



# АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

## ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE  
BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

---

---

**Главни уредници Архива за правне и друштвене науке који је претходно Аналима Правној факултету у Београду били су:**

Коста Кумануди и Драгољуб Аранђеловић (1906 1911), Коста Кумануди (1911 1912), Чедомил Митровић (1920 1933), Михаило Илић (1933 1940), Ђорђе Тасић (1940 1941), Јован Ђорђевић (1945)

**Главни уредници овој часописа били су:**

Михаило Константиновић (1953 1960), Милан Бартош (1960 1966), Војислав Бакић (1966 1978), Војислав Симовић (1978 1982), Обрен Станковић (1982 1995), Дејан Поповић (1996), Миодраг Орлић (1997 2004), Данило Н. Баста (2004 2006), Сима Аврамовић (2006 2012), Миролуб Лабус (2013 2015), Мирко Васиљевић (2016 2018)

**Међународни издавачки савет**

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)

**Главни уредник**

Марија Караникић Мирић

**Заменик главне уреднице**

Борис Беговић

**Редакција Правној факултету Универзитета у Београду**

Зоран Томић, Небојша Јовановић, Горан Илић, Бојан Милисављевић, Војислав Станимировић, Данило Вуковић

**Секретари**

Милош Вукотић, Никола Илић, Новак Вујичић

Радови у овом часопису подлежу анонимној рецензији двоје рецензента које одређује редакција.

Ставови изражени у часопису представљају мишљење аутора и не одражавају нужно гледишта редакције. За те ставове редакција не одговара.

---

**Издавач**

Правни факултет Универзитета у Београду

**Лектор и коректор**

Ирена Поповић Григоров, Вук Тошић

**Технички уредник**

Јован Ђорђевић

**Дизајн корица**

С. I. В.

**Слој и њерелом**

Д©СИЈЕ  
СТУДИО

**Штампа**

ЈП Службени гласник

---



# АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

---

# ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE

BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

Јасминка Хасанбеговић, Академске слободе и људско достојанство: необичан случај фобичности Џона Финиса -----	9
Мирјана Стефановски, Право дисолуције у нацрту устава комисије југословенских професора из 1920. године -----	34
Војана Ћуčković, From Equality Towards Equity and Differentiated Responsibilities: A Contemporary International Environmental Law Perspective -----	59
Михајло Вучић, Access to Water in the Context of the International Watercourse: A Theory of the Community of Interest -----	77
Тајјана Милић, Емпиријско истраживање права: револуција или немогућа мисија? -----	99
Милош Џивковић, Marko Milenković, Sofija Nikolić Popadić, Modification of Construction Permits and Transfer of Subjective Rights -----	131
Дамир Бановић, Аналитички и социолошкоправни приступ проучавању нормативних и друштвених функција права -----	150
Горан Дајовић, Бојан Спаић, Доктрина „четврте инстанце“ и право на образложену пресуду у пракси Европског суда за људска права -----	166

Борко Михајловић, Посебне дужности у периоду ризика од стечаја -----	196
Milica Novaković, Men in the Age of (Formal) Equality: The Curious Case Of Khamtokhu And Aksenchik -----	229
Andreas Serafim, Constructing Identities: Religious Argumentation, Sexuality and Social Identity in Attic Forensic Oratory -----	246
Đorđe Marković, Procedures and Conditions for the Selection of the Constitutional Court Judges in the Post-Yugoslav States -----	267

#### КОМЕНТАРИ СУДСКИХ ОДЛУКА

Никола Бодирога, Временско важење процесних закона и дозвољеност ревизије у парничном поступку: различити ставови Уставног суда и Врховног касационог суда -----	290
--	-----

#### ПРИКАЗИ

Небојша Јовановић. 2017. <i>Саобраћајно право. Књига 1, Општи део</i> . Београд: Центар за издаваштво и информисање Правног факултета Универзитета у Београду, 566. (Слободан Илијић)-----	309
Jovanović, Miodrag A. 2019. <i>The Nature of International Law</i> . Cambridge: Cambridge University Press, 272. (Дамир Бановић)-----	313
Hassan Malik. 2018. <i>Bankers and Bolsheviks: International Finance and the Russian Revolution</i> . Princeton – Oxford: Princeton University Press, 296. (Борис Беговић) -----	320
Posner, Eric, Glen Weyl. 2018. <i>Radical Markets: Uprooting Capitalism and Democracy for a Just Society</i> . Princeton: Princeton University Press, 338. (Nikola Ilić)-----	327

---

Eichengreen, Barry, Arnaud Mehl, Livia Chitu. 2017. <i>How Global Currencies Work: Past, Present, and Future</i> . Princeton – Oxford: Princeton University Press, 272. (Ана Одоровић) -----	331
<b>СЕЋАЊА</b>	
Милена Полојац, <i>Hans Ankum</i> (1930–2019) -----	338
<b>Упутство за ауторе</b> -----	345

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 -----	34
Bojana Čučković, From Equality Towards Equity and Differentiated Responsibilities: A Contemporary International Environmental Law Perspective -----	59
Mihajlo Vučić, Access to Water in the Context of the International Watercourse: A Theory of the Community of Interest -----	77
Tatjana Milić, Empirical Research of Law: A Revolution or Mission Impossible? -----	99
Miloš Živković, Marko Milenković, Sofija Nikolić Popadić, Modification of Construction Permits and Transfer of Subjective Rights -----	131
Damir Banović, Analytical and Socio-Legal Approach to the Study of Normative and Social Functions of Law -----	150
Goran Dajović, Bojan Spaić, Fourth Instance Doctrine and the Right to a Reasoned Judgement in the Practice of the European Court of Human Rights -----	166
Borko Mihajlović, Special Duties in the Period of the Risk of Bankruptcy -----	196

Milica Novaković, Men in the Age of (Formal) Equality: The Curious Case of Khamtokhu and Aksenchik -----	229
Andreas Serafim, Constructing Identities: Religious Argumentation, Sexuality and Social Identity in Attic Forensic Oratory -----	246
Dorđe Marković, Procedures and Conditions for the Selection of the Constitutional Court Judges in the Post-Yugoslav States -----	267

#### 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 -----	290
--	-----

#### 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)-----	309
Jovanović, Miodrag A. 2019. <i>The Nature of International Law</i> . Cambridge: Cambridge University Press, 272. (Damir Banović) -----	313
Hassan Malik. 2018. <i>Bankers and Bolsheviks: International Finance and the Russian Revolution</i> . Princeton – Oxford: Princeton University Press, 296. (Boris Begović) -----	320
Posner, Eric, Glen Weyl. 2018. <i>Radical Markets: Uprooting Capitalism and Democracy for a Just Society</i> . Princeton: Princeton University Press, 338. (Nikola Ilić) -----	327
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) -----	331



---

**IN MEMORIAM**

Milena Polojac, *Hans Ankum* (1930–2019) ----- 338

**Instructions to Authors** ----- 345



УДК 342.727; 34:174; 340.12 Финис Џ. М.

CERIF: S115

DOI: 10.5937/AnalPFVB1903009H

Др Јасминка Хасанбеговић\*

### АКАДЕМСКЕ СЛОБОДЕ И ЉУДСКО ДОСТОЈАНСТВО: НЕОБИЧАН СЛУЧАЈ ФОБИЧНОСТИ ЏОНА ФИНИСА

*У овом чланку се – из перспективе случаја Џона Финиса из јануара 2019 – трага за одговорима на питања где су границе академске слободе и слободе говора. Стога се најпре унајкраће излаже случај Финис, а потом се разматра да ли је Финис прекорачио границе академске слободе и слободе говора својим „екстремно дискриминаторским ставовима против многих група људи који су у неповољном положају“, садржаним у његовим списима од 1992. до 2011, како то стоји у „Петицији да Џон Финис престане да предаје на Универзитету Оксфорд због свог дискриминисања“. Дакле, још једно од средишњих питања јесте да ли су Финисови ставови дискриминаторски и фобични, или нису. Основне тезе које се заступају у овом чланку јесу: Финис није прекорачио границе академске слободе и слободе говора, али јесте злоупотребио те слободе. Неки од његових ставова, као апстрактно изражена мишљења, јесу фобични, али нема доказа да се Финис конкретно дискриминаторски понашао према било коме.*

*Кључне речи: Академска слобода говора. – Људско достојанство. – Случај Џона Финиса у оксфордској академској заједници. – Злоупотреба права. – Правно слободан простор.*

#### 1. УВОД

У овом чланку се – из перспективе случаја Џона Финиса из јануара 2019 – трага за одговорима на питања где су границе академске слободе и слободе говора. Методолошки посматрано, ово је студија случаја правне и моралне (односно етичке) природе.

---

\* Ауторка је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду.

Стога ће се најпре унајкраће изложити случај Финис. Потом ће се анализирати да ли је Финис прекорачио границе академске слободе и слободе говора својим „екстремно дискриминаторским ставовима против многих група људи који су у неповољном положају“. Ти Финисови ставови се налазе у његовим списима објављиваним од 1992. до 2011. и због њих се тражи у *Петицији да Џон Финис престане да предаје на Универзитету Оксфорд због свог дискриминисања* (Petition 2019).

## 2. СЛУЧАЈ ЦОНА ФИНИСА – УНАЈКРАЋЕ

У оквиру оксфордског RDP (Remote Desktop Protocol) покрену-та је 2. јануара 2019. *Петиција Оксфордском универзитету*, којом се захтевају две ствари: (1) да Џон Финис престане да подучава на Оксфордском универзитету због свог дискриминисања и (2) да Оксфордски универзитет разјасни своју политику према дискриминаторским професорима (Petition 2019). *Петицији* се убрзо прикључило својим потписима више стотина чланова оксфордске академске заједнице – студената и професора (Smith 2019).

Шта се конкретно замера Џону Финису (1940–), чувеном оксфордском емеритованом професору Правног факултета? У првом делу *Петиције* каже се да је „листа његових екстремно дискриминаторских погледа усмерених против многих група људи који се налазе у неповољном положају – веома дуга; да је познат као посебно хомофобичан и трансфобичан човек; да је чак саветовао владу САД да не пружи правну заштиту LGBTQ+ људима изложеним дискриминацији“ (Petition 2019). Осим тога, прецизира се да у „његове изјаве пуне мржње спадају: да је геј секс сличан бестијалности, тј. сексу са животињама (1992; 1994; 2011); да је бити геј ‘зло’ и ‘разорно за људскост’ (1994; 2011); да је одобравање геј секса слично одобравању убијања невиних људи у терористичком масакру (2011); да владе и друштва треба да ‘обесхрабрују’ људе да буду геј и треба да подстичу антигеј образовне програме (1994; 2011); да околност што је неко геј треба да се сматра ‘бар негативном, ако не дисквалификаторном’ околношћу приликом допуштања усвајања деце (2011); те да може постојати веза између бити геј и злоупотребљавати децу (2011)“ (Petition 2019). Уз то, наводе се и његови „други облици дискриминисања, наиме, расизам и ксенофобија, примерице, када изјављује да ће културна разноликост [у Европи и Британији] довести до ‘јадā мржње, крвопролића и политичке парализе’, поредећи постојећу ситуацију с босанским геноцидом у бившој Југославији (2009); као и када каже да је „модерна

имиграција нека врста ‘обрнуте колонизације’ (2009)“ (Petition 2019). Коначно, у *Петицији* се указује и на то да „Финис држи семинаре на додипломским и мастер курсевима: BCL (Bachelor of Civil Law) & MJur (Master of Jurisprudence), који су главни курсеви на правним студијама; да је то недопустиво – човека с енормним предрасудама ставити у позицију [академске] одговорности и власти; да то чини да се људи погођени његовим дискриминисањем питају да ли треба да похађају ове семинаре који су предвиђени да буду главни извор подуке на правним додипломским и мастер студијама (BCL & MJur); да је универзитет место на коме се треба усредсредити на образовање, а не бити приморан на борбу против или бити поучаван од професора који пропагирају мржњу према студентима које поучавају“ (Petition 2019).

У другом делу *Петиције* тражи се да Оксфордски универзитет разјасни своју политику према дискриминаторским професорима тако што ће, полазећи од усвојених етичко-правних аката који промовишу „инклузивну културу једнакости и вредносних различитости“ и „позитивно окружење у коме се људи третирају правично и с поштовањем – без узнемиравања“ (Equality Policy; Free from Harassment Policy), утврдити колико *стварно* стање ствари одговара постојећим етичко-правним актима. Јер, у пракси, у овом моменту, студенти и запослено универзитетско особље морају да имају случај узнемиравања, виктимизације или застрашивања *конкретне* личности од конкретне личности да би могли уложити жалбу против професора. Против професора пак који се устремљују на људе у неповољном положају на неки општији начин, на пример, својим објављеним радовима, поменута етичко-правна правила, изгледа, нису довољна, па ако нека таква пракса ипак већ постоји на Оксфордском универзитету, треба је обзнанити и учинити доступном студентима и запосленом универзитетском особљу (Petition 2019).

На крају *Петиције* цитирају се *одломци* из Финисових јавних изјава и објављених радова *који су поменути* у првом делу *Петиције*, уз детаљно библиографско упућивање на места у Финисовим делима у којима се ти цитирани одломци налазе. О њима ће бити још речи у наставку овог рада.

До сада Оксфордски универзитет није донео никакав званичан став или одлуку о *Петицији*. То, наравно, није препрека да се овде заузме став о случају Финис. И како налажу методолошка правила, тај став на почетку има статус хипотезе односно тезе, коју у даљем излагању треба ваљано аргументовати, доказати, односно образложити не би ли на крају могла бити разложно усвојена – одбрањена, тј. основано прихваћена као исправна.

### 3. ОСНОВНЕ (ХИПО)ТЕЗЕ О СЛУЧАЈУ ФИНИС

Средишња питања која се разматрају у овом чланку јесу питања: (1) да ли је Финис прекорачио границе академске слободе говора и (2) да ли су Финисови ставови дискриминаторски и фобични или нису. Основне тезе које се о тим питањима овде заступају јесу: Финис није прекорачио границе академске слободе и слободе говора, али јесте злоупотребио те слободе. Неки од његових ставова, као апстрактно изражена мишљења, јесу фобични, али нема доказа о Финисовом дискриминаторском или фобичном конкретном понашању према било коме.

#### 3.1. Теза о злоупотреби академске слободе говора

Теза о злоупотреби академске слободе говора биће разрађена у три корака. Прво, одређивањем појма злоупотребе права (или слободе, или права на слободу) и разграничавањем феноменā (односно појмовā) злоупотребе права од прекорачења или кршења права. Друго, разматрањем шта у Финисовом коришћењу поменутих слобода јесте а шта није добра (односно најбоља) академска пракса, и то на тај начин (а) што ће се указати на правила академске подуке, од којих су нека успостављена на универзитетима у модерно доба, а нека и много пре тог времена – скоро откако је универзитета, и то посебно тако што ће се указати на обавезу да се у универзитетској подуци размотре друкчији и нарочито супротни ставови (у односу на властите) о неком одређеном питању, (б) тако што ће се испитати неко могуће стручно прихватљиво образложење за Финисове ставове о бестијалности и сл., и (в) тако што ће се разјаснити главно академско правило (односно обавеза) да се професор придржава свог предмета, то јест дисциплине и њене садржине, имајући на уму да је Финис професор права и Правне филозофије, а не професор Римокатоличке моралне догматике, нити професор Етике људског сексуалног понашања. И коначно, у трећем кораку, непосредно заснованом на претходном, теза о Финисовој злоупотреби академске слободе говора разрађиваће се расправљањем сфере правно слободног простора (нем. *rechtsfreier Raum*) да би се одредило и објаснило где у правној пракси и у правној теорији треба сместити одређене феномене о којима Финис расправља и заузима ставове, а које потписници *Петиције* сматрају неприхватљивим у оксфордској академској заједници. Кренимо редом.

##### 3.1.1. Први корак: Шта је злоупотреба права

Да би се за неко понашање могло рећи да представља злоупотребу академске слободе говора, потребно је најпре одредити појам

злоупотребе права односно злоупотребе у праву, или у правном поретку. Право је изразито сврховит феномен, појава која има *telos*, циљ. Дакле, право односно постојање права није само себи сврха, мада и као средство за остварење циља има вредност по себи и за себе. Инструментални карактер права као средства за постизање одређеног циља или циљева упућује пак на то да се право као средство увек може употребити за једне и злоупотребити за друге сврхе, без обзира на то да ли се о таквим (зло)употребама расправља у неком правном поретку или унутар одређене правне теорије.

У континенталноевропској теорији – која се у овом питању може применити и на *common law* систем (у коме се доктрина злоупотребе права не среће), као што се уосталом због поменуте сврховитости и инструменталности права може применити и на сваки други, било који правни систем – могу се у праву односно у правном поретку разликовати злоупотреба објективног права (енгл. *abuse of law*) и злоупотреба субјективног права (*abuse of right*). Злоупотреба објективног права јесте злоупотреба правне регулативе, правног регулисања, која постоји када се правним нормама регулише нешто што њима не треба да буде регулисано, на пример, како, када и где познаници треба да се поздрављају или ословљавају. Моментално није реч о тој злоупотреби права, мада ће касније и о њој бити говора. Сада је реч о злоупотреби субјективног права.

Шта је злоупотреба субјективног права? Да би се избегле велике, овде непотребне теоријске расправе, чини се упутним држати се најраспрострањенијих одређења појмова, па утолико и најмање спорних (Лукић 1975, 273–276; Водинелић 1997; 2014, 305–318).

*Главне* (или *опште*) карактеристике сваке злоупотребе јесу, прво, да субјект субјективног права (или слободе, или права на слободу, или пак надлежности) изгледа као да се *понаша у границама* свог субјективног права (или слободе, или права на слободу, или пак своје надлежности) те да, дакле, *не прекорачује* своје овлашћење које има, то јест које му је дато као субјективно право (или слобода, или право на слободу, или пак надлежност), што ће рећи да то његово понашање – *stricto sensu*, у ужем смислу, а *апстрактно* посматрано – *не представља кршење* тог субјективног права (или слободе, или права на слободу, или надлежности). Но, премда се, апстрактно посматрано, креће у границама свог субјективног права, субјект – и то је други елемент појма злоупотребе – тим својим понашањем шкоди другоме, онемогућавајући га да потпуно или делимично користи своје право (или, уопште, правно овлашћење) (Лукић 273–276), односно да ужива у свом правно заштићеном добру. При томе, да би неко конкретно понашање било квалификовано као злоупотреба субјективног права, неопходно је и да, осим тих двеју главних (или

општих) карактеристика, има бар један од следећих конкретних (или посебних) видова – да је, наиме, то конкретно понашање или шиканозно (и то је једини вид злоупотребе у коме мора да постоји намера шкођења), или бескорисно, или несразмерно, или противциљно, или непримерено, или противречно, или неморално, или пак неправично (у ових осталих седам конкретних видова злоупотребе не мора постојати намера шкођења) (Водинелић 1997; 2014, 305–318).

Треба додати да сматрамо да суштински нема правних разлика између субјективних права, слобода, и права на слободу, да су то само термилошке разлике, сходно различитим традицијама у именовању суштински истих правних појава, те да је реч о једном истом правном феномену – субјективном праву – и када се разматра нека слобода, на пример, академска слобода, или слобода говора, односно право на академску слободу, или право на слободу говора. А стога нема ни суштинских правних разлика међу злоупотребама тих феномена.

Такође треба додати – мада то за ово разматрање није битно – да сматрамо да у основи нема суштинских разлика ни између злоупотребе субјективног права и злоупотребе надлежности, јер су то злоупотребе двеју врста правних овлашћења (упоредити Лукић 1975, 270–276).

Дакле, да би се доказала теза о Финисовој злоупотреби академске слободе говора, најпре треба показати зашто су нека његова конкретна понашања само привид коришћења те слободе и да ли је то понашање нанело штету другима у коришћењу њихових права, конкретно, нарочито права на људско достојанство, односно да ли их то понашање потпуно или делимично онемогућава да уживају у својим правно заштићеним добрима, а нарочито у свом људском достојанству. Одговорима на те захтеве и питања посвећен је други корак.

Да би се тај други корак начинио у правом правцу, треба имати на уму да слобода говора и академска слобода говора нису идентичне: *speakers' corner* (у Хајд парку, или другде) и катедра (на Оксфорду, или другде) не подразумевају исту слободу нити иста ограничења. Академска слобода говора за катедром има одавно своја типична правна и етичка ограничења, у неком смислу већа, а у другом смислу мања, али свакако другачија у односу на ону прву слободу (Roberts 2000).

### *3.1.2. Други корак: Шта је добра (ако већ не најбоља) академска пракса*

*Идеја* добре или најбоље могуће праксе (*praxis, bios praktikos, vita activa, res humanae*) веома је стара филозофска идеја, али се као



*најопштија* разрађена *доктрина* најбоље праксе која би могла бити примењива у *разним* областима у јавној сфери јавља на почетку овог миленијума (Bardach 2000). Међутим, овде је реч само о једној специфичној, универзитетско-академској пракси. А универзитети су од своје појаве, још као средњовековни универзитети у Европи 11–15. столећа (у које, као један од најстаријих, Универзитет у Оксфорду несумњиво спада), па и надаље као модерни универзитети – а сви су пак од почетка обухватили и правну подуку – врло рано поставили нека правила добре (ако не и најбоље) универзитетско-академске праксе, чија је релевантност и данас несумњива (Хасанбеговић 2000, 476–489).

3.1.2.1. (a) *другог корака: О правилима подуке на средњовековним и модерним универзитетима*

Не баш на самом почетку универзитета и болоњске правне ренесансе, међу глосаторима, али већ међу постглосаторима, или коментаторима, или концилијаторима, како се још називају, дакле, од краја 13. века, кроз 14. до 15. века, па и надаље, и то не само у постглосаторском главном седишту у Орлеану у Француској него и другде, по Италији, на пример, уобличаване су школска формула и форма предавања.

Не улазећи у детаље, треба објаснити да је школска формула схема разматрања и решавања проблема, тј. *questio*. То је поступак који се у класичном облику среће и код Томе Аквинског (1225–1274) и код Бартолуса де Сасоферата (Sassoferrato или Saxoferrato, 1313–1357), можда најзначајнијег постглосатора, по коме је створена крилатица: ниси јуриста ако ниси бартолиста (или: нема правника ако не познаје Бартолусове ставове) – *nemo iurista nisi bartolista*. Бартолус је поступао по класичној школској формули и у својим *consilia* (савети) и у својим *commentaria* (коментари). Тај поступак се састоји, најпре, из утврђивања, постављања проблема, затим у излагању и разматрању блиских, лако разумљивих гледишта о њему, потом у излагању и разматрању противречних, супротних гледишта, и најзад, у излагању решења, после кога евентуално може доћи отклањање приговора који се том решењу упућују или би се могли упутити. Дакле, излагање и разматрање супротних гледишта приликом заузимања става о неком питању, тј. проблему, јесте норма још из школске формуле постглосатора (Pringsheim 1921, 273–283; Viehweg 1974, 70–72; Хасанбеговић 2000, 487).

Веома слична школској формули јесте схема излагања коришћена на предавањима – *lectiones, lecturae*. Форма предавања је обухватала: уводну напомену (с објашњењем термина и сл.); мисаоно разлагање

тумаченог текста и његово поновно сажимање; илустровање конкретним примерима или случајевима; читање (цитирање, навођење) и тумачење извора; образлагање одлуке, то јест решења; остале напомене укључив и постављање (нових, општих) правила; те сасвим на крају, разматрање супротстављених одговора и постојећих контроверзи, што је захтевало велико знање и исту такву дијалектичку вештину. Посебно треба истаћи да је читава материја још много продубљеније претресана и разлагана на заједничким недељним расправама него на основним, редовним предавањима (Viehweg 1974, 73–76; Хасанбеговић 2000, 488).

Када је реч о модерним универзитетима, још пре Канта (1724–1804) постојало је правило да се на предавањима не излажу сопствени погледи или сопствена обрада предмета. То се оставља за сопствена оригинална дела која немају приручнички, уџбенички карактер. За основу предавања пак узима се неки већ постојећи приручник. Можда најпознатији такав пример јесу Кантова вишедеценијска предавања из логике (1755/56–1798) и његов приручник за предавања – *Логика* (1800), који се ослањају на Мајера (Georg Friedrich Meier, 1718–1777, *Auszug aus der Vernunftlehre*, 1752), премда је Кант према Мајеровим ставовима имао врло рано за себе исписане критичке примедбе и коментаре, и премда се Кантови темељни ставови о логици, који припадају раздобљу критичког мишљења и већ су били изражени у *Критици чистог ума*, супротстављају овима (Дамњановић 1976, 7–14). Дакле, на универзитету на предавањима и у уџбеницима може бити излагања материје одређене дисциплине без разматрања спорних питања о којима постоје различита, па и супротна схватања – што зависи од захтеваног академског нивоа предавања и уџбеника односно учила – али се у том случају ни сопствени ставови и аргументи за њих *не* излажу осим ако не припадају општеприхваћеним или далеко преовлађујућим погледима на питања и проблеме материје дате академске дисциплине.

У Финисовим научним радовима у којима се налазе спорни ставови наведени у *Петицији* нема релевантних излагања и разматрања супротних гледишта, поготову не научно, епистемолошки и методолошки релевантно заснованих разматрања тих спорних ставова. На пример, свој став да околност што је неко геј треба да се сматра бар негативном, ако не дисквалifikаторном околношћу приликом допуштања усвајања деце, затим став да може постојати веза између бити геј и злоупотребљавати децу (Finnis 2011a, 38, 42; 2011b, 21, 23–24), једнако као и став да хомосексуално понашање јесте зло, нешто погрешно и лоше не само за друштво и државу него и за било ког несрећника који има урођене или квазиурођене хомосексуалне склоности, па држава и друштво треба да обесхрабрују људе да буду геј и да подстичу антигеј образовне програме (Finnis 1994a,

17, 14; 1995; 1997a; 2011d, 334–336, 351) – све те и друге сличне ставове Финис изводи пре свега из своје сопствене опште и правне филозофије, коју пак деценијама заснива, као што је познато, на аргументима ауторитетā, превасходно на ауторитету Томе Аквинског (Finnis 1994a; 1995; 1997a; 2011d; 1997b; 2011e; 2008; 2011f; 2011a, 20, фн 61–62; 2011b, фн 61–62), о чему у зборнику Финисових есеја *Људска права и опште добро* веома речито сведочи и именски Index, у којем се тек за поједина имена даје и мање-више исцрпан стварни регистар, и где је предметно најисцрпнија и најдужа одредница она за Аквинског (Finnis 2011c, 411–429, посебно 411–412), а потом она Аристотелова (Finnis 2011c, посебно 412–413). Финис не изводи горе примерице поменуте ставове, као ни највећи број осталих својих ставова, из савремених научних истраживања и на њима методолошки заснованих научних становишта, па (и) утолико многа његова излагања представљају злоупотребу слободe академског говора. Узоран, супротан пример представљају радови нашег социолога Слободана Антонића (1959–), који је у неким својим ставовима близак Финису, али те своје ставове заснива на критичким методолошким разматрањима научних приступа, обрада, па онда и научних увида (супротних или другачијих од својих властитих – Антонићевих) до којих се дошло у истраживањима тих проблема (Антонић 2014, посебно 97–139, гл. III „Истополне породице“: идеја и оспоравање; затим 141–173, гл. IV „Деца у ‘истополним породицама’: преглед дебате“; и 175–218, гл. V „Школска ‘квир инклузија’: тежње и отпори“).

О Финисовим предавањима овде се не може много рећи,<sup>1</sup> осим што се на основу *Петиције* и броја њених потписника може претпоставити да су предавања мање-више исте садржине као и Финисови списи. Утолико би се онда садржини тих предавања могле упутити сличне примедбе као оне које су овде изречене о Финисовим списима.

### 3.1.2.2. (б) другог корака: Финисови ставови о бестијалности

Реч *бестијалност* у српском језику има веома ретко, а стога можда као последње у низу значења, значење *скотолоштва* или *сексуалног односа човека и животиње*. Управо је супротно у енглеском језику, па и Финис такође користи реч *бестијалност* у том значењу и за то се његовој таквој употреби те речи нема ништа замерити. Међутим, његово схватање бестијалности као појаве коју

<sup>1</sup> Ауторка посебно захваљује професорки Марији Караникић Мирић, која је академске 2006/07. године, током свог истраживачког боравка на Гринити колеџу, као оксфордски студент постдипломских студија слушала курс из Филозофије права професора Финиса и не само што јој је пренела своје утиске и искуства с тих предавања него јој је и веома помогла и олакшала прикупљање неких делова недостајуће примарне литературе.

генусно или специфично изједначава с неким другим појавама, пре свих с хомосексуалношћу, а нарочито имајући на уму разлоге тог изједначавања, изазива и мора изазвати на почетку 21. века бар неке стручне недоумице, запитаности, неприхватања и отпоре. Погледајмо поближе.

Финис каже да је „копулација људи с животињама неприхватљива зато што људску сексуалну активност и задовољство третира као нешто што се тражи управо на начин који је, попут спаривања животиња, одвојен од израза било ког општег добра, и стога третира људски телесни живот – у једној од његових најинтензивнијих активности – као пуко животињски. Својевољно генитално спаривање особа истог пола неприхватљиво је из веома сличних разлога“ (Finnis 1992). У таквом и сличном изједначавању бестијалности и хомосексуалности Финис се уобичајено ослања на велике ауторитете. Тако, расправљајући о Кантовом концепту противприродних кривичних дела, која су тако названа јер су управљена против човечанства односно човечности, наводи да ту спадају: силовање, педерастичност и бестијалност (Finnis 1987, 433–456; 2011g, 47–71, посебно 61–71). Касније ће опет рећи и поновити да је постхришћанска морална филозофија Имануела Канта идентификовала да се (по)грешност мастурбационог, хомосексуалног и бестијалног понашања састоји у инструментализацији нечијег тела те стога („пошто је личност апсолутно јединство“) у оном „(по)грешном према човечности-човечанству у нашој сопственој особи“ (Finnis 1994b; 1996; 2011h, посебно 104 фн 80; а идентично и у 1994a; 1995; 1997a; 2011d, посебно 342 фн 17). Када те појаве посматра с гледишта Томе Аквинског, питајући се који је међу тим актима најгори, Финис истиче да Ендру Капелмен (1957–) претерује кад каже да су за Аквинског хомосексуални акти јединствено монструозни; те да је за Аквинског бестијалност гора врста предавања неразумној, разорној жељи за задовољством, а да су силовање и прељуба много гори у смислу неправде (Finnis 1994a; 1995; 1997a; 2011d, посебно 347 фн 27). Финис ту закључује такође да сексуални акти у које су укључени истополни партнери (с намером да њихови акти кулминирају у оргазмичком задовољству помоћу прста у вагини, пениса у устима итд., итд.) остају небрачни, и тако неразумни и (по)грешни и када их на сличан начин изводи брачни пар (Finnis 1994a; 1995; 1997a; 2011d, посебно 347–348). Коначно, опет разматрајући хомосексуалност, бестијалност и друге сродне појаве сходно схватањима неких великих ауторитета, те критикујући Џона Бозвела (1947–1994) за намерно искривљено представљање односно тумачење Аквинског, Финис указује на то да Аквински дугује Аристотелу (384–322) повезивање и сврставање у исту групу: канибализма, бестијалности, копрофагије и хомосексуалних аката – као

противприродних задовољстава, јер Аквински тај став преузима из *Никомахове етике* (7.5) (Finnis 1997b; 2011e, посебно 370–372).

Овај кратки приказ Финисовог схватања и бављења бестијалношћу као феноменом људске сексуалности који је сличан или истоврстан с хомосексуалношћу има за циљ да покаже, с једне стране, размере Финисовог бављења том темом, а с друге, једнако битно питање методологије бављења њоме. Сматрамо да су то питања која су релевантна за обе овде заступане тезе о случају Финис, јер садрже значајне аргументе, па ћемо се на њих вратити када будемо изводили коначне закључке о тим тезама. А сада најпре завршимо излагање о доброј академској пракси.

*3.1.2.3. (в) другог корака: Академско правило, то јест обавеза да се држимо свог предмета, односно дисциплине*

Академска обавеза да се на предавањима, у истраживањима и стручном списатељству свако придржава своје дисциплине – њеног предмета и метода, наравно, не значи да и у наше време не треба тражити праву меру између високе и дубоке али уске стручности, с једне стране, и интердисциплинарних увида широког и далеког хоризонта, с друге. Никако. У том смислу треба имати на уму да је Финис професор права и професор филозофије права. И узимајући све то у обзир, Финису се може замерити што је претерано а предметно и епистемолошко-методолошки неосновано залазио у друге мање-више сродне области и што у својој области уопште није дотицао нека питања, или их није обрађивао у адекватној мери, или их није обрађивао на начин који је методолошки пожељан и неопходан. Конкретизујмо то примерима.

За савремено разумевање феномена хомосексуалности и заузимање ваљаног моралног и политичко-правног става према тој појави – у области уставног права и брачне, породичне, кривичне и многе друге легислативе – важно је осветлити шта су током историје о том феномену мислили и рекли велики умови, али и шта кажу наши савременици. Зато Финисово упућивање на Сократа, Платона, Ксенофона, Аристотела, Плутарха, Гаја Мусонија Руфа, Августина, Тому Аквинског, Канта и друге јесте просвећујуће и значајно (Finnis 1994b; 1996; 2011h; 2008; 2011f; 1994a; 1995; 1997a; 2011d), али није довољно. Није довољно зато што, примерице, поуздано знамо да нам је данас став једног од тих највећих умова – Аристотелов став о *ропству* сасвим неприхватљив. Морамо бити свесни да слично може бити и с хомосексуалношћу.

Иако је историја учитељица живота, за разумевање хомосексуалности и заузимање ваљаног етичког и правног става према њој, дакле, није довољно познавати само историју те идеје, па чак није

довољно уз њу познавати и моралну и правну историју легислативе и судске праксе у вези с хомосексуалношћу у разним временима и разним заједницама. Неопходно је имати на уму нова научна истраживања и сазнања – биолошка, психолошка и социолошка, пре свих. А то је оно што код Финиса потпуно недостаје, а што постоји као резултат разних савремених научних истраживања, и што, речено је, Антонић критички узима у обзир (Антонић 2014, ту посебно видети Наведену грађу: 261–308, која је, поменимо и то, највећим делом на енглеском).

Када Финису замерамо то што није узео у разматрање нове научне – биолошке, психолошке, социолошке и др. – резултате у истраживању хомосексуалности, и то бар на нивоу обавештења о њима, без обзира на потоње заузимање било позитивног било негативног критичког става према тим истраживањима и њиховим резултатима, мислимо, пре свега, на Финисов епистемолошко-методолошки приступ. Сматрамо, наиме, да савремени приступ и ставови о хомосексуалности не треба да се заснивају само на низу аргумената ауторитета који почиње, на пример, са Сократом (или Старим заветом – свеједно), па иде преко Платона, Аристотела, Плутарха, Августина, Аквинског (и др.) и завршава се с Кантом, као врховним постхришћанским (то јест модерним) морално-филозофским ауторитетом. Ту замерку Финисовом епистемолошко-методолошким приступу појачава околност што је своје радове (како је овде већ показано) објављивао у више наврата. А свако ново публикување јесте, наиме, не само прилика него и научничко-академска обавеза да се већ раније објављени текстови употпуњују било новим релевантним сазнањима о предмету, било освртима на изречене критике, наравно, ако их је било.

Истине ради, треба рећи и да у Финиса има излагања ставова савременика и гледишта која су супротна од Финисових, али се и једни и други односе пре свега на супротстављене ставове и интерпретације Платона, Аквинског или Канта и др., дакле, опет на историју идеја о хомосексуалности. Тим поводом треба рећи да сматрамо да је Финис у праву у свом критичком супротстављању Марти Нусбаум (1947–), Капелмену и Бозвелу и неким другим ауторима (Finnis 1994b; 1996; 2011h; 2008; 2011f; 1994a; 1995; 1997a; 2011d). Али, исто тако, колико год било важно за историју идеја и њихову ваљану рецепцију, то уопште није битно за наш данашњи став према хомосексуалности. Јер, аргумент (великих историјских) ауторитета, као што је речено, не може данас бити пресудан и ео ipso помоћи формирању нашег ваљаног става.

Коначно, када је реч о Финисовим обимним и детаљним излетима у историју етике и посебно у историју етике људске сексу-

алности, у којима се, говорећи о појавама наводно сродним хомосексуалности, бави бестијалношћу, педерастичом, канибализмом, копрофагијом, силовањем, мастурбацијом, морално грешним сексуалним праксама хетеросексуалних брачних парова итд., итд., нема сумње да тиме излази из оквира предмета филозофије права (слично Здравковић 2008, 111–112, 118–124). А с друге стране, чини се да такво и толико бављење тим појавама као сродним хомосексуалности мора изазвати – не само у хомосексуалаца – осећај повреде достојанства хомосексуалних особа иако то вероватно није била Финисова намера. Но, за постојање злоупотребе академске слободе говора, као што смо видели, постојање такве намере најчешће и није битно односно неопходно.

Ако пак покушамо да објаснимо откуда ти Финисови излети у изванфилозофскоправно подручје и поготово зашто су тог типа и тако великог обима, признајемо да можемо остати само на нивоу утисака. Финис не жели да искаже своје ставове о хомосексуалности *expressis verbis*, али жели да их учини не само јасним него и уверљиво образложеним по својој мери. Ти његови ставови јесу израз његових дубоких уверења. Његов поглед на свет (његов светоназор), његова општа, морална и правна филозофија веома су тесно и неразмрсиво повезани. То за филозофију права каткад није добро, јер мора платити (догматски) данак (чврстине уверења о) одређеним моралним назорима (у овом случају – римокатоличком светоназору и етици). Финис има негативан морални (тј. природноправни) став према хомосексуалности, али, пошто правни (тј. позитивноправни) став према хомосексуалности није више негативан, обавезан је да тај феномен толерише у пракси. Финис има јак негативан став према животној заједници два истополна партнера иако она данас у појединим правним порецима ужива позитивноправну заштиту. Та се заједница, по њему, позитивноправно може под одређеним правним условима звати браком, али никад не може имати суштинске одлике брака. Поред тога, стиче се утисак, иако то Финис не каже изричито, да он није за то да животно заједница два истополна партнера уопште буде правно призната, регистрована и заштићена, макар се позитивноправно и не звала браком. Штавише, премда није против декриминализације хомосексуалних веза, има се утисак као да не мисли да је исказивање хомосексуалних наклоности у јавности – искључиво питање укуса, већ као да је у његовим очима (због утицаја који има на васпитање и уопште формирање моралних ставова у друштву) – (бар лакши морални) преступ. На крају, Финис је и против правне могућности да истополни брачни партнери усвајају децу све док за то има хетеросексуалних аспираната, али ни тај свој став уопште не образлаже, поготову не ослањајући се на савремена научна истраживања и ставове (другачије, као што је речено, Антонић 2014).

Остао нам је још трећи корак зарад целовитог разматрања тезе о Финисовој (не)злоупотреби академске слободе говора.

### 3.1.3. Трећи корак: Шта је правно слободан простор

С обзиром на то да ли су или нису регулисани (позитивним) правом, све друштвене односе, то јест целокупну друштвену сферу, можемо поделити на сферу правних односа – правну сферу у ширем смислу, и на сферу осталих друштвених односа, то јест оних нерегулисаних правним или било којим другим нормама – правно слободну сферу у ширем смислу. Но, све друштвене односе можемо поделити и по другом критеријуму, такође везаном за позитивно право, на оне друштвене односе који *треба* да буду регулисани правом (на пример, својина, то јест својински односи) и оне који *не треба* да буду регулисани правним нормама (на пример, међусобно ословљавање људи).

Када се пак та два критеријума укрсте, то јест примене истовремено, разликују се четири врсте (не)повезаности друштвених односа с позитивноправном регулативом: (1) друштвени односи који *јесу и треба* да буду позитивноправно регулисани (/ваљано/ позитивно право), (2) они који *нису а треба* да буду позитивноправно регулисани (правне празнине), (3) они који *нису и не треба* да буду позитивноправно регулисани (правно слободан простор у ужем смислу) и (4) они друштвени односи који *јесу а не треба* да буду позитивноправно регулисани (злоупотреба правне форме, то јест злоупотреба објективног права) (Лукић 1975, 254–258).

Не упуштајући се у велике теоријске расправе ни овим поводом, где примерице спадају питања: има ли или нема правних празнина у правном систему, јесу ли правни системи отворени или затворени, у чему је разлика између правне празнине, правне јаме, рупе у закону итд., итд., треба ипак ставити једну терминолошку напомену. На немачком се за правно слободан простор, и то и у ширем и у ужем смислу користи израз *rechtsfreier Raum*, док се у енглеском најчешће користи неуспела метафора *legal vacuum*, или чак *legal lacuna*, мада је, сматрамо, једино ваљан неметафорични израз *sphere unregulated by law*.

Напоменимо само упут и то да би се тим двама (/позитивно/ правним) критеријумима могао додати и трећи (природно)правни, па би се могло поставити питање да ли неко већ ваљано одређено позитивно право јесте или није истовремено и садржински (или правно-технички) добро. На пример, да ли су својински односи у неком правном систему праведно регулисани тим позитивним правом; да ли забрану дискриминације због сексуалне оријентације треба унети у уставну одредбу или пак само у одговарајући закон. Премда би и



једна оваква анализа Финисових ставова била веома занимљива, она би изашла далеко изван оквира ове теме, па стога остајемо само на прва два критеријума: правне (не)регулисаности друштвених односа и друштвене (не)потребности тог правног регулисања.

У наше време право по правилу не регулише сексуалне односе одраслих, зрелих људи, у које ови ступају својевољно. Евентуални изузеци су прељуба и проституција, које су у овом смислу релевантни, засебни правни институти у појединим савременим правним системима. Дакле, својевољни сексуални односи одраслих, зрелих људи данас по правилу спадају у правно слободан простор, и то у правно слободан простор у ужем смислу, тј. сферу међуљудских односа која није и не треба да буде регулисана (позитивним) правом. Истина, за разлику од државе и њеног позитивног права, многе цркве су својим нормама регулисале те односе, а и сваки одрастао, зрео појединац има своје моралне назоре (то јест норме) о томе. Зашто је то важно?

Сматрамо да представља злоупотребу академске слободе говора у области филозофије права када се неко бави питањима која спадају у правно слободан простор, или када се неко детаљно бави наводно сродним или пак веома удаљеним питањима из историје неке идеје (у овом случају идеје о хомосексуалности), а не бави се битним неправним питањима – савременим социолошким, психолошким, биолошким и другим резултатима – без којих се не може заузети ваљан морални и политичко-правни став о тој појави. Ово из следећих разлога:

Прво, стога што бављење како питањима која спадају у правно слободан простор, тако и наводно сродним или пак веома удаљеним питањима из историје идеја ствара *привид* да се неко креће у границама академске слободе говора, мада је то говор који уопште није предметно релевантан или је врло мало релевантан.

Друго, стога што бављењем тим питањима аутор (можда несвесно и ненамерно) ствара још један привид, наиме, да је његов поглед на свет и на појаве у њему (па и поглед на хомосексуалност) једино исправан, јер су његови ауторитети врховни, при чему је изостало разматрање савремених резултата разних релевантних научних дисциплина. Такав некритички епистемолошко-методолошки приступ није својствен филозофији, па ни филозофији права.

Треће, такво бављење наведеним питањима (тј. питањима која спадају у правно слободан простор, као и наводно хомосексуалности сродним а у ствари веома удаљеним питањима из историје идеја) јесте атак на људско достојанство хомосексуалних особа, иако највероватније такво бављење тим питањима није предузето с том намером.

Све у свему, када се узме у обзир све горе наведено, изгледа да се може закључити да Финисов начин бављења хомосексуалношћу и сродним појавама, тј. академски говор о тој теми и поводом ње, на немалом броју места у његовим списима има све елементе злоупотребе академске слободе говора.

Остало је још да се каже нешто о другој овде заступаној основној тези, која се односи на евентуалну дискриминаторност и фобичност Финисових ставова.

### 3.2. Теза о (не)дискриминаторности и (не)фобичности Финисових ставова

Најпре о дискриминацији. Не улазећи ни овим поводом у теоријска разматрања о дискриминацији, па ни она Финисова, осврнућемо се само на три најосновнија начина испољавања дискриминације у праву, као правно неприхватљивог прављења разлика. Може се радити: (А) или о правно недозвољеном прављењу разлика понашајући се на одређени начин у пракси, у животу; (Б) или о нелегитимном и нелегалном залагању за правно-политичко укидање или успостављање разлика (овде, у Финисовом случају, најчешће због одређене сексуалне оријентације); (В) или о филозофском и научном описивању сличности и разлика и на основу тога заузимању правно неприхватљивих, дискриминаторских вредносних ставова, који пак могу али не морају утицати и на претходна два начина испољавања дискриминације.

Дакле, поводом дискриминације у праву, реч може бити: (А) било о правно (не)дозвољеном различитом третирању конкретних људи, то јест о конкретним актима дискриминације; (Б) било о (не)легитимном и (не)легалном правно-политичком заговарању дискриминације по основу (хомо)сексуалне оријентације, то јест о заговарању одређених уставно-законских решења (на пример, о правној немогућности склапања брака хомосексуалаца; или о њиховој правној могућности регистравања заједнице која се не зове брак и води се у одвојеном регистру; или о њиховој правној немогућности усвајања деце; или о тој могућности, али тек ако нема хетеросексуалних аспираната итд., итд.); (В) било о исказивању општих филозофско-научних ставова о хомосексуалности и сродним појавама те филозофском и научном описивању сличности и разлика међу њима и заузимању дискриминаторских вредносних ставова, који могу имати утицаја на претходне две групе ставова о дискриминацији, али не морају бити исказани с том намером.

(А) У Финисовом случају нема оптужби за неко конкретно дискриминаторско понашање према било коме, нити има икаквих посредних сазнања, изјава или доказа о томе. И пошто је то у досадашњој

пракси оксфордске универзитетске заједнице био једино релевантан вид дискриминације (Equality Policy; Free from Harassment Policy; Petition 2019), можемо закључити да у том смислу у Финисовом случају нема дискриминације. Но, *Петиција* је покренута и да би се у тој академској заједници почело с узимањем у обзир и заузимањем става и према другим (овде поменути под (Б) и (В)) видовима дискриминација (Petition 2019).

(Б) Што се пак тиче Финисовог залагања за правно-политичко укидање или успостављање разлика због одређене сексуалне оријентације, то јест заговарања у том смислу одређених уставно-законских решења, треба разликовати две ствари: прво – Финисов евентуални непосредни политичко-правни ангажман за одређена дискриминаторска уставно-законска решења, и друго, Финисово евентуално експлицитно залагање и заговарање у његовим филозофско-теоријско-научно-правним списима разних могућих дискриминаторских нормативних решења, на пример, тако што у њима анализира и аргументује с дискриминаторских позиција, па потом и критикује једна, или предлаже друга дискриминаторска уставна и законска решења било *de lege lata* било *de lege ferenda*.

(Б) Прво, једини (нама) познати случај Финисовог политичко-стручног ангажмана у том смислу јесте његово сведочење пред Врховним судом Колорада у прилог Амандману 2 (из 1992) на Устав Колорада, којим се забрањује било каква позитивна антидискриминаторска правна заштита лезбијкама, бисексуалцима и гејевима. Тај амандман је успешно оспорен пред Врховним судом Колорада, а стигао је и до Врховног суда САД.<sup>2</sup> Сведочећи 1993. године пред Врховним судом Колорада у прилог Амандману 2, Финис је рекао: „Политичка заједница која сматра да су стабилност и васпитна добротина породичног живота од фундаменталног значаја за садашњост и будућност породице може с правом сматрати својим неоспорним интересом да негира да је хомосексуално понашање – ‘геј животни стил’ – ваљан, људски прихватљив избор и облик живота те може учинити било шта примерено што може да одврати од таквог понашања“ (према Bamforth 1997, 14). Чини нам се да је то несумњиво дискриминаторан, али и несумњиво легитиман и легалан став. Садржински је дискриминаторан, али је правно-политички легалан и легитиман, јер је заузет у условима правне, и то судске расправе једног конституционалног питања највишег ранга и значаја, које је било покренуто Амандманом 2 и у том моменту је позитивно-правно стајало отворено.

(Б) Друго, у својим списима Финис се не залаже непосредно, директно, изричито за одређена политичко-правна конституционална

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

и легислативна решења. Чак је упадљиво колико не разматра разна могућа уставна и законска решења и одговарајуће аргументације за и против њих, што, како смо већ раније рекли, сматрамо да није добро – ни филозофски ни правнички стручно посматрано – јер филозофију права, па и посебне филозофије уставног, породичног или брачног и других грана права веома удаљава од живота, тражећи аргументе за правна решења превасходно у мишљењима ауторитета, и то историјски веома далеких ауторитета. И о случају колорадског уставног Амандмана 2, о коме Финис у својим списима говори на више места (тек примерице, Finnis 2011a, 16, 99, 111, 345, 352, 372, 378, 385, 387), говори некако успут, најчешће у фуснотама, осврћући се чешће на расправу о историји идеја, коју је тим поводом водио с Мартом Нусбаум (Nussbaum 1994) и другима, него на само спорно уставноправно питање. А и када на ретким местима говори о том случају, често га сужава на питање права хомосексуалаца на усвојење те чак и не излаже спорни амандман, а камоли детаљно расправља и образлаже своје изречене спорне аргументе у прилог таквом амандману. Све у свему, у Финисовим списима нема ни овог другог вида дискриминаторских ставова у било којој од њихове две варијанте.

(В) Завршавајући анализу питања (не)постојања дискриминације код Финиса, остало је још да се види да ли у Финисовим филозофско-научним списима има дискриминаторских ставова изузимајући претходно разматране – под А и Б. Одговор и на то питање је одречан, јер се правна дискриминација и вредносна дисквалификација *не* поклапају. Иако Финис има неке данас многим неприхватљиве, а понекад и правно неприхватљиве критеријуме разликовања и разврставања, као и изједначавања и сврставања, ипак се *stricto sensu* не би могло рећи да се ту ради о правној дискриминацији. С друге пак стране, потпуно је нормално и природно што они који читају или слушају Финиса претпостављају да је такве своје филозофскоправне и теоријскоправне ставове изрекао као исправне и истините да би ти ставови у неком виду нашли своје практично-правно отеловљење, па их стога доживљавају као правно дискриминаторске. Подсетимо се само таквих овде раније поменутих ставова: да је својевољно генитално спаривање особа истог пола неприхватљиво из веома сличних разлога из којих је неприхватљива копулација људи с животињама; да може постојати веза између бити геј и злоупотребљавати децу; да хомосексуално понашање јесте зло, нешто погрешно и лоше не само за друштво и државу него и за било ког несрећника који има урођене или квазиурођене хомосексуалне склоности; став о истоврсној (по)грешности мастурбационог, хомосексуалног и бестијалног понашања; да су небрачни, неразумни и (по)грешни они сексуални акти у које су укључени истополни партнери (с намером да њихови акти кулминирају у оргазмичком задовољству помоћу прста у ваги-

ни, пениса у устима итд., итд.) и онда када их на сличан начин изводи брачни пар; да, као противприродна задовољства, спадају у исту групу појава: канибализам, бестијалност, копрофагија и хомосексуални акти; да хомосексуално понашање – „геј животни стил“ – није ваљан, људски прихватљив избор и облик живота те да политичка заједница може учинити било шта примерено што може да одврати од таквог понашања.

Подсетимо, у другом делу *Петиције* тражи се да Оксфордски универзитет разјасни своју политику према дискриминаторским професорима, између осталог, и зато што *стварно* стање ствари *не* одговара циљевима „инклузивне културе једнакости и вредносних различитости“ и „позитивног окружења у коме се људи третирају правично и с поштовањем – без узнемиравања“ (Equality Policy & Free from Harassment Policy), који се у тим актима промовишу (Petition 2019). У *Петицији* се истиче да у пракси, у овом моменту, студенти и запослено универзитетско особље морају да имају случај узнемиравања, виктимизације или застрашивања *конкретне* личности од конкретне личности, док се против професора који се устремљују на људе у неповољном положају на неки општији начин, на пример, својим објављеним радовима, не реагује (Petition 2019).

Стиче се утисак да су аутори *Петиције* били свесни да при садашњој регулативи на Универзитету у Оксфорду оптужба против Финиса за дискриминацију и узнемиравање (или за узнемирујућу дискриминацију) може бити одбијена као неоснована из управо горе наведених разлога (то јест зато што не представља случај узнемиравања, виктимизације или застрашивања *конкретне* личности или *конкретних* личности од конкретне личности, него је то случај професора који се устремљује на људе у неповољном положају на општи начин, својим радовима) те да су због тога такву генерално (или, боље речено, генусно) устремљену узнемирујућу дискриминацију људи у неповољном положају подвели под мрзилачке исказе (hateful statements), тј. фобичне (phobic – homophobic and transphobic) ставове (Petition 2019).

Дакле, сада о фобичности. За разлику од Србије, говор мржње (hate speech) јесте кривично дело у Енглеској, Велсу и Шкотској од 1986, али тек допуном из 2008. за Енглеску и Велс почиње да се односи и на говор мржње према особама одређене сексуалне оријентације (Vanderbeck, Johnson 2011). Треба напоменути да говор мржње може бити изражен на разне начине (речима, понашањем, писаним материјалима, снимцима или програмом), али мора бити претећи а не само погрдан или увредљив. Према томе, Финисов говор не спада у говор мржње, па вероватно зато аутори *Петиције* говоре о Финисовим мрзилачким исказима (hateful statements) и

фобичним (phobic – homophobic and transphobic) ставовима. Када се још једном погледају Финисови овде наведени ставови (видети горе под В), чини се да се за њих може рећи да, ако и нису мрзитељски, то јест нису израз мржње, нити изазивају баш мржњу према особама о којима говоре, несумњиво изражавају и изазивају *екстремну аверзију* према тим људима чија понашања описују. Ти Финисови ставови, сматрамо, јесу фобични. Могло би се навести још сличних примера, а и оне наведене још екстензивније цитирати и анализирати, но, мислимо да је и ово сасвим довољно за закључак.

#### 4. ЗАКЉУЧАК И НАРАВОУЧЕНИЈА

Сматрамо да Финис није прекорачио границе академске слободe говора, али да јесте злоупотребио ту слободу. Неки од његових ставова, као апстрактно изражена мишљења, јесу фобични, али нема доказа о његовом конкретном дискриминаторском понашању према било коме. Дакле, Финисова је одговорност, по нашем мишљењу, чисто морална и професионално-етичка (што не значи и мала), али није и правна.

Будући да обим овог прилога не омогућава ни бављење питањима као што су тзв. (ново) природно право, где спадају схватања Жермена Грисеа (Germain Gabriel Grisez), Роберта Жоржа (Robert Peter George), Тимоџија Чепела (Timothy Chappell) и друга слична схватања, као ни детаљније бављење до сада јавно изреченим критикама Финисових ставова, о чему ћемо више говорити у другом спису, ипак, сматрамо да се на крају овог прилога морамо запитати зашто више од четврт века, то јест двадесет и пет година – што је за историчаре време стасавања нове генерације, то јест време смене генерација – *скоро* да и није било реаговања на те сада оспораване Финисове ставове, исказиване и понављане током свих тих година у његовим списима. Кажемо: *скоро*, јер осим часних изузетака (који у струци нису подржани како и колико је требало) и неких овде поменутих и других непоменутих аутора који су оспоравали Финисове ставове у вези с историјом идеја, Финисови битни ставови скоро да и нису критиковани од најпроминентнијих аутора (англо-америчке) филозофије права, који су за ту критику били најпозванији, управо зато што ту, међу њих, и сам Финис спада. Преовлађујућа реакција је било ћутање и саме оксфордске академске заједнице и шире стручне заједнице. Оксфордска академска заједница се огласила почетком ове године звоном које се далеко чуло, а видећемо да ли ће и званично заузети неки став. Гласови из географски шире а стручно уже – филозофскоправно-космополитске заједнице и досад су се ретко чули, па је и њено ћутање сасвим нормално: Ми чланови те

заједнице далеко смо највећим делом мали каријеристи, који воде политику незамерања – јер коју би другу и водили у немилосрдном академско-“стручном“ свету чија је политика *публикуј или нестани* – и који стога објављују све више а читају све мање, нарочито критички, и све мање критички размишљају, а о објављивању тог критички промишљеног да и не говоримо: Јер, то значи замерање, губљење времена, животне и интелектуалне енергије, позиција и пара, што је све лоше за сопствену каријеру, па је ‘разумније’ ћутати. То је лоше за филозофију права. Стога није само Финис одговоран за злоупотребу академске слободе говора, за своје фобичне ставове и за стање и садржину своје филозофије права. Одговорни смо и сви ми из филозофскоправне заједнице који смо ћутали. Звоно звони и за нама.

### ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Антонић, Слободан. 2014. *Сексуалност и моћ: Социологија геј покрета*. 2. издање. Београд: Catena mundi. (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.
- Дамњановић, Милан. 1976. Кантов однос према логици. 7–14. *Логика: Приручник за предавања*. Имануел Кант, прир. Готлоб Бењамин Јеше, прев. Властимир Ђаковић. Београд: Графос. (Damnjanović, Milan. 1976. Kantov odnos prema logici. 7–14. *Logika: Priručnik za predavanja*. Immanuel 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 esseys*, Vol. III. Oxford: Oxford University Press.
- Finnis, John. 2011d. Law, Morality, and ‘Sexual Orientation’. 334–352. *Human Rights and Common Good. Collected esseys*, 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 esseys*, 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 esseys*, Vol. III, John Finnis. Oxford: Oxford University Press.
- Finnis, John. 2011g. Duties to Oneself in Kant. 47–71. *Human Rights and Common Good. Collected esseys*, Vol. III, John Finnis. Oxford: Oxford University Press.
- Finnis, John. 2011h. Limited Government. 83–105. *Human Rights and Common Good. Collected esseys*, Vol. III, John Finnis. Oxford: Oxford University Press.
- Хасанбеговић, Јасминка. 2000. *Топика и право: Значај обнове мисли о топици за одређење природе и особености правног расуђивања*. Подгорица: ЦИД. (Hasanbegović, Jasminka. 2000.



- Topika i pravo: Značaj obnove misli o topici za određenje prirode i osobenosti pravnog rasuđivanja.* Podgorica: CID.)
- Kant, Immanuel. 1800. *Logik: Ein Handbuch zu Vorlesungen.* Herausgegeben von Gottlob Benjamin Jäsche. Königsberg: Friedrich Nicolovius.
- Кант, Имануел. 1976. *Логика: Приручник за предавања*, прир. Готлоб Бењамин Јеше, прев. Властимир Ђаковић. Београд: Графос. (Kant, Immanuel. 1976. *Logika: Priručnik za predavanja*, прир. Gotlob Benjamin Ješe, прев. Vlastimir Đaković. Beograd: Grafos.)
- Лукић, Радомир Д. 1975. *Увод у право.* Београд: Научна књига. (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.
- Водинелић, Владимир В. 1997. *Такозвана злоупотреба права*. Београд: Номос. (Vodinelić, Vladimir V. 1997. *Takozvana zloupotreba prava*. Beograd: Nomos.)
- Водинелић, Владимир В. 2014. *Грађанско право: Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*. Београд: Правни факултет Универзитета Унион – Службени гласник. (Vodinelić, Vladimir V. 2014. *Građansko pravo: Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union – Službeni glasnik.)
- Здравковић, Милош. 2008. *Однос природног и позитивног права у теорији Џона Финиса*. Магистарски рад. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (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.

УДК 342.53(497.1)''1920''

CERIF: H300

DOI: 10.5937/AnaliPFB1903034S

Др Мирјана Стефановски\*

## ПРАВО ДИСОЛУЦИЈЕ У НАЦРТУ УСТАВА КОМИСИЈЕ ЈУГОСЛОВЕНСКИХ ПРОФЕСОРА ИЗ 1920. ГОДИНЕ

*У раду се разматрају теоријска становишта која су определила нормативно уређење права дисолуције у уставном нацрту владине комисије из 1920. године. Имајући на уму искуства парламентарне праксе у следу спорних употреба краљевских прерогатива, комисија је у првој уставној одредби формулисала прокламацију парламентаризма као општег интерпретативног начела, чији је смисао био да утврди везаност аката круне конвенцијама парламентарног режима и тако највећма сузи подручје дискреционог поступања. Улога краља у парламентарној монархији конципирана је у складу са поставкама теорије о парламентарној влади као систему уставне равнотеже власти. Круна је схваћена као модераторна власт, која је позвана да оцењује оправданост владиних дисолуција када треба остварити хармонију између парламента и министарства и обезбедити стабилну владу, али и као ванредни, неутрални ауторитет, који се као противтежа искључивој партијској владавини може противставити свемоћи парламента и апелом на народ са изборном владом из мањине интервенисати зарад успостављања сагласја политичког лика парламента и расположења бирачког тела.*

Кључне речи: *Распуштање парламента. – Краљевске прерогативе. – Парламентарна влада. – Видовдански устав. – Слободан Јовановић.*

У декларацији којом је кабинет Стојана Протића 5. марта 1920. године парламенту представио програм нове владе, израда нацрта устава и изборног закона за сазив уставотворне скупштине били су истакнути као најпречи задаци, који се свакако морају обавити пре распуштања привременог народног представништва, да би садејством представничког тела и парламентарном контролом владе били очува-

---

\* Ауторка је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, stefanovski@ius.bg.ac.rs.

ни темељни принципи уставности.<sup>1</sup> На челу коалиционог кабинета насталог на основу споразума радикала са парламентарним групама окупљеним у Народном и Југословенском клубу, за које се држало да у уставном питању репрезентују становишта Хрвата и Словенаца (Matković 1963, 42–44; Gligorijević 1970, 128, 133–134), Протић је за себе задржао и портфељ министра за конституанту, сматрајући најважнијим делом владе припрему текста уставног пројекта који би, спрам све изразитијих националних подела поводом конституционалног дефинисања облика државног уређења и правног статуса покрајина, могао прво у влади, а онда и у уставотворној скупштини, бити примљен као компромисно решење (Popović 1988, 32, 91–92, 94–96).

За израду нацрта устава била је образована стручна комисија у коју су, као најбољи зналци уставног права, ушли професори са три југословенска универзитета: Слободан Јовановић, Коста Кумануди и Лазар Марковић са београдског Правног факултета, Ладислав Полић са катедре за јавно право Свеучилишта у Загребу и Богумил Вошњак, професор државног права у Љубљани. Обележавајући њен задатак као експертску припрему уставног текста који ће он потом оценити с политичког становишта и употребити као основу за израду владиног предлога устава, Протић је уставној комисији дао и опште упутство да се приликом нормативног уобличавања битних института угледа особито на решења белгијског Устава, познатог као узорни модел либералне уставности.<sup>2</sup> Комисија се определила да за основу узме српски Устав од 1903. године, налазећи да је он „у главноме израђен према белгијском уставу“, који је била упућена да следи као образац. У пратећем извештају наведено је и да се комисија нарочито старала да новим редакцијама измени оне чланове за које се у уставној пракси показало „да дају повода контроверсама“, али такође и она одређења која по оцени теоријске критике нису сагласна „захтевима савремене правне науке“ или која према доктринарним премисама више „не одговарају начелима савремене демократије“.<sup>3</sup> Чланови комисије истицали су потом у јавности да су у изради нацрта устава суделовали искључиво као стручњаци, који су радили један заправо правнотехнички посао према добијеним општим смерницама и да су се зато доследно уздржавали да приликом креирања уставних решења уграђују властите погледе и назоре (Polić 1921a, 6; Marcovitch 1924, 20), но та се резерва поглавито односила на уставну

<sup>1</sup> Стенографске белешке Привременог народног представништва Краљевства Срба, Хрвата и Словенаца (у даљем тексту: ПНП), 1919/1920, IV, 275–276.

<sup>2</sup> Нацрт устава по предлогу Стојана М. Протића, дефинитивни текст, после дискусије са комисијом, са додатком: Нацрт устава израђен од уставне комисије, Београд 1920, VI.

<sup>3</sup> Извештај уставне комисије од 14. априла 1920. године – *ibid.*, 65–67.

концепцију покрајинског уређења.<sup>4</sup> Уносећи, међутим, као темељне критеријуме и вредносна мерила не само поставке уставне теорије него и постулате политичке доктрине, она схватања која су заступали као теоретичари уставног права, у погледу прерогатива круне и институционалног оквира парламентарне владе чланови комисије су уставном тексту уједно дали и самосвојни ауторски израз.

У прокламацији регента Александра о државном уједињењу 1. децембра 1918. била је свечано исказана владаочева посвећеност начелима парламентарне владавине, којима ће у вршењу краљевске власти „остати увек веран“.<sup>5</sup> Али се владалачка амбиција да остварује одлучан утицај на политику владе јасно испољила већ у првој години парламентарне праксе, у поступању које је недвосмислено значило закорачивање изван оквира оне деликатне улоге монарха у парламентарном систему, коју је знаменити писац о конвенцијама парламентаризма Валтер Беџхот дефинисао чувеном формулом о правима круне да буде консултована, да охрабрује и да опомиње (Bagehot 1896, 75). Тако је у децембру 1918. године регент Александар одбио да потпише указ о именовању министара који му је службено, као председник одговорне владе, на основу споразума свих политичких странака о концентрационом кабинету поднео Никола Пашић. Суревњив на велики Пашићев углед и из бојазни да ће тако искусан први министар умети да спута и отклони утицај двора, регент је изазвао Пашићеву оставку, ултимативно инсистирајући на ставу да не може бити на челу владе личност која не ужива поверење и другог уставног чиниоца, круне. И док је тај самовољни поступак начинио поразан утисак у кругу страначких првака и у узбуни и констернацији био назван „државним ударом“ (Pribićević 1990, 91–92), до разрешења министарске кризе дошло је Протићевим прихватањем мандата за састав владе (видети Krizman 1967, 272–281; Станковић 1985, 224–229). А управо је Протић, који је словио за политичара највећма приврженог узорном парламентарном реду, пишући раније о важности конвенција парламентарне владе, разлагао да је краљ дужан да прими састав кабинета који предложи вођа већине и да највише што може јесте да изрази противљење избору неке личности за министра и то превасходно из разлога приватне природе, а не због политичког неслагања (Протић 1911, 28–29). Сада је пак, правдајући своје пристајање вишим државним интересом, примањем мандата заклонио министарском одговорношћу и тако груби утицај владоца

<sup>4</sup> Изјава Ладислава Полића у уставној комисији – АН, RO Šurmin, кут. 4; Стенографске белешке. Рад Уставног одбора Уставотворне скупштине Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, I–IV, Београд 1921 (у даљем тексту: УО), 9. 2. 1921 (Л. Марковић), 59.

<sup>5</sup> *Građa o stvaranju jugoslovenske države (1. I – 20. XII 1918)*, priredili Dragoslav Janković i Bogdan Krizman, Beograd 1964, 674–676.

који се испољио у пренебрегавању коалиционог споразума о саставу владе, уклањању неспорног шефа већинске странке и задирању у унутрашње партијске односе.

Стојан Протић је потом и сам могао искусити да се у поимању регента Александра улога круне у монархијском парламентаризму никако не своди на увек пасивно држање владаоца, чије су све уставне прерогативе пренесене на одговорне министре. Противан систематском сужавању аутономног делокруга покрајинских влада, које је као министар унутрашњих послова спроводио Светозар Прибићевић, дошавши с њим и у лични сукоб и пошто је на седници владе Прибићевић одбио да на захтев председника министарског савета демисионира, Протић је 1. августа 1919. године предао мотивисану оставку читавог кабинета, да би онда по савету председника парламента регент поверио мандат за састав нове владе вођи Демократске странке Љуби Давидовићу (видети Gligorijević 1970, 84–86, 97–98, 107–109; Engelsfeld 1989, 128–129). Сматрајући да конвенције парламентарног режима налажу монарху да у погледу солуција за разрешење министарске кризе следи савет председника владе, Протић је пак, како ће доцније тумачити Лазар Марковић, држао да сагласно мотивацији оставке, према парламентарном реду има право да очекује да добије мандат за реконструкцију кабинета, ако би се о Прибићевићевом положају споразумео са првацима демократа, или за образовање нове коалиционе владе, чија би судбина зависила од добијања поверења парламента (Marković 1991, 96–97). Гласање о владиној декларацији у привременом народном представништву показало је да Давидовићев кабинет има подршку тек незнатне већине и после непуних месец дана влада је поднела оставку, принуђена да демисионира због оскудице кворума за парламентарни рад услед опструкције којој је као крајњем, али и умногоне спорном средству политичке борбе прибегла опозиција. Пошто се у узастопним покушајима с поверавањем мандата за састав владе представницима опозиционих политичких група, па и самом председнику парламента, није могао образовати кабинет који би уживао потпору јасне парламентарне већине, регент је Давидовићу поново поверио владу уз овлашћење да, ако не буде остварила парламентарну сарадњу, може да распусти привремено народно представништво и распише изборе (видети Engelsfeld 1989, 154–158, 162–164, 166–167; Gligorijević 1979, 48–53). С другом Давидовићевом владом био је већ начињен искорак изван парламентаризма. Нова влада није се уопште представила парламенту нити је покушала да на програмској декларацији гласањем о поверењу у скупштини разреши питање опстанка на власти. Избегавање владе да се подвргне вотуму народног представништва прво простим несазивањем његових седница више од два месеца, а онда и указним одлагањем парламента, представљало је

најгрубље изигравање парламентарности и заправо поништавање темељних начела парламентарне контроле владе и министарске одговорности. Отуда се у погледу саображености конвенцијама парламентарне владе не може дати једнозначна оцена поступка регента Александра, када је потом Давидовићевој влади одбио да потпише указ о распуштању привременог народног представништва и изборима за велику народну скупштину (конституанту),<sup>6</sup> да би после Давидовићеве оставке нову владу образовао Стојан Протић.

Имајући свакако на уму искуства парламентарне праксе у следу спорних употреба краљевских прерогатива, уставна комисија унела је у нацрт устава и једну крупну новину – свечану прокламацију парламентаризма као уставног начела. Изричито нормирање принципа политичке одговорности владе као уставне дужности министара да поднесу оставку када им је у парламенту изгласано неповерење било је први пут нормативно формулисано у Вајмарском уставу из 1919,<sup>7</sup> а онда и у новим уставима младих европских република, аустријском и чехословачком из 1920. године (Mirkinе-Guetzévitch 1936, 14). Југословенска уставна комисија, пак, определила се за конзервативнији, већма класичан приступ и приликом нормирања института политичке министарске одговорности следила је решење француског уставотворца из 1875. године о солидарној одговорности министара пред домовима за општу политику владе,<sup>8</sup> употпуњено правом председника владе да предлаже круни чланове кабинета у складу са енглеском конвенцијом о положају првог министра (видети Vagehot 1896, 12, 70–71; Lowell 1920, 35–36). Принцип колективне одговорности министара уграђен је у уставни текст изричитим прописом да влада мора уживати поверење народног представништва, а начело солидарности владе утврђено је одредбама да краљ именује председника министарског савета, док се остали министри постављају на његов предлог.<sup>9</sup>

Комисија југословенских професора такође се није повела за маниром декларативног истицања начела народне суверености у првим одредбама поратних устава (видети Mirkinе-Guetzévitch 1936, 13), али је тај постулат демократске уставности нагласила у одређењу члана 36, да све државне власти проистичу из народа и врше се по одред-

<sup>6</sup> Записник седнице Министарског савета од 14. фебруара 1920 (објављен у: *Zapisnici sednica Davidovićeve dve vlade od avgusta 1919. do februara 1920*, pr. Bogumil Hrabak, *Arhivski vjesnik*, XIII, 1970, 92).

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

<sup>8</sup> *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.

<sup>9</sup> Нацрт устава уставне комисије, члан 124.



бама устава. На другој страни, прокламацијом парламентаризма као темељног уставног начела у првој одредби нацрта устава начинила је значајан искорак, занимљив и у погледу теоријског тумачења правне вредности саме уставне прокламације парламентарног режима. Преузета у свим потоњим прерадама владиног предлога устава, у уводним декларацијама уставних нацрта Стојана Протића и влада Миленка Веснића и Николе Пашића, та важна новина остала је незапажена у расправама у уставном одбору и у пленуму Уставотворне скупштине, потиснута у други план и у начелној дебати о монархијској форми владавине и у специјалном претресу о редакцији одредбе, усредсређеном поглавито на спорно питање изостављања југословенског имена из назива државе. Једино је Богумил Вошњак, који је као члан прве владине стручне комисије могао дати и своје ауторско тумачење, истакао да се формулом парламентарна монархија у уставној дефиницији државе изражава концепт потпуног поклапања династијског осећаја са грађанским слободама у идејном споју у којем је личност монарха схваћена као репрезентативни симбол, а краљевска власт, попут овлашћења свих јавних функционера, конципирана као вршење једне јавне службе у правној држави.<sup>10</sup>

Међу члановима уставне комисије Ладислав Полић се издвојио начелним оспоравањем решења да се нарочитом уставном одредбом у форми свечане прокламације парламентарне монархије начела парламентарног режима реципирају као саставни део устава. Теоријски скрупули, казује нам о ставу уставне комисије, узмакли су пред страховањем од личног режима које је превладало стручне обзире и навело да се то питање превасходно просуђује са политичког становишта. Полић је, међутим, држао да ни политички није умесно на тај начин грубо изрећи да су сва уставна права круне заправо илузорна, а уједно је и излишно, јер су битна обележја парламентарне владе јасно формулисана уставним одређењима о именовању министара на предлог председника владе и солидарној политичкој одговорности кабинета пред парламентом. Но, тежиште његове критике било је у истицању теоријске аргументације првенствено о мањкавости решења које са аспекта правне логике, елементарног критеријума писаног устава, у сам уставни текст уноси очигледно противуречје, нормирајући извесне одредбе и у исти мах их проглашавајући неуставним ако се косе са некодификованим начелима парламентаризма. Тако је неки акт круне, извршен тачно према уставном пропису, ипак неуставан по том истом уставу уколико није и строго парламентаран. Нагласио је још да је то решење већма спорно и зато што се оцена уставности неког акта опредељује једним мерилом које је по себи многоме неодређено. Јер не само да су начела парламентарне владе по својој природи врло еластична и променљива, него су и

<sup>10</sup> УО, 18. 2. 1921 (Б. Вошњак), 7.

битно различита зависно од усвојеног типа парламентаризма, односно разнородних облика парламентарне владе у појединим европским земљама. Будући примарно одређен конвенцијама, уставном етиком и парламентарном праксом, парламентарни режим је појам који се може различито схватити и у појединостима чак опречно интерпретирати. Утолико је и посве неупутно уносити у уставни текст тако флуидан појам према којем се има просуђивати о уставности конкретних аката у домену уставних овлашћења краља. Опочињући и на недавну појаву чиновничке владе или владе стручњака у Чехословачкој под уставом грађеним за парламентарну владавину, Полић је такође истакао да никако не треба пренебрегнути значајну околност да парламентаризам зависи и од многих фактичких претпоставки, међу којима је од особите важности постојање солидне већине или опозиције која би била подобна да преузме владу (Polić 1921a, 10–12).

Док је Ладислав Полић свој критички осврт објавио у стручном часопису док је још трајала расправа у Уставотворној скупштини, Лазар Марковић је о правној вредности прокламације парламентаризма у члану I Видовданског устава писао када су уставна решења увелико била ствар прошлости. За разлику од Полића, Марковић је одређење о парламентарној монархији сматрао изузетно значајним и вредним, никако само декларативним састојком устава, а како је био истакнути првак Радикалне странке, страначки експерт за уставна питања и главни заступник владиног предлога устава у расправама у уставном одбору и у скупштинској дебати, његово нам гледиште аутентично казује о побудама уставотворца. Уставну прокламацију парламентарне владавине он објашњава идејом да се поуздано и недвосмислено утврди везаност аката круне конвенцијама парламентарног режима. Према промишљеној замисли писца зато је у уставни текст и био унет изричито пропис, чији је смисао био да нормативно апострофира дужност краља да сва уставна овлашћења врши у складу са парламентарним конвенцијама и да као противустанован квалификује сваки његов акт противан тим обичајима, којима је као неписаним нормама парламентарног права тако утврђена пуна правна обавезност. На тај начин је подручје дискреционог поступања круне као уставног чиниоца највећма сужено, сведено само на изузетне, спорне случајеве, у којима не би било ни изричитог писаног уставног прописа нити утврђеног правила обичајног права. С обзиром на неизграђеност парламентарних конвенција у нас и на неустаљену парламентарну праксу, то уставно омеђавање сфере слободне оцене у вршењу краљевских овлашћења, према Марковићевом схватању, такође подразумева да се конвенције енглеског парламентаризма као образац изворних правила парламентарног режима имају сматрати реципираним нормама југословенског парламентар-

ног права. Енглеске парламентарне конвенције тако би представљале основна интерпретативна начела која би и изворно и умногоме примарно одређивала уставна права круне приликом избора личности мандатара за састав владе, именовања министара, доношења указа о распуштању скупштине или давања законодавне санкције (Marković 1991, 14, 19–21, 34–35, 70–71, 78–79, 137, 170–171).

Свечану прокламацију парламентаризма у првој одредби Устава и Слободан Јовановић је објашњавао идејом да се принцип парламентарне владавине угради као једно од основних уставних начела. Али је већ у свом уџбенику уставног права из 1924. године особито истакао ограниченост правне вредности члана 1 Видовданског устава у погледу његовог домашаја као општег интерпретативног начела, разлажући да се посебни уставни прописи могу тумачити сагласно правилима парламентарног режима само онда када уставотворац у конкретној уставној одредби није предвидео одступање од тих правила или њихово ублажавање или ограничавање. При томе се Јовановићево тумачење исказује врло рестриктивним нарочито у оцени питања допуштености поновног распуштања скупштине.

У нормативном уређењу права дисолуције у Видовданском уставу било је усвојено решење које се, према белгијском обрасцу,<sup>11</sup> сматрало класичним за парламентарне монархије, са нешто дужим роковима за одржавање избора и сазив парламента најдаље за четири месеца од дана распуштања, али такође и са изричитом формулацијом уставне обавезе да указ о распуштању скупштине мора бити снабдевен премапотписом свих министара.<sup>12</sup> Приликом усвајања белгијског Устава из 1831. године, у уставној расправи био је разматран и предлог да се право дисолуције ограничи забраном поновног распуштања у току првог сазива парламента изабраног на ванредним изборима. Тај предлог био је, међутим, одбачен са образложењем да је дисолуција неопходно уставно средство за воспостављање равнотеже власти ако би она била нарушена, јер је равнотежа власти услов очувања не само уставне расподеле моћи него и политичких слобода народа (Matter 1898, 219). Недопуштеност распуштања парламента независно од мотивације током читавог једног сазива, одстрањујући противтежу политичкој одговорности владе, свакако би представљала битан поремећај механизма уставне равнотеже, суштинске за парламентарни режим. С друге стране, као признато начело конституционализма био је утврђен став да се узастопно распуштање парламента из истог разлога има сматрати апсолутно недопуштеним и у томе су класици уставне теорије били сагласни. Дајси је тако писао да право

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> Устав Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, Нови Сад 1921, чл. 52.

дисолуције у својој суштини представља право апела на народ, те да у том смислу треба схватити и све уставне конвенције које, на овај или онај начин, увек имају циљ да се успостави склад између политичког лика парламента и расположења бирача, обезбеђујући свагда крајњу супрематију изборног тела као истинског политичког суверена. Повиновање израженој вољи нације зато је најпреча дужност, која је уједно и заповест кодекса политичке моралности и строга уставна обавеза и без изузетка везује све власти (Dicey 1982, 290–291, 304). Према Есмену, попут других битних састојака парламентарне владе, и право распуштања парламента измиче прецизном законском нормирању, али је у самој логици вршења апела на народ да не може уследити нова дисолуција након што је суд бирачког тела поводом неког уставног сукоба који је раније начињен изборним питањем једном већ изречен (Esmein 1914, 157–158). У оцени недопуштености узастопне дисолуције врло одлучан је био и Леон Диги. Изнети сукоб између власти пред бирачко тело путем распуштања скупштине значи подвргнути се једном суду без призива. Смисао права дисолуције јесте у разрешењу уставног сукоба и оно се никако не сме извргнути у поништавање изборне воље. Отуда би поновно распуштање новоизабране скупштине на питању о којем је већ био исказан суд народа било директно управљено против самог бирачког тела и по томе несумњиво и очигледно противуставно (Duguit 1924, 573,577).

И Слободан Јовановић је начелно, схватајући такође право дисолуције као право апела на народ, истицао да оно уједно „садржи у себи дужност покорити се народној вољи када она буде изражена“. Поновно распуштање скупштине значило би употребу апела на народ као средства да се народу „наметне“ воља. Али је, неочекивано, у приказу права дисолуције према Видовданском уставу стао на становиште да је за тумачење конкретне одредбе одлучно утврдити каква је била воља уставотворца. Нашао је да већ сама околност да у уставном одбору није био прихваћен предлог да се изричито пропише да се распуштање скупштине може вршити само једном на истом питању указује на то да је Уставотворна скупштина управо хтела да право дисолуције буде неограничено и да се зато узастопна распуштања имају сматрати допуштеним под условом да се тиме не ствара ванбуџетско стање (Јовановић 1924, 57, 157–158). Разлог, пак, који Јовановић наводи да је определио уставни одбор да не прихвати тај предлог – да акти распуштања нису мотивисани и да се не може знати због којег се питања скупштина распушта – заправо не казује ништа извесно о вољи уставотворца и не може се тумачити као израз намере да се учини највећма груба повреда битног начела парламентаризма тако што би се поновно распуштање парламента определило као сагласно уставу. Да укази о распуштању парламента

по правилу не садрже мотивацију, било је, наиме, у упоредном праву устаљено решење, утврђено такође и у српској парламентарној традицији, па је и у нацрту устава стручне комисије у чијој је изради Јовановић суделовао одредба о праву дисолуције била формулисана без условљавања или ограничавања мотивацијом. У односу на нормативну редакцију члана 52 Видовданског устава она се разликује у томе што је прописан краћи рок за сазив парламента најдаље за три месеца и формулисана обавеза да акт распуштања мора бити прочитан на заседању народног представништва.<sup>13</sup> Изричито уставно нормирање забране поновног распуштања парламента из истог разлога било је новина унета у текст Вајмарског устава<sup>14</sup> као предохрана злоупотребама председничке дисолуције у младом републиканском парламентаризму без изграђених конвенција и устаљених навика парламентарне владавине. Јер још је живо и упечатљиво било сећање на драму чувеног пруског уставног конфликта, када је узастопним распуштањима доњег дома и грубим изборним притисцима, али још више популарношћу националне политике и победом пруске војске код Садове 1866. године, кнез Бизмарк сламао отпор парламентарне већине (видети Matter 1898, 157–162). У нас ни у доба личних режима последњих Обреновића нису биле забележене такве злоупотребе краљевске дисолуције. Отуда ни предлог посланика социјалиста Недељка Дивца да се изреком нормира забрана поновног распуштања скупштине на истом питању није имао одјека у средини уставног одбора, а како није био формулисан као амандман, о њему нити је била вођена расправа нити се уопште одлучивало.<sup>15</sup> Једнако је било и са његовим предлогом, изнетим током начелног претреса у пленуму Уставотворне скупштине, да се пропише обавеза да акти распуштања парламента морају да садрже мотивацију, када се из упоредног уставног права могао позвати једино на скорашње уставне измене у Данској. Упадицом из скупштинских клупа било је тада речено да владин нацрт устава, избегавајући ту врсту нормативних ограничења, управо следи енглески образац конципирања права дисолуције као апела на народ.<sup>16</sup>

Поводом питања парламентарности краљевских дисолуција – да ли краљ има право да распусти парламент из иницијативе круне и са владом из парламентарне мањине као изборном – разилазили су се најпозванији енглески аутори. Став Алберта Дајсија био је врло доследан у равни теоријске аргументације и посве усклађен

<sup>13</sup> Нацрт устава уставне комисије, чл. 54.

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

<sup>15</sup> УО, 26. 2. 1921 (Н. Дивац), 127.

<sup>16</sup> Стенографске белешке Уставотворне скупштине Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, I–II, Београд 1921 (у даљем тексту: УС), 18. 4. 1921 (Н. Дивац), 27.

на плану интерпретације преседана из уставне праксе. Остављајући питање законитости ван дискусије као неупитно, у средиште разматрања допуштености краљевских дисолуција Дајси ставља проблем уставности, њихове сагласности не са оним што је редовно и уобичајено него са битним начелима која уставне конвенције детерминишу саобразно темељном принципу устава. Попут других уставних конвенција, и конвенције које одређују начин вршења краљевске прерогативе распуштања парламента и омеђавају сферу дискреционе власти круне почивају на фундаменталном уставном принципу народне суверености. Зато прави, суштински смисао права дисолуције и јесте у томе да се утврди супрематија бирачког тела успостављањем хармоније између парламента као правног и народа као политичког суверена, оне базичне сагласности у којој воља парламентарне већине доиста и репрезентује вољу бирача. Дискрециона власт круне – вели Дајси – повремено може бити, а према уставним преседанима понекад и треба да буде употребљена да доњи дом лиши власти. Тако је и према мерилима схватања уставности с краја 19. века строго уставан био поступак Џорџа Трећег, када је 1784. године на власт довео кабинет Пита из парламентарне мањине, да би на изборима после распуштања дома народ свој суд изрекао у прилог тој влади. Сагласан уставним конвенцијама о дисолуцији био је и поступак Виљема Четвртог, када је 1834. године отпустио Мелбурнов кабинет и власт поверио Пиловом министарству као изборној влади из мањине. Иако је Пил на изборима претрпео пораз и испоставило се да је краљ погрешно у процени расположења бирачког тела, краљевска дисолуција и тада је са становишта уставности била оправдана самим тим што се заснивала на ваљаном основу, на једној претпоставци за коју је било довољних разлога у разумној сумњи да парламентарна већина није више верно репрезентовала вољу нације. Битно је да су ти прецеденти афирмисали уставну максиму да распуштање парламента представља апеловање на народ и да је циљ дисолуција био остваривање темељног политичког сагласја које је у самом појму репрезентовања. Зарад утврђивања супрематије бирачког тела над вољом једне парламентарне већине за коју може бити и крајње неизвесно да власт и даље врши са упориштем у народној вољи, краљевске дисолуције – Дајси је био одлучан – имају се сматрати не само допуштеним него управо неопходним састојком система парламентарне владавине, пре свега као једно важно обезбеђење, иако не и апсолутно, које се може противставити свемоћи парламента (Dicey 1982, 287–291).

Разматрајући проблем парламентарности краљевских дисолуција, Валтер Беџхот се посве у енглеском маниру определио за прагматичан приступ и политичку оцену уставне праксе у тумачењу конвенција парламентарне владе. У начелу и Беџхот краљевске

дисолуције сматра допуштеним и сагласним парламентаризму и не пориче њихову парламентарност са становишта уставне максиме о одговорној влади. Он такође признаје да би у случајевима када се догоди да парламентарна већина постане хировита или парламентом овлада себичан страначки интерес, као и када наступи несагласност политике коју подржава доњи дом и воље бирачког тела, а премијер избегава проверу мандата на новим изборима, свакако била потребна ванредна интервенција спољног, неутралног ауторитета, који стоји изван и изнад партијских рачуница и страсти. Улога монарха са државничким способностима какве су имали Леополд Први или принц Алберт може бити доиста драгоцена као противтежа злоупотребама партијске владавине и зилотској искључивости већинске владе. Но да би знао да је парламент застраио и да греши и да би проценио да ли и народ увиђа те мане, те да би могао да предвиди исход апеловања на бирачко тело, краљ би морао да поседује државничка својства, врлину мудрости или бар одлику знатне политичке разборитости. Невоља је – истиче Беџхот – што је од краљевске власти у монархијама илузорно очекивати наследно државништво. Власт да отпусти владу која ужива поверење парламента и изврши апел на народ зато није власт коју би обичан наследни монарх био способан да у дугом временском следу корисно врши. Конвенција да се парламентарне распуштања на предлог владе парламентарне већине и схватање да су парламентарне само владине дисолуције почивају на претпоставци која је много вероватнија од наследног државништва, а то је очекивање да ће премијер и парламентарне поседовати више мудрости него краљ. Пракса је показала да се највећа мудрост уставног владоца огледа управо у пасивности и то је разлог што су се краљевске дисолуције избочијале. Захваљујући спремности краљице Викторије да следи савете министара, али и због увиђавности водећих политичких личности, временом се и у јавности уврежила представа да би изненадно отпуштање кабинета који ужива поверење и потпору парламента и распуштање доњег дома из иницијативе круне било примљено са запрепашћењем и доживљено као државни удар (Bagehot 1896, 71, 82–83, 230–234, 237–241).

У време када је комисија југословенских професора формулисала нормативни оквир вршења краљевских прерогатива, интерпретације енглеских конвенција о распуштању парламента остале су несагласне у погледу допуштености краљевских дисолуција. И аутори који су наглашавали укорењеност уставног обичаја распуштања доњег дома само на предлог првог министра независно од мотивације и, нарочито, ако би влада изгубила поверење дома, по правилу су упућивали на другачију парламентарну праксу у британским доминионима, где су дисолуције биле схватане и често вршене као овласт гувернера, која подразумева и пространу сферу дискреционог одлучивања и

право иницијативе (видети Dupriez 1892, 76–78, 128–129, 135, 137–138; Matter 1898, 189–121; Esmein 1914, 216; Lowell 1920, 31–33). При томе су чак и доследни заступници становишта парламентарности само владиних дисолуција као чврсте острвске конвенције, попут Сиднија Лоа, допуштали да је краљевска прерогатива остала очувана у дискреционом праву круне да по властитој увиђавности монарха одбије предлог владе за распуштање парламента ако налази да се заснива на „недовољним и површним разлозима“. Нагласак је тада на знатним ограничењима која опредељују да круна то само врло ретко може учинити јер уставне конвенције утврђују битне услове, да постоји парламентарна већина која би подржавала нови кабинет и да су вође опозиције вољне да приме владу без распуштања дома (Ло 1929, 114–117).<sup>17</sup>

У конституционалним оквирима парламентарне владе у европским монархијама, чији је образац био орлеански парламентаризам, а белгијски устав био сматран узорним моделом, вршење права дисолуције као прерогативе круне било је принципијелно постављено као сагласно начелима уставности и конвенцијама парламентарног режима. Случајеви краљевских дисолуција из белгијске парламентарне повести (видети Matter 1898, 221–222) одражавају схватање да је круна као модераторна власт била позвана да дела у очувању уставне равнотеже, када је то потребно да би се одржала хармонија између парламента и владе, те да по својој политичкој увиђавности и такту прими или одбије предлог кабинета за распуштање парламента, вођена критеријумом избора оне солуције која је најприкладнија за добијање стабилне владе. Схваћена, такође, и као ванредни, неутрални ауторитет, који се може противставити искључивој партијској владавини, употребом права дисолуције из властите иницијативе и апеловањем на народ са изборном владом из мањине круна је била позвана да интервенише и онда када се то покаже потребним и оправданим зарад успостављања сагласности политичког лика парламента са расположењем бирачког тела.

Полозно становиште француске теорије у тумачењу права дисолуције у уставној концепцији спајања парламентарне владе са републиканском формом владавине према уставним законима Треће републике утврдио је Есмен, наглашавајући, првенствено, есенцијални значај права распуштања парламента као противтеже политичкој одговорности министара у очувању уставне равнотеже власти (Esmein 1914, 745–753). Потом Диги посвећује особиту пажњу разматрању права иницијативе за доношење акта о распуштању дома, како је то овлашћење утврђено уставним претпоставкама дисолуција. Он нала-

<sup>17</sup> О очуваности тог права круне у енглеском парламентаризму писали су и поратни писци (видети Stefanović 1940, 3–4: 110; 5–6: 194; Петров 2004, 1–2: 16–17).



зи да се председничка овлашћења не могу интерпретирати у смислу енглеске праксе владиних дисолуција и свести само на сукоб владе и парламента јер је једнако важна уставна претпоставка уређивања права дисолуције у нормативној редакцији француског Устава била такође и сукоб председника и владе парламентарне већине. Председничко овлашћење је зато постављено као прерогатива шефа државе, ограничена једино сагласношћу сената, у чему се видело поуздано јемство против злоупотреба, и утолико и право иницијативе припада само председнику. Он је овлашћен да уклони са власти министарство које ужива поверење парламентарне већине и да уз одобрење сената распусти доњи дом са ванпарламентарним кабинетом или са владом из мањине као изборном. Владине дисолуције, пак, које су у логици парламентаризма, такође се подразумевају, али под претпоставком сагласности председника и условом одобрења сената. То што је после чувеног распуштања доњег дома из 1877. године, када је председник Мак Махон у сукобу са парламентарном већином прибегло апелу на народ, да би исход избора означио пораз његове политике, употреба права дисолуције ишчезла у уставној пракси, Диги је недвосмислено оценио као извргавање француског парламентаризма у један у бити псеудопарламентарни режим (Duguit 1924, 575–582). На трагу француског уставног решења и у Уставу Вајмарске републике право дисолуције је било постављено као овлашћење председника Рајха.<sup>18</sup> При томе је изостављањем услова сагласности сената у рецепцији француског обрасца одлучивања о распуштању парламента, што ће потом следити и чехословачко уставно решење из 1920. године,<sup>19</sup> даље ојачан институт председничке дисолуције. Тако су у обликовању установа републиканског парламентаризма и писци првих поратних устава остали доследни основним поставкама теорије равнотеже, начинивши отклон и спрам конвенције о парламентарности само владиних дисолуција, како су енглески парламентарни обичај већ устаљено представљали континентални аутори, и спрам ишчезавања прерогативе распуштања парламента у француској парламентарној пракси. Улога шефа државе у парламентарном режиму замишљена је као неутрална и модераторна власт, када је председник позван да, решавајући дискреционо о предлогу за распуштање дома, према својој увиђавности посредује у сукобу владе и парламента и, уједно, као особени уставни чинилац, она делатна власт која је позвана да интервенише у моментима кризе и да употребом права дисолуције из властите иницијативе изазове арбитражу бирачког тела (упоредити Burdeau 1932, 93–95, 97, 113, 327–328; Mirkine-Guetzévitch 1936, 15).

<sup>18</sup> Dareste et Dareste, 1928, I, 64.

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

Суштину проблема парламентарности краљевских дисолуција Слободан Јовановић је видео у питању допуштености изборних влада из мањине. Мишљење о том надасве важном питању, које засеца у сам појам парламентарне владе, изнео је у језгровитој критици становишта Стојана Протића у тексту објављеном 1924. године. Јовановић ту замера Протићу да се превише удаљио од белгијског обрасца парламентарне монархије и да се његово окретање само енглеском узору претворило у праву „англomанију“. Протић је, како вели, парламентаризам „свео на његов најпростији израз, – на владу већине“ својим одсечним становиштем да краљ мандат за вршење избора може дати кабинету из мањине само онда када га министри из парламентарне већине сами на то упуте давањем оставке. Јовановић се саглашава с Протићем да то одиста јесте устаљени обичај у енглеској парламентарној пракси, али уједно упућује и на кључни аргумент због којег та енглеска конвенција не може бити меродавна за оцену допуштености изборних влада из мањине у нашем парламентаризму. Одлучан нормативни основ за тумачење уставне конструкције парламентарне монархије у нас он налази у одређењима о указном продужењу буџета у случају распуштања скупштине, најдуже за четири месеца, која су постојала како у ранијем српском уставу, тако и у Видовданском уставу. Управо могућност указног продужења буџета коју устав уграђује у систем парламентарне владе – био је посве одређен у својој интерпретацији – подразумева да краљу није потребан пристанак парламентарне већине за распуштање скупштине јер без отварања ванбуџетског стања он може, образујући изборну владу из мањине и противно вољи скупштинске већине, употребити право дисолуције из властите иницијативе (Јовановић 1991а, 436–438).

У погледу парламентарности изборних влада из мањине Јовановић је, међутим, био највећма скептичан у својој критици решења Видовданског устава у уџбенику уставног права. Ту недвосмислено оцењује да би обарање једне владе која ужива поверење парламентарне већине из властитих побуда краља било несагласно „начелима парламентарног режима“. Оцењује још и да је пропис о ванпарламентарном продужавању важења буџета, који је омогућавао изборне владе из мањине као солуцију сагласну уставу, у примени под Уставом од 1903. године њихову уставност бар условљавао захтевом одобрења државног савета, док је Видовдански устав, изостављајући и тај услов из нормативне редакције одредбе о указном продужењу буџета, отишао корак даље у ограничавању парламентарног режима (Јовановић 1924, 58–59). Карактеристично је да Јовановић није ни речју назначио да је то спорно изостављање услова пристанка државног савета у редакцији одредбе о указном продужењу буџета из Видовданског устава изворно било формулисано управо у нацрту устава

стручне комисије у чијој је изради сам суделовао.<sup>20</sup> Једина разлика у односу на редакцију уставне комисије било је изостављање изричитог нормирања права предлога министарског савета, али то није битно мењало домаћај института указног продужења буџета, јер су и према Видовданском уставу, попут свих других краљевских аката, ти укази морали бити снабдевени премапотписима одговорних министара. И према одређењу нацрта устава комисије југословенских професора краљевске дисолуције нису биле ограничене претходним скупштинским вотирањем продужења буџета за време док је парламент распуштен, док је ванпарламентарно продужење указом, сагласно уставу, могао формално предложити и кабинет из мањине као изборна влада. Као члан комисије, Слободан Јовановић није поводом тог решења издвојио мишљење нити је предложио алтернативну редакцију одредбе. Он је био председник уставне комисије и, такође, својим високим научним угледом и стручним ауторитетом, уважаваним и у највишим политичким круговима и консултованим на двору поводом уставних питања, имао је и највећи утицај на креирање решења нацрта устава. Умесно је претпоставити да је одредба о указном продужењу буџета била формулисана с његовом сагласношћу, а судећи по томе што су се Лазар Марковић и Ладислав Полић недуго потом определили за другачије солуције, вероватно и по његовом предлогу. У прилог претпоставци о Јовановићевом ауторском печату у формулисању нормативног оквира краљевских дисолуција у нацрту устава стручне комисије из 1920. године уверљиво казује и један доцнији текст, у којем ће регнантније исказати властито становиште.

Питању улоге круне у парламентарној монархији и проблему краљевских дисолуција Слободан Јовановић се вратио у расправи објављеној 1928. године (Јовановић 1991b, 632–637). У њој се ефектно послужио реторском формом антилогија да би усредсређено истакао жаришни проблем који је у сржи спора о допуштености краљевских дисолуција – поимање парламентарне владе као система уставне равнотеже власти или, пак, као изражаја суверености парламента у влади већине. Живојин Перић ту је приказан као узоран заступник теорије о активном владаоцу, по којој краљевске функције нису тек формално акти круне; то су овлашћења у сфери уставних надлежности, која су утврђена зарад очувања равнотеже, па се и њихово вршење исказује не само као право, него превасходно управо као дужност уставног владоца. Назори Стојана Протића, пак, интерпретирани су, како је већ опазио Драгољуб Поповић, поједностављено и понешто претерано, не би ли се његово становиште изразитије противставило као антипод Перићу (Поповић 1995, 604–605). У Јовановићевом

<sup>20</sup> Упоредити члан 114 Видовданског устава и члан 160 Нацрта устава стручне комисије.

приказу Протић је доследни заступник теорије о пасивном владоцу, чије су све прерогативе пренесене на одговорну владу. Сучељавање двеју теорија усредсређује се у жаришном питању, који је орган у парламентарној монархији она власт која је позвана да одлучује о дисолуцији. Теорија о активном владоцу подразумевала би да би, поводом неког значајног питања у којем се круна разишла са владом из парламентарне већине, краљ као крајње средство могао да употреби апел на народ и распусти скупштину са владом из мањине као изборном. Према теорији о пасивном владоцу, право дисолуције је заправо искључиво у диспозицији владе и она га може употребити увек када нађе да је то потребно, док круна не би имала право да из властите иницијативе спор са владом, односно с парламентом, изнесе пред суд бирачког тела, под одговорношћу кабинета који би обрзовала без обзира на дотадашњу парламентарну већину (Јовановић 1991b, 633–635).

Између противстављених схватања о улози краљевске власти у парламентарној монархији Јовановић се опредељује за Перићево становиште да употреба владалачких прерогатива из иницијативе круне и у пространом кругу слободне оцене представља вршење уставних функција које су креиране као делатна власт. Постављена као ограничење и противтежа влади скупштинске већине, уставна овлашћења круне јемства су очувања равнотеже власти и предохрана да се парламентарна владавина не извргне у скупштински деспотизам. Зато је, осим функција надзора и саветовања, уставном владоцу поверена и власт заустављања као резервно и, заправо, крајње средство. Утолико је вршење уставних функција круне не само право, него и дужност, те се и становиште о активном владоцу у области правне теорије исказује доследно изведено и неспорно. Прелазећи потом са равни теоријског на план практичног, Јовановић напомиње да уставне прописе о правима и дужностима владоца, као и парламента, не треба тумачити одвећ строго јер је однос између та два уставна чиниоца умногоне и политичко питање. У употреби овлашћења круне владоца треба да води политичка увиђавност, која га неретко може упућивати да би уздржавање од употребе уставних права у даним околностима било умесније и да би донело боље политичке резултате. Владалачка неактивност је тада политички акт јер потиче из политичких побуда и руковођена је мерилима политичке оцене, увиђавности и вештине. Увиђање пресудне важности политичких критеријума и разумевање да су у примени уставних норми о правима круне акти монарха политички акти, додаје Јовановић, упутили су Енглезе да и не покушавају да однос круне и парламента исцрпно нормирају законским прописима, већ је остављено да се та правна сфера уређује спонтано кроз праксу и обичаје. Издвојивши проблем изборних влада из мањине као критично питање парламен-

тарне праксе у нас, он посебно истиче да ту није уместо руководити се енглеским обичајима, будући да је у Енглеској, где је притисак власти на бираче непозната ствар и јавно је мњење врло развијено и самостално, питање изборних влада сасвим равнодушно. Пошто парламентаризам претпоставља слободне изборе и јако јавно мњење, у околностима када те претпоставке нису обезбеђене тешко је дати једнозначан одговор на питање парламентарности изборних влада из мањине јер свака солуција има својих лоших страна. Ако би биле допуштене само владине дисолуције, то би собом носило опасност изметања парламентарног режима у страначку олигархију. Ако би се, пак, уобичајиле само краљевске дисолуције са изборним владама образованим по вољи владоца, постојала би опасност да се парламентаризам извргне у лични режим. Указивањем на те опасности, Јовановић упућује на то да и владине и краљевске дисолуције једнако треба сматрати сагласним уставу, док њихову парламентарност ваља ценити у конкретном случају, према критеријуму оправданости поступања круне као политичког акта и мери политичке снаге на коју се ослања влада парламентарне већине (Јовановић 1991b, 633–637).

Иако професор грађанског права, Лазар Марковић, један од првака Радикалне странке, био је укључен у рад уставне комисије као поуздани страначки експерт за уставна питања. У једном предратном осврту на Протићев став о изборним владама из мањине одлучно је подржао Протићево мишљење да је поступање круне, када је краљ 1905. године изборну владу поверио самосталском кабинету, образованом из политичке групе која је припадала скупштинској опозицији, било противно конвенцијама парламентарне владе. Подвлачећи дистинкцију између појмова уставности и парламентарности, он налази да се краљевске дисолуције са изборним владама из мањине, премда неспорно сагласне уставним прописима, само изузетно могу сматрати парламентарним решењем министарских криза. Као такве изузетке навео је два случаја: када се једна влада повуче, дајући оставку и не тражећи мандат за распуштање скупштине; и када би владалац сматрао да треба извршити апел на народ а влада парламентарне већине се томе противи. По томе би краљевске дисолуције биле сагласне парламентаризму онда када имају циљ да се обезбеди стабилна влада, да се на неком важном изборном питању консултује народна воља или да се на изборима провери да ли политика једног министарства, коју подржава парламентарна већина, ужива поверење бирачког тела (Марковић 1912, 135–139). Сматрајући краљевске дисолуције уставним и не спорећи у начелу њихову парламентарност, Марковић је у уставној комисији подржао Јовановићево становиште да нормативном редакцијом прописа о распуштању парламентарна ваља утврдити уставну подлогу како за дисолуције које се врше на

предлог владе парламентарне већине, независно од мотивације, тако и за распуштања скупштине из иницијативе круне.

Када је у августу 1920. године, после Протићеве оставке, у реконструисаној влади Миленка Веснића добио ресор министра за уставотворну скупштину, Лазару Марковићу је било поверено да за владу изради нови нацрт устава. Изгледа да је под утицајем круга око Николе Пашића и после консултација на двору у вођству Ради-калне странке превладало мишљење да треба пространије нормирати уставну подлогу деловања краљевске власти, за које се држало да се, због националне разједињености и сукоба који су већ тада изгледали извесни, може показати нужним за превладавање уставних криза и стишавање страсти. Уставом је требало, како ће Марковић потом тумачити, у оквирима парламентарне владе „на дискретан начин“ оставити краљу као „модераторној“ власти довољну слободу делања и предвидети уставна средства да интервенише зарад обезбеђивања правилног функционисања државног механизма (Marcovitch 1924, 21, 27). Осим указног распуштања парламента, Марковић је још предвидео и могућност указног одлагања седница народног представништва, најдуже за два месеца.<sup>21</sup> Само нормирање указног одлагања парламента није по себи представљало повреду правила парламентарног режима. У енглеском парламентаризму уобичајена је била пракса да одлагање парламента увек претходи дисолуцији у форми прокламације круне (видети Мау 1906, 48; Anson 1909, 72), док је белгијски уставотворац само поновно одлагање у истом сазиву условио сагласношћу домова.<sup>22</sup> У односу на српску уставну традицију, тиме је ипак начињен корак уназад изостављањем услова пристанка народне скупштине за ново одлагање у истом сазиву, који је по угледу на белгијски Устав био прописан у Уставу од 1903. године. Још крупнији искорак представљало је решење којим је замењен институт указног продужења буџета најдуже за четири месеца. Предвиђено је, наиме, да се за време док је народно представништво одложено или распуштено аутоматски и важење старог буџета продужава по дванаестинама, непосредном применом уставног прописа.<sup>23</sup> Тим начином отклоњено је и ограничење које би узастопном одлагању и распуштању парламента пре решеног буџета постављала недопуштеност закорачивања у ванбуџетско стање. Марковићеве редакције уставних прописа о одлагању и распуштању парламента и аутоматском продужавању важења буџета биле су задржане и у незнатно измењеном предлогу устава који је влада Николе Пашића поднела Уставотворној скупштини,<sup>24</sup> да би потом у истоветним редакцијама

<sup>21</sup> Нацрт устава владе Миленка Веснића, Београд 1920, чл. 22 и 42.

<sup>22</sup> Daresté et Daresté, 1910, I, 85.

<sup>23</sup> Нацрт устава владе Миленка Веснића, члан 66.

<sup>24</sup> Видети чланове 27, 46 и 75 Нацрта устава владе Николе Пашића.

биле пренете и у уставни текст, који је након темељите расправе и уграђивања значајних измена, био усвојен у уставном одбору.<sup>25</sup>

У начелној дебати у пленуму Уставотворне скупштине то додатно утврђивање уставног основа краљевских дисолуција било је подвргнуто оштрој критици. Прво је Анте Трумбић указао на то да је нормирањем аутоматског продужења важења буџета за време док је скупштина распуштена или одложена указом драматично повређено буџетско право парламента, које представља темељни услов и главну карактеристику парламентарне владавине. Додао је још да је тим одређењем, после више од три деценије колико је протекло од доношења српског Устава од 1888. године, свесно начињен крупан корак уназад у односу на раније уставне прописе о указном продужењу буџета најдуже за четири месеца, којима, иако су били усвојени као компромисна решења, буџетско право скупштине није било есенцијално нарушено.<sup>26</sup> Особито неугодно упозорење за Пашићеву владу била је критика Момчила Иванића, блиског сарадника Стојана Протића. У жустром наступу он је оценио да се аутоматским продужавањем буџета и узастопним указним одлагањем и распуштањем скупштине хоће да омогући да се на власти може месецима одржавати једно непарламентарно министарство, а да то онда значи и отварање простора разним злоупотребима, којима је у пракси редовно праћено непостојање парламентарног надзора. На крају је најавио да ће гласати против устава, ако у њему буду остале такве одредбе које допуштају непарламентарну владавину и омогућавају лични режим.<sup>27</sup> Пре специјалног претреса у Уставотворној скупштини, на основу посланичких предлога и, свакако, после консултација у кругу министара и радикалских првака, биле су у тој уставној материји учињене значајне измене у предлогу уставног одбора. Одстрањивањем могућности указног одлагања скупштине,<sup>28</sup> у Видовдански устав уграђено је изворно решење комисије југословенских професора да само парламент може да одлучује о одлагању седница народне скупштине. Такође, уместо одређења о аутоматском продужавању важења буџета за време док је скупштина распуштена, усвојен је институт указног продужења буџета најдуже за четири месеца, ако би скупштина била распуштена пре него што је решен буџет.<sup>29</sup>

У враћању указног продужења буџета Момчило Иванић је видео тек „тобожну поправку“. Схватајући право дисолуције као апел

<sup>25</sup> Текст Устава, примљен у Уставном одбору, чл. 52, 75, 114.

<sup>26</sup> УС, 23. 4. 1921 (А. Трумбић), 15.

<sup>27</sup> УС, 23. 4. 1921 (М. Иванић), 33–36.

<sup>28</sup> УС, 11. 6. 1921, 7.

<sup>29</sup> УС, 14. 6. 1921, 9.

на народ, он није оспоравао да круна има право да иницира изборну проверу рада владе јер је позивање бирачког тела да изрекне свој суверени суд највећма у складу са демократским начелима. Нагласио је, међутим, да право апела на народ треба да има границе обележене пуним буџетским правом парламента, ни најмање неокрњеним. Упутио је на узорно решење енглеског парламентаризма, да кабинет из мањине прима изборну владу само када му давањем оставке то препусти влада дотадашње парламентарне већине, од које се онда очекује и да, ако је потребно, у парламенту обезбеди изгласавање буџета за време док доњи дом буде распуштен.<sup>30</sup> Умногome речит био је одговор известиоца уставног одбора да је управо било потребно да се указно продужење буџета предвиди као резервно решење, зато што у нашим скупштинама схватања самих парламентарца још нису на енглеском нивоу поимања парламентарности, као што се ни у страначким односима не може очекивати енглески ниво међусобне партијске лојалности.<sup>31</sup> Ваља на крају додати и то да је од југословенских професора, чланова уставне комисије из 1920. године, само Ладислав Полић, док је још трајала дебата у Уставотворној скупштини, јавно оспорио уграђивање у устав института указног продужења буџета. При томе је тек лапидарним изразом истакао оцену да се то уставно решење коси с најелементарнијим правом парламента, његовим буџетским правом, те да право апела на народ, иако несумњиво демократског карактера, уједно „отвара широм врата свакојаким експериментима“. Тиме је јасно назначио и свој став о допуштености краљевских дисолуција у парламентаризму: да су распуштања парламента из иницијативе круне несагласна претпоставкама парламентарне владе и да могу представљати парламентарну форму личног режима (Polić 1921b, 72).

#### ЛИТЕРАТУРА (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.

<sup>30</sup> УС, 14. 6. 1921 (М. Иванић), 13–14.

<sup>31</sup> УС, 14. 6. 1921 (Ј. Деметровић), 22.



- 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. Daresté et P. Daresté, *Europe I*. 1928. Paris.
- Les constitutions modernes* par F.R. Daresté et P. Daresté, *Europe II*. 1929. Paris.
- Dacey, 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.
- Јовановић, Слободан. 1924. *Уставно право Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*. Београд: Издавачка књижарница Геце Кона (Jovanović, Slobodan. 1924. *Ustavno pravo Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*. Beograd: Izdavačka knjižarnica Gece Kona.)
- Јовановић, Слободан. 1991а. *Парламентаризам Стојана Протића, Из историје и књижевности*, I. 436–439, Сабрана дела Слободана Јовановића, том 11. Београд: Београдски издавачко-графички завод – Српска књижевна задруга (Jovanović, Slobodan. 1991a. *Parlamentarizam Stojana Protića, Iz istorije i književnosti*, I. 436–439, Sabrana dela Slobodana Jovanovića, том 11. Beograd: Beogradski izdavačko-grafički zavod – Srpska književna zadruга.)
- Јовановић, Слободан. 1991б. *Перић о владалачкој власти, Из историје и књижевности*, I. 632–637, Сабрана дела Слободана Јовановића, том 11. Београд: Београдски издавачко-графички завод – Српска књижевна задруга (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.
- Ло, Сидни. 1929. *Енглески парламентаризам*, Београд: Издавачка књижарница Геце Кона (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-Croate-Slovène*. Genève: Librairie Georg & C. S. A.
- Марковић, Лазар. 1912. Стојан М. Протић, Одломци из уставне и народне борбе у Србији. *Дело* LXII: 135–139 (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.
- Нацрт устава по предлогу Стојана М. Протића, дефинитивни текст, после дискусије са комисијом, са додатком: Нацрт устава израђен од уставне комисије. 1920. Београд (Nacrt ustava po predlogu Stojana M. Protića, definitivni tekst, posle diskusije sa komisijom, sa dodatkom: Nacrt ustava izrađen od ustavne komisije. 1920. Beograd.)
- Нацрт устава владе Миленка Веснића. 1920. Београд (Nacrt ustava vlade Milenka Vesnića. 1920. Beograd.)
- Нацрт устава владе Николе Пашића. 1921. Београд (Nacrt ustava vlade Nikole Pašića. 1921. Beograd.)
- Петров, Владан. 2004. Распуштање парламента. *Права човака* 1–2: 9–37 (Petrov, Vladan. 2004. Raspuštanje parlamenta. *Prava čovaka* 1–2: 9–37.)
- Polić, Ladislav. 1921 а. О 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.
- Поповић, Драгољуб. 1995. Новаковићево писмо Перићу од децембра 1907. године. *Стојан Новаковић личност и дело*, зборник радова САНУ, Одељење историјских наука, књ. 25: 603–612. Београд: Српска академија наука и уметности (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 (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.)
- Pribićević, Svetozar. 1990. *Diktatura kralja Aleksandra*. Zagreb: Globus.
- Протић, Стојан. 1911. *Одломци из уставне и народне борбе у Србији*. Београд: Штампарија „Доситије Обрадовић“ (Protić, Stojan. 1911. *Odlomci iz ustavne i narodne borbe u Srbiji*. Beograd: Štamparija „Dositije Obradović“.)
- Станковић, Ђорђе. 1985. *Никола Пашић и југословенско питање*, II. Београд: Београдски издавачко-графички завод (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 (Stefanović, Jovan. 1940. O pravu raspuštanja parlamenta. *Mjesečnik* 1–2: 1–15; 3–4: 97–112; 5–6: 193–206; 7: 289–304.)
- Стенографске белешке Привременог народног представништва Краљевства Срба, Хрвата и Словенаца, IV. 1920. Београд (Stenografske beleške Privremenog narodnog predstavništva Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca, IV. 1920. Beograd.)
- Стенографске белешке. Рад Уставног одбора Уставотворне скупштине Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, I–IV. 1921. Београд (Stenografske beleške. Rad Ustavnog odbora Ustavotvorne skupštine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, I–IV. 1921. Beograd.)
- Стенографске белешке Уставотворне скупштине Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, I–II. 1921. Београд (Stenografske beleške Ustavotvorne skupštine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, I–II. 1921. Beograd.)

Устав Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца. 1921. Нови Сад (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.

УДК 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](mailto:cuckovic@ius.bg.ac.rs).

## 1. INTRODUCTION

Equality, equity and differential treatment are present through various emanations in general international law.<sup>1</sup> 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 –

---

<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> 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,<sup>3</sup> the 1992 Rio Declaration on environment and development did not refer to the principle of equality but instead

---

<sup>2</sup> 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.”

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

relied largely on equity.<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup> 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.

---

<sup>4</sup> 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).

<sup>5</sup> 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.”<sup>6</sup> Its

---

<sup>6</sup> 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,<sup>7</sup> or differentiation of commitments provided in Article 4 of the UNFCCC.<sup>8</sup>

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.<sup>9</sup> 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.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup>

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,<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup>

### 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.<sup>13</sup> Individual differentiation may thus be perceived as a sounder solution since it is based on the individual circumstances of

---

<sup>10</sup> 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

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> For additional argumentation see Handl (1990, 9).

<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup> Namely, normative frameworks are not able to reflect these specificities by defining them or at least by offering firm criteria for properly determining them.<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup>

### 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,<sup>17</sup> differentiation is explicitly based on the CBDR principle in the 2001 Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants<sup>18</sup> and the 2013 Minamata Convention on Mercury.<sup>19</sup> 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,

<sup>14</sup> 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.”

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> See examples contained in footnote 6.

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

<sup>18</sup> See the Preamble to the Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants.

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

needs and capabilities of the contracting parties.<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup> Although there is still differentiation between developed and developing parties in certain provisions of the Agreement,<sup>22</sup> this seems to have been abandoned in the case of emission reduction targets, as

---

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup>

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,<sup>24</sup> 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 treaty<sup>25</sup> and at the level of implementation aid.<sup>26</sup> 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.

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

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> 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.”

<sup>26</sup> 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.”<sup>27</sup> 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,<sup>28</sup> while others rely exclusively on equity,<sup>29</sup> and some invoke only “different national circumstances”.<sup>30</sup>

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.<sup>31</sup> 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

---

<sup>27</sup> 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.”

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> See Art. 4.1. and Art. 14 of the Paris Agreement.

<sup>30</sup> Art. 4.4, Art. 13.1 and Art. 15.2. of the Paris Agreement.

<sup>31</sup> 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.<sup>32</sup> 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.<sup>33</sup> 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.

---

<sup>32</sup> 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).

<sup>33</sup> 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 21<sup>st</sup> 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.<sup>34</sup>

## 6. CONCLUSION

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

---

<sup>34</sup> 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.<sup>35</sup>

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,<sup>36</sup> 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

---

<sup>35</sup> 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.

<sup>36</sup> 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.<sup>37</sup> 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.

---

<sup>37</sup> 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/ozonaction/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.

УДК 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](mailto:mihajlovucic@gmail.com).

drinking water and water required for the production of food in order to prevent starvation”.<sup>1</sup> 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,<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup> 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,<sup>5</sup> and Human Rights Council Resolution 18/1,<sup>6</sup> 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

---

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> 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, Wippman 2015). The term itself might be misleading (Blutman 2010) but has been consistently for a long time.

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

<sup>4</sup> 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).

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

<sup>6</sup> 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 (*Reichsdeputationschauptschluss*) 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 20<sup>th</sup> 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).<sup>7</sup> 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”.

---

<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> 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”.<sup>9</sup> 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

---

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup> The riparians share joint responsibility for the management and operation of the two existing dams. This framework has particularly strong implications for financing arrangements.<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup> However, other Nile River riparians<sup>13</sup> consider these agreements anachronistic

---

<sup>10</sup> Convention portant création de l'OMVS, 11 March 1972, Nouakchott.

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

<sup>12</sup> 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](http://internationalwaterlaw.org/documents/regionaldocs/uar_sudan.html), last visited 20 July 2019.

<sup>13</sup> 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,<sup>14</sup> 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,<sup>15</sup> 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 (Verzijl 1970, 290) or the treaty between the USA and Canada relating to the uses of the waters of the Niagara River.<sup>16</sup>

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

---

<sup>14</sup> 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](http://www.internationalwaterlaw.org/documents/regionaldocs/columbia_river1961.html), last visited 20 July 2019.

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> 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 19<sup>th</sup> 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 20<sup>th</sup> 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 20<sup>th</sup> 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.<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup> 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,

---

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

<sup>18</sup> 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,<sup>19</sup> and Pulp Mills.<sup>20</sup> 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

---

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

<sup>20</sup> 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.

УДК 303.025:340.1

CERIF: S115

DOI: 10.5937/AnaliPFB1903099M

Др Татјана Милић\*

## ЕМПИРИЈСКО ИСТРАЖИВАЊЕ ПРАВА: РЕВОЛУЦИЈА ИЛИ НЕМОГУЋА МИСИЈА? \*\*

*Емпиријско истраживање права настоји да одговори на проблем одвојености правне науке и права од друштвене стварности. Оно означава промену у приступу истраживању права. Какав је квалитет те промене? Због тог питања било је неопходно остварити што потпунији увид у емпиријско истраживање права. У раду су представљена основна обележја емпиријског истраживања права и историјски развој ове врсте истраживања у свету, као и тренутно стање у Србији. Ради превазилажења једнодимензионалног поимања овог научног приступа као искључиво квантитативног, размотрена је разлика између квантитивног и квалитативног приступа у емпиријском истраживању. Потпунији и критички приказ емпиријског истраживања права захтевао је да се укаже на ограничења и изазове у његовој примени. У закључку аутор објашњава да емпиријско истраживање није коренита промена у начину истраживања права, али јесте промена чији ће успех зависити од методолошких способности истраживача.*

Кључне речи: *Емпиријско истраживање. – Право. – Правна наука. – Методологија права. – Друштвене науке.*

---

\* Ауторка је ангажована као истраживач-реализатор пројекта на Правном факултету Универзитета у Новом Саду, на основу програмске акције “Право на прву шансу“ Покрајинског секретаријата за високо образовање и научноистраживачку делатност, [tatjana.milic@gmail.com](mailto:tatjana.milic@gmail.com).

\*\* Овај чланак је резултат рада на пројекту „Емпиријско истраживање улоге међународног права у раду Савета безбедности УН на примеру употребе силе против СР Југославије 1999. године“ за који је средства обезбедио Покрајински секретаријат за високо образовање и научноистраживачку делатност (бр. пројекта: 142-451-3422/2018-02).

## 1. УВОД

У последње две деценије примећује се пораст примене емпиријских истраживања права. Тај тренд је, између осталог, условљен све већом интеракцијом права и друштвених наука. Предмет интересовања научника нису више само значење и важење правних норми и односи које оне уређују већ и различити фактори који утичу на њихову примену у одређеном друштвеном и политичком контексту. На делу је процес другачије спознаје који одликује тежња да се, осим права које је садржано у правним документима и текстовима, право опише и објасни онако како оно делује у пракси.<sup>1</sup> Емпиријска истраживања су својеврсно средство да се унапреди сазнање о праву и функционисању права.

Пораст примене емпиријских истраживања произвео је одређену промену у квантитету и квалитету истраживања права. Поједини правни писци су чак били слободни да ту промену означе као револуцију (Ho, Kramer 2013; Klick 2011). Други су опрезније указали на то да је учињен корак напред у односу на *status quo* који је владао у области права (Mascini, van Rossum 2018). Једно је сигурно: промена се догодила.

Шта конкретно значи та промена у истраживању права? Како се та промена догодила? И куда она води? То су питања која ћемо размотрити у овом раду. Циљ аутора је да представи емпиријски приступ истраживању права и да укаже на изазове његове примене. Постављени циљ је предодредио структуру чланка, па је на почетку представљен основни појмовни апарат неопходан за разумевање емпиријског истраживања и његовог места у правној науци. Да би читаоци разумели где се и како догодила промена у приступу истраживања, у наредном делу рада приказани су историјски развој емпиријског истраживања права и стање ствари у Србији. Потом је дат и детаљнији осврт на врсте емпиријског истраживања. Коначно, потпун увид у предмет овог разматрања не би био могућ ако не бисмо указали на предности, ограничења и изазове у примени емпиријских истраживања у праву.

---

<sup>1</sup> Тај приступ се препознаје у формулацији коју је Роско Поунд (*Roscoe Pound*) искористио за наслов чланка *Law in Books and Law in Action*, који је 1910. објавио часопис *American Law Review*. У литератури о емпиријском истраживању права та формулација је често цитирана.

## 2. ПОЈМОВНИ АПАРАТ ЗА РАЗУМЕВАЊЕ ЕМПИРИЈСКОГ ИСТРАЖИВАЊА ПРАВА

На основу прегледа литературе о емпиријском истраживању права закључили смо да је неопходно представити основну појмовну апаратуру која би читаоцима требало да помогне да разумеју и разликују ту врсту научног истраживања. Приметно је да су аутори, додуше не сви, пропустили да направе адекватан увод и прецизно одреде појам емпиријског истраживања и укажу на његово место у науци уопште. Такође су пропустили да разграниче појмове методологије, метода и теорије, који збуњују и истраживаче и читаоце, па не чуди што се емпиријско истраживање често поједностављено поима.

Основни појмови који су, према мишљењу аутора овог рада, неопходни за разумевање и разликовање емпиријског истраживања права су: наука, метод, методологија, теорија, емпиријско истраживање и емпиријско истраживање права.

На основу претходног сазнања (Реџулић, Милић 1995, 21; Дајовић 2017, 226), појам *наука* одређујемо као делатност која тежи да увећа знање о предмету истраживања користећи научне методе и изграђујући научне појмове и теорије.

Научни *метод* Мирослав Печујлић и Војин Милић одређују као „начин мишљења и поступак истраживања стварности који гарантује стицање што истинитијег, што објективнијег сазнања“ (1995, 21). Милић је још 1965. године објаснио да научни метод обухвата „мисаоне радње помоћу којих научник ствара полазну хипотетичку основу свог истраживања анализирајући постојеће научно знање, откривајући у њему празнине, нерешене проблеме и извесне нове могућности међусобног повезивања разних чињеница и теоријских ставова који још нису сагледани у одређеном међусобном односу... Други део метода је све оно што треба учинити да би се прибавила потребна обавештења о стварности на основу којих се може испитати да ли су и у којој мери полазне претпоставке оправдане“ и на крају се сазнања, до којих се стигло истраживањем, укључују у постојећи фонд научног сазнања (Милић 1965, према Илић, Вељковић 2016, 7–8).

*Методологија* је шири појам од метода, али се та два појма често не разликују и користе се као синоними, што изазива додатну забуну. Полазећи од грчког порекла речи, појам методологија би подразумевао науку о методу. Такво одређење налазимо код Мирослава Печујлића и Милића (Реџулић, Милић 1995, 21) који сматрају да као научна дисциплина методологија обухвата три компоненте: општи теоријско-методолошки приступ, методолошки поступак и техничке методе за прикупљање чињеница. Дакле, у том смислу методологија

би била оквир истраживања који обухвата теорију, методе и технике истраживања.

Научна *теорија* је, према дефиницији коју наводи Горан Дајовић (2017, 234), „систематизован (складно повезан) скуп тврдњи које објашњавају извесну појаву“. Истовремено, Печујлић и Милић (1995), као и Меј (Мау 2011), упућују на то да је теорија оквир који усмерава пажњу истраживача на одређени део стварности и садржи принципе помоћу којих се резултати истраживања тумаче и смештају у систем научног сазнања.

Научна истраживања се могу разврставати по више основа. Подела на емпиријска и теоријска истраживања само је једна од више могућих подела научних истраживања.<sup>2</sup> Та подела је заснована на природи истраживања. У теоријском истраживању до сазнања стижемо посредством идеја о елементима појаве и њеним везама са другим појавама, а у емпиријском истраживању посредством искуства, односно посматрања појаве.

Традиционално правно истраживање се уобичајено означава као доктринарно. Такво истраживање права користи „научне технике са циљем идентификације правила нормативног карактера“ (Saraf 1982, 633) и засновано је на „аксиолошкој претпоставци валидности“ (Holtermann, Madsen 2016, 1004). У правној науци (правној доктрини) научник се бави „нормативном страном правног феномена. Решавајући неки проблем који је уочио, он описује правне норме, утврђујући њихово важење и поставља хипотезе о њиховом значењу користећи класична средства тумачења“ (Дајовић 2017, 231). Доктринарни (правни) научници до сазнања стижу применом „херменеутичких и концептуалноаналитичких метода“ (Дајовић, 2017, 232).

Временом се јавила потреба да се научно истражи не само право које је садржано у правним актима и документима већ и како оно делује у пракси. Одговор је дошао у облику *емпиријских истраживања*. Постоје бројне и различите дефиниције емпиријског истраживања, али се из њих могу издвојити заједнички елементи који су својствени тој врсти истраживања. Основа стицања сазнања у емпиријском истраживању је искуство (Bhattacharya 2008), односно опажање појава. До сазнања емпиријско истраживање стиже тако што се на основу прикупљених емпиријских података изводе закључци о предмету истраживања (Erstein, Martin 2014, 902). Оно се означава и као *a posteriori* истраживање (Craig 2005) јер се сазнање о предмету истраживања стиче након што се постављене хипотезе провере на основу искуства или посматрања. Емпиријско истраживање

<sup>2</sup> Научна истраживања се могу делити, на пример, према циљу (експлоративна, дескриптивна, експанаторна) или према сврси (основна или фундаментална и примењена).



је систематично и транспарентно (Landry 2016) јер се одвија према утврђеним и усклађеним правилима, па и други истраживачи могу проценити и проверити методе и резултате истраживања или поновити поступак истраживања.

Захваљујући интеракцији правне науке и других наука (социологије, економије, политичких наука, психологије и др.) повећано је интересовање правних научника за примену метода из друштвених и других наука као и интересовање научника из друштвених и других наука за истраживање права.

Друштвене и друге науке су почеле емпиријски да истражују чињенице које су „у вези с правом“, односно „појаве којима право може бити узрок или последица“ (видети Дајовић 2017, 232 фн. 26). Дакле, оне истражују како је право условљено различитим појавама и како делује на њих. Дајовић је научне дисциплине које спроводе та истраживања означио као *емпиријске правне дисциплине* (социологија права, економска анализа права, правна психологија и др.) и истакао да оне „користе методе који су непримењиви у правној науци“ (2017, 233). Ако питате, на пример, једног социолога (права), он би се вероватно противио том називу који је употребио Дајовић јер га неко може протумачити тако да социологија има улогу помоћне, не самосталне науке. Проблем који придев *емпиријски* задаје у ковању назива различитих емпиријских истраживања постао је изражен када су се, осим емпиријских истраживања права, појавила и истраживања за која се користи назив *емпиријска правна истраживања* (*Empirical Legal Research*).

Херберт Крицер (Kritzer 2010, 883) истакао је да „*емпиријско* правно истраживање“ карактерише „употреба *систематски* прикупљених података, било квалитативних било квантитативних, да би се описао или другачије анализирао одређени правни феномен“.<sup>3</sup> Александер Вулф (Wulf 2014, 1) одредио је да емпиријска анализа<sup>4</sup> користи „емпиријске истраживачке методе из економије и друштвених наука у покушају да одговори на истраживачка питања у области права тј. како би истражила оперативне и функционалне аспекте права и правне последице... Употреба емпиријских метода у правној науци може, стога, довести до резултата који се не могу постићи традиционалним истраживањем права... Крајњи циљ овог приступа је да, на основу емпиријских података, допринесе систематском разумевању... правног система“. Вулф не објашњава шта подразумева под опера-

<sup>3</sup> Курзив је у оригиналу цитираног текста.

<sup>4</sup> Осим те одреднице коју Вулф објашњава, у *Енциклопедији права и економије* као синоними се наводе: емпиријско право и економија, емпиријско правно истраживање (*empirical legal research*), емпиријска правна наука (*empirical legal science*) и емпиријске правне студије (*empirical legal studies*).

тивним и функционалним аспектима права, па на основу језичког тумачења тих придева можемо претпоставити да је реч о аспектима који се односе на спровођење права у пракси и на улоге које право врши. Теодор Ајзенберг је нагласио емпиријску природу података на основу којих се стиче сазнање о предмету истраживања, али и карактер и циљ емпиријског правног истраживања јер оно настоји да „систематски процени стање и перформансе правног система“ (Eisenberg 2011; 2004, 1741). Ли Епштајн и Гери Кинг сматрају да је начин закључивања битна одлика емпиријског истраживања генерално и упозоравају да у емпиријским правним истраживањима постоји „мало свести о правилима извођења закључака која усмеравају емпиријско истраживање у друштвеним и природним наукама, а још мање сагласности са њима“ (Epstein, King 2002, 169).<sup>5</sup> Други аутори указују на то да одређење емпиријског правног истраживања мора обухватити не само систематско анализирање ефеката права већ и утврђивање шта је право или шта би оно требало да буде, али напомињу да се та врста истраживања најчешће дефинише на основу начина истраживања предмета (van Dijk, Sverdlov, Buck 2018, 108). Проблем са одређењима која су фокусирана на начин извођења истраживања јесте у томе што се сведе на техничку димензију, па није редак случај да се емпиријско правно истраживање поистовећује само са квантитативним истраживањима.

Мноштву приступа дефинисању емпиријског правног истраживања придружићемо и један који додатно компликује проблем дефинисања. Наиме, једна група истраживача из области права, политичких наука и филозофије основала је Мрежу правних емпиријских научника (*Network of Legal Empirical Scholars*) која „настоји да повећа квалитет, ниво и важност емпиријског правног истраживања европског и међународног права и институција“ (Šadl 2019). Они наглашавају да је њихов циљ да „промовишу проучавања која: истражују правна питања на свеобухватан и систематичан начин (који је правно емпиријски што је супротно од емпиријско правни); заснована су на јасно артикулисаним епистемолошким основама; усвајају разне емпиријске методе; транспарентна су и друштвено значајна“ (Šadl 2019). Ти научници су, међутим, пропустили да објасне разлику између правно емпиријско (*legal empirical*) и емпиријско правно (*empirical legal*). Можда као емпиријско правно на уму имају истраживање емпиријских правних материјала, то јест проналажење и избор релевантних извора права и праксе (правних аката, судске и арбитражне пресуде, одлуке, мишљења и сл.). То је обично прва асоцијација на енглески термин *legal research*, посебно

<sup>5</sup> Треба напоменути да ти аутори емпиријско истраживање углавном посматрају као квантитативно.

у системима у којима су судске пресуде извор права. С друге стране, на основу циљева те мреже научника можда можемо рећи да за њих правно емпиријско истраживање одликује примена емпиријских метода ради систематичне и свеобухватне спознаје правних питања. Мноштво назива и непрецизне дефиниције не олакшавају посао онима који настоје мисаоно да сагледају границе тог научног кретања и како се оно уклапа у правну науку. Поједини би можда рекли да се оно уопште не може уклопити у правну науку јер се право као нормативна појава не може истраживати методама попут „статистичких и других квантитативних анализа“ (Дажовић 2017, 232). Видели смо међутим, да има и оних који сматрају супротно – да емпиријска правна истраживања обухватају и анализу тога шта је право или шта би оно требало да буде (van Dijck, Sverdlov, Buck 2018, 108). Према њиховом схватању, дакле, предмет емпиријских правних истраживања јесте и природа права. Греше ли? Може ли се значење правне норме утврдити и емпиријским методама? Аутор овог рада сматра да претпоставку о значењу правне норме није немогуће тестирати емпиријским путем. На пример, могу се анализирати изјаве релевантних субјеката како би се из њих извукли емпиријски подаци о тумачењу правне норме. Потом се ти подаци статистичком методом могу анализирати да би се утврдило које је тумачење најчешће и на основу тих резултата и њиховог смештања у постојећи систем знања могло би се утврдити значење правне норме. Јер не треба заборавити да се примена емпиријских метода (у било којој науци) не дешава у вакууму јер постоји теоретски оквир (постојећа сазнања) који усмерава нацрт истраживања.<sup>6</sup>

На то да правна наука може имати користи од емпиријских метода истраживања, указао је пре више од сто година амерички судија и правни теоретичар Оливер Вендел Холмс млађи оцењујући да у рационалном истраживању права будућност представља „човек статистике и господар економије“ (Wendell Holmes Jr. 1897, 469).<sup>7</sup> Његово предвиђање донекле потврђују и узајамно повезана, испреплетана и често нејасно разграничена научна кретања. Једно су *емпиријска правна истраживања*, која настоје да применом емпиријских метода истраже како право делује у пракси. Друго су *емпиријска истраживања* која истражују различите друштвене, економске, психолошке, политичке и друге чињенице које су *у вези с правом*. На одређеним местима у литератури истиче се да је предмет емпиријских правних истраживања и нормативна страна права

<sup>6</sup> Видети и део 4 овог рада.

<sup>7</sup> У изворном облику његова изјава гласи: „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).

и да је појава тих истраживања одраз тежњи да се правна наука методолошки развије интегрисањем или прилагођавањем емпиријских метода који се користе у природним и друштвеним наукама. Врсте емпиријских истраживања нису увек јасно разграничене и није редак случај у литератури да се под емпиријским правним истраживањима некад подразумевају и емпиријска истраживања у вези с правом. Аутор овог рада стога користи назив *емпиријско истраживање права* да нагласи да је реч о емпиријском приступу у правној науци, који за предмет има и нормативну страну права и њене емпиријске манифестације. Дакле, аутор бира да истакне и нормативну димензију која је само наговештена у појединим одређењима емпиријског правног истраживања, али је често испуштена, можда и због утицаја правног реализма на развој емпиријских правних истраживања.<sup>8</sup> Тај назив означава и какво би, према мишљењу аутора, емпиријско истраживање права требало да буде, што не значи да је оно увек такво у пракси. У том смислу би се емпиријска правна истраживања могла схватити као фаза у развоју емпиријских истраживања права. Такође, аутору тај назив даје маневарски простор да укаже на то да је предмет истраживања у домену правне науке, а примена емпиријских метода би требало да употпуни, а не да замени, доктринарно истраживање права. Но, емпиријско истраживање права не би требало (нити га је увек могуће) изоловати од емпиријских истраживања других наука у вези с правом. Емпиријско истраживање права користи компаративну предност методолошких знања из других наука и не искључује интердисциплинарне истраживачке подухвате.

### 3. РАЗВОЈ ЕМПИРИЈСКОГ ИСТРАЖИВАЊА ПРАВА

Емпиријско истраживање права није потпуна новина. Његови историјски претходници могу се наћи још у истраживањима француских правника у 19. веку (Kritzer 2010).<sup>9</sup> Ипак, северноамерички континент је географски простор на којем су учињени пресудни искораци ка емпиријском истраживању права.

#### 3.1. Емпиријско истраживање права у 20. веку

Већина аутора сматра да је амерички правни реализам, који се појавио двадесетих година прошлог века, отворио врата емпиријским

---

<sup>8</sup> Видети о утицају правног реализма у делу 3 овог рада.

<sup>9</sup> Поред прављења годишње статистике о злочинима Крицер наводи пример истраживања које је спровео Кветеле (Quetelet) у ком је разматрао повезаност кривичних дела и друштвених обележја починилаца као нпр. сиромаштво и необразованост (Kritzer 2010).

радовима у праву (Heise 2002; Kritzer 2010; Hutchinson, Burns 2009; Wulf 2016, van Dijk, Sverdlov, Buck 2018). Лајтер објашњава да су за реализам природне науке „парадигма целокупног правог знања“ (Leiter 2005, 50). Сходно томе, задатак правне теорије је да „идентификује и опише, а не да оправда обрасце судских одлука“, а средство којим то може постићи су друштвене науке или истраживања тог типа (Leiter, 2008, 10).<sup>10</sup> За реалисте у основи судских одлука нису правна правила већ неправни елементи, а правна правила и правни разлози служе као „*post hoc* рационализација“ таквих одлука (Leiter 2005, 50). Поједини аутори су изразили мишљење да су емпиријски радови реалиста не само пропали већ и да је због тих неуспеха и емпиријско истраживање стекло лошу репутацију у правној науци (Posner 1995, према Leeuw, Schmeets 2016, 23).

Снажнији утицај на ширење емпиријских истраживања права извршили су програми интердисциплинарних истраживања права и друштва (*Law and Society*), као и права и економије (*Law and Economics*), институционализовани у Сједињеним Америчким Државама након Другог светског рата.<sup>11</sup>

Педесетих година прошлог века Правни факултет Универзитета у Чикагу започео је емпиријску студију о поротничком систему у САД (*Chicago Jury Project*), у којој су истраживане разлике између поротничких одлука и хипотетичких судских одлука у поротничким суђењима да би се утврдило да ли постоји разлика, у којим случајевима и зашто (Zimring 2003, 7). Такав подухват је окупио интердисциплинарни истраживачки тим који је примењивао различите емпиријске методе и технике истраживања: статистику поротничких суђења, посматрање поротничких суђења, интервјуе са поротницима, експерименталне симулације поротничких суђења и испитивање судија који су председавали поротничким суђењима (Hans, Vidmar 1991). Озбиљност и трајање подухвата илуструје чињеница да је главна публикација са резултатима пројекта објављена 1966. године.<sup>12</sup> Осим чикашког истраживања, и друга дешавања су утицала на продор емпиријских истраживања у праву и на научно разматрање права у његовом друштвеном контексту (*Law and Society*). Тај правац интердисциплинарних истраживања полази од тога да „право није аутономно, не стоји изван друштвеног света, већ је дубоко укорено у

<sup>10</sup> Аутор се захваљује анонимном рецензенту који је указао на истраживања Лајтера о утицају филозофског натурализма.

<sup>11</sup> И у међуратном периоду је било емпиријских истраживања у правним образовним институцијама, које нису успеле да обезбеде континуитет таквих подухвата, као што је пример Правног института Универзитета „Дон Хопкинс“ (Heise 2002, 823).

<sup>12</sup> У питању је дело *The American Jury* чији су аутори Harry Kalven Jr. и Hans Zeisel, објављено у Бостону 1966.

друштву“ (Mather 2011). Група научника из области социологије, политичких наука и права, али и антропологије, психологије, историје и економије, основала је 1964. године и посебно удружење (*Law and Society Association*), а убрзо потом покренула и специјализовани часопис (*Law & Society Review*), замишљен као форум за интердисциплинарни дијалог и размену идеја о праву и друштвеним наукама (Schwartz 1966). У уводнику првог броја истакнуто је да ће поље интересовања тог часописа обухватити и теме као што су: докази из друштвених наука у процесу пресуђивања, правна питања из перспективе друштвених наука, методолошки проблеми и технике, прилике за истраживање и програми друштвеноправних (*sociolegal*) обука (Schwartz 1966). Удружење и часопис су активни и данас.

Као што смо већ нагласили, значајан допринос развоју емпиријских истраживања у праву дала су и емпиријска истраживања која повезују право и економију (*Law and Economics*). И опет је Универзитет у Чикагу средиште размаха другачијег приступа истраживању права. Укључивање економских научника у наставни кадар Правног факултета које је започело у међуратном периоду наставило се након Другог светског рата (Mordfin, Nagorsky 2011). Економска анализа права омогућава да се предвиди како ће људи реаговати на право, што је „увек значајно за стварање, мењање, укидање и тумачење права“ (Cooter, Ulen 2012, 3). Снажан подстицај развоју истраживања која повезују економију и право догодио се 1958. године, покретањем часописа *Journal of Law and Economics*, који постоји и данас.

У САД су током шездесетих и седамдесетих година прошлог века, осим научних удружења и часописа, установљени истраживачки институти и центри који су предузимали различита емпиријска истраживања из перспективе права и друштвених наука (Heise 2002). Научна истраживања у оквиру праваца који повезују право и друштво, односно право и економију, заживела су наредних деценија (Eisenberg 2011). Но, како напомиње Шук (Schuck 1989), упркос свим претходно поменутиим развојним моментима, емпиријски приступ проучавању права није постао редован део наставе на правним факултетима у САД.

А каква је ситуација с развојем емпиријских истраживања права изван америчког континента? На почетку овог одељка поменули смо примере раних емпиријских радова у Француској у 19. веку. Леув (Leeuw 2015, 21) указао је на емпиријске елементе у социолошким студијама права Вебера (Max Weber), Диркема (Emile Durkheim), Петражицког (Leon Petrażycki), Гурвича (Georges Gurvitch) и Ерлиха (Eugen Ehrlich) и у неким криминалистичким, правно-психолошким, и студијама права и економије. Он је навео и пример појединих холандско-немачких научника (Meijers, Hijmans, Namaker), који су у првој половини прошлог века прихватили емпиријски начин истраживања.

Тенденције емпиријског истраживања права нису биле ограничене само на западну хемисферу света. То илуструје и пример Индијског правног института (*Indian Law Institute*), који је основан 1957. године са циљем да „истражује науку права, да промовише напредне студије и истраживања права и његовог спровођења, да промовише реформу у спровођењу права и правде и да подстакне развој права које одговара економским, социјалним и другим потребама заједнице“ (*Journal of the Indian Law Institute* 1958, 5–12). У специјалном издању свог часописа из 1982. године Институт се посветио управо теми правних истраживања, објавивши и неколико прилога о емпиријском истраживању права и његовим методама.

### 3.2. Емпиријска правна истраживања као посебан научни правац

Емпиријски приступ истраживању права и његовог деловања у друштву постао је у другој половини 20. века предмет посебног интересовања одређеног броја правних и истраживача других научних дисциплина, али то није резултирало стабилном позицијом емпиријског истраживања у правној науци. Тек се почетком 21. века интензивира присуство емпиријских радова у праву и настаје посебан научни правац или покрет емпиријских правних истраживања или студија (*Empirical Legal Studies – ELS*).

Преглед литературе указује на то да су вишеструки фактори утицали на повећано интересовање научника за *ELS*: развој у материји научних истраживања генерално и сам развој правне науке посебно (Heise 2002); развој људских ресурса, то јест овладавање истраживача знањима и вештинама које су неопходне за емпиријски рад (Heise 2002; Gelbah, Klick 2017), институционализација емпиријске заједнице (Engel 2018) и подстицање емпиријског истраживања (Heise 2002); развој средстава истраживања, који се огледа у развоју и већој доступности потребних емпиријских података (Heise 2002; Gelbah, Klick 2017, Engel 2018) и у развоју техника и технологија које олакшавају прикупљање и анализу података (van Boom, Desmet, Mascini 2018).

Поједини аутори (van Dijck, Sverdlov, Buck, 2018, 106) сматрају да су *ELS* и истраживања права и друштва (*Law and Society*) „екстремни једног истог спектра емпиријских правних истраживања“ (*Empirical Legal Research*). Теодор Ајзенберг, кога сматрају родоначелником *ELS*, наглашава да су с појавом тог правца емпиријска правна истраживања добила одређено средиште, „додуше раштркано средиште, на правним факултетима, на конференцијама, у часописима, и у другим активностима, без жртвовања посебног доприноса сваке дисциплине која учествује у емпиријским научним истраживањима“ (Eisenberg 2011, 1719).

Елементи који се у литератури (van Dijk, Sverdlov, Buck, 2018) узимају као показатељи емпиријске револуције у истраживању права јесу: пораст броја емпиријских радова у научним часописима, појава специјализованих часописа и оснивање специјализованих удружења, организовање научних конференција, установљавање истраживачких центара и програма посебно посвећених емпиријским истраживањима права и пораст броја образовних програма и обука из емпиријских метода истраживања на правним факултетима. Тим показатељима се сада може придружити и објављивање књига о емпиријском истраживању права.

Специјализовани часопис за емпиријска правна истраживања (*Journal of Empirical Legal Studies*) установљен је 2004. године у САД, као подухват професора Правног факултета Универзитета „Корнел“ (*Cornell Law School*). Усмерен је на објављивање висококвалитетних емпиријских радова из права и повезаних области (економије, политичких наука, психологије, социологије и других) са циљем повећања знања о правном систему. Часопис настоји „да охрабри, промовише и подстакне брижљиво прикупљање емпиријских података и трезвено, ригорозно проверавање емпиријских хипотеза“ (Eisenberg *et al.* 2004). Следећи корак је представљало организовање прве конференције (*Conference on Empirical Legal Studies*) 2006. године, а пракса редовног годишњег међународног окупљања посвећеног емпиријским истраживањима права траје и данас. То окупљање истомишљеника око часописа и прве годишње конференције формализовани су и у облику посебног удружења (*Society for Empirical Legal Studies*). Те иницијативе су посебно значајне због тога што су успеле да формално укључе актере са различитих правних факултета у САД, што је резултирало институционализацијом емпиријских истраживања, не само путем истраживачког рада већ и увођењем курсева или семинара о емпиријским методама истраживања у образовни програм правних факултета.

Амерички научници су спровели и емпиријске анализе објављених чланака у научним часописима. Резултати истраживања из 2011. године показали су да је број емпиријских радова у порасту (Heise 2011). Упитно је, међутим, колики је њихов удео у укупној продукцији објављених радова у научним часописима. Такође, упитна је и методологија појединих истраживања, односно начин идентификације емпиријских радова. Једно истраживање из 2010. године показало је да у неким претходним истраживањима није прављена разлика између оригиналних емпиријских радова и радова који користе емпиријске резултате других истраживања (Diamond, Mueller 2010, 585). Емпиријско истраживање чланака објављених у 60 научних часописа у периоду 1998–2008. показало је да је у узорку (1641 чланак) само мали проценат оригиналних емпиријских радова (5,7%),



али да је скоро половина укупно анализираних радова (45,8%) имала одређени емпиријски садржај (Diamond, Mueller 2010, 587).<sup>13</sup>

Шта се, у међувремену, дешавало у Европи? Каково је стање са емпиријским радовима у европским научним часописима? Једно емпиријско истраживање (van Dijck, Sverdlov, Buck 2018) обухватило је радове објављене у 78 научних часописа. Резултати су показали да у периоду 2008–2017. није порастао удео емпиријских радова, да је већи проценат емпиријских радова објављен у неправним (18,9%) него у правним часописима (4,6%) и да су часописи из одређених области (кривичноправна, заштита животне средине, економија) и они са вишим рангом или старији часописи склонији да објаве емпиријске радове (van Dijck, Sverdlov, Buck 2018, 116). Исто истраживање је показало, међутим, да поменута обележја часописа (правни/неправни, област, ранг, старост) немају утицаја на повећање или смањење стопе објављених емпиријских радова.

Иако можда емпиријски подаци то јасно не показују, емпиријско истраживање је нашло своје присталице у Белгији, Данској, Холандији, Немачкој, Шпанији и Шведској (Eisenberg 2011; Towfigh 2014; van Dijck, Sverdlov, Buck 2018; van Gestel, Lienhard 2019). До сада су одржане две конференције о емпиријским правним истраживањима у Европи (*Conference on Empirical Legal Studies in Europe* или *CELSE*), 2016. у Амстердаму и 2018. године у Лувену. Већ смо поменули и да је формирана и мрежа емпиријских истраживача права (*Network of Legal Empirical Scholars* или *NoLesLaw*). И академске институције су почеле да укључују емпиријска истраживања права у свој наставни програм. У оквиру европског мастер програма из права и економије (*European Master in Law and Economics*) организује се и настава из емпиријских правних истраживања. Универзитет у Лајдену (Холандија) докторантима правних студија (*Graduate School of Legal Studies*) пружа могућност да похађају курс из квантитативних емпиријских метода у праву. Универзитет у Стокхолму (Шведска) студентима докторских студија такође нуди различите курсеве у области правне теорије и методологије, укључујући и курс о социолошким и емпиријским методама у правној науци (van Gestel, Lienhard 2019, 197). Ради стицања и унапређења методолошких знања и вештина својих доктораната од 2015. године, Универзитет у Копенхагену (Данска) организује радионице које укључују и емпиријске методе истраживања у праву (iCourts 2019). Европски универзитетски институт са седиштем у Фиренци (Италија) у оквиру правних студија организује семинар „Право у контексту“ и семинаре о квалитативним методама и о практичним вештинама у теренском раду (European University Institute 2019).

<sup>13</sup> Ти аутори су за избор часописа користили *Westlaw database Journals & Law Reviews*.

У Великој Британији емпиријска истраживања права су интегрисана у истраживачки корпус правних и других наука. То показују и универзитетски истраживачки центри и пројекти установљени на Универзитетском колеџу у Лондону (*Centre for Empirical Legal Studies*) и Универзитету Вестминстер (пројекат *Empirical Legal Research and the Profession*). Такође се формирају мреже (*Empirical Legal Research Network*, установљена 2009. године на Универзитету у Единбургу) и групе истраживача (Правни факултет Универзитета у Оксфорду) заинтересованих за емпиријска правна истраживања. Значај те врсте правних истраживања потврдила је и Фондација „Нуфилд“ (*Nuffield Foundation*), која је, након што је пружила финансијску подршку бројним емпиријским пројектима, 2004. године финансирала емпиријску евалуацију емпиријског правног истраживања и капацитета за његово будуће спровођење у Великој Британији. Извештај је користан јер, осим евалуације и препорука, садржи и приказ историјског и институционалног развоја емпиријског истраживања права у Великој Британији (Genn, Partington, Wheeler 2006).

Европа, као што се из поменутих примера види, није пропустила емпиријски талас у правним истраживањима. Није то пропустио ни остатак света: емпиријска истраживања се спроводе и проучавају у Аустралији (Hutchinson, Burns 2009; Bell 2016), Бразилу,<sup>14</sup> Израелу,<sup>15</sup> Јапану (Vanoverbeke *et al.* 2014), Кини (Chen 2017) и Тајвану (Eisenberg 2011).

### 3.3. Емпиријска истраживања права у Србији

А шта је са емпиријским истраживањима права у Србији? Да ли се у овом случају потврђује предрасуда да уобичајено каскамо за светом? Дајовић (2017, 225) сматра да су начини проучавања права релативно запостављена тема у домаћој правној теорији и настави на постдипломским студијама правних факултета. Можемо ли у так-

---

<sup>14</sup> Бразилска мрежа за емпиријска правна истраживања (2011) покренула је 2014. године специјализовани часопис за емпиријска правна истраживања (*Revista de Estudos Empiricos em Direito – Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*) с циљем да промовише културу емпиријских истраживања у правној науци (Xavier, Silva 2014).

<sup>15</sup> На Правном факултету Хебрејског универзитета у Јерусалиму (*The Faculty of Law, The Hebrew University of Jerusalem*) академске 2018/19. године организован је програм радионица о праву, економији и емпиријским правним истраживањима (*Law, Economic and Empirical Studies Workshop*). У оквиру тог универзитета функционишу центри који се баве и емпиријским методама истраживања права: *Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law* и *The Aharon Barak Center for Interdisciplinary Legal Research*. Такође у оквиру Центара изврности у истраживању (*Israeli Centers of Research Excellence, I-CORE*) функционише и Центар за емпиријско истраживање и одлучивање и право (*The Center for Empirical Studies and Decision Making and the Law*).

вим околностима правне теорије, а посебно методологије правних истраживања, уопште очекивати позитивне моменте у проучавању и спровођењу емпиријских истраживања права у Србији? Одговор ће нам открити наставни планови и програми докторских студија појединих државних правних факултета.<sup>16</sup> Према плану докторских академских студија права у Београду (Универзитет у Београду, Правни факултет 2014), за студенте је обавезан предмет о методама и вештинама научноистраживачког рада.<sup>17</sup> Студијски програм докторских академских студија у Нишу (Универзитет у Нишу, Правни факултет 2013) укључује и обавезну наставу из методологије правних наука. План докторских студија на програму „Јавно право“ на Правном факултету Универзитета у Новом Саду (2016) садржи и обавезе студената које се односе на припрему докторске дисертације (приступни научни рад, пројекат докторске дисертације, израда два научна чланка и излагања на научним скуповима). Недостатак посебног методолошког предмета на том нивоу објашњава чињеница да је програмом мастер студија већ предвиђено изучавање методологије права и методологије друштвених наука (Универзитет у Новом Саду, Правни факултет 2013).

Спецификације методолошких предмета не дају потпуну слику о стању ствари, али указују на одређене тенденције. Планови наставе сведоче да су методолошки предмети организовани око два циља: да студенте подуче методама правних истраживања и методици израде научног рада. У Београду део о методама правног истраживања садржи и емпиријски метод. У Нишу је планом предвиђена и материја емпиријских истраживања и метода, укључујући теренски рад, практичне вежбе ради постављања хипотеза и индикатора, одређивања узорка и израде интервјуа и анкета. У Новом Саду, у настави методологије права, осим догматског метода, изучавају се и социолошки методи ради разумевања друштвених интереса у основи права, а тиме и самог правног система. Иако се емпиријски методи конкретно не прецизирају у спецификацији наставе из методологије друштвених наука, планом су предвиђени изучавање начина коришћења и приказивања статистичких података, социолошка ана-

<sup>16</sup> Одлука да се преглед ограничи само на те три образовне установе мотивисана је чињеницом да је у овом раду нагласак на емпиријском истраживању у правној науци и стога је оправдано посматрати да ли се будућим правницима преносе знања о томе шта су емпиријска истраживања и како се изводе. Три представљене установе су уједно и три велика универзитетска центра у којима се образују правници. Одлука не имплицира изолованост правних научника и правних истраживања већ неопходност стицања знања и вештина који правним научницима олакшавају да спознају емпиријска истраживања и увиде простор за њихово коришћење, могућности интердисциплинарне сарадње и њену комплементарну предност.

<sup>17</sup> У оквиру Института за правне и друштвене науке основан је и Центар за социолошкоправна истраживања.

лиза судске праксе и изучавање нових тенденција у методологији. Ти примери показују да у Србији постоје основе за предузимање систематичних специјализованих напора за изградњу капацитета за проучавање и спровођење емпиријских истраживања права. Не би требало сумњати да и истраживачке институције могу да предузму такве подухвате или да својим знањима могу значајно да их подрже.

А каква је ситуација са објављивањем емпиријских истраживања права? Илустративни преглед радова објављених након 2010. године у одређеним научним часописима у Србији показује да научна продукција у области права обухвата и емпиријске радове.<sup>18</sup> Анализа њихових обележја показала је да се већина њих бави темама из области кривичног права и криминологије (Dimovski 2013; Лукић 2015; Soković, Čvorović, Turanjanin 2016, 2017; Стајић *et al.* 2018; Бугарски 2018; Мојашевић, Arsenijević 2018) и социологије права (Бован 2011, Vuković, Свејић 2014; Bado 2016; Kostić, Vuković 2019), уз поједина истраживања у области економске анализе права (Мојашевић 2019). Примена категоризације емпиријских радова која је коришћена у појединим страним емпиријским истраживањима (Diamond, Mueller 2010) показује да се већина од укупног броја посматраних радова (9 од 12) може сврстати у категорију оригиналних емпиријских истраживања, а остатак у категорију радова у којима се анализирају цитирана емпиријска истраживања и категорију минималног коришћења емпиријског садржаја (када чланак само цитира постојеће статистичке податке као доказ тврдњи). Карактеристично је да су у већини случајева аутори истраживања правници.<sup>19</sup> За прикупљање података коришћена је углавном метода испитивања, а за анализу података статистичка метода, превасходно дескриптивна. Ипак, одређени аутори су отишли корак даље и приступили тестирању хипотеза употребом различитих тестова статистичке значајности, метода корелације и регресионе анализе. Ти примери можда нису бројни, али показују да емпиријско истраживање права постоји у Србији. Неко може приговорити да доминирају квантитативне методе емпиријског истраживања и може се отворити дискусија о дometу емпиријских истраживања, али то су све питања која нису ограничена само на простор Србије већ су универзална и одраз су садашњег ступња развоја емпиријског истраживања права. Зато ће у следећем делу рада уследити приказ врста емпиријских истраживања.

<sup>18</sup> Напомињемо да је преглед урађен само ради илустрације стања, никако као научна емпиријска анализа чији би циљ било рангирање квалитета рада аутора и часописа.

<sup>19</sup> Осим правника, аутори појединих радова су социолози (Бован, Цвејић, Вуковић), који су радили емпиријска истраживања у домену социологије права.

#### 4. ЕМПИРИЈСКО ИСТРАЖИВАЊЕ ПРАВА: КВАНТИТАТИВНИ ИЛИ КВАЛИТАТИВНИ ПРИСТУП?

Емпиријско истраживање је одговор на потребу да се право као инструмент друштвене контроле (Pound 1942, према Saraf 1982, 613 фн. 12) и друштвене промене (Gangrade 1982, 635) не истражује изоловано од друштвене стварности коју настоји да уреди. Стога је стигло и упозорење да ће правни научници постати сувишни ако, с једне стране, право истражују изоловано од праксе, и ако, с друге стране, „не могу да објасне другим дисциплинама шта је академско у њиховом истраживању, које су типичне методологије и шта раздваја добро истраживање од осредњег или лошег истраживања“ (van Gestel, Micklitz, Rubin 2017).

Чињеница је да се емпиријска истраживања, нажалост, превасходно посматрају као истраживања која користе квантитативне методе, тачније једну њихову врсту: статистичке методе (Schuck 1989; Engel 2017; van Dijck, Sverdlov, Buck 2018). Кејн и Крицер напомињу да су „најснажнији заговорници“ тог изједначавања правници који немају напредна знања из методологије друштвених наука, док за оне који таква знања имају (са правних или других друштвених факултета) „емпиријско“ подразумева и квантитативни и квалитативни приступ (Cane, Kritzer 2010, 4). У чему је разлика између та два приступа у емпиријском истраживању? У тражењу одговора на то питање прегледали смо и литературу из области методологије друштвених наука.

Анализирајући објашњење које даје Алан Брајман уочавамо да су кључни елементи на основу којих он разликује квантитативни и квалитативни приступ: врста података, однос теорије и истраживања, епистемолошки и онтолошки оквир истраживања (Vrugman 2012, 36). У квантитативном приступу прикупљају се и анализирају нумерички (бројчани) подаци, настоји се да се тестирају теорије (дедуктиван приступ), да се следе стандарди природних наука и да се друштвена стварност посматра као објективна. У квалитативном приступу прикупљају се подаци који нису нумерички, настоји се да се на основу тих података генеришу теорије (индуктиван приступ), са циљем да се друштвена стварност разуме онако како је стварају појединци. У квантитативном приступу предмет истраживања спознаје се мерењем и стога је добар да би се „проценили обим и распрострањеност неке појаве“, док се у квалитативном приступу предмет истраживања спознаје тумачењем значења и добар је за утврђивање постојања одређене друштвене појаве (Webley 2010, 18). Битно је напоменути да се у оба приступа користе подаци исте, емпиријске, природе, али различите врсте, и да то што се у квантитативном приступу

користе нумерички подаци не значи да се ти нумерички подаци не могу добити и из ненумеричких информација. Наиме, и тада постоји могућност квантитативне анализе која представља поступак „превођења квалитативних својстава и односа, према одређеним правилима, током кога друштвени садржај добија нумерички облик, а анализа се даље изводи статистичким и математичким поступцима“ (Bogdanović 1981, 8).

Према Брајмановом мишљењу (Bryman 2012, 175), *квантитативни приступ* одликују мерење, каузалност, генерализација и репликација. Он настоји да тестира теорије мерењем, претварајући теоретске концепте о предмету истраживања у мерљиве варијабле. Џон Кресвел прецизира да се квантитативним истраживањем настоје „извести закључци о томе шта везе између варијабли значе“ (Creswell 2014, према Spencer 2015, 143 фн. 7). Брајман говори о каузалности (*causal inference*) као обележју квантитативног приступа јер се њиме тежи да се објасни узрок неке појаве, али чини нам се да Кресвел оправдано није употребио термин каузалност јер не треба заборавити да истраживање може показати да постоји повезаност између варијабли (корелација), али не и узрочно-последична веза (каузалност). Генерализација као одлика квантитативног истраживања, сматра Брајман, подразумева да се „налази истраживања могу генерализовати изван оквира одређеног контекста у којем је спроведено истраживање“ (Bryman 2012, 176). Истраживање се спроводи на узорку, односно делу популације, а закључци до којих се стигне истраживањем односе се на целокупну популацију. То се постиже праћењем правила о избору узорка. Како је епистемолошки оквир квантитативних истраживања позитивизам, она теже да дођу до објективног сазнања о појави каква она јесте пратећи научне процедуре и правила. Такође, тај утицај се види у настојању да квантитативна истраживања буду репликативна, да се могу поновити како би други могли проверити резултате истраживања и начин на који се до њих дошло. Репликативност је значајна за истраживања у друштвеним наукама јер када „истражујете друштвени свет, већа је могућност за мањак објективности и уплив вредности“ (Bryman 2012, 177). Стога она представља један вид контроле истраживача и потврде валидности истраживања.

Преглед литературе (Webley 2010; Bryman 2012; Simić, Zlatanović 2012; Spencer 2015; Пић 2015) показује да *квалитативни приступ* предмет истражује из перспективе субјекта истраживања, уз настојање да детаљно опише и разуме контекст у којем субјект придаје значење некој друштвеној појави. Стога се често разлика између два приступа истраживању представља као разлика објективно – субјективно, где се квалитативно истраживање везује за

субјективно јер истражује „друштвено конструисане чињенице које не постоје независно од значења које им људи приписују“ (Webley 2010, 930). Такође се истиче да се налази квалитативних истраживања не могу генерализовати. Поједини домаћи аутори наводе да је Марија Богдановић показала супротно, да се и квалитативним методама „може постићи не само објективност, него, бар под одређеним условима, и општост знања“ (Пић 2015, 137). Независно од спорења аутора, квалитативна истраживања су корисна јер „могу да створе дубок, детаљан и целовит увид у појединачну појаву“ (Fajgelj према Пић 2015, 137) и на основу њих можемо утврдити постојање или непостојање одређене појаве (Webley 2010). Још једна битна одлика тог приступа истраживању јесте то што он „посматра друштвени живот као процес“ и настоји да опише и разуме како се „догађаји и обрасци одвијају током неког времена“ (Bryman 2012, 402). Оријентисаност на процес, једнако као и настојање да појаву истражи у њеном „природном“ окружењу, резултирају следећим обележјем квалитативног приступа: флексибилношћу нацрта истраживања. За разлику од квантитативног, квалитативни нацрт истраживања није строго унапред дефинисан јер се, како се само истраживање одвија, може јавити потреба да се он прилагоди или у неком делу измени. Коначно, квалитативно истраживање карактерише и настојање да се пружи целовита слика о истраживаној појави: да се укаже на више перспектива и идентификује више различитих фактора (Creswell 2009, 176).

Који је одговор на питање које смо поставили на почетку овог дела рада? Који приступ је карактеристичан за емпиријска истраживања права? Одређени аутори су указали на то да је квалитативни приступ близак доктринарном истраживању права (Wulf 2016). Како изабрати одговарајући приступ емпиријском истраживању? Полазне тачке којима би се требали руководити у избору јесу сврха и природа истраживања (Webley 2010). Аутори су још 1982. године указивали на то да квантитативно и квалитативно „нису одвојени“ (Dabbs 1982, према Berg 2001, 2). Наиме, та два приступа „не треба посматрати као строге, различите категорије, поларне супротности, или дихотомије“ (Newman, Benz 1998, према Creswell, Creswell 2017, 3). Одговор на питање може бити и приступ мешовитих метода (*mixed methods*), који комбинацијом квантитативног и квалитативног приступа „пружа потпуније разумевање предмета истраживања него сваки од приступа посебно“ (Creswell, Creswell 2017, 4). Ниједан од тих приступа није избегао критике, а њих ће вероватно бити и даље јер, како је један аутор још пре више од три деценије искрено закључио, „налази било којег научног истраживања никад нису савршени и увек има простора за напредак“ (D’Souza 1982, 677).

## 5. ИЗАЗОВИ У ПРИМЕНИ ЕМПИРИЈСКОГ ИСТРАЖИВАЊА ПРАВА

У литератури је емпиријско истраживање права почетком овог века окарактерисано као револуција у правној науци (Ho, Kramer 2013; Klick 2011). Више од деценије касније појавила су се одређена питања која тестирају да ли је та процена била претерана. Аутори се питају: Какви су домети досадашњих емпиријских истраживања у праву? Које су мањкавости тих истраживања, а које су њихове предности? Са којим изазовима се суочавају истраживачи приликом спровођења емпиријских истраживања права?

Преглед литературе је показао да се аутори слажу у ставу да се емпиријско истраживање не може заменити већ само допунити доктринарно истраживање права (Saraf 1982; Heise 2002; Wulf 2016). Опасно је, међутим, тај став тумачити тако да он подразумева мању научну вредност емпиријског истраживања права. Аутори који посматрају емпиријска истраживања права уже, као емпиријска правна истраживања, истичу да она имају научни и друштвени значај, јер помажу у изградњи теоретског разумевања права као друштвене појаве и помажу не само да боље разумемо право већ и да, разумевајући како оно делује у пракси, боље разумемо друштво (Genn, Partington, Wheeler 2006,1). Прецизније речено „ако хоћемо да знамо како се свет мења и како наша правна правила обликују и како би требало да одговоре на ту промену, емпиријска истраживања су једноставно неизбежна“ (Simmons, Breidenbach 2011, 198). За разлику од доктринарног приступа, који право посматра изнутра, емпиријски приступ омогућава да се право спозна и споља, у средици у којој делује (Hutchinson, Burns 2009, Dajović 2017), што пружа сазнања која ће омогућити реалистично тумачење правних правила (Saraf 1982).

Који су недостаци, односно ограничења емпиријског истраживања права? Главно ограничење је природа права као предмета истраживања. Аутори упозоравају да се стандарди истраживања у природним наукама (достизање објективних и вредносно неутралних резултата) тешко могу применити на право. Ограничене су могућности емпиријског истраживања „у проналажењу решења нормативних проблема, које захтева одмеравање филозофских и етичких аргумената“ (Wulf 2016, 41). Кристофер Енгел је напоменуо да ће избор емпиријског приступа зависити од правног питања које је предмет истраживања (Engel 2017, 2) јер постоје нека питања која по себи нису погодна да се емпиријски истражују. Вулф (Wulf 2016, 44) истакао је да је начин спровођења емпиријских истраживања такав да редукује сложеност правних проблема, и то је често не-



избежно да би се према методолошким захтевима<sup>20</sup> истражило понашање које је правно релевантно, но „ако се правне чињенице<sup>21</sup> превише поједноставе ради методолошке строгости, резултати таквог истраживања могу бити мање релевантни за правну науку. Како би се то избегло, потребно је прво представити правно питање у његовој потпуној сложености. Тек се потом његова сложеност може редуковати како се (методолошки, прим. аут.) захтева“.

Недостатке или ограничења разликујемо од изазова у примени емпиријских истраживања. Већина изазова се односи на обезбеђење квалитета истраживања и на питања која Епштајн и Кинг означавају као изградњу инфраструктуре емпиријских истраживања у праву (Epstein, King 2003), односно изградњу капацитета за подучавање и спровођење емпиријских истраживања. Осим тога, изазови постоје и у домену публиковања и представљања резултата емпиријских истраживања, као и практичног извођења истраживања.

Литература (Epstein, King 2002; Wulf 2016; Zeiler 2016) показује да су главни методолошки изазови у примени емпиријских истраживања права: квалитет нацрта истраживања (*research design*), одабир адекватних емпиријских метода истраживања и њихова доследна примена током процеса истраживања.

Кључни изазов у обезбеђивању квалитета истраживања је-сте развој људских ресурса који ће изводити методолошку наставу и подучавати будуће генерације за спровођење емпиријских истраживања права (Jones 1982; Schuck 1989; Epstein, King 2003; Genn, Partington, Wheeler 2006). То је могуће постићи укључивањем у наставни кадар професора из методологије емпиријских истраживања и/или развојем или унапређивањем методолошких знања и вештина професора права. Универзитети могу подстицати међуфакултетску сарадњу ради размене и унапређења знања и вештина. Професори права се могу додатно образовати похађањем методолошких предмета и семинара на универзитетима, на специјализованим обукама или у ходу, односно у раду на емпиријским истраживањима (Epstein, King 2003). Изградња наставног кадра је кључни изазов јер њена успешна реализација доноси вишеструке користи. Прво, отвара могућности за измену или допуну постојећих образовних програма и развој специјализованих програма и наставног материјала у области методологије емпиријских истраживања права. Друго, подиже ниво истраживачких способности самих професора за предузимање квали-

<sup>20</sup> Да би се правна питања емпиријски истражила, концепти на којима су засноване хипотезе морају се операционализовати посредством индикатора и варијабли.

<sup>21</sup> Може се закључити да овде Вулф мисли на правне чињенице, то јест оне за које правне норме везују одређену правну последицу.

тетних емпиријских научних пројеката. Коначно, увећава и оснажује капацитете за евалуацију квалитета емпиријских истраживања права.

Њуфилд фондација је у свом истраживању (Genn, Partington, Wheeler 2006) препоручила да се развој истраживачких потенцијала подстакне различитим облицима стипендија: за студенте основних студија за похађање семинара или летњих школа, за докторске или постдокторске програме, за специјализације, за правнике који након искуства у пракси желе да се окрену истраживачкој каријери, али и менторске стипендије које би признатим ауторитетима из емпиријских правних истраживања омогућиле да менторишу студенте у развоју вештина емпиријског истраживања. Развој наставних и истраживачких капацитета претпоставља институционалну подршку у финансирању (Epstein, King 2003; Bell 2016) јер емпиријско истраживање може да обухвата теренски рад који захтева ангажовање испитивача и асистената на истраживањима или може да обухвата рад са базама података које су комерцијалне и захтевају плаћање коришћења. У оба случаја истраживачима су потребна техничка средства за прикупљање и чување података и програмски пакети за компјутерски асистирану обраду података. Институције могу имати важну улогу у прибављању сагласности за спровођење истраживања (као, на пример, када је неопходан пристанак одређених институција да се њихови подаци користе у истраживању или да њихови запослени буду испитаници). Институционална подршка се манифестује и на други начин, као спремност да се прихвати нови поглед на право и да се прилагоди начин рада. Уместо индивидуалног истраживачког рада на анализи правних докумената и текстова, емпиријско истраживање углавном подразумева тимски и интердисциплинарни рад и сарадњу са истраживачима из других наука и других институција (Bell 2016). Прагматичну страну интердисциплинарности поједини аутори су видели као универзитетску компаративну предност јер за правилно спровођење емпиријског истраживања није потребно да правник има докторат из друштвених наука већ је довољно „само да има пријатеља или колегу“ који поседује знања из методологије емпиријских истраживања (Simmons, Breidenbach 2011, 220)

Емпиријско и свако друго научно истраживање материјализују се превасходно у научним публикацијама. Представљање резултата емпиријских истраживања захтева нешто другачији стил писања радова од оног који је карактеристичан за доктринарна истраживања права. Такође, интердисциплинарни карактер истраживања и истраживачких тимова захтева прихватање и правилно вредновање коауторства публикација (Epstein, King 2003). Важан изазов се односи на обезбеђење квалитета публикација, што је замерка која се посебно упућује часописима које уређују студенти. Нека од могућих

решења (Zeiler 2016) јесу установљавање каталога најчешћих грешака и неког система последица због прихватања емпиријских радова ниског квалитета (на пример, пад на ранг листи часописа). Осим квалитета, публикације морају да задовоље и захтев релевантности и разумљивости, односно правна заједница их мора препознати као релевантна и морају бити разумљива „и научницима и практичарима, укључујући и оне који имају ограничена знања у тој области“ (van Dijk, Sverdlov, Buck 2018, 116). Посебно је важно пренети стечено знање о томе како право делује у пракси онима који са њим могу нешто учинити (Schuck 1989, 336).<sup>22</sup> Један од начина да се одговори на поменуте изазове јесте коришћење програма и технологија које омогућавају сумирање и визуелно представљање резултата емпиријских истраживања.

Практични изазови повезани са емпиријским истраживањима права односе се на финансијске трошкове јер су та истраживања углавном скупља, а знају да буду и фрустрирајућа и да одузимају доста времена (Schuck 1989; Bell 2016). Најзначајнији практични изазов је како спречити погрешно тумачење и злоупотребу резултата истраживања (Bell 2016).

## 6. ЗАКЉУЧАК

Емпиријско истраживање права скренуло је пажњу на питања која су значајна за развој правне науке: Како успешно премостити празнину између права и друштвене стварности коју право настоји да регулише? Како изградити методологију правних истраживања која би обухватила и доктринарна и емпиријска правна истраживања, одредила јасне координате њиховог међусобног односа, утврдила које методе истраживања одговарају за истраживање различитих аспеката правних питања и одредила осе односа између методологије правне науке и емпиријских истраживања у вези с правом?

Наслов овог рада је садржао питање да ли је емпиријско истраживање права револуција или немогућа мисија у спознаји права. Када смо стекли увид у његов развој, предности, ограничења и изазове, можемо закључити: нити је револуција нити је немогућа мисија. Револуција подразумева „коренит преображај, преокрет у

<sup>22</sup> Овде напомињемо да су, на пример, у области социологије права поједини аутори упозорили да би истраживања требало да отклоне научну изолованост, али и да направе дистанцу од публике (*policy audience*) из области (анализе) јавних политика, како би имала критичку димензију, ону која не искључује политичке вредности, али која не подразумева усвајање политичке агенде оних који тренутно усвајају политике или их спроводе (Sarat, Silbey, 1988). Аутор се захваљује анонимном рецензенту који је скренуо пажњу на тај научни рад.

некој области живота и рада“ (Вујанић *et al.* 2011, 1125). Емпиријско истраживање права, колико год представљало новину, не заговара напуштање доктринарног приступа већ наглашава занемарене аспекте истраживања права. Потпуна спознаја права није могућа уколико нема синтезе резултата доктринарног и емпиријског истраживања и зато су и једно и друго значајни за правну науку. Иако постоје одређена ограничења и изазови у примени емпиријских истраживања права, не може се рећи ни да је њихова примена немогућа мисија. Успех у примени емпиријског приступа зависиће од степена развијености способности истраживача да препознају ограничења и да, сходно њима, изаберу који аспекти права су погодни да буду предмет емпиријских истраживања и који су адекватни методи за њихово истраживање.

Емпиријско истраживање права је тема која нуди мноштво прилика за даља разматрања. Овај рад и није настао с циљем да понуди свеобухватну анализу те врсте истраживања јер то није могуће постићи у једном раду. Настао је из разлога што се аутор, радећи на сопственом емпиријском пројекту, суочио са недостатком домаћих теоријских разматрања тог начина проучавања права, па је такав подухват (вољно или невољно) било нужно предузети. Рад тежи да скрене пажњу на материју која је актуелна у светским оквирима и која захтева преиспитивање одређених научних премиса у проучавању права. Ако се након читања неко од читалаца одлучи да предузме интелектуални напор даљег разматрања дефинисања и обележја емпиријског истраживања права, изазова у његовој примени и његовог односа са доктринарним истраживањем, овај рад је остварио своју сврху.

#### ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Bado, Attila. 4/2016. Hungarian Mixed Court Without Representativity. An Empirical Research, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 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.

- Бован, Саша Б. 1/2011. Истраживање перцепције корупције на Правном факултету Универзитета у Београду. *Анали Правног факултета у Београду* 59: 80–103. (Bovan, Saša B. 1/2011. Istraživanje perseprije 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.
- Бугарски, Татјана Д. 1/2018. Борба против насиља у породици у пракси надлежних органа у Новом Саду. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 52: 95–121. (Bugarski, 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/>, последњи приступ 10. јуна 2019.
- European University Institute. 2019. Law Courses: academic year 2018–2019. <https://www.eui.eu/DepartmentsAndCentres/academic-catalogue/Law-courses>, последњи приступ 10. јуна 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/>, последњи приступ 10. јуна 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. *Analiti 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.
- Лукић, Наталија. 2/2015. Емпиријска анализа рецидивизма сексуалних преступника, *Анали Правног факултета у Београду* 63: 174–193. (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.
- Мојашевић, Александар С. 2/2019. Емпиријско истраживање ефекта уоквиравања као вида когнитивне пристрасности. *Анали Правног факултета у Београду* 67: 79–101. (Мојашевић, Aleksandar S. 2/2019. Empirijsko istraživanje efekta uokviravanja kao vida kognitivne pristrasnosti. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 67: 79–101)
- Мојашевић, Александар С., Бојана Арсенијевић. 2018. Анализа примене Закона о спречавању насиља у породици пред Основним судом у Нишу. *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 57: 445–462. (Мојашевић, 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 *Образовање и савремени универзитет*, 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, Cooperation 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.
- Стајић, Љубомир С., Татјана Д. Бугарски, Бранислав Р. Ристивојевић, Милана М. Писарић, Иван Д. Милић. 4/2018. Пракса Прекршајног суда у Новом Саду у области заштите животне средине. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 52: 1503–1519. (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.
- Универзитет у Београду, Правни факултет. 2014. Књига предмета за студијски програм Докторске академске студије права. <http://www.ius.bg.ac.rs/pds/Studijski%20program%20doktorskih%20akademskih%20studija%20prava%20-%20knjiga%20predmeta.pdf>, последњи приступ 10. јуна 2019. (Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet. 2014. Knjiga predmeta za studijski program Doktorske akademske studije prava. <http://www.ius.bg.ac.rs/pds/Studijski%20>

*program%20doktorskih%20akademskih%20studija%20prava%20-%20knjiga%20predmeta.pdf*, poslednji pristup 10. juna 2019)

- Универзитет у Нишу, Правни факултет. 2013. Студијски програм докторских академских студија. [http://www.prafak.ni.ac.rs/files/doktorske/Doktorske\\_studije2013.pdf](http://www.prafak.ni.ac.rs/files/doktorske/Doktorske_studije2013.pdf), последњи приступ 10. јуна 2019. (Univerzitet u Nišu, Pravni fakultet. 2013. Studijski program doktorskih akademskih studija. [http://www.prafak.ni.ac.rs/files/doktorske/Doktorske\\_studije2013.pdf](http://www.prafak.ni.ac.rs/files/doktorske/Doktorske_studije2013.pdf), poslednji pristup 10. juna 2019)
- Универзитет у Новом Саду, Правни факултет. 2016. План докторских академских студија на смеру Јавно право. <http://www.pf.uns.ac.rs/studije/doktorske/doktorske-javno-pravo/das-javno-2016>, последњи приступ 10. јуна 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)
- Универзитет у Новом Саду, Правни факултет. 2013. Књига предмета за Мастер академске студије на општем смеру. [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), последњи приступ 10. јуна 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.

- Вујанић, Милица, Даринка Гортан Премк, Милорад Дешић, Рајна Драгићевић, Мирослав Николић, Љиљана Ного, Васа Павковић, Никола Рамић, Рада Стијовић, Милица Радовић Тешић, Егон Фекете. 2011. *Речник српског језика*. Измењено и допуњено издање. Нови Сад: Матица српска. (Vujanić, Milica, Darinka Gortan Premk, Milorad Dešić, Rajna Dragićević, 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.

УДК 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](mailto: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](mailto:markomilenkovic@cantab.net).

\*\*\* Research Associate, Institute of Social Sciences, Belgrade; PhD candidate, University of Belgrade Faculty of Law, [snikolic@idn.org.rs](mailto:snikolic@idn.org.rs).

## 1. INTRODUCTION: BETWEEN SUBJECTIVE RIGHTS AND ADMINISTRATIVE ACTS

The construction of buildings is a cornerstone of any economy. Since the 19<sup>th</sup> 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,<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> In order to speed up the procedure and encourage investment, the amendments to the Planning and Construction Act of 2009 (hereinafter: PCA 2009),<sup>3</sup> 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

---

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

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

<sup>3</sup> 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 exceptions<sup>4</sup> – 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;<sup>5</sup> 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 land<sup>6</sup> and, second, if the holder of the

---

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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).

<sup>6</sup> 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.

right of use 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”.<sup>7</sup>

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

---

<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> 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),<sup>10</sup> 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 on

---

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

<sup>9</sup> 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.

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

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”<sup>11</sup> was set for 1 January 2016. Additionally,

---

<sup>11</sup> Article 132(3) of PCA 2009.

one of the main differences between the former procedure for obtaining a construction permit<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup> 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,<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup> 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

---

<sup>12</sup> 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).

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> “... 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).

<sup>15</sup> Article 8d of the PCA 2009.

<sup>16</sup> 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.

is attached, the contribution to the development of the construction land, and in some cases information about the rights and obligations of the developer and holder of public powers.<sup>17</sup> The construction permit is issued in the developer's name, but it may also be issued 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.<sup>18</sup> 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 deviate<sup>19</sup> from the documentation, i.e. the main design underlying the original decision, due to altered circumstances that could not have been foreseen.<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup> 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

---

<sup>17</sup> Article 22 of the Rulebook on the Procedure for Implementation of the Unified Procedure by Electronic Means.

<sup>18</sup> 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".

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

<sup>20</sup> Article 119(1) of the PCA 2003.

<sup>21</sup> Article 142(1) of the PCA 2009.

i.e. the construction permit design, implying deviation from the location, dimensions, purpose, shape of the building and other parameters, due to which construction must be halted.<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup> The competent authority may decide to modify the construction permit if changes are in line with the planning document.<sup>24</sup>

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.<sup>25</sup> The application must be accompanied by proof of title, or other right to the land or building concerned.<sup>26</sup> 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,<sup>27</sup> or proof of other legal grounds for conveyance, as well as proof of tax paid, if tax is payable in that specific case.<sup>28</sup> 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

---

<sup>22</sup> Article 142(1)(2) of the PCA 2009.

<sup>23</sup> 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).

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> Article 141(1) of the PCA 2009.

<sup>26</sup> 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).

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> Article 141(3) of the PCA 2009.

building.<sup>29</sup> If a construction permit has been issued for the purpose of 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.<sup>30</sup> The competent authority should issue a decision modifying the construction permit decision within 8 days from the application submission date.<sup>31</sup> 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.<sup>32</sup> 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.<sup>33</sup> 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

---

<sup>29</sup> Article 141(4) of the PCA 2009.

<sup>30</sup> Article 141(5) of the PCA 2009.

<sup>31</sup> Article 141(9) of the PCA 2009.

<sup>32</sup> Article 141(9)(10) of the PCA 2009.

<sup>33</sup> See: Hiber, Živković (2015, 237–238).

can apply to modify or supplement a construction permit<sup>34</sup> at any time prior to obtaining the occupancy permit.<sup>35</sup> 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.<sup>36</sup> 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.<sup>37</sup>

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.<sup>38</sup> 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.<sup>39</sup> 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.<sup>40</sup> If developers change during construction, the new developer must notify the urban planning-construction inspectorate thereof.<sup>41</sup> However, unlike the law in the Federation of Bosnia and Herzegovina, this Act does not lay down any

---

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

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

<sup>36</sup> Article 127(1)(3) of the Construction Act.

<sup>37</sup> Article 127(2) of the Construction Act.

<sup>38</sup> 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.

<sup>39</sup> 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.

<sup>40</sup> 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.

<sup>41</sup> Article 109(6) of the Spatial Planning and Construction Act.



further details regarding the impact of the change of developer on the construction permit.

In November 2017 Slovenia enacted a set of construction laws, namely the Architecture and Engineering Act (*Zakon o arhitekturni in inženirski dejavnosti*),<sup>42</sup> the Construction Act (*Gradbeni zakon*)<sup>43</sup> and the Spatial Planning Act (*Zakon o urejanju prostora*).<sup>44</sup> 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*),<sup>45</sup> 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.<sup>46</sup> 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.<sup>47</sup> It was also possible to modify the construction permit in the subjective sense of the word, using the fast-track/summary procedure.<sup>48</sup> 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;<sup>49</sup> and that the purpose of

---

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

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

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

<sup>45</sup> 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.

<sup>46</sup> Article 73(2) of the Building Construction Act.

<sup>47</sup> “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.

<sup>48</sup> Article 73(4) of the Building Construction Act.

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

the building remains the same.<sup>50</sup> Therefore, in such cases it is no longer necessary to modify the construction permit; it is however necessary for 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.<sup>51</sup> Modification of a construction permit in the objective sense of the word is permissible where deviations are greater than those listed above.<sup>52</sup> 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.<sup>53</sup> 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).<sup>54</sup>

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.<sup>55</sup> 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.<sup>56</sup>

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.<sup>57</sup> Construction of buildings is no

---

<sup>50</sup> Article 66(1) of the Construction Act.

<sup>51</sup> 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.

<sup>52</sup> 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.

<sup>53</sup> Article 67(2) of the Construction Act.

<sup>54</sup> Article 66(3) of the Construction Act.

<sup>55</sup> 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.

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

<sup>57</sup> 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.

longer permit-based, but instead on information about the works and documents<sup>58</sup> submitted to the competent inspection authority. As for changes that occur during construction, these are regulated as part of the modification to the revised main design, owing to shortcomings and unforeseen circumstances.<sup>59</sup>

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.<sup>60</sup> 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.<sup>61</sup>

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 total<sup>62</sup> – 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.<sup>63</sup> The Vienna regulations permit deviations from the original design during construction. Modifications made to the design<sup>64</sup> are viewed as part of

---

<sup>58</sup> 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, 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.

<sup>59</sup> See: Article 97 of the Spatial Planning and Building Construction Act.

<sup>60</sup> Article 98 of the Spatial Planning and Building Construction Act.

<sup>61</sup> Article 94 of the Spatial Planning and Building Construction Act.

<sup>62</sup> Burgenland, Kärnten, Niederösterreich, Oberösterreich, Salzburg, Steiermark, Tirol, Vorarlberg, Wien.

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

<sup>64</sup> 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).

the original design and do not affect the extension of the validity of the construction permit.<sup>65</sup> Thus, the modification pertains to the existing 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.<sup>66</sup> 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.<sup>67</sup> 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).<sup>68</sup> The legal predecessor is required to provide the successor with all necessary information and documents.<sup>69</sup> 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*

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

<sup>66</sup> 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).

<sup>67</sup> 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.

<sup>68</sup> 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.

<sup>69</sup> Article 53 of the Oberösterreich Bauordnung.

*den Rechtsnachfolger*) (Brenner 2009, 192, Rn 701).<sup>70</sup> Namely, Austria 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

---

<sup>70</sup> 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).

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.pd](http://www.clds.rs/newsite/privatizacija_dr_zemljista.pd), 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.
- Vodinelić, 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 Pravnoг fakulteta u Nišu* 65:325–343.
- Gavella, Nikola, Tatjana Josipović, Igor Gliha, Vlado Belaj, Zlatan Stipković. 2007. *Stvarno pravo, Svezak I*. 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 4<sup>th</sup> 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](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.

УДК 340.11

CERIF: S115

DOI: 10.5937/AnalPFB1903150B

Др Дамир Бановић\*

## АНАЛИТИЧКИ И СОЦИОЛОШКОПРАВНИ ПРИСТУП ПРОУЧАВАЊУ НОРМАТИВНИХ И ДРУШТВЕНИХ ФУНКЦИЈА ПРАВА\*\*

*У раду су изложени ставови аналитичке теорије права о могућим функцијама права, било да се оне одређују као нормативне било као друштвене. Такођер, изложен је и приступ верзије социолошкоправне теорије друштвеним ефектима права, те критике аналитичког као неоправданог и сувише интуитивног. Свака анализа права као феномена полази и од анализе природе права, те посљедично, и од његових функција, односно од увођења идеје о дуалној природи права са идеалним и реалним елементима те посљедично једне другачије рефлексивне методологије која ће освијетлити оба елемента. У коначници, дат је осврт на могућа методолошка унапређења којима би се емпиријски провјерљиво, а не априорно, формирали ставови о могућим функцијама права те тиме унаприједиле теоријскоправне анализе.*

Кључне ријечи: *Нормативне и друштвене функције. – Дуална природа права. – Социолошкоправни позитивизам.*

### 1. УВОД

Како је то уобичајено у филозофскоправним разматрањима, различити аутори тврде да право посједује и врши различите нор-

---

\* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Сарајеву, [d.banovic@pfsa.unsa.ba](mailto:d.banovic@pfsa.unsa.ba).

\*\* Прва верзија рада представљена је на XIII годишњој конференцији *Central and Eastern European Network of Jurisprudence* која се одржавала од 13. до 14. септембра 2018. године на Правном факултету Свеучилишта у Загребу.



мативне и друштвене функције. Те различите тврдње произлазе из примјене различитих методологија у праву: аналитичке, нормативне или социолошкоправне. И у доминантне три методологије или приступа проучавању права постоје различите тврдње о томе да ли и које друштвене и/или нормативне функције право (необходно) врши, односно посједује. Тако је, на примјер, Јерему Бентхам (више у Faso 2007, 435–441), као проминентна фигура инструменталног приступа, јасно изразио свој став да је право инструмент за остваривање било којег друштвеног циља који се сматра пожељним у датом друштву. Може се користити за остваривање доброг или лошег; може се користити за остваривање одређеног специјалног интереса; може бити средство за примјену опресије или кажњавања; или као средство за остваривање одређене концепције добра у друштву. Roscoe Pound (1912; 1922; 1968), као представник једног облика социолошке јуриспруденције, схватао је право као високоспецијализовану форму друштвене контроле у политички организованом друштву. Сматрао је да право обавља функцију испуњавања индивидуалних и друштвених интереса: право је друштвени механизам којим се остварују одређени циљеви друштва.

Из савремене перспективе, Denis Galligan (2010; 2015), у свом специфичном методолошком приступу право-и-друштво (*law and society approach*), који примјењује на проучавање феномена права у модерним државама, сматра да здрав разум и искуство показују да се право уобичајено користи као инструмент за остваривање одређених циљева и сврха (Galligan 2010, 193). Устави, међународне конвенције, законодавство и други облици регулација, судске пресуде, управна рјешења и одлуке производ су делиберативног дјеловања народа, држава, законодавца, управе, те се за све њих може оправдано претпоставити да имају одређену сврху (Galligan 2010, 193). Процес стварања права чешће се окончава компромисом и акомодацијом различитих политичких и друштвених интереса него изражавањем јасних намјера и сврха (Galligan 2010, 193). Без обзира на ту чињеницу, право је постављено и усмјерено на постизање друштвених интереса (Galligan 2010, 193). Питање његове друштвене вриједности уобичајено се поставља у вези са његовим функцијама, са идејом да право емпиријски остварује и врши специфичне функције у друштву (Galligan 2010, 193). Односно, треба истражити и анализирати његову улогу у различитим ситуацијама: закључивању уговора, извршењу кривичних санкција и сл. (Galligan 2010, 194).

Brian Z. Tamanaha (2001), с друге стране, предлаже неесенцијалистичку концепцију права. Према њој, шта право јесте, шта претпоставља и шта право врши не може се обухватити једном концепцијом или једном дефиницијом права. На општем нивоу није

могуће дефинисати појам „право је“ јер право нема онтолошки утврђен садржај. Посљедично, не можемо разумјети право у терминима његових могућих функција. Уколико желимо да утврдимо да ли право има, односно посједује и/или врши нормативне и/или друштвене функције, нужно је да одбацимо унапријед конструисане концепте те да комбинацијом аналитичког и социолошкоправног метода креирамо појам права на средњем нивоу. То, наравно, не треба схватати у смислу да право нема или не врши одређене нормативне и/или друштвене функције, но појам права се на најапстрактнијем нивоу не може схватати кроз његове могуће нормативне и/или друштвене функције. Право, претпостављено али и емпиријски потврдиво, врши нормативне и/или одређене друштвене функције. Врло је вјероватно да оно врши друштвене ефекте, односно емпиријски је потврђено да оно има друштвене ефекте. Но, то је питање које треба истражити и анализирати у сваком специфичном правном и друштвеном контексту комбинацијом социолошкоправног и аналитичког метода.

Такођер, иако је нужно ради анализе одвојити нормативну од друштвених функција права, моје разумијевање иде у сљедећем правцу: уколико право врши нормативну функцију (рецимо, управљање друштвеним односима), онда се тиме специфично врши и друштвена функција права. Друштвено може бити од значаја да се људски односи усмјеравају правним нормама. Даље, подјеле и класификације функција права колико год да дају увида у могуће друштвене ефекте права, понекад стварају и погрешну предоцбу да ће право увијек и под истим околностима вршити управо *ту* функцију. Коначно, овдје треба нагласити дистинкцију између тога да ли право има, односно посједује одређену/е функцију/е и да ли их/је врши, гдје би „вршење“ функције имало друштвени значај или барем да се признају друштвени ефекти његових функција као друштвена вриједност. Мање небитно, у разматрању могућих нормативних и/или друштвених функција права, фокус посматрања требало би помјерити са анализе функција на друштвене ефекте које право постиже у одређеном друштвеном контексту.

Да бисмо иоле расвијетлили теоретске проблеме повезане са нормативним и друштвеним функцијама права, у раду сам пратио методолошки различите приступе и, посљедично, различите закључке о томе да ли и које нормативне и друштвене функције право има, односно посједује и/или врши.

## 2. АНАЛИТИЧКО РАЗГРАНИЧЕЊЕ НОРМАТИВНИХ И ДРУШТВЕНИХ ФУНКЦИЈА ПРАВА

Према мишљењу Josepha Raz-а (1973, 278), анализа и концепције функција права од великог су значаја за сваку теорију права која претендује да да општа појашњења о природи права. Од значаја су и за правнике, судије и друге државне службенике који се сусрећу са свакодневним проблемима правилног тумачења и примјене права. Одређење онога што би право требало да врши, посебно у процесу тумачења и примјене, усмјерава одређење значења правних норми и утврђује садржај правних принципа приликом, прије свега, циљног тумачења. У том смислу, појам функције права одређује се априорно и идејно, а претпостављена функција остварује се тумачењем и, даље, примјеном. Одређење функција права значајно је за социологе и политологе чији је циљ да објасне интеракцију права са другим друштвеним нормама и институцијама (Raz 1973, 278), но тај приступ подразумијева емпиријска истраживања која посљедично доводе и до могућег различитог одређења појма права у теорији права и социологији права. Такођер, ако се полази од појма права како га схвата аналитичка и нормативна теорија, примјеном специфичног социолошкоправног метода, могу се извести сљедећи закључци: (1) право на макронивоу показује различите степене правне ефикасности, односно неефикасности, било примарно или секундарно, просторно и временски, вршећи тиме различите друштвене функције; (2) право у обављању своје претпостављене функције у додиру са друштвеним контекстом остварује своју идејну функцију или потенцијално се догађа метаморфоза у смислу прилагођавања друштвеном контексту, чиме се више или мање одступа од првобитног значења правне норме. У том смислу, не може се претпоставити које нормативне и друштвене функције право остварује, већ је то истраживачко питање које се поставља у сваком конкретном случају и истраживањем се даје врло вјероватан одговор.

Филозофи права уобичајено разматрају функције права у барем сљедећа три контекста (Raz 1973, 279–280).

- (1) Неки теоретичари су заинтересовани за истраживање функција које нужно врше сви правни системи или их врши већина правних система.
- (2) Слично, вршење одређених специфичних функција може бити одређујућа карактеристика одређених грана права.
- (3) Коначно, неки теоретичари су заинтересовани за истраживање тврдњи да правни системи нужно требају вршити одређене функције на одређени начин.

Сва та три начина посматрања су априорна и посљедица су есенцијалистичког приступа анализи права, односно посматрају функције права на три начина: као нужне елементе у одређењу концепта права, појединих грана права или нужног вршења функција права на одређени начин. Корисна су освјетљавања односа права са друштвеним контекстом или давања значаја интеракцији права са другим праву сличним феноменима или уопште друштвеним контекстом. За правну теорију су можда и значајнија утврђивања који су то идеални друштвени интереси и вриједности које право треба да штити који се уобичајено користе приликом стварања, примјене, тумачења и промјене права. Но, за утврђивање друштвених ефеката права нису од значајније користи.

### 3. НОРМАТИВНЕ И ДРУШТВЕНЕ ФУНКЦИЈЕ ПРАВА

Raz (1973, 280) сматра да је важно разликовати нормативне и друштвене функције права. Сваки правни систем нужно има нормативне а уобичајено и неке друштвене функције. О нужној карактеристици права која се односи на његове нормативне функције сазнајемо примјеном аналитичког метода у праву. Уколико право има и врши одређене друштвене функције, до тог сазнања долазимо примјеном емпиријског метода. Нормативне функције су дио онтологије права, док су његове друштвене функције његово дјеловање и остваривање друштвених ефекта или одређених друштвених сврха.

Нормативне функције права представљају начин на који право усмјерава људско понашање (Raz 1973, 287). Оне су детерминисане разлозима које право пружа као начин усмјеравања људског понашања (Raz 1973, 287). По својој природи, правни системи су нормативни системи (Raz 1973, 280). Право је или правна норма или има одређену логичну везу са правном нормом на тај начин што утиче на њено постојање, примјену или тумачење норме индиректно доприносећи њеном значењу (Raz 1973, 280–281). Само онај дио права који садржи правне норме има нормативну функцију и за њега је својствено да: (1) управља и води људско понашање (*примарна нормативна функција*) и (2) утврђује стандард за евалуацију људског понашања (*секундарна нормативна функција*) (Raz 1973, 281).

Утврђивање одређених правних посљедица које прате извршавање или неизвршавање одређених радњи једини је начин на који право може понудити разлоге за дјеловање (Raz 1973, 282). Правне посљедице правног дјеловања могу значајно варирати (Raz 1973, 282). Оне могу укључивати заснивање грађанске или кривичне одговорности за кршење правне обавезе, увођење правне обавезе испуњавања уго-

вора након што је он ваљано закључен, додјелјивање или ускраћивање права и сл. (Raz 1973, 282). Различите правне посљедице могу бити подијелјене у двије групе: (1) неке правне посљедице људска бића генерално сматрају непожељним (ускраћивање права на живот, слободу или власништво) и (2) неке правне посљедице сматрају се уопштено корисним за људска бића (Raz 1973, 282). Право ствара нешто што се може назвати *одређеним* упутствима за људско понашање (*детерминате гуданце*), када за њих везује правне посљедице првог типа (односно, генерално непожељне), и *неодређена упутства* за људско понашање (*индетерминате гуданце*), када за њих прописује посљедице другог типа (односно, општекорисне посљедице) (Raz 1973, 283). Први тип упутства за људско понашање управља људским радњама јасним и директним изражавањем начина на који се треба понашати уз стипулирање правне посљедице која ће наступити уколико се такво понашање не испуни (Raz 1973, 285). Други тип упутстава пак изражава се неодређено, стипулирањем одређених правних посљедица које ће наступити уколико се одређена правна радња изврши, а које нису уопштено посматрајући одбојне, с намјером и идејом да ће те правне посљедице утицати на одлуку особа да изврше радњу (Raz 1973, 285). Но то објашњење нормативних функција права не говори нам ништа о начину на који право врши своју нормативну функцију. Када и уколико се постави питање на који начин право врши своју нормативну функцију у друштву, долазимо до наредног поља разматрања, односно примјене права или поља *перформативности нормативних функција*. Могуће је замислити да право, на макро или микро нивоу своје нормативности, у цијелости или већим дијелом врши своје (претпостављене) нормативне функције. Но, аналитичка и нормативна теорија права нису у стању да дају прецизан одговор на то питање јер су тврдње о његовој нормативној функцији априори постављене. Установити да ли и на који начин право остварује своје нормативне функције питање је на које може дати одговор социолошкоправна теорија. Са становишта аналитичке и нормативне теорије права, то да ли право врши или не врши своју нормативну функцију не утиче на идеју његовог постојања као посебног феномена. Према ставовима Hans Kelsen-a (1961), једина претпоставка која нужно треба бити испуњена тиче се тврдње да је правни систем уопштено посматрајући ефикасан.

#### 4. ШТА АНАЛИТИЧКИ ПРИСТУП МОЖЕ ДА КАЖЕ О ДРУШТВЕНИМ ФУНКЦИЈАМА ПРАВА

Да би се, барем теоријски, потпуније разумјеле нормативне функције права, нужно је кренути корак даље. Односно, нужно је

увести идеју о дуалној природи права која се до сада најдаље развила у теорији права Jürgen Habermas-a ([1992] 1996; Deflem 2013). О дуалној природи права говори и Robert Alehy (Spraak 2019), али повезујући реални елемент са сљедећим тврдњама: (а) право ствара државна власт и (б) право је друштвено ефикасно док је идеални елемент права повезан са идејом моралне исправности. Но, према Хабермасовом мишљењу, право посједује два квалитета: (1) идеју правне валидности и (2) идеју фактичности, односно ефикасности. Или једноставно, није довољно рећи да право онтолошки посједује нормативне функције или да право нужно посједује одређене нормативне карактеристике већ да је инхерентна природа права управу у томе што своје нормативне функције остварује у друштвеном контексту. У том смислу, иако постављено као нужни елемент концепта права, идеја права није само посједовање квалитета валидности и нормативности већ и перформативности нормативних квалитета. Једноставно, идеја права је остваривање одређених, прије свега пожељних друштвених ефеката.

## 5. ДРУШТВЕНЕ ФУНКЦИЈЕ ПРАВА

Друштвене функције права зависе од степена поковања праву и његове примјене: од ефеката које право остварује у односу на људско понашање, њихове односе и сл. (Raz 1973, 285). Разликовање међу различитим нормативним функцијама права релативно је једноставан задатак и оне су уско повезане са основним типовима правних норми (Raz 1973, 287). Но, када је ријеч о друштвеним функцијама, много је теже утврдити класификацију којом би биле обухваћене све друштвене функције које право врши (Raz 1973, 287). Много је теже тврдити да сви правни системи нужно врше одређене или све друштвене функције у било којем облику (Raz 1973, 287), односно веома је тешко успоставити чак и веома уопштenu класификацију која би била више него *ad hoc* средство корисно за веома ограничене сврхе (Raz 1973, 287). То заправо значи да није једноставно утврдити једну класификацију која би служила као добра основа за правнике, филозофе, социологе и политологе да даље истражују право (Raz 1973, 287).

Посебна опасност која прати било коју анализу друштвених функција права односи се на могућност да оне буду повезане са одређеним моралним или политичким принципима, који посљедишно немају никакве посебне користи за особе које их у цијелости и ексклузивно не прихватају (Raz 1973, 278–288). Но, та потенцијална опасност је посљедица посматрања друштвених функција права кроз призму нужних елемената права, што је погрешан приступ. Према

мом мишљењу, та опасност се лако може избјећи. Питање да ли право врши неке друштвене функције не мора нужно бити повезано са моралним или политичким принципима. Они се ипак посматрају као идеални дио права у његовој дуалној природи, док је питање његових друштвених функција његов реални елемент. У процесу социолошко-коправне анализе, питање да ли право и на који начин врши одређене друштвене функције дио је емпиријске анализе, а не нужно дио политичке филозофије или нормативне анализе. Право у обављању својих друштвених функција може испуњавати неке од моралних, правних или политичких принципа. Коначно, друштвена функција права може бити да служи неком моралном или правном принципу. Осигуравање мира, сигурности, једнакости, друштвених потреба појединаца и слично може бити схваћено као идејни елемент права те да право *треба* да их остварује кроз своју друштвену функцију (идејни елемент). Исто тако, остваривање, на примјер, сигурности грађана/ки може бити схваћено и као специфичан начин на који право остварује и врши своју друштвену функцију (реални елемент). Конкретније, друштвена функција права може бити и осигуравање сигурности грађана и грађанки у једном правном и друштвеном контексту. Овдје се јавља питање начина посматрања и примјењене методологије: онога што право „треба“ да врши (идејни елемент) и онога што право „врши“ (реални елемент).

Даље, сматра Raz, једино се могу индиректно најопштије и веома широко постављене категорије друштвених функција права (Raz 1973, 289). Свакој правној норми могуће је приписати једну нормативну функцију којом се објашњава њен нормативни карактер (Raz 1973, 289). Но, није могуће приписати једну дистинктну друштвену функцију сваком закону или правној норми (Raz 1973, 289). Друштвене функције се карактеристично врше путем правних установа које се утврђују и које су регулисане у различитим правним изворима (Raz 1973, 289). Често се испитују друштвене функције банкарског система, брака, власништва и сл. (Raz 173, 289). Једна те иста правна установа, а некада и један закон, могу вршити неколико друштвених функција (Raz 1973, 289).

Друштвене функције права могу бити подијелене на директне и индиректне (Raz 1973, 289). Директне функције права су оне које се остварују покоравањем и примјеном права (Raz 1973, 289). Индиректне функције су оне које се остварују путем односа, осјећаја, мишљења и облика понашања, које се не односе на покоравање праву или његовој примјени, но које резултирају из знања о његовом постојању, покоравању или примјени (Raz 1973, 289). Индиректне функције уобичајено резултирају не само у чињеници постојања права и његове примјене, већ и у његовој интеракцији са другим факто-

рима као што су: однос појединаца према праву или постојање других друштвених норми и институција у конкретном друштвеном контексту (Raz 1973, 290). Као примјере примарних друштвених функција Раз наводи сљедеће: (1) спречавање непожељног и осигуравање пожељног понашања; (2) осигуравање оквира руковођења приватно-правним односима међу појединцима/кама; (3) осигуравање услуга и редистрибуција добара; (4) рјешавање правних спорова (Raz 1973, 290–294).

Секундарне друштвене функције односе се на операционализованост правног система (Raz 1973, 297). Односе се на сам правни систем и његово функционисање. Оне осигуравају његову прилагодљивост, његову правну ефикасност те глатко и непрекинуто дјеловање (Raz 1973, 297). Право регулише своје властито стварање установљавањем органа и правних процедура (Raz 1973, 297). То подразумева конституисање тијела као што су парламент, локалне власти, управна легислација, обичаја, права које креирају судови, регулације независних јавних тијела (Raz 1973, 297). Од тих тијела, судови заузимају кључну позицију у свим правним системима (Raz 1973, 297). Њихова примарна функција је да рјешавају спорове (Raz 1973, 297–298). Они врше двије секундарне функције: (1) примјену права и (2) стварање права (Raz 1973, 298). Они врше веома важне и индиректне функције (Raz 1973, 298). Они су често у јавности директно повезани са идејом права и владавином права, те играју виталну улогу у промоцији права и вриједности које оно подржава (Raz 1973, 298).

Осим директних, које се према Рау даље могу класификовати на примарне и секундарне, право врши и своје индиректне друштвене функције. Индиректни друштвени ефекти права скоро увијек овисе о његовом успјеху код неправних актера, а посебно генералног односа према праву и његове интеракције са друштвеним установама и нормама (Raz 1973, 299). Неке од тих функција врше одређене правне институције, а друге сама чињеница постојања правног система (Raz 1973, 299). Индиректне друштвене функције права су многобројне и варирају у неограниченом броју и својој природи, значају и домету (Raz 1973, 299). То могу бити јачање или слабљење поштовања одређених моралних вриједности, јачање или слабљење поштовања ауторитета власти, утицај на осјећај националног јединства итд. (Raz 1973, 299). Треба бити јасно да индиректни друштвени ефекти права нису небитни нуспроизводи права: они обављају његову есенцијалну функцију (Raz 1973, 299). Правници и правни теоретичари мало су се занимали за индиректне друштвене функције права (Raz 1973, 299). Од великог је значаја за политологе и социологе, но, феномен који је тешко ухватљив за квантификацију (Raz 1973, 299). Коначно, нема



сумње да ће наше разумијевање права остати оскудно и парцијално док друштвене науке не успију у потпунијој анализи и приступу проблему индиректних функција права (Raz 1973, 299).

## 6. ОД ДРУШТВЕНИХ ФУНКЦИЈА ДО ДРУШТВЕНИХ ЕФЕКТА ПРАВА

Денис Галлиган у свом раду у одређењу могућих друштвених функција права полази од Хартове аналитичке јуриспруденције и Разове класификације нормативних и друштвених функција, наставља инспирисан радом других области друштвених наука како би анализирао која је то друштвена вриједност права и које циљеве оно остварује у друштву (Galligan 2010, 193). Ако постоје право и правне норме, чему оне служе? Уколико се друштвени циљеви остварују у различитим другим облицима (обострано повјерење, кооперација, давање позитивних подстицаја), није потпуно јасно када и зашто су закони које је донијела држава ефикаснији од других средстава (Galligan 2010, 193). Ако је сарадња међу људима један од друштвених циљева, постоје и други начини осим права да би се она постигла. Уколико је идеја да се друштвени циљ треба остварити кроз правила, онда се друштвена правила која настају у друштву спонтано показују много бољим начином него правна правила, односно норме које долазе извана (Galligan 2010, 193). Иако појединци/ке и заједнице имају различите начине на које постижу своје друштвене циљеве, у порасту је кориштење права као начина осигуравања и остваривања интереса (Galligan 2010, 193). Право постоји не само зарад успостављања и одржавања модерног правног поретка, него боље осигурава и чини ефективнијим односе и договоре који би постојали и без права и омогућава друштву да постиже циљеве које другачије не би било лако постићи, као што су осигуравање боље и здравије животне околине, унапређење људских права и сл. (Galligan 2010, 194). Денис Галиган се у свом раду концентрише на два питања: (1) које су то функције које право врши у друштву, односно које друштвене ефекте постиже и (2) како право доприноси друштвеним добрима (Galligan 2010, 194).

Иако се у правној теорији друштвеним функцијама посвећује мало пажње, не значи да се нису изражавали различити погледи о томе шта право врши у друштву, и то: (1) контрола присиле; (2) један од начина примјене силе; (3) подређивање људског понашања правним правилима; (4) координација друштвених активности; (5) интеграција друштва; (6) рјешавање спорова и томе слично (Galligan 2010, 195). У традицији политичке и друштвене теорије,

функције права су биле од централног значаја (Galligan 2010, 195). У паралелном дискурсу правне и политичке теорије Хобса, Хумеа, Бенгама и Харта, право се сматра нужним за одржавање друштвеног поретка (Galligan 2010, 195).

Но, на конкретнијем нивоу посматрања нужним се показује концепт координације као начин управљања и контроле путем права, односно остваривања одређених друштвених ефеката (Galligan 2010, 196). У модерним правним порецима, постизање позитивних друштвених циљева није могуће остварити само путем координације, већ су за уклањање дискриминације, заштите људских права, осигуравање социјалне заштите становништва потребна усмјерења, регулације и ограничавања на страни приватноправних лица, али и јавне власти (Galligan 2010, 196). Да би се друштвена добра остварила кроз право, нужним се чини постојање институција, државних службеника те примјена присиле (Galligan 2010, 196).

У идентификовању друштвених функција које право врши, када говоримо и о социолошкоправном дискурсу, није потребно ићи даље од Хартовог *Концепта права* (1994). Тако и Галиган у својој анализи полази од сљедећих функција које право врши у друштву: (1) правна правила усмјеравају људско понашање; (2) правна правила служе испуњавању два дистинктивна циља, а то су наметање обавеза и давање овлаштења; (3) правна правила служе остваривању *супстантивних* циљева, као што су спречавање насиља, дистрибуција и заштита власништва, одржавање уговора, алокација власти, те кажњавање починитеља и, коначно, (4) право, као систем, служи за осигуравање опстанка друштва (Galligan 2010, 199). У односу на први критериј (1) и други критериј (2), Галиган правилно примјећује да тврдити да правна правила усмјеравају односе значи разликовати нормативне или логичке квалитете правног правила у односу на друштвени контекст на који се примјењује (Galligan 2010, 199). Односно, та тврдња нам ништа не говори о томе како она дјелују у друштву јер се креће од претпоставке о неким нужним квалитетима правног правила (Galligan 2010, 199). Слично, Хартова подјела примарних правних правила на она која дају овлаштења и на она која намећу обавезу нормативног је квалитета, те други фактори утичу на то како ће она бити примијењена у друштвеном контексту (Galligan 2010, 200). На сличан начин критикује и функцију права у испуњавању супстантивних друштвених циљева, водећи се и Разовом анализом и класификацијом (Galligan 2010, 200–201). Разова анализа директних функција полази од анализе права и не говори нам ништа о његовим друштвеним ефектима (Galligan 2010, 200). Неке индиректне функције могу бити предвиђене и усмјерене правом, друге не (Galligan 2010, 200). Но, не значи да ће оне функције

које су предвиђене правом бити и постигнуте у друштвеном контексту, док фактичка дејства права могу бити изненађења која нису ни намјеравана ни предвиђена (Galligan 2010, 201). Тако, на примјер, породично право које предвиђа лакшу процедуру развода брака може утицати на већи степен развода, док отежане процедуре могу утицати на одржавање бракова (Galligan 2010, 201). Из језика права којим су изражене директне и индиректне функције права може бити јасно које су то његове функције – неке зависе од онога ко ствара право, неке од онога који примјењује право (Galligan 2010, 201). Но, та тврдња је аналитичка. Свака примјена права подразумијева и тумачење, те од врсте методе тумачења права овиси хоће ли и на који начин ће неки друштвени интерес бити укључен: (1) објективни метод који подразумијева увођење принципа друштвеног интереса (циља норме), док други, (2) субјективни, подразумијева ограничавање на право и језик права (Galligan 2010, 201). Конкретније, језичка правна анализа задржава се у сфери права, док циљно укључује и шири друштвени контекст и друштвени значај који ће се произвести одлуком суда (Galligan 2010, 202).

Галиган сматра да је корисно имати неки облик класификације утврђене у Разовој анализи, но погрешно је њихово вјештачко одвајање јер су оне међусобно повезане, те њихова претпостављена директна функција може бити индиректна и *vice versa* (Galligan 2010, 201). Или другачије, исти закони могу имати различите друштвене ефекте у односу на различите друштвене контексте (Galligan 2010, 202). Галиганови ставови су подржани различитим емпиријским истраживањима, као, на примјер, права држава Централне и Источне Европе које су након пада комунизма извршиле реформу управног система а да се при томе нису десиле неке супстанцијалне промјене; студије Роберта Еликсона о регулацији међусобних односа ранчера примјеном других друштвених норми у односу на право у округу Шаста (Калифорнија) и тако даље (Galligan 2010, 205–207). И коначно, (4) питање да ли се правом нужно одржава друштво може бити истинито, али се не може провјерити: они који тврде тако нешто полазе од конвенционалног искуства без доказа и чињеница (Galligan 2010, 209). У том смислу, Галиган предлаже да се фокусирамо на питања на која се може дати одговор (Galligan 2010, 209). Наиме, која су то друштвена добра нужна за један подношљив друштвени живот и како их постићи (Galligan 2010, 209)? Неки су већ наведени, но да се подсјетимо: сигурност особа и власништва, предвидљивост и регулираност друштвених односа, рјешавање спорова, заштита права, социјална заштита, заштита здраве околине, ограничавање власти и сл. (Galligan 2010, 209). Када се питање друштвених функција права постави у оквиру постизања конкретних друштвених добара

и интереса а изоставе општи ставови о друштвеном поретку, солидарности или опстанку друштва, постаје лакше видјети на који начин право утиче на њихово остваривање (Galligan 2010, 210). У том смислу, треба напустити језик функционализма и замијенити га чистим инструментализмом (Galligan 2010, 210). На тај начин фокус нашег интересовања постају правна правила, институције и процеси као инструменти остваривања друштвених добара (Galligan 2010, 210). Не питајући колико је значајно да се уговори правно заштите у сврху очувања друштвеног поретка, треба да се питамо шта је потребно да би се они осигурали или да претпоставимо да су они значајно друштвено добро и анализирамо начине њиховог правног осигуравања; како да се заштитимо од насиља или учинимо право слободе говора ефективнијим (Galligan 2010, 210).

## 7. КА НЕЕСЕНЦИЈАЛИСТИЧКОМ РАЗУМИЈЕВАЊУ ПРИРОДЕ ПРАВА

Према схватањима Brian Tamanaha (2001, 149), право је друштвена творевина којој недостају инхерентно нужне квалитете. Супротног става су есенцијалисти који сматрају да право управо посједује одређене нужне карактеристике (Tamanaha 2001, 149). Како наглашава и Brian Bih, није најбоље говорити о бити и природи људских артефаката и друштвених установа (Tamanaha 2001, 150). Није проблем само у чињеници да је друштвене феномене тешко ограничити већ постоји велики број варијација у њиховим обиљежјима, те коначно чињеници да се друштвене праксе мијењају (Tamanaha 2001, 150). Социолошкоправни позитивизам, којег предлаже Таманаха, препознаје да је право људска и друштвена творевина, те на конвенционалистички начин идентификује шта је право (Tamanaha 2001, 151). Према том ставу, право је више од једног феномена, него јединствен стандард путем којег се евалуира понашање људских бића (Tamanaha 2001, 152). Слично, социолошкоправни позитивизам прихвата да постоје различите врсте или типови права са својим карактеристичним елементима (Tamanaha 2001, 152). Такођер, тај правац препознаје да сваки од тих типова права (на примјер, религијско право или транснационално право) реално постоји у друштвеном контексту, те постоји потреба да се они истраже (Tamanaha 2001, 152). Према погледу социолошкоправног позитивизма, правни систем постоји уколико постоји склоп правних актера (који су конвенционално идентификовани као такви) који координишу своју дјелатност како би дјеловали у односу на норме (Tamanaha 2001, 154). Социолошкоправни позитивизам остаје вјеран Хартовом конвенционализму и његовом фокусу на друштвене праксе, но у ширем обиму него што је његов јер уклања есенцијалне и функционалистичке елементе

његовог приступа (Таманаћа 2001, 155), односно елиминира његов став да становништво генерално мора поштовати примарна правна правила, елиминира захтјев да државни службеници прихватају секундарна правна правила (Таманаћа 2001, 155). Тај приступ не уводи ниједну претпоставку о функционалним ефектима права и не тврди да постоје било који нормативни ефекти које би право нужно посједовало (Таманаћа 2001, 155). Такође, он мијења Хартов опис концепта права као апстракције нужних елемената права државе као оквира за концепцију права уопште (Таманаћа 2001, 155). Други облици права не укључују нужно институције те се они посљедично не квалификују као „системи“ (Таманаћа 2001, 155). Коначно, елементи који се утврђују у процесу апстракције само су њихова обиљежја која су по својој природи промјенива; могу постојати њихове варијације у оквиру датог типа права, али они никако нису и његови есенцијални елементи (Таманаћа 2001, 155). Велика је предност тог приступа јер претпоставља веома мало о праву остављајући га отвореним за конвенционалну идентификацију и посљедично концептуалну анализу и емпиријске студије (Таманаћа 2001, 156).

## 8. ЗАКЉУЧАК

Колико год правни филозофи говорили о функцијама права, тешко да се то питање одвојило од идејног елемента и аналитичког става. Концептуалне класификације имају мало значаја јер право може, али и не мора, да врши претпостављене функције. Концептуална анализа нормативних и друштвених функција права може бити корисна из три разлога: (1) због идентификације идеалних елемената права; (2) због кориштења идеје заштите неког друштвеног интереса у процесу стварања, промјене и примјене права и (3) због примјене идеје неког друштвеног интереса у процесу циљног тумачења права. Осим тога, концептуална анализа не иде даље у свом истраживачком интересу, а није ни у могућности да да више одговора.

Социолошкоправни приступ даје нам корисне кораке за даљу анализу и истраживање, и то на сљедеће начине: (1) помјерањем фокуса са анализе функција права ка друштвеним ефектима које право производи у друштвеном контексту; (2) спуштањем анализе од општих ставова о одржавању друштвеног поретка, очувања друштва или друштвене солидарности ка анализи друштвених ефеката одређених друштвених установа или грана права: нпр.на примјер, ефекта материјалноправних претпоставки и поступка издавања грађевинских дозвола на степен нелегалне градње и сл.; (3) коначно, ако прихватимо да право јесте друштвена творевина и да као такво не може посједовати нужне елементе, онда посљедично треба одбацити идеју о нужним функционалним елементима као непотребној предрасуди

која нас води у погрешне анализе и закључке. Неесенцијалистички приступ Таманаховог типа није никаква посебна методологија, он не даје оквири у којима право треба истраживати већ једно методолошко отрјежњење да одбацимо априорне ставове и нужне елементе у друштвеним феноменима који по својој природи немају есенцијалне елементе.

#### ЛИТЕРАТУРА (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.
- Фасо, Гвидо. 2007. *Историја филозофије права*. Подгорица: ЦИД (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.

УДК 342.722:347.962.6; 340.142:341.645(4)

CERIF: S115, S155

DOI: 10.5937/AnalPFVB1903166D

Др Горан Дајовић\*

Др Бојан Спаић\*\*

## ДОКТРИНА „ЧЕТВРТЕ ИНСТАНЦЕ“ И ПРАВО НА ОБРАЗЛОЖЕНУ ПРЕСУДУ У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА\*\*\*

*Право на образложену пресуду које је Европски суд за људска права створио у сопственој пракси, заснивајући га на праву на правично суђење, у неким случајевима служи стразбуришком Суду да се упусти у инстанционо одлучивање поводом представки у вези с чланом 6 Конвенције. То питање је и практично и теоријски релевантно јер тај Суд, у складу с доктрином „четврте инстанце“ по правилу не поступа као инстанциони суд. У анализи неколико темељних случајева, аутори у чланку показују под којим условима и на који начин се Суд у Стразбуру упушта у мериторно решавање спорова између грађана и држава чланица. Закључак је да није реч о томе да ЕСЉП, када утврђује да ли је дошло до повреде права на образложену пресуду, случајно или несмотрено одступи од доктрине „четврте инстанце“ већ о томе да је у низу пресуда ЕСЉП само право на образложену пресуду формулисао тако да оно по себи одступа од те доктрине.*

---

\* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, [gorand@ius.bg.ac.rs](mailto:gorand@ius.bg.ac.rs).

\*\* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, [bojan.spaic@ius.bg.ac.rs](mailto:bojan.spaic@ius.bg.ac.rs).

\*\*\* Захваљујемо се учесницима и учесницама Конференције *Work in progress* која је одржана на Филозофском факултету Универзитета у Београду 30. маја 2019. године, у организацији српске секције IVR., Миодрагу Јовановићу, Ђорђу Павићевићу, Виолети Беширевић и другима на корисним критикама првог нацрта овог текста. Посебна захвалност иде Душки Франети, која је том приликом дала опсежан и подстицајан уводни коментар текста.



Кључне речи: *Европски суд за људска права. – Доктрина четврте инстанце. – Право на правично суђење. – Право на образложену пресуду.*

## 1. УВОДНА НАПОМЕНА

Тема овог чланка је како је једно конкретно право – право на образложену пресуду<sup>1</sup> – засновано на Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту Конвенција), постало „медијум“ посредством којег Европски суд за људска права (у даљем тексту ЕСЉП или Суд) понекад у појединачним споровима делује као класичан национални суд, то јест супротно добро познатом међународноправном и конвенцијском начелу супсидијарности и на њему заснованом начелу „четврте инстанце“. То значи да је право на образложену пресуду које је ЕСЉП створио у сопственој пракси, заснивајући га на члану 6, став 1 Конвенције – „право на правично суђење“ – практично „проширило“ надлежност Суда и на *мериторно* оцењивање националних пресуда, што уобичајено није надлежност међународних трибунала.

Питање мериторног оцењивања националних пресуда од ЕСЉП вишеструко је практично и теоријски релевантно. С практичне стране, важно је за грађане држава чланица Конвенције, будући да се, барем у домаћој јавности, често заступа став да се мора „ићи до Стразбура“ када домаће правосуђе не штити на адекватан начин права и слободе грађана, без превише свести о томе да стразбуршки Суд

<sup>1</sup> Пре неколико година, аутори овог чланка су, у оквиру IPA пројекта под називом „Initiative for Open Judiciary“, написали приручник *Право на образложену пресуду: пракса Европског суда за људска права* (Бојан Спаић, Горан Дајовић 2016). Носилац тог пројекта је Центар за демократску транзицију из Подгорице, а међу више партнерских организација које су се укључиле у пројекат је и Српско удружење за правну и социјалну филозофију (српска секција IVR). Аутори чланка су били ангажовани на пројекту управо као чланови тог удружења. Након што се приручник појавио, неколико институција и организација у Црној Гори организовало је, независно од пројекта, више семинара и обука на исту или сличну тему, за судије црногорских судова и друге кадрове у правосуђу. Један од аутора је на тим семинарима био предавач, заједно с колегама, судијама из Црне Горе и Србије. („Право на образложену пресуду у пракси ЕСЉП“ /Организатори „Центар за демократску транзицију“ и „Центар за обуку у судству и државном тужилаштву Црне Горе“, 30.11–1.12.2017, Подгорица/; „Право на образложену пресуду у пракси ЕСЉП“ /Организатор „Мисија Савета Европе у Црној Гори“, 5–6. јун 2018, Колашин/, „Право на образложену пресуду у смислу члана 6 ЕКЉП – кривични аспект“ /Организатор „Центар за обуку у судству и државном тужилаштву Црне Горе“, 7–8. март 2019, Подгорица). Овај чланак је настао као плод синтезе та два искуства: с једне стране, искуства на писању академског рада из области о којој се до сада ретко опширније писало, поготово на нашем језику, а с друге, искуства предавања и дискусија које су, из семинара у семинар, проширивале сазнања о теми и ширила круг анализираних пресуда Европског суда за људска права.

(уобичајено) није инстанциони суд. Оно је, такође, веома важно и за државе чланице јер се њихов национални суверенитет несумњиво угрожава уколико један међународни правосудни орган у споровима између грађана и државе поступа као инстанциони суд. Најзад, оно је (и практично и теоријски) важно за сам Суд у Стразбуру, будући да доктрина „четврте инстанце“ служи као легитимацијски темељ његових одлука, али и да га штити од пролиферације представки (која и онако постоји) у којима би њихови подносиоци захтевали од Суда да испитује супстантивну исправност пресуда националних судова.

У наставку текста, најпре ће бити речи о самом Суду у Стразбуру, његовој улози и значају, те о основним интерпретативним начелима којима се ЕСЉП руководи када одлучује о представкама које се пред њим појављују. Те напомене су нужне како би се описао шири контекст у којем Суд увек пресуђује, без којег се не може исправно разумети ни начин на који ЕСЉП решава о случајевима у вези с чланом 6, став 1. Управо је детаљнијем тумачењу тог члана, и то његовог првог става, посвећен први део другог одељка јер се право на образложену пресуду изводи из њега, да би се у другом делу истог одељка укратко описало порекло и значење доктрине „четврте инстанце“. Трећи одељак се тиче настанка и значења права на образложену пресуду, као једног од оних права које Конвенција експлицитно не формулише, али се оно у пракси ЕСЉП признаје, штити и разрађује. Тиме је најзад припремљен терен за два последња одељка у чланку, која су посвећена анализи односа два насловна концепта, а „напетост“ у том односу се тематизује у приказу и анализи неколико стожерних случајева из праксе ЕСЉП. У последњем делу текста понуђено је неколико провизорних закључака о тим „напетостима“, али и о начину рада Суда у целини.

## 2. ЕВРОПСКИ СУД ЗА ЉУДСКА ПРАВА – ЧУВАР И КРЕАТИВНИ ТУМАЧ КОНВЕНЦИЈЕ

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, коју је Савет Европе усвојио 1950. године, представља својеврсну европску повељу о људским правима, којом су земље потписнице, само две године након усвајања Опште декларације о људским правима Уједињених нација, прихватиле да тим правима дају обавезујућу снагу, да их штите и унапређују. Она је настала као израз воље европских држава да се, нетом доживљене страховте Другог светског рата, те масовног и бруталног гажења основних права људи у том рату, никада више не понове. Идеја твораца Конвенције је била једноставна и без преседана: да се доношењем

једног међународног документа којим се јемче људска права државе онемогуће да масовно и упорно крше људска права својих грађана под окриљем државне суверености и под изговором да је реч о њиховим унутрашњем питањима.

Међутим, значај Конвенције не произилази само из њеног прогресивног садржаја или из чињенице да је она први паневропски документ о заштити људских права. Он се уистину огледа у томе што је Конвенцијом установљен делотворан институционални механизам контроле њене примене у државама које су јој приступиле, а њих је тренутно четрдесет седам, те у прихватању тих држава да се потчине извршењу обавеза са којима су се ратификацијом Конвенције сагласиле. А када се говори о њеној делотворности и институционалном механизму контроле њене примене, пре свега се има на уму да је Протоколом 11, као *једини орган* овлашћен за тумачење Конвенције и доношење пресуда против држава уговорница у случају да оне крше права и слободу које Конвенција гарантује одређен Европски суд за људска права. Улога Суда је, према том Протоколу, ојачана чињеницом да се појединцу гарантује право да поднесе индивидуалну представку против државе уговорнице за коју сматра да му је прекршила неко право или слободу коју Конвенција гарантује и тако пред Судом покрене поступак против те државе, без обзира на то да ли држава жели да буде страна у поступку. „Према томе, појединци сада уживају на међународном нивоу истинско право тужбе ради остваривања права и слобода, на шта их Конвенција директно овлашћује.“ (*Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, 46827/99, 46951/99, par. 122).

Током вишедеценијске праксе, Суд у Стразбуру је успео да се наметне као референтна међународна судска институција у области заштите људских права и слобода, тако да је ЕСЉП данас највиши интерпретативни ауторитет за државе чланице Савета Европе и за преко 850 милиона становника тих држава у примени одредаба Конвенције. С једне стране, еволуционистичким<sup>2</sup> и телеолош-

<sup>2</sup> У својој судској пракси Суд у Стразбуру примењује принцип према којем Конвенцију треба тумачити као „жив документ“ („living instrument“) или, како бисмо у традицији наше правне теорије то рекли, тумачити је еволуционистички. Суд је тај принцип први пут изнео још 1978. године у пресуди *Turer v. United Kingdom* (5856/72), када је навео да је Конвенција „живи документ који... се мора тумачити у светлу данашњих услова“ (пар. 31). Током даље примене тог начела, Суд у Стразбуру је на неки начин разрадио ту идеју у низу потоњих пресуда, тако да се данас у теорији износи став да принцип еволуционистичког тумачења, онако како га Суд примењује, има три основне карактеристике. Прво, приликом тумачења стандарда и израза из Конвенције, Суд готово никада не улази у то шта су биле намере састављача Конвенције и како су они разумевали значење тих стандарда и израза већ их тумачи, како је то речено у једној пресуди (*Rantsev v. Cyprus and Russia*, 25965/04, par. 272–282), „у светлу данашњих услова“ (*in the light of present-day-*

ким<sup>3</sup> интерпретативним приступом тексту Конвенције Суд је разрадио, а понегде и проширио корпус људских права која Конвенција у свом изворном облику штити и гарантује. С друге стране, инсистирајући на принципу ефективности и делотворности<sup>4</sup> одредаба Конвенције, успео је да изазове стварне промене у законодавној и правосудној пракси држава уговорница у области заштите људских права и слобода, али и да појединцима пружи индивидуалну правду, то јест да онима којима су повређена људска права гарантована Конвенцијом обезбеди заштиту и правичну надокнаду.

Има ли се на уму све што је речено, не изненађује то што се у литератури често може наићи на оцене следећег типа: „Изгледа да постоји потпуна сагласност у данашњој Европи да Европска конвенција о људским правима... представља једну од најзначајнијих развојних тачака у европској правној историји и кључни успех Савета Европе. Пораст ауторитета Европског суда за људска права се описује као један од најупечатљивијих феномена у историји међународног права, можда чак у историји права уопште“ (O’Boyle 2008, 1).

Међутим, као што међународни поредак и његове институције данас пролазе кроз сваковрсне кризе, тако се и ЕСЉП суочава с многим проблемима и изазовима. И то не само данас. Уобичајена периодизација која се у теорији прихвата (Christoffersen, Rask Madsen 2011, 3) разликује неколико фаза у трајању Суда од његовог настанка: у првој, Суд је био опрезан и уздржан у својој јуриспруденцији;

*conditions*). Друго, када је реч о „данашњим условима“, Суд пре свега има не уму оно што су заједнички или општи стандарди које прихватају земље уговорнице. И најзад, треће, Суд се, приликом разматрања шта су прихватљиви стандарди заштите људских права, неће руководити начином на који се ти стандарди схватају у држави која је у спору пред Судом (више о томе Letsas 2012).

<sup>3</sup> Телеолошко тумачење је увек еволутивно, али није свако еволутивно и телеолошко. То је случај када се, рецимо, правни текст тумачи у складу с данашњим, а не изворним схватањем значења речи. Примера ради, осмим амандманом Устава САД забрањује се прописивање сурових или необичајених казни. И док је пре двеста година декапитација била уобичајена, а рецимо спаљивање на ломачи сурово, данас се и ова прва сматра таквом јер су се променила схватања људи о значењу и разумевању суровости. Захваљујемо се анонимном рецензенту који нам је скренуо пажњу да ово питање треба додатно разјаснити.

<sup>4</sup> У Конвенцији се на више места начело ефективности или делотворности истиче као базични принцип у заштити људских права и решавању спорова који настају поводом кршења одредби Конвенције. Већ у самој преамбули, у ставу три, истиче се да Конвенција има „за циљ да осигура опште и делотворно признање (effective recognition) и поштовање права прокламованих у њој“. Осим тога, у члану 13 Конвенције помиње се „делотворан правни лијек“ који треба да буде на располагању свима чија су људска права прекршена, док се чланом 34 државе уговорнице обавезују да „ни на који начин не ометају ефикасно вршење“ права својих грађана да подносе представке Суду у Стразбуру.

друга почиње средином седамдесетих и сматра се епохом судског активизма јер су у њој оформљени главни интерпретативни принципи рада трибунала, о којима смо управо говорили; након пада берлинског зида, почиње трећа фаза, у којој је надлежност Суда проширена на нове чланице Савета Европе; то проширење, најзад, према неким мишљењима, изискује реформе које означавају четврту и актуелну фазу, а која треба да одговори огромном повећању броја представки и потреби да се пилот-пресудама решавају рекурентни проблеми у заштити права које Конвенција јемчи. На многе изазове и питања и даље се траже одговори. Поменућемо само неке. Како Суд да делује у окружењу које је далеко од униформности идеја и пракси у раној фази његовог постојања, када су све државе чланице биле привржене начелима владавине права и релативно устаљеним и добрим праксама заснованим на тим начелима? Треба ли суд данас у таквом окружењу више да се бави такозваном конституционалном правдом? Шта је с индивидуалном правдом, ако је она супстантивно угрожена у појединачном случају, а таквих је случајева данас пред судом више него икад раније? На ком темељу ЕСЈП може да заснује легитимност својих одлука, ако се упусти у решавање таквих случајева? И како онда изаћи на крај с набујалим приливом нових представки, којих и иначе има превише? Како помирити ефективност права из Конвенције и ефикасност у раду Суда? Јер у неким случајевима Суд не може да заштити права зајемчена у Конвенцији (ефективност) а да не поступа као квазиапелациони суд. Али ако би постао европски апелациони суд, ЕСЈП би због огромног броја предмета једноставно стао (ефикасност).

Све су то, дакле, питања и изазови (и не свакако једини) пред којима се ЕСЈП данас налази. Тема овог прилога је тесно повезана с неким од тих питања, чија ће се оштрина и актуелност јасно препознати у анализи те теме. У сваком случају, ова је напомена била неопходна да би се боље разумео проблем којим ћемо се позабавити у даљем тексту.

### 3. ДОКТРИНА „ЧЕТВРТЕ ИНСТАНЦЕ“

Доктрина „четврте инстанце“ је један од интерпретативних принципа којем ЕСЈП често прибегава у свом раду, премда он није изричито поменут у Конвенцији већ се изводи из општијег и значајнијег експлицитног принципа, начела супсидијарности.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Протоколом 15, којим се допуњава Конвенција, начело супсидијарности и поље слободне процене уведени су у текст преамбуле Конвенције: „Потврђујући да Високе стране уговорнице, у складу са начелом супсидијарности, снесо главну одговорност за обезбеђивање права и слобода гарантованих Конвенцијом и Протоколима

У најопштијем смислу, начело супсидијарности би се могло дефинисати као принцип вертикалне поделе власти између најмање два различита нивоа, на тај начин да ти нивои у истој ствари деле надлежност према начелу ефикасности. То значи да ће радње предузете ради остварења циљева због којих је надлежност успостављена предузети онај ниво власти који их може ефикасније остварити. По правилу је реч о нижем нивоу власти јер је он ближи грађанима, остварује непосреднији однос с њима, те стога углавном има и већу легитимност. Из свих тих разлога, он је у бољој позицији да ефикасније процени које мере треба да предузме и да те мере спроведе.

Већ се у члану 1 Конвенције истиче да су управо државе уговорнице дужне да гарантују и штите права и слободе установљене Конвенцијом у границама својих надлежности. То значи да су главни механизми заштите тих права национални правни пореци држава уговорница. У том правцу резонује и ЕСЉП када у једној од својих пресуда констатује да је „механизам заштите основних права установљен Конвенцијом супсидијаран према националним системима заштите људских права.“ (*Sisojeva and others v. Latvia*, 60654/00, par. 90).

Карактеристичан „дериват“ начела супсидијарности је „поље слободне процене“ („margin of appreciation“), према којем је државама уговорница остављено извесно поље слободне процене у остваривању људских права и слобода гарантованих Конвенцијом, дакле дискреционе власти у погледу тога на који ће се начин та права и слободе остваривати у конкретним условима конкретне државе. Најзад, „дериват“ начела супсидијарности је принцип који није прописан Конвенцијом, већ је успостављен у пракси Суда – такозвани принцип или доктрина „четврте инстанце“. И док поље слободне процене Суд примењује приликом тумачења већине одредаба Конвенције (а нарочито чланова 8 до 11), дотле је, што је за тему овог чланка посебно значајно, доктрина „четврте инстанце“ релевантна скоро искључиво у вези с применом члана 6, то јест права на правично суђење.<sup>6</sup>

Шта, у ствари, значи доктрина „четврте инстанце“? Тај принцип се у међународном праву уопште, обично формулише на следећи начин: „Принцип који примењују квазисудска и судска тела која се баве људским правима на основу којег утврђују прихватљивост

---

уз њу, и да у ту сврху уживају поље слободне процене које је подвргнуто контролној надлежности Европског суда за људска права који је основан овом Конвенцијом“ (Протокол 15, чл. 1).

<sup>6</sup> Упоредити Дахлберг (Dahlberg 2014, 80): ‘...It is not its task to act as a court of fourth instance’.

жалбе. Фраза се најчешће налази у исказима следеће врсте: ‘Ова комисија/суд неће заседати као суд четврте инстанце у погледу националних правних одлука.’ То значи да међународни суд неће деловати као апелациони суд у погледу исправности пресуде коју је национални суд донео водећи се националним правом... Међународни суд неће ревидирати пресуде које су донели национални судови осим ако сматра да је њима извршена повреда међународног права људских права“ (Condé 2004, 91).

Суд у многим својим одлукама истиче да његова улога није да одлучује у својству апелационог суда, дакле, у својству суда треће или четврте инстанце и да испитује да ли су пресуде националних судова донете у складу с одговарајућим националним правом. У том смислу, за разлику од класичног инстанционог суда у једном правосудном систему, ЕСЈП се не бави, примера ради, тиме да ли су докази у поступку прикупљени у складу с домаћим правом, да ли је национални суд те доказе исправно оценио, да ли је суд исправно протумачио одговарајуће домаће прописе, то јест исправно решио правна питања и најпосле, да ли је пресуда која је донета у складу са законом.

Или како је то ЕСЈП лапидарно сумирао у једној од кључних<sup>7</sup> пресуда: „У складу с чланом 19 Конвенције, дужност Суда је да осигура извршавање обавеза које су потписивањем Конвенције државе уговорнице прихватиле. Нарочито, функција Суда није да се бави погрешним одговорима на фактичка или правна питања које евентуално даје национални суд у неком поступку, осим уколико тиме нису повређена права и слободе које Конвенција гарантује“ (*Schenk v. Switzerland*, 10862/84, par. 45, подв. аут.). А у једној другој пресуди, Суд даље прецизира да његов задатак није да процењује чињенице које су навеле национални суд да одлучи на један а не на други начин, да изнова утврђује чињенице и околности предмета и да преиспитује наводно кршење домаћег законодавства (*Bernard v. France*, 159/96, par. 37–41) нити да суди о прихватљивости доказа (*Schenk*, par. 45–49).

Инстанциона надлежност је уско схваћена у доктрини „четврте инстанце“. Она се овде схвата у смислу *начина* на који суд одлучује, а не и у смислу ефеката његових одлука. Другим речима, чак и када прекорачи праг „четврте инстанце“, ЕСЈП никад мериторно не решава спорове, не укида нити преиначује одлуке националних судова, оцењујући их као неисправне,<sup>8</sup> већ се само упушта у анализу и оцену решења фактичких и правних питања од националних судова.

<sup>7</sup> Кључних, када је реч о праву на образложеној пресуду.

<sup>8</sup> Истина, у погледу овог последњег, све чешће се појављују изузеци. О неким од њих ће бити речи у 4. одељку.

Најзад, треба истаћи да се у литератури наглашава како доктрина „четврте инстанце“, као и два поменута и њој сродна принципа, принцип супсидијарности и поље слободне процене, представљају само различите аспекте једног истог принципа – принципа националне суверености. Стразбуршки суд, као међународни трибунал, своју легитимност поглавито црпи из система Конвенције, који је настао и заснива се на добровољном пристанку суверених држава, чланица Савета Европе. Ако у светлу тих чињеница посматрамо доктрину „четврте инстанце“ (и њој сродне принципе) јасно је да је она у складу с тим основом легитимности Суда. У том смислу, формалистички приступ пресудама националних судова, идеја да ЕСЉП проверава само процедуралне кораке које су домаћи судови предузимали, не залазећи у супстанцијална фактичка и правна питања, обезбеђује неопходну легитимност Суду и његовим одлукама.<sup>9</sup>

#### 4. ПРАВО НА ОБРАЗЛОЖЕНУ ПРЕСУДУ ИЗ ЧЛАНА 6 КОНВЕНЦИЈЕ<sup>10</sup>

##### 4.1. Уопште о праву на правично суђење из члана 6 Конвенције

Право на правично суђење (*right to a fair trial*) универзално је људско право. У међународним конвенцијама и споразумима који се тичу заштите људских права, оно је нераздвојно повезано с основним начелима тих конвенција која прокламују демократију и владавину права као темељне вредности на којима се ти документи заснивају.<sup>11</sup> Утолико је значај тог права већи, а његово помињање у теорији и примена у пракси тако чести.

Право на правично суђење у Европској конвенцији се уређује чланом 6. Конкретно, тај члан јемчи процесна права странака у парничном поступку (члан 6, став 1) и права оптуженог у кривичном поступку (члан 6, ст. 1, 2 и 3). Према томе, док други и трећи став члана 6 садрже одредбе које постављају минималне стандарде права лица која су оптужена у кривичном поступку, дотле се став 1 једнако примењује и на грађанске и на кривичне поступке. Текст тог кључног става гласи:

„Свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непри-

<sup>9</sup> Упоредити Дахлберг (Dahlberg 2014, 83).

<sup>10</sup> Овај одељак је заснован на Спаић, Дајовић (2016, 27–43).

<sup>11</sup> Упоредити, на пример, члан 10 Опште декларације о људским правима УН, члан 14 Међународног пакта о грађанским и политичким правима, члан 8 Америчке конвенције о људским правима, члан 6 Европске конвенције итд.



страсним судом, образованим на основу закона. Пресуда се изриче јавно...“

Правима која се гарантују чланом 6, став 1 Конвенција потврђује начело владавине права на коме почива демократско друштво, као и незаобилазну улогу коју судство има у спровођењу правде (*Airey v. Ireland*, 6289/73, par. 24). Његова садржина одражава идеју творца Конвенције да, осим права која утемељују основне слободе, треба установити и такозвана заштитна права, то јест права која ће омогућити ефикасну заштиту гарантованих основних слобода. А право на правично суђење из члана 6, став 1 најважније је такво право.

Треба нагласити да се члан 6, став 1 не односи на такозвану супстантивну правичност. Термин „правичан“ (*fair*)<sup>12</sup> не схвата се у његовом етичком или правном смислу, то јест у смислу у којем га схвата судећи суд који иде за тим да његове пресуде буду „правичне“.<sup>13</sup> Значење термина „правичан“ (у синтагми *fair trial*) интерпретира се, пре свега, у формалном, процедуралном смислу. То значи да се Суд у Стразбуру у одлукама које се односе на наводно кршење члана 6, став 1 бави тиме да ли су подносиоцу представке пружене могућности да своје претензије оствари пред адекватним органом („трибуналом“) и у поступку у којем су му пружене једнаке процедуралне могућности као и супротној страни да изнесе аргументе и доказе у прилог свог случаја и да оспори аргументе и доказе друге стране. Такође, „правичност“ поступка се процењује у целини, односно нека појединачна неправилност не мора бити довољна да би се поступак у целини оценио као „неправичан“ (*Miroļubovs and Others v. Latvia*, 798/05, par. 103).

Примењујући интерпретативна начела о којима је било речи у првом одељку, ЕСЉП је, уз неколико заштитних права која се у тексту члана 6, став 1 изричито помињу (право на суд, на суђење у разумном року, на јавност расправе<sup>14</sup> и на правичан поступак) на основу

<sup>12</sup> Можда би вернији или прикладнији превод речи *fair* на српски језик у том контексту била реч „поштен“, али како се у нашој пракси и теорији усталила синтагма „правично суђење“, та је прилика пропуштена. Занимљиво је да за тај термин типичан за *common law* нема савршеног превода ни у француском или немачком језику (упоредити Trecshel 2005, 82).

<sup>13</sup> „Јемство правичног суђења је ‘само’ процедурално јемство, створено да обезбеди ‘процедуралну правду’ а не ‘правду резултата’, то јест одлуку која је заснована на истинитим чињеницама и исправној примени права“ (Trecshel 2005, 83).

<sup>14</sup> Занимљиво је да се у теорији поставља питање да ли је јавност поступка људско право или није, будући да, како се аргументује, ни по теорији воље ни по теорији интереса, јавност поступка не може лако да се подведе под класично субјективно право. Чињеница је да, рецимо, окривљени у кривичном поступку нема овлашћење да се унапред одрекне од права на јавност усмене расправе на суду. С друге стране, из перспективе интересне теорије понекад може да звучи натегнуто

права на правичан поступак развио низ других значајних права. То су следећа права: једнакост оружја (*Dombo Beheer B. V. v. the Netherlands*, 14448/88), право на испитивање сведока (*Van Mechelen and Others v. the Netherlands*, 21363/93, 21364/93, 21427/93 and 22056/93), право на браниоца и на правну помоћ у неким случајевима (*Granger v. the United Kingdom*, 11932/86) и, најзад, право на образложену пресуду (*Hadjianastassiou v. Greece*, 12945/87, *Van de Hurk v. the Netherlands*, 16034/90).

Оцењујући поступање домаћег суда у светлу члана 6, став 1, Суд се, сходно начелу „четврте инстанце“, по правилу не упушта у то да ли је домаћи суд на исправан начин применио националне прописе и да ли су правна и фактичка питања решена у складу с тим прописима. Стога, хипотетички посматрано, одлука националног суда која се представком оспорава може бити заснована на чињеницама и у складу с важећим националним правом. Но, пошто се ЕСЈП бави процедуралним контекстом у најширем смислу речи а не решава изнова фактичка и правна питања која су одлуком решена, таква одлука пред Судом у Стразбуру може, фигуративно речено, „пасти“. И обрнуто.<sup>15</sup> Међутим, кроз право на образложену пресуду,<sup>16</sup> из члана 6, став 1 Суд све чешће заправо делује као суд трећег или четвртог степена. А у чему се то право тачно састоји, приказаћемо у пододелјку који следи.

#### 4.2. Право на образложену пресуду

Већ је наглашено да Суд у Стразбуру, следећи доктрину „четвртог степена“, не разматра грешке у утврђивању чињеница или тумачењу права које евентуално учине национални трибунали. Национални судови су једини надлежни да самостално и независно оцењују предочене доказе, односно да тумаче и примењују домаће право. Међутим, ЕСЈП то право националних судова повезује са једном обавезом: судске пресуде морају на адекватан начин да изложе разлоге на којима се заснива решење правног и фактичког питања

тумачење да је окривљени примарни и намеравани „бенефицијар“ јавности поступка (упоредити Summers 2007, 171).

<sup>15</sup> Већ на овом месту није наодмет напоменути, да се принцип „четврте инстанце“ приликом примене члана 6, став 1 не тумачи као апсолутан, већ га Суд понекад прекорачује, одмеравајући његову снагу према другим принципима (пре свега, према еволутивном и ефективном принципу), а нарочито у случају када се у поступку појави арбитрерно или неразумно поступање националног суда. О томе опширније у одељку 4 и даље.

<sup>16</sup> Истина, не само кроз то право, већ понекад и кроз право на претпоставку невиности из члана 6, став 2 (упоредити *Telfner v. Austria*, 33501/96, par. 18).

у конкретном спору (*Suominen v. Finland*, 37801/97, пар. 36). Управо из те обавезе националних судова извире *право на образложену пресуду*.

Као што је речено, то право није изричито наведено у Конвенцији. Оно је установљено и потврђено у пресудама ЕСЈП. Према ставу Суда, оно је најпре засновано на принципу на којем се заснива и сама Конвенција – то је принцип заштите појединца од произвољног (арбитрарног) пресуђивања, који се може извести из темељног принципа Конвенције – идеје владавине права. У ужем смислу, ЕСЈП то право изводи из члана 6, став 1, то јест из права на правичан поступак, и када у својим пресудама констатује да је оно повређено, утврђује се да је управо повређен члан 6, став 1 Конвенције.<sup>17</sup>

Суд у једној пресуди наводи разлоге због којих право на образложену пресуду произлази из смисла и сврхе члана 6, став 1 Конвенције: (1) одлука мора јасно показати странкама да су саслушане и управо образложење указује на то да ли су странке имале правично суђење; (2) добро образложена одлука омогућава жалбу против одлуке – одлука која не садржи ваљано изложене разлоге не даје могућност странкама да је оспоре у одговарајућем поступку; (3) као што странкама омогућава да уложи правни лек, образложена одлука и ревизионом органу омогућава да спроведе поступак контроле; коначно (4) само образложена одлука омогућава јавности разматрање деловања и одлучивања судова и јавних власти уопште.<sup>18</sup>

Право странке у поступку на образложену судску одлуку јесте право на познавање битних разлога и јасно образложених ставова суда о чињеничним и правним питањима а на основу којих је пресуда донета (*Ruiz Torija v. Spain*, 18390/91, пар. 29–30). Наиме, није довољно да је странка само упозната с одлуком суда, то јест с коначном пресудом, него је суд дужан да изнесе разлоге због којих је донео баш такву пресуду. Уколико није тако, став ЕСЈП је да је држава

<sup>17</sup> Понекад се наводи да се повредом права на образложену пресуду крши и члан 13 Конвенције (право на делотворан правни лек) јер се кршењем тог права грађанину практично онемогућава да делотворно користи правни лек, будући да само образложена судска одлука омогућава да виша инстанца може да испита исправност поступања нижег суда, односно начина на који је он донео пресуду.

<sup>18</sup> *Tatishvili v. Russia*, 1509/02, пар. 58. Уз те разлоге које наводи ЕСЈП и на основу којих у ствари утемељује постојање тог права у систем Конвенције, у теорији се наводе још неке функције које образложење пресуде и уопште правне одлуке има. Тако, на пример, Галиган помиње да обавеза образлагања судских одлука представља гаранцију правичног суђења јер гарантује квалитет одлуке – обавеза ваљаног образлагања је подстрек и својеврстан „притисак“ на суд да исправно одлучује и што боље оправдава и образлаже своје одлуке, али представља и потврду части и достојанства субјекта о чијим правима се одлучује (упоредити Galligan 1996, 431 и даље).

повредила право грађанина на правично суђење из члана 6, став 1 Конвенције

Дакле, исправна правосудна делатност подразумева да у пресудама трибунала морају на адекватан начин да буду изложени разлози на којима су засноване. Наравно, то не значи да су судови обавезни да на сваки аргумент странке детаљно одговоре (*Hiro Balani v. Spain*, 18064/91, par. 27; *Gorou v. Greece*, 12686/03, par. 37). Који су то разлози, зависи од природе одлуке и оцењује се на основу околности сваког појединачног случаја (*Hirvisaari v. Finland*, 49684/99, par. 30; *Tatishvili v. Russia*, 1509/02, par. 58; *Pronina v. Ukraine*, 63566/00, par. 23), уз уважавање „разлика које постоје у државама које су ратификовале конвенцију у погледу законских одредаба, обичајних правила, правних становишта и разлика у презентацији и изради пресуда“ (*Gorou v. Greece*, par. 37).<sup>19</sup>

У складу с изнетом доктрином „четврте инстанце“, сматра се да члан 6, став 1 не подразумева да подносилац представке може да се позове на њега, тврдећи да је национални суд погрешно решио правна и фактичка питања. Њиме се, другим речима, не гарантује право на *исправну* судску одлуку. Зато се истиче да је повреда права на образложену одлуку пре квантитативне него квалитативне природе: све док су наведени одређени разлози, одлука је, у начелу, у складу с чланом 6, став 1 (*García Ruiz v. Spain*, 30544/96, par. 26–30).<sup>20</sup>

Сада ћемо, укратко, приказати два случаја у којима се може препознати образац по којем Суд решава о повреди права на образложену пресуду, и то не у ситуацијама када разлога за пресуду нема

<sup>19</sup> Илустративан пример који показује да ЕСЉП уважава разлике и специфичности правних система држава уговорница може се пронаћи управо у пракси пресуђивања поводом права на образложену пресуду. Наиме, у познатом случају *Taxquet v. Belgium* (926/05), Суд је одлучивао о повреди тог права у суђењу пред поротом. Једна од карактеристика таквог поступка је да порота није дужна да образлаже своје закључке о кривици оптуженог. И премда је у конкретном случају нашао да је право на образложену пресуду повређено, Суд се јасно оградио од извођења далекосежних закључака о начелној усаглашености система поротног суђења с Конвенцијом. У поменутој пресуди ЕСЉП изричито се наводи: „Институција лаичке пороте се у овом контексту (права на образложену пресуду – прим. аут.) не може доводити у питање. Државе уговорнице уживају знатну слободу избора средстава, предвиђених да осигурају да њихови правосудни системи буду у сагласности са захтевима из члана 6 Конвенције... Порота у различитим облицима постоји у различитим државама и то је одраз историје, традиције и правне културе сваке државе... Она је само један међу многим примерима различитости правних система који постоје у Европи и није задатак Суда да те разлике уједначава“ (par. 83, 84). Опширније о пресуди *Taxquet* и усклађености поротног система с Конвенцијом Робертс (Roberts 2011).

<sup>20</sup> Ипак, управо такав закључак не може да се изведе уколико право на образложену пресуду води (а често води) ка прескакању прага доктрине „четврте инстанце“. О томе више у наставку текста.

већ када су изнети разлози очигледно арбитарни или неразумни (*unreasonable*).

У случају Хирвисари (*Hirvisaari v. Finland*, 49684/99) подносилац представке је био грађанин Финске коме је пензиони фонд његовог послодавца одобрио пуну привремену инвалидску пензију почевши од марта 1992. године. То право је потом више пута обнављано да би пензиони фонд у јуну 1997. године преиначио своју ранију одлуку, одредивши само делимичну инвалиднину. Подносилац представке се на ту одлуку жалио, прво Пензионом одбору који је жалбу одбацио, после чега је поступак настављен пред надлежним судом који је, позивајући се у својој одлуци на разлоге из образложења које је већ изнео Пензиони одбор, такође одбацио жалбу.

Подносилац представке је потом, пред Судом у Стразбуру, истакао повреду чл. 6, ст. 1 Конвенције, наводећи да у одлукама Пензионог одбора и надлежног суда нису наведени адекватни разлози за ускраћивање права на пуну инвалидску пензију (par. 20–21). Он се посебно осврнуо на, како је истакао, „недовољно образложену“ одлуку пензионог фонда, односно на пропуст да наведе медицинску документацију на којој је засновао своју одлуку о ускраћивању пуне инвалидске пензије:

„Целокупна медицинска документација коју је подносилац представке предао препоручивала је да му буде одобрена пуна инвалидска пензија. Уколико је било контрадикторних докумената, њихов целокупан садржај је морао бити макар споменут у одлуци Пензионог одбора. Што је још важније, било је немогуће да подносилац представке разуме како погоршање његове депресије, изричито споменуто у одлуци, може оправдати одбијање пуне пензије коју је до тада добијао“ (par. 27).

Како је надлежни суд подржао расуђивање Пензионог одбора, не наводећи сопствене разлоге за своју одлуку, подносилац представке је устврдио да је суд у потпуности прихватио исту линију резонувања. ЕСЉП је у својој одлуци најпре поставио интерпретативни контекст, наводећи опште стандарде које је Суд до те одлуке изградио у односу на образложење одлуке, а које су релевантне у том случају. Посебно је наведено да је одлука о делотворности образложења одређена околностима сваког појединог случаја, да се од суда не може очекивати да понуди одговор на свако постављено питање, те да апелациони суд у одбацивању жалбе може, у принципу, једноставно подржати разлоге на којима је нижи суд засновао своју одлуку. Коначно, суд је потпуно прихватио наводе подносиоца представке да одлука Пензионог одбора представља кршење чл. 6, ст. 1 услед противречности у образложењу:

„Имајући у виду да је подносилац представке раније примао пуну инвалидску пензију, помињање његовог нарушеног здравља у одлуци која му потврђује само право на делимичну пензију морала је оставити подносиоца представке у извесној конфузији. У наведеним околностима, резонување не може бити сматрано адекватним“ (par. 31).

У случају *Ruiz Torija v. Spain* (18390/91) подносилац представке је тврдио да то што се другостепени суд није обазирао на приговор да је тужба пред првостепеним судом против њега неблаговремена представља кршење чл. 6, ст. 1 Конвенције. Приговор о неблаговремености подносилац представке је поднео у писменој форми и навео је релевантне доказе. Другостепени суд пред којим је суђење поновљено није уопште одлучио по приговору о неблаговремености (par. 11).

ЕСЈП је у пресуди поновио да чл. 6, ст. 1 Конвенције обавезује судове да пруже разлоге за своје пресуде, али не захтева детаљан одговор на сваки изнети аргумент (*Van de Hurk v. the Netherlands*, 16034/90). Обим обавезе суда да пружи разлоге пресуде варира према природи одлуке и он се може утврдити само у светлу чињеница случаја. С обзиром на то да је Руиз Ториха поднео приговор о неблаговремености тужбе у писменој форми, формулисао га јасно и прецизно и притом навео релевантне доказе, другостепени суд је био у обавези да размотри све поднеске пред првостепеним судом, уколико су били предмет расправе, независно од тога да ли су ти поднесци изричито поновљени у жалби. ЕСЈП истиче да одлука о основаности приговора не спада у његову надлежност. Ћутање другостепеног суда не може се разумно тумачити као прећутно одбијање приговора (par. 30).

## 5. ОДНОС ДОКТРИНЕ „ЧЕТВРТЕ ИНСТАНЦЕ“ И ПРАВА НА ОБРАЗЛОЖЕНУ ПРЕСУДУ

Већ из излагања у претходна два одељка може се уочити да Суд у Стразбуру приликом решавања представки у вези с чл. 6, ст. 1 Конвенције, а нарочито у случајевима када налази да је повређено право на образложену пресуду, каткад поступа као инстанциони суд. Другим речима, ЕСЈП у појединим случајевима анализира како је домаћи суд решио правна и фактичка питања. Примера ради, да би решио да ли је чињеница која је изнета у случају Руиз Ториха да је тужба неблаговремена (јер је потраживање застарело) захтевала одговор (вишег) суда, ЕСЈП је морао да предузме извесну анализу правних питања. Јер, као што често истиче у својим пресудама,

национални судови нису дужни да дају одговор на сваки захтев или аргумент странака. Али на питање који су то захтеви и аргументи који заслужују одговор (а овај је, према ставу ЕСЈП, такав био), да би се поштовало право на образложену пресуду, немогуће је одговорити ако се не упустимо у анализу фактичких и правних питања конкретног случаја.

Дакле, као и остали интерпретативни принципи ЕСЈП, тако и доктрина „четврте инстанце“ није апсолутан принцип који без изузетка надјачава све остале у свим случајевима у којима се он може применити. Истина, праг његове примене је висок, али је ипак праг – дакле нешто што Суд понекад „прескочи“. У једној од пресуда, у којој тај праг није прескочен, Суд је ипак наговестио у чему се он састоји. Том пресудом је, наиме, одбачен захтев подносиоца представки који је био заснован на тврдњама да су домаћи судови донели пресуду без довољно доказа. На почетку пресуде, Суд понавља принцип „четврте инстанце“ и наглашава да је национални суд у бољој позицији да процењује кредибилност изјава сведока и релевантност других доказа у предметном случају, а затим констатује да „није пронашао елементе који би водили ка закључку да је домаћи суд, утврђујући чињенице и тумачећи домаће право, деловао на *арбитран* или *неразуман* (*unreasonable*) начин“ (*Sebahattin Evcimen v. Turkey*, 31792/06, par. 25, подв. аут.). Према томе, у поступању националног суда мора да постоји арбитражност или неразумност да би ЕСЈП одступио од принципа „четврте инстанце“ и упустио се у мериторно преиспитивање заснованости пресуде националног суда. У поменутој пресуди, Суд није објаснио како схвата значење термина „арбитражност“ или „неразумност“. У другој пресуди, међутим, Суд помиње тај стандард, сматрајући да он није нарушен пошто су закључци домаћег суда у конкретном случају донети „након дужег адверзијалног процеса аргументовања и у светлу свих података које су адвокати подносилаца представке пред домаћим судом износили у прилог својих клијената“ (*I. J. L. et. al. v. the United Kingdom*, 29522/95, 30056/96, 30574/96, par. 99). Додатно прецизирајући управо такво своје схватање о томе шта је „арбитражно“ или „неразумно“ поступање домаћег суда, поново на негативан начин, ЕСЈП утврђује да „све док је одлука домаћег суда заснована на потпуној и целовитој процени свих релевантних фактора [...] таква одлука неће бити подложна преиспитивању Суда“ (*Lalmahomed v. the Netherlands*, 26036/08, par. 37). Према томе, Суд неће улазити у разлоге који су водили национални суд да закључи о фактичким и правним питањима конкретног случаја, али ако тих разлога нема или су противречни или су арбитражни, онда је то необразложена пресуда – те се прекорачује праг принципа „четврте инстанце“ и утврђује се да је подносиоцу представке повређено право на правично суђење, гарантовано чл. 6,

ст. 1 Конвенције. Јер, ако у таквим случајевима ЕСЉП не би на тај начин поступао, очигледно је да би права из Конвенције *била илузорна а не делотворна*, што је супротно начелу ефективности које је једно од темељних начела система Конвенције. То значи да у тим случајевима начело ефективности надјачава доктрину „четврте инстанце“.<sup>21</sup>

Сада ћемо приказати три пресуде (од којих две нешто екстензивније), у којима је Суд у Стразбуру додатно разрадио стандард: „арбитрарни и неразумни разлози“ и до извесне мере га и допунио јер се у њима бавио оценом доказа, њиховим квалитетом и релевантношћу и у том светлу утврђивао да ли постоји повреда чл. 6, ст. 1 Конвенције.

### *Lisica v. Croatia*

У предмету *Lisica v. Croatia* (20100/06) ЕСЉП је утврдио да кривични поступак против брачног пара Лисица, који су осуђени за кривично дело разбојништва, није био правичан јер су окривљени осуђени на основу доказа који је био непоуздан. Према оцени ЕСЉП, тај доказ је био „једини директан доказ који је повезивао возило првога подносиоца представке с возилом које су возили разбојници... сви остали докази имали (су) својства индиција. Међутим, околности у којима је тај доказ прибављен не могу уклонити сваку сумњу у погледу његове поузданости, па су утицале на квалитет дотичног доказа“ (par. 60). Посматрана у светлу свих споменутих начела, претходно изнета разматрања Суду су била довољна да закључи да је начин на који је тај доказ употребљен у поступку против подносиоца представке утицао на поступак у целини, због чега у поступку нису испуњени захтеви правичног суђења (par. 61).

Нема сумње да је у том случају ЕСЉП деловао супротно доктрини „четврте инстанце“ јер је оцена доказа у поступку по жалби један од најважнијих задатака инстанционих судова, а супротно је тој доктрини. Да је то тако, сведоче два изричита навода из образложења пресуде *Lisica v. Croatia*. У првом Суд најављује да ће испитати квалитет кључног доказа: „Суд ће сада... оценити квалитет дотичног доказа, између осталог и је ли, због околности у којима је доказ прибављен, доведена у питање његова поузданост“ (par. 54). Нешто касније, Суд прелази на његову релевантност: „Суд ће сада оценити *важност* спорног доказа за осуду подносиоца представке у кривичном поступку“ (par. 59).

<sup>21</sup> „Узимајући у обзир сврху Конвенције, а то је заштита права која су практична и делотворна, те важно место које право на правично суђење заузима у демократском друштву, у смислу Конвенције, Суд сматра да никакво рестриктивно тумачење члана 6 не би одговарало циљу и сврси те одредбе“ (*Lisica v. Croatia*, 20100/06, par. 60).



Најзад, и тако делујући, ЕСЈП остаје инстанциони суд у „ограниченом“ обиму јер „задатак Суда није да оцењује да ли би подносиоци представке могли бити осуђени да је спорни доказ био изузет. Одговор на питање да ли би у конкретним околностима овог предмета докази на темељу индиција били довољни за осуду у надлежности је домаћих судова. На Суду није ни да нагађа какав би био исход суђења да тај доказ није употребљен“ (par. 59).

### *Ajdarić v. Croatia*

Подносилац представке у том случају (*Ajdarić v. Croatia*, 20883/099) Неђо Ајдарић, држављанин БиХ, осуђен је у Хрватској 2005. на 40 година затвора за троструко убиство и пљачку. Као саучесник у том злочину, на исту казну осуђен је и Марко Гргић из Бјеловара. Убиство о којем је реч догодило се у Кутини, 1998. године. У својој кући у вечерњим часовима, хицима у главу, на спавању, убијени су брачни пар Сердарушић/Шипек, власници мењачнице у Кутини, те њихов радник Горан Цвртак. Од три сефа, која су затечена у кући, два су била отворена и опљачкана. Одлуку о Ајдарићевој кривици суд је донео искључиво на основу исказа сведока, пензионисаног полицајца Стеве Штуле. Тај сведок је био, заједно с Ајдарићем и Гргићем, у затворској болници у Загребу у децембру 2005. године. Ајдарић се у болници нашао након што му је позлило јер је непосредно пре тога ухапшен на граници када је прелазио из Хрватске у Босну и Херцеговину у (наводно) украденом аутомобилу. Гргић се у болници обрео посредно због тог убиства. Наиме, већ му је једном било суђено за тај злочин, али га је сисачки Жупанијски суд 2000. године ослободио кривице. Врховни суд је након пет година поништио ту пресуду и наложио поновно суђење. Чекајући у притвору то суђење, Гргић се разболео од анемије и доспео у болницу. Сведок Штула је био на одслужењу казне за покушај убиства супруге и због болести је пребачен у болницу. Једно краће време, сва тројица су боравила у истој болничкој соби. Након што су изишли из болнице, Ајдарић на слободу, јер се испоставило да аутомобил који је возио није био украден, а Гргић и Штула у „своје“ затворе, Штула је пред истражним судијом Жупанијског суда у Бјеловару дао исказ о својим наводним „сазнањима“ у вези с убиством у Кутини. Његово сведочење се заснивало на наводним разговорима о троструком убиству које су полушапатом водили Ајдарић и Гргић, које је чуо приликом боравка у истој болничкој соби и из којих је било јасно да је Ајдарић саучесник у злочину. Материјалних и других доказа који би Ајдарића повезали са злочиним, са жртвама, с другим осуђеним Гргићем или чак с Кутином није било. Иако су искази кључног сведока, као што ће у наставку текста бити назначено, били препуни неподударности и нетачности и премда је Ајдарић тврдио да никад

није био у Кутини, сисачки Жупанијски суд га је осудио на 40 година затвора, а ту пресуду су, након Ајдарићеве жалбе, потврдили и Врховни суд (два пута) и Уставни суд Републике Хрватске.

Ајдарић је у представи коју је упутио Суду у Стразбуру навео да му је повређено право из чл. 6, ст. 1, 2 и 3, јер је за троструко убиство осуђен само на основу сведочења које је по својој природи „рекла-казала“, да је тај сведок емотивно нестабилна личност, с дијагнозом хистрионског поремећаја личности и да је стога пресуда у целини арбитарна и противна праву на правично суђење.

Након што је поновио уобичајену оgradu која се тиче доктрине „четврте инстанце“,<sup>22</sup> ЕСЈП највећу пажњу посвећује управо анализи и оцени исказа сведока Штуле. Најпре, на основу психијатријског вештачења које је обављено због другог поступка, Суд констатује да је сведоку, због психијатријских проблема, било препоручено обавезно психијатријско лечење (на које никад није упућен). Суд затим нотира да се искази сведока углавном односе на његове закључке о томе шта су Ајдарић и Гргић разговарали, а не на то шта су они заиста говорили. Осим тога, у исказима сведока јављале су се противречности или нетачности. Примера ради, о добу дана када су Ајдарић и Гргић разговарали а он њихове разговоре слушао (par. 42), о томе када је ко од њих стигао у болницу (а нарочито када је Ајдарић дошао) (par. 43), о томе на којем је кревету ко од њих лежао и какав је био распоред у болничкој соби (par. 44), о томе да је наводно особа с презименом С. била умешана у убиство, а у ствари се радило о жртви злочина, да су се Гргић и Ајдарић приликом првог сусрета у болници поздравили као да су стари знанци итд.

ЕСЈП у својој пресуди „налази да су одговори националних судова на те (противречне и неподударне, прим. аут.) тврдње били неодговарајући. Нису уложили никакав напор да потврде изјаве које је дао сведок него су их прихватили као истините, без обзира на чињеницу да је из медицинске документације било видљиво да болује од емотивне нестабилности и хистрионског поремећаја личности. Национални судови нису коментарисали ни противречне исказе сведока, као што је исказ који су као сведоци дали Ј. М. и Н. П., друга два затвореника који су били у истој соби, чији су искази које су дали као сведоци били противречни исказу који је као сведок дао С. Ш.“ (par. 47–48), а тицали су се распореда кревета и болесника у соби. То је, како наглашава Суд, особито важно, будући да је све-

<sup>22</sup> „Суд се у начелу неће умешати ако је поступак у целини био поштен како то тражи члан 6 (1), осим ако одлуке које су донели домаћи судови изгледају произвољне или очигледно неразумне“ (par. 32). Занимљиво је да се у тој формулацији не помиње кршење Конвенције уопштено, као ситуација у којој Суд прескаче праг доктрине „четврте инстанце“, већ се изричито помиње конкретно право из Конвенције, то јест чл. 6, ст. 1, а имплицитно, право на образложено пресуду.

док наводно слушао пригушене разговоре Ајдарића и Гргића, а да би то уопште било могуће, морао је бити у кревету поред њиховог.<sup>23</sup> Такође, постојало је сведочење болесника Ј. М. да Ајдарић и Гргић нису имали готово никаквог контакта првих неколико дана након Ајдарићевог доласка и да ништа није указивало на то да су се познавали од пре (par. 49). Национални судови ништа од наведеног нису коментарисали (par. 50).

Најзад, с обзиром на све те неподударности, противречности и нетачности у исказима сведока, ЕСЈП „налази да у овоме предмету одлуке до којих су дошли домаћи судови нису биле одговарајуће образложене“ (par. 51). Стога је кривични поступак против подносиоца представке, узет у целини, представљао повреду права на правично суђење које јемчи чл. 6, ст. 1 Конвенције (par. 51). На крају, Суд закључује „да би најприкладнији облик обештећења било поновно суђење подносиоцу представке у складу са захтевима из члана 6 (1) Конвенције, уколико подносилац представке буде тако захтевао“ (par. 58).

#### *Nechiporuk and Yonkalo v. Ukraine*

У том случају, први подносилац представке<sup>24</sup> био је украјински држављанин Иван Николајевич Нечипорук, којег је украјински суд осудио на 15 година затвора због убиства из користољубља. Злочин се догодио 13. марта 2004. године када су две маскиране особе, од којих је једна носила пиштољ, нападе извесну госпођу И. и њеног сина пред вратима њиховог стана у граду Хмељницком. У току тог напада дошло је до гурања и међусобног гушања, када је наоружани нападач пуцао и ранио госпођу И. Након тога, два маскирана нападача су побегла, а рањена жена је убрзо преминула.

Крајем маја исте године, полиција приводи Нечипорука у станицу под изговором да се на улици сумњиво понашао. Приликом претреса у станици код њега проналазе „зелену супстанцу биљног порекла“ и на основу сумње да поседује опојне дроге,<sup>25</sup> одређено му је полицијско задржавање (*administrative detention*).

Приликом боравка у полицијској станици, Нечипорук је, према сопственим наводима, био изложен тортури (електрошоковима и батинању) како би признао да је извршилац злочина над госпођом

<sup>23</sup> Према се то у пресуди не помиње, у штампи која је помно пратила случај наглашава се још један бизаран детаљ: кључни сведок који је наводно слушао разговоре који су вођени полушопатом пензионисан је из полиције због наглувости.

<sup>24</sup> Други подносилац представке у том случају била је његова супруга. Како њена представка, иако баца извесно светло на цео случај, није од суштинског значаја за коначну одлуку ЕСЈП, она ће овом приликом бити занемарена.

<sup>25</sup> За коју се доцније испоставило да то није.

И. Осим тога, у станицу је приведена и његова супруга (други подносилац представке), која је тада била у осмом месецу трудноће. Нечипоруку је посредно сугерисано да је и она изложена тортури.<sup>26</sup> У тим околностима и без присуства браниоца, Нечипорук признаје извршење кривичног дела. То признање је нешто касније поновио и у присуству браниоца, да би га доцније повукао, с образложењем да га је дао под тортуром, на чему је упорно инсистирао до краја кривичног поступка против њега. Као доказ за своје тврдње да је у станици био подвргнут тортури прилагао је одређене лекарске налазе (нарочито налаз двојице експерата из јуна 2005. године), који су указивали да су се код њега приликом боравка у затвору појавиле озледе које би могле настати на начин који је Нечипорук описивао.

Други кључни доказ тужилаштва против Нечипорука било је сведочење таксисте који је изјавио да је у време убиства довезао два путника у близину зграде где се злочин догодио, да их је чекао око пола сата, а затим их одвезао у неки кафе. Иако у свом првом исказу, одмах након убиства, таксиста није могао да наведе ниједну специфичну карактеристику њиховог изгледа, десетак дана касније „изненада“ се сетио неких карактеристичних црта (косе, облика носа, висине) на основу којих је идентификовао Нечипорука као једног од путника у таксију те вечери. Није без значаја да је свој други, инкриминишући исказ сведок дао док је био у истражном притвору због оптужбе за нелегално поседовање наркотика. Коначно, Нечипорук је током суђења предочио транскрипт разговора с таксистом (на основу снимка који је током разговарао направио), који је с њим водио 2006. године, док је био на слободи, очекујући наставак суђења.<sup>27</sup> У том разговору, како се из транскрипта (и снимка) јасно види (и чује), таксиста признаје Нечипоруку да „га је полиција принудила да окриви оптужене под претњом да ће он сам бити оптужен за убиство госпође И., да му је дрога подметнута и да је дао изјаве које га инкриминишу док је био приведен“ (par. 112). Међутим, извођење доказа путем преслушавања аудио-траке суд је без образложења одбио.

Како је, у односу на изложене околности, а у светлу евентуалне повреде чл. 6, ст. 1, на који се Нечипорук позвао, резоновао ЕСЉП?<sup>28</sup> Најпре, и на неки начин једноставније, Суд је утврдио „да

<sup>26</sup> Што је била циљана измишљотина, али је, према њеним наводима, она уистину била изложена притисцима да оптужи мужа за поменути злочин.

<sup>27</sup> Поступак против Нечипорука био је веома дуг и сложен. Пресуде су изрицане и укидане, а поступак се, због захтева за изузеће, није водио пред истим првостепеним судовима. На овом месту опис целог случаја је ограничен само на оне детаље који су од значаја за одлуку ЕСЉП у погледу повреде права на образложену пресуду. Иначе, сама пресуда ЕСЉП има 59 страна.

<sup>28</sup> Иначе, у својој представци стразбуршком Суду, Нечипорук је истакао да су му у поступку пред украјинским судовима повређена права из члана 3 (забрана

су почетна признања првог апликанта изнуђена лошим третманом који је достигао ниво тортуре у смислу члана 3 Конвенције.<sup>29</sup> Такође је примећено да су домаћи судови прихватили та признања као доказе у овом случају“ (par. 260). И сходно својој, већ устаљеној пракси утврдио је да „прихватање изјава које су настале као резултат тортуре као доказа који служе за установљивање релевантних чињеница у кривичним поступцима чини поступке у целини неправичним независно од њихове доказне вредности и независно од тога да ли је коришћење недозвољених доказа било одлучујуће за осуђујућу пресуду“ (par. 259). На основу тога, ЕСЉП је утврдио да је подносиоцу представке повређено право на правично суђење, али у овом конкретном сегменту целог случаја није се бавио правом на образложену пресуду (нити је, треба и то напоменути, деловао супротно доктрини „четврте инстанце“). Тиме се позабавио у наставку пресуде, пошто је Нечипорук у својој представи навео да је „његова осуда од првостепеног суда и Врховног суда који је његову пресуду подржао била очигледно слабо образложена (*ill-reasoned*)“ (par 268, подв. аут.). Основни разлог због којег је пресуда лоше образложена, сматра подносилац представке, јесте (други) кључни доказ против њега – непоуздано сведочење таксисте. Како је о тим наводима расуђивао ЕСЉП?

Најпре, Суд констатује да, према његовој пракси пресуђивања, „исправно спровођење правде“ захтева да се „у пресудама судава и трибунала адекватно излажу разлози на којима су засновани. Досег дужности давања разлога може варирати у складу с природом одлуке и мора бити утврђена у светлу околности случаја“ (par. 272). Потом, као што је то најчешће случај, готово као мантру, Суд парафразира доктрину „четврте инстанце“, наглашавајући како није његова „функција да се бави грешкама у погледу чињеница или права које су наводно направљене од националног суда, осим ако тим грешкама нису угрожена права или слободе заштићене Конвенцијом“... нити је његова улога „да утврђује, као принципијелно питање, да ли су одређене врсте доказа – на пример незаконито прибављени докази – прихватљиви или, пак, да ли је апликант крив или није.“<sup>30</sup> Питање на које се мора одговорити јесте да ли је поступак у целини,

мучења и нечовечног поступања), чл. 5, ст. 1, 2, 3 и 5 (право на слободу и сигурност) и чл. 6, ст. 1 и 3 (ц). Будући да је у фокусу овог чланка право из чл. 6, ст. 1, то ћемо на ставове и образложења Суда обратити пажњу само у погледу повреда тог члана.

<sup>29</sup> Повреду члана 3 Конвенције ЕСЉП је образложио у пар. 154–159.

<sup>30</sup> Још од случаја *Schenk*, а то је видљиво и у случају *Lisica*, који смо укратко приказали, јасно је да ЕСЉП није преокупиран питањем законитости доказа, односно његове допуштености са становишта националног права. Али итекако је заинтересован да испитује квалитет и поузданост доказа. У првом случају Суд се држи доктрине „четврте инстанце“, а у другом одступа од ње.

укључујући и поступак прибављања доказа, био правичан (*Allan v. the United Kingdom*, 48539/99, par. 42)<sup>31</sup> (par. 273). Ипак, суд одмах потом недвосмислено констатује да је узео у обзир „квалитет доказа“<sup>31</sup> (мисли се на исказ сведока,<sup>32</sup> таксисте), „укључујући и то да ли околности под којима је исказ дат, бацају сумњу на његову поузданост и тачност (в. *Jalloh v. Germany*, 54810/00)“ (par. 96). Након тога, ЕСЉП се упушта у процену поступања домаћих судова у оцењивању тог доказа. У вези с тим, Суд констатује: „...у време испитивања од истраживача г. К. (таксиста...) био је у полицијском задржавању због прекршаја који се тиче опојних дрога. Као што је први апликант тврдио (и као што је потврђено до градског суда у граду Khmelnytskyi у пресуди од 5. маја 2005), изјаве г. К. су се мењале у том одређеном периоду на штету првог апликанта. Апликант је такође поднео суду аудио-запис са разговором који је водио с г. К., у којима је касније наводно признао да је клеветао првог апликанта под притиском полиције. Суд налази да су одговори суда прве инстанце и Врховног суда на те аргументе *изненађујуће иттури и неодговарајући*. У одбијању наводе првог апликанта о притиску на сведока као неосноване и уз евидентирање да ‘није било информација из којих би могло бити закључено [другачије]’... судови су пропустили да одговоре на неспорну чињеницу полицијског задржавања г. К. и игнорисали су постојање аудио записа на који се позвао апликант иако је тај запис био укључен у списе предмета“ (par. 276–277, подв. аут.). Након тога, ЕСЉП се упушта у сопствену детаљну оцену квалитета тог доказа, то јест поузданости исказа кључног сведока. У тој процени Суд се позива на стандарде које је поставио у одлуци *Camilleri v. Malta* (51760/99)<sup>33</sup> у којој је као очигледно неоснован одбацио при-

<sup>31</sup> У теорији доказивања, сматра се да квалитет било којег доказа зависи од квалитета три његова својства: релевантности, кредибилности и доказне снаге доказа (упоредити Anderson, Schum, Twining 2005, 60).

<sup>32</sup> Када је реч о *кредибилности* исказа сведока, као доказног средства, у литератури се наводи да постоје три атрибута тог исказа који утичу на њу (упоредити Anderson, Schum, Twining 2005, 66). То су *веродостојност сведока* (колико се може веровати једном сведоку с обзиром на његова лична својства, животну историју, друштвену репутацију итд.), *објективност сведока* (колико на исказ сведока о опаженим чињеницама утичу његове предрасуде или предубеђења о томе шта се догодило) и *способност чулног опажања* (општа способност чула сведока да опажају спољни свет, али и његова конкретна способност у тренутку када је чињеница о којој се сведочи опажена). Као што се могло видети у случају *Ajdarić*, а приметитиће се и у случају *Nechiporuk*, ЕСЉП приликом процене кредибилности исказа сведока води рачуна управо о тим атрибутима.

<sup>33</sup> Три су стандарда у питању: прво, домаћи судови су понудили детаљне разлоге за своју одлуку да припишу тежину оптужујућем исказу кључног сведока; друго, установљено је да је изјава дата својевољно; коначно, изјава се није мењала током истраге (*Nechiporuk and Yonkalo v. Ukraine*, par. 278).

говор подносиоца представке на кључно инкриминишуће сведочење. „Пропустивши“ околности случаја *Nechiporuk* кроз „филтер“ тих стандарда, ЕСЈП оцењује: „...прво, судови су одлучили да припишу тежину оптужујућим изјавама г. К. занемарујући специфичне и релевантне чињенице које могу угрозити њихову поузданост и прецизност; друго, никада није уверљиво утврђено да је г. К. изразио својевољно те ставове – чињеница што је наставио с тим приступом у суду може указивати на континуирано застрашивање; коначно, изјаве г. К. су постајале све неповољније за првог апликанта од времена испитивања надаље, коинцидирајући с његовим притвором“ (par. 279). На основу свега тога, Суд закључује „да је, игноришући специфичне, умесне и важне примедбе подносиоца представке, домаћи суд пропустио да изврши своје обавезе из члана 6 (1) Конвенције“, те да у том погледу постоји повреда тог члана (par. 280–281), то јест да је повређено право на образложену пресуду.

Коначно, имајући у виду ту, али и друге повреде права из Конвенције у том поступку, као и „изузетно озбиљне и узнемиравајуће околности случаја“, „Суд сматра да је, ради одговарајуће заштите људских права, неопходно да се без одлагања омогући поновно суђење (које украински прописи допуштају) уколико подносилац представке то захтева. То суђење мора бити у складу с процедуралним и материјалним јемствима која су гарантована чланом 6 (1) Конвенције“ (par. 297).

Да сумирамо. У предмету *Ajdarić*, ЕСЈП је одлучио да је поступак неправичан због непостојања доказа за доношење осуђујуће пресуде јер је оценио да је једини доказ на којем се она заснива непоуздан. Другим речима, Суд је поменуту пресуду, премда не изричито, оценио као неисправну, погрешну и, у крајњој линији, супстантивно неправичну. Свакако, ЕСЈП није могао, као што би то могао национални суд, да наведе да је одлука суда неисправна због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања, већ се позвао на повреду права на образложену пресуду из чл. 6, ст. 1, образлажући своју одлуку тиме да „национални судови нису уопште или нису у довољној мери одговорили на наводе одбране у погледу непоузданости доказа“.<sup>34</sup> Чини се да се исто, *mutatis mutandis*, може устврдити и за случај *Nechiporuk*.

Додајмо и ово. Пресуде у случајевима *Ajdarić* и *Nechiporuk*, чије су околности „изузетно озбиљне и узнемиравајуће“, *prima facie* изгледају као неправичне, и то у супстантивном смислу, поготово ако се имају у виду веома строге казне које су изречене. У оба случаја (у првом у потпуности, а у другом у извесној мери) ЕСЈП не би могао

<sup>34</sup> Слично резонују Пајчић и Валковић (2012, 791–792).

да заштити права подносилаца представки да се није позвао на повреду чл. 6, ст. 1, односно на повреду права на образложену пресуду. Својеврстан парадокс је, међутим, чињеница да се управо тај члан, међу свим другим члановима Конвенције, одликује тиме да штити *процедурална* права. Дакле, као што је већ речено, штити процедуралну, а не супстантивну правичност.

## 6. ЗАКЉУЧАК

Конвенција не јамчи изричито ни право на поузданост доказа, а још мање на исправну одлуку (*correct judgement*). Зато је разумљиво да питања процене чињеница, која углавном произлазе из наводне непоузданости доказа, ЕСЉП начелно сматра надлежношћу националних судова. Стога, већина приговора о повреди члана 6 због непоузданости доказа бива одбијена уз образложење да ЕСЉП није суд четвртог степена.<sup>35</sup> У случајевима у којима се подносиоци представке притужују на квалитет доказа које је прикупила оптужба, Суд чешће процењује да ли су у конкретном поступку обезбеђене процедуре које би окривљеном пружиле могућност делотворног оспоравања таквих доказа, а ређе поново процењује квалитет самих доказа. Међутим, некада га ипак процењује.<sup>36</sup> Због тога се може закључити да је успостављањем права на образложену пресуду Суд у Стразбуру дошао у позицију да у споровима у којима је то право прекршено, приликом доношења своје одлуке, одступа од доктрине „четврте инстанце“ јер тада понекад залази у начин на који национални суд образлаже решења појединих правних и фактичких питања и нужно разматра и сам квалитет тих решења, а не само њиховог образложења. Ни сам Суд то не оспорава.

Подсетимо се, уосталом, става ЕСЉП изнетог у случају *Schenk*, који смо поменули у трећем одељку: „...функција Суда није да се бави погрешним одговорима на фактичка или правна питања које евентуално даје национални суд у неком поступку, осим уколико тиме нису повређена права и слободе које Конвенција гарантује“ (*Schenk v. Switzerland*, 10862/84, par. 45).<sup>37</sup> *A contrario*, уколико су

<sup>35</sup> Упоредити Пајчић, Валковић 2012, 767.

<sup>36</sup> „Квалитет доказа мора бити узет у обзир, укључујући и то да ли околности под којима су докази прибављени доводе у сумњу поузданост и прецизност доказа. Проблем правичности се не појављује нужно када докази нису подржани додатним материјалом, али се може забележити да у случају када су докази веома снажни и нема ризика да су непоуздани постоји мања потреба за додатним доказима“ (*Bykov v. Russia*, 4378/02, par. 90).

<sup>37</sup> Или, како то стоји у једној новијој пресуди, „Није функција ЕСЉП да се бави грешкама у примени права или у вези с чињеницама које су наводно починили



подносиоцу представке права и слободе из Конвенције повређени, Суд ће се тим питањима позабавити. Или, прецизније речено, Суд се не бави оценом доказа или тумачењем националног права, осим ако је национални суд својом оценом доказа или тумачењем права узроковао повреду права из Конвенције. А тиме је повређено право из Конвенције и када је повређено право на правично суђење, односно право на образложену пресуду.<sup>38</sup> А право на образложену пресуду, то је ЕСЉП несумњиво потврдио, крши се не само кад разлога за пресуду нема већ и када је образложење арбитарно или неразумно. А да би се утврдило да је образложење такво, мора се предузети оцена доказа (или правних ставова) која су у образложењу наведена и на основу којих је пресуда донета. Такав крајњи закључак је у супротности с доктрином „четврте инстанце“. У складу с тим, ЕСЉП тада несумњиво поступа као инстанциони суд (барем у ужем смислу значења те речи које она има у доктрини Суда у Стразбуру). Према томе, када Суд разматра повреде Конвенције према чл. 6, ст. 1, он је у прилици да делује као суд вишег степена. То није случај када је реч о повредама других чланова Конвенције.<sup>39</sup>

У неким пресудама Суда у којима је утврђена повреда права на образложену пресуду, то није толико очигледно јер се преиспитују националне пресуде које су толико контрадикторне или произвољне да се чини као да се ЕСЉП није упуштао у оцену фактичких и правних закључака домаћег суда. То су, на неки начин, једноставни случајеви. Ипак, јасно је да ни у тим случајевима закључак Суда о очигледној контрадикторности или арбитарности, као у случајевима Хирвисари и Руиз Ториха, не би могао да се донесе да ЕСЉП није ценио фактичке разлоге за пресуду или да није тумачио домаће прописе. Ипак, много је значајније што се у мање очигледним примерима контрадикторних или произвољних разлога за пресуду ЕСЉП упушта у детаљне анализе чињеничних (а каткад и правних) питања како би испитао да ли је повређено право на образложену пресуду, да би у

национални судови осим и у мери у којој су те грешке могле повредити права и слободе зајамчене Конвенцијом“ (*P. G. and J. H. v. United Kingdom*, 44787/98, пар. 76).

<sup>38</sup> Подсећамо на формулацију из пресуде *Ajdarić* (пар. 32): „Суд се у начелу неће мешати ако је поступак у целини био поштен како то тражи члан 6 (1), осим ако одлуке које су донели домаћи судови изгледају произвољне или очигледно неразумне.“

<sup>39</sup> Да Суд када говори о „повређеним правима из Конвенције“ у ситуацијама када одлучује да (не) делује као суд „четврте инстанце“ мисли заправо на право на образложену пресуду и, шире, на право на правично суђење, јасно је видљиво из ових навода из пресуде Лалмахомед: „...све док је коначна одлука заснована на *целовитој и потпуној процени свих релевантних фактора*... она неће бити подложна испитивању Суда; у вези с тим, Суд понавља да није његова функција да се бави грешкама у чињеницама и правима које су наводно починили национални судови“ (*Lalmahomed v. the Netherlands*, 26036/08, пар. 37) (подв. аут.).

тим случајевима заиста поступао као инстанциони суд, и то не само у ужем смислу доктрине „четврте инстанце“ већ као виши суд који захтева да се понови суђење и де факто поништава пресуду нижег суда (случајеви *Ajdarić* и *Nechiporuk and Yonkalo*).<sup>40</sup>

Ако замислимо систем Конвенције као свет за себе, онда би у том свету ЕСЈП био тврђава у којој столује највиши ауторитет (наравно, не и највиша власт) тог света. И његова би улога у њему била најчешће контролна, ређе корективна, а најређе управљачка. И ако постоје врата која јасно штите и одвајају „тврђаву“ ЕСЈП од остатка света који чине национални судови држава чланица, онда су та врата начело супсидијарности и доктрина „четврте инстанце“. А ако постоји „ударни ован“ који је погодан да пробије та врата, онда је то право на образложену пресуду.<sup>41</sup> Наравно, с том разликом у односу на поменуто поређење што њега не користи спољни нападач, него је склопљен и употребљен изнутра, из саме „тврђаве“. Није, дакле, реч о томе да ЕСЈП, када утврђује да ли је дошло до повреде права на образложену пресуду, каткада „забаса“ у инстанционо разматрање пресуда домаћих судова. Није у питању случајно или изузетно наметнуто одступање од доктрине „четврте инстанце“. Реч је о томе да је у низу пресуда ЕСЈП сâмо право на образложену пресуду формулисао тако да *оно по себи* одступа од те доктрине.<sup>42</sup> И то некад није, а некад јесте очигледно у пресудама ЕСЈП у којима се одлучује да ли је то право повређено или није. Ако се вратимо описаној метафо-

<sup>40</sup> Теза коју износе Виткаускас и Диков да су такви случајеви ретки и да они начелно не мењају природу деловања ЕСЈП не објашњава такве случајеве нити разјашњава откуда они уопште у пракси ЕСЈП (видети Vitkauskas, Dikov 2012, 85). Прво, није сасвим тачно да су они толико ретки. Само због ограниченог простора није могуће поменути још неке сличне случајеве као што су *Kaprenko, Bikov, Horvatić, Laska and Lika v. Albania* итд. Друго, чак и да их је само неколико овде анализирано, морало би да се објасни зашто ти случајеви, премда атипични, нису *случајности*. И треће, ако већ нису *случајности*, зашто се и под којим условима ЕСЈП у њих упушта.

<sup>41</sup> Треба нагласити да ЕСЈП, наравно, не поступа у *сваком* случају у којем утврђује повреду права на образложену пресуду као суд „четврте инстанце“. Примера ради, у случају *Церовшек и Божичник* суд је утврдио да је то право повређено јер је пресуду изрекао судија који је потом отишао у пензију, а образложење пресуде написале су, након две године, судије које нису учествовале у поступку, и то само на основу списка предмета (*Cerovšek and Božičnik v. Slovenia*, 68939/12 and 68949/12, par. 41–42 и 47). На први поглед је већ јасно да се том приликом Суд није упуштао у то како је национални трибунал решио фактичка и правна питања, то јест није поступао нити је имао потребе да поступа као суд „четврте инстанце“.

<sup>42</sup> Суд често користи формулацију „питање о томе да ли је суд обезбедио разлоге за своју пресуду може бити утврђено искључиво у светлу околности случаја...“ (*Pronina v. Ukraine*, par. 24). А као што је напоменуто, ако се испитују околности случаја, то не значи ништа друго него да се испитују изнети докази, закључци о фактичком питању и правни ставови који су заузети у том конкретном случају.

ри, као и сваки „ударни ован“ и овај је конструисан тако да пробија врата тврђаве, то је у његовој „природи“.

Да закључимо. Већ при крају првог одељка, набројали смо неке изазове и питања с којима се ЕСЉП суочава, на која се још увек траже одговори, и наговестили да тема овог чланка има блиске везе с неким од тих питања. Надамо се да је предузета анализа доктрине „четврте инстанце“ у светлу повреде права на образложену пресуду јасно указала на природу и озбиљност тих питања: од ефективности права из Конвенције и могућности грађана држава уговорница да заштите своја права, до ефикасности његовог рада и најпосле до легитимности његових одлука. На крају чланка нема простора да се о тим питањима даље расправља. Тај посао ће се оставити за неку другу прилику или за неког другог. Ипак, *када је у питању легитимност Суда*, наш закључак указује на једну колико занимљиву толико и неспорну чињеницу: будући да у појединим одлукама поводом повреде права на образложену пресуду ЕСЉП несумњиво одступа од свог уобичајеног (формалног<sup>43</sup>) легитимационог темеља, оличеног у доктрини „четврте инстанце“, нужно је да такве одлуке своју легитимност заснују на другој страни. *А на тој другој страни не остаје ништа друго осим њихове суштинске исправности, која се једино може утврдити и препознати у њиховим ваљаним образложењима.* Тако се, на извешан начин, круг затворио. Јер, као што је већ истицано када се говорило о образложењу уопште, пресуде (и судови генерално) задобијају поверење јавности (па и странака) и стичу легитимитет и ауторитет путем ваљаног образложења. Уосталом, легитимитет и ауторитет пресуда *сваког* трибунала, био он национални или међународни, великим делом почива на њиховом образложењу. На томе инсистира и ЕСЉП у својој пракси одлучивања у случајевима повреде права на образложену пресуду, „проверавајући“ образложења пресуда националних судова. На том истом темељу заснива се легитимитет и ауторитет и његових сопствених пресуда у случајевима када пресуђује као инстанциони суд у вези с повредом права на образложену пресуду.

## ЛИТЕРАТУРА (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*,

<sup>43</sup> Упоредити Дахлберг (Dahlberg 2014), 83.

- 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 Evropskog suda za ljudska prava protiv Republike Hrvatske zbog povrede prava na pravično suđenje. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 19: 751–794.
- 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.
- Спаић, Бојан, Горан Дајовић. 2016. *Право на образложено пресуду: Практика Европског суда за људска прava / Right to a Reasoned Trial: Practice of The European Court of Human Rights*. Подгорица: Центар за демократску транзицију – Српско удружење за правну и социјалну филозофију. (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.

УДК 005.334:347.72

CERIF: S114

DOI: 10.5937/AnaliPFB1903196M

Др Борко Михајловић, LL.M.\*

## ПОСЕБНЕ ДУЖНОСТИ У ПЕРИОДУ РИЗИКА ОД СТЕЧАЈА

*Предмет овог рада је анализа карактеристика и значаја института посебних дужности према привредном друштву у једном веома специфичном периоду пословања, који називамо периодом ризика од стечаја. Након кратког излагања о основним особинама института посебних дужности, аутор разматра временско одређење и специфичности периода ризика од стечаја. У најзначајнијем делу рада аутор анализира особености посебних дужности у периоду ризика од стечаја, и то у погледу субјеката, објекта, врста и одговорности. Циљ ове анализе је првенствено оцена основаности стварања посебне правне регулативе посебних дужности у периоду ризика од стечаја, као и неопходности прилагођеног тумачења и примене постојеће регулативе у том периоду пословања. Аутор закључује да у српском праву, у овом тренутку, не постоји потреба за стварањем посебне правне регулативе посебних дужности у периоду ризика од стечаја, али истиче да је прилагођено, другачије, специфично тумачење те регулативе, у складу са особеностима периода ризика од стечаја, могуће и веома корисно.*

Кључне речи: *Посебне дужности према привредном друштву. – Дужност пажње. – Дужност лојалности. – Период ризика од стечаја. – Претећи стечај.*

### 1. УВОД

Посебне дужности према привредном друштву су засебан правни институт компанијског права, који доприноси решавању не-

---

\* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, *bmihajlovic@jura.kg.ac.rs*.

ких основних и најзначајнијих проблема и питања те гране права. Основни циљеви установљивања тог института су ограничење дискреционих овлашћења лица која непосредно управљају привредним друштвом, али и свих других лица која имају значајан (посредан) утицај на функционисање и пословање привредног друштва и успостављање механизма за изједначавање (поистовећивање) интереса тих лица и привредног друштва, као посебног правног субјекта, односно његових чланова. Тако опредељени циљеви указују на неспоран значај посебних дужности у свим периодима настанка и развоја привредног друштва. И док су улога и значај посебних дужности, као и њихова примена, релативно јасно одређени у првом, почетном периоду – периоду оснивања и настанка, као и у редовном периоду пословања привредног друштва, то се не би могло рећи за један веома специфичан период пословања, који у овом раду називамо периодом ризика од стечаја („претећи стечај“).<sup>1</sup> Тај период пословања има пресудан значај за даљу судбину привредног друштва и бројних субјеката који се сматрају носиоцима интереса у вези са пословањем привредног друштва (стејкхолдери). Намеће се потреба за јасним дефинисањем и анализом периода ризика од стечаја, што је посебно важно за земље попут Србије, у којима су пословне тешкоће готово неизбежан пратилац пословања бројних привредних субјеката, а узроковане су првенствено низом негативних тржишних околности. Период ризика од стечаја обележен је многим нејасноћама и дилемама, почев од његовог дефинисања (садржинског и временског), па до евентуалне потребе за стварањем и применом посебне правне регулативе у том периоду пословања, односно потребе за специфичним, мање или више другачијим, тумачењем и применом класичних, добро познатих института компанијског права током трајања тог периода пословања. Основни предмет овог рада је утврђивање карактеристика и значаја института посебних дужности према привредном друштву у периоду ризика од стечаја.

## 2. О ПОСЕБНИМ ДУЖНОСТИМА ПРЕМА ПРИВРЕДНОМ ДРУШТВУ

Посебне дужности према привредном друштву настале су и развиле се као засебан и веома значајан институт компанијског права првенствено у америчкој судској пракси и пракси других земаља англосаксонске правне традиције. Иако су поједини појавни облици посебних дужности одавно познати и у земљама континенталноев-

<sup>1</sup> За потребе овог рада називе „период ризика од стечаја“ и „претећи стечај“ користићемо у заменљивом значењу.

ропске правне традиције, оне су у тим земљама уобличене у засебан правни институт касније, а под снажним утицајем англосаксонског права. Зато се оне сматрају и можда најзначајнијим примером правне трансплантације у компанијском праву (Fleischer 2005, 380; Васиљевић 2004, 144). Из те чињенице произилази и констатација да у савременом упоредном компанијском праву између појединих правних система не постоје суштинске разлике у основним карактеристикама, врстама и елементима института посебних дужности. Но, како детаљна анализа посебних дужности свакако није предмет овог рада, изложићемо у кратким цртама само неколико важних чињеница везаних за овај институт, а оне се тичу субјекта и објекта посебних дужности, основних врста посебних дужности, као и одговорности за случај повреде неке од посебних дужности.

Субјекти посебних дужности се, по правилу, што је случај и у српском праву (видети Закон о привредним друштвима Републике Србије,<sup>2</sup> члан 61), деле у две групе: директоре и друга лица, која чине управу привредног друштва и чланове привредног друштва, при чему у друштвима капитала субјекти посебних дужности најчешће нису сви чланови, већ само они који се сматрају контролним или већинским члановима. Али, има и изузетака. Пример је британско право, које члановима привредног друштва не признаје својство субјекта посебних дужности, али оно познаје концепт фактичког директора и директора из сенке, чија примена омогућава да се и чланови друштва на посредан начин третирају као субјекти посебних дужности (Sørensen 2010, 134). Објекат посебних дужности је у већини земаља континенталноевропске традиције привредно друштво (Gerner-Beuerle, Paech, Schuster 2013, 63), док је у америчком праву, осим друштва, својство објекта признато и члановима друштва (Gelter, Helleringer 2014, 304). Утврђивање интереса објекта посебних дужности предмет је дуготрајних научних расправа и спорова, који су резултирали бројним, различитим теоријама, али које још увек не дају јасан, недвосмислен одговор на питање шта је то заправо објекат посебних дужности, односно шта је интерес претходно утврђеног објекта. То је важно због чињенице да је основно обележје посебних дужности поступање субјекта у (најбољем) интересу објекта.

Компанијска права широм света као две основне посебне дужности препознају дужност пажње и дужност лојалности. Земље континенталноевропске правне традиције приоритет традиционално дају дужности пажње (Grundmann 2012, 265), док је у америчком праву основна и најзначајнија фидуцијарна дужност дужност лојалности (Strine *et al.* 2010, 635). Дужност пажње подразумева оба-

<sup>2</sup> Закон о привредним друштвима Републике Србије – ЗПД, *Службени гласник РС* 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015, 44/2018 и 95/2018.



везу субјеката те дужности да приликом доношења пословних одлука поступају савесно, са одговарајућим степеном пажње, са уверењем да делују у интересу привредног друштва (видети ЗПД, члан 63). Дужност лојалности представља скуп правних стандарда и/или правних правила, која служе за одређивање, опредељивање, дефинисање конкретних фактичких ситуација у којима лица са посебним дужностима могу поступати нелојално, односно не у најбољем интересу привредног друштва (Михајловић 2018, 52). Најчешћи и најважнији појавни облици дужности лојалности су оне дужности које су у вези са правним пословима са повезаним лицима (енг. *related party transactions*) и коришћењем пословних могућности привредног друштва (енг. *corporate opportunities*) (Gerner-Beuerle, Paech, Schuster 2013, 118). Примери испољавања дужности лојалности су и забрана преваре, уговори о зајму и кредиту између привредног друштва као зајмодавца или даваоца кредита и директора као зајмопримца или корисника кредита, поштовање забране конкуренције према привредном друштву, забрана незаконитог стицања профита на основу позиције директора итд. (Норт 2013, 176–181).

Најзначајнији облик одговорности за повреду посебних дужности је накнада штете, а поред ње, последица повреде посебних дужности (у неким случајевима повреде дужности лојалности) може бити пренос користи остварене повредом на привредно друштво. Осим те, имовинске одговорности, присутна је и статусна и кривична одговорност за повреду посебних дужности. Али, како је подношење тужбе за повреду посебних дужности праћено бројним тешкоћама, то за последицу има непримењивање (или малу примену) института посебних дужности у судској пракси, што је још једна заједничка особина готово свих правних система. Једини изузетак од последње наведене констатације је америчко право, мада ни у Сједињеним Америчким Државама примена посебних дужности у судској пракси није задовољавајућа.

### 3. О ПЕРИОДУ РИЗИКА ОД СТЕЧАЈА

У свом настанку и развоју привредно друштво пролази кроз различите периоде. Први, почетни период је период оснивања и обезбеђивања почетног капитала за обављање изабране привредне делатности. Након настанка, привредно друштво улази у период редовног пословања, који, по правилу, карактерише финансијски „снажно“ и „здро“ привредно друштво. У том периоду привредно друштво има тенденцију сталног развоја и одрживости, а који су неизбежно условљени извесним, повољним околностима и чињеницама, везаним како за тржиште (објективне), тако и за привредно друштво

(субјективне). Када нека од тих околности и чињеница, или више њих истовремено, постане(ну) неповољна(е), финансијско стање привредног друштва се погоршава. Последица погоршања финансијског стања може бити инсолвентност привредног друштва, која, пак, може да доведе и до отварања стечајног поступка и гашења привредног друштва, што би био последњи период у пословању привредног друштва (о периодима настанка и развоја привредног друштва исто и Pearce II, Lipin 2011, 362; Лепетић 2015, 183). Појам инсолвентности се у домаћој стечајној пракси поистовећује са појмом неспособности плаћања, иако он суштински, у економском смислу, више одговара појму презадужености (Радовић 2017, 336). Из тог разлога инсолвентност у овом раду схватамо као шири појам, који обухвата два основна стечајна разлога у српском праву (неспособност плаћања и презадуженост). И док су обележја периода оснивања и настанка, периода редовног пословања и периода стечаја готово неспорна, као што је неспорна и чињеница да се на прва два примењују правила компанијског права, а на последњи, трећи, посебна правна правила стечајног права, постоји један посебан, а по много чему споран период, који настаје након редовног, „здравог“ пословања и траје до отварања стечаја, а који за потребе овог рада називамо период ризика од стечаја („претећи стечај“). Тај период пословања инострана правна литература означава различитим терминима: „претећа инсолвентност“, „близина инсолвентности“, „зона инсолвентности“ (Dionne 2007, 188; Pearce II, Lipin 2011, 362), а поједини аутори га, чак, сликовито називају „зоном сумрака“ (Barondes *et al.* 2007, 229; Purslowe 2011, 113; UNCITRAL 2013, 13). Но, без обзира на многе нејасноће, недоречености, различита мишљења у правној литератури, као и различита законодавна решења (тамо где их има), овај, веома специфичан и веома осетљив период, може имати одлучујућу улогу у даљој судбини привредног друштва.

### 3.1. Временско одређење периода ризика од стечаја

Пре него што укажемо на специфичности периода ризика од стечаја, бавићемо се питањем одређивања његовог временског трајања (почетка и краја „претећег стечаја“). То питање је и почетно, и, можда, основно по свом значају, али је истовремено и најспорније питање у вези са тим периодом пословања. А значај истог питања, са аспекта предмета овог рада, огледа се, понајпре, у чињеници да је евентуално постојање било какве посебне правне регулативе, односно другачијег правног режима посебних дужности, условљено, пре свега, одређивањем (барем приближног) времена у којем би се та посебна правила примењивала. Међутим, анализом правне литературе и судске праксе, првенствено земаља англосаксонског права, које

се периодом ризика од стечаја посебно баве последњих деценија, закључујемо да јасан одговор на ово питање не постоји, чак се чини да правна мисао компанијског права није ни близу проналажења једнозначног, јединственог одговора.

Почетак периода ризика од стечаја може се одредити на два начина: коришћењем објективног или субјективног критеријума.

Примена објективног критеријума подразумева утврђивање степена економских и финансијских тешкоћа у којима се привредно друштво налази и процену да ли су те тешкоће значајне у тој мери да постоји опасност скоријег отварања стечајног поступка. Није једноставно пронаћи прецизне економске и финансијске показатеље тешкоћа у којима се привредно друштво налази. Јасан показатељ јесте инсолвентност, схваћена као неспособност плаћања или презадуженост. Међутим, сврха дефинисања, одређивања почетка и краја „претећег стечаја“ не би била потпуно остварена ако бисмо сматрали да је друштво у том периоду пословања тек када постане фактички инсолвентно. Често је у тренутку наступања инсолвентности већ касно за благовремену реакцију, а у појединим правним системима наступање инсолвентности праћено је обавезом управе привредног друштва да покрене стечајни поступак. Поједини аутори (Davies 2006, 315; Keay 2001, 326) препознају да тренутак наступања инсолвентности није прави тренутак почетка периода ризика од стечаја, али не дају било какву, другу, ближу одредницу почетка тог периода. Они остају на констатацијама да је довољно да се привредно друштво приближава инсолвентности, да се налази у финансијским тешкоћама, проблемима. Тако Ендру Киј (Andrew Keay) (2001, 326–329) као могуће индикаторе почетка периода ризика од стечаја наводи „сумњиву солвентност“, „постојање ризика инсолвентности“, „финансијску нестабилност“. На сличан начин је почетак тог периода пословања одређен и у најпознатијем случају из америчке судске праксе (случај *Credit Lyonnaais Bank Nederland*), који се бавио питањем правног режима посебних дужности у периоду ризика од стечаја (Dionne 2007, 194–195).

Примена субјективног критеријума у одређивању почетка периода ризика од стечаја заснива се на субјективној процени чланова управе привредног друштва, као најзначајнијих субјеката посебних дужности, о финансијској ситуацији друштва и изгледима да друштво у скоријем периоду постане инсолвентно. Порекло субјективног критеријума и његову све ширу заступљеност у правној литератури можемо пронаћи у институту несавесног пословања (енг. *wrongful trading*), карактеристичном за британско право. Тај критеријум не даје апстрактан, општи одговор на питање када „претећи стечај“ почиње, већ се везује за околности конкретног случаја и знање и процену

лица са посебним дужностима. Примену субјективног критеријума прихватила је и Комисија Уједињених нација за међународно трговинско право (*The United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL*) у свом законодавном водичу, који се бави посебним дужностима директора у периоду ризика од стечаја. Према том водичу (UNCITRAL 2013, 14–15), настанак посебних дужности у периоду ризика од стечаја, односно почетак тог периода пословања, везује се за знање директора, то јест за тренутак у времену у којем лице са посебним дужностима зна или је основано требало да зна да је инсолвентност претећа или неизбежна. Иако у основи субјективан, тај критеријум, онако како је интерпретиран у законодавном водичу организације UNCITRAL, објективизиран је чињеницом да се процена врши према знању које би требало да има разумно лице које обавља функцију директора. Сличан критеријум предлаже и Киј (2001, 334), који сматра да је прави тренутак за почетак периода ризика од стечаја онај када директор сазна, или разумно очекује, да последица правне радње коју предузима може бити инсолвентност привредног друштва. Киј (2001, 334) знање директора повезује са предузимањем конкретне правне радње и потенцијалне економске последице те радње на привредно друштво.

Напред наведени објективни и субјективни критеријуми за дефинисање почетка периода ризика од стечаја остављају бројне практичне дилеме и недостатке. Основни недостаци објективног критеријума су његова непрецизност и непримењивост, због одређивања на веома апстрактан начин, као и због тешкоћа у утврђивању чињенице која би требало да представља „окидач“ за почетак периода ризика од стечаја. Једини показатељ који је довољно јасно одређен је инсолвентност, али везивање почетка периода ризика од стечаја за инсолвентност је, свакако, прилично „закаснели тренутак“. Основни недостатак субјективног критеријума је његова искључива заснованост на знању и способностима директора, из које произилази могућност неадекватне примене правила која важе у периоду ризика од стечаја, због широке дискреционе оцене о почетку тог периода.

Српско право познаје два основна стечајна разлога, који су, иначе, обухваћени појмом инсолвентности, онако како је тај појам схваћен у овом раду: неспособност плаћања и презадуженост (Закон о стечају Републике Србије,<sup>3</sup> члан 11, став 2). Неспособност плаћања може бити трајнија и претећа. За утврђивање постојања трајније неспособности плаћања ЗС предвиђа две ситуације: 1) ако стечајни дужник не може да одговори својим новчаним обавезама у року од 45 дана од дана доспелости обавезе; 2) ако стечајни дужник потпуно

<sup>3</sup> Закон о стечају – ЗС, *Службени гласник РС* 104/2009, 99/2011 – др. закон, 71/2012 – одлука УС, 83/2014, 113/2017, 44/2018 и 95/2018.

обустави сва плаћања у непрекидном трајању од 30 дана (ЗС, члан 11, став 3). По истом закону, претећа неспособност плаћања постоји ако стечајни дужник учини вероватним да своје већ постојеће новчане обавезе неће моћи да испуни по доспећу, а презадуженост привредног друштва се констатује када је његова имовина мања од његових обавеза, односно када је његова нето имовина негативна (ЗС, члан 11, став 4 и 5). Наше право не регулише директно период ризика од стечаја, па ни његов почетак ни завршетак. Нема конкретних ознака његовог трајања. Но, полазећи од тога да у српском праву не постоји обавеза покретања стечајног поступка, може се закључити да је привредно друштво засигурно ушло у период ризика од стечаја када наступи инсолвентност, односно када се испуни један од два основна стечајна разлога. То значи да привредно друштво, без обзира на могућност покретања стечајног поступка, може (што је, и даље, чест случај) одлучити да настави са пословањем и на неко дуже време. Али, како привредно друштво може одлучити и да одмах по стицању услова поднесе предлог за отварање стечајног поступка, а како то могу учинити и повериоци, било би добро и логично повезивање почетка периода ризика од стечаја са неким претходним временом или конкретним, ранијим тренутком у времену. Које је то време (или тренутак) није једноставно одредити ни у српском праву. Имајући у виду да нашим тржишним окружењем још увек не влада (бар не у довољној мери) свест о неопходности савесног и поштеносног поступања на тржишту, које подразумева и благовремену реакцију на пословну кризу, без намере наношења штете повериоцима, чини се да било који субјективни критеријум не би био примењен на адекватан начин у нашем праву. Одређивањем рока након чијег истека наступа трајнија неспособност плаћања, као и дефинисањем појма презадужености, српски законодавац посредно олакшава утврђивање почетка периода ризика од стечаја. Из тога произилазе неки могући објективни критеријуми за одређивање почетка тог периода: привремена обустава плаћања (краћа од 30 дана), застој у плаћању, немогућност намирења новчаних обавеза у року краћем од 45 дана од дана доспелости обавезе, смањивање нето имовине друштва, мноштво још увек недоспелих обавеза, које могу негативно да утичу на ликвидност друштва и сл.

Одређивање завршетка периода ризика од стечаја не прате тако велике тешкоће. Период ризика од стечаја може се окончати на два основна начина: оздрављењем привредног друштва и његовим изласком из пословне кризе или отварањем стечајног поступка. Ако привредно друштво „оздрави“, на њега се у наставку пословања примењују правила компанијског права. За нас то значи да се након „оздрављења“ на лица са посебним дужностима поново примењује општи правни режим посебних дужности. Ако привредно друштво

не превазиђе кризу и ако, ипак, дође до отварања стечаја, наступа и правна последица престанка овлашћења органа и заступника друштва (ЗС, члан 74, став 1), што значи да лица са посебним дужностима губе статус из којег произилазе те дужности, па нема ни места њиховој примени. Евентуално постојање посебних дужности стечајног управника посебно је питање, које превазилази тему овог рада.

### 3.2. Специфичности периода ризика од стечаја

Период ризика од стечаја већ неко време је у центру интересовања правне теорије компанијског права. Ово интересовање било је посебно изражено током трајања глобалне финансијске кризе, а оно не јењава ни након њеног окончања. О значају периода ризика од стечаја сведочи и чињеница да је радна група организације UNCITRAL, која се бави стечајним правом, посебну пажњу посветила управо том периоду пословања привредног друштва и дужностима директора у том периоду.

Период ризика од стечаја има неколико важних особености. На првом месту, истиче се да у том периоду чланови привредног друштва више нису најзначајнији носиоци интереса у вези са пословањем друштва, већ да почетком тог периода ту улогу преузимају повериоци (Davies 2006, 306; Ribstein, Alces 2007, 531; Keay 2003, 668–669; Gerner-Beuerle, Paech, Schuster 2013, 208; Eidenmüller 2006, 242–243). Објашњењем наведене констатације посебно се бавила тзв. правно-економска школа мисли (школа економске анализе права), која наглашава да у том периоду пословања преостала имовина привредног друштва суштински, у економском смислу, припада повериоцима. Наиме, како се имовина привредног друштва смањује, тако се смањује и интерес чланова привредног друштва у вези са том имовином, јер она (имовина која је преостала) не може бити искоришћена за исплату дивиденди члановима друштва, већ једино за намирење потраживања поверилаца према друштву. У правној литератури последњих година основни проблем везан за тај период пословања привредног друштва произилази управо из напред наведене чињенице о промени основног и најзначајнијег носиоца интереса (Davies 2006, 306; Ribstein, Alces 2007, 531; Keay 2003, 668–669). Последица те промене је тежња управе привредног друштва, онда када је она под снажним утицајем власника (што је веома изражено у малим и средњим друштвима), да предузима веома ризичне послове, то јест послове који имају мале изгледе за успех, али који потенцијално могу донети велику корист и избављење из кризе привредном друштву. Ризик таквих подухвата суштински носе само повериоци, јер су чланови друштва у тренутку предузимања тих послова већ изгубили

могућност остварења свог основног економског интереса у вези са пословањем друштва (добит, дивиденду), при чему корист од евентуалног успеха посла имају првенствено чланови. Произилази да компанијскоправна мисао ставља у први план, истиче као највећи проблем везан за период ризика од стечаја, заштиту поверилаца од сувише ризичних пословних подухвата управе друштва.

Али, то свакако није једино питање које је вредно пажње у вези са периодом ризика од стечаја. У том периоду пословања више него у било којем другом постоји потреба за снажним, способним, прилагодљивим, ефикасним менаџментом (UNCITRAL 2013, 5). Иако отварање стечаја, па чак ни гашење привредног друштва, не морају да буду сами по себи лоши, током периода ризика од стечаја неопходно је учинити све напоре у реалном покушају да до стечаја, ипак, не дође. Кључну улогу у том покушају имају чланови управе друштва, и то првенствено директори. Зато, осим заштите интереса поверилаца, не смеју бити занемарени ни интерес привредног друштва ни интереси других стејкхолдера, а на првом месту запослених, којима радни однос престаје по сили закона отварањем стечаја.

Постоје различити правни механизми којима се настоје помирити супротстављени интереси који постоје између различитих стејкхолдера у периоду ризика од стечаја. Такво балансирање између различитих интереса није непознаница у компанијском праву, а целокупно корпоративно управљање се заснива управо на усклађивању интереса различитих лица која утичу на пословање привредног друштва. У упоредном праву се користе следећи механизми за правно регулисање периода ризика од стечаја: 1) наметање обавезе покретања стечајног поступка када настане стечајни разлог, у законом одређеном, обично не дугом року након наступања стечајног разлога; 2) промена објекта посебних дужности и установљавање посебних дужности према повериоцима; 3) уређење посебног правног института несавесног пословања (енг. *wrongful trading*), који подразумева обавезу управе привредног друштва да престане са пословањем од тренутка када наступање стечаја постаје неизбежно (Gener-Beuerle, Paech, Schuster 2013, 210–211).

Српско право не познаје ниједан од напред наведених механизма, који се, на различите начине, односе на период ризика од стечаја. У наставку рада бавићемо се питањем примене института посебних дужности према привредном друштву у периоду ризика од стечаја, односно питањем *да ли и на који начин* тај институт може да допринесе успостављању равнотеже између различитих стејкхолдера и решавању или ублажавању проблема и питања карактеристичних за тај период пословања.

#### 4. КАРАКТЕРИСТИКЕ И ЗНАЧАЈ ПОСЕБНИХ ДУЖНОСТИ У ПЕРИОДУ РИЗИКА ОД СТЕЧАЈА

Институт посебних дужности према привредном друштву у српском праву, али и у праву већине других земаља, истоветно је третиран у свим периодима пословања привредног друштва, значи и у периоду ризика од стечаја. Непостојање другачије правне регулативе намеће питање основности стварања исте, односно могућности прилагођеног тумачења и примене постојеће регулативе у периоду ризика од стечаја, у складу са његовим особеностима, о којима је било речи у претходном делу рада. У овом делу рада размотрићемо особености посебних дужности у периоду ризика од стечаја, и то у погледу субјеката, објекта, врста и одговорности.

##### 4.1. Субјекти посебних дужности у периоду ризика од стечаја

Питање одређивања субјеката посебних дужности у периоду ризика од стечаја изазива најмање недоумица у вези са применом посебних дужности у том специфичном периоду пословања. Најзначајнији субјекти посебних дужности могу се разврстати на чланове привредног друштва и директоре и друга лица која чине управу привредног друштва. Примена посебних дужности на та лица свакако је нужна и у периоду ризика од стечаја, јер је реч о лицима која врше највећи утицај на пословање привредног друштва, нарочито кроз доношење пословних одлука, које су у том периоду пословања посебно важне и осетљиве. И док нема никакве дилеме да потреба за сужавањем субјеката дужности у периоду ризика од стечаја не постоји, извесна дилема постоји у вези са потребом за проширењем субјеката дужности у том периоду на *de facto* директоре<sup>4</sup> и директоре из сенке (енг. *shadow directors*).<sup>5</sup>

Иако се расправа о примени посебних дужности на *de facto* директоре и директоре из сенке односи на све периоде пословања привредног друштва, она је поводом периода ризика од стечаја нешто интензивнија и израженија. С једне стране, примена посебних дужности на фактичке директоре и директоре из сенке у периоду ризика од стечаја има смисла јер се тиме успоставља појачана одговорност ширег круга лица за поступке предузете у том веома осетљивом пе-

<sup>4</sup> *De facto* директор је лице које у привредном друштву, али и у правном промету (према трећим лицима) иступа као директор друштва, иако није извршен правно ваљан избор тог лица за директора (Михајловић 2018, 82).

<sup>5</sup> Директори из сенке су лица која не иступају ни у друштву ни у правном промету као директори, али на неки други начин остварују значајан утицај на управљање и пословање привредног друштва, који им даје извесан степен фактичке контроле, сличан овлашћењима која обично имају лица која су директори друштва (Михајловић 2018, 83).



риоду. Последице радњи, поступака и одлука могу бити далекосежне и често „погађају“ бројне стејкхолдере, па је зато оправдано прописати и појачану одговорност, која се примењује на сва лица која утичу на пословање привредног друштва. То проширење је прихваћено у немачкој и аустријској судској пракси, које признају постојање посебних дужности фактичких директора инсолвентног привредног друштва, односно друштва које се приближава инсолвентности (Gerner-Beuerle, Paech, Schuster 2013, 45, 49). И француски Трговачки законик прихвата то проширење изричито прописујући одговорност *de facto* директора када је привредно друштво инсолвентно (Copaes, Enriques, Gelter 2007, 509 fn. 70). Њихова одговорност у тим земљама обухвата случај неблаговременог покретања стечајног поступка и случај сувишног, непромишљеног трошења средстава друштва у периоду ризика од стечаја. UNCITRAL (2013, 16), такође, препоручује примену посебних дужности и на она лица која врше фактичку контролу и обављају послове у надлежности директора. С друге стране, проширење примене посебних дужности на фактичке директоре и директоре из сенке може негативно утицати на лица која могу да пруже нова финансијска средства привредном друштву, које се налази у близини стечаја (Davies 2006, 312). Ту првенствено мислимо на банке, али и на привредна друштва која заједно са привредним друштвом које је у финансијској кризи чине групу привредних друштава. Ти субјекти финансијску помоћ привредном друштву често условљавају успостављањем посебних управљачких и контролних овлашћења, заснованих на специфичним уговорним клаузулама, садржаним у уговору о кредиту, зајму или другом уговору, којим се финансијска помоћ реализује (Davies 2006, 312). Тим клаузулама се повериоцу из уговорног односа (банка, друштво „мајка“ и сл.) даје право да утиче на доношење кључних пословних одлука или се дужник из уговора (привредно друштво у кризи) обавезује да обавештава повериоца о значајним пословним догађајима. Признавањем постојања посебних дужности директора из сенке ствара се могућност да се лица, која на основу наведених уговорних клаузула имају одређени утицај на пословање привредног друштва, сматрају директорима из сенке, па нема сумње да та лица у том случају не би желела да преузимају повећани ризик и евентуалну одговорност за радње и поступке које предузима привредно друштво, које се налази у близини стечаја. Иако UNCITRAL признаје потребу за постојањем посебних дужности фактичких директора и директора из сенке, та организација препознаје и опасност од примене посебних дужности на банке и друге институционалне повериоце, чија улога може бити пресудна у „оживљавању“ привредног друштва (UNCITRAL 2013, 16). Све док је та улога само саветодавна, односно све док директори привредног друштва имају дискреционо право да одлуче да ли ће прихватити

примљени савет, банке и друге институционалне повериоце не треба сматрати субјектима посебних дужности. Они не постају субјекти ни када након њиховог „савета“ друштво нема већу могућност да одступи од „савета“ јер би последица његовог неприхватања било ускраћивање даље финансијске подршке (UNCITRAL 2013, 16).

Добро је познато да српско право не познаје појам фактичког директора и директора из сенке, па тако анализирана дилема о потреби успостављања посебних дужности фактичких директора и директора из сенке у периоду ризика од стечаја нема већи значај за српско позитивно компанијско право.

#### 4.2. Објекат посебних дужности у периоду ризика од стечаја

Питање утврђивања објекта посебних дужности привлачи највише пажње у правној литератури, поводом правног режима посебних дужности у периоду ризика од стечаја. То произилази из чињенице да ионако сложено питање објекта дужности и у редовном периоду пословања, на које коначан и недвосмислен одговор не постоји већ остаје увек, мање или више, недоречен, „магловит“, у периоду ризика од стечаја постаје још компликованије. Та констатација је заснована на несумњиво већој улози и значају поверилаца у том периоду пословања и потреби да та улога и значај буду, на неки начин, признати кроз проширење или промену објекта посебних дужности у периоду ризика од стечаја.

Национална законодавства се, по питању промене или проширења објекта посебних дужности у периоду ризика од стечаја, могу поделити у две групе, у складу са традиционалном поделом на два велика правна система (англосаксонски и континентални). У правној литератури се чак наводи да је основна разлика између два велика правна система, поводом питања заштите поверилаца, управо у томе што земље континенталноевропске правне традиције познају правила о минималном основном капиталу, као најзначајнијем средству заштите поверилаца, док земље које припадају англосаксонском правном кругу уместо тих правила прихватају постојање посебних дужности према повериоцима у периоду ризика од стечаја (Spindler 2006, 344).

Земље англосаксонског права (Велика Британија, Република Ирска, Аустралија, Канада, Кипар итд.), значи, прихватају извесну промену, односно проширење објекта посебних дужности у периоду ризика од стечаја (Keay 2015, 144). У тим земљама су иначе дужности према повериоцима посебно развијене, а њихова садржина, интензитет и обим предмет су дуготрајних научних расправа. Међу земљама англосаксонског права, поводом анализираних питања, посебан значај се придаје британском праву, у којем је компанијским

законом (Закон о компанијама Велике Британије,<sup>6</sup> члан 172, став 3) изричито призната потреба да се у периоду ризика од стечаја узимају у обзир интереси поверилаца. Извесна промена у дефиницији објекта посебних дужности, када су у питању државе чланице Европске уније (ЕУ), које су биле предмет анализе Студије Лондонске школе за економију и политичке науке о дужностима и одговорности-ма директора, уочљива је и у појединим земљама које не припадају англосаксонској правној традицији, попут Данске, Естоније, Летоније и Мађарске (Gerner-Beuerle, Paech, Schuster 2013, 212). UNCITRAL (2013, 13), такође, прихвата промену објекта дужности, тиме што у свом законодавном водичу предлаже правило којим се предвиђа „узимање у обзир“ (енг. *due regard*) интереса поверилаца и других стејкхолдера у периоду ризика од стечаја.

Другу групу земаља чине првенствено земље континентално-европске правне традиције, које не прихватају промену или проширење објекта посебних дужности у периоду ризика од стечаја (Немачка, Француска, Италија, Шпанија, Португалија, Луксембург итд.) (Gerner-Beuerle, Paech, Schuster 2013, 212). Но, неприхватање промене објекта посебних дужности у периоду ризика од стечаја у земљама цивилног права не значи да су интереси поверилаца у том периоду пословања у тим земљама занемарени. Већ је речено да постоје различити правни механизми, који служе решавању проблема и питања карактеристичних за период ризика од стечаја, а већина европских земаља у својим националним правима познаје неки од тих механизма (један или више њих истовремено). Међутим, чак и када не постоји било каква промена у правној регулативи посебних дужности, институт посебних дужности, сам по себи, својом суштином, доприноси квалитетнијој заштити поверилаца (али и других стејкхолдера, првенствено запослених) у периоду ризика од стечаја. Наиме, у том периоду пословања интереси поверилаца и других стејкхолдера постају важнији, приоритетнији, него што је то случај у другим периодима пословања, па, стога, лакше и очигледније постају објекат посебних дужности, односно саставни део појма „интерес привредног друштва“, који је увек примарни објекат посебних дужности. „Интерес привредног друштва“ у периоду ризика од стечаја несумњиво у већој мери него у другим периодима пословања подразумева интересе поверилаца и других стејкхолдера (који се изричито помињу у водичу организације UNCITRAL, 2013, 12).

На овом месту ваља напоменути да је могућа промена законодавног приступа држава чланица ЕУ које не прихватају промену или проширење објекта посебних дужности у периоду ризика од

<sup>6</sup> Закон о компанијама Велике Британије из 2006. године (Companies Act 2006 – CA).

стечаја, након имплементације одредбе члана 19 нове Директиве ЕУ о реструктурирању и инсолвентности,<sup>7</sup> којом се прописује обавеза држава чланица ЕУ да осигурају да, када постоји вероватноћа да ће наступити инсолвентност, директори узимају у обзир не само интересе чланова већ и интересе поверилаца и других стејкхолдера.<sup>8</sup>

Америчко право у погледу промене објекта посебних дужности у периоду ризика од стечаја није сасвим, односно прецизно одређено, нарочито због чињенице да је објекат различито дефинисан у различитим савезним државама (Curry, Schorer 2016, 185–189). Али, важно је напоменути да је најзначајнији случај по овом питању случај *Credit Lyonnaais Bank Nederland*, у којем је Врховни суд Делавера заузео став да је објекат посебних дужности „заједница различитих носилаца интереса“ (енг. *community of interest*) (Dionne 2007, 195). Наведени случај очигледно приближава америчко право, барем када је реч о Делаверу, другој групи земаља. Слично становиште заступа и Киј (2005, 634), који предлаже да се приликом утврђивања објекта посебних дужности у периоду ризика од стечаја пође од приступа, који промовише „максимизацију ентитета“ (енг. *entity maximization approach*). Када говоримо о америчком праву, не смемо занемарити ни чињеницу да поједине државе (нпр. Њујорк) прихватају другачији приступ и установљење дужности само према повериоцима, мада ретке су оне које установљење ових дужности везују за улазак у „зону инсолвентности“, већ углавном за тренутак када привредно друштво постане фактички инсолвентно (Curry, Schorer 2016, 187–189).

Оно што је заједничко и за једну и за другу групу земаља, без обзира на то да ли нека земља признаје директно, непосредно или само посредно интерес поверилаца као релевантан у периоду ризика од стечаја, је непостојање јединственог става о томе како би остваривање тог интереса у пракси требало спровести. Основна дилема своди се на следеће: да ли интереси поверилаца постају примарни, првенствени, приоритетни, или интереси те групе стејкхолдера у том периоду пословања постају изједначени са интересима чланова привредног друштва, иначе (у другим периодима) најзначајнијим носиоцима интереса, односно да ли интереси поверилаца (п)остају само један од више различитих носилаца интереса, који су објекат

<sup>7</sup> 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 disqualifications, 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.

<sup>8</sup> Рок за имплементацију Директиве ЕУ о реструктурирању и инсолвентности је 17. јул 2021. године (Директива ЕУ о реструктурирању и инсолвентности, члан 34, став 1).

посебних дужности. Чини се да нигде није прихваћено правило које поставља интересе поверилаца на прво место, испред свих осталих интереса у периоду ризика од стечаја. То нас доводи до закључка да, практично посматрано, разлике између два анализирана приступа нису велике, јер и један и други подразумевају „узимање у обзир“ интереса поверилаца, при чему интереси других стејкхолдера ни пошто не смеју бити занемарени. У којој мери ће бити успостављена правилна и правична равнотежа између различитих интереса зависи од процене лица која су субјекти посебних дужности у свакој конкретної фактичкој ситуацији, односно суда, који процењује постојање повреде посебне дужности у конкретном случају. Овде ваља поменути и чињеницу да ни интереси поверилаца нису хомогени, јединствени, већ да и међу њима постоје бројне, значајне разлике, које намећу успостављање равнотеже не само између различитих стејкхолдера већ и између различитих ужих група, које постоје међу стејкхолдерима. Тако међу повериоцима разликујемо првенствено обезбеђене и необезбеђене повериоце, повериоце са дугорочним и повериоце са краткорочним потраживањима, институционалне повериоце, који обично користе различите и врло ефикасне механизме заштите својих потраживања, и повериоце који немају значајнију економску моћ, пословне партнере и повериоце чије потраживање произилази из вануговорне (деликтне) одговорности дужника (привредног друштва у близини стечаја) итд. (видети Keay 2005, 629–633). Међу различитим групама поверилаца чини се да приоритет увек треба дати оним повериоцима који немају развијене механизме заштите и средства обезбеђења (исто и Davies 2006, 307).

Српско право на јединствен начин регулише питање објекта посебних дужности у свим периодима пословања привредног друштва. Објекат посебних дужности, као и у већини земаља чланица ЕУ, јесте привредно друштво. То значи да се појам „интерес привредног друштва“ и у српском праву мења, прилагођава околностима у којима се привредно друштво налази, односно периоду пословања. За српско право може бити релевантан тзв. прогресивни приступ питању објекта посебних дужности, који предлаже Киј (2015, 159). Према том приступу, у редовном периоду пословања приоритет имају интереси чланова, на почетку периода ризика од стечаја (док је друштво солвентно) подједнак значај се придаје интересима чланова и поверилаца, док у одмаклом периоду ризика од стечаја (када је друштво инсолвентно, а стечај није отворен нити је поднет предлог за отварање стечаја) на прво место ступају интереси поверилаца (Keay 2015, 159).

#### 4.3. Врсте посебних дужности у периоду ризика од стечаја

Све пословне одлуке које управа привредног друштва и друга лица која имају одлучујући утицај на пословање привредног друштва доносе у периоду ризика од стечаја могу се поделити на оне чији је циљ решавање настале пословне кризе (проналажењем начина за превазилажење кризе или прихватањем чињенице да је криза непремостива препрека за наставак нормалног пословања привредног друштва) и на бројне, појединачне пословне одлуке које се односе како на свакодневно пословање привредног друштва, и које се иначе доносе и у другим периодима пословања (на пример, закључивање уговора са пословним партнерима, одлуке у вези са радним односима запослених, формирање цена производа на тржишту итд.), тако и на реализовање донетих стратешких одлука. Водећи се веома сличном логиком, Пол Дејвис (Paul Davies) (2006, 303) све пословне одлуке које се доносе у том периоду пословања дели на стратешке и појединачне, конкретне. Та подела је значајна за начин примене две основне врсте посебних дужности према привредном друштву у том периоду пословања. Дужност пажње има пресудан значај за доношење стратешке одлуке о начину решавања пословне кризе, док примена појединих облика испољавања дужности лојалности може бити значајна за доношење бројних, појединачних пословних одлука.

##### *4.3.1. Дужност пажње у периоду ризика од стечаја*

Дужност пажње као најзначајнији критеријум процењивања исправности пословних одлука, првенствено директора привредног друштва, јесте правни стандард, чија се примена, као и сваког другог правног стандарда, прилагођава околностима конкретног случаја. Прилагодљивост, флексибилност и донекле променљиво значење те дужности воде нас до питања на којин начин ту дужност треба применити у вези са једном од најзначајнијих одлука која се доноси у периоду ризика од стечаја, а то је одлука како и на који начин изаћи из тог периода, односно пословне кризе.

Неколико је могућности: 1) наставак пословања и решавање пословне кризе без спровођења било каквог поступка формалне природе, преуређивањем односа са повериоцима, проналажењем нових начина финансирања компаније, привлачењем новог, „свежег“ капитала и сл.; 2) наставак пословања и покушај „спасавања“ привредног друштва у неком од законом предвиђених поступака, а у српском праву су то подношење предлога за отварање стечаја са унапред припремљеним планом реорганизације и покретање поступка споразумног финансијског реструктурирања; 3) прекид пословања и отварање стечајног поступка, који ће, осим ако повериоци не одлуче

другачије, бити окончан банкротством или продајом стечајног дужника као правног лица (слично и Радовић 2017, 31–33).

У правним системима који познају правило пословне процене (енг. *business judgment rule*) основно питање које се поставља приликом оцене одлуке директора о начину решавања пословне кризе у периоду ризика од стечаја јесте да ли то правило, које у великој мери штити интересе директора и његову дискрециону оцену, важи на исти начин и током тог специфичног периода пословања, односно да ли се на одлуку директора о решавању пословне кризе ограничава његова примена. У праву америчке савезне државе Делавер, у чијој судској пракси је правило пословне процене развијено, нема дилеме да се на одлуке директора донете у периоду ризика од стечаја, такође, на исти начин као и у другим периодима пословања, примењује то правило (Curry, Schorer 2016, 186; Dionne 2007, 189; Ribstein, Alces 2007, 541). Гералд Спиндлер (Gerald Spindler) (2006, 352) предлаже, међутим, да се поводом питања примене правила пословне процене направи разлика, с једне стране, између малих и средњих привредних друштава, која најчешће представљају затворене форме привредних друштава и у којима је утицај власника друштва на пословање веома изражен, те да се на њих, управо због интензитета и евентуалних негативних последица наведеног утицаја, примени правило пословне процене нешто слабијег интензитета, а с друге стране, када је реч о великим привредним друштвима у којима менаџмент често није под утицајем власника компаније, нема препреке, према Спиндлеровом мишљењу (2006, 352), да се то правило примени на истоветан начин као и у осталим периодима пословања привредног друштва.

Иако српско право не познаје правило пословне процене на начин на који је оно одређено у америчком праву (видети Sebrić 2018, 43–48; Васиљевић 2011, 32–35), начин примене тог правила у упоредном праву у периоду ризика од стечаја важан је у тражењу одговора на, и за наше право, значајно питање: да ли примена дужности пажње у том периоду пословања треба да буде строжа, истоветна или блажа у односу на редовни период пословања? Као пример строже примене дужности пажње у упоредном праву можемо навести данско право, које од лица са посебним дужностима захтева да испоље појачани степен пажње у периоду ризика од стечаја (Gerner-Beuerle, Paech, Schuster 2013, 213). Примена дужности пажње требало би, по нашем мишљењу, да буде строжа и у српском праву, односно од директора би требало очекивати „нешто већи“ степен пажње током трајања периода ризика од стечаја.<sup>9</sup> Неколико је разлога за то. Први, српско право не познаје ниједан од правних механизма за

<sup>9</sup> О „очигледној потреби појачане пажње директора“ говори и Татјана Јевремовић Петровић (2011, 133).

решавање проблема и питања карактеристичних за период ризика од стечаја, па би зато појачана дужност пажње, на неки начин, барем делимично, могла да надомести недостатак тих механизма. Други, у том периоду пословања привредном друштву је заиста потребан снажан, прилагодљив, ефикасан менаџмент, много више него што је то случај у другим периодима пословања. Трећи, појачана дужност пажње, на неки начин, решава све недоумице којима се правна теорија компанијског права годинама бави, а које се односе на већ поменута и делимично анализирана питања приоритета поверилаца или балансирања интереса поверилаца, чланова и привредног друштва, односно прихватања неког новог, иновативног, али свакако компликованог за примену, решења (као што је, на пример, Кијов принцип максимизације ентитета).

Појачана дужност пажње захтева од директора да уложи максималан напор да пронађе најбоље могуће решење за привредно друштво, уважавајући у одређеној мери поменути прогресивни приступ питању објекта посебних дужности у периоду ризика од стечаја, који се заснива на премиси „што је привредно друштво ближе стечају, интереси поверилаца треба да имају све већу улогу“ (Keay 2015, 159). Појачана дужност пажње суштински значи да се од директора у периоду ризика од стечаја очекује појачана, додатна обазривост, опрезност, пажљива анализа сваке могућности за даљи развој привредног друштва, али и већа ефикасност и брже доношење одлука него иначе. Она значи и то да директори никако не смеју да предузимају превише ризичне пројекте, то јест оне пројекте у којима постоји велика несразмера између потенцијалне добити и могућности остваривања те добити (мала вероватноћа успеха, велика добит). С друге стране, појачана дужност пажње не сме да значи и безусловну одговорност директора за негативне последице донете одлуке, ако је одлуку донео разумно верујући да је она у интересу привредног друштва. Превелика строгост могла би да утиче на прерано одустајање директора од борбе за опстанак друштва и избор за њих сигурнијег, безбеднијег пута, а то је подношење предлога за отварање стечаја. Иако стечај неспорно јесте легитимни начин престанка привредног друштва, који нипошто не треба избегавати по сваку цену јер је то често једини начин за очување преостале имовине привредног друштва и (делмично) намирење поверилаца друштва, увек треба имати у виду и да се, из економског угла, укупна вредност привредног друштва смањује отварањем стечаја (смањује се тзв. *going concern* вредност бизниса) (Eidenmüller 2006, 243). Сувише блага примена дужности пажње довела би, пак, до претераног избегавања стечаја, посебно због чињенице да у правним системима, попут српског, који не познају концепт личне управе, односно у којима отварањем стечаја аутоматски наступа правна последица престанка овлашћења свих ор-



гана друштва, стечај практично значи губитак посла за директоре и друге чланове управе привредног друштва.

У циљу проналажења начина за што ефикаснијим доношењем исправне стратешке одлуке о начину решавања пословне кризе, веома је корисно дефинисати извесне принципе и процедуре које директор треба да следи током периода ризика од стечаја. Тај метод користи и UNCITRAL (2013, 10–13) у свом законодавном водичу о дужностима директора током периода ризика од стечаја. Чини се да је основни принцип којег директор привредног друштва треба да се држи када доноси неку од поменутих одлука проналажење одговарајуће равнотеже између претеране обазривости и претераног преузимања ризика (исто и Кеау 2015, 162). Држећи се основног принципа, директор би требало да следи и следеће појединачне препоруке (неке од њих садржане су и у законодавном водичу организације UNCITRAL): одлука мора бити донета брзо, на самом почетку периода ризика од стечаја, јер ова фаза не сме дуго да траје, а правовремена реакција директора привредног друштва је од суштинског значаја за решавање пословне кризе; приликом доношења одлуке у обзир треба узети интересе свих стејкхолдера, при чему се значај интереса поверилаца повећава сразмерно повећању степена озбиљности финансијске кризе привредног друштва; неопходно је да директор буде адекватно информисан о свим аспектима пословања и могућим развојним шансама привредног друштва, а у том циљу је дужан да се посаветује са што ширим кругом лица, која му могу помоћи да одлуку донесе на прави начин (обавеза прикупљања информација и прибављања савета од других стручних лица и иначе је једна од обавеза које произилазе из дужности пажње); у поступак одлучивања, у мери у којој то не ремети брзину и ефикасност доношења одлуке, треба да буду укључени и чланови привредног друштва, који о актуелној ситуацији треба да буду обавештени на ванредној седници скупштине друштва (и онда када нето имовина друштва није мања од 50% основног капитала, односно када не постоји обавеза сазивања ванредне скупштине); седнице одбора директора, ако у друштву постоји тај колегијални орган, треба да буду што чешће у периоду ризика од стечаја (UNCITRAL 2013, 10–13).

#### *4.3.2. Дужност лојалности у периоду ризика од стечаја*

Осим стратешке одлуке о начину решавања пословне кризе, која је довела до наступања периода ризика од стечаја, у том периоду пословања под посебном „лупом“ морају бити и бројне појединачне пословне одлуке које доносе лица са посебним дужностима према привредном друштву. Основни разлог за посебну контролу тих пословних одлука и евентуалних правних послова и радњи насталих

као резултат тих одлука јесте реална опасност од злоупотреба. То се, пре свега, односи на чланове привредног друштва када имају својство субјекта посебних дужности, али и онда када то својство немају а имају значајан утицај на чланове управе привредног друштва. Они могу закључивати правне послове или предузимати правне радње усмерене ка присвајању преостале имовине привредног друштва, на штету поверилаца и/или мањинских чланова друштва. Управо зато поједини појавни облици дужности лојалности могу и треба да допринесу отклањању наведене опасности и заштити интереса поверилаца и мањинских чланова.

Међу различитим и бројним облицима испољавања дужности лојалности у упоредном праву, од којих су неки поменути у претходном делу рада, за потребе овог рада од нарочитог значаја су два: правни послови са повезаним лицима, односно дужност пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес (користимо терминологију прихваћену у српском праву) и забрана коришћења имовине привредног друштва, као један вид испољавања дужности избегавања сукоба интереса. Правна регулатива послова и радњи са повезаним лицима од значаја је у периоду ризика од стечаја јер предузимањем тих послова и радњи лица са дужностима могу, на незаконит начин, „извлачити“ преосталу имовину привредног друштва. Исто важи и за коришћење имовине привредног друштва у интересу лица са посебним дужностима или са њима повезаног лица. И у једном и у другом случају, основна процедура, која је прихваћена у праву већине држава чланица ЕУ, у српском праву, као и у новој, измењеној Директиви ЕУ о правима акционара,<sup>10</sup> подразумева да ти послови и радње морају бити најпре пријављени надлежном органу привредног друштва, а након тога је неопходно да се добије одобрење за исте, а у неким случајевима се захтева и објављивање посла.

И поред тога што српска регулатива послова и радњи са личним интересом има бројне мане (видети Михајловић 2018а, 65–66), које превазилазе тему овог рада, треба истаћи да, барем у периоду ризика од стечаја, те мане не би требало да произведу негативне последице по интересе привредног друштва, чланова, поверилаца и других стејкхолдера у привредном друштву. Веома је важно и оправдано постојање института побијања правних радњи стечајног дужника, којим је у српском праву обухваћено мноштво послова и радњи, као и фактичких ситуација, у којима постоји опасност да током периода ризика од стечаја лица са посебним дужностима покушају да

<sup>10</sup> 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.

незаконито присвоје имовину друштва (ЗС, чл. 119–130). Али, то не значи да дужност лојалности нема посебан значај у том периоду пословања. Напротив, дужност лојалности је значајан *ex ante* правни механизам, који наметањем обавезе пријављивања одређених послова и радњи одвраћа лица са дужностима од предузимања тих послова и радњи. Побијање правних радњи стечајног дужника, с друге стране, представља *ex post* механизам, који се активира тек након што је споран посао закључен или радња предузета, а чијом применом се остварује могућност да имовина која је била предмет посла или радње постане део стечајне масе.

#### 4.4. Одговорност за повреду посебних дужности у периоду ризика од стечаја

Већ је речено да је судска примена института посебних дужности незадовољавајућа у готово свим правним системима, односно да је број поднетих тужби за повреду посебних дужности незнатан и недовољан. Та општа оцена односи се и на примену тог института поводом повреда посебних дужности, насталих током трајања периода ризика од стечаја. Иако је готово неспорно и опште прихваћено да на ефикаснију и учесталију примену посебних дужности у судској пракси, утичу бројни фактори, међу којима правна регулатива овог института представља само један фактор (вероватно непресудан), намеће се потреба и за анализом три питања која изазивају дилеме у вези са судском применом правила о посебним дужностима за случај повреде посебних дужности током периода ризика од стечаја. То су следећа питања: 1) који су облици одговорности за повреду посебних дужности у периоду ризика од стечаја; 2) ко је активно легитимисан (примарно и деривативно) за подношење тужбе и 3) има ли разлике у остваривању права на подношење тужбе зависно од чињенице да ли је након повреде стечајни поступак отворен или није?

##### 4.4.1. Облици одговорности за повреду посебних дужности у периоду ризика од стечаја

Иако је имовинска одговорност најзначајнији облик одговорности лица са посебним дужностима, статусна и кривична одговорност, као два друга облика одговорности, имају нешто већи значај у случају повреде посебних дужности у периоду ризика од стечаја.

Накнада штете је најзначајнији вид имовинске одговорности за повреду посебних дужности и у овом периоду пословања. У вези са коришћењем тог правног средства у периоду „претећег стечаја“, као посебно значајно издваја се питање начина обрачуна износа накнаде, а у некој мери може да буде спорно и у чију корист се

установљава право на накнаду штете. Према законодавном водичу организације UNCITRAL (2013, 20–21), постоји неколико начина обрачуна накнаде штете која је резултат повреде посебних дужности у периоду ризика од стечаја: а) утврђивање разлике између вредности привредног друштва у тренутку када је оно требало да престане са пословањем и вредности друштва у тренутку када је оно заиста, фактички престало са пословањем; б) утврђивање разлике између материјалног положаја поверилаца за случај да није било конкретне повреде посебних дужности и положаја у којем би се они налазили да се иста није догодила; в) утврђивање разлике између дугова привредног друштва и расположивих средстава друштва (фактички се своди на обавезу лица које је повредило посебне дужности да „покрије“ дугове друштва). Све три могућности указују на то да се накнада штете дугује првенствено привредном друштву, односно да она постаје део стечајне масе, ако је друштво у стечају, а да повериоци, имају (само) индиректну корист од те накнаде. Другачија је фактичка ситуација ако би поверилац применом правила о деликтној одговорности могао да докаже постојање штете која је њему директно нанета и која у том случају следствено припада његовој личној имовини. Један специјалан случај директне одговорности директора и чланова надзорног одбора друштва са ограниченом одговорношћу према повериоцима друштва познаје српски ЗПД у чл. 184. Тим чланом закона прописано је да је директор, као и члан надзорног одбора, којем је познато да је у периоду између краја претходне пословне године и дана доношења одлуке скупштине о усвајању годишњих финансијских извештаја имовинско стање друштва због губитака или смањења вредности основног капитала значајно и не само привремено погоршано, дужан да о томе обавести скупштину, која је по пријему таквог обавештења у обавези да из расподеле добити искључи добит у висини насталог смањења имовине друштва (ЗПД, члан 184, став 2). Директор или члан надзорног одбора који не поступи у складу са обавезом обавештавања скупштине одговоран је члановима и *повериоцима* друштва за штету која настане услед извршене расподеле добити (ЗПД, члан 184, став 3).

Статусна одговорност за повреду посебних дужности испољава се као разрешење или отказ уговора о раду лицу са дужностима које је запослено у друштву, али и као нека од мера које могу да имају дугорочне негативне последице на будућу пословну каријеру лица са посебним дужностима. Посебан значај за повреду дужности у периоду ризика од стечаја има институт дисквалификације директора (Reker 2014, 145–146), који је нарочито развијен у британском праву, а одскоро је (након измена ЗПД из октобра 2018. године) постао и део регулативе која се односи на дужност пријављивања послова и радњи са личним интересом у српском праву. Дисквалификацијом

се лицу које управља привредним друштвом (непосредно или посредно) забрањује да обавља исте или сличне послове на тржишту у одређеном, законом дефинисаном, временском периоду (видети Радовић 2010, 27–28). Британска пракса показује да тај институт често налази примену управо поводом повреда посебних дужности у „претећем стечају“ (Радовић 2010, 30, 42–44). То је разумљиво, јер се дисквалификација примењује само у случајевима озбиљних повреда посебних дужности, које су резултат несавесног, непоштедног, немарног или нестручног понашања лица са дужностима, као и случајевима када су последице описаних понашања тих лица изузетно негативне по друштво (што је готово увек случај услед повреде дужности у „претећем стечају“).

Напред је речено да српско право уводи институт дисквалификације само за случај повреде дужности пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес. Дисквалификација се не односи на сва лица са посебним дужностима већ само на директоре, чланове надзорног одбора, заступнике и прокуристе (ЗПД, члан 67, став 2). Изван тог круга субјеката забране остају чланови привредног друштва, што може негативно да утиче на значај санкције дисквалификације у периоду ризика од стечаја. За случај утврђивања постојања повреде дужности пријављивања послова и радњи са личним интересом српско право прописује обавезну дисквалификацију. Из тога произилази да суд нема дискреционо право да оцењује оправданост наметања санкције дисквалификације ако претходно утврди да је дошло до повреде дужности пријављивања. Садржина те санкције састоји се у привременом ограничењу вршења функције директора, чланова надзорног одбора, заступника и прокуриса (ЗПД, члан 67, став 2). Забрана траје 12 месеци (суд не може одређивати ни краћи ни дужи рок трајања забране). ЗПД уводи и Централну евиденцију привремених ограничења права лица регистрованих у Агенцији за привредне регистре, у коју се уписују све одлуке о дисквалификацији (ЗПД, члан 67, став 3). Постојање и те санкције може позитивно да утиче на општи значај дужности пријављивања послова и радњи са личним интересом у периоду ризика од стечаја.

Кривична одговорност лица са посебним дужностима има посебну улогу и значај за повреде настале у периоду ризика од стечаја због постојања одређених кривичних дела, до чијег извршења најчешће долази у том периоду пословања. Кривични законик Републике Србије познаје неколико кривичних дела која су значајна за предмет овог рада: проузроковање стечаја (КЗ, чл. 232), проузроковање лажног стечаја (КЗ, чл. 232а) и оштећење поверилаца (КЗ, чл. 233).<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Кривични законик Републике Србије – КЗ, *Службени гласник РС* 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

#### *4.4.2. Активна легитимација за подношење тужбе за повреду посебних дужности у периоду ризика од стечаја*

У редовном периоду пословања активну легитимацију за подношење тужбе за повреду посебних дужности има привредно друштво, док чланови привредног друштва, под законом прописаним условима, имају право да поднесу деривативну тужбу. У стечајном поступку одлуку о покретању судског поступка доноси стечајни управник, па је тако он надлежан за подношење тужбе за повреду посебних дужности, као и за доношење одлуке о даљем току судских поступака покренутих услед повреде посебних дужности пре отварања стечаја. За активну легитимацију за подношење тужбе за повреду посебних дужности током периода ризика од стечаја важе напред изнета правила, али се често, као спорно, поставља питање потребе омогућавања или доделе активне легитимације повериоцима друштва, као групи стејкхолдера, која у том периоду има посебан значај и ради чије заштите се у основи и посвећује посебна пажња периоду „претећег стечаја“. У британском праву, које је најдаље отишло у значају, правном регулисању и развоју посебних дужности у периоду ризика од стечаја, нема дилеме да повериоци нису активно легитимисани за подношење тужбе (Keay 2015, 146). То значи да у Великој Британији другачији материјалноправни режим дужности у периоду ризика од стечаја није праћен одговарајућом процесно-правном променом. Постоје и другачији одговори на питање активне легитимације. Тако у праву Делавера, након што акционарско друштво (не важи за друштво са ограниченом одговорношћу) постане инсолвентно, повериоци стичу право на подношење деривативне тужбе (не и индивидуалне) за повреду посебних дужности (Curry, Schorer 2016, 187). У немачком праву, на неки начин, повериоци јесу активно легитимисани за подношење тужбе. Повреда чл. 92, ст. 2 немачког Закона о акционарским друштвима, којим се забрањује вршење било каквих исплата од стране управног одбора друштва, након што оно постане инсолвентно, осим ако је одређена исплата извршена у складу са стандардом пажње доброг привредника, у судској пракси даје право повериоцима на подношење тужбе против чланова управног одбора, на основу вануговорне одговорности (Fleischer 2004, 399–400; Јевремовић Петровић 2011, 126).

Подношење деривативне тужбе од стране поверилаца праћено је свим проблемима, који се везују за ову врсту тужбе и када исту подносе чланови привредног друштва (трошкови поступка, непостојање директне користи у случају успеха у спору). Из тог разлога не треба очекивати да би евентуално прописивање могућности подношења деривативне тужбе од стране поверилаца имало значајнији утицај на ефикаснију примену правила о посебним дужностима током периода

ризика од стечаја. Интересе поверилаца, кроз подношење одговарајуће тужбе од стране привредног друштва, требало би ефикасно да штити стечајни управник, који би током трајања стечајног поступка, између осталог, требало да испита и разлоге и узроке наступања стечаја и евентуалну улогу лица са посебним дужностима у настајању или неотклањању тих разлога и узрока. Тако би дошло до заштите интереса поверилаца путем повећања стечајне масе (у случају успеха у спору) и до (имовинског) санкционисања лица која су довела до наступања стечаја. Ово је без икакве сумње решење које је прихваћено у српском праву и које би требало примењивати и у будућности. Повериоцима би евентуално требало признати право на подношење деривативне тужбе, под истим условима, који се захтевају за подношење те тужбе од стране чланова привредног друштва током редовног пословања. Не сме се, пак, занемарити чињеница да за увођење деривативне тужбе поверилаца током стечаја не постоје исти они аргументи и разлози, који намећу признавање права на подношење исте члановима друштва. За разлику од редовног пословања, када директори, као законски заступници, одлучују о подношењу тужбе за повреду посебних дужности против лица са којима су очигледно веома повезани, таква повезаност између стечајног управника и чланова бивше управе, односно власника привредног друштва, у већини случајева не постоји.

#### *4.4.3. Право на подношење тужбе за повреду посебних дужности у периоду ризика од стечаја и отварање стечајног поступка*

Право на подношење тужбе за повреду посебних дужности у периоду ризика од стечаја, формалноправно, у правним системима који немају посебну регулативу дужности у том периоду пословања, не зависи од чињенице да ли је, након повреде, дошло до отварања стечајног поступка. Суштински, пак, остваривање права на подношење тужбе, односно успех тужиоца у спору, повезано је и са тиме да ли је конкретна повреда посебне дужности утицала на наступање стечаја или није. Нема сумње да ће тужилац у спору због повреде посебних дужности у периоду ризика од стечаја имати „лакши задатак“ ако је спорна радња лица са дужностима допринела отварању стечаја, односно финансијској пропасти привредног друштва. Међутим, чак и када стечаја није било, па и онда када се привредно друштво потпуно финансијски опоравило након пословне кризе, лица која су својим немарним или несавесним поступцима допринела тој кризи треба да буду санкционисана. Последица њихових неодговорних поступања не мора да буде само стечај већ то могу да буду и нарушавање пословног угледа привредног друштва, трајно нарушавање односа са повериоцима, губитак пословних партнера и потрошача и сл. Због свега тога, не би требало да постоји било

каква дилема да формално везивање права на подношење тужбе за покретање стечајног поступка није целисходно и ваљано. Повезивање права на подношење тужбе са повредом посебних дужности у периоду ризика од стечаја за отварање стечајног поступка могуће је у правним системима у којима постоји посебна правна регулатива. Чак и тада не би требало да буде спорно да повреда неког од правила из општег правног режима посебних дужности није ни на који начин повезана са отварањем стечајног поступка.

## 5. ЗАКЉУЧАК

Период ризика од стечаја несумњиво представља веома специфичан и значајан период пословања привредног друштва. Можда основно, а ако не основно, онда свакако полазно питање, које смо и поставили на почетку анализе института посебних дужности у периоду „претећег стечаја“, јесте питање да ли специфичност и значај тог периода пословања намећу потребу за стварањем посебне правне регулативе. То питање од нарочитог је значаја у нашем праву јер оно, као што смо већ нагласили, не познаје ниједан од значајних правних механизма који постоје у упоредном праву за регулисање тог периода пословања. Како анализа правних механизма регулисања института несавесног пословања и увођења обавезе покретања стечајног поступка у законом одређеном року након наступања стечајног разлога превазилази оквире овог рада, овде ћемо покушати да дамо одговор на постављено питање бавећи се само једним правним механизмом, који је и био предмет овог рада. Дакле, има ли потребе за другачијом правном регулативом посебних дужности у периоду ризика од стечаја у српском праву? Иако период ризика од стечаја има посебан значај у српском тржишном окружењу због чињенице да повериоци често остају ненамирени, као и чињенице да несавесни власници и директори привредних друштава често проналазе различите начине (што дозвољене, што недозвољене) да избегну намирење поверилаца када наступи пословна криза управо у том периоду пословања и иако наше право ни на који начин не регулише директно тај период пословања, наш одговор на постављено питање, ипак, је негативан. Три су основна разлога за то. Први, посебне дужности према привредном друштву у српском компанијском праву нису (још увек) оствариле своје основне циљеве постојања. Оне, готово уопште, не постоје у судској пракси, а не можемо рећи ни да је поступање у складу са посебним дужностима заживело у пословној пракси. То нас наводи на закључак да било која друга специфична регулатива, такође, не би била адекватно примењена. Други (који произилази и повезан је са првим разлогом) је тај да стварање



специфичне правне регулативе захтева проналажење одговора на нека веома сложена питања и намеће стварање веома софистицираних и за примену компликованих решења. Тако, на пример, посебна правна регулатива подразумева да би, пре свега, требало одредити временски оквир периода ризика од стечаја, начин и тренутак промене објекта посебних дужности, дефинисање интереса „новог“ објекта дужности (што би вероватно били повериоци) и сл. Одговори на ова питања нису на адекватан начин, још увек, пронађени ни у правној литератури ни у законодавству и пракси земаља са дугом традицијом у области компанијског права, иако су она предмет дуготрајне анализе и интересовања у тим земљама. Трећи, чак и када би ова правила била адекватно осмишљена, њихово тумачење и примена били би веома отежани и препуштени судовима, који, барем за сада, нису спремни да испуне тај задатак.

Међутим, изнети став о непотребности посебне правне регулативе, бар не у овом тренутку (промена је могућа након имплементације члана 19 Директиве ЕУ о реструктурирању и инсолвентности), никако не значи да посебне дужности немају никакав значај у периоду ризика од стечаја. Напротив, природа и суштина овог института нам указују на то да, и без било какве нове, другачије правне регулативе, посебне дужности према привредном друштву могу да дају значајан допринос превазилажењу проблема и питања карактеристичних за период ризика од стечаја. Када говоримо о њиховој природи и суштини, мислимо првенствено на њихову прилагодљивост, флексибилност, које омогућавају њихово тумачење и примену увек у складу са околностима случаја. Нема дилеме да је овакво специфично тумачење и примена неопходно управо у периоду ризика од стечаја. На овом месту можемо упутити неколико препорука судовима, које могу бити корисне у примени посебних дужности у том периоду пословања, а неке од њих могу да представљају и својеврсна упутства за понашање директора и других лица са посебним дужностима у периоду „претећег стечаја“:

- почетак периода ризика од стечаја треба одредити на основу неког од објективних критеријума, чије утврђивање посредно олакшава српски законодавац одређивањем рока након чијег истека наступа трајнија неспособност плаћања, као и дефинисањем појма презадужености;
- „интерес привредног друштва“, као објекат посебних дужности, треба тумачити на другачији начин у периоду ризика од стечаја, и то у складу са прогресивним приступом који подразумева да се значај интереса поверилаца (али и других стејкхолдера, а првенствено запослених) сразмерно повећава како се повећава степен финансијских тешкоћа привредног друштва које се налази у периоду ризика од стечаја;

- од субјеката дужности пажње треба очекивати појачану пажњу у периоду ризика од стечаја, односно појачану обазривост, опрезност и ефикасност; приликом процене поступања у складу са стандардом дужности пажње судови би зато требало да имају „нешто већа“ очекивања од субјеката те дужности;
- приликом обрачуна накнаде штете, која остаје најзначајнији вид одговорности за повреду посебних дужности и у периоду ризика од стечаја, треба, такође, имати у виду специфичности тог периода и узети у обзир економске последице спорног поступка лица са посебним дужностима на материјални положај поверилаца, али и целокупног привредног друштва.

Осим наведених препорука упућених судовима, једну препоруку упућујемо и српском законодавцу, а у вези са једним од облика статусне одговорности за повреду посебних дужности. Поред прописивања санкције дисквалификације за повреду дужности пријављивања послова и радњи са личним интересом (у свим периодима пословања) сматрамо оправданим увођење ове санкције и за повреде других посебних дужности у периоду ризика од стечаја. Ова препорука је мало одступање од изнетог става о непотребности посебне правне регулативе посебних дужности у периоду ризика од стечаја. Али, увођење санкције дисквалификације за све повреде у периоду ризика од стечаја било би у складу са савременим токовима компанијскоправне мисли у упоредном праву, као и сврхом постојања ове санкције у другим правним системима, која се најчешће огледа управо у санкционисању несавесних и/или немарних поступања у периоду „претећег стечаја“.

На крају, ваља још једном подсетити на то да период ризика од стечаја захтева проналажење праве мере између потребе за „избављењем“ привредног друштва и повратком на пут успешног, стабилног и одрживог пословања и потребе за заштитом интереса поверилаца. Неки сматрају да је то заправо „вечити сукоб“ између ефикасности и правичности, на који право наилази у вези са многим институтима, а који овога пута долази до изражаја у вези са регулативом посебних дужности у периоду ризика од стечаја (Keay 2003, 666). Којој вредности, односно којем циљу треба дати првенство зависи не само од околности конкретног случаја, већ и од целокупног тржишног окружења и општих циљева, који се желе постићи компанијскоправном регулативом.

ЛИТЕРАТУРА (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.
- Нопт, Клаус Ј. 2013. Conflict of Interest, Secrecy and Insider Information of Directors, a Comparative Analysis. *European Company & Financial Law Review* 10: 167–193.
- Јевремовић Петровић, Татјана. 2011. Одговорност директора према повериоцима друштва коме прети стечај. *Правни живот* 60: 117–135. (Jevremović Petrović, Tatjana. 2011. Odgovornost direktora prema poveriocima društva коме прети 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.
- Лепетић, Јелена. 2015. *Компанијскоправни режим сукоба интереса – Дужност лојалности*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (Lepetić, Jelena. 2015. *Kompanijskopравни režim sukoba interesa – Dužnost lojalnosti*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)
- Михајловић, Борко. 2018. Дужност лојалности према привредном друштву. Необјављен рукопис. Универзитет у Крагујевцу, Правни факултет, април. (Mihajlović, Borko. 2018. Dužnost lojalnosti prema privrednom društvu. Neobjavljen rukopis. Univerzitet u Kragujevcu, Pravni fakultet, april.)
- Михајловић, Борко. 2018а. Промене у правном регулисању дужности пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес. *Гласник права* 9: 153–166. (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.
- Радовић, Вук. 2017. *Стечајно право*, књига прва. Београд: Универзитет у Београду, Правни факултет. (Radović, Vuk. 2017. *Stečajno pravo*, knjiga prva. Beograd: Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet.)
- Радовић, Вук. 2010. О оправданости прихватања института дисквалификације директора. *Право и привреда* 47: 26–56. (Radović, Vuk. 2010. О оправданости 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.
- Васиљевић, Мирко. 2011. Грађанско право и *Business Judgment Rule*. *Правни живот* 60: 5–36. (Vasiljević, Mirko. 2011. Građansko pravo i *Business Judgment Rule*. *Pravni život* 60: 5–36.)
- Васиљевић, Мирко. 2004. *Корпоративно управљање: правни аспекти*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (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.

УДК 343.211.4:305(4)

CERIF: S130

DOI: 10.5937/AnalPFB1903229N

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).<sup>1</sup> 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](mailto:milica.novakovic@mids.ch).

<sup>1</sup> 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).<sup>2</sup> 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).<sup>3</sup>

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.<sup>4</sup> 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.

---

<sup>2</sup> Translated by the author.

<sup>3</sup> 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).

<sup>4</sup> *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.<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup>

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

---

<sup>5</sup> *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.

<sup>6</sup> *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.”<sup>7</sup>

The applicants further elaborated their complaint:<sup>8</sup> 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.”<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> *Khamtokhu and Aksenchik* (fn. 4), para 33.

<sup>8</sup> *Ibid.* Detailed argumentation of the applicants can be read in paragraphs 34–41.

<sup>9</sup> *Ibid.*, para. 41.

The Government<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup> 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.”<sup>12</sup> 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.”<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> *Khamtokhu and Aksenchik* (fn. 4) for more detailed argumentation of the Russian Government see paragraphs 42–48.

<sup>11</sup> *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.

<sup>12</sup> *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).

<sup>13</sup> *Ibid*, para. 48.

<sup>14</sup> *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.<sup>15</sup>

### 2.3. The European Court's Assessment and Decision

The Court<sup>16</sup> 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,<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup> 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.

<sup>15</sup> *Ibid.* For more detailed argumentation of the third party see paras. 49–52.

<sup>16</sup> *Khamtokhu and Aksenchik* (fn. 4). For more details of the Court's reasoning and cited jurisprudence see paragraphs 53–88.

<sup>17</sup> *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).

<sup>18</sup> *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.<sup>19</sup> 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.<sup>20</sup>

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.”<sup>21</sup> While it would clearly be possible for Russia to

<sup>19</sup> *Ibid*, paras. 71–72.

<sup>20</sup> Khamtokhu and Aksenchik (fn. 4), para. 82.

<sup>21</sup> *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.”<sup>22</sup>

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

---

<sup>22</sup> *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,”<sup>23</sup> 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.”<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup>

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

<sup>23</sup> *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.

<sup>24</sup> *Konstantin Markin* (fn. 23), para. 127.

<sup>25</sup> *Petrovic* (fn. 23), para. 38.



differences, and consequent ineligibility for remission,<sup>26</sup> the difference in juvenile sentencing on a basis of sex,<sup>27</sup> and the difference in early release prospects of life prisoners and others when life imprisonment is the mandatory penalty for some offences.<sup>28</sup> 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,

---

<sup>26</sup> *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.

<sup>27</sup> *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.

<sup>28</sup> *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"<sup>29</sup> 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.<sup>30</sup> 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

---

<sup>29</sup> *Konstantin Markin* (fn. 23), para. 76.

<sup>30</sup> 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 instruments<sup>31</sup> 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

---

<sup>31</sup> *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,<sup>32</sup> 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.

---

<sup>32</sup> *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*. 1<sup>st</sup> 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.

УДК 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](mailto: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:

“οἰκέτου 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 πηλῶ 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 παρείας 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.<sup>1</sup> 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*

<sup>1</sup> 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).<sup>2</sup> 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”).<sup>3</sup> 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),<sup>4</sup> a series of legal prohibitions also aimed to protect boys. If we believe Aeschines (serious doubts are expressed by Fisher 2001, 68),<sup>5</sup>

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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, κομάσασαν ἀναιδῶς, καινοῦ θεοῦ εἰσηγήτριαν, θιάσους ἀνδρῶν ἐκθέσμιους καὶ γυναικῶν συναγαγοῦσαν. ψιλὰ γὰρ νῦν τὰ πράγματα διγείτα. “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”.

<sup>4</sup> Aristophanes, *Clouds* 963ff. refers to the virtues of boys; 979–983 where there is a negative description of damnable boyish deportment.

<sup>5</sup> 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” (γραμματεῦν 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).<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup> 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

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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).<sup>8</sup> 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).<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup> As Gagarin (2002, 150) argues,

<sup>8</sup> 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”.

<sup>9</sup> 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”.

<sup>10</sup> 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 ἀληθὲς 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”.

“γῆς οὗτος, ἄνδρες Ἀθηναῖοι, καὶ μιὰρὸς ἀνθρωπὸς 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 γῆς 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.<sup>11</sup> 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 γυναιξὶ μὴ εἰσιέναι εἰς τὰ ἱερὰ τὰ δημοτελεῖ, ἐφ' ἣ ἂν μοιχὸς ἀλῶ, ἐὰν δ' εἰσίσσι καὶ παρανομῶσι, νηποίνει πάσχειν ὑπὸ τοῦ βουλομένου ὅτι 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 μὴδ' ἀσεβήματα γίγηται ἐν τοῖς ἱεροῖς, ἱκανὸν φόβον ταῖς γυναιξὶ παρασκευάζων τοῦ σωφρονεῖν καὶ μὴδὲν 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.”

<sup>11</sup> 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),<sup>12</sup> 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

---

<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup> 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).<sup>14</sup> If people allow the impious to go unpunished, a community is thought

<sup>13</sup> 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”.

<sup>14</sup> 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”.

to 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)<sup>15</sup> 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,<sup>16</sup> 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.

---

<sup>15</sup> 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".

<sup>16</sup> 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 Gyax, 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’impiété 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.

УДК 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 19<sup>th</sup> century was the era of parliament, the 20<sup>th</sup> 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](mailto: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”.<sup>1</sup>

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.<sup>2</sup> 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

---

<sup>1</sup> 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”.

<sup>2</sup> 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).<sup>3</sup> 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

---

<sup>3</sup> Here Hodžić refers to Wojciech Sadurski, *Constitutional Courts in Transition Processes: Legitimacy and Democratization*, (2011) on [www.researchgate.net](http://www.researchgate.net).

post-socialist countries.<sup>4</sup> 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).<sup>5</sup>

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.<sup>6</sup> 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

---

<sup>4</sup> 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).

<sup>5</sup> Available at <http://www.analitika.ba/publications> (last visited August, 23, 2019).

<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> 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

---

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup>

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).<sup>10</sup> The unusual position of the Constitutional Court of BiH is the result of the combination of the common law and civil law legal systems

---

<sup>9</sup> 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).

<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup> 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

---

<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup> 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

---

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup> 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

<sup>14</sup> *NI Hrvatska*. 2016. *Prisegnuli Ustavni suci*, 7 June. *NI Hrvatska*, 2017. *Tko su tri ustavna suca koja smo danas dobili*. 11 October.

<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup>

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.<sup>17</sup> 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

---

<sup>16</sup> Rules of Procedure of the Constitutional Court of the Republic of Macedonia, [http://ustavensud.mk/?page\\_id=5211&lang=en](http://ustavensud.mk/?page_id=5211&lang=en) (last visited March 28 2019).

<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup> 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

---

<sup>18</sup> 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”.

<sup>19</sup> “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 Constitution 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.<sup>20</sup>

### 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.<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup> In these Rules, in several places, the ethnic origin of judges affects the operation

---

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup> 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.<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup> 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".<sup>26</sup> Professional reputation can be measured but the question is how to evaluate personal reputation.

---

<sup>23</sup> For example Mandatory Adjournment of a Session (Article 39), Election of President (Article 83), Election of Vice-Presidents (Article 86), etc.

<sup>24</sup> 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>.

<sup>25</sup> Article 122 of the Croatian Constitution and Article 5 of Constitutional Act.

<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup>

The Slovenian Constitutional Court is composed of nine judges for a term of nine years without a possibility of re-election.<sup>28</sup> 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.<sup>29</sup>

#### 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.<sup>30</sup>

---

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.

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> Article 9, Constitutional Court Act, Official Gazette of the Republic of Slovenia, No. 64/07 – Official consolidated text, and 109/12.

<sup>30</sup> 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.<sup>31</sup> 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.<sup>32</sup> Furthermore, in Hungary, the special parliament committee<sup>33</sup> 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.<sup>34</sup>

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; [...]”.

<sup>31</sup> 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”.

<sup>32</sup> Constitution of Poland, Article 194 paragraph 1, and Article 120.

<sup>33</sup> 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”.

<sup>34</sup> Constitution of Hungary, Article 24 paragraph 4 and Article 7 paragraph 1.

(1) and the Court of Audit (1).<sup>35</sup> 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.<sup>36</sup> 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).<sup>37</sup> 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

---

<sup>35</sup> 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”.

<sup>36</sup> Constitution of Spain, Article 159, paragraph 1.

<sup>37</sup> 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.<sup>38</sup> 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.

---

<sup>38</sup> 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.<sup>39</sup> 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

---

<sup>39</sup> 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.<sup>40</sup> 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).<sup>41</sup>

## 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,<sup>42</sup> 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

<sup>40</sup> 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.

<sup>41</sup> 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.

<sup>42</sup> 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.<sup>43</sup> 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. Izbior 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.

---

<sup>43</sup> 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*. 3<sup>rd</sup> 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.
- Peric, 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.

Др Никола Бодирога\*

## ВРЕМЕНСКО ВАЖЕЊЕ ПРОЦЕСНИХ ЗАКОНА И ДОЗВОЉЕНОСТ РЕВИЗИЈЕ У ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ: РАЗЛИЧИТИ СТАВОВИ УСТАВНОГ СУДА И ВРХОВНОГ КАСАЦИОНОГ СУДА

*Доношењем Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку из 2014. године, ревизијски цензус смањен је на 40.000 евра у општем парничном поступку, односно на 100.000 евра у поступку у привредним споровима. Наведеним законским изменама омогућено је и изјављивање ревизије против сваке другостепене пресуде којом је преиначена првостепена пресуда и одлучено о захтевима странака, као и против сваке другостепене пресуде којом је усвојена жалба, укинута првостепена пресуда и одлучено о захтевима странака. Честе измене одредаба Закона о парничном поступку, али и одредаба других закона којима је регулисано право на изјављивање ревизије у посебним парничним поступцима, довеле су до проблема у одређивању процесних правила која се примењују на одлучивање о дозвољености ревизије у конкретном парничном поступку, а постојање тог проблема условило је заузимање различитих ставова о овом питању од стране Уставног суда и Врховног касационог суда.*

Кључне речи: *Дозвољеност ревизије. – Закон о парничном поступку. – Закон о јавном информисању и медијима. – Врховни касациони суд. – Уставни суд.*

### 1. ПОСТУПАК ПРЕД РЕДОВНИМ СУДОВИМА

Парнични поступак у конкретном случају покренут је тужбом од 30. јула 2013. године, којом је тужилац тражио да се обавезу тужени оснивач дневног листа и главни и одговорни уредник да му на име накнаде нематеријалне штете због повреде части и угледа исплате новчани износ од 490.000 динара са законском затезном кама-

---

\* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, [bodiroga@ius.bg.ac.rs](mailto:bodiroga@ius.bg.ac.rs).

том од дана пресуђења па до исплате, као и да се обавезу да о свом трошку објаве пресуду у дневном листу, на истом месту и у истом формату у ком је објављен текст који је био повод за вођење парничног поступка. Виши суд у Београду је 5. априла 2016. године донео пресуду ПЗ. 165/13, којом је одбио као неоснован тужбени захтев тужиоца. Одлучујући о жалби тужиоца, Апелациони суд у Београду је пресудом Гж. 173/16 од 13. јула 2016. године одбио жалбу као неосновану и потврдио првостепену пресуду.

Против другостепене пресуде тужилац је изјавио ревизију из свих законом предвиђених разлога, уз предлог да Врховни касациони суд (даље: ВКС) одлучи о ревизији као изузетној дозвољеној применом члана 404 Закона о парничном поступку (ЗПП),<sup>1</sup> обзиром да постоји потреба разматрања правних питања од општег интереса, односно правних питања у интересу равноправности грађана, у циљу уједначавања судске праксе.

Врховни касациони суд је најпре испитивао да ли су испуњени услови за одлучивање о изузетно дозвољеној, односно посебној ревизији, применом члана 404 ЗПП. Према одредби члана 404, став 1 ЗПП ревизија је изузетно дозвољена због погрешне примене материјалног права и против другостепене пресуде која не би могла да се побија ревизијом, ако је по оцени ВКС потребно да се размотре правна питања од општег интереса или правна питања у интересу равноправности грађана, ради уједначавања судске праксе, као и ако је потребно ново тумачење права (посебна ревизија). О дозвољености и основаности ревизије из става 1 овог члана одлучује ВКС у већу од пет судија.<sup>2</sup> Предмет тужбеног захтева у овом спору је накнада нематеријалне штете због нетачне, непотпуне информације и информације која је законом забрањена, а односи се на поступање тужиоца. Та информација објављена је 15. јула 2013. године у јавном гласилу. Како је тужилац носилац државне власти, то он према схватању нижестепених судова мора показати виши ниво толеранције од других у односу на провокативно и пренаглашено изношење информација од јавног значаја у јавним гласилима и на том схватању су нижестепени судови засновали одлуку о одбијању тужбеног захтева, односно одлуку којом је жалба против те одлуке одбијена као неоснована. Према налажењу ВКС тужилац у образложењу ревизијских навода није указао на правна питања од општег интереса нити на правна питања у интересу равноправности грађана већ је указао на чињенична и правна питања конкретног

<sup>1</sup> Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени гласник РС* 72/2011, 49/2013 – одлука Уставног суда, 74/2013 – одлука Уставног суда и 55/2014.

<sup>2</sup> ЗПП, чл. 404, ст. 2.

спора, због чега нису испуњени услови за одлучивање о посебној ревизији.

Испитујући услове за одлучивање о ревизији из члана 403 ЗПП (општа ревизија), ВКС је нашао да је она недозвољена. Чланом 403, став 1 ЗПП прописано је да против правноснажне пресуде донете у другом степену странке могу да изјаве ревизију у року од 30 дана од дана достављања пресуде. Чланом 403, став 2 ЗПП прописано је да је ревизија увек дозвољена ако је: 1) то посебним законом прописано; 2) другостепени суд преиначио пресуду и одлучио о захтевима странака; 3) другостепени суд усвојио жалбу, укинуо пресуду и одлучио о захтевима странака. Чланом 403, став 3 ЗПП прописано је да ревизија није дозвољена у имовинскоправним споровима ако вредност предмета спора побијеног дела другостепене пресуде не прелази динарску противвредност од 40.000 евра према средњем курсу Народне банке Србије на дан подношења тужбе (Кеча, Кнежевић 2017, 1253).

Како се у члану 403, став 2, тачка 1 ЗПП у погледу оцене дозвољености ревизије упућује на примену посебног закона, а у конкретном парничном поступку се поред ЗПП, примењивао и закон којим се уређује област јавног информисања, било је неопходно извршити анализу и процесноправних одредаба овог закона. ВКС је закључио да се у конкретној ситуацији примењује Закон о јавном информисању из 2003. године са каснијим изменама и допунама (ЗЈИ).<sup>3</sup> Чланом 89, став 6 ЗЈИ било је прописано да се ревизија подноси у року од 15 дана од дана достављања другостепене пресуде. Никаквих других одредаба о дозвољености ревизије у овом закону није било. Важећи Закон о јавном информисању и медијима (ЗЈИМ)<sup>4</sup> посветио је посебан члан ревизији у овим споровима. Чланом 126, став 1 прописано је да је ревизија увек дозвољена против другостепене пресуде којом је тужбени захтев одбијен,<sup>5</sup> а изјављује се у року од 15 дана од дана достављања другостепене пресуде. У парници по тужби за накнаду штете и по тужби за остваривање права на део добити, ревизију из става 1 овог члана могу изјавити и тужилац и тужени.<sup>6</sup> Против пресуде другостепеног суда у парници по тужби за објављивање одговора не може се изјавити ревизија.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Закон о јавном информисању, *Службени гласник РС* 43/2003, 61/2005, 71/2009, 89/2010 – одлука Уставног суда и 41/2011 – одлука Уставног суда.

<sup>4</sup> Закон о јавном информисању и медијима, *Службени гласник РС* 83/2014, 58/2015 и 12/2016 – аутентично тумачење.

<sup>5</sup> То се односи не само на пресуду другостепеног суда којом је преиначена усвајајућа првостепена пресуда тако што је одбијен тужбени захтев, него и на пресуду другостепеног суда којом је потврђена пресуда првостепеног суда о одбијању тужбеног захтева, што је ситуација у конкретном примеру.

<sup>6</sup> ЗЈИМ, чл. 126, ст. 2.

<sup>7</sup> ЗЈИМ, чл. 126, ст. 3.

Без обзира на то што је према одредбама ЗЛИМ против другостепене пресуде којом је тужбени захтев одбијен могуће изјавити ревизију, ВКС закључује да су одредбе тог закона ирелевантне, јер се на конкретан парнични поступак не примењују одредбе ЗЛИМ, због тога што је спорна информација објављена 15. јула 2013. године, а ЗЛИМ је ступио на снагу 13. августа 2014. године. Имајући то у виду ВКС сматра да не постоји одредба посебног закона према којој би ревизија у конкретном случају била дозвољена, те да се због тога морају применити одредбе члана 403 ЗПП, а како је износ захтеване нематеријалне штете испод ревизијског цензуса прописаног чланом 403, став 3 ЗПП, то је ревизија ставом 2 изреке решења ВКС одбачена као недозвољена.<sup>8</sup>

## 2. ПОСТУПАК ПРЕД УСТАВНИМ СУДОМ

Тужилац је преко пуномоћника Уставном суду поднео уставну жалбу против става другог изреке решења Врховног касационог суда Рев. 2330/2016 од 25. јануара 2017. године, због повреде права на правично суђење из члана 32, став 1 Устава Републике Србије и права на једнаку заштиту права и на правно средство из члана 36 Устава. Подносилац уставне жалбе је навео да је оспореним решењем одбачена као недозвољена његова ревизија изјављена против другостепене пресуде којом је правноснажно одбијен као неоснован његов тужбени захтев за накнаду нематеријалне штете због повреде угледа и части проузрокованих објављивањем нетачних информација у медијима. Истакао је да је ВКС погрешно оценио да нема места примени одредбе члана 126 ЗЛИМ која предвиђа да је у оваквим случајевима ревизија увек дозвољена. Подносилац уставне жалбе је инсистирао на томе да се наведени закон, који је ступио на снагу након што је он поднео тужбу, примењивао на предметни парнични поступак по принципу тренутног важења новог процесног закона на поступак који је у току. Предложио је да Уставни суд усвоји уставну жалбу, поништи оспорено ревизијско решење и утврди подносиоцу право на накнаду нематеријалне штете.

Уставни суд је, пре заузимања става о уставној жалби, најпре приказао уставне и законске одредбе које су релевантне за конкретан поступак: „...Одредбама Устава, на чију се повреду позива подносилац у уставној жалби, утврђено је: да свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и

<sup>8</sup> Решење ВКС, Рев. 2330/2016, 25. 1. 2017, из архиве суда.

о оптужбама против њега (члан 32 (1)); да се сваком јемчи једнака заштита права пред судовима и другим државним органима, имаоцима јавних овлашћења и органима аутономне покрајине и јединица локалне самоуправе и да свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу (члан 36).

Одредбама члана 197 Устава, које су од значаја за одлучивање у овој уставноправној ствари, утврђено је да закони и сви други општи акти не могу имати повратно дејство, па да, изузетно, само поједине одредбе закона могу имати повратно дејство, ако то налаже општи интерес утврђен при доношењу закона, као и да одредба кривичног закона може имати повратно дејство само ако је блажа за учиниоца кривичног дела.

Одредбама члана 403 Закона о парничном поступку („Службени гласник РС“, бр. 72/11, 49/13 – Одлука УС, 74/13 – Одлука УС и 55/14), који се примењивао на предметни парнични поступак, прописано је: да странке могу изјавити ревизију против правноснажне пресуде донете у другом степену, у року од 30 дана од дана достављања пресуде (став 1); да је ревизија увек дозвољена ако је то посебним законом прописано, ако је другостепени суд преиначио пресуду и одлучио о захтевима странака и ако је другостепени суд усвојио жалбу, укинуо пресуду и одлучио о захтевима странака (став 2); да ревизија није дозвољена у имовинскоправним споровима ако вредност предмета спора побијеног дела не прелази динарску противвредност од 40.000 евра по средњем курсу Народне банке Србије на дан подношења тужбе (став 3).

Одредбом члана 89 (6) Закона о јавном информисању („Службени гласник РС“, бр. 43/03, 61/05, 71/09, 89/2010 и 41/11), који је важио у време подношења тужбе у предметном парничном поступку, било је прописано да се ревизија изјављује у року од 15 дана од дана достављања другостепене пресуде. Осим поменуте одредбе, Закон о јавном информисању није садржао посебна правила о дозвољености ревизије у споровима ради накнаде штете настале објављивањем информације.

Одредбама члана 126 Закона о јавном информисању и медијима („Службени гласник РС“, бр. 83/14, 58/15 и 12/16), који је ступио на снагу 14. августа 2014. године, прописано је да је ревизија дозвољена против другостепене пресуде ако је тужбени захтев одбијен и да се изјављује у року од 15 дана од дана достављања другостепене пресуде, па да у парници по тужби за накнаду штете и по тужби за остваривање права на део добити, ревизију из става 1. овог члана могу изјавити и тужилац и тужени, а да се против пресуде другостепеног суда у парници по тужби за објављивање одговора не може



изјавити ревизија. Прелазне и завршне одредбе овог закона не регулишу питање примене закона на судске поступке који су у току....“

Полазећи од чињенице да се подносилац уставне жалбе позива на то да ВКС није применио процесноправне одредбе које је требало да буду примењене на конкретан случај, Уставни суд закључује да подносилац уставне жалбе сматра да му је због произвољне примене процесних норми повређено право на правично суђење из члана 32(1) Устава: „...Разматрајући наводе подносиоца уставне жалбе о повреди његовог права на правично суђење у предметном парничном поступку, Уставни суд је закључио да подносилац своје тврдње о повреди права зајемченог одредбом члана 32(1) Устава заснива на чињеници да је Врховни касациони суд произвољно применио процесно право на његову штету, погрешно оцењујући да за одлучивање о дозвољености његове ревизије нема места примени Закона о јавном информисању и медијима из 2014. године. У конкретном случају, суд највише инстанце је закључио да се дозвољеност ревизије подносиоца уставне жалбе имала ценити искључиво са становишта одредаба Закона о парничном поступку из 2011. године, јер Закон о јавном информисању из 2003. године, који је важио у време објављивања спорне информације и који се примењивао на спорни однос, није садржао посебна правила о праву на ревизију. Подносилац уставне жалбе инсистира на томе да је ревизијски суд превидео тренутно дејство Закона о јавном информисању и медијима из 2014. године на предметни парнични поступак који је био у току, па да је члан 126 тог закона прописао да је ревизија увек дозвољена против другостепене пресуде којом је тужбени захтев правноснажно одбијен, а као што је била реч у овој парници...“

Стога је за Уставни суд од кључног значаја да утврди које процесноправне одредбе се примењују на конкретан поступак: „... Испитујући да ли је Врховни касациони суд произвољно применио процесно право на штету подносиоца уставне жалбе, Уставни суд је најпре констатовао да је одредбама Закона о парничном поступку из 2011. године, које су се примењивале на предметни парнични поступак, уређено питање поступка по ревизији и процесних претпоставки за одлучивање о овом ванредном правном леку у меритуму. Одредбом члана 403(3) Закона о парничном поступку из 2011. године, у којој је Врховни касациони суд нашао упориште за доношење оспореног решења, је предвиђено да ревизија није дозвољена у имовинскоправним споровима ако вредност предмета спора побијеног дела не прелази динарску противвредност од 40.000 евра по средњем курсу Народне банке Србије на дан подношења тужбе. Међутим, Уставни суд је констатовао да је наведени процесни закон, поред општег правила за изјављивање ревизије, установио и посебне основе

за изјављивање тог ванредног правног лека код којих нема утицаја вредност предмета спора, која је у дугогодишњој законодавној пракси била пресудан критеријум за дозвољеност ревизије. У том контексту, Уставни суд указује на то да је Закон о парничном поступку из 2011. године уважио постојање других прописа који у форми *lex specialis* омогућавају изјављивање ревизије (нпр. Породични закон, Закон о забрани дискриминације итд.). Тако и одредбе члана 126 Закона о јавном информисању и медијима из 2014. године, који је почео да се примењује 14. августа 2014. године, предвиђају да је ревизија дозвољена против другостепене пресуде ако је тужбени захтев одбијен и да постоји посебан рок за изјављивање наведеног ванредног правног лека који износи 15 дана од дана достављања другостепене пресуде, као и да је искључена ревизија у парници по тужби за објављивање одговора. Из наведених законских одредаба произлази да је ревизија увек дозвољена против одбијајуће другостепене пресуде донете у парници ради накнаде штете настале објављивањем неистинитих информација у јавном гласилу. Уставни суд је увидом у списе предмета у коме је донето оспорено решење утврдио да је подносилац уставне жалбе управо поставио наведени тужбени захтев и да је пресудом Апелационог суда у Београду ГжЗ. 173/16 од 13. јула 2016. године правноснажно одбијен као неоснован његов тужбени захтев. Са друге стране, Уставни суд указује на то да одредбе Закона о јавном информисању из 2003. године, који је важио у време подношења тужбе у предметном парничном поступку нису садржале посебна правила о поступку по ревизији у тзв. штампарским споровима (осим скраћеног рока за изјављивање ревизије који је износио 15 дана од дана пријема другостепене пресуде). Узимајући у обзир да је Закон о јавном информисању и медијима из 2014. године ступио на снагу док је ова парница била у фази првостепеног поступка, пред Уставним судом се поставило питање да ли се овај пропис, који садржи *lex specialis* одредбе за тзв. штампарске спорове, примењује на поступке који су 14. августа 2014. године још увек били у току...“

Питање сукоба сукцесивних закона Уставни суд разрешава анализом прелазних и завршних одредаба, али и применом одређених правних принципа и метода: „...У том смислу, Уставни суд истиче да прелазним и завршним одредбама Закона о јавном информисању и медијима из 2014. године није регулисано питање да ли се наведене одредбе процесног карактера примењују на судске поступке који су у току. Уставни суд налази да у таквој правној ситуацији важи општи принцип тренутног дејства новог процесног закона према коме се позитивни пропис примењује на поступке који су у току. Овај правни принцип кореспондира и са одредбама члана 197 Устава које

установљавају искључиво забрану повратног дејства закона, односно забрану ретроактивне примене закона на окончане правне ситуације.

Будући да је Закон о јавном информисању и медијима из 2014. године био на снази у тренутку доношења другостепене пресуде против које је изјављена ревизија о којој је одлучено оспореним решењем, Уставни суд указује на то да је у својој Одлуци ГУз–2/2010 од 14. марта 2013. године, поред осталог, одбио захтев за утврђивање неуставности и несагласности са потврђеним међународним уговором одредаба члана 38 Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку, којима је измењен новчани цензус за изјављивање ревизије са 500.000,00 динара на 100.000,00 евра у динарској противвредности. У наведеном контексту, Уставни суд напомиње да је у том предмету изразио правни став да се право на подношење ревизије не стиче тренутком подношења тужбе, већ моментом доношења правноснажне другостепене пресуде...“

Имајући у виду цитиране ставове, Уставни суд налази да је ВКС доношењем решења о одбацивању ревизије као недозвољене, у конкретном случају повредио право подносиоца уставне жалбе на правично суђење: „...Полазећи од свих изнетих разлога, те чињенице да се Закон о јавном информисању и медијима из 2014. године примењује и на штампарске спорове који су у току, Уставни суд сматра да је Врховни касациони суд извео уставноправно неприхватљив закључак да је ревизија подносиоца уставне жалбе недозвољена. Стога је Уставни суд оценио да је ставом другим изреке оспореног решења Рев. 2330/2016 од 25. јануара 2017. године повређено право подносиоца уставне жалбе на правично суђење, зајемчено одредбом члана 32(1) Устава, па је уставну жалбу у овом делу усвојио, сагласно одредби члана 89(1) Закона о Уставном суду („Службени гласник РС“, бр. 109/07, 99/11, 18/13 – Одлука УС, 40/15 – др. закон и 103/15), одлучујући као у тачки 1 изреке.

Уставни суд је нашао да се штетне последице учињене повредом права на правично суђење могу отклонити једино поништајем става другог изреке оспореног решења Врховног касационог суда Рев. 2330/2016 од 25. јануара 2017. године и одређивањем да наведени суд у поновном поступку донесе нову одлуку о ревизији подносиоца уставне жалбе изјављеној против пресуде Апелационог суда у Београду ГжЗ. 173/16 од 13. јула 2016. године, па је, сагласно одредби члана 89, став 2 Закона о Уставном суду, одлучено као у тачки 2 изреке...“<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Одлука Уставног суда Уж–5149/2017, 25. 4. 2019, из архиве суда.

### 3. КРИТИКА ПРАВНОГ СХВАТАЊА ВРХОВНОГ КАСАЦИОНОГ СУДА

У конкретном случају, ВКС је решењем одбацио као недозвољену ревизију тужиоца поднету против пресуде Апелационог суда у Београду ГжЗ. 173/16 од 13. јула 2016. године којом је одбијена његова жалба и потврђена пресуда Вишег суда у Београду ПЗ. 165/13 од 5. априла 2016. године. Оно што је било кључно за доношење такве одлуке ВКС јесте одговор на питање који се процесни режим примењивао на дозвољеност ревизије у конкретном случају. У предметном парничном поступку било је неопходно консултовати не само одредбе ЗПП, него и процесноправне одредбе закона којим се уређује област јавног информисања.

Да би одговорио на постављено питање, ВКС је пошао од тренутка када је објављена информација која је дала повода за подношење тужбе. Како је спорна информација објављена 15. јула 2013. године, у том тренутку на снази је био ЗЈИ, који је, када је реч о ревизији, прописивао посебно правило само у погледу рока за изјављивање – 15 дана од дана достављања пресуде.<sup>10</sup> То враћа ВКС на одредбе ЗПП о дозвољености ревизије, али оно што је интересантно јесте да ВКС узима у обзир одредбе ЗПП о дозвољености ревизије које су биле на снази, не у тренутку објављивања информације (15. јул 2013. године), нити одредбе ЗПП које се биле на снази у тренутку подношења тужбе суду (30. јул 2013. године), него одредбе ЗПП које су биле на снази у тренутку доношења другостепене пресуде. Наиме, у тренутку објављивања информације, као и у тренутку подношења тужбе суду, на снази су биле одредбе ЗПП из 2011. године, пре усвајања законских измена 2014. године, када је ревизијски цензус у општем парничном поступку износио 100.000 евра. Након ступања на снагу Закона о изменама и допунама ЗПП 31. маја 2014. године, тај ревизијски цензус је у општем парничном поступку смањен на 40.000 евра. Управо тај ревизијски цензус од 40.000 евра, који је на снази у време доношења другостепене пресуде, ВКС примењује када закључује да, како је вредност предмета спора у конкретном случају 490.000 динара испод ревизијског цензуса од 40.000 евра прописаног чланом 403, став 3 ЗПП, ревизија није дозвољена.

Када су у питању процесноправне одредбе закона којим се уређује област медија и јавног информисања за ВКС су меродавна процесноправна правила која су била на снази у време када је спорна информација објављена, а када су у питању одредбе ЗПП којима се уређује дозвољеност ревизије, ВКС примењује процесноправна пра-

---

<sup>10</sup> Опште правило је да се ревизија може изјавити у року 30 дана од дана достављања пресуде (ЗПП, чл. 403, ст. 1).

вила која су на снази у време доношења другостепене пресуде која се ревизијом побија.

Након усвајања измена и допуна ЗПП 2014. године, не само да је смањен ревизијски цензус у општем парничном поступку са 100.000 на 40.000 евра<sup>11</sup> и са 300.000 евра на 100.000 евра у привредним споровима,<sup>12</sup> него је омогућено изјављивање ревизије против сваке преиначујуће пресуде другостепеног суда<sup>13</sup> и против сваке пресуде другостепеног суда којом је усвојена жалба, укинута првостепена пресуда и одлучено о захтевима странака.<sup>14</sup> Прелазним и завршним одредбама Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку прописано је да је ревизија дозвољена у свим поступцима у којима вредност предмета спора прелази динарску противвредност од 40.000 евра (општи парнични поступак), односно 100.000 евра (привредни спорови) према средњем курсу Народне банке Србије на дан подношења тужбе, а који нису правноснажно решени до дана ступања на снагу овог закона.

Из цитираних законских одредаба јасно произлази да се законодавац определио да нови смањени ревизијски цензуси буду примењени у свим оним парничним поступцима који до дана ступања на снагу законских измена (31. мај 2014) нису правноснажно окончани, а у којима вредност предмета спора прелази 40.000 евра (општи парнични поступак), односно 100.000 евра (привредни спор) и да се на тај начин омогући да ревизија у тим поступцима буде дозвољена.

Одлучујући о дозвољености ревизије, ВКС је у конкретном случају применио одредбе ЗПП које су биле на снази у тренутку доношења другостепене пресуде, али је потпуно занемарио одредбе ЗЈИМ који је био на снази у том тренутку и чија правила представљају *lex specialis* у односу на одредбе ЗПП. Чланом 1 ЗПП прописано је да се овим законом уређују правила поступка за пружање судске правне заштите по којима се поступа и одлучује у парницама за решавање спорова насталих поводом повреде права личности и спорова из породичних, радних, привредних, имовинскоправних и других грађанскоправних односа, осим спорова за које је посебним законом прописана друга врста поступка. Чланом 403, став 2, тачка 1 ЗПП прописано је да је ревизија увек дозвољена ако је то прописано посебним законом. Како је чланом 126 ЗЈИМ који је био на снази у време доношења другостепене одлуке прописано посебно правило за дозвољеност ревизије у овим споровима, оно дерогира опште пра-

<sup>11</sup> ЗПП, чл. 403, ст. 3.

<sup>12</sup> ЗПП, чл. 485.

<sup>13</sup> ЗПП, чл. 403, ст. 2, тач. 2.

<sup>14</sup> ЗПП, чл. 403, ст. 2, тач. 3.

вило прописано одредбама ЗПП, а то је ВКС морао да има у виду приликом одлучивања о ревизији тужиоца. Одредбе ЗЈИМ не садрже никаква посебна правила за парничне поступке који су покренути пре ступања на снагу тог закона, па није било разлога да се не примени члан 126 ЗЈИМ који је био на снази у тренутку доношења другостепене пресуде, ако су већ примењиване одредбе ЗПП које су биле на снази у тренутку доношења другостепене пресуде и којима је упућивано на одредбе посебног закона.

#### 4. КАДА СЕ СТИЧЕ ПРАВО НА ИЗЈАВЉИВАЊЕ РЕВИЗИЈЕ – СТАВ УСТАВНОГ СУДА

На почетку смо напоменули да је ревизија према одредбама ЗПП из 1956. године била редован правни лек, да би усвајањем ЗПП 1977. године постала ванредни правни лек, док су каснијим законским изменама услови за изјављивање ревизије постајали све рестриктивнији. Сужавање могућности за изјављивање ревизије достигло је врхунац усвајањем Закона о изменама и допунама ЗПП 2009. године, када су цензуси за изјављивање ревизије вишеструко увећани и то како у општем парничном поступку, тако и у поступку у привредним споровима.

Чланом 38 Закона о изменама и допунама ЗПП из 2009. године промењен је члан 394 тако да гласи: „Против правноснажне пресуде донесене у другом степену, странке могу изјавити ревизију у року од 30 дана од дана достављања преписа пресуде (став 1). Ревизија није дозвољена о имовинскоправним споровима кад се тужбени захтев односи на утврђење права својине на непокретностима, потраживање у новцу, предају ствари или извршење неке друге чинидбе, ако вредност предмета спора побијеног дела правноснажне пресуде не прелази динарску противвредност од 100.000 евра по средњем курсу Народне банке Србије на дан подношења тужбе (став 2). Ревизија је увек дозвољена када је то посебним законом одређено (став 3).“ Чланом 51 Закона о изменама и допунама ЗПП из 2009. године измењен је члан 486 ЗПП који прописује ревизијски цензус у привредним споровима. У члану 486, став 1 речи. „2.500.000 динара“ замењују се речима: „динарску противвредност од 300.000 евра по средњем курсу Народне банке Србије на дан подношења тужбе (став 1). Став 2 брише се.“

У таквим околностима поставило се питање дејства ове законске одредбе на парничне поступке који су у току. То питање је требало решити у прелазним и завршним одредбама закона. Опште правило садржано у члану 55, став 1 било је да ће се поступци за-

почети пре ступања на снагу Закона о изменама и допунама ЗПП из 2009. године окончати по одредбама овог закона. Међутим, за ревизију било је предвиђено посебно правило. У складу са чланом 55, став 2 о ревизијама изјављеним пре ступања на снагу овог закона одлучиваће ВКС у већу састављеном од троје судија, по правилима парничног поступка која су важила до дана ступања на снагу овог закона. Закон о изменама о допунама ЗПП из 2009. године ступио је на снагу даном објављивања у *Службеном гласнику РС* (члан 56).<sup>15</sup>

Из цитираних законских одредаба произлази да у случају када је тужилац поднео тужбу пре ступања на снагу Закона о изменама и допунама ЗПП из 2009. године, у време када је вредност предмета спора била у оквирима тада важећег ревизијског цензуса, а онда пре доношења другостепене пресуде законским изменама буде увећан ревизијски цензус, његова ревизија против те пресуде била би одбачена као недозвољена јер би се на дозвољеност ревизије применили нови прописи. Исто важи и у случају да је пре ступања на снагу Закона о изменама и допунама ЗПП из 2009. године донета другостепена пресуда која је достављена тужиоцу, због чега је почео да тече законски рок за изјављивање ревизије и, у току трајања тог рока, а пре него што је тужилац изјавио ревизију, ступи на снагу нов, знатно увећан ревизијски цензус. Иста би последица била и да је пре ступања на снагу Закона о изменама и допунама ЗПП из 2009. године донета другостепена пресуда, а да онда, пре него што је она достављена тужиоцу, ступе на снагу измене и допуне ЗПП, односно нови ревизијски цензус.

Према одредби члана 55 Закона о изменама и допунама ЗПП из 2009. године, у свим тим ситуацијама на одлучивање о ревизији применили би се нови прописи, односно увећан ревизијски цензус, па би ревизија била одбачена као недозвољена. Једино у случају када је парнични поступак покренут, другостепена пресуда донета и ревизија против те пресуде изјављена пре ступања на снагу Закона о изменама и допунама ЗПП из 2009. године, на одлучивање о ревизији применили би се раније важећи прописи, услед чега би цензус за изјављивање ревизије био задовољен (Бодирога 2019, 99–100).

У поступку пред Уставним судом оспорени су члан 38 (подизање ревизијског цензуса на 100.000 евра у општем парничном поступку), члан 51 (подизање ревизијског цензуса на 300.000 евра у поступку у привредним споровима), али и одредба члана 55 (дејство нових прописа на све поступке који су започети по ранијим прописима, осим у случају када је ревизија изјављена пре ступања на снагу нових прописа). О оцени уставности одредаба Закона о изменама и

<sup>15</sup> Закон о изменама и допунама Закона о парничном поступку, *Службени гласник РС* 111/2009 од 29. децембра 2009. године.

допунама ЗПП из 2009. године, Уставни суд је одлучивао у време када је на снази био нови ЗПП из 2011. године.

Уставни суд је у вези са поднетим иницијативама имао прилике да заузме ставове о различитим процесноправним питањима (Бодирога 2013, 192–199), а у контексту теме овог рада најзначајније је питање када се стиче право на изјављивање ревизије. Наиме, подносиоци иницијатива за оцену уставности поменутих законских одредаба тврдили су да су подизањем ревизијских цензуса изгубили стечено право на изјављивање ревизије. Према ставовима који су наведени у тим иницијативама, тужилац у парничном поступку стиче право на изјављивање ревизије у тренутку подношења тужбе, и то тако што назначи вредност предмета спора која прелази прописани ревизијски цензус. Када је тужилац у тужби означио вредност предмета која је према тада важећем ЗПП прелазила ревизијски цензус, он је према наводима иницијатора тиме стекао право на изјављивање ревизије, па ако би у току трајања поступка ревизијски цензус био повећан, тај нови увећан ревизијски цензус не би смео да се примени на поступке који су покренути пре његовог увођења јер би у супротном тужилац изгубио стечено право на изјављивање ревизије.

У образложењу одлуке којом је одлучио о уставности одредаба чланова 38, 51 и 55 Закона о изменама и допунама ЗПП из 2009. године, Уставни суд се изјаснио и о овом питању: „...Уставни суд је, потом, истражио и наводе да су изменом цензуса поводом ревизије иницијатори изгубили право на ревизију коју су стекли у тренутку подношења тужбе тако што су сами дефинисали вредност спора, као и да им је у складу са тим обрачуната висока судска такса. Поводом тога, Уставни суд констатује да се право на изјављивање ревизије не стиче тренутком подношења тужбе, како се погрешно тумаче одредбе Закона о парничном поступку, већ се право на ревизију стиче тренутком доношења правноснажне другостепене пресуде. Из тога следи да се доступност ревизије као ванредног правног лека не може оцењивати у односу на вредност предмета спора коју су одредиле саме странке у време подношења тужбе, односно која је, уз примену принципа контрадикторности, промењена до закључења главне расправе. Стога, Уставни суд оцењује да, иако је висина цензуса за изјављивање ревизије очигледно била непримерена животном стандарду већине грађана и економским приликама у Републици Србији, та околност, сама по себи, није могла бити од утицаја на оцену уставности оспорених одредаба чланова 38 и 51 Закона о парничном поступку...

...Међутим, у погледу уставности члана 55 (2) Закона којим је било прописано да ће о ревизијама изјављеним пре ступања на снагу овог закона одлучивати Врховни касациони суд у већу састављеном



од троје судија, по правилима парничног поступка која су важила до дана ступања на снагу овог закона, Уставни суд је оценио да из ове одредбе Закона произлази да је законодавац прекршио уставну забрану повратног дејства закона из члана 197 Устава. Наиме, на странке које нису изјавиле ревизију до 29. децембра 2009. године, односно до ступања на снагу Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку, а оспорена другостепена пресуда је донета до тог датума, примењују се одредбе новог Закона којим је вредност за ревизију била вишеструко увећана, што је довело до недозвољеног дејства новог Закона и на односе који су већ били окончани у том тренутку. Такође, оспорена одредба члана 55 (2) Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку ставила је у неравноправну позицију једну групу лица у односу на све друге учеснике у поступцима по ревизији, у односу на које је донета другостепена пресуда до овог датума која им је и достављена. Уставни суд понавља, као што је то већ више пута рекао у овој одлуци, да се право на изјављивање ревизије стиче даном доношења другостепене пресуде, па је у складу са начелом забране дискриминације, које гарантује члан 21 Устава, само такво законско уређење прелазног режима изјављивања ревизије, које би све учеснике у поступку ставило у једнаку правну ситуацију у односу на правноснажне пресуде које су донете до 29. децембра 2009. године, а независно од тога када су им оспорене пресуде и уручене.

Стога је Уставни суд оценио да из наведених разлога оспорена одредба члана 55 (2) Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку, у делу који гласи: „изјављеним пре ступања на снагу овог закона“, у време важења није била у сагласности са Уставом и са потврђеним међународним уговором, па је, у складу са одредбом члана 45, тачка 1 Закона о Уставном суду, одлучио као у тачки 1 изреке...“.<sup>16</sup>

Цитирани ставови Уставног суда су јасни. Право на изјављивање ревизије стиче се тренутком доношења другостепене пресуде која се ревизијом жели побијати. Мењање услова за дозвољеност ревизије мора бити извршено на такав начин да све странке у поступку у односу на које је другостепена пресуда донета истог датума, ставља у исти процесноправни положај у погледу могућности за изјављивање ревизије против те пресуде. Становиште које је у цитираној одлуци заузео Уставни суд у складу је са ставовима правне теорије који у погледу услова за дозвољеност правног лека заговарају примену оних процесних правила која су била на снази у тренутку доношења одлуке (Познић, Ракић– Водинелић 2015, 76; Трива, Дика 2004, 64–66; Leuenberger, Uffer-Tobler 2010, 9). Постоји додуше и став према

<sup>16</sup> Одлука Уставног суда IУз–2/2010, 14. 3. 2010, из архиве суда.

којем се на поступак по уложеном правном леку примењује стари закон ако је правни лек већ уложен у време важења старог закона, док би се, ако је правни лек изјављен након ступања на снагу новог закона, његова дозвољеност ценила по одредбама тог закона (Јакшић 2018, 124). Овакав став је оспорен у одлуци Уставног суда коју смо цитирали.<sup>17</sup> У сваком случају, приликом одређивања по којим нормама ће се ценити дозвољеност правног лека, мора се водити рачуна како о правној сигурности, тако и о заштити права странака (Кеча, Кнежевић 2016, 58), при чему су редовни судови дужни да отклоне сваку неизвесност у погледу тога по којим процесним правилима ће се поступак водити (Бодирога 2015, 667–668).

Управо о тим критеријумима Уставни суд је водио рачуна када је заузео став да се право на изјављивање ревизије стиче у тренутку доношења другостепене пресуде и да то важи не само у ситуацији када се током трајања парничног поступка законским изменама поопштравају услови за изјављивање ревизије, него и онда када се у току парничног поступка законским изменама право на изјављивање ревизије чини доступнијим, као што је ситуација у конкретном примеру који смо приказали. Наиме, у тренутку подношења тужбе, поред ЗПП примењивао се и ЗЈИ који није предвиђао посебне услове за дозвољеност ревизије, већ је у односу на одредбе ЗПП одступање постојало само у погледу рока за њено изјављивање. У тренутку доношења другостепене пресуде, осим ЗПП, на снази је ЗЈИМ, који се примењује и на парничне поступке који су у току и који у члану 126 прописује да се против сваке другостепене пресуде којом је одбијен тужбени захтев ревизија може изјавити. Одлучујући о дозвољености ревизије, ВКС као тренутак меродаван за одлучивање о томе који ће се процесни режим применити узима дан када је објављена информација која је представљала повод за покретање парничног поступка, уместо дана доношења другостепене пресуде, па уместо да примењује одредбе ЗЈИМ, највиши суд у Републици Србији примењује одредбе ЗЈИ, односно констатује да, у одсуству посебних

<sup>17</sup> Наиме, одредба члана 55, став 2 овог закона прописивала је да ће се о ревизијама изјављеним пре ступања на снагу тог закона одлучити по правилима која су важила до његовог ступања на снагу, док ће се о ревизијама изјављеним након ступања на снагу тог закона одлучивати по процесним правилима садржаним у том закону. Уставни суд је заузео став да се на тај начин странке у односу на које је другостепена пресуда донета и ревизија изјављена пре ступања на снагу тог закона стављају у неравноправан положај у односу на странке у односу на које је другостепена пресуда донета, али ревизија није изјављена пре ступања на снагу тог закона (другостепена пресуда још није достављена или јесте достављена али рок за изјављивање ревизије још увек није истекао и сл.). Према тумачењу Уставног суда, прихватљиве су само такве прелазне процесноправне одредбе које би све странке у односу на које је другостепена пресуда донета пре ступања на снагу Закона о изменама и допунама ЗПП из 2009. године ставиле у једнаку правну ситуацију.

одредаба овог закона којима се уређује дозвољеност ревизије, треба применити општа правила ЗПП, али онда примењује ЗПП који је на снази у тренутку доношења другостепене пресуде, па применом члана 403(3) ЗПП решењем одбацује ревизију тужиоца као недозвољену. При свему томе ВКС је занемарио основно правило у примени процесноправних норми, а то је да се оне пре свега морају тумачити на начин који је уставноправно прихватљив (Ballon 2009, 378).

Како је тужиоцу на располагању била и уставна жалба, он је то правно средство искористио, а Уставни суд је, одлучујући о уставној жалби, још једном добио прилику да понови добро познате ставове, који су први пут објављени у цитираој одлуци ИУз–2/2010 од 14. марта 2013. године. Тиме је још једном потврђено да се право на изјављивање ревизије стиче у тренутку доношења другостепене пресуде, па оцену услова за дозвољеност ревизије треба ценити према прописима који су у том тренутку на снази, а то значи не само према одредбама ЗПП, него и према одредбама посебног закона ако се њиме прописују посебни услови за дозвољеност ревизије. Одлуке Уставног суда су коначне, извршне и општеобавезне,<sup>18</sup> па се може оправдано поставити питање зашто ВКС није уподобио своје поступање одлуци Уставног суда која је донета пре више од шест година у поступку оцене уставности ЗПП, при чему је сам Уставни суд ставове из те одлуке константно афирмисао одлучујући о уставним жалбама изјављеним против одлука редовних судова.

## 5. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Честе измене закона којима се уређује парнични поступак постале су једна од најважнијих карактеристика нашег правног система. О томе колико је ова пракса штетна за правну сигурност не треба посебно говорити. Не само да странке у парничном поступку често не знају која процесноправна правила треба применити у поступку у којем се решава о спорном грађанскоправном односу него често то не знају ни судови. Томе погодује чињеница да, осим правила општег парничног поступка, постоје и посебна правила за поједине парничне поступке која нису садржана само у Закону о парничном поступку већ се поједина процесноправна правила налазе у материјалноправним прописима који се и сами често мењају.

Тачан одговор на питање који процесни режим треба применити у конкретном случају, у којем су се током трајања поступка два или више пута промениле релевантне процесноправне норме, подразумева постојање јасних и прецизних законских одредаба и

<sup>18</sup> Устав, чл. 166, ст. 2.

њихово правилно тумачење, а у њиховом одсуству морају се узети у обзир правна начела и ставови правне науке. Нажалост, поступање редовних судова у парничном поступку не функционише на напред наведеним принципима. Инсистирање на претерано формалистичком приступу у примени норми грађанског процесног права и на језичком тумачењу као једино меродавном има за последицу доношење судских одлука којима се повређују или ускраћују Уставом зајемчена људска и мањинска права и слобода. Такав приступ може се срести и одлукама највишег суда у Републици Србији. Контрола судских одлука коју у поступку по уставним жалбама врши Уставни суд представља важан корективни механизам, али је за његово успешно функционисање неопходно да редовни судови доследно поштују и примењују одлуке Уставног суда и ставове који се односе на заштиту уставних права и слобода.

#### ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Ballon, Oskar J. 2009. *Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht: Streitiges Verfahren*. Leykam: Manz Verlag.
- Бодирога, Никола. 3/2015. Неки проблеми у примени Закона о парничном поступку у споровима мале вредности. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 49: 653–671. (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)
- Бодирога, Никола. 2019. *Уставна јемства у парничном поступку*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (Bodiroga, Nikola. 2019. *Ustavna jemstva u parničnom postupku*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)
- Бодирога, Никола. 2013. Приступ ВКС у грађанским стварима – одлука Уставног суда и европски стандарди. 192–199. *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије*, Књига 3, ур. Стеван Лилић. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (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.)
- Јакшић, Александар. 2018. *Грађанско процесно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (Jakšić, Aleksandar. 2018. *Građansko procesno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

- Кеча, Ранко, Марко Кнежевић. 4/2017. Дозвољеност ревизије у парничном поступку због преиначујуће жалбене пресуде: последица уставне гаранције права на правно средство или само правнополитичко питање: уједно и прилог учењу о контролном концепту поступка по правним лековима. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 51: 1251–1284. (Кеча, Ранко, Марко Кнежевић. 4/2017. *Dozvoljenost revizije u parničnom postupku zbog preinačujuće žalbene presude: posledica ustavne garantije prava na pravno sredstvo ili samo pravno-političko pitanje: ujedno i prilog učenju o kontrolnom konceptu postupka po pravnim lekovima. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 51: 1251–1284)
- Кеча, Ранко, Марко Кнежевић. 2016. *Грађанско процесно право*. Београд: Службени гласник. (Кеча, Ранко, Марко Кнежевић. 2016. *Građansko procesno pravo*. Beograd: Službeni glasnik.)
- Leuenberger, Christoph, Beatrice Uffer-Tobler. 2010. *Schweizerisches Zivilprozessrecht*. Bern: Stämpfli.
- Познић, Боривоје, Весна Ракић-Водинелић. 2015. *Грађанско процесно право*. Београд: Правни факултет Универзитета Унион. (Poznić, Borivoje, Vesna Rakić-Vodinelić. 2015. *Građansko procesno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerzitat 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.

Мр Слободан Илијић\*

Небојша Јовановић. 2017. *Саобраћајно право. Књига 1, Општи део*. Београд: Центар за издаваштво и информисање Правног факултета Универзитета у Београду, 566.

Уобичајено је да се дело лепе књижевности, као што је роман актуелног писца, прикаже сутрадан по објављивању. Приказивање универзитетског уџбеника захтева извештајан протек времена од тренутка објављивања. Овај приказ је посвећен једном од првих уџбеника саобраћајног права у држави Србији, веома корисном уџбенику за правничку струку и науку за област – *Саобраћајно право. Општи део*, из пера професора Правног факултета Универзитета у Београду др Небојше Јовановића. Уџбеник се по структури састоји из четири дела, али има бројне и врло интересантне прилоге.

1. Наслов првог дела је – „Увод у саобраћајно право“. Први део чине две главе, али из те две главе могу се издвојити три поставке. У првој поставци аутор је пошао од потребе да анализира појам саобраћаја, с обзиром на то да се тим појмом бавила саобраћајна, правна и економска књижевност. Тим путем дошло се до разликовања ширег и ужег појма саобраћаја. Шири појам саобраћаја обухватио би не само пренос људи и ствари него и нематеријалне појаве (идеје, вести, поруке) пренете путем поште, телефона, радија, телевизије или интернета. Аутор је, пошто се из ширег појма саобраћаја искључе пренос вести и приватни саобраћај, прихватио ужу дефиницију појма саобраћаја, која је примеренија праву. У тој дефиницији наглашава се појам саобраћаја као привредне делатности у којој се возилима преносе људи и ствари са једног места на друго. На тај начин изложен појам саобраћаја чинио би прву поставку увода у саобраћај. Друга поставка аутора више је окренута резултатима саобраћајноправне науке и питањима из саобраћајно-правничке струке. Друга поставка аутора садржи најпре један важан правнометодолошки приступ. Тај приступ је указао на то да је саобраћајно право скуп општих правних правила

---

\* Аутор је члан Председништва Удружења правника Србије.

којима се уређују имовинскоправни односи између учесника у превозу робе и путника и управноправни односи који непосредно служе обављању делатности превоза. Правнометодолошки, тај приступ може да објасни структуру изложене саобраћајноправне материје у уџбенику. Разуме се, у неким деловима или главама уџбеника више је заступљен имовинскоправни аспект саобраћајног права, а у неким управноправни аспект тог права. После овог приступа дефинисан је појам саобраћајног права. Наиме, саобраћајно право је дефинисано као грана права којом се уређују организовано обављање превоза робе и путника у свим његовим гранама и односи у вези са пословима у које ступају превозници са корисницима својих услуга. Уз научно дефинисан појам саобраћајног права, прецизирана је даља подела на гране саобраћајног права, и то на: морски, речни, железнички, друмски, ваздушни, цевоводни и мешовити саобраћај, чиме је заокружена друга поставка уџбеника. Трећа поставка аутора била је садржана у актуелном опису географско-саобраћајних чињеница и одлика Србије. На основу тога читалац може да препозна следећу идеју или поставку аутора: саобраћајном политиком и саобраћајним правом могу да се у дужем периоду валоризују географске, трговачке, историјске и политичке прилике конкретне националне државе.

2. У другом делу уџбеника, под називом „Јавно саобраћајно право“, аутор се бави организацијом саобраћаја, улогом царине у саобраћају, и најзад, надлежношћу судова из угла саобраћајног права. Структура тог дела уџбеника прилагођена је пре свега потребама студената.

3. У трећем делу уџбеника приказано је – имовинско саобраћајно право. Могло би се рећи да правни институти тог дела уџбеника спадају у најинтересантније теме у саобраћајном праву. Уводним излагањем у почетној глави трећег дела указано је на више слојева у структури имовинског саобраћајног права, који ће бити потребни дипломираном правнику у примени саобраћајног права. Отпремању или шпедицији посвећено је тридесет страна, уз подсећање на грађанскоправне корене уговора о шпедицији. Затим су изложена још четири уговора, а сваком од њих је посвећена посебна глава. Прво је конципиран уговор о превозу, затим уговор о превозу ствари, па уговор о превозу путника и, најзад, уговор о превозу пртљага. Сви ти уговори, истакао је аутор, имају грађанскоправно порекло и трговачкоправну природу у саобраћају. Сваки од тих уговора чита се лако, као роман, јер су описани једноставним правничким стилем и јасним језиком. Истицање порекла и правне природе тих уговора за читаоца-студента и читаоца-запосленог у привреди, банци, осигурању значи да у том делу уџбеника може да нађе одговоре на многа саобраћајноправна питања и актуелне проблеме који настају или могу да настану у пословној пракси.



4. У четвртном делу уџбеника реч је о посебним врстама превоза. У односу на основне уџбенике саобраћајног права, који су објављивани за време СФРЈ, та област саобраћајног права доживела је највише позитивноправних промена. Посебне врсте превоза приказане су у две главе. Предмет прве главе је превоз са више превозника, а друге превоз опасне робе. Приближавајући читаоцу материју превоза са више превозника, аутор објашњава бројне модалитете двојног превоза, узастопног превоза и мешовитог превоза, а све то имајући у виду потребе студената и наставе. Научни приступ сваком од тих института обухватио је дефинисање појма, разграничење тог института са сличним институтом, организацију превоза и учеснике, одговорности, трајање, рокове застарелости потраживања и др. Сложеност материје имовинског саобраћајног права илустрована је оним питањима због којих настају „главобоље“ правника у пракси, али је аутор налазио и терапију за излечење „главобоље“ у пракси примене правне регулативе. Мада Србија нема море, дипломирани правник у Србији који се бави организовањем саобраћаја са више превозника мора да узме у обзир специфичности морског саобраћаја. Савремени превоз са више превозника од будућих правника у Србији захтева да у организовању узму у обзир савремена саобраћајнотехничка достигнућа, па се аутор уџбеника побринуо и за то наводећи тачку о мешовитом превозу лебделицом (оверкрафтом). Што се пак тиче главе о превозу опасне робе, материја саобраћајног права заснована је на неколико раније ратификованих основних међународних конвенција и бројним протоколима, односно инжењерско-техничким стандардима у извршењу тих конвенција.

5. Први уџбеник из саобраћајног права објављен је 1963. године, а затим објављено је још неколико основних и помоћних уџбеника саобраћајног права. Сви ти уџбеници објављени су на подлози географско-саобраћајних карактеристика ФНРЈ, СФРЈ, СРЈ и све њих аутор овог уџбеника узео је у обзир на адекватан начин. Овај уџбеник саобраћајног права међу првим је објављен у самосталној држави Србији, чиме је попуњена велика празнина у саобраћајноправној књижевности и публицистици Србије.

6. Овај уџбеник саобраћајног права има бројне вредности и отуда представља значајно дело у српској правној баштини XXI века. Пре свега, приложен је веома детаљан и практично сачињен азбучни списак појмова, који читаоцу омогућава да брзо и лако путује кроз сложену материју саобраћајног права и да савлада законитости те научне области. У многим областима аутор је указао на недостатке правне регулативе, па ово дело може да буде корисно представницима законодавне власти и свима који се баве правним нормирањем у свим гранама саобраћаја. Проф. др Небојша Јовановић је богато теоријско знање изразио у приказима ставова великог броја ау-

тора и дела, објављених и на српском и на страном језику. Списак коришћене књижевности, азбучно и абecedно, омогућује заинтересованом читаоцу да се ближе упозна са тим делима. Посебну вредност овом делу, чиме превазилази оквире уџбеника, даје анализа бројних правних питања кроз конкретне одговоре судске праксе и детаљне приказе спорних случајева са критичким освртом и позивањем на конкретне судске одлуке наших судова и на преседане англосаксонског права. Најзад, приложен је прегледан азбучни списак преседана и домаћих пресуда, који су повезани са појединим правним институцима, односно конкретним питањима у оквиру тих института.

7. Излагање материје саобраћајног права у приказаном делу задовољило је и потребе студената основних, мастер и докторских студија на правним факултетима и потребе професионалаца запослених у саобраћају, инжењера, вештака, актуара, проценитеља, запослених у осигурању, туристичкој делатности и др. Истовремено, ово дело је интересантно за оне којима је примена саобраћајног права и саобраћајне политике допунска делатност, чиме би била покривена и таква интересовања. Саобраћајно право је позитивноправна дисциплина или област права подложна честим променама међу изворима међународног саобраћајног права (укључујући инжењерско-техничке стандарде и сл.), а још више међу изворима саобраћајног права у Србији. Дело је штампано ћириличким писмом, броширано, прикладне величине слога, укусно визуелно опремљено, а његова цена је приступачна.

Др Дамир Бановић\*

Jovanović, Miodrag A. 2019. *The Nature of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 272.

Веома ријетко се дешава да се неко одлучи кренути у иновативна истраживања о природи права и новим методолошким приступима, још рјеђе када је ријеч о природи међународног права и начину његовог филозофскоправног посматрања. У том смислу, књига *Природа међународног права* (енгл. *The Nature of International Law*) представља сигурно први озбиљан рад у тој области. Не само зато што се бави природом међународног права, већ и зато што нам даје унапријеђене методолошке поступке погодне за истраживања феномена ван парадигме права државе.

У позитивноправном табору скоро да и нема инспиративнијих радова којима би се покушао објаснити феномен права као таквог. Истраживања се крећу у минималним нијансирањима, терминолошким објашњењима те остају на позицијама које филозофији права не доносе ништа заиста ново. Можда је разлог томе аналитички метод и метафизички инспирисана концептуална анализа која је у свом домену ограничена. Но, развојем других друштвених дисциплина, методолошким поступцима и могућностима интердисциплинарног приступа нове методологије, методолошка унапређења, нови приступи у теорији концепата, сасвим су природни и логични. Управо је то једна од вриједности Јовановићевог приступа: кретање у оквирима аналитичког приступа или од већ познатих и добро утврђених темеља, њиховој модификацији и развоју примјеном прототипске теорије концепата. Могло би се рећи – мали кораци, али не и мање битни.

Данас се већ чини неоправданим водити се правом државе као парадигмом и централним случајем због постојања других правних феномена који не испуњавају све критерије које је поставила Келзенова нормативна теорија, па и аналитичка јуриспруденција у англосаксонском свијету, односно од Церемија Бентама, Џона Остина

---

\* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Сарајеву, на научној области теорија права и државе, [d.banovic@pfsa.unsa.ba](mailto:d.banovic@pfsa.unsa.ba).

и коначно Херберта Харта. Освјежења у новијим приступима проучавању феномена права налазимо у радовима Брајана З. Таманахе, Вилијама Твајнинга, Дениса Галигана, Јиргена Хабермаса, Резе Банакара и других, прије свега социолошкоправних теоретичара. Њихови радови су инспирисани новим емпиријским и теоријским социолошкоправним истраживањима, друштвеном теоријом и политичком филозофијом. Може се рећи да је то један нови интердисциплинарни приступ који омогућава даља теоријска истраживања.

Јовановић први пут у филозофији права на иновативан начин теоријски расвјетљава и објашњава феномен међународног права. Но, иако су његово посматрање и методологија фокусирани на један од правних феномена, они би се лако могли примијенити и на право уопште. Или, посматрати право кроз критерије које је поставио или карактеристике које (међународно) право уобичајено има да би се могло идентификовати као „право“.

Како је правило наведено и на самом почетку, правна теорија је све до сада већином игнорисала међународно право као предмет истраживања или „филозофирања“ о праву (стр. i). Како и сам наводи, његов рад се креће у оквирима аналитичке традиције, али напушта доминантан приступ метафизички вођене аналитичке јуриспруденције (стр. i). Јовановић уводи прототипску теорију концепата која му даје оквир за утврђивање „типичних карактеристика“ које конституишу природу међународног права (стр. i).

Разматрање ранијих идеја о природи међународног права чини се пожељним јер, како нас уче историјска јуриспруденција (Vix, 2018) и савремена социолошкоправна теорија, раније теорије и концепти дају добре основе и разграничавају феномен од праву сличних феномена. Други разлог лежи у чињеници да човјечанство у развоју права на практичном нивоу није отишло предалеко, те су се циклично мијењале потребе за централизацијом и правном фрагментацијом, већим и мањим степеном развоја права, но потребе за одређеним облицима и начинима међусобних регулација нису есенцијално промијениле своју суштину већ само облик и степен развоја. Тако и I поглавље Јовановићеве књиге почиње кратким историјским прегледом и развојем права ван парадигматског оквира права државе, идеје суверенитета, те се креће у оквирима тежњи за универзалном валидношћу норми развијених прије свега у природноправним учењима (стр. 8–31). Но, почетком 19. вијека и развојем идеје правног позитивизма десило се да је интерес за феномен права ван оквира државе престао. Јовановићев историјски преглед појаве, посматрања и развоја идеје међународног права довољан је, не оптерећује главну идеју књиге и ствара простор за други, вјероватно и најзначајнији дио: о методологији (стр. 32–64). Јер како присту-

пити анализи феномена међународног права, када доминантни позитивноправни приступи то онемогућавају, посматрају међународно правно као гранични случај или, у најгорем случају, одузимају му одређење правног феномена. Логично је почети методологијом, али нужно са другачијом, новијом или модификованом.

У његовом методолошком дискурсу, критикује поставке концептуалне анализе која полази од априорних, есенцијалних и нужних елемената права. Та Јовановићева критика није нешто ново и може се већ наћи код аутора социолошкоправног усмјерења. У том смислу, Брајан З. Таманаха у својој књизи *A general jurisprudence of law and society* (Таманаха, 2001) управо заступа идеју да право не посједује априорне, нужне и есенцијалне карактеристике. Он им те карактеристике одузима јер право није природни већ друштвени феномен и нема нужних и есенцијалних елемената. Такођер, како Јовановић добро примјеђује, у концептуалној анализи међународно право је посматрано као један од граничних случајева и тиме незанимљив за филозофију права (стр. 3). Коначно, концептуална анализа у својој преаналитичкој фази ослања се на интуитивне ставове ограничене нашим уобичајеним представљањем концепата (стр. 3). Та метода се заснива на психолошким претпоставкама које су у супротности са новим истраживањима у пољу когнитивне психологије (стр. 3). Експерименти су показали да ми посматрамо категорије (концепте) као репрезентације низа карактеристика груписаних око неке врсте прототипа (стр. 3). Но, не само когнитивна психологија већ и широка емпиријска истраживања права показују многе мањкавости аналитичког метода и непотребним заснивање концепата на интуицији (јер се они могу емпиријски потврдити или оповргнути), али и научну тврдњу да право не посједује есенцијалне и нужне елементе. За разлику од когнитивне психологије, која се фокусира на наше перцепције, социолошкоправна истраживања се фокусирају на појавне правне феномене у друштвеном контексту. Прототип теорије концепата има тежњу да објасни и расвијетли феномен права, те га посматра као облик људске активности различит од других, као врсту или жанр (стр. 3). На сличан начин и Галиганова концепција (Galligan, 2015), примјењујући Веберову методологију и полазећи од Хартове аналитичке јуриспруденције, посматра право као један облик људске друштвене активности, те апстрахује минималне заједничке елементе различитим појавним феноменима права. Они се не посматрају као нужни већ као карактеристични и апстраховани из друштвеног контекста, но сви појавни облици права садрже минималне карактеристике које чине „правну врсту друштвене дјелатности“, али које на нижим или преклапајућим има потенцијално другачије елементе. Према Јовановићевом мишљењу, објашњење појма једне врсте друштвене активности води ка формулацији концепта права,

схваћеног као репрезентација групе карактеристика или елемената око једног прототипа (стр. 3). Постоји доста сличности између социолошкоправног теоријског приступа и прототипске теорије концепата. Разлика је у томе што Јовановић покушава да објасни концепт међународног права; Галиганов приступ феномену права у модерним државама, а Таманахин да дође до опште концепције права конвенционалним схваћањем његовог појма. Сва три приступа преузимају дијелове аналитичког и комбинурају са другим приступима: друштвене теорије, емпиријских истраживања и когнитивне психологије.

Јовановић у методолошком дијелу одлично нијансира различите аналитичке приступе јер се веома често погрешно схвата да постоји један јединствен аналитички метод, као што није ни оправдано постављати оштре и непомирљиве границе у односу на друге приступе (Поглавље II, стр. 32–64). Такођер, Јовановић идентификује, сада већ релативно познате, проблеме аналитичког приступа: априоризам, есенцијализам и претендовање на универзалност метода. У том погледу то већ није нешто ново, али је нужно разбити ту илузију и другачијим приступима. Ако је право артефакт једног типа друштвене активности, онда се не може говорити о априорним, нужним и есенцијалним елементима јер они не одговарају друштвеној реалности права. То је лакши и комфорнији приступ, али у том погледу мањкав. Пошто је аналитички приступ формиран око парадигме права државе и тиме је претендовао на универзалност свог метода, данас већ (а сигурно и у вријеме када је постао доминантан у 19. и 20. вијеку), због других појавних облика правне регулације, дјелује пароксијално. Онда треба бити искрен и јасно рећи да је ријеч о „концепту права државе“ не о праву уопште. Но свако отварање и ширење концепта ствара опасност губљења идеје права у односу на друге облике друштвене регулације. О томе говори Вилијам Твајнинг (Twining, 2009) као о потреби дефиниционог минимума. Те опасности је итекако свјестан Јовановић и тврди да треба задржати степен категоризације и разграничења јер другачије, према мом мишљењу, није ни могуће. Поставља се логично питање: на који начин ми категоризујемо? Односно, како формирамо концепт, те како посљедично формирамо концепт права? У складу са новим приступима у когнитивној психологији, Јовановић предлаже модификовање концептуалне анализе и њено прилагођавање анализи права као феномену, изостављањем нужних и есенцијалних елемената, али заснивањем на прототипу и градацијом око централног примјера.

Јовановић у свом раду издваја типичне карактеристике (међународног) права: (1) нормативност (Поглавље IV, стр. 78–155); (2) институционалност (Поглавље V, стр. 156–178); (3) гаранцију присиле (Поглавље V, стр. 182–190); (4) својство праведности (Поглавље VI, стр. 191–202) и (5) фрагментарности (Поглавље VII,

стр. 208–218). У даљем дијелу рада, све до краја књиге, сваку од тих типичних карактеристика излаже детаљној анализи и критици, нијансирајући сваки од тих елемената.

Као један од облика друштвене дјелатности, право тежи да регулише и координише дјелатности различитих друштвених актера, те да рјешава њихове међусобне спорове (нормативност); оно посједује институције путем којих се оне стварају, те институције које одлучују да ли су правила прекршена (институционалност); постоји облик гаранције у неком облику присилног механизма (гарантована присила), те да ли је право, уопштено посматрајући, погодно за испитивање и процјену концепта правде (својство праведности). Те типичне карактеристике међународног права зависе од друштвеног контекста, те су оквир у којем Јовановић испитује да ли их и у којем облику међународно право посједује. Друштвена пракса и развој из оквира права државе учинили су те карактеристике *очитим*, те је потребан само модификован модел који ће их апстраховати и учинити кохерентним. Тај модел, онда, можемо користити за објашњења и разумијевање феномена међународног права.

Анализирајући и испитујући елемент нормативности, Јовановић отвара два значајна проблема: за које норме међународног права можемо рећи да су валидне или које критерије треба да испуне како би се окарактерисале као: *ius cogens* – облигације које дјелују *erga omnes*; обичаји међународног права и, коначно, како оне престају бити дио међународног права. Друго питање нормативности односи се на тврдње неких аутора да право ствара разлоге за дјеловање на начин да искључује друге нормативне поретке. Јовановић критикује те поставке и сматра да је право само један од нормативних поредака, те да његова нормативност није ништа посебно. Односно, уводи идеју о релативној нормативности међународног права. То релативизовање нормативности као једне типичне карактеристике (међународног) права посљедица је напуштања априорних и нужних елемената, те увид у друштвену реалност конкуришућих нормативних поредака. Нормативност права, а тиме и међународног права, није нешто што само по себи чини нужном његову обавезност, а тиме не и нешто специфично везано само за право.

Право и према аналитичком приступу, по својим карактеристикама, укључује постојање институција које га стварају, које га примјењују/рјешавају спорове и институције које присилно гарантују његову примјену. Као парадигму, гдје су државе те које су учесници у процесу стварања, Јовановић анализира Уједињене нације као једног од креатора међународноправног поретка. Уз стварање иде и питање примјене и рјешавања међународноправних спорова. Несумњиво је велик пораст сталних (нпр. Међународни суд прав-

де, Међународни кривични суд) и *ad hoc* међународних судова и сталних и *ad hoc* међународних арбитража, као тијела која нужно: (1) да би га примијенила, препознају шта је то међународно право и (2) одлучују да ли је оно прекршено или није. Коначно, како је и Келзенова нормативна теорија права везала питање правне норме за санкцију, односно могућност присиле у случају њеног кршења, нужно је и у међународном праву испитати да ли она постоји и како се манифестује. Уколико и постоји присила, она се не манифестује кроз типичне карактеристике које налазимо у националном праву. Погрешно би било и тврдити да постоји само један облик присиле као облика гаранције норме јер је и она, као и право, људски артефакт и овиси о начину на који ће он бити креиран. Ако је први појавни облик била правна санкција, није нужно да она буде и једини. Односно, могуће је замислити друге облике присиле специфично везане за међународно право. Занимљиво, Јовановић уводи, а што се већ издвојило као дио друштвене праксе, искључивање као облик санкционисања кршења међународноправних норми или, прецизније, ускраћивање међународноправног актера (тј. непослушника или кршитеља норме) користи друштвене кооперације и чланства.

Коначно, фрагментација међународног права у погледу креатора и извора нужно не мора значити лошу одлику, већ *једноставно* одлику међународног права. У примјени права, показало се, да међународни трибунали поступају са претпоставком да је међународно право кохерентан нормативни поредак, те да мноштво извора, у ствари, омогућава различита интерпретативна средства која би се могла примијенити приликом рјешавања спорова. Занимљиво, као један идеални елемент, Јовановић уводи и идеју да међународно право има специфичну карактеристику „прилагодљивости“ идеје правде. Можда би било прецизније одређење да међународно право служи концепту правде, као једном идеалном елементу. Но тај идеал правде, сматрам, не смије се посматрати ван мреже значења међународноправног поретка. Оквир значења је постављен, само треба одредити садржај.

Јовановићева књига је сигурно прва која се не бави филозофскоправним испитивањима међународног права у савременој филозофији права. Пошто је прва, не постоје друге с којима бих је могао упоредити као цјелину. Његов приступ чини мале, али значајне кораке. Полази од познатог, прилагођава га и отвара простор за проучавање других значајних феномена права. Његов приступ није револуционаран, већ еволутиван. Он не руши постојеће оквире, већ их унапређује. Неко би рекао: иде сигурним путем. Но, право говорећи, није ни потребно. Већ су задати оквири солидна основа,



само треба уклонити идеје које оптерећују метод и увести нове, те модификовати постојеће. У коначници, то нам управо и доказује да је међународно право, по својој природи, управо право.

#### ЛИТЕРАТУРА (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.

Др Борис Беговић\*

„Када је у питању разарање, можете рачунати на большевике.“

Морис Верстрет, 1917. године

Hassan Malik. 2018. *Bankers and Bolsheviks: International Finance and the Russian Revolution*. Princeton – Oxford: Princeton University Press, 296

Ово књига је посвећена готово потпуно заборављеном догађају – државном банкроту (*sovereign default*) који је совјетска Русија прогласила у фебруару 1918. године. Према неким индикаторима, највећем државном банкроту у (финансијској) историји света. И једном од ретких у којим држава дужник не само да је престала да извршава своје обавезе према повериоцима него је јавно и недвосмислено порекла све те своје обавезе, то јест одрекла се свих државних дугова који су настали пре ступања на власт оних који су одлучили да историја почиње од њих.

Иако је тај догађај за многе, укључујући повериоце, представљао изненађење, аутор већ у уводу, анализирајући Лењиново писање у предреволюционарном периоду, нарочито налазе његове књиге *Империјализам као највиши стадијум капитализма*, закључује да том изненађењу није било места. За Лењина је, како пише аутор, финансијски капитал, отелотворен пре свега у банкама, био основни покретач глобалног капиталистичког система, а тај систем, Лењин није скривао, требало је разорити. Револуција ће бити, закључује аутор, „експлицитно финансијска“ (стр. 3). Стога и не треба да чуди совјетски државни банкрот којим је ударац нанет повериоцима – банкама, бар како су то оцењивали большевици.

Но, пре него што пажњу посвети сâмом државном банкроту совјетске Русије, аутор с правом читаоца води кроз деценије које су том банкроту претходиле и кроз кратку историју руских државних финансија. Тај историјски преглед почиње последњом деценијом XIX

---

\* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, [begovic@ius.bg.ac.rs](mailto:begovic@ius.bg.ac.rs).

века, временом када царска Русија бележи високе стопе привредног раста, заснованог на убрзаној индустријализацији и свеобухватној трансформацији по много чему још увек феудалног друштва. То је време када на место министра финансија ступа Сергеј Вите. За њега се везује велики инвестициони замах у царској Русији крајем XIX и почетком XX века, нарочито у изградњи железница, са Транссибирском железницом као симболом те изградње. Перцепције могу да буду варљиве, али је неспорно да је управо током Витеовог мандата Русија прихватила златни стандард (1897. године) и учестало се појављивала на страни тражње на међународном тржишту капитала, како би прикупила средства за убрзану индустријализацију под пашком државе. Управо су се у том периоду руске државне финансије потпуно интегрисале у међународно тржиште капитала, и то тако да је Русија постала највећи појединачни дужник на том тржишту – пред Први светски рат, ниједан државни дуг није био већи. Русија се у позајмљивању капитала окренула пре свега Паризу и Берлину, што је, уз тадашње свеобухватно захлађење у односима Немачке и Русије, довело до тога да су француске банке биле најактивније. Ротшилдови, који су тада били доминантан играч у Лондону, нису били заинтересовани да се укључе, „згрожени над царистичким антисемитизмом“ (стр. 51). Ц. П. Морган и Вол стрит су тада још увек имали друге приоритете. Због тога је било неминовно да Французи буду највећи повериоци царске Русије.

Управо тако – Французи, а не само француске банке. Реч је о следећем: тадашњи државни зајмови били су засновани, као и већина данашњих, на емитовању обвезница. Притом, француске банке су биле само покровитељи емисије руских државних обвезница, иако су одређени њихов део задржале у свом портфељу. Већи део обвезница купили су, пласирајући своју штедњу, мали инвеститори, укључујући велики део француске средње класе, као и одређени део француске радничке класе, која је, уз сељаке, крајем XIX века већ располагала одређеном штедњом.<sup>1</sup>

Убрзани привредни раст Русије није пратила политичка стабилност, што је изазвало, после жестоког пораза Царевине у Руско-јапанском рату 1905. године, серију политичких и економских нестабилности познатијих као Револуција из 1905. године, коју је Лењин касније назвао „генералном пробом Октобарске револуције“. Све то је узроковало пад нивоа привредне активности, увећање фискалног дефицита, финансијску кризу и потребу да се увећаним нивоом

<sup>1</sup> О овоме сведочи разговор типичних представника средње класе из Прустовог романа *У потрази за изгубљеним временом*, који аутор наводи у уводу своје књиге. Ликови Прустовог романа расправљају о томе у које хартије од вредности да инвестирају и експлицитно помињу конзоле (британске државне обвезнице без рока доспећа) и руске државне обвезнице са стопом приноса од четири одсто.

инвестиција обезбеди нови замах привредног раста. Због тога су власти Царевине предузеле све што је било у њиховој моћи да Русији обезбеде нови међународни зајам. Уговор о том зајму закључен је у априлу 1906. године и у историографији се често назива „зајмом који је спасао Русију“, како је то у Думи прогласио Владимир Коковцов, тадашњи министар финансија, који је на том месту заменио Витеа, тада већ премијера. Но, аутор веома пажљиво анализира економске и, нарочито, политичке последице тог зајма и начина на који је он реализован. Дума је потпуно маргинализована у целокупном поступку склапања тог уговора и знатно је увећан државни дуг Царевине, што је само појачало решеност опозиције да се супротстави властима. На међународном плану је значајно да је то први међународно синдикализован зајам, што значи да се Русија ослободила концентрације својих дуговања једној земљи, Француској, али је појављивање руских државних обвезница на другим финансијским тржиштима, попут британског, увећало изложеност тих обвезница спекулативним ударима. Надаље, то појављивање је било праћено и негативним публицитетом који су стварали противници тог зајма, што је умањивало садашњу вредност емитованих обвезница, па је тиме утицало и на услове будућег задуживања Русије на тим тржиштима. За аутора „зајам који је спасао Русију“ није ништа друго до Пирова победа руских власти.

Но, извесно је да се у периоду после тог зајма, не мимоновно, а још мање искључиво због њега, финансијско и економско стање Русије знатно поправило. Вратио се динамичан привредни раст, стабилизовало се домаће финансијско тржиште и стога се умањио ризик инвестирања у руске државне обвезнице. Разлика у стопи приноса, то јест у каматној стопи између британских и руских државних обвезница, смањила се са 340 базичних поена (у јуну 1906. године), на свега 140 у пролеће 1914. године. Стопе привредног раста су се подигле високо, што је омогућило да се, и поред лавовског задуживања у иностранству, умањи стопа задужености (мерена тадашњим индикаторима) земље. Она је 1913. године била свега 47% – мало изнад вредности тог показатеља за Немачку и испод вредности за Француску.<sup>2</sup> Штавише, лондонски *The Economist*, описујући политичко стање у Русији, наводи да су људи у Русији, иако желе промене, „вољни да их траже мирним, парламентарном средствима. Револуција је готова. Русија се окренула либералној демократији“ (стр. 88). Но, укупни ниво задужености се увећавао, а осим спољног, увећавао се и већ позамашан унутрашњи, не само државни дуг. А практично ниједна политичка противречност која је изазвала Револуцију из 1905. године није успешно разрешена. На све то је дошао Први светски рат.

<sup>2</sup> Реч је о износу дуга који није коригован износом државних потраживања. Дакле, у питању су бруто, а не нето вредности.

Сам улазак у рат омогућио је руским властима да директно позајмљују средства од влада савезничких земаља и да укидањем конвертибилности папирног новца за злато добију на флексибилности монетарне политике. То су биле добре вести, макар на кратак рок. Све остале су биле лоше. Већ сама објава рата узроковала је пад обима производње. Изузев стагнације у 1915. години, како је рат текао, обим производње је све више опадао. Разлози су били јасни. Русија је почела војним поразима да губи делове своје предратне територије, па тиме и капацитете за производњу на њима. Велики део радне снаге био је мобилисан, а онај који није, све је више штрајковао, не само због драстичног пораста цене основних намирница. Ни абдикација цара Николаја II и успостављање републике са привременом владом Керенског на челу нису смирили тензије. Напротив, број и обухватност штрајкова драстично су порасли: како наводи аутор, број штрајкача се удесетостручио од марта до октобра 1917. године. Наравно, заслуге или одговорност за то, зависи од угла посматрања, треба приписати, између осталих, и бољшевицима и драстичном увећању нивоа њихових активности по повратку њиховог неспорног вође у земљу у априлу 1917. године.

Но, страни инвеститори нису устукнули. Штавише, њихов апетит за ризик се повећао. Томе су допринеле, што експлицитне, то имплицитне гаранције које су за руске обвезнице и сервисирање обавеза на основу њих дале западне владе, пре свега британска и француска. Типичан пример моралног хазарда. У таквом околностима, оне банке, попут *Crédit Lyonnais*, које су у свом портфељу држале велики број руских обвезница, биле су убеђене да ће им, уколико Русија престане да извршава своје обавезе, њихова држава прискочити у помоћ и избавити их из губитака. Није, дакле, понашање банака из 2008. године и велике финансијске кризе ништа ново. А конкуренција на финансијском тржишту у Русији постајала је све јача и неки су већ озбиљно размишљали о свом положају на том тржишту после завршетка Великог рата. У таквим околностима и не чуди то што се страни инвеститори нису много базирали на могућност револуције. Напротив, како наводи аутор, чак су сматрали да би та револуција била добра ствар, да би могла да донесе нове пословне прилике. Аутор закључује да је безбрижност страних инвеститора у Русији 1917. године била последица „не пропуста да антиципирају револуцију, већ пропуста да тачно предвиде природу револуције у коју су они свесно улагали“ (стр. 161).

Тешко да би у расправи могао да опстане ауторов став да су страни инвеститори улагали у револуцију, више су улагали без обзира на револуцију, али је далеко битније питање како и зашто нису видели шта следи, каква ће то бити револуција. Бољшевици то нису крили. Лењин је, како наводи сам аутор, још 1916. године написао и

објавио јасно шта мисли о „буржоаској Француској, реакционарној Француској, савезнику и пријатељу царизма, ‘светском лихвару’... која брани свој плен, своје ‘свето право’ да поседује колоније, своју ‘слободу’ да експлоатише свет уз помоћ милиона позајмљених слабијим и сиромашнијим земљама“ (стр. 164). А у програмском памфлету објављеном три недеље пре Октобарске револуције, Лењин јасно наводи да није у питању само поништавање ратних зајмова већ проглашавање ништавим свих државних дугова, како наводи, не само царизма него и буржоазије.

Дакле, у том погледу за бољшевице није било дилеме. Штавише, аутор аргументовано, указујући на забрињавајући пораст руског државног дуга (војни издаци су у свакој ратној години финансирани са преко 50%, а у неким годинама и са преко 60% међународним задуживањем) и драстичан пад нивоа привредне активности, тврди да Русија, независно од идеолошких светоназора нове власти, не би могла да испуњава своје обавезе према повериоцима, тако да би банкрот био неизбежан. Другим речима, и неке друге власти би у тим условима морале да прогласе банкрот, и то из разлога уобичајеног у историји – немогућности да се сервисира дуг. Но, бољшевици су хтели да уђу у историју на други начин. Већ на самом почетку њихове владавине започела је расправа о питању руског државног дуга, и то да на састанку Сверуског централног извршног комитета (бољшевичко законодавно тело) 28. новембра 1917. године (по новом календару). На њему је један од његових чланова, Соломон Лозовски, покренуо питање банкрота тврдећи, цитирајући француске марксисте, да ће „револуција у Француској избити онда када Русија престане да отплаћује свој државни дуг Француској“ (стр. 192). Овим постаје јасно да је бољшевичка одлука о банкроту била смештена у контекст светске револуције која се очекивала и коју би банкрот, наводно, само поспешао. А таква револуција ће уклонити „буржоаске власти“ тих земаља, које би биле огорчене бољшевичким проглашавањем банкрота. Због тога је потребно, не само да се престане са сервисирањем обавеза, већ да се све те обавезе једнострано прогласе ништавим – да совјетска Русија пориче свој државни дуг, како је забележено на састанку Совнаркома (бољшевичка влада) 4. јануара 1918. године (по новом календару). Још је месец дана хаотичног времена устоличавања још увек дилетантске бољшевичке власти (то је и време катастрофално лоше вођених мировних преговора у Брест-Литовску са Немачком) било потребно да бољшевичко законодавно тело 3. фебруара донесе уредбу којом совјетска Русија *de iure* пориче своје државне дугове и уговоре који су правна основа државне дужничке обавезе једнострано проглашава ништавим. Дакле, совјетска Русија је свету обнародовала да не жели да испуњава своје дужничке обавезе, прецизније, да сматра да оне уопште и не постоје.

Занимљива је била реакција поверилаца. Једноставно, одбацивали су реалност. Француски коментатор Емануел Видал сматрао је да ће бољшевици брзо да се призову памети и да пониште своју одлуку јер проглашење банкрота државу удаљује са светског финансијског тржишта. Нико не жели да позајми оном који није вратио оно што је требало да врати, односно ко није платио оно што је требало да плати. Стога, сматрао је Видал, не постоји случај да је држава била способна да остане у банкроту и „бољшевици ће спознати да и они морају да потпадају под тај закон“ (стр. 198). Није спорно да је Видал био добар познавалац међународних финансија коме је било познато да је највећи подстицај држави да не прогласи банкрот то што по његовом проглашењу губи приступ међународном тржишту капитала и могућност да свој (примарни) фискални дефицит финансира на тај начин. Међутим, он очигледно, као и многи други 1918. године, није познавао бољшевице – на шта су они били спремни и који су подстицаји били релевантни за њих. Банкрот совјетске Русије и Совјетског Савеза, који ју је наследио, трајао је 69 година – најдуже у историји, како тврде Рајнхарт и Рогоф (Reinhart, Rogoff, 2009), свакако најбољи познаваоци историје суверених дугова и државних банкрота. Тек је 1987. године Совјетски Савез постигао споразум са повериоцима и добио слободан приступ међународном тржишту капитала.

Да ли је описани престанак сервисирања обавеза највећи државни банкрот у историји? Одговор на то питање зависи од тога који се показатељ величине дуга користи. Номинална вредност Руског дуга у тренутку проглашења банкрота била је 4.560.106.792 америчка долара. Када се тај износ, поређења ради, претвори у америчке доларе из 2012. године, величина тог дуга само је нешто мања од вредности аргентинског дуга у тренутку банкрота из 2001. године и чини негде половину износа грчког државног дуга у тренутку његовог реструктурирања из 2012. године. Аутор, међутим, инсистира на релативном показатељу, а то је учешће дуга у укупном светском бруто домаћем производу у тренутку банкрота. Према том показатељу, дуг совјетске Русије у тренутку банкрота био је преко пет пута већи од грчког и десет пута већи од аргентинског. Није ни чудо, закључује аутор. Грчка је периферна земља еврозоне, Аргентина периферна земље светског финансијског система, а царска Русија је била, на дужничкој страни, централна земља тадашње светске финансијске архитектуре. У том смислу, уредба Сверуског централног извршног комитета од 3. фебруара 1918. године јесте правни документ којим је проглашен највећи државни банкрот у историји.

Читање ове књиге, откривање чињеница и својеврсно ослобађање, макар од заборава, истине о државном банкроту совјетске Русије отвара, као и читање сваке добре књиге, нова питања. Осим оних о

карактеру бољшевичке власти и степену бескрупулозности њених протагониста, питања се могу односити и на највећег повериоца – Француску. Да ли се губитком могућности да наплати потраживање од Русије може објаснити француска ригорозна, готово немилосрдна позиција према Немачкој и ратним репарацијама које је захтевала на Париској мировној конференцији, које су потом унете у Версајски мировни уговор? Можда је још значајније питање утицаја тог банкрота на власнике руских државних обвезница у Француској, од којих су многи били мали инвеститори. Његов утицај на друштвену историју Француске био је значајан и, према свему судећи, досад слабо истражен. Ако ништа друго, показало се да је, још крајем XIX века успостављен, свет савремених, глобализованих финансија испреплетан и међузависан. Тога би требало да буду свесни сви они који, на различите начине, академски или крајње практично, размишљају о државним банкротима.

#### ЛИТЕРАТУРА (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,

---

\* Lecturer, University of Belgrade Faculty of Law, [nikola.ilic@ius.bg.ac.rs](mailto:nikola.ilic@ius.bg.ac.rs).

and human capital. Although all of these issues could and should be 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,<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> 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

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.’”<sup>3</sup> 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!

---

<sup>3</sup> Aldous Huxley, *Brave New World*, chapter 3.

Ана Одоровић, мастер\*

Eichengreen, Barry, Arnaud Mehl, Livia Chitu. 2017. *How Global Currencies Work: Past, Present, and Future*. Princeton – Oxford: Princeton University Press, 272.

Економска анализа мрежа (*network economics*) представља све важнију грану економске науке која нуди конзистентно објашњење због чега највећа предузећа данашњице имају тенденцију да постану све већа и зашто потрошаче одликује тенденција да одрже *status quo* када су у питању првобитни избори. Појам „предност првог који уђе“ (*first mover advantage*) добија сасвим ново значење у контексту снажног конкурентског притиска инхерентног технолошким предузећима која у трци за иновације управо виде прилику да привлачењем првих корисника створе додатну вредност за све будуће кориснике. Економија мрежа, међутим, има важне импликације и за нека сасвим другачија питања и временски контекст, како то настоје да покажу економски историчари Ејхенгрин, Мел и Ћиту у својој последњој књизи.

Историја светских валута, монетарна доминација Велике Британије, а затим Сједињених Америчких Држава, феномени су које је такође могуће анализирати у светлу мрежних ефеката и ограничења која произилазе из „отворених система“, који су први пут описани у контексту технолошких стандарда. Према мишљењу аутора, да би се дао одговор на питање да ли валута одређене земље може да настави да доминира међународним финансијама и онда када је привреда те земље изгубила примат у светским размерама, примерено је поређење светских валута и савремених компјутерских оперативних система. Ослањајући се на занимљиву комбинацију историјског наратива и економетријских истраживања, аутори настоје да покажу да доминација само једне валуте није датост у историјским оквирима, како се то често претпоставља. Напротив, постојали су периоди када су две или више валута снажно конкурисале једна другој у

---

\* Ауторка је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, [ana.odorovic@ius.bg.ac.rs](mailto:ana.odorovic@ius.bg.ac.rs).

својим различитим улогама: као девизне резерве, средство плаћања у међународним трансакцијама и валуте у којима су номиноване хартије од вредности. Важност тог питања лежи у предвиђању какви су изгледи да у догледно време нека нова валута, у првом реду кинески ренминби, преузме доминацију у међународним финансијама и какве би биле последице такве транзиције.

Изворна идеја аутора је да сучеле два гледишта на природу везе између привредног вођства једне земље и доминације њене валуте у међународним финансијама. Старије, традиционално гледиште, које аутори настоје да оповргну у наставку књиге, јесте да привредна и монетарна превласт увек иду заједно, иако позиција доминанте валуте може да се одржи и неко време након што је та земља изгубила положај водеће привредне силе. Економски модели који поткрепљују то виђење заснивају се на мрежним ефектима које ужива валута оне земље која је у датом историјском тренутку имала развијеније трговинске односе у односу на конкуренте. Мрежни ефекти подразумевају да је у међународним трансакцијама исплативије користити ону валуту коју сви други већ користе. За извознике, као и за издаваоце дужничких инструмената, номинација у доминантној валути значи једноставније упоређивање цена и приноса за потенцијалне купце; за стране инвеститоре који одлучују о месту пласирања своје штедње финансијска тржишта земље са доминантном валутом нуде већу ликвидност; а слично резонују и централне банке приликом формирања девизних резерви. У крајњој линији, традиционална теорија предвиђа да мрежни ефекти доводе до ефекта „закључавања“. Реч је о томе да чак и валута земље која је изгубила положај водеће привреде остаје још неко време најважнија валута у међународним финансијама, осим уколико се не догоди својеврстан шок или координација тржишних учесника у погледу преласка на нову валуту. Према традиционалном гледишту, у међународним финансијама нема места за две или више валута које служе као средство међународне размене, мера и чувар вредности.

Насупрот томе, ново гледиште, које аутори касније поткрепљују историјским и економетријским налазима, дозвољава коегзистенцију две или више валута која ублажава инерцију и отпорност водеће валуте. Теоријско објашњење, невешто изложено у тек неколико пасуса, лежи у смањивању трошкова промене доминантне валуте. Девизна тржишта су, према мишљењу аутора, временом развила „технологу“ која омогућава да се инкомпатибилности између система заснованих на различитим валутама ублаже. На сличан начин као што су програми који су се користили искључиво на Мек (енг. *Mac*) и Пи-си (енг. *PC*) рачунарима временом уподобили употреби у оба система, тако и савремена девизна тржишта омогућавају ниже трошкове размене информација, трансакција и координације учесни-

ка на тржишту. Стога аутори сматрају да је данас неодржив аргумент поборника традиционалног гледишта да предности доминантне валуте, које се огледају у ликвидности и ниским трансакционим трошковима, представљају непремостиву баријеру уласку нових валута.

У својој аргументацији, аутори полазе од порекла девизних резерви које су настале на основу употребе меница у међународној трговини. Трговац који је желео нешто да плати у страниој земљи обратио би се банци у својој земљи са захтевом да му изда меницу коју ће касније поднети страниој банци, а која му заузврат ставља на располагање одговарајући износ стране валуте. То је подразумевало да банка издавалац менице поседује депозит у страниој банци или да ужива репутацију да је кредитно способна, што је у условима асиметрије информација довело до концентрације финансијске моћи у малом броју финансијских центара. Временом се пракса комерцијалних банака да држе страну валуту проширила на владе, односно државе којима су стране валуте омогућавале да сервисирају свој дуг. Слично, централне банке су своје резерве уз злато држале у страниој валути или финансијским инструментима номинираном у страниој валути лако заменивој за злато. Крајем XIX и почетком XX века та валута била је фунта стерлинга. Доминацију фунте стерлинга је, према мишљењу аутора, могуће објаснити одређеним својствима те валуте која су једнако важна за разумевање улоге долара данас: фунта стерлинга је уживала углед стабилне валуте – замениве за злато по фиксној цени; тржиште хартија од вредности номинираних у фунтама било је ликвидно захваљујући разгранатим трговачким везама Велике Британије тога времена и Банка Енглеске, британска централна банка, служила је као додатни извор ликвидности захваљујући пракси да слабо ликвидне инструменте откупљује уз дисконт. Ипак, како наглашавају аутори, фунта није једина валута тога времена која је уживала улогу међународне валуте. Напротив, француски франак и немачка марка су јој у томе снажно конкурисале, иако су њихови удели били нешто мањи.

У наредним поглављима аутори настоје да покажу да у периоду између два светска рата, који се, према традиционалном схватању, искључиво везују за доминацију фунте стерлинга, амерички долар снажно ојачао и чак у неким улогама међународне валуте узео примат над фунтом. Иако су САД престигле Велику Британију у величини привреде и пре Првог светског рата, јачање долара је у том периоду, према мишљењу аутора, било ограничено правним препрекама – забраном америчким банкама да издају међународне менице и отварају филијале у иностранству, као и непостојањем централне банке која би потпомогла развој секундарног тржишта за финансијске инструменте номиниране у доларима. Када су те препреке отклоњене и када

су основане Федералне резерве, централна банка САД, долар је пре-текао фунту у погледу девизних резерви страних централних банака већ средином двадесетих година прошлог века, уз значајна колебања тридесетих година. Слично, двадесете године је обележила упоредна употреба фунте и долара у номинацији међународних меница које су имале кључну улогу у обезбеђивању трговинских кредита. Коначно, униполарни систем је напуштен и у погледу номинације обвезница у истом периоду, ако се изузму земље Комонвелта (енг. *Commonwealth*).

У периоду након Другог светског рата, односи двеју валута су постали значајно сложенији, уз поновно вођство фунте у уделу девизних резерви централних банака непосредно после рата. Већ педесетих година се њихови удели изједначавају, да би се у наредном периоду догодила снажна експанзија долара на рачун фунте. У централном и најважнијем делу књиге, аутори излажу своје емпиријско истраживање о факторима који одређују удео валута у девизним резервама страних централних банака. Користећи нову базу података са дугим временским серијама (од Другог светског рата до 2010. године), они настоје да квантификују два ефекта која чине основ старог (традиционалног) гледишта на доминацију међународних валута – мрежни ефекат и ефекат инерције<sup>1</sup>, и ефекат кредибилитета валуте исказаног кроз индикатор колебљивости вредности валуте у посматраном периоду. Резултати показују да све три објашњавајуће променљиве имају статистички значајан утицај на удео валуте у девизним резервама, с тим што је њихово релативно дејство било различито пре и после урушавања бретонвудског система (енг. *Breton Woods*)<sup>2</sup>. Након 1973. године, инерција и кредибилитет валуте добиле су већу експланаторну моћ, за разлику од мрежног ефекта који слаби, што аутори објашњавају нижим трошковима координације тржишних учесника у вези са променом доминантне валуте. Чини се изненађујуће то што се два повезана ефекта – ефекат инерције и

<sup>1</sup> У основи, ефекат инерције, којим треба да се објасни зашто валута одређене земље наставља да доминира и када дође до промена у релативној величини привреда две земље са конкурентним валутама, у себи обухвата и мрежни ефекат. Разлози за инерцију у држању валуте, осим мрежног ефекта, јесу, на пример, високи трошкови прибављања нове валуте у одговарајућем обиму или ефекат навика (2017, 122).

<sup>2</sup> Бретонвудски систем је договор између 44 земље којим је 1944. године успостављен нови монетарни систем. Њиме је утврђен паритет долара у односу на злато, а свака држава је требало да утврди фиксни девизни курс своје валуте у односу на долар. Бретонвудски споразум је урушен након што је председник САД Ричард Никсон прогласио привремену суспензију замене долара за злато 1971. године, као резултат раста притиска на паритет долара у односу на злато. Након неуспешног покушаја да се поновно успостави систем фиксних девизних курсева, водеће светске валуте су, 1973. године, почеле слободно да флукутирају једна у односу на другу (систем флексибилних девизних курсева).



мрежни ефекат, понашају другачије у посматраном периоду – један јача, а други слаби примат до тада доминантне валуте.

На крају, аутори у три студије случајева настоје да покажу каква је перспектива јапанског јена, кинеског ренминбија или евра да конкуришу долару и постану нова доминантна валута у будућности. Када је у питању јапански јен, аутори вешто илуструју да је тај „брод већ отпловио“, будући да је јен искусио периоде снажне експанзије и повлачења, што аутори приписују касној либерализацији финансијских тржишта. Колебљивост економске политике Јапана у интернационализацији јена довела је до тога да она остане без резултата у светлу велике кризе која је наступила непосредно након првих корака ка либерализацији. Насупрот томе, евро се усталио као друга најважнија међународна валута, са уделом у девизним резервама одмах иза долара. При разматрању евра као потенцијално доминантне валуте у будућности, аутори далеко више пажње посвећују нормативном питању шта би већа интернационализација донела еврозони у односу на позитивно питање који то институционални фактори спречавају да евро то *de facto* постане. Коначно, кинески случај је јединствен по томе што ренминби већ представља другу најважнију валуту у међународној трговини, што је повезано са снажним трговинским везама Кине као највећег извозника на свету. У осталим улогама међународне валуте, удео ренминбија је занемарљив имајући у виду величину кинеске привреде. Разматрајући најскорије институционалне промене у правцу веће интернационализације кинеске валуте, аутори закључују да је кључна препрека у обезбеђивању доминације ренминбија у будућности недемократски карактер политичког система који подрива поверење инвеститора.

Први утисак о књизи је њена читљивост, систематичност излагања и кохерентност аргументације о релативизацији мрежних ефеката који доводе до тога да једна валута буде доминантна у различитим сферама међународних финансија. Њен допринос је, како и сами аутори наводе, у новој бази података коју су брижљиво прикупили из архива централних банака и других институција, у којима су пронађени многи необјављени извори.

Ипак, теоријско образложење емпиријских налаза заслужио је далеко више пажње. Читалац ће остати ускраћен за одговор које то технологије савремених девизних тржишта омогућавају координацију тржишних учесника, што је предуслов за промену доминантне валуте према традиционалном схватању. Чињеница да они сада лакше међусобно комуницирају не умањује основни извор трансакционих трошкова координације, а то су велики број и хетерогеност тржишних учесника. Осим тога, аутори уопште не разматрају неке друге важне налазе економије мрежа, који се чине

ко подобнијим објашњењем истовременог коришћења две или више валута, попут оног о диференцијацији система (платформи) са мрежним ефектима. У контексту међународних валута, диференцијација би значила да различите валуте носе са собом различит ризик, који је могуће изразити као премију на ризик. Поједине централне банке, инвеститори и увозници спремни су да прихвате валуту чија је вредност колебљивија и мање ликвидну валуту или финансијски инструмент уколико су на одговарајући начин компензовани за ризик којем се излажу, на исти начин као и када је реч о кредитном и другим ризицима. Стога би алтернативно теоријско објашњење емпиријских налаза у овој књизи биле различите преференције тржишних учесника у погледу односа приноса и ризика које умањују значај мрежних ефеката.

На емпиријском плану књизи се може замерити то што се анализа периода после Другог светског рата ограничава на поређење девизних резерви у фунтама и доларима, док се друге улоге међународне валуте – номинација финансијских инструмената и међународна трговина уопште не разматрају, иако су претходно систематично анализиране у периоду пре Другог светског рата. Аутори, чини се такође неоправдано, занемарују питање настанка и урушавања система Бретон Вудса, који је институционализовао доминацију долара у периоду након Другог светског рата. Емпиријски налаз аутора да ефекат урушавања система Бретон Вудса на атрактивност долара као резервне валуте „није толико снажан као што се уобичајено претпоставља“ (2017, 128) изложен је без подробнијег образложења, па је самим тим тешко оценити његов домашај. У вези са напуштањем система Бретон Вудса, такође је контраинтуитиван налаз да ефекат инерције јача, а мрежни ефекат слаби после увођења флексибилних девизних курсева, будући да је реч о повезаним ефектима (ако их је уопште и могуће теоријски раздвојити).

За разматрање доминантне валуте у будућности, ауторима је могуће упутити неколико критика. Са становишта централне банке издаваоца, интернационализација валуте није увек пожељна, што јасно показује историја немачке марке и јапанског јена. Имајући у виду тактичност са којом кинеска влада приступа интернационализацији ренминбија, није извесно да ће, независно од тржишних предуслова које аутори разматрају, кинеска влада усвојити мере које су неопходне да се преокрене вишедценијска доминација долара. С тим у вези, поређење користи и ризика које интернационализација валуте собом носи у књизи је изложено кратко и непрегледно, без неопходне контекстуализације за сваку студија случајева. Такође, у књизи није обрађено занимљиво питање да ли различите улоге које једна валута може да има у међународним финансијама, а које неретко,

али не и увек, иду заједно, собом носе различите последице за земљу издаваоца. То је посебно релевантно у кинеском примеру који јасно показује да доминација валуте може да буде ограничена на само једну улогу, попут међународне трговине.

Квалитет анализе у студијама случајева додатно је деградирао општи утисак о књизи. Уместо разматрања да ли евро или ренмин-би имају потенцијал да постану доминантне валуте у будућности, чини се да је право питање зашто оне то већ нису постале с обзиром на величину и стопе раста европске и посебно кинеске привреде у претходним деценијама. Макар методолошки, давање одговора на то питање могло би да има далеко мање елемената спекулације у поређењу са анализом у последњим поглављима књиге. А ако се за тренутак зауставимо на предвиђању будућности, а спекулација нам није страна, онда се сасвим извесно намеће питање улоге крипто (дигиталних) валута у међународним размерама и растућег оптимизма тржишта које, како се чини, нема упориште у оним особинама које су централне банке, трговци и инвеститори тражили у валутама којима су поклањали поверење у различитим историјских епохама. Стога, ова књига има важне импликације за феномен који у пословним, научним и регулаторним круговима полако прелази из сфере алтернативног у „мејнстрим“, иако о њему у књизи није било речи.

Ово није велика књига, али њен емпиријски део сигурно завређује неколико важних публикација у часописима монетарне економије. Разочарање читаоца би вероватно изостало да су се аутори зауставили на томе. Осим тога, књига је занимљива утолико што подсећа на моћ генерализације појединих економских идеја, њихову трансцендентност кроз време и различите дисциплине.

Др Милена Полојац\*

HANS ANKUM  
(1930–2019)

У Амстердаму је 3. јуна у 89. години преминуо професор емеритус Ханс Анкум (*Johan Albert Hans Ankum*), доктор *honoris causa* Универзитета у Београду и један од највећих познавалаца римског права данашњице. Красили су га изузетна радна и животна енергија, оштроумност, велики говорнички дар, ентузијазам и мисионарска посвећеност правној историји, посебно очувању и ширењу утицаја римског права. Дружељубив, приступачан и великодушан, имао је огроман број професионалних и пријатељских контаката широм света. Све то није довољно да опишемо јединствену личност тог холандског корифеја правне романистике.

Иако је најстарији холандски универзитет у Лајдену био важан за његово усавршавање и почетке академске каријере (ту је био три године професор), ипак је његов професионални живот у родној Холандији у највећој мери повезан са Универзитетом у Амстердаму (*Universiteit van Amsterdam*) и Правним факултетом (*Faculteit der Rechtsgeleerdheid*). Ту је студирао и дипломирао (1948–1953), а затим докторирао 1962. године, одбравивши тезу о историји паулијанске тужбе (*De geschiedenis der „actio Pauliana“*, с резимеом на француском језику). На том универзитету је радио пуних тридесет година (1965–1995) као професор римског права, правне историје и правне папирологије, све док није отишао у пензију као професор *emeritus*. Био је шеф Катедре, декан у два мандата (1976–1978, 1990–1992) и проректор Универзитета у Амстердаму (1979, 1984. и 1985). Када је дошао на факултет 1965. године, одмах је основао клуб љубитеља античке историје и права *Forum Romanum*, организовао је екскурзије и бројне семинаре, угостио је многе стране професоре и научнике. Био

---

\* Ауторка је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, [polojac@ius.bg.ac.rs](mailto:polojac@ius.bg.ac.rs).

је ментор у изради докторских теза данас угледним холандским романистима и правницима (*Hartkamp, Jan Willem Tellegen, Olga Tellegen Couperus, Laurens Winkel, Boudewijn Sirks, Eric Pool, Noordraven etc.*). Док је био активан професор, непрекидно се борио, али и изборио за статус римског права и правне историје у курикулуму правних студија. Од 1986. године члан је Холандске краљевске академије наука. Краљица Холандије га је одликовала орденом Витеза реда Холандских лавова 1992. године.

Његова каријера, међутим, далеко је превазилазила оквире Холандије. Он је у правом смислу те речи био човек за кога нису постојале границе. Одличан познавалац страних језика (течно је говорио француски језик, посебно након специјализације у Паризу, која га је трајно везала за француски језик и културу, али и немачки, енглески, италијански и шпански), Ханс Анкум је, почевши од 1965. године, незауостављиво путовао по свету. Био је гостујући професор на бројним универзитетима у Европи, Јужној Африци, Сједињеним Америчким Државама, Јужној Америци и у Јапану.

Неуморан је био и као активан учесник бројних конференција и семинара, које је сам организовао или их је посећивао и од којих није одустајао ни онда када су му то здравље и године једва допуштале. Његова концентрација и будност за време излагања, чак и када се чинило да спава, па затим његова питања и жива, подстицајна дискусија, без жеље и намере да се наметне као ауторитет, све то је одликовало атмосферу конференција и семинара којима је Ханс Анкум давао јединствен и непоновљив тон.

*SIHDA (Société Fernand de Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité)*, међународно друштво за историју античких права, основано у Бриселу иницијативом великог белгијског романисте Фернана де Вишера, заузимала је посебно место на листи његових приоритета и у његовом срцу. Био је неформални координатор и *spiritus movens* тог најдемократичнијег скупа романиста и правних историчара, које је с правом сам називао *societas amicorum*. Није пропуштао ниједно заседање, све до оног одржаног у Кракову, у јесен 2018. године. Често је истицао да му је римско право омогућило да стекне пријатеље широм света, људе које никада не би срео да није било римског права.

Његова научна компетенција и углед те изузетна међународна активност квалификовали су га да буде члан редакција бројних романистичких и правноисторијских часописа (*JVRA, RIDA, Orbis Iuris Romani, Seminarios Complutenses*). Био је у научном руководству романистичких друштава, *Centro romanistico Copanello, Academia Constantiniana, Consortium Gerard Boulvert*. Ово последње додељује престижну награду младим научницима за најбољу прву монографију из области римског права. Редовно учествујући у жирију за доделу

те престижне награде, он је увек био упућен у рад младих романиста којима је био посебно наклоњен, помагао им и подстицао их с великим ентузијазмом.

Осврнути се на опус Ханса Анкума, сумарно у овој прилици, веома је тешко. Широки спектар његовог научног истраживања, број радова и њихов квалитет заслужују посебну анализу и приказ. Докторска дисертација о историји паулијанске тужбе несвакидашњег је обима и дубине и обухвата целокупну историју у оквиру античког римског права, а затим рецепцију, почевши од средњег века све до модерног права. У каснијој фази доминирају чланци објављивани на холандском, француском, енглеском, немачком, италијанском и шпанском језику, у престижним часописима (*IURA, RIDA, Index, Labeo, Zeitschrift der Savigny Stiftung, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, Revue historique de droit français et étranger, Fundamina etc.*) и бројним другим публикацијама са конгреса или зборницима у част колега романиста и правних историчара. Уз приказе књига, некрологе и друге текстове, укупан опус свакако прелази број од 350 библиографских јединица. Могло би се рећи начелно да је већина његових чланака посвећена приватном римском праву из класичног периода. Његов приступ је заснован на изворима, често на појединачним фрагментима из Јустинијанове кодификације, пре свега из Дигеста, које он тумачи јасним језиком и на систематичан начин, показујући сав свој таленат и креативност, виртуозност у егзегези текстова класичних римских правника. Често институте римског приватног права, нарочито имовинског, доводи у везу с модерним правним системима.

Свој однос према римском праву Ханс Анкум је у једном свом обраћању објаснио на следећи начин:

*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 „déjà 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).

Поводом 65. рођендана професора Ханса Анкума и његовог одласка у пензију, колеге и пријатељи, еминентни романисти и правни историчари посветили су му двотомну збирку чланака – 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. У њој је објављена библиографија његових радова која је до 1994. године, то јест до његовог одласка у пензију, бројала 234 библиографске јединице.

У Напуљу је 2007. године, у издавачкој кући *Jovene editore*, објављена антологијска збирка од 25 изабраних чланака Ханса Анкума под називом *Extravagantes, Scritti sparsi sul diritto romano*, у едицији *Antiqua*, у којој су објављена укупно 93 дела најугледнијих романиста и правних историчара. У тој збирци се налази и наставак библиографије – списак радова које је он објавио почевши од 1995. године па до изласка публикације. По природи ствари, овде је објављен само мали део радова из његове непресушне радионице. Изабрани су неки од најпознатијих чланака, као што су они о природи Јустинијанове кодификације<sup>1</sup>, о чувеном римском правнику Папинијану<sup>2</sup>, о правном положају малолетника<sup>3</sup>, проблему евикције<sup>4</sup>, правној природи аквиланске тужбе<sup>5</sup>, табелионима као претечи данашњих нотара,<sup>6</sup> значењу израза *favor libertatis* у делима класичних римских правника<sup>7</sup> или о рецепцији римског права у новом холандском Грађанском законнику.<sup>8</sup>

Као лауреат награде *Ursicino Álvarez*, Ханс Анкум је добио у Шпанији и другу антологијску збирку својих радова. Збирка од 15 његових чланака објављена је у Мадриду 2014. године под називом

<sup>1</sup> La „codification“ de Justinien était-elle une véritable codification?; Was Justinian's Corpus Iuris Civilis a Codification?

<sup>2</sup> Pap. D.21.2.65: the legal Position of two Heirs who sold a thing mortgaged by the Deceased; La laconisme extreme de Papinien.

<sup>3</sup> *Le minor captus et le minor circumscriptus* en droit romain classique; Gab es im klassischen römischen Recht eine exception und eine replication *legis Laetoriae*.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> El character jurídico de la action *legis Aquiliae* en el derecho romano classico.

<sup>6</sup> Les tabellions romains, ancêtres directs des notaires modernes.

<sup>7</sup> L'expression *favor libertatis* dans les travaux des jurists classiques romains.

<sup>8</sup> Römisches Recht im neuen niederländischen Bürgerlichen Gezezbuch.

*Nueva antología romanística* у едицији *Colección Premios Ursicino Álvarez* познатог шпанског издавача (*Marcial Pons*). Антологија садржи и библиографију радова која сада броји 327 библиографских јединица, односно радова објављених у периоду од 1952. до 2013. године.

Његов научни допринос, углед и утицај које је имао у међународној академској заједници резултирали су стицањем доктората *honoris causa* на седам универзитета и то на: *Aix-Marseille* у Француској (1985), *Vrije Universiteit Bruxelles* у Белгији (1986), *Bochum, Ruhr Universität* у Немачкој (1995), Универзитету у Београду (2005), Карловом универзитету у Прагу (2008), *Univesidad de Murcia* у Шпанији (2015) и *UNWE Sofia* у Бугарској (2015).

Ханс Анкум је гајио колегијалне односе и пријатељства са многим колегама са нашег факултета, али и из Новог Сада, Ниша, Крагујевца, а и са других универзитета тадашње заједничке земље Југославије, из Подгорице, Сплита, Бањалуке, Скопља.

Његова веза с Правним факултетом Универзитета у Београду веома је дуга и богата. Професор Ханс Анкум је то сумирао у свом кратком обраћању приликом доделе доктората *honoris causa* на свечаности одржаној 21. октобра 2005. године у Ректорату Универзитета у Београду:

*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).*



Залагањем Ханса Анкума монографија о Гају нашег професора Обрада Станојевића објављена је у Амстердаму 1989. године на француском језику (Stanojević, Obrad. 1989. *Gaius noster: plaidoyer pour Gaius*. Amsterdam: J. C. Gieben у оквиру едиције *Studia amstelodamensia ad epigraphicam ius antiquum e papyrologiam pertinentia*). Обрад Станојевић је касније, у свом чланку посвећеном Хансу Анкуму (Stanojević, Obrad. 1997. *Gaius and Pomponius*. Notes on David Pugsley, *RIDA XLIV*: 333–356) написао:

*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.*

Када је наша земља 1993. године била под међународним санкцијама, Ханс Анкум, тада главни организатор међународног конгреса *SIHDA* у Амстердаму, омогућио је визе и обезбедио све трошкове за наше професоре, наставнике и сараднике.

Стотине, па и хиљаде фотокопираних страница литературе слао је свима којима је то било потребно. Он је то радио сам за фотокопирном машином, а коверте које је адресирао својим препознатљивим рукописом стизале су на све стране света, свима онима којима су биле потребне и где се осећао недостатак литературе. Уклањао је све препреке да би дошао до коначног циља. Ако није могао на други начин да дође до литературе, сам је куповао књиге и слао их на поклон.

Нека од својих најуспешнијих предавања, која је преточио у чланке, објавио је код нас, у тадашњој држави Србији и Црној Гори и то: Anikum, Hans. 2001. Was Justinian's Corpus iuris civilis a codification? *Zbornik Pravnog fakulteta u Podgorici* 32: 9–22; Anikum, Hans. 1/2006. Rescripts of Roman emperors promulgated until the end of the reign of Diocletian in 305 A.D. *Зборник Правног факултета у Новом Саду (Collected Papers Novi Sad Faculty of Law, Serbia and Montenegro)* 40: 9–18; Anikum, Hans. 2007. *Extravagantes, Scritti sparsi sul diritto romano*. Napoli: Jovene editore.

Свега тога, као и многих других детаља, са захвалношћу су се присећали Сима Аврамовић, Жика Бујуклић и Милена Полојац приликом комеморације коју је организовала Катедра за правну историју неколико дана након што је примила тужну вест о одласку Ханса Анкума.<sup>9</sup>

Студијски боравак у Амстердаму крајем 1995. и почетком 1996. године био је несумњиво најинспиративнији моменат и искуство на почетку моје академске каријере. Свакодневни боравак у библиотеци амстердамског Правног факултета у коју је редовно долазио Ханс Анкум, дискусија о мојој докторској тези и његов начин опхођења, у којем није било ни трунке односа великог ауторитета, с једне стране, и почетника, с друге стране, његов позив да одржим предавање на амстердамском Форуму, све је то за мене био велики интелектуални подстицај и подршка. Она се наставила и даље, на конференцијама и семинарима, његовим учешћем у комисији за одбрану моје докторске тезе на Правном факултету у Београду, помоћи приликом припреме књиге за објављивање на енглеском језику, а онда и у најтежим тренуцима моје академске каријере. Све су то моменти који се никада не могу заборавити. Својим присуством он је непроцењиво обогатио мој живот. Своју захвалност и велико поштовање трудила сам се да покажем редовним контактом, нарочито писменом кореспонденцијом која није престала до последњих дана његовог живота.

Професора Ханса Анкума памтићемо као великог романисту, вероватно последњег великог представника угледне холандске романистике. Његова научна заоставштина остаће генерацијама да подсећа на његову фасцинацију супериорношћу римског права, да нас учи вештини егзегезе, јасноћи и систематичности. Памтићемо га и као великог пријатеља који је био са нама у срећним тренуцима, али и онда када је било тешко. Његова бројни сепарати с посветама и писма писана специфичним рукописом остаће као успомена на човека који је као ретко ко гајио пријатељства и интересовао се искрено за животе својих пријатеља и њихових породица.

Ни године ни здравствени проблеми нису могли зауставити Ханса Анкума да живи живот какав је волео. И даље је писао, одлазио на конгресе, слао писма пријатељима, а његова највећа страст, класична музика, била му је увек сигурно уточиште. С њом је отишао у вечност након последњег од бројних концерата који је слушао у својој омиљеној *Concertgebouw*. Његова непоновљива личност остаће у срцима свих оних којима је великодушно помагао и којима је обогатио животе. А таквих је много.

---

<sup>9</sup> Катедра за правну историју одржала је комеморацију посвећену професору Хансу Анкуму 11. јуна 2019. године.

## УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

*Анали Правног факултета у Београду* објављују текстове на српском и енглеском језику.

Аутори задржавају ауторско право на своме делу. Међутим, услов за објављивање у *Аналима Правног факултета у Београду* јесте да аутори издавачу дозволе да објављиви дело, да гарантују право да ће *Анали* бити наведени као изворни издавач у случају поновног објављивања и да неискључиво уступе овлашћење на умножавање те овлашћење да се текст учини доступним јавности и да се дистрибуира у свим облицима и медијима. Објављени текстови се дистрибуирају под условима лиценце „Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY)“.

Предајом текста, аутор изјављује да текст није ни објављен ни прихваћен за објављивање те да неће бити предат за објављивање било ком другом медију. Аутор такође изјављује да је носилац ауторског права, да је обавештен о правима трећих лица и да је испунио захтеве који произлазе из тих права.

Пријем свих текстова биће потврђен електронском поштом. Редакција ће размотрити подобност свих радова да буду подвргнути поступку рецензирања. Подобни текстови шаљу се на двоструку анонимну рецензију.

Информације о уредничкој политици *Анала Правног факултета у Београду* видети на: [ojs.ius.bg.ac.rs/index.php/anali/about/editorialPolicies#open%20AccessPolicy](https://ojs.ius.bg.ac.rs/index.php/anali/about/editorialPolicies#open%20AccessPolicy).

Ако желите да предате свој рад *Аналима Правног факултета у Београду*, молимо вас да пратите следећа упутства.

Ако предајете рад на енглеском језику, молимо вас да пратите посебно упутство које је доступно на: [ojs.ius.bg.ac.rs/index.php/anali/information/authors](https://ojs.ius.bg.ac.rs/index.php/anali/information/authors).

Рукопис треба да буде уређен на следећи начин:

1. насловна страна,
2. апстракт и кључне речи,
3. рукопис и списак литературе,
4. додаци, табеле и слике.

## 1. НАСЛОВНА СТРАНА

**Насловна страна рукописа треба да садржи следеће податке:**

- наслов текста,
- име, презиме, годину рођења и афилијацију свих аутора,
- пуну адресу за кореспонденцију и адресу електронске поште.

Ако је текст коауторски, молимо вас да доставите тражене податке за сваког аутора.

## 2. АПСТРАКТ И КЉУЧНЕ РЕЧИ

Тексту претходи апстракт који је строго ограничен на 150 речи. Апстракт не сме да садржи неодређене скраћенице или референце.

Молимо вас да наведете пет кључних речи које су прикладне за индексирање.

Радови на српском језику треба да садрже апстракт и кључне речи и на српском и на енглеском језику. У том случају, апстракт и кључне речи на енглеском језику треба да се налазе иза списка литературе.

## 3. РУКОПИС И СПИСАК ЛИТЕРАТУРЕ

Због анонимног рецензирања, имена аутора и њихове институционалне припадности не треба наводити на страницама рукописа.

Текстови морају да буду написани у следећем формату:

- величина странице: А4,
- маргине: 2,5 cm,
- фонт: Times New Roman,
- размак између редова у главном тексту: 1,5,

- размак између редова у фуснотама: Easy,
- величина слова у главном тексту: 12 pt,
- величина слова у фуснотама: 10 pt,
- нумерација страница: арапски број у доњем десном углу странице.

Друге ауторе треба наводити по имену и презимену када се први пут помињу (Петар Петровић), а затим само по презимену (Петровић). Не треба наводити „професор“, „др“, „г.“ нити било какве титуле.

Све слике и табеле морају да буду поменуте у тексту, према редоследу по којем се појављује.

Све акрониме треба објаснити приликом првог коришћења, а затим се наводе великим словима.

Европска унија – ЕУ,

The United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL

Бројеви од један до девет пишу се словима, већи бројеви пишу се цифрама. Датуми се пишу на следећи начин: 1. јануар 2012; 2011–2012; тридесетих година 20. века.

Фусноте се користе за објашњења, а не за навођење литературе. Просто навођење мора да буде у главном тексту, са изузетком закона и судских одлука.

### **Поднасловe треба писати на следећи начин:**

#### **1. ВЕЛИКА СЛОВА**

##### **1.1. Прво слово велико**

##### *1.1.1. Прво слово велико курсив*

### **Цитирање**

Сви цитати, у тексту и фуснотама, треба да буду написани у следећем формату: (аутор/година/број стране или више страна).

Домаћа имена која се помињу у реченици не треба понављати у заградама:

- Према Милошевићу (2014, 224–234)...
- Римски правници су познавали различите класификације ствари (Милошевић 2014, 224–234)

Страна имена која се помињу у реченици треба да буду транскрибована, а у заградама их треба поновити и оставити у оригиналу. У списку литературе страна имена се не транскрибују:

- Према Коциолу (Koziol 1997, 73–87)...
- О томе је опсежно писао Коциол (Koziol 1997, 73–87).
- Koziol, Helmut. 1997. *Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Домаћа дела се цитирају писмом којим су штампана. У списку литературе дело штампано латиницом наводи се само латиницом, а дело штампано ћирилицом наводи се ћирилицом и латиницом, при чему се латинична референца ставља у заграда:

- Према Милошевићу (2014, 347–352)...
- Милошевић, Мирослав. 2014. *Римско право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду – Досије студио. (Milošević, Miroslav. 2014. *Rimsko pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Dosije studio.)
- Вукадиновић (Vukadinović 2015, 27) истиче да јемац испуњава туђу, а гарант своју обавезу.
- У литератури се наводи (Vukadinović 2015, 27)...
- Vukadinović, Radovan. 5–6/2015. О правном regulisanju posla bankarske garancije u novom Građanskom zakoniku. *Pravni život* 64: 17–36.

Пожељно је да у цитатима у тексту буде наведен податак о броју стране на којој се налази део дела које се цитира.

Исто тако и / Исто / Као и Константиновић (1969, 125–127);

Према Бартош (1959, 89 фн. 100) – *тамо где је фуснота 100 на 89. страни;*

Као што је предложио Бартош (1959, 88 и фн. 98) – *тамо где фуснота 98 није на 88. страни.*

Пре броја стране не треба стављати ознаку „стр.“, „р.“, „ф.“ или слично.

Изузетно, тамо где је то прикладно, аутори могу да користе цитате у тексту без навођења броја стране дела која се цитира. У том случају аутори могу, али не морају да користе неку од назнака као што су: *видети, посебно видети, видети на пример и др.*

(видети, на пример, Бартош 1959; Симовић 1972)

(видети посебно Бакић 1959)

(Станковић, Орлић 2014)

### Један аутор

**Цитат у тексту (Т):** Као и Илај (Ely 1980, број стране), тврдимо да...

**Навођење у списку литературе (Л):** Ely, John Hart. 1980. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

*Т:* Исто као и Аврамовић (2008, број стране), тврдимо да...

*Л:* Аврамовић, Сима. 2008. *Rhetorike techne – вештина беседништва и јавни наступ*. Београд: Службени гласник – Правни факултет Универзитета у Београду. (Avramović, Sima. 2008. *Rhetorike techne – veština besedništva i javni nastup*. Beograd: Službeni glasnik – Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

*Т:* Васиљевић (2007, број стране),

*Л:* Васиљевић, Мирко. 2007. *Корпоративно управљање: правни аспекти*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (Vasiljević, Mirko. 2007. *Korporativno upravljanje: pravni aspekti*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

### Два аутора

*Т:* Као што је указано (Daniels, Martin 1995, број стране),

*Л:* Daniels, Stephen, Joanne Martin. 1995. *Civil Injuries and the Politics of Reform*. Evanston, Ill.: Northwestern University Press.

*Т:* Као што је показано (Станковић, Орлић 2014, број стране),

*Л:* Станковић, Обрен, Миодраг Орлић. 2014. *Стварно право*. Београд: Номос. (Stanković, Obren, Miodrag Orlić. 2014. *Stvarno pravo*. Beograd: Nomos.)

### Три аутора

*Т:* Као што су предложили Сесил, Линд и Бермант (Cecil, Lind, Bermant 1987, број стране),

*Л:* Cecil, Joe S., E. Allan Lind, Gordon Bermant. 1987. *Jury Service in Lengthy Civil Trials*. Washington, D.C.: Federal Judicial Center.

### Више од три аутора

*Т:* Према истраживању које је спровео Тарнер са сарадницима (Turner *et al.* 2002, број стране),

*Л:* 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.

*Т:* Поједини аутори сматрају (Варади *et al.* 2012, број стране)...

*Л:* Варади, Тибор, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, Владимир Павић. 2012. *Међународно приватно право*. 14. издање. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (Varadi, Tibor, Bernadet Bordaš, Gašo Knežević, Vladimir Pavić. 2012. *Međunarodno privatno pravo*. 14. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

### **Институција као аутор**

*Т:* (U.S. Department of Justice 1992, број стране)

*Л:* 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.

*Т:* (Завод за интелектуалну својину Републике Србије 2015, број стране)

*Л:* Завод за интелектуалну својину Републике Србије. 2015. *95 година заштите интелектуалне својине у Србији*. Београд: Colorgraphx. (Zavod za intelektualnu svojinu Republike Srbije. 2015. *95 godina zaštite intelektualne svojine u Srbiji*. Beograd: Colorgraphx.)

### **Дело без аутора**

*Т:* (*Journal of the Assembly* 1822, број стране)

*Л:* *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.

### **Цитирање више дела истог аутора**

Клермонт и Ајзенберг сматрају (Clermont, Eisenberg 1992, број стране; 1998, број стране)...

Баста истиче (2001, број стране; 2003, број стране)...



### **Цитирање више дела истог аутора из исте године**

*T:* (White 1991a, page)

*L:* White, James A. 1991a. Shareholder-Rights Movement Sways a Number of Big Companies. *Wall Street Journal*. April 4.

### **Истовремено цитирање више аутора и дела**

(Grogger 1991, број стране; Witte 1980, број стране; Levitt 1997, број стране)

(Поповић 2017, број стране; Лабус 2014, број стране; Васиљевић 2013, број стране)

### **Поглавље у књизи**

*T:* Холмс (Holmes 1988, број стране) тврди...

*L:* Holmes, Stephen. 1988. Precommitment and the Paradox of Democracy. 195–240. *Constitutionalism and Democracy*, ed. John Elster, Rune Slagstad. Cambridge: Cambridge University Press.

### **Поглавље у делу које је издато у више томова**

*T:* Шварц и Сајкс (Schwartz, Sykes 1998, број стране) тврде супротно.

*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.

### **Књига са више издања**

*T:* Користећи Гринов метод (Greene 1997), направили смо модел који...

*L:* Greene, William H. 1997. *Econometric Analysis*. 3. ed. Upper Saddle River, N.J.: Prentice Hall.

*T:* (Поповић 2018, број стране),

*P:* Поповић, Дејан. 2018. *Пореско право*. 16. издање. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (Popović, Dejan. 2018. *Poresko pravo*. 16. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

Навођење броја издања није обавезно.

### Поновно издање – репринт

*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.

### Чланак

У списку литературе наводе се: презиме и име аутора, број и година објављивања свеске, назив чланка, назив часописа, година излажења часописа, странице. При навођењу иностраних часописа који не нумеришу свеске тај податак се изоставља.

*T:* Тај модел користио је Левин са сарадницима (Levine *et al.* 1999, број стране)

*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:* На то је указао Васиљевић (2018, број стране)

*L:* Васиљевић, Мирко. 2/2018. Арбитражни уговор и интер-компанијскоправни спорови. *Анали Правног факултета у Београду* 66: 7–46. (Vasiljević, Mirko. 2/2018. Arbitražni ugovor i interkompanijskopравни спорови. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 66: 7–46.)

*T:* Орлић истиче утицај упоредног права на садржину Скице (Orlić 2010, 815–819).

*L:* Orlić, Miodrag. 10/2010. Subjektivna deliktна odgovornost u srpskom pravu. *Pravni život* 59: 809–840.

### Цитирање целог броја часописа

*T:* Томе је посвећена једна свеска часописа *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:* Осигурање од грађанске одговорности подробно је анализирано у часопису *Анали Правног факултета у Београду* (1982).

*L:* *Анали Правног факултета у Београду*. 6/1982. *Саветовање: Нека актуелна питања осигурања од грађанске одговорности*, 30:

939–1288. (*Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 6/1982. *Savetovanje: Neka aktuelna pitanja osiguranja od građanske odgovornosti*, 30: 939–1288.)

### Коментари

*T*: Смит (Smith 1983, број стране) тврди...

*L*: Smith, John. 1983. Article 175. Unjust Enrichment. 195–240. *Commentary to the Law on Obligations*, ed. Jane Foster. Cambridge: Cambridge University Press.

*T*: Према Шмаленбаху (Schmalenbach 2018, број стране), јасно је да...

*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*: Перовић (Perović 1980, број стране) тврди да...

*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.

### Чланак у часопису или дневним новинама без аутора

*T*: објављено у *Политици* (2019)

*L*: *Политика*. 2019. Србија снажно посвећена европском путу. Март 2019. (*Politika*. 2019. Srbija snažno posvećena evropskom putu. Mart 2019)

*T*: Као што је објављено у часопису *Newsweek* (2000)...

*L*: *Newsweek*. 2000. MP3.com Gets Ripped. 18 September.

### Чланак у часопису или дневним новинама са аутором (ауторима)

*T*: У *Времену* је објављено (Švarn, Georgijev 2018) да...

*L*: Švarn, 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.

### **Необјављени рукопис**

*T:* (Аврамовић, Тодоровић 2017)

*L:* Аврамовић, Павле, Ненад Тодоровић. 2017. Стицање без основа у римском праву. Необјављен рукопис. Универзитет у Нишу, Правни факултет, август. (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.

### **Радни документ**

*T:* (Стојановић, Савић 2017)

*L:* Стојановић, Огњен, Мартин Савић. 2017. Правна природа уговора о кредиту. Радни документ. Институт за право и финансије, Београд. (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.

### **Нумерисани радни документ**

*T:* (Томић, Павловић 2018)

*L:* Томић, Јанко, Саша Павловић. 2018. Упоредноправна анализа за прописа у области радног права. Радни документ бр. 7676. Институт за упоредно право, Београд. (Tomić, Janko, Saša Pavlović. 2018. Uperednopravna 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.

### Лична кореспонденција/комуникација

*T:* Као што тврди Дамњановић (2017),

*L:* Дамњановић, Вићентије. 2017. Писмо аутору, 15. јануар.  
(Damnjanović, Vićentije. 2017. Pismo autoru, 15. januar.)

*T:* (Welch 1998)

*L:* Welch, Thomas. 1998. Letter to author, 15 January.

### Стабилни интернет протокол (URL)

*T:* Према Заводу за интелектуалну својину Републике Србије (2018),

*L:* Завод за интелектуалну својину Републике Србије. 2018. Годишњи извештај о раду за 2017. годину. <http://www.zis.gov.rs/o-zavodu/godisnji-izvestaji.50.html>, последњи приступ 28. марта 2018. (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.)

*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.

### У штампи

*T:* (Богдановић 2019, број стране)

*L:* Богдановић, Лука. 2019. Економске последице уговарања клаузуле најповлашћеније нације у билатералним инвестиционим споразумима. *Номос*, том 11, у штампи. (Bogdanović, Luka. 2019. Ekonomske posledice ugovaranja klauzule najpovlašćenije nacije u bilateralnim investicionim sporazumima. *Nomos*, tom 11, u štampi.)

*T:* (Spier 2003, број стране)

*L:* Spier, Kathryn E. 2003. The Use of Most-Favored-Nations Clauses in Settlement of Litigation. *RAND Journal of Economics*, vol. 34, in press.

### Прихваћено за објављивање

*T:* У једном истраживању (Petrović, прихваћено за објављивање) посебно се истиче значај права мањинских акционара за функционисање акционарског друштва.

*L:* Petrović, Marko. *Prihvaćeno za objavljivanje. Prava manjinskih akcionara u kontekstu funkcionisanja skupštine akcionarskog društva. Pravni život.*

*T:* Једна студија (Joyce, прихваћено за објављивање) односи се на Колумбијски дистрикт.

*L:* Joyce, Ted. *Forthcoming. Did Legalized Abortion Lower Crime? Journal of Human Resources.*

### Судска пракса

**Ф(услуге):** Врховни суд Србије, Рев. 1354/06, 6. 9. 2006, *Paragraf Lex*; Врховни суд Србије, Рев. 2331/96, 3. 7. 1996, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије* 4/96, 27; CJEU, case C-20/12, Giersch and Others, ECLI:EU:C:2013:411, пара. 16; Opinion of AG Mengozzi to CJEU, case C-20/12, Giersch and Others, ECLI:EU:C:2013:411, пара. 16.

*T:* За референце у тексту користити скраћенице (ВСС Рев. 1354/06; CJEU C-20/12, или Giersch and Others; Opinion of AG Mengozzi) конзистентно у целом чланку.

*L:* Не треба наводити судску праксу у списку коришћене литературе.

### Закони и други прописи

**Ф:** Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС* 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014, чл. 2, ст. 1, тач. 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:* За референце у тексту користити скраћенице (ЗКП или ЗКП РС; Regulation No. 1052/2013; Directive 2013/32) конзистентно у целом чланку.

*L:* Не треба наводити прописе у списку коришћене литературе.

#### 4. ПРИЛОЗИ, ТАБЕЛЕ И СЛИКЕ

Фусноте у прилозима нумеришу се без прекида као наставак на оне у остатку текста.

Нумерација једначина, табела и слика у прилозима почиње са 1 (једначина А1, табела А1, слика А1 итд., за прилог А; једначина Б1, табела Б1, слика Б1 итд., за прилог Б).

На страни може бити само једна табела. Табела може заузима-ти више од једне стране.

**Табеле** имају кратке наслове. Додатна објашњења се наводе у напоменама на дну табеле.

Треба идентификовати све количине, јединице мере и скраћенице за све уносе у табели.

Извори се наводе у целини на дну табеле, без унакрсних референци на фусноте или изворе на другим местима у чланку.

**Слике** се прилажу у фајловима одвојено од текста и треба да буду јасно обележене.

Не треба користити сенчење или боју на графичким приказима. Ако је потребно визуелно истаћи поједине разлике, молимо вас да користите шрафирање и унакрсно шрафирање или друго средство означавања.

Не треба користити оквир за текст испод или око слике.

Молимо вас да користите фонт Times New Roman ако постоји било какво слово или текст на слици. Величина фонта мора бити најмање 7.

Графици не садрже било какву боју.

Наслови слика су наведени и на засебној страници са двоструким проредом под називом – Легенда коришћених слика.

Слике не могу бити веће од 10 cm x 18 cm. Да би се избегло да слика буде значајно смањена, објашњења појединих делова слике треба да буду постављена у оквиру слике или испод ње.

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





У ОВОМ БРОЈУ:

Јасминка ХАСАНБЕГОВИЋ

*/Академске слободе и људско достојанство: необичан случај фобичности Дона Финиса*

Мирјана СТЕФАНОВСКИ

*/Право дисолуције у нацрту устава комисије југословенских професора из 1920. године*

Војана ČUČKOVIĆ

*/From Equality Towards Equity and Differentiated Responsibilities: A Contemporary International Environmental Law Perspective*

Михајло VUČIĆ

*/Access to Water in the Context of the International Watercourse: A Theory of the Community of Interest*

Татјана МИЛИЋ

*/Емпиријско истраживање права: револуција или немогућа мисија?*

Милош ŽIVKOVIĆ, Марко MILENKOVIĆ, Софија NIKOLIĆ POPADIĆ

*/Modification of Construction Permits and Transfer of Subjective Rights*

Дамир БАНОВИЋ

*/Аналитички и социолошкоправни приступ проучавању нормативних и друштвених функција права*

Горан ДАЈОВИЋ, Бојан СПАИЋ

*/Доктрина „четврте инстанце“ и право на образложену пресуду у пракси Европског суда за људска права*

Борко МИХАЈЛОВИЋ

*/Посебне дужности у периоду ризика од стечаја*

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*

Ђорђе MARKOVIĆ

*/Procedures and Conditions for the Selection of the Constitutional Court Judges in the Post Yugoslav States*

ISSN 0003 2565

