molimo vas da navedete pet ključnih reči koje su prikladne za indeksiranje.

Radovi na srpskom jeziku treba da sadrže apstrakt i ključne reči i na srpskom i na engleskom jeziku. U tom slučaju, apstrakt i ključne reči na engleskom jeziku treba da se nalaze iza spiska literature.

3. RUKOPIS I SPISAK LITERATURE

Zbog anonimnog recenziranja, imena autora i njihove institucionalne pripadnosti ne treba navoditi na stranicama rukopisa.

Tekstovi moraju da budu napisani u sledećem formatu:

- veličina stranice: A4,
- margine: 2,5 cm,
- font: Times New Roman,
- razmak između redova u glavnom tekstu: 1,5,
- razmak između redova u fusnotama: Easy,
- veličina slova u glavnom tekstu: 12 pt,
- veličina slova u fusnotama: 10 pt,
- numeracija stranica: arapski broj u donjem desnom uglu stranice.

Druge autore treba navoditi po imenu i prezimenu kada se prvi put pominju (Petar Petrović), a zatim samo po prezimenu (Petrović). Ne treba navoditi „profesor“, „dr“, „g.“ niti bilo kakve titule.

Sve slike i tabele moraju da budu pomenute u tekstu, prema redosledu po kojem se pojavljuju.

Sve akronime treba objasniti prilikom prvog korišćenja, a zatim se navode velikim slovima.

Evropska unija – EU,

The United Nations Commission on International Trade Law –
UNCITRAL

Brojevi od jedan do devet pišu se slovima, veći brojevi pišu se ciframa. Datumi se pišu na sledeći način: 1. januar 2012; 2011–2012; tridesetih godina 20. veka.

Fusnote se koriste za objašnjenja, a ne za navođenje literature. Prosto navođenje mora da bude u glavnom tekstu, sa izuzetkom zakona i sudskih odluka.

Podnaslove treba pisati na sledeći način:

1. VELIKA SLOVA

1.1. Prvo slovo veliko

1.1.1. Prvo slovo veliko kurziv

Citiranje

Svi citati, u tekstu i fusnotama, treba da budu napisani u sledećem formatu: (autor/godina/broj strane ili više strana).

Domaća imena koja se pominju u rečenici ne treba ponavljati u zagradama:

- Prema Miloševiću (2014, 224–234)...
- Rimski pravници su poznavali različite klasifikacije stvari (Milošević 2014, 224–234)

Strana imena koja se pominju u rečenici treba da budu transkribovana, a u zagradama ih treba ponoviti i ostaviti u originalu. U spisku literature strana imena se ne transkribuju:

- Prema Kociolu (Koziol 1997, 73–87)...
- O tome je opsežno pisao Kociol (Koziol 1997, 73–87).
- Koziol, Helmut. 1997. *Österreichisches Haftpflichtrecht*, Band I: Allgemeiner Teil. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Domaća dela se citiraju pismom kojim su štampana. U spisku literature delo štampano latinicom navodi se samo latinicom, a delo štampano ćirilicom navodi se ćirilicom i latinicom, pri čemu se latinična referenca stavlja u zagrade:

- Prema Miloševiću (2014, 347–352)...
- Milošević, Miroslav. 2014. *Rimsko pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Dosije studio. (Milošević, Miroslav. 2014. *Rimsko pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Dosije studio.)
- Vukadinović (Vukadinović 2015, 27) ističe da jemac ispunjava tuđu, a garant svoju obavezu.
- U literaturi se navodi (Vukadinović 2015, 27)...
- Vukadinović, Radovan. 5–6/2015. O pravnom regulisanju posla bankarske garancije u novom Građanskom zakoniku. *Pravni život* 64: 17–36.

Poželjno je da u citatima u tekstu bude naveden podatak o broju strane na kojoj se nalazi deo dela koje se citira.

Isto tako i / Isto / Kao i Konstantinović (1969, 125–127);

Prema Bartoš (1959, 89 fn. 100) – *tamo gde je fusnota 100 na 89. strani*;

Kao što je predložio Bartoš (1959, 88 i fn. 98) – *tamo gde fusnota 98 nije na 88. strani*.

Pre broja strane ne treba stavljati oznaku „str.“, „p.“, „f.“ ili slično.

Izuzetno, tamo gde je to prikladno, autori mogu da koriste citate u tekstu bez navođenja broja strane dela koja se citira. U tom slučaju autori mogu, ali ne moraju da koriste neku od naznaka kao što su: *videti*, *posebno videti*, *videti na primer i dr.*

(videti, na primer, Bartoš 1959; Simović 1972)

(videti posebno Bakić 1959)

(Stanković, Orlić 2014)

Jedan autor

Citat u tekstu (T): Kao i Ilaj (Ely 1980, broj strane), tvrdimo da...

Navođenje u spisku literature (L): Ely, John Hart. 1980. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

T: Isto kao i Avramović (2008, broj strane), tvrdimo da...

L: Avramović, Sima. 2008. *Rhetorike techne – veština besedništva i javni nastup*. Beograd: Službeni glasnik – Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. (Avramović, Sima. 2008. *Rhetorike techne – veština besedništva i javni nastup*. Beograd: Službeni glasnik – Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

T: Vasiljević (2007, broj strane),

L: Vasiljević, Mirko. 2007. *Korporativno upravljanje: pravni aspekti*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. (Vasiljević, Mirko. 2007. *Korporativno upravljanje: pravni aspekti*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

Dva autora

T: Kao što je ukazano (Daniels, Martin 1995, broj strane),

L: Daniels, Stephen, Joanne Martin. 1995. *Civil Injuries and the Politics of Reform*. Evanston, Ill.: Northwestern University Press.

T: Kao što je pokazano (Stanković, Orlić 2014, broj strane),

L: Stanković, Obren, Miodrag Orlić. 2014. *Stvarno pravo*. Beograd: Nomos. (Stanković, Obren, Miodrag Orlić. 2014. *Stvarno pravo*. Beograd: Nomos.)

Tri autora

T: Kao što su predložili Sesil, Lind i Bermant (Cecil, Lind, Bermant 1987, broj strane),

L: Cecil, Joe S., E. Allan Lind, Gordon Bermant. 1987. *Jury Service in Lengthy Civil Trials*. Washington, D.C.: Federal Judicial Center.

Više od tri autora

T: Prema istraživanju koje je sproveo Turner sa saradnicima (Turner *et al.* 2002, broj strane),

L: Turner, Charles F., Susan M. Rogers, Heather G. Miller, William C. Miller, James N. Gribble, James R. Chromy, Peter A. Leone, Phillip C. Cooley, Thomas C. Quinn, Jonathan M. Zenilman. 2002. Untreated Gonococcal and Chlamydial Infection in a Probability Sample of Adults. *Journal of the American Medical Association* 287: 726–733.

T: Pojedini autori smatraju (Varadi *et al.* 2012, broj strane)...

L: Varadi, Tibor, Bernadet Bordaš, Gašo Knežević, Vladimir Pavić. 2012. *Međunarodno privatno pravo*. 14. izdanje. Beograd: Pravni fakultet

Univerziteta u Beogradu. (Varadi, Tibor, Bernadet Bordaš, Gašo Knežević, Vladimir Pavić. 2012. *Međunarodno privatno pravo*. 14. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

Institucija kao autor

T: (U.S. Department of Justice 1992, broj strane)

L: U.S. Department of Justice. Office of Justice Programs. Bureau of Justice Statistics. 1992. *Civil Justice Survey of State Courts*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office.

T: (Zavod za intelektualnu svojinu Republike Srbije 2015, broj strane)

L: Zavod za intelektualnu svojinu Republike Srbije. 2015. *95 godina zaštite intelektualne svojine u Srbiji*. Beograd: Colorgraphx. (Zavod za intelektualnu svojinu Republike Srbije. 2015. *95 godina zaštite intelektualne svojine u Srbiji*. Beograd: Colorgraphx.)

Delo bez autora

T: (*Journal of the Assembly* 1822, broj strane)

L: *Journal of the Assembly of the State of New York at Their Forty-Fifth Session, Begun and Held at the Capitol, in the City of Albany, the First Day of January, 1822*. 1822. Albany: Cantine & Leake.

Citiranje više dela istog autora

Klermont i Ajzenberg smatraju (Clermont, Eisenberg 1992, broj strane; 1998, broj strane)...

Basta ističe (2001, broj strane; 2003, broj strane)...

Citiranje više dela istog autora iz iste godine

T: (White 1991a, page)

L: White, James A. 1991a. Shareholder-Rights Movement Sways a Number of Big Companies. *Wall Street Journal*. April 4.

Istovremeno citiranje više autora i dela

(Grogger 1991, broj strane; Witte 1980, broj strane; Levitt 1997, broj strane)

(Popović 2017, broj strane; Labus 2014, broj strane; Vasiljević 2013, broj strane)

Poglavlje u knjizi

T: Holms (Holmes 1988, broj strane) tvrdi...

L: Holmes, Stephen. 1988. Precommitment and the Paradox of Democracy. 195–240. *Constitutionalism and Democracy*, ed. John Elster, Rune Slagstad. Cambridge: Cambridge University Press.

Poglavlje u delu koje je izdato u više tomova

T: Švarc i Sajks (Schwartz, Sykes 1998, broj strane) tvrde suprotno.

L: Schwartz, Warren F., Alan O. Sykes. 1998. Most-Favoured-Nation Obligations in International Trade. 660–664, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. II, ed. Peter Newman. London: MacMillan.

Knjiga sa više izdanja

T: Koristeći Grinov metod (Greene 1997), napravili smo model koji...

L: Greene, William H. 1997. *Econometric Analysis*. 3. ed. Upper Saddle River, N.J.: Prentice Hall.

T: (Popović 2018, broj strane),

R: Popović, Dejan. 2018. *Poresko pravo*. 16. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. (Popović, Dejan. 2018. *Poresko pravo*. 16. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

Navođenje broja izdanja nije obavezno.

Ponovno izdanje – reprint

T: (Angell, Ames [1832] 1972, 24)

L: Angell, Joseph Kinniaut, Samuel Ames. [1832] 1972. *A Treatise on the Law of Private Corporations Aggregate*. Reprint, New York: Arno Press.

Članak

U spisku literature navode se: prezime i ime autora, broj i godina objavljivanja sveske, naziv članka, naziv časopisa, godina izlaženja časopisa, stranice. Pri navođenju inostranih časopisa koji ne numerišu sveske taj podatak se izostavlja.

T: Taj model koristio je Levin sa saradnicima (Levine *et al.* 1999, broj strane)

L: Levine, Phillip B., Douglas Staiger, Thomas J. Kane, David J. Zimmerman. 1999. *Roe v. Wade* and American Fertility. *American Journal of Public Health* 89: 199–203.

T: Na to je ukazao Vasiljević (2018, broj strane)

L: Vasiljević, Mirko. 2/2018. Arbitražni ugovor i interkompanijskopravni sporovi. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 66: 7–46. (Vasiljević, Mirko. 2/2018. Arbitražni ugovor i interkompanijskopravni sporovi. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 66: 7–46.)

T: Orlić ističe uticaj uporednog prava na sadržinu Skice (Orlić 2010, 815–819).

L: Orlić, Miodrag. 10/2010. Subjektivna deliktna odgovornost u srpskom pravu. *Pravni život* 59: 809–840.

Citiranje celog broja časopisa

T: Tome je posvećena jedna sveska časopisa *Texas Law Review* (1994).

L: *Texas Law Review*. 1993–1994. *Symposium: Law of Bad Faith in Contracts and Insurance*, special edition 72: 1203–1702.

T: Osiguranje od građanske odgovornosti detaljno je analizirano u časopisu *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* (1982).

L: *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 6/1982. *Savetovanje: Neka aktuelna pitanja osiguranja od građanske odgovornosti*, 30: 939–1288. (*Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 6/1982. *Savetovanje: Neka aktuelna pitanja osiguranja od građanske odgovornosti*, 30: 939–1288.)

Komentari

T: Smit (Smith 1983, broj strane) tvrdi...

L: Smith, John. 1983. Article 175. Unjust Enrichment. 195–240. *Commentary to the Law on Obligations*, ed. Jane Foster. Cambridge: Cambridge University Press.

T: Prema Šmalenbahy (Schmalenbach 2018, broj strane), jasno je da...

L: Schmalenbach, Kirsten. 2018. Article 2. Use of Terms. 29–55. *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, eds. Oliver Dörr, Kirsten Schmalenbach. Berlin: Springer-Verlag GmbH Germany.

T: Perović (Perović 1980, broj strane) tvrdi da...

L: Perović, Slobodan. 1980. Član 45. Predugovor. 221–224. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, ur. Slobodan Perović, Dragoljub Stojanović. Gornji Milanovac: Kulturni centar – Kragujevac: Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu.

Članak u časopisu ili dnevnim novinama bez autora

T: objavljeno u *Politici* (2019)

L: *Politika*. 2019. Srbija snažno posvećena evropskom putu. Mart 2019. (*Politika*. 2019. Srbija snažno posvećena evropskom putu. Mart 2019)

T: Kao što je objavljeno u časopisu *Newsweek* (2000)...

L: *Newsweek*. 2000. MP3.com Gets Ripped. 18 September.

Članak u časopisu ili dnevnim novinama sa autorom (autorima)

T: U *Vremenu* je objavljeno (Švarm, Georgijev 2018) da...

L: Švarm, Filip, Slobodan Georgijev. 2018. Razgraničenje je model u skladu sa politikom etničkog čišćenja. *Vreme*. Avgust 2018.

T: (Mathews, DeBaise 2000)

L: Mathews, Anna Wilde, Colleen DeBaise. 2000. MP3.com Deal Ends Lawsuit on Copyrights. *Wall Street Journal*. 11 November.

Neobjavljeni rukopis

T: (Avramović, Todorović 2017)

L: Avramović, Pavle, Nenad Todorović. 2017. Sticanje bez osnova u rimskom pravu. Neobjavljen rukopis. Univerzitet u Nišu, Pravni fakultet, avgust. (Avramović, Pavle, Nenad Todorović. 2017. Sticanje bez osnova u rimskom pravu. Neobjavljen rukopis. Univerzitet u Nišu, Pravni fakultet, avgust.)

T: (Daughety, Reinganum 2002)

L: Daughety, Andrew F., Jennifer F. Reinganum. 2002. Exploiting Future Settlements: A Signaling Model of Most-Favored-Nation Clauses in Settlement Bargaining. Unpublished manuscript. Vanderbilt University, Department of Economics, August.

Radni dokument

T: (Stojanović, Savić 2017)

L: Stojanović, Ognjen, Martin Savić. 2017. Pravna priroda ugovora o kreditu. Radni dokument. Institut za pravo i finansije, Beograd. (Stojanović, Ognjen, Martin Savić. 2017. Pravna priroda ugovora o kreditu. Radni dokument. Institut za pravo i finansije, Beograd.)

T: (Eisenberg, Wells 2002)

L: Eisenberg, Theodore, Martin T. Wells. 2002. Trial Outcomes and Demographics: Is There a Bronx Effect? Working paper. Cornell University Law School, Ithaca, NY.

Numerisani radni dokument

T: (Tomić, Pavlović 2018)

L: Tomić, Janko, Saša Pavlović. 2018. Uporednopravna analiza propisa u oblasti radnog prava. Radni dokument br. 7676. Institut za uporedno pravo, Beograd. (Tomić, Janko, Saša Pavlović. 2018. Uporednopravna analiza propisa u oblasti radnog prava. Radni dokument br. 7676. Institut za uporedno pravo, Beograd.)

T: (Glaeser, Sacerdote 2000)

L: Glaeser, Edward L., Bruce Sacerdote. 2000. The Determinants of Punishment: Deterrence, Incapacitation and Vengeance. Working Paper No. 7676. National Bureau of Economic Research, Cambridge, Mass.

Lična korespondencija/komunikacija

T: Kao što tvrdi Damnjanović (2017),

L: Damnjanović, Vićentije. 2017. Pismo autoru, 15. januar. (Damnjanović, Vićentije. 2017. Pismo autoru, 15. januar.)

T: (Welch 1998)

L: Welch, Thomas. 1998. Letter to author, 15 January.

Stabilni internet protokol (URL)

T: Prema Zavodu za intelektualnu svojinu Republike Srbije (2018),

L: Zavod za intelektualnu svojinu Republike Srbije. 2018. Godišnji izveštaj o radu za 2017. godinu. <http://www.zis.gov.rs/o-zavodu/godisnji-izvestaji.50.html>, poslednji pristup 28. marta 2018. (Zavod za intelek-

tualnu svojinu Republike Srbije. 2018. Godišnji izveštaj o radu za 2017. godinu. <http://www.zis.gov.rs/o-zavodu/godisnji-izvestaji.50.html>, poslednji pristup 28. marta 2018.)

T: According to the Intellectual Property Office (2018)
L: R.S. Intellectual Property Office. 2018. Annual Report for 2017. <http://www.zis.gov.rs/about-us/annual-report.106.html>, last visited 28 February, 2019.

U štampi

T: (Bogdanović 2019, broj strane)

L: Bogdanović, Luka. 2019. Ekonomske posledice ugovaranja klauzule najpovlašćenije nacije u bilateralnim investicionim sporazumima. *Nomos*, tom 11, u štampi. (Bogdanović, Luka. 2019. Ekonomske posledice ugovaranja klauzule najpovlašćenije nacije u bilateralnim investicionim sporazumima. *Nomos*, tom 11, u štampi.)

T: (Spier 2003, broj strane)

L: Spier, Kathryn E. 2003. The Use of Most-Favored-Nations Clauses in Settlement of Litigation. *RAND Journal of Economics*, vol. 34, in press.

Prihvaćeno za objavljivanje

T: U jednom istraživanju (Petrović, prihvaćeno za objavljivanje) posebno se ističe značaj prava manjinskih akcionara za funkcionisanje akcionarskog društva.

L: Petrović, Marko. Prihvaćeno za objavljivanje. Prava manjinskih akcionara u kontekstu funkcionisanja skupštine akcionarskog društva. *Pravni život*.

T: Jedna studija (Joyce, prihvaćeno za objavljivanje) odnosi se na Kolumbijski distrikt.

L: Joyce, Ted. Forthcoming. Did Legalized Abortion Lower Crime? *Journal of Human Resources*.

Sudska praksa

F(usnote): Vrhovni sud Srbije, Rev. 1354/06, 6. 9. 2006, Paragraf Lex; Vrhovni sud Srbije, Rev. 2331/96, 3. 7. 1996, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije* 4/96, 27; CJEU, case C-20/12, Giersch and Others,

ECLI:EU:C:2013:411, para. 16; Opinion of AG Mengozzi to CJEU, case C-20/12, Giersch and Others, ECLI:EU:C:2013:411, para. 16.

T: Za reference u tekstu koristiti skraćenice (VSS Rev. 1354/06; CJEU C-20/12, ili Giersch and Others; Opinion of AG Mengozzi) konzistentno u celom članku.

L: Ne treba navoditi sudsku praksu u spisku korišćene literature.

Zakoni i drugi propisi

F: Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS* 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014, čl. 2, st. 1, tač. 3; Regulation (EU) No. 1052/2013 establishing the European Border Surveillance System (Eurosur), OJ L 295 of 6/11/2013, Art. 2 (3); Directive 2013/32/EU on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast), OJ L 180 of 29/6/2013, 60, Art. 6 (3).

T: Za reference u tekstu koristiti skraćenice (ZKP ili ZKP RS; Regulation No. 1052/2013; Directive 2013/32) konzistentno u celom članku.

L: Ne treba navoditi propise u spisku korišćene literature.

4. PRILOZI, TABELE I SLIKE

Fusnote u priložima numerišu se bez prekida kao nastavak na one u ostatku teksta.

Numeracija jednačina, tabela i slika u priložima počinje sa 1 (jednačina A1, tabela A1, slika A1 itd., za prilog A; jednačina B1, tabela B1, slika B1 itd., za prilog B).

Na strani može biti samo jedna tabela. Tabela može zauzimati više od jedne strane.

Tabele imaju kratke naslove. Dodatna objašnjenja se navode u napomenama na dnu tabele.

Treba identifikovati sve količine, jedinice mere i skraćenice za sve unose u tabeli.

Izvori se navode u celini na dnu tabele, bez unakrsnih referenci na fusnote ili izvore na drugim mestima u članku.

Slike se prilažu u fajlovima odvojeno od teksta i treba da budu jasno obeležene.

Ne treba koristiti senčenje ili boju na grafičkim prikazima. Ako je potrebno vizuelno istaći pojedine razlike, molimo vas da koristite šrafiranje i unakrsno šrafiranje ili drugo sredstvo označavanja.

Ne treba koristiti okvir za tekst ispod ili oko slike.

Molimo vas da koristite font Times New Roman ako postoji bilo kakvo slovo ili tekst na slici. Veličina fonta mora biti najmanje 7.

Grafici ne sadrže bilo kakvu boju.

Naslovi slika su navedeni i na zasebnoj stranici sa dvostrukim proredom pod nazivom – Legenda korišćenih slika.

Slike ne mogu biti veće od 10 cm x 18 cm. Da bi se izbeglo da slika bude značajno smanjena, objašnjenja pojedinih delova slike treba da budu postavljena u okviru slike ili ispod nje.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд
34(497.11)

АНАЛИ Правног факултета у Београду : часопис
за правне и друштвене науке = Annals of the Faculty of
Law in Belgrade : Belgrade Law review : Journal of Legal
and Social Sciences / главни уредник Марија Караникић
Мирић. – [Српско изд.]. – Год. 1, бр. 1 (1953)– . –
Београд : Правни факултет, 1953– (Београд : Службени
гласник). – 24 cm

Тромесечно. – Сваки 4. број у години на енгл. језику.
– Друго издање на другом медијуму: Анали Правног
факултета у Београду (Online) = ISSN 2406-2693. –
ISSN 0003-2565 = Анали Правног факултета у Београду
COBISS.SR-ID 6016514

U OVOM BROJU:

Jasminka HASANBEGOVIĆ

/Akademske slobode i ljudsko dostojanstvo: neobičan slučaj fobičnosti Džona Finisa

Mirjana STEFANOVSKI

/Pravo disolucije u nacrtu ustava komisije jugoslovenskih profesora iz 1920. godine

Bojana ČUČKOVIĆ

/From Equality Towards Equity and Differentiated Responsibilities: A Contemporary International Environmental Law Perspective

Mihajlo VUČIĆ

/Access to Water in the Context of the International Watercourse: A Theory of the Community of Interest

Tatjana MILIĆ

/Empirijsko istraživanje prava: revolucija ili nemoguća misija?

Miloš ŽIVKOVIĆ, Marko MILENKOVIĆ, Sofija NIKOLIĆ POPADIĆ

/Modification of Construction Permits and Transfer of Subjective Rights

Damir BANOVIĆ

/Analitički i sociološkopravni pristup proučavanju normativnih i društvenih funkcija prava

Goran DAJOVIĆ, Bojan SPAIĆ

/Doktrina „četvrte instance“ i pravo na obrazloženu presudu u praksi Evropskog suda za ljudska prava

Borko MIHAJLOVIĆ

/Posebne dužnosti u periodu rizika od stečaja

Milica NOVAKOVIĆ

/Men in the Age of (Formal) Equality: The Curious Case of Khamtokhu and Aksenchik

Andreas SERAFIM

/Constructing Identities: Religious Argumentation, Sexuality and Social Identity in Attic Forensic Oratory

Đorđe MARKOVIĆ

/Procedures and Conditions for the Selection of the Constitutional Court Judges in the Post Yugoslav States

ISSN 0003 2565

