

ANALI

PRAVNOG FAKULTETA U BEOGRADU

ANNALS
BELGRADE LAW REVIEW

- 471 Dejan POPOVIĆ, Gordana ILIĆ-POPOV
NEKE METODOLOŠKE DILEME U UPOREDNOM PORESKOM PRAVU
- 513 Vladimir PAVIĆ, Milena ĐORĐEVIĆ
VIRTUAL ARBITRATION HEARINGS: THE NEW NORMAL?
- 541 Marko SIMENDIĆ
PROTAGORA I KALIKLE: POLITIČKI PREOBRAŽAJ POLISA I DVA SOFISTIČKA ODJEKA
U PLATONOVIM DELIMA
- 565 Tamara ILIĆ
EKDIK (DEFENSOR CIVITATIS) U RIMSKOM CARSTVU I VIZANTIJI
- 587 Ranko SOVILJ, Sanja STOJKOVIĆ ZLATANOVIĆ
PRAVNE, SOCIJALNE I ETIČKE IMPLIKACIJE EDITOVANJA HUMANOG GENOMA
PRIMENOM TEHNOLOGIJE CRISPR/CAS9
- 607 Aleksandar Andrija PEJOVIĆ
RULE OF LAW THROUGH THE MIRROR GLASS – IS THE NEW 2020 ENLARGEMENT METHODOLOGY
A PRE-ACCESSION TEU ARTICLE 7 MECHANISM?
- 635 Isabel TRUJILLO
THE LEGAL BALANCE BETWEEN LIBERTY AND EQUALITY
- 651 Boris BEGOVIĆ
PEDESET GODINA EKONOMSKE TEORIJE REGULACIJE

REDAKCIJA /

GLAVNI I ODGOVORNI UREDNIK /

Marija Karanikić Mirić,
Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija

ZAMENIK GLAVNOG I ODGOVORNOG UREDNIKA /

Boris Begović,
Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija

UREĐIVAČKI ODBOR /

ČLANOVI IZVRŠNOG ODBORA REDAKCIJE /

Zoran Tomić (Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija),
Nebojša Jovanović (Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu,
Srbija), Goran Ilić (Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija),
Bojan Milisavljević (Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija),
Vojislav Stanimirović (Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu,
Srbija) i Danilo Vuković (Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu,
Srbija)

ČLANOVI SAVETODAVNOG ODBORA REDAKCIJE /

Brian Leiter (University of Chicago Law School, USA), Yariv Brauner
(University of Florida, USA), 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), Rainer Kulms (Max Planck Institute for
Comparative and International Private Law, Hamburg, Germany),
Dzhenevra Igorevna Lukovskaya (St Petersburg State University,
Russian Federation), Ingeborg Maus (Goethe University Frankfurt,
Germany), Thomas Mertens (Radboud University, Netherlands),
Slobodan Milacic (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)

SEKRETARI /

Nikola Ilić (Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu,
Srbija) i Novak Vujičić (Pravni fakultet Univerziteta u
Beogradu, Srbija)

TEHNIČKI SEKRETAR /

Milena Mitrović (Institut za međunarodnu politiku
i privredu, Srbija)

IZDAVAČ /

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

LEKTOR I KOREKTOR /

Irena Popović Grigorov, Vuk Tošić

TEHNIČKI UREDNIK /

Jovan Đorđević

DIZAJN KORICA /

City Image

SLOG I PRELOM /

DOSIJE
STUDIO

ŠTAMPA /

Birograf

TIRAŽ /

300

SEKUNDARNE PUBLIKACIJE U KOJIMA SE

INDEKSIRA ČASOPIS /

Directory of Open Access Journals (DOAJ); EBSCO;
HeinOnline Law Journal Library; SCIndeks (Srpski
citatni indeks); Cobiss; ERIHPLUS



ANALI

PRAVNOG FAKULTETA U BEOGRADU

ANNALS
BELGRADE LAW REVIEW

- 471 Dejan POPOVIĆ, Gordana ILIĆ-POPOV
NEKE METODOLOŠKE DILEME U UPOREDNOM PORESKOM PRAVU
- 513 Vladimir PAVIĆ, Milena ĐORĐEVIĆ
VIRTUAL ARBITRATION HEARINGS: THE NEW NORMAL?
- 541 Marko SIMENDIĆ
PROTAGORA I KALIKLE: POLITIČKI PREOBRAŽAJ POLISA I DVA SOFISTIČKA ODJEKA
U PLATONOVIM DELIMA
- 565 Tamara ILIĆ
EKDIK (DEFENSOR CIVITATIS) U RIMSKOM CARSTVU I VIZANTIJI
- 587 Ranko SOVILJ, Sanja STOJKOVIĆ ZLATANOVIĆ
PRAVNE, SOCIJALNE I ETIČKE IMPLIKACIJE EDITOVANJA HUMANOG GENOMA
PRIMENOM TEHNOLOGIJE CRISPR/CAS9
- 607 Aleksandar Andrija PEJOVIĆ
RULE OF LAW THROUGH THE MIRROR GLASS – IS THE NEW 2020 ENLARGEMENT METHODOLOGY
A PRE-ACCESSION TEU ARTICLE 7 MECHANISM?
- 635 Isabel TRUJILLO
THE LEGAL BALANCE BETWEEN LIBERTY AND EQUALITY
- 651 Boris BEGOVIĆ
PEDESET GODINA EKONOMSKE TEORIJE REGULACIJE

SADRŽAJ

ČLANCI

- 471 Dejan Popović, Gordana Ilić-Popov**
Neke metodološke dileme u uporednom poreskom pravu
- 513 Vladimir Pavić, Milena Đorđević**
Virtual Arbitration Hearings: The New Normal?
- 541 Marko Simendić**
Protagora i Kalikle: politički preobražaj polisa i dva sofisticka odjeka u Platonovim delima
- 565 Tamara Ilić**
Ekdik (defensor civitatis) u Rimskom carstvu i Vizantiji
- 587 Ranko Sovilj, Sanja Stojković Zlatanović**
Pravne, socijalne i etičke implikacije editovanja humanog genoma primenom tehnologije CRISPR/Cas9
- 607 Aleksandar Andrija Pejović**
Rule of Law Through the Mirror Glass – Is the New 2020 Enlargement Methodology a Pre-Accession TEU Article 7 Mechanism?
- 635 Isabel Trujillo**
The Legal Balance Between Liberty and Equality

JUBILEJI

651 **Boris Begović**

Pedeset godina ekonomske teorije regulacije

PRIKAZI

- 667 Lattmann, Christopher. 2019. *Der Teufel, die Hexe und der Rechtsgelehrte. Crimen magiae und Hexenprozess in Jean Bodins „De la Démonomanie des Sorciers“*, Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, 318. Klostermann: Frankfurt a. M., XVI + 390. (Zoran S. Mirković)
- 671 Kahneman, Daniel, Olivier Sibony, Cass R. Sunstein. 2021. *Noise: A Flaw in Human Judgement*. New York, Boston, London: The Little, Brown Spark, 464. (Nikola Ilić)
- 676 Straumann, Tobias. 2019. *1931: Debt, Crisis, and the Rise of Hitler*. Oxford: Oxford University Press, 240. (Boris Begović)
- 685 Cvetković Đorđević, Valentina. 2020. *Negotiorum gestio u rimskom pravu s osvrtom na srpsko pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 122. (Samir Aličić)

VARIA

689 **Uputstvo za autore**

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

- 471 Dejan Popović, Gordana Ilić-Popov**
Some Methodological Dilemmas in Comparative Tax Law
- 513 Vladimir Pavić, Milena Đorđević**
Virtual Arbitration Hearings: The New Normal?
- 541 Marko Simendić**
Transformation of the *Polis* and Two Sophistic Reflections: Protagoras and Callicles
- 565 Tamara Ilić**
Ekdikos (Defensor Civitatis) in Roman Empire and Byzantium
- 587 Ranko Sovilj, Sanja Stojković Zlatanović**
Legal, Social and Ethical Implications of Human Genome Editing Using CRISPR/Cas9
- 607 Aleksandar Andrija Pejović**
Rule of Law Through the Mirror Glass – Is the New 2020 Enlargement Methodology a Pre-Accession TEU Article 7 Mechanism?
- 635 Isabel Trujillo**
The Legal Balance Between Liberty and Equality

ANNIVERSARIES

651 **Boris Begović**

Fifty Years of the Theory of Economic Regulation

BOOK REVIEWS

- 667 Lattmann, Christopher. 2019. *Der Teufel, die Hexe und der Rechtsgelehrte. Crimen magiae und Hexenprozess in Jean Bodins „De la Démonomanie des Sorciers“*, Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, 318. Klostermann: Frankfurt a. M., XVI + 390.
(Zoran S. Mirković)
- 671 Kahneman, Daniel, Olivier Sibony, Cass R. Sunstein. 2021. *Noise: A Flaw in Human Judgement*. New York, Boston, London: The Little, Brown Spark, 464.
(Nikola Ilić)
- 676 Straumann, Tobias. 2019. *1931: Debt, Crisis, and the Rise of Hitler*. Oxford: Oxford University Press, 240.
(Boris Begović)
- 685 Cvetković Đorđević, Valentina. 2020. *Negotiorum gestio u rimskom pravu s osvrtom na srpsko pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 122.
(Samir Aličić)

VARIA

689 **Guidelines for Authors**

/ČLANCI

UDK 340.5:[001.8:336.2

CERIF: S 115, S 141

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_21301A

Dr Dejan POPOVIĆ*

Dr Gordana ILIĆ–POPOV**

NEKE METODOLOŠKE DILEME U UPOREDNOM PORESKOM PRAVU

S obzirom na to da se uporedno pravo, kao nauka i metod, tokom većeg dela HH veka razvijalo prvenstveno kao uporedno privatno pravo, sa kasnijim uključivanjem ustavnog, upravnog i krivičnog prava, upoređivanje nacionalnih poreskih sistema – ako se izuzmu malobrojni pionirski radovi – bilo je donedavno marginalno. Posebno su zapostavljena istraživanja metoda primerenog uporednom poreskom pravu. Polazeći od stava da se metod u uporednopravnom istraživanju svodi na tehniku poređenja, autori su razmotrili dilemu da li je polazna osnova za komparaciju pretpostavka o

* Profesor emeritus, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, *dejan.popovic@ius.bg.ac.rs*.

** Redovna profesorka, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, *gordana@ius.bg.ac.rs*.

sličnosti ili o razlikama. Iz različitosti tih pretpostavki razvila su se dva osnovna metodološka pristupa u uporednom (poreskom) pravu – funkcionalizam (zasnovan na pretpostavci o sličnostima) i pristup kulturnih razlika, iz kojeg je kasnije nastao kritički pristup. Pošto su analizirali prednosti i nedostatke oba pristupa, autori su razradili osnove „kulturnog funkcionalizma“, zasnovanog na uključivanju kulturnog konteksta u istraživanje načina na koje poreska prava koja se upoređuju rešavaju date probleme.

Ključne reči: *Uporedno poresko pravo. – Funkcionalizam. – Pristup kulturnih razlika. – Metodologija uporednog poreskog prava. – Poreskopравни transplanti.*

1. UVOD

Ne iznenađuje okolnost što je u globalizovanom svetu literatura o različitim aspektima oporezivanja sa međunarodnim elementom vrlo obimna, te je podržana aktivnošću, pre svega OECD-a, širenja mreže poreskih ugovora i uspostavljanja domaćih pravila, sa ciljem suzbijanja izbegavanja poreza i poreske evazije¹ na međunarodnom planu (na primer, CFC zakonodavstvo, pravila o transfernim cenama, test glavnog cilja transakcije itd.). Ali, sve donedavno, upoređivanje nacionalnih poreskih sistema, ako se izuzme nekoliko pionirskih radova,² bilo je marginalno (Garbarino 2009, 679). Čak se ni u tim „kanonskim“ tekstovima iz uporednog poreskog prava praktično ne pominje teoretski okvir na kojem su zasnovani. Nasuprot tome, uporednopravne studije, bilo opšteg karaktera ili fokusirane na pojedinačnu, „tradicionalniju“ granu prava (poput privatnog prava), doživele su postojan razvoj.

¹ Iako se, uobičajeno, izbegavanje plaćanja poreza (poreska evazija) deli na: (1) zakonitu evaziju, koja može da bude legitimna (poreska mitigacija) i nelegitimna, i (2) nezakonitu evaziju (Popović 2020a, 58–60), posle stupanja na snagu (1. oktobra 2018. godine) Multilateralne konvencije za primenu mera koje se u cilju sprečavanja erozije poreske osnovice i premeštanja dobiti odnose na poreske ugovore (*Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori* 3/2018), u srpsko poresko pravo je prvi put unet termin „poresko izbegavanje“, kao prevod engleskog izraza *tax avoidance*, koji označava zakonitu nelegitimnu poresku evaziju. Istina, u pojedinim odredbama Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji – ZPPPA, *Službeni glasnik RS* 80/2002, ..., 144/2020, „izbegavanje“ se odranije koristi da označi nezakonitu poresku evaziju (na primer, čl. 131, st. 1, tač. 2) i 3) i čl. 135, st. 2, a verovatno i čl. 31, st. 2, tač. 2). U ovom radu nezakonita evazija se naziva „poreska evazija“, a zakonita nelegitimna evazija „izbegavanje poreza“.

² Upor. Thuronyi (2003); Ault, Arnold (2010).

Metodološka pitanja jesu centralni aspekt uporednog prava kao discipline i na njima je poslednjih decenija nastala bogata akademska literatura (Samuel 2014, 13).

U ovom radu ćemo nastojati da iz mnoštva metodoloških koncepata i ideja iz uporednog prava izdvojimo one koji bi nam pomogli da ponudimo skicu metoda kojima bi uporedno poresko pravo moglo najefikasnije da ostvari svoje ciljeve. Kao prethodno pitanje, razmotrićemo dilemu da li je uporedno pravo uopšte nauka ili je samo metod, a zatim ćemo podvrći analizi prednosti i nedostatke „klasičnog“ funkcionalnog metoda i postmodernih kritičkih pristupa u uporednom (poreskom) pravu, sa namerom da utvrdimo da li je moguća primena njihove kombinacije i, ukoliko jeste, pod kakvim uslovima.

2. UPOREDNO PRAVO: METOD ILI NAUKA

Može delovati neobično da se rasprava o nekoj temi započne upitanošću o njenom samom postojanju. Naime, poslednjih sedamdesetak godina vođena je akademska rasprava o tome da li je uporedno pravo samo oblik naučnog metoda u istraživanjima ili je, pak, to posebna disciplina pravne nauke. Utvrđujući na početku rada prirodu uporednog prava, nameravamo da ustanovimo okvir u kojem ćemo sprovesti analizu njegove „poreskoppravne sekcije“.

Sredinom HH veka, pod uticajem francuskog autora Davida (David 1950) i britanskog profesora Gateridža (Gutteridge 1946), u pravnoj literaturi preovladavao je pristup prema kojem „uporedno pravo nije nikakva nova ni posebna grana prava, pa ni kakav deo u sistemu pravnih nauka, jer, i pored koristi koje se od njega imaju i pored čak i novih rezultata koji se u izvesnim oblastima prava postižu putem uporednog prava, uporedno pravo nema svoga posebnog predmeta koji bi se razlikovao od predmeta drugih pravnih disciplina“ (Blagojević 1953, 13). Suprotno gledište ustanovljeno je ranije, na prelasku u HH vek, tokom *Belle Époque*, u radovima francuskih pravnika Saleja³ i Lambera (Lambert 1905, 26–61). To su bili dani „prve globalizacije“ kada se, u svetlu haških konferencija o međunarodnom javnom i međunarodnom privatnom pravu i rada na univerzalnim pravilima o železničkom i poštanskom saobraćaju i intelektualnoj svojini, sve više pažnje poklanjalo međunarodnoj unifikaciji prava. „A taj je cilj mogao i imao biti ostvaren – ili bar pripremljen – u najvećoj meri putem uporednog prava. Ono

³ Za doprinos Rejmona Saleja (*Raymond Saleilles*) nastanku uporednog prava kao autonomne discipline upor. Robert (1991, 143–149).

dakle dobija izvestan međunarodni značaj, značaj koji po svome karakteru odgovara značaju međunarodnog javnog i međunarodnog privatnog prava“ (Blagojević 1953, 13). Prvi Međunarodni kongres uporednog prava održan je 1900. godine u Parizu.⁴ Zaključak tog kongresa je bio „da je i uporedno pravo samostalna nauka i da mu se takvo mesto ima dati u bilo kome sistemu pravnih nauka“ (Blagojević 1953, 13). Eho akademske rasprave, koja je pokrenuta Davidovim i Gateridžovim insistiranjem na ulozi uporednog prava samo kao metoda, a ne i kao pravne discipline, traje do današnjih dana. Međutim, Rajman je, između ostalih, iznosio suprotan stav: iako nije osporavao da uporedno pravo može služiti i kao metod, on je smatrao da se vremenom, to jest u drugoj polovini XX veka u uporednom pravu akumuliralo stvarno „supstancijalno znanje“, koje se sastoji od činjeničnih informacija, prepoznavanja struktura i razumevanja fundamentalnih pitanja (Reimann 2002, 683–684). Prema Legranovom mišljenju, „predstavljanje komparativne analize prava kao samo ili pretežno metoda ili, čak, kolekcije metoda upućuje na sužen, jednodimenzionalan pogled na nešto što je fundamentalno dvodimenzionalna konstrukcija“. Ako bi se radilo samo o metodi, „komparativna analiza prava postaje dodatak drugim, ‘supstancijalnim’ sferama pravne aktivnosti; to jest, ništa više nego sluškinja ugovornom, imovinskom ili ustavnom pravu. ... Uporedna istraživanja prava pružaju novu perspektivu, omogućujući da se kritički osvetli pravni sistem – tuđi ili vlastiti – uglavnom na isti način kako to mogu činiti, recimo, kritičke pravne studije, feminističke pravne studije, pravna semiotika ili ekonomska analiza prava. Niko ne bi pomislio da redukuje, na primer, feminističku teoriju prava na običan metod“ (Legrand 1995, 264). U Manifestu iz Trenta, koji je 1987. godine sačinila grupa italijanskih komparatista (*il circolo di Trento*), navodi se da „upoređivanje skreće pažnju na različite fenomene pravnog života koji deluju u prošlosti ili sadašnjosti, razmatra pravne propozicije kao istorijske činjenice, uključujući one koje su formulisali zakonodavci, sudovi i univerzitetski profesori, i tako potvrđuje šta se zaista dogodilo. U tom smislu, komparacija jeste istorijska nauka“ (Sacco 1991, 26 f). Lukić, pak, smatra da „uporednopravni metod nije nikakav osoben metod već primena osobenih metoda na drukčiji, širi predmet od nacionalnog prava. Uporedno pravo se očigledno odlikuje posebnim predmetom više nego posebnim metodom. U tom smislu bi ono bilo posebna nauka“ (Lukić 1995, 161).

⁴ Četiri glavna cilja Kongresa bila su da se: (1) odredi metodologija analize različitih zakonodavstava; (2) definiše uloga uporednih metoda u nastavi prava; (3) istakne značaj uporednopravne analize za nacionalno zakonodavstvo, sudsko tumačenje i međunarodni sporazum; (4) istraže mehanizmi kako da se strano pravo učini pristupačnijim. <https://comparelex.org/2015/05/19/paris-international-congress-of-comparative-law-culmination-and-end-of-the-first-phase-of-comparative-law-research/>, poslednji pristup 28. novembra 2020.

Takvi zaključci se odnose i na pojedinačnu oblast uporednog *poreskog* prava. S jedne strane, ono se može smatrati oblikom naučnog metoda u istraživanjima i nastavi, ali mu nedostaju vlastite jedinstvene karakteristike, postupci, tehnike i načini vrednovanja pa se oslanja na one koji se koriste u opštim uporednopravnim studijama (Avi-Yonah, Sartori, Marian 2011, 1). U poreskom pravu se sprovede tri različite vrste komparativnih istraživanja (Buijze 2016, 191–192). Prva vrsta takvih istraživanja, koja je normativne prirode, omogućuje analitička poređenja u specifičnom okviru za ocenjivanje, čime se ističe kritička, a ne samo deskriptivna uloga istraživanja. Takav pristup je, na primer, prisutan u Barkerovoj studiji o porezu na kapitalni dobitak u postaparthejskoj Južnoj Africi, koji je upoređen sa porezima na kapitalni dobitak u SAD i Velikoj Britaniji. Komparativna analiza otuda „treba da suprotstavi pretpostavke na kojima počiva poresko pravo, uključujući njegove efekte, efikasnost, pravičnost i prihvaćenost od ljudi. To znači da ona mora da ide dalje od deskriptivnog fokusiranja na ‘jeste’ i da vrednuje ‘jeste’ u smislu ‘treba da bude’“ (Barker 2005, 708). Druga vrsta komparativnih istraživanja se fokusira na karakteristike upoređenih poreskih jurisdikcija, sa ciljem da ih strukturira, a ne da ih vrednuje. Nastala struktura može istraživaču da ponudi uvid u grupu prilično homogenih poreskih jurisdikcija razvijenih ekonomija (Ault, Arnold 2010, XXV–XXVII) ili još širi, heterogeniji pogled, koji pokriva gotovo sve države (Thuronyi 2003, 3–9). Treća vrsta uporednog istraživanja u poreskom pravu je deskriptivna i sreće se u brojnim „nacionalnim izveštajima za međunarodne stručne kongrese, koji su skupljeni u uređene zbornike“, čiji je cilj „uglavnom informativan, uz izuzetak urednikovog rezimea nacionalnih izveštaja, koji često prevazilazi običnu informativnu ulogu“ (Buijze 2016, 192).

S druge strane, „komparativno oporezivanje“ može takođe da predstavlja jedinstveni korpus znanja... – nove uvide i zaključke do kojih se može doći samo upoređivanjem“ (Avi-Yonah, Sartori, Marian 2011, 1). Pošto je jedna od intelektualnih koristi od uporednog prava njegova tendencija da analitičke kategorije gura na više nivoe apstrakcije da bi se prebrodile razlike između pravnih sistema (Reitz 1998, 635–636), uzmimo Turonjijevu klasifikaciju porodica poreskog prava za primer znanja koje je stečeno putem uporednog prava na bazi *tertium comparationis*-a, odnosno zajedničkog kvaliteta koji imaju dva objekta koja se upoređuju (Thuronyi 2003, 43–44). Naime, prema Turonjijevom mišljenju, tri su velike „porodice“ poreskog prava: *common law*, evropska kontinentalna porodica i porodica poreskog prava Evropske unije (u daljem tekstu: *EU*), pri čemu članovi treće pripadaju i prvoj ili drugoj porodici, s obzirom na to da se samo one oblasti njihovog poreskog prava koje čine delove *acquis Communautaire* kvalifikuju za posebno svrstavanje u porodicu poreskog prava EU. *Common law* porodica može se razvrstati u ko-

monveltsku i američku potporodicu, dok se evropska kontinentalna porodica grana na francusku, severnoevropsku, južnoevropsku, latinoameričku, tranzicionu i postkonfliktnu, japansko-korejsku i ostale potporodice.⁵

Imajući u vidu da uporedno pravo, apstraktno posmatrano, obuhvata komponente i metoda i naučnosti, pri čemu je zadatak metoda da upoređuje i suprotstavlja norme, institucije, kulture i dr., opredeljujemo se da sledimo Palmerov stav, zasnovan na ideji koju je preuzeo od Karbonijea (Carbonnier 1994, 153), da se metod u uporednopravnom istraživanju svodi na tehniku kojom se sprovode poređenja (Palmer 2004, 2). Tako gledano, svaka tehnika može da se smatra posebnim metodom.⁶

3. PRETPOSTAVKA O SLIČNOSTI ILI PRETPOSTAVKA O RAZLICIMA?

Iako je poresko pravo u svim državama „prvenstveno po prirodi zakonsko“, što znači da bi razlike između evropskih kontinentalnih i *common law* sistema trebalo da budu „manje značajne nego u drugim poljima, ...obično posmatranje nam kazuje da se poreski sistemi veoma razlikuju, ne samo prema uvedenim porezima, nego i prema stepenu discipline i sofisticacije (da ne kažemo entuzijazma) sa kojom se propisi nameću“ (Livingston 2020, 7–8). Međutim, takođe se navodi da najbitnije razlike ne postoje između materijalnih normi već između institucija, postupaka i tehnika i da svrstavanje zavisi od perspektive i konteksta, pri čemu su stalno podvrgnuti promenama tokom vremena (Reimann 2002, 677).

Ali, pođimo od sličnosti. S obzirom na to da su porezi obavezna davanja državi iz obveznikovog dohotka (mnogo ređe iz imovine), bez neposredne protivusluge, „oporezivanje se nalazi među politički najspornijim oblastima prava“ (Livingston 2020, 8). Poreski obveznici⁷ reaguju na poreske nepravde različitim vrstama otpora, ali u istoriji oporezivanja njegovi oblici su mogli

⁵ Turonijeva klasifikacija porodica *poreskog prava* sledi klasifikaciju pravnih porodica uopšte (Thuronyi 2003, 24), posebno onu koju su sačinili Cvajgert i Kec (Zweigert, Kötz 1998, 73). Ta klasifikacija, koja prvenstveno uzima u obzir privatna prava, obuhvata romansku porodicu, germansku porodicu, nordijsku porodicu i *common law* porodicu, dok se kinesko, japansko, hindu i islamsko pravo posebno tretiraju.

⁶ Lukić zagovara šire shvatanje tehničkih metoda prava i pravne tehnike (Lukić 1995, 166 *et seq.*).

⁷ Mislimo na obveznike – fizička lica.

biti gotovo isti, uprkos razlikama između država. Kada se pomene poreski bunt, prva asocijacija je obično „Bostonska čajanka“, koja je pokrenula Američku revoluciju, pod sloganom *No taxation without representation*.⁸ Sličan primer postoji i u srpskoj istoriji. Naime, knez Miloš Obrenović koji je, nakon dobijanja statusa vazalne kneževine za Srbiju 1830. godine, nastavio da ubira osmanske poreze delom u ime sultana, a delom za potrebe svoje uprave, suočio se početkom 1835. godine sa masovnom pobunom protiv svoje autokratske vladavine, koju je predvodio Mileta Radojković. Pobunjenici su tvrdili da je knez Miloš „vladao kao paša i povećavao porez na način da bi se moglo reći da je država bila njegovo imanje, a ljudi njegovi robovi“ (R. J. Popović 2009, 87–88). Miletina buna je predstavljala ozbiljnu pretnju, te je Miloš bio prinuđen da učini ustupak i dopusti donošenje Sretenjskog ustava. Nalazeći pravni osnov u čl. 86 Ustava,⁹ Sretenjska skupština je donela prvi srpski poreski zakon. Otuda zaključujemo da narodu nije dobrovoljno dato pravo da „nema oporezivanja bez predstavljanja u parlamentu“ već da se on za to izborio Miletinom bunom.

Sličnosti se, međutim, ne pokazuju samo u otporu poreskim nepravdama. Prethodno pomenut Turonjijev pokušaj klasifikacije porodica poreskog prava takođe svedoči da postoje sličnosti u karakteristikama nacionalnih poreskih zakonodavstava. Međutim, često može izgledati kao da su one potisnute razlikama. Lako je zapaziti da su i Republika Koreja i Italija, ili i Švedska i Grčka razvijene države, ali i da između njihovih poreskih sistema i nivoa poštovanja propisa postoje značajne razlike. O uzrocima tih razlika, na kojima je zasnovan Livingstonov pristup (Livingston 2006, 582–586) – za razliku od Turonjijevog, koji je usmeren na sličnosti – biće više reči kasnije. Iako odbacuje njihov pristup da se pravno znanje sagledava na osnovu pravila i/ili normi, Legran smatra da je sasvim prirodno što Glen (Glenn 1993, 567), Saskind (Susskind 1987, 78–79) i Markezinis (Markesinis 1994, 30), zagovarajući takav pristup, zastupaju tezu o konvergenciji te smatraju da se „tradicije evropskog kontinentalnog prava i *common law*-a progresivno približavaju u Zapadnoj Evropi“ (Legrand 1996, 55). Komparacija koja se

⁸ „Bostonska čajanka“ je akt revolta kolonista protiv Zakona o čaju, kojim je britanski Parlament, u kojem oni nisu bili predstavljeni, uveo akcizu na čaj. U znak protesta, pripadnici tajnog društva „Sinovi slobode“ upali su 13. decembra 1773. godine na brodove Istočnoindijske kompanije, usidrene u bostonskoj luci, i u more pobacali toware čaja. Britanske vlasti su na to oštro reagovala, što je predstavljalo inicijalnu kapislu koja je ubrzo pokrenula Američki rat za nezavisnost.

⁹ „Nikakav danak ne može se naložiti ili udariti bez odobrenja Narodne skupštine“. To je, zapravo, bila srpska formulacija principa *No taxation without representation*.

fokusira na pravila i principe zasniva se na *praesumptio similitudinis*, a jedan od njenih osnovnih metodoloških pristupa je indukcija. Možemo je označiti kao „integrativno upoređivanje“.

Ali, suprotno takvim gledištima, u literaturi se sreće stav da „ni pravila ni koncepti ne otkrivaju toliko o pravnom sistemu koliko izgleda da se pretpostavlja. Pravila su, na primer, uglavnom efemerna i neizbežno nepredvidljiva. Ona su krhka... (i) ograničavaju posmatrača na ‘plitku deskripciju’... (Ona) predstavljaju površinsku sliku pravnog sistema“ (Legrand 1996, 55–56). Zbog toga bi komparatista trebalo da se koncentriše na kulturne razlike. Istina, definicija „kulture“ je široka i komplikovana, pa mnogi autori u oblasti uporednog (poreskog) prava padaju u iskušenje da slede Hauskampovo upozorenje da je „možda teško definisati magarca, ali ga prepoznamo kada ga vidimo“ (Huiskamp 1981, 19–20). Međutim, skloni smo da prihvatimo Mokirovo određenje da je „kultura skup uverenja, vrednosti i preferencija koje mogu uticati na ponašanje, a koje se društveno (a ne genetski) prenose i dele sa nekim podskupovima društva“ (Mokyr 2017, 8). Još određenije, poreska kultura se – u svojem stanovišnom aspektu¹⁰ – može definisati tako da se „odnosi na skup uverenja i praksi koje dele poreski praktičari i nosioci poreske politike u datom društvu, te otuda obezbeđuje podlogu ili kontekst u kojem se donose bitne poreske odluke“ (Livingston 2006, 560). Legran (Legrand 1996, 60) smatra da „komparatista mora da se fokusira na kognitivnu strukturu date pravne kulture i, konkretnije, na epistemološke osnove te kognitivne strukture. Ta epistemološka podloga najbolje predstavlja... pravni *mentalité* (kolektivni mentalni program), ili internalizovanu pravnu kulturu, u okviru date pravne kulture“. Takav Legranov pristup ćemo ilustrovati upoređivanjem američke *substance-over-form* doktrine, koja je implicitno operativno pravilo koje primenjuje poreska administracija, sa nekim jurisdikcijama iz porodice evropskog kontinentalnog prava, koje se tradicionalno oslanjaju na „legalistički“ pristup poreskim pravilima,¹¹ prema kojima sve što nije zabranjeno treba da bude dopušteno. Takva razlika u pravnom mentalitetu donekle otežava razvoj efektivnih opštih antiabuzivnih pravila (eng. *general anti-abusive rules* – GAARs) u tim drugim jurisdikcijama, dok u SAD omogućuje učinkovitu primenu antiabuzivnih pravila, čak i bez osnove u zakonu. O disperziji poreskih pravila iz jedne u drugu pravnu kulturu biće reči kasnije.

¹⁰ Poreska kultura ima i svoju institucionalnu komponentu.

¹¹ Primera radi, Ustavni sud Poljske je poništio antiabuzivno zakonodavstvo, doneto 2002. godine (Art. 24 b, § 1 *Ordynacja podatkowa*), pozivajući se na to da ono narušava principe zakonitosti i pravne sigurnosti. Trybunał Konstytucyjny, K 4/03, Wyrok z 11 maja 2004 r., para. 4, 5.

Sporno je, uz to, da li u jednoj državi može da se govori samo o jednoj pravnoj kulturi ili o više njih, posebno ukoliko je država velika i heterogena¹² (na primer, nivo poreske discipline na severu i na jugu Italije). Otuda zaključujemo da se pristup Legrana i njegovih istomišljenika zasniva na pretpostavci o razlikama kao polaznoj tački za komparaciju. Možemo ga označiti kao „kontrastno upoređivanje“.

Pre nego što uđemo u lavirint sporenja komparatista o valjanosti pojedinog metoda za ciljeve uporednog (poreskog) prava, koje je veoma zavisno od konfrontacije između *praesumptio similitudinis* i pretpostavke o razlikama, moramo zapaziti da „pretpostavka o sličnostima naspram pretpostavke o razlikama ne predstavlja sukob između dva metodološka apsoluta. Sličnost i razlika ...funkcionišu na različitim nivoima; na jednom nivou može postojati fundamentalna razlika između dva objekta koja se upoređuju, ali kada se pomerimo na drugi nivo, nalazimo sličnost“¹³ (Samuel 2014, 12).

4. METODOLOŠKI PRISTUPI

Najpre ćemo ukazati na pitanje tehnike upoređivanja, koje je ekstenzivno razradio Konstantinesko, tvrdeći da se „celokupan proces komparacije sastoji iz serije operacija koje su povezane u jedan osmišljen, ciljno orijentisan pristup“ (Constantinesco 1974, 122). Takvo istraživanje se mora sprovesti u tri sukcesivna stadijuma: saznavanje (fr. *connaître*), shvatanje (fr. *comprendre*) i sravnjivanje (fr. *comparer*), koje je Konstantinesko nazvao „pravilom tri s“¹⁴ (Constantinesco 1974, 135 *et seq.*). Trebalo bi zapaziti da su ta tri stadijuma, logički razdvojena, u stvarnosti povezana (Drag. Popović 2006, 34).

Prvi stadijum, saznavanje, obuhvata pet metodoloških pravila, koja podrazumevaju da se: (1) prouči pojam takav kakav jeste; (2) ispita pojam koji će biti poređen u njegovim originalnim izvorima; (3) prouči pojam koji će biti

¹² O nedostacima diverziteta u preferencijama, kulturama i jezicima među stanovništvom velike države upor. Alesina, Spolaore (2003, 4–5).

¹³ Tako je govorio Meriman (*John Henry Merryman*) u raspravi sa Legranom: „Na primer, na jednom nivou fideikomis deluje vrlo čudno pravniku *common law*-a. Ali, na drugom nivou, pošto je reč o prenosu stvari ili prava licu koje ih prima uz obaveze prema trećem, to liči na trast. Međutim, po ispitivanju, uskoro postaje jasno da postoje značajne razlike između ta dva instituta, i to tako ide, s jednog nivoa na drugi“ (Legrand 1999a, 42).

¹⁴ Prevod francuskih „tri s“ (latinica) na srpski tako da se dobije „tri ‘s‘“ (ćirilica) dugujemo Dragoljubu Popoviću (Drag. Popović 2006, 32).

poređen u složenosti i ukupnosti izvora prava koje se razmatra; (4) poštuje hijerarhija izvora prava u razmatranom poretku; (5) tumači pojam koji će biti poređen u skladu sa metodom koji je specifičan za pravni poredak kojem pripada.

Drugi stadijum, shvatanje, sastoji se u reintegrisanju pojma u njegov pravni sistem, pri čemu pravni sistem treba shvatiti u svetlu šireg, političkog, ekonomskog i društvenog okruženja.

Konstantinesko se zalaže da se u trećem stadijumu, sravnjivanju, jedan pored drugih postave svi aspekti pojmova koji će biti poređeni: pojam iz prava države A, koji je predmet sravnjivanja, treba da bude postavljen uporedo sa „uporedivim“ pojmom iz prava države B. U tom stadijumu postavljena su tri cilja: prvo, da se identifikuju svi odnosi, odnosno sve različitosti i sličnosti između pojmova koji se porede; drugo, da se precizira tačna vrednost ustanovljenih odnosa; treće, da se odredi *raison d'être* tih odnosa, to jest da se utvrde njihovi uzrok i svrha (Jaluzot 2005, 35).

I poslenici okrenuti uporednom *poreskom* pravu suočavali su se sa prethodno navedenim razlikama i sličnostima i oslanjali su se na metodologije koje se mogu povezati sa postojećim školama mišljenja u *opštem* uporednom pravu (Marian 2010, 421). Smatramo da je uporedno poresko pravo zaostajalo, i iz spoljnih i iz unutrašnjih razloga, za opštim uporednim pravom. Na eksternom planu, tradicionalno uporedno pravo se dosta dugo gotovo isključivo fokusiralo na privatno pravo (Zweigert, Kötz 1998, 65). Na unutrašnjem planu, zbog složenosti materije poreskog prava, rana istraživanja pitanja uporednog poreskog prava po pravilu su sprovodili poreski specijalisti, a ne pravni komparatisti, pri čemu poreski stručnjaci nisu poklanjali dovoljnu pažnju metodološkim pitanjima jer su im bili važniji praktični ciljevi (koji podrazumevaju deskripciju). Određeni napredak zabeležen je tek tokom prve dve decenije XXI veka (Marian 2010, 436 *et seq.*).

Možemo da identifikujemo tri uporednopravna pristupa, koja su relevantna i za uporedno poresko pravo: (1) funkcionalni pristup; (2) pristup kulturnih razlika; (3) kritički pristup. Prvi je zasnovan na *praesumptio similitudinis*, dok se preostala dva oslanjaju na kontrastna upoređivanja.

4.1. Funkcionalni pristup

Prema mišljenju „modernih klasika“ Cvajgerta i Keca, „osnovni metodološki princip celokupnog uporednog prava je funkcionalni“ i iz njega „proizlaze sva druga pravila koja određuju izbor prava koja će se upoređivati, obim poduh-

vata, stvaranje sistema uporednog prava itd. ... U pravu su uporedive jedino stvari koje ispunjavaju istu funkciju. ... Pravni sistem svakog društva suštinski se suočava s istim problemima, a rešava te probleme prilično drukčijim sredstvima, mada vrlo često sa sličnim rezultatima“ (Zweigert, Kötz 1998, 34). Drugim rečima, *funkcija* pravila, njegov društveni cilj, predstavlja zajednički imenilac (*tertium comparationis*) koji omogućuje upoređivanje. Ako bi sledio takav pristup, poreskopравни komparatista bi, na primer, trebalo da istraži način na koji inostrano pravo tretira agresivno poresko planiranje, a ne da se bavi ispitivanjem formalnih uslova za GAAR u inostranom pravu, pošto drugo pitanje upućuje na koncept zastupljen u nacionalnom pravu komparatiste.¹⁵ Naime, istraživanje problema bi trebalo potpuno da se sprovede u funkcionalnim uslovima.¹⁶ Funkcionalni metod se pojavio tokom treće decenije HH veka; „metod koji se danas predaje i praktikuje dolazi od istraživanja koja je razvio i usavršio (nemački profesor) Rabel“¹⁷ (Zweigert, Kötz 1998, 61).

Uzajamno približavanje pravnih sistema je za funkcionaliste neizbežan fenomen. „Ako su pravni problemi i pravni ishodi isti, unifikacija prava (sredstvo da se reše slični problemi i dođe do sličnih ishoda) sprečila bi mnoge glavobolje. Prema njihovom viđenju stvari, heterogenost pravne terminologije je samo fasada koja skriva stvarne sličnosti koje, na prvi pogled, mogu ostati nezapažene. Zadatak poreskoprnog komparatiste bi bio da u kontekstu poreskih zakona otkrije te sličnosti“ (Avi-Yonah, Sartori, Marian 2011, 4). Cilj uporednog poreskog prava bi bio da se identifikuju sličnosti i razlike domaćih poreskih sistema u različitim državama i da se nađu

¹⁵ Na primer, odredbom čl. 9, st. 2 srpskog ZPPPA predviđeno je da se za utvrđivanje poreske obaveze uzima disimulovani posao. S druge strane, britanski GAAR je zasnovan na *double reasonableness* testu, koji od poreske administracije zahteva da pokaže da se aranžmani koji bi bili kvalifikovani kao abuzivni „ne mogu razumno smatrati kao razuman tok delovanja“. <https://www.gov.uk/government/publications/tax-avoidance-general-anti-abuse-rules>, poslednji pristup 15. decembra 2020.

¹⁶ „Rešenja koja nalazimo u različitim jurisdikcijama moraju se razdvojiti od svog konceptualnog konteksta i osloboditi nacionalnih doktrinarnih prizvuka tako da mogu jasno da se sagledaju u svetlu svoje funkcije, kao pokušaj da se zadovolji određena pravna potreba“ (Zweigert, Kötz 1998, 44). Mihaels zapaža da su funkcionalizam u sociologiji i funkcionalizam u pravu različiti – između ostalog i zbog toga što sociolozi koriste funkcionalizam da bi povećali kompleksnost i svoju sliku posmatranih društvenih sistema učinili preciznijom od pukog spiska njenih elemenata, dok pravnici koriste funkcionalizam da bi smanjili kompleksnost, sa nadom da će im on pokazati koju od nekoliko različitih odluka bi trebalo da donesu (Michaels 2006, 361).

¹⁷ Ernst Rabel (*Ernst Rabel*) osnovao je 1926. godine u Berlinu *Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, koji je vrlo brzo postao centar za komparativne pravne studije ne samo u Nemačkoj, nego i van njenih granica. Institut se sada nalazi u Hamburgu i nosi naziv *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*.

potencijalna alternativna rešenja zajedničkih problema. Prema Rajmanovom mišljenju, „potrebno je da razmatramo pravila u kontekstu, to jest barem unutar postojećih proceduralnih i institucionalnih okvira i, ukoliko želimo da shvatimo njihova dublja značenja, i unutar njihovih društveno-ekonomskih i kulturnih okruženja. Moramo da posmatramo ne samo pravo na papiru nego pravo u akciji, odnosno primenu i tumačenje pravila i njihovu pravu snagu i efekat, uključujući, možda, njihovu nemoć“ (Reimann 2002, 679). Takvo Rajmanovo opažanje, u stvari, ukazuje na sposobnost funkcionalizma da prevaziđe neke svoje ranije slabosti, kao što je sklonost da se previše oslanja na pozitivne propise i da ne poklanja dovoljno pažnje praktičnoj primeni prava.

Poslednjih tridesetak godina, kao izdanak funkcionalizma, nastala je komparativna ekonomska analiza prava.¹⁸ Kritikujući Poznerovo bavljenje metodologijom uporednog prava (Posner 1996, 69–106), Ivald (Ewald 1998, 383) je pristup komparativne ekonomske analize prava kvalifikovao kao suženu i specifičnu verziju funkcionalizma. Umesto da ispituje koje funkcije ispunjavaju pojedini zakoni ili institucije, ona postavlja pitanje koji zakoni ili institucije to čine na najefikasniji način, polazeći od pretpostavke o konkurentnom tržištu ponude zakona (Avi-Yonah, Sartori, Marian 2011, 10).

Garbarino, koji je i sam funkcionalista, smatra da je komparativno istraživanje u oblasti oporezivanja „posebno teško“ jer po svojoj prirodi oporezivanje podrazumeva: (1) brze izmene zakonodavstva; (2) kompleksnost poreskih sistema i (3) heterogenost lokalnih poreskih koncepata (Garbarino 2009, 686).

Učestalost izmena zakonodavstva u oblasti oporezivanja, upoređena sa ostalim granama prava, verovatno je najveća u svetskim razmerama. Primera radi, od svog donošenja 2001. godine srpski Zakon o porezu na dohodak građana menjan je i dopunjavao 22 puta. To značajno otežava upoređivanje poreskih zakona između država, uprkos važnim doprinosima istraživača *International Bureau of Fiscal Documentation* (IBFD) i godišnjim pregledima osnovnih poreskih parametara, koje daju poreske konsultantske firme.

Kompleksnost poreskih sistema se manifestuje u tome što oni „nisu razumljivi spolja pošto su domaće regulatorne strukture vrlo složene i pokazuju značajne varijacije, koje uključuju interakcije između zakona, upravnih smernica, sudske prakse i mišljenja pripadnika akademske zajednice“ (Garbarino 2009, 686). Takva kompleksnost proizlazi iz kombinacije

¹⁸ Više o prednostima i ograničenjima komparativne ekonomske analize prava vid. Brand (2007, 421–428).

tri temeljna elementa (Warskett, Winer, Hettich 1998, 123 *et seq.*): (a) samoizabranog ponašanja poreskih obveznika, koje je za njih poreski najpovoljnije; (b) povećanih administrativnih troškova (zbog potrebe da se suprotstavi agresivnom poreskom planiranju) i (v) traganja za ravnotežom, kako bi se minimizovala odstupanja u karakteristikama po kojima se razlikuju pojedinci u različitim grupama poreskih obveznika.¹⁹

Heterogenost lokalnih poreskih koncepata ogleda se u problemima koji su izazvani: (i) razlikama u pravnom značenju sličnih termina koji se koriste u dva pravna sistema; (ii) slučajevima u kojima različiti termini imaju isto pravno značenje, odnosno (iii) neophodnošću da se usvoji pravni termin iz jednog jezika i adekvatno prevede na drugi pravni jezik, koji prethodno nije koristio pravni institut koji će biti transplantiran i denominovan. „Svaki postupak prevođenja podrazumeva složen intelektualni posao koji treba da teži da razume ‘duboko’ značenje onoga što želimo da prevedemo i da identifikuje moguće korespondiranje u jeziku na koji želimo da to prevedemo“ (Pozzo 2013, 94).

U vezi sa preprekama pod (i), možemo razmatrati da li se, na primer, engleski termin *tax* (porez) može prevesti na francuski jezik rečju *taxe*. Načelno, porez je na francuskom *impôt* (na primer, *l'impôt sur le revenu* – porez na dohodak), a *taxe* označava taksu (na primer, *la taxe sur l'enlèvement des ordures ménagères* – taksa na odnošenje smeća iz domaćinstava). Međutim, veoma značajan porez, kakav je porez na dodatu vrednost (u daljem tekstu: *PDV*), na francuskom jeziku se naziva *la taxe sur la valeur ajoutée*,²⁰ pa se problem može prevazići tek ako se pažnja pokloni kontekstu (u tom slučaju, kontekst je istorijski jer su indirektni porezi, kojima pripada i *PDV*, pre njegovog nastanka bili poistovećivani sa taksama²¹). No, dok se pro-

¹⁹ Iako se ti elementi sreću gotovo u svim poreskim sistemima, detalji važećih prava u akciji se razlikuju jer su oni „rezultat jedinstvenog delovanja navedenih temeljnih struktura u njihovim lokalnim okruženjima“, čime se „stvora forma kompleksnosti, koja *prima facie* postavlja ozbiljne probleme u smislu uporedivosti poreskih sistema“ (Garbarino 2009, 687).

²⁰ Navešćemo i primer poreza na platni spisak, za koji se na francuskom jeziku takođe upotrebljava termin *taxe* (*la taxe sur les salaires*).

²¹ I tu treba biti oprezan jer jednom ustanovljen „kontekst“ može da zavara. Tako se, ponovimo, za porez na platni spisak, koji se smatra direktnim porezom, na francuskom jeziku takođe upotrebljava termin *taxe*. Reč je o dažbini koju plaćaju samo poslodavci koji nisu obveznici *PDV*.

blemi sa značenjem *tax – taxe* mogu prevazići ako se posebna pažnja obrati na kontekst, očigledno je da bi, recimo, prevođenje engleskog termina *common law* na francuski kao *droit commun*²² bilo potpuno pogrešno.

Druga prepreka koja uzrokuje heterogenost – kada različiti pravni termini imaju isto pravno značenje – može da se predstavi upoređivanjem reakcija na zloupotrebu prava u evropskom kontinentalnom pravu i *common law* sistemima. Treba zapaziti da je francusko poresko pravo preuzelo koncept izigravanja zakona (fr. *fraude à la loi*) iz privatnog prava,²³ dok takav koncept ne postoji u *common law* sistemima. Njegovo nepostojanje može da se objasni nespremnošću engleskih (i drugih anglosaksonske) sudova da se načelno oslanjaju na apstraktan princip zloupotrebe prava,²⁴ mada u rešavanju pojedinačnih slučajeva oni sankcionišu abuzivno ponašanje. U domenu poreskog prava, britanski zakonodavac je 2013. godine doneo GAAR,²⁵ dok su u SAD razvijene različite antiabuzivne sudske doktrine, od kojih se često citira tzv. *business purpose* doktrina.²⁶

Prepreku pod (iii) ilustrovaćemo problemom izbora odgovarajućeg termina na srpskom jeziku za *arm's length principle*, kada su 1991. godine pravila o transfernim cenama prvi put uvedena u srpsko poresko pravo. Nemački pojam *Fremdvergleichsgrundsatz* bukvalno preveden glasio bi

²² *Le droit commun* je skup pravnih pravila primenjivih na sve situacije koje nisu uređene posebnim ili pojedinačnim pravilima. <https://droit-finances.commentcamarche.com/faq/4123-droit-commun-definition>, poslednji pristup 20. decembra 2020.

²³ U čl. 64 francuskog *Livre des procédures fiscales* propisano je: „Da bi se ustanovio pravi karakter pravne transakcije, poreska administracija je ovlašćena da ne uzme u obzir akte koji predstavljaju zloupotrebu prava bilo zbog toga što su ti akti po svojoj prirodi fiktivni (simulacija), ili zato što, tražeći korist od bukvalne primene slova zakona ili odluke suprotno ciljevima kojima su težili njihovi donosioci, ti akti kao svoj isključivi motiv imaju izbegavanje ili umanjivanje poreskog tereta (*fraude à la loi*), koji bi lice inače ponelo, s obzirom na svoju stvarnu situaciju ili delatnost“. Treba primetiti da sudovi test „isključive poreske motivacije“ ne primenjuju striktno; drugom rečima, i ukoliko postoji neki neporeski motiv za transakciju, ali je taj motiv pre *de minimis* u poređenju sa poreskom koristi, poreska administracija ipak može uspešno osporiti tu transakciju.

²⁴ „Pravo iz ugovora može se vršiti iz bilo kojeg razloga – dobrog, lošeg ili nebitnog, a motiv zbog kojeg je izvršeno irelevantan je za njegovu pravovaljanost.“ *Chapman v. Honig* [1963] 2 QB 502, 520.

²⁵ <http://www.hmrc.gov.uk/avoidance/gaar-part-abc.pdf>, poslednji pristup 20. decembra 2020.

²⁶ Vrhovni sud SAD je rezonovao: „... (Nalazimo) obično sredstvo koje preuzima formu korporativne reorganizacije kao masku da bi se sakrio njen pravi karakter, čiji je jedini cilj i postignuće realizacija pripremljenog plana ne da se reorganizuje poslovanje ili neki deo poslovanja, nego da se prenese paket korporacijskih akcija na podnosioca zahteva.“ *Gregory v. Helvering*, 293 US 465, 469 (1935).

„princip inostranog poređenja“ i otuda ne bi doprineo razumevanju „dubokog“ značenja onoga što se nameravalo prevesti. Engleska sintagma *at arm's length* izvorno označava distancu koja obeshrabruje lični kontakt ili bliskost, ali bukvalan prevod na srpski („na dohvatu ruke“) nema to značenje. Otuda je u čl. 54, st. 2 Zakona o porezu na dobit korporacija iz 1992. godine primenjena adaptirana verzija: „van dohvata ruke“. Ta verzija adekvatno odražava „duboko“ značenje principa koji označava transakcije između nepovezanih lica – kada jedna strana ne može da „dohvati“ drugu i tako ne može da utiče na njene poslovne odluke.

Osim pomenutih lingvističkih razlika, heterogenosti lokalnih poreskih koncepata doprinose i kulturne i socijalne razlike, koje funkcionalista Garbarino zanemaruje. Primera radi, funkcija progresivnog oporezivanja u Kraljevini Jugoslaviji (koje je ipak bilo cedularno) bila je da se favorizuje poreski oblik pod nazivom „zemljarina“ jer je većina glasača vladajuće Narodne radikalne stranke i njenih kasnijih derivata (Jugoslovenske nacionalne stranke i Jugoslovenske radikalne zajednice) pripadala seljaštvu, koje je podlegalo tom porezu (Popović 2020b, 100–101). Takvo progresivno oporezivanje teško će se razumeti u, recimo, današnjoj Nemačkoj ili Švedskoj; jezička barijera je lako otklonjiva, ali je kulturološka pozadina tamo drukčija, s obzirom na drukčiju funkciju progresivnog oporezivanja u tim državama – ostvarivanje redistributivne pravde.

Sledbenici funkcionalizma u uporednom pravu veruju da je moguće prevazići tri pomenute teškoće (brze izmene zakonodavstva, kompleksnost poreskih sistema i heterogenost lokalnih poreskih koncepata) upoređivanjem funkcija domaćih poreskih pravila i grupisanjem domaćih mehanizama u homogene „klustere“ na osnovu zajedničkih funkcija (Garbarino 2009, 688). Na primer, u jedan „klaster“ mogu se svrstati zemlje koje primenjuju fiskalnu transparentnost u oporezivanju dobiti društava lica (Nemačka, Austrija, Velika Britanija, SAD, Italija, Danska, Holandija i dr.), nasuprot „klasteru“ zemalja koje dobit društava lica oporezuju na isti način kao i dobit društava kapitala (Grčka, Belgija, Španija, Rumunija, Slovenija, Hrvatska, Srbija i dr.). Primenjujući „klastersku“ analizu fokusiranu na pitanja politike, funkcionalisti nastoje da izbegnu da se bave trima pomenutim teškoćama, koje sputavaju komparativnu poresku analizu. Sem toga, funkcionalni pristup može ukazivati na to da „određena domaća rešenja pronađena u jednom klasteru država potiču iz nekog centra porekla (jedne države ili klastera država) i da se šire putem serije transplantacija“ (Garbarino 2009, 688). Otuda je navedena klasifikacija poreskopравниh porodica (poput Turonjijeve), koja pruža poreskom komparatisti „*a-priori*“ šablon ‘uporedivih’ jurisdikcija i ‘uporedivih’ pravila“ (Avi-Yonah, Sartori, Marian 2011, 5), važna u izboru predmeta upoređivanja.

Barem su dve varijacije funkcionalizma nastale u uporednom pravu i obe se mogu primeniti u uporednom poreskom pravu. To su teorija pravnih formanata i pristup zajedničkog jezgra.

4.1.1. Pristup pravnih formanata

„Poreski formant“ je svaki element koji utiče na rešavanje nekog poreskog problema: ustavna i zakonska pravila u meri u kojoj se trenutno tumače i primenjuju, sudske odluke, čak i uticajni stavovi profesora poreskog prava (Sacco 1991, 21). Stav poreskih vlasti može povremeno da se sukobi sa zakonom i/ili mišljenjima profesora. Uzmimo slučaj obveznika poreza na dobit pravnih lica koji se 2008. godine oslonio na interpretaciju čl. 27, st. 1 srpskog Zakona o porezu na dobit preduzeća,²⁷ sadržanu u mišljenju Ministarstva finansija i ekonomije Republike Srbije iz 2002. godine,²⁸ prema kojoj ulog akcija za koje se dobija udeo u kompaniji ne može voditi nastanku kapitalnog dobitka. Taj zakon je izmenjen 2010. godine²⁹ pa je od tada ta transakcija postala potencijalno oporeziva. U poreskoj kontroli sprovedenoj 2012. godine Poreska uprava je zauzela stav da relevantne odredbe treba tumačiti u skladu sa slovom i duhom amandmana na Zakon o porezu na dobit pravnih lica (u daljem tekstu: *ZPDPL*) iz 2010. godine i potpuno je zanemarila mišljenje Ministarstva finansija i ekonomije iz 2002. godine, koje je važno u momentu kada je sprovedena osporena transakcija.³⁰ Prema Garbarinovom mišljenju (Garbarino 2009, 691), „poresko pravo se posmatra kao kompleks institucionalnih procesa, a ne samo kao puka zbirka punovažno donetih zakona. Otuda se moraju pogledati tzv. operativna pravila (koja su rezultati interakcije formanata – *napomena autora*), to jest stvarna pravila primenjena od prava u akciji da bi se rešavao određeni poreski problem“.

Sličnosti i različitosti operativnih pravila u različitim sistemima mogu se razmatrati u datom momentu (na sinhronoj ravni) ili tokom vremena (na dijahronoj ravni) (Garbarino 2009, 693).

²⁷ *Službeni glasnik RS* 25/2001, 80/2002, 43/2003 i 84/2004.

²⁸ Mišljenje Ministarstva finansija i ekonomije Republike Srbije, br. 430-07-306/2002-04, od 2. oktobra 2002. godine.

²⁹ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o porezu na dobit preduzeća, *Službeni glasnik RS* 18/2010, čl. 21. Odredbom čl. 1 tog zakona promenjen je naziv tog propisa u Zakon o porezu na dobit pravnih lica.

³⁰ Rešenje Poreske uprave Republike Srbije, filijala Savski venac, br. 47-00066/2013-0016-010, od 7. maja 2013. godine.

Sličnosti i različitosti operativnih pravila na sinhronoj ravni opisuju trenutnu situaciju. Sličnosti mogu da budu rezultat neposrednog prihvatanja inostranog prava (poreski transplant) ili ishod razvoja različitih zakonskih formulacija u dvema državama koje podrazumevaju isto operativno pravilo (na primer, prebijanje dobiti i gubitaka različitih kompanija koje pripadaju istoj grupi u Srbiji se postiže mehanizmom poreskog konsolidovanja,³¹ dok se na Novom Zelandu gubici transferišu drugoj kompaniji³²). Različitosti mogu nastati kao rezultat korišćenja različitih poreskih formanta u dvema državama ili, čak, prihvatanja istog formanta, kao, na primer, u slučaju prethodnog poreskog mišljenja u srpskom poreskom pravu. Naime, od 2013. godine u Srbiji se primenjuje pravilo iz čl. 11, st. 3 ZPPPA o obaveznosti mišljenja Ministarstva finansija za postupanje Poreske uprave, transplantirano iz drugih poreskih zakonodavstava. Međutim, ostvareni ishod je različit od onoga u državama iz čijih je prava preuzeto jer postoje slučajevi kada Poreska uprava ne postupa prema mišljenju Ministarstva finansija, pošto čl. 80, st. 2 Zakona o državnoj upravi³³ paralelno propisuje da mišljenja organa uprave nisu obavezujuća, čime je narušena pravna sigurnost (Popović, Ilić–Popov 2020, 23).

Sličnosti i različitosti operativnih pravila na dijahronoj ravni ukazuju na procese koji su uzrokovali trenutnu situaciju. U većini slučajeva, tekuće sličnosti i različitosti operativnih pravila su rezultat pravnih transplanata (Garbarino 2009, 695). Sličnosti će nastati ako je poreska norma transplantirana iz donorovog zakonodavstva u primaočevo pravo

³¹ U Srbiji matična kompanija i njene filijale mogu obrazovati grupu povezanih kompanija za potrebe prebijanja gubitaka jedne članice te grupe sa dobiti ostalih njenih članica, pod uslovom da među njima postoji neposredna ili posredna kontrola nad najmanje 75% akcija ili udela i da su sve članice grupe rezidenti Srbije. Zakon o porezu na dobit pravnih lica, *Službeni glasnik RS* 25/2001, ... 153/2020, čl. 55, st. 1 i 2.

³² Kompanija može transferisati svoje gubitke drugoj kompaniji: (1) ako najmanje 66% akcija sa pravom glasa u obema kompanijama drži jedna grupa ljudi, a one nisu prelazile u druge ruke tokom propisanog perioda kontinuiteta; (2) ako najmanje 49% akcija sa pravom glasa kompanije koja ima gubitak nije prelazilo u druge ruke tokom propisanog perioda kontinuiteta za gubitak koji se transferiše; (3) ako je kompanija koja ima gubitak ili osnovana na Novom Zelandu ili obavlja poslovanje na Novom Zelandu posredstvom fiksne poslovne jedinice, a nije tretirana kao nerezident po osnovu poreskog ugovora; (4) ako gubitak koji je transferisan kompaniji sa dobiti nije veći od neto dohotka te kompanije; (5) ako su ispunjeni zahtevi u pogledu plaćanja i obaveštavanja. <https://www.ird.govt.nz/income-tax/income-tax-for-businesses-and-organisations/income-tax-for-companies/losses-for-companies/transferring-losses-to-another-company>, poslednji pristup 5. januara 2021.

³³ *Službeni glasnik RS* 79/2005, 101/2007, 95/2010, 99/2014, 47/2018 i 30/2018.

zadržavajući svoju originalnu funkciju. Primera radi, srpski Zakon o PDV³⁴ je inicijalno preuzet (uz male adaptacije) iz Šeste direktive o porezu na dodatu vrednost EU.³⁵ Različitosti će se pojaviti ukoliko je transplant modifikovan u nekom relevantnom aspektu i tako stekao neku novu funkciju, kao što se dogodilo sa pravilom o utanjenoj kapitalizaciji u Srbiji, koje je inicijalno (2001. godine³⁶) preuzeto iz modela sadržanog u studiji Međunarodnog monetarnog fonda *Tax Law Design and Drafting* (Vann 1998, 785–786), u formulaciji koja, umesto da odredi iznos pozajmica na koji se kamata može odbiti, direktno izračunava iznos kamate.³⁷ Međutim, od 2010. godine transplant je modifikovan tako da je propisan najviši dopušten odnos između pozajmljenog i sopstvenog kapitala (4:1), koji vodi izračunavanju iznosa pozajmica, pa je na taj način transplant postao različit ako se uporedi s originalom.³⁸

4.1.2. Pristup zajedničkog jezgra

Pristup zajedničkog jezgra razvio je Šlezindžer (Schlesinger 1969), sa ciljem da se otkriju „duboke“ strukture konvergencije umesto da se utvrđuju površinske razlike u pravnim sistemima. Taj pristup je zasnovan na činjenicama i okolnostima i njegov zajednički okvir se obezbeđuje analogijom rešenja, a ne podudarnošću kvalifikacija i pravnih koncepata. Metod je zasnovan „na neposrednom poređenju odgovora koje su na skup zajedničkih pitanja zasnovanih na zajedničkim problemima dali lokalni pravnici“, pri čemu se pažljivo izbegavaju „izričita lingvistička upućivanja na lokalne skraćene definicije operativnih pravila“ (Garbarino 2009, 698). Svako pitanje je formulisano tako da su svi relevantni činjenični elementi

³⁴ *Službeni glasnik RS* 84/2004.

³⁵ Sixth Council Directive 77/388/EEC of 17 May 1977 on the harmonization of the laws of the Member States relating to turnover taxes, *OJ L* 145 of 13. 6. 1977.

³⁶ Zakon o porezu na dobit preduzeća, *Službeni glasnik RS* 25/2001, čl. 62.

³⁷ „Kod duga prema poveriocu sa statusom povezanog lica iz člana 59. ovog zakona, poreskom obvezniku, izuzev banci ili drugoj finansijskoj organizaciji, ne priznaju se kao rashod u poreskom bilansu kamata i pripadajući troškovi iznad nivoa jednakog proizvodu četvorostruke vrednosti obveznikovog sopstvenog kapitala i, (1) u slučaju zajma denominovanog u dinarima, 110% kamatne stope koju Narodna banka Jugoslavije primenjuje na zajmove koje odobrava komercijalnim bankama na dan 31. decembra prethodne godine; (2) u slučaju deviznog zajma, 110% kamatne stope koju centralna banka države čija je valuta u pitanju primenjuje na zajmove koje odobrava komercijalnim bankama na dan 31. decembra prethodne godine.“ Zakon o porezu na dobit preduzeća, čl. 62, st. 1.

³⁸ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o porezu na dobit preduzeća, *Službeni glasnik RS* 18/2010, čl. 59, st. 1.

slučaja razmotreni prilikom pružanja odgovora. To znači da istraživač (grupa istraživača) mora da razradi upitnike, u kojima bi lokalni koncepti trebalo da budu „razbijeni“ da bi se izgradio zajednički funkcionalni jezik (Garbarino 2009, 698).

4.1.3. Ograničenja funkcionalizma

Bilo koju varijantu funkcionalizma da uzmemo u razmatranje, ostaće nekoliko inherentnih slabih tačaka. Ograničenje funkcionalnog pristupa koje se ne sme prenebregnuti je aksiomske prirode. Naime, osnovna pretpostavka funkcionalizma je da „pravo predstavlja racionalno razvijen skup pravila čiji je cilj rešavanje problema“ (Zweigert, Kötz 1998, 43–44). Međutim, to nije uvek slučaj. Navešćemo nekoliko primera disfunkcionalnosti ili raznolike funkcionalnosti, koji pokazuju da u toj osnovnoj pretpostavci funkcionalizam može da navede svoje pristalice u zamku da previde činjenicu da se pravnim normama problemi ne rešavaju uvek.

Prvo, zakonodavac može nastojati da predstavi kao da nešto čini, umesto da stvarno bude posvećen rešavanju nekog problema (Brand 2007, 415). Na primer, u Srbiji su pravila o transfernim cenama uvedena još 1. januara 1992. godine, ali ih je Poreska uprava prvi put suštinski primenila u postupku poreske kontrole tek 2008. godine. Može se steći utisak da je tih 16 godina njihova funkcija bila da ostanu „uspavana“, te da služe samo kao „dokaz“ da nacionalno poresko zakonodavstvo prati zakone o porezu na dobit korporacija razvijenih država.³⁹

Drugo, moguće je da u sistemu nema normi koje bi uspešno rešavale društvene probleme.⁴⁰ Na primer, iako je u Srbiji široko rasprostranjena percepcija da mnogi bogati pojedinci ne plaćaju porez prema svojoj ekonomskoj snazi i uprkos zakonodavčevoj proklamaciji da porez na dohodak građana ne može biti manji od iznosa izračunatog na osnovu formule, po

³⁹ Do pred kraj 2000. godine cilj je bio da se pokaže *urbi et orbi* da je, uprkos ratovima i sankcijama, Srbija (tada u sastavu Savezne Republike Jugoslavije) sprovela važne reforme (uključujući poresku reformu). Posle 2000. godine, kada je Miloševićeva autokratija zamenjena demokratski izabranim vladama, cilj je bio da se pokaže posvećenost Srbije harmonizaciji njenog poreskog prava sa zakonodavstvom u državama članicama EU. Tek su potrebe za dodatnim budžetskim prihodima, pokrenute 2008. godine globalnom recesijom, aktivirale duboko uspavana pravila o transfernim cenama.

⁴⁰ Da li neka faktička situacija predstavlja društveni problem može se različito shvatati u različitim pravnim sistemima, što zavisi od toga ko o tome sudi – lobisti, pripadnici akademske zajednice, određena društvena grupa ili šira populacija.

kojoj se određeni indeksi primenjuju na faktore koji predstavljaju indicije luksuznog životnog stila poreskog obveznika,⁴¹ podzakonski akt kojim bi se bliže uredila primena takve indicijarne metode nije donet još od 2003. godine, kada je ZPPPA stupio na snagu.

Treće, do disfunkcionalnosti može doći kada pravna institucija izgubi svoju posebnu funkciju, te se njeno postojanje može objasniti jedino istorijskim razlozima (Brand 2007, 415). Primera radi, u Srbiji je 1835. godine uvedena glavnica (to jest, šest talira godišnje „po glavi“), pošto je to bio praktično jedini poreski oblik koji se mogao ubirati u državi u kojoj nije postojala poreska administracija. Administrativni aparat se razvio do pretposlednje decenije XIX veka i novi cedularni porezi uvedeni su 1884. godine. Međutim, glavnica je, uporedo sa novim porezima na prihode, zadržana u poreskom sistemu koji je primenjivan u Srbiji sve do 1928. godine – pretpostavljamo pod (prećutnom) pretpostavkom da nije izvesno da će prihod od ostalih poreza biti dovoljan, a u skladu sa nemačkom poslovicom „*sicher ist sicher*“.

Četvrto, određena pravna institucija može istovremeno imati razne funkcije (Brand 2007, 416): primera radi, ugovor, koji generalno obezbeđuje očekivanja ugovornih strana u pogledu izvršenja, u tržišnoj ekonomiji takođe omogućuje stranama da samostalno uređuju svoje ekonomske odnose, dok u komandnoj ekonomiji predstavlja sredstvo za ispunjenje planskih zadataka.

Peto, Votson je konstatovao da ukoliko neko nije svestan značaja uzročno-posledične veze između inostranog donora i pravnog transplantata (ukorenjenosti u određenu pravnu kulturu, koja određuje parametre pravnog rezonovanja, pravnih sistema od kojih će se pozajmljivati, čak i mere do koje će se pozajmljivati), on nikada neće moći da razume parametre pravne rasprave (Watson 1995, 469–470). Funkcionalizam u stvari „preokreće uobičajen redosled uzroka i (društvene) posledice, objašnjavajući stvari u smislu šta se dešava posle, a ne šta je bilo ranije“ (Brand 2007, 417).

Šesto, još jedna pretpostavka funkcionalizma – da su problemi slični širom pravnih sistema – takođe ograničava njegov saznajni domet. Zbog toga što su propustili da se bave *razumevanjem* kulturnih, socijalnih, političkih i konačno pravnih identiteta, funkcionalisti su izloženi kritici da su njihovi zaključci ograničeni samo na ukazivanje površinskih sličnosti. Kritičari tvrde da u tome leži razlog zbog kojeg funkcionalni pristup ne daje objašnjenje zbog čega slični društveni i ekonomski uslovi stvaraju različita pravna rešenja ili se, pak, rešenja uopšte i ne javljaju (Brand 2007, 418). *Praesumptio similitudinis* deluje razumno u okviru istog kulturnog okruženja, ali se ne čini da je pri-

⁴¹ ZPPPA, čl. 61, st. 1.

hvatljiva kada se upoređuju kulturno različiti (poresko)pravni sistemi. Osim toga, za uporedno *poresko* pravo specifično je otvoreno pitanje najosnovnije sličnosti funkcija koje poreski sistemi treba da ispune (Marian 2010, 452): da li je u poreskom pravu „osnovna funkcija“ obezbeđivanje javnih prihoda (a postoje i neporeski javni prihodi) ili je to redistributivna pravda (a postoji i socijalna pomoć na rashodnoj strani)?

Važno je, međutim, zapaziti da ono što se pretpostavlja da je slično nisu ni pravne institucije ni problemi koje one treba da rešavaju i potrebe da društva na njih reaguju već je to funkcionalni odnos između problema i rešenja (Michaels 2006, 370–371). Funkcionalista, u stvari, traga za sličnošću koja se odnosi samo na rešavanje jednog određenog problema, a to se svodi na *funkcionalnu ekvivalenciju* – sličnost u razlici. Funkcionalna ekvivalencija je nalaz da su institucije slične u jednoj od funkcija koje vrše (na koju se komparatista fokusira), dok su institucije različite (ili barem mogu biti različite) u svim ostalim aspektima (Michaels 2006, 371).

Da rezimiramo: funkcionalizam nije bez greške. Međutim, smatramo da ne treba kritikovati taj pristup da samo posmatra različite sisteme. Funkcionalni metod, koji se, po pravilu, primenjuje na nivou mikrokomparacija,⁴² proširuje opseg istraživanja; slični rezultati često se dobijaju praćenjem različitih puteva, a fokusiranjem na praktične probleme i njihova rešenja mogu se otkriti ti različiti pravni putevi (Van Hoecke 2015, 11).

4.2. Pristup kulturnih razlika

Za razliku od Cvajgerta i Keca, koji su prevideli bilo koju alternativu funkcionalizmu (Zweigert, Kötz 1998, 34 *et seq.*), kulturalni komparatisti, s jedne strane, odbacuju *praesumptio similitudinis*, koja je inherentna funkcionalnom pristupu, dok, s druge strane, smatraju da je (poresko) pravo deo šireg kulturnog fenomena. Prema Koterelovom mišljenju, prepoznatljive karakteristike prava ili pravnog iskustva, posmatrane u određenom vremenu i na određenom mestu „(uzete kao agregat ili skup kulturnih modela), mogu se onda konfrontirati sa drukčijim agregatima ili modelima... iz drugog nacionalnog okvira ili regiona“ (Cotterrell 2011, 10). O pojmovima „kulture“ i „poreske kulture“ već je bilo reči. Suprotstavljajući se funkcionalnom

⁴² Za razliku od Van Hukea (*Mark van Hoecke*), prepoznajemo funkcionalizam i na nivou makrokomparacija: upoređivanje porodica prava je tipičan poduhvat funkcionalista. Istina, da bi se zaključivalo na makronivou, treba sprovesti istraživanja na mikronivou.

pristupu, Legran ukazuje na to da definisanje pravne kulture ili tradicije znači „nalaženje onoga što je značajno u svojoj razlici u odnosu na druge“. Upoređivanje ne sme da ima unifikujući nego multiplikujući efekat: ono mora težiti da organizuje raznovrsnost diskursa oko različitih (kulturnih) formi i da se suprotstavi misaonoj tendenciji koja vodi uniformizaciji⁴³ (Legrand 1997, 123). Smatramo da je takav „antiunifikujući“ ili „antiharmonizujući“ stav kulturalista ideološki obojen, što naročito dolazi do izražaja u radovima zastupnika kritičkog pristupa.

Pristup kulturalista je usmeren ka razumevanju (fr. *entendement*) kulturnih, socijalnih, političkih i pravnih identiteta drugoga, a takvo razumevanje bi istovremeno trebalo da unapredi naša razmišljanja o vlastitim pravnim pravilima i kulturnom identitetu. „Upoređivanje kultura je hermeneutički postupak: kultura se ne može s uspehom odraziti u svojem vlastitom pravu bez postupka upoređivanja, a ne može se odraziti u postupku upoređivanja bez ispitivanja svojeg vlastitog prava“ (Avi-Yonah, Sartori, Marian 2011, 7). Čak i kada se istražuju poreske jurisdikcije koje su *prima facie* slične, kulturalisti mogu da daju doprinos kvalifikujući te sličnosti kao „plitke“, odnosno ukazujući na temeljne razlike u kulturi, čime objašnjavaju zbog čega sprovođenje sličnih poreskih politika daje različite rezultate. Kako s ubeđenjem ideologa upozorava Legran, zadatak komparatiste koji sledi pristup kulturnih razlika jeste da „energično protestuje protiv aksiomatizacije sličnosti i imperijalizma istoga (fr. *l'impérialisme du même*)“ (Legrand 1999b, 103). Otuda, taj komparatista treba da pretpostavi da, koliko god pravniku iz zemlje A moglo neobično da deluje pravo u zemlji B, postoji racionalnost u tim odredbama povezana sa kulturnim okruženjem zemlje B (Legrand 2009, 236). U domenu uporednog poreskog prava, poreskom pravniku iz Danske moglo bi biti čudno to što u srpskom poreskom pravu ne postoji standardni odbitak po osnovu egzistencijalnog minimuma za sve one koji ostvaruju samo prihode van radnog odnosa ili je taj standardni odbitak za one koji

⁴³ Čak i kada bi harmonizacija bila na neki način poželjna, kulturalni komparatisti, među kojima je Legran verovatno najglasniji, shvataju je kao neostvarljiv cilj, pošto su kulturne i političke razlike nepomirljive. Legran smatra da „pravni sistemi, uprkos njihovom okruženju u okvirima Evropske zajednice, nisu konvergirali, ne konvergiraju i neće konvergirati. ... Takva konvergencija je nemoguća s obzirom na to da se razlike između mentaliteta *common law*-a i evropskog kontinentalnog prava ne mogu umanjiti na epistemološkom nivou“ (Legrand 1996, 61–62). Da je konvergencija ipak moguća, i to između kulturološki mnogo različitijih pravnih sistema nego što su *common law* i evropsko kontinentalno pravo, pokazao je Palmer, uzimajući primer današnjeg Lesota, čije je pravo nastalo kao mešavina običajnog prava naroda Basoto (koje su britanski kolonijalni službenici detaljno registrovali još 1872. godine, odmah pošto je Basutoland postao kolonija Krune) i engleskog prava, kao i holandskog prava, koje je dolazilo iz susedne afrikanerske Slobodne države Oranje (Palmer 2004, 6–9, 15–16).

ostvaruju prihod po osnovu zarada tek 42% minimalne bruto zarade (RSD 18.300 /oko EUR 155/ 2021. godine).⁴⁴ Poreskom pravniku iz Srbije moglo bi, pak, izgledati neobično to što se u Danskoj ozbiljno razmatra uvođenje poreza na „nadimanje krava“, kao mere za suzbijanje emisija metana iz stoke. Ali, obe mere imaju svoja specifična obrazloženja. U Srbiji, 72,8% prihoda od poreza na dohodak građana dolazi od cedularnog poreza na zarade,⁴⁵ dok tek oko 0,4% punoletnog stanovništva (samo oni poreski obveznici koji ostvaruju dohodak⁴⁶ u godišnjem iznosu koji je veći od trostruke prosečne godišnje bruto zarade u Republici) podleže i komplementarnom globalnom godišnjem porezu na dohodak građana. To je motivisalo zakonodavca da uvede standardni odbitak samo za prihode iz radnog odnosa. U Danskoj su vlasti, suočene sa međunarodno preuzetom obavezom da smanje emisije gasova koji stvaraju efekat staklene bašte, spremne da uvedu porez na „nadimanje krava“, imajući u vidu da metan koji nastaje u buragu krava i koji one izbacuju čini oko 18% gasova s efektom staklene bašte u Evropi.⁴⁷ Ako komparatista proučava dansko poresko pravo, njegov zadatak je da „reprezentuje“ (fr. *re-présenter*) dansko pravo srpskom pravniku iz perspektive mentaliteta Danaca. Naravno, važi i obrnuto.

Pravna kultura bi mogla da se analizira s aspekta dihotomije *prirodno pravo* – *pozitivizam*. U prirodnom pravu, pojednostavljeno rečeno, pretpostavljaju se određena načela koja su ugrađena u svaki pravičan pravni sistem, dok pozitivizam podrazumeva pravo kao skup pravila koja su na snazi, nezavisno od toga da li su percipirana kao „pravična“. Pravni pozitivizam sagledava pravo kao instrument države ili privatnog interesa, što je uticalo na to da ideja cilja ili funkcije postane glavna savremena osnova upoređivanja u pravu (među funkcionalistima) i motivisalo kritičare iz reda kulturalista.

S obzirom na to da izvor poreskog prava čine zakoni, njegov kulturni karakter je bliži pozitivnom pravu; „niko nije ozbiljno tvrdio... da je razlika između kapitalnog dobitka i običnog dohotka deo prirodnog poretka“ ili da

⁴⁴ U Danskoj svako rezidentno fizičko lice ima pravo na poreski kredit po osnovu egzistencijalnog minimuma (DKK 46.500 2020. godine), kojim se umanjuje obaveza po osnovu poreza na dohodak (Vagtborg, Krushave, Nyborg 2020, 1.8.3).

⁴⁵ Bilten javnih finansija, Ministarstvo finansija Republike Srbije, Beograd, oktobar 2020.

⁴⁶ U koji ne ulaze dividende, kamate, kapitalni dobitci, prihodi od osiguranja lica, prihodi od investicione jedinice otvorenog investicionog fonda i dobitci od igara na sreću.

⁴⁷ <https://www.csmonitor.com/Business/2014/0214/Top-12-weirdest-tax-rules-around-the-world/Denmark-cow-flatulence-tax>, poslednji pristup 3. februara 2021.

je „data na Sinajskoj gori“⁴⁸ (Livingston 2020, 10–11). Iako blisko pozitivizmu, poresko pravo obuhvata i neke „prirodne“ karakteristike pravičnog poreskog sistema (princip sposobnosti plaćanja, jednostavnost i dr.). Otuda zaključujemo da, u stvari, nije reč o dihotomiji kada nastojimo da „kulturu“ poreskog prava smestimo u okvir *prirodno pravo – pozitivizam*. U pozitivno poresko pravo često su ugrađene neke vrednosti prirodnog prava, što nas navodi na zaključak da je ipak moguća određena „simbioza“ funkcionalizma i kulturalizma.

Komplikovana definicija „kulture“ može da se za potrebe diskursa razloži na dve komponente, iako se one ponekad u praksi preklapaju. To su (i) aspekti stanovišta (deo definicije o uverenjima, znanju i ponašanju) i (ii) institucionalna komponenta (koja se odnosi na vrednosti i praksu koja karakteriše određenu instituciju ili organizaciju) (Livingston 2020, 15). U raspravama o pravnoj kulturi akcenat se češće stavlja na ponašanja nego na institucije, što može da dovede do oslanjanja na stereotipe (na primer, „Šveđani odobravaju visoke poreze na dohodak, a Amerikanci to ne čine“). Zapravo, nisu bitni stavovi opšte populacije nego stavovi „male elite koja donosi i sprovodi poresku politiku“ (Livingston 2020, 15) i otuda ishod može da bude drukčiji od očekivanog: na primer, stopa poreza na dobit korporacija (federalnog i državnog) u SAD je 2020. godine bila oko 27% (KPMG 2021), a u Švedskoj 21,4% (Van der Zeijden 2021, 1.1.3). Livingstonovom zapažanju nedostaje, međutim, rezerva da bi, na kraju, stavovi „širokih masa“ mogli da primoraju „malu elitu“ da im se prilagodi. Kolikogod švedska „mala elita“ želela niže poreske stope, u temeljima švedskog društva i dalje, u određenoj meri, postoji kompromis o *welfare state*-u, postignut 1938. godine u Saltsjebodenu (šv. *Saltsjöbaden*) između sindikata i poslodavaca, te je prosečna stopa poreza na dohodak fizičkih lica (centralnog i lokalnog) 2020. godine bila 52,28% (Gustafsson Myslinski 2020, 1.1.3). Za relativno nizak korporacijski porez plaćena je, dakle, „cena“ u visokom porezu na dohodak fizičkih lica.

Na nivou stanovišta, prema Legranovom mišljenju, „osnovna pretpostavka funkcionalizma je u tome da se nečiji ciljevi i vrednosti prihvataju u drugim društvima i u različitim periodima kao manifestacija kulturnog imperijalizma koji negira kulturne razlike (Legrand 1998, 225–226). Međutim, čak i Livingston, jedan od vodećih zagovornika kulturalizma u uporednom poreskom pravu, priznaje da je „neki stepen kulturne pristrasnosti neizbežan“ (Living-

⁴⁸ Međutim, jedan porez, to jest desetak (eng. *tithe*) pomenut je u Starom zavetu, što bi moglo da navede neke poreske kulturaliste (koji su odani hrišćani) da tvrde da desetak ima Božje poreklo. Malahija 3:8–10. Muslimanski poreski kulturalista mogao bi da razmatra Božje poreklo *zakata*, svojevrsne religijske obaveze muslimana koji ostvaruju prihode iznad određenog limita da deo svog bogatstva (2,5% godišnje) doniraju u dobrotvorne svrhe.

ston 2020, 19): dok citira Stiglicovu kritiku uloge MMF u zemljama u razvoju (Stiglitz 2003), on priznaje da optužbe da programi štednje (koje je MMF savetovao i nametao zemljama u razvoju) pokazuju kulturnu neosetljivost predstavljaju pitanje „o kojem se može raspravljati“ (Livingston 2020, 19). Na to da kulturne razlike ipak nisu nepremostive upućuje i supkultura poreskih pravnika, koji sve više dele zajedničko obrazovanje i profesionalne prakse, čak i jezik profesije, i na taj način ustanovljavaju sličnosti koje ne postoje među onima koji nisu „prosvećeni“. Međutim, Livingston, oprezan da ne sklizne u funkcionalizam, upozorava na opasnost od preterivanja kada se relativizuje važnost kulturnih razlika, tvrdeći da „postoje važne kontrole protiv univerzalizacije poreske politike“, te ostaje „veoma skeptičan prema fenomenu ‘globalizacije’ u oporezivanju i drugim oblastima javne politike“ (Livingston 2020, 19). Legran je radikalniji: „Kako prelazi granice, originalno pravilo nužno trpi promenu koja utiče na njega *kao* pravilo“ (Legrand 1997, 120).

Poreska kultura, definisana na nivou pojedinačne države, predstavlja „ukupnost svih relevantnih formalnih i neformalnih institucija povezanih sa nacionalnim poreskim sistemom i njegovim praktičnim sprovođenjem, koje su istorijski ugrađene u nacionalnu kulturu, uključujući zavisnosti i veze izazvane njihovom tekućom interakcijom“ (Nerré 2001, 12). Takva definicija povezuje aspekte stanovišta s institucionalnim aspektima jer obuhvata uloge poreskih obveznika, političara, poreskih službenika, poreskih savetnika i profesora univerziteta. Prostor je uspostavljen poreskim zakonima, koji su određeni normama kulture i istorijskim razvojem institucija. Dok stanovišta obrazuju osnove poreske kulture, institucije (zakonodavci i, za potrebe naplate i kontrole, poreske uprave, profesije poreskih savetnika i računovođa, visokoškolske ustanove i dr.) formiraju njenu strukturu (Livingston 2020, 32).

Zasnovan na kontrastnom upoređivanju, pristup kulturalista je značajan ne samo u poređenju jurisdikcija sa različitim kulturnim podlogama, kada baca svetlo na lokalne faktore koji oblikuju oporezivanje, nego i u komparaciji jurisdikcija koje su možda slične, jer je u stanju da otkrije „dubinu“ sličnosti i pokaže njenu površnu prirodu, koja je možda nastala slučajno. Iako izbor donorskog sistema za pravnu transplantaciju najčešće zavisi od prestiža modela, moguće je identifikovati i postojanje subjektivnih elemenata. Primera radi, u Ataturkovim reformama tursko građansko pravo, obligaciono pravo i građansko procesno pravo transplantirani su iz Švajcarske, trgovinsko pravo, pomorsko pravo i krivično procesno pravo iz Nemačke, krivično pravo iz Italije i upravno pravo iz Francuske (Örücü 2000, 6.1), pri čemu se ne može zanemariti lični uticaj na opredeljivanje donora, pošto je, recimo, rukovodilac stručnog tima za izradu nacrtu Građanskog zakonika

Mahmut Esad Bozkurt (Mahmut Esad Bozkurt) doktorirao na Pravnom fakultetu u Friburu, u Švajcarskoj (Watson 2006, 7), i otuda je najbolje poznavao švajcarsko građansko pravo.

Međutim, tvrdokorni kulturalisti su uglavnom protiv samog pojma pravnih transplanata. Kao što je prethodno u radu navedeno, oni od komparatista očekuju da se koncentrišu na kulturne razlike, a ne na pravila. Legranova kritika Votsonove (*Alan Watson*) teorije pravnih transplanata može se svesti na upozorenje da su za tog autora „pravo... pravila i ništa drugo, a pravila su ogoljeni propozicijski iskazi i ništa drugo“, pri čemu kritičar tvrdi da se pravilo „ne može smatrati samo kao pravilo u smislu ogoljenog propozicijskog iskaza. U 'konceptu pravila' (eng. *ruleness*) nalazi se više od serije ispisanih reči, što znači da pravilo nije identično onome što su ispisane reči. Pravilo je nužno kulturna forma koja u sebe inkorporiše. Kao akumulacija kulturnih elemenata, njega podupiru impresivne istorijske i ideološke formacije“ (Legrand 1997, 115–116). Kada se jednom prihvati da i propozicijski iskaz kao takav i njegovo značenje zajednički čine *pravilo*, praktično je nemoguće zamisliti kako se može dogoditi pravna transplantacija (koja uključuje oba elementa) (Legrand 1997, 116–117). Pošto su svesni činjenice da su u realnosti postojala i da i dalje postoje brojna pravila koja su preuzeta iz prava jedne države i transplantirana u pravo druge države, kulturalisti insistiraju na tome da pozajmljivanje podrazumeva (obično) veće izmene, koje su neophodne da bi se pravilo prilagodilo pravnom sistemu države primaoca.

Vrednovanje razmera tih izmena je, zapravo, vododelnica između onih koji odbacuju i onih koji prihvataju (s ogradama ili bez njih) koncept pravnih transplanata. Likhovski, na primer, priznaje da se, za razliku od porodičnog prava, koje je „duboko uklopljeno u pojedinačne... kulture i otuda manje podobno za transplantaciju, druge oblasti, poput trgovinskog prava, vide kao neutralne u kulturnom pogledu i stoga lakše prenosive“. Pozicija poreskog prava je nejasna, pošto se ono „često shvata kao tehničko i otuda lako prenosivo“, dok je u isto vreme „zasnovano na definicijama i pojmovima koji su specifični u kulturnom pogledu“ (Likhovski 2010, 730). Na primeru uvođenja britanskog poreza na dohodak 1941. godine u Palestinu, teritoriju kojom je Ujedinjeno Kraljevstvo upravljalo na osnovu mandata Društva naroda, Likhovski pokazuje koliko je bila složena interakcija između donetih pravila (koja, na primer, u Velikoj Britaniji predviđaju izuzimanje poklona iz poreza na dohodak) i njihove primene među Arapima i Jevrejima (s obzirom na

činjenicu da obe etničke zajednice imaju sasvim različit koncept „poklona“⁴⁹). Čini se opravdanim davnašnje upozorenje ruskog ministra finansija Jegora Franceviča Kankrina (1823–1844) da je „prilikom ustanovljavanja novih poreza nužan... vrlo veliki oprez“ (Evstigneev, Viktorova, Harčenko 2004, 87).

Mada Livingston pripada onima u akademskoj zajednici koji zagovaraju pristup kulturnih razlika u uporednom poreskom pravu, on je ipak svestan da poreska kultura nužno ne korelira s opštom kulturom u društvu. „Toliko je mnogo poreskih institucija pozajmljeno (‘transplantirano’) iz jedne zemlje u drugu, a imaju malo toga, ako uopšte imaju, zajedničkog sa tekućim stanovištima ili postojećim neporeskim institucijama u zemlji o kojoj je reč“ (Livingston 2020, 129).⁵⁰ Transplantacija se može eksterno nametnuti, što su u vreme kolonijalizma kolonijalne sile radile na zavisnim teritorijama, obično bez lokalnog pristanka,⁵¹ dok to danas u državama članicama sprovode nadležni organi supranacionalnih organizacija (na primer, EU), na osnovu toga što su se one, prilikom pristupanja konstitutivnim ugovorima, načelno

⁴⁹ Čak i u današnje vreme, koncept „poklona“ je ponekad osporavan i od Palestinaca i od Izraelaca. U slučaju *Salfawati v. Assessing Officer Nazareth* [1990] IsrSC 44(1) 714 raspravljano je da li novac koji je otac Beduin dao sinu, koji je za njega radio, treba da se klasifikuje kao „dohodak“ ili kao „poklon“. U slučaju *HCJ 3516/04 (Israel Religious Action Centre v. Ministry of Finance)* stav države je bio da je novac dat jednom ultraortodoksnom rabinu u razmeni za njegov blagoslov predstavljao tržišnu transakciju, što je rabin osporavao tvrdeći da je novac bio poklon, dat kao deo privatne, netržišne transakcije, te da kao takav ne treba da bude oporezovan (Likhovski 2010, 731 f).

⁵⁰ Livingston to objašnjava hirovima istorije (eng. *historical quirks*) (Livingston 2020, 129).

⁵¹ Odredbama čl. 48 i 49 IV Haške konvencije o zakonima i običajima rata na kopnu jasno je ograničeno pravo sile koja je u ratu okupirala teritoriju druge države da sprovodi oporezivanje na toj teritoriji. <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/ART/195-200059?OpenDocument>, poslednji pristup 18. marta 2021. No, njen uticaj na poresko pravo okupirane države može biti indirektan. Primera radi, misija američkih poreskih eksperata, predvođena profesorom Karlom Šaupom (Carl Shoup) s Univerziteta Kolumbija, izradila je 1949. godine okupiranom Japanu zakone o porezu na dohodak fizičkih lica i porezu na dobit korporacija. Kasnije je car Hirohito dva puta odlikovao profesora Šaupu visokim japanskim odlikovanjem jer su ti porezi dobili pozitivne ocene, pa bi se moglo konstatovati da se posredno eksterno nametanje tokom vremena pretvorilo u dobrovoljno prihvatanje. <https://econ.columbia.edu/faculty/in-memoriam/carl-sumner-shoup-1902-2000/>, poslednji pristup 18. marta 2021. Istina, po prekidu okupacije (1952. godine) japanske vlasti su diskretno izmenile pojedina rešenja u ta dva poreska zakona, a odustale su od primene nekih drugih zakona (poput zakona o PDV-u, porezu na kapitalne dobitke od prodaje hartija od vrednosti i porezu na neto imovinu), koje je Šaupova misija takođe bila pripremila (Beyer 1992, 396–399).

sa time saglasile. Transplantacija može da bude i dobrovoljno sprovedena, iz različitih razloga (na primer, verovanje u visok kvalitet donorovog prava, traganje za prečicom koja bi donela uštedu u troškovima, indirektan pritisak involviranih stručnih grupa (poreskih savetnika, univerzitetskih profesora, nevladinih organizacija) ili međunarodnih finansijskih organizacija (MMF, Svetske banke) i vladine potrage za legitimitetom koji joj prestiž donorovog zakonodavstva može doneti i dr.) (Miller 2003, 845 *et seq.*). Često se javlja kombinacija više razloga. Na primer, transplantacija Šeste direktive o porezu na dodatu vrednost EU u srpsko poresko pravo (uz manja odstupanja) može se razumeti baš kao rezultanta dejstava više činilaca – u dotadašnjoj praksi potvrđenih svojstava PDV-a u EU (izdašnost, okolnost da pogađa samo krajnju potrošnju, neutralnost, frakcionalna naplata, otpornost na evaziju), uticaja stručne javnosti i MMF-a i nastojanja srpske Vlade da pokrene postupak pridruživanja EU.

Trebalo bi napraviti razliku između: (a) prihvatanja celokupnih poreskih zakona, kao što je bio slučaj sa pomenutim nametanjem britanskog poreza na dohodak u mandatnoj Palestini, dobrovoljnim ugrađivanjem poreza na dodatu vrednost EU (uz određene modifikacije) u oko 140 država koje nisu njene članice poslednjih 50 godina ili transplantacijom predratnog austrijskog nekumulativnog poreza na promet zasnovanog na tehnici tzv. stupnjastog paušala (nem. *Phasenpauschalierung*) u poresko pravo Kraljevine Jugoslavije 1930. godine (Popović 2020b, 139–143); i (b) „uvoza“ pojedinačnog poreskog pravila, što je mnogo češće (pravila o transfernim cenama, GAAR-ovi, pravila o utanjenoj kapitalizaciji i dr.), prvenstveno sa ciljem da se izbegavanje poreza suzbije tako što se prihvataju poreske mere koje su se pokazale učinkovitim u zemljama svog porekla. Međutim, imajući u vidu kulturne razlike, pozajmljeno poresko pravilo može da funkcioniše drukčije nego u svojoj „domovini“. Primera radi, „u Kanadi je opšta pretpostavka da je izbegavanje poreza (koje se jasno razlikuje od nezakonite poreske evazije – *primedba autora*) prihvatljivo, ukoliko nije učinjeno izričito neprihvatljivim putem specifičnih antiabuzivnih pravila ili GAAR-a. ... U Kini se obično polazi od suprotne pretpostavke. Izbegavanje poreza je često tesno povezano sa nezakonitom poreskom evazijom“ (Li 2015, 84). U Kanadi učinkovitost GAAR-a zavisi od toga kako ga sudovi tumače, što je često išlo u prilog poreskim obveznicima. U Kini je, međutim, sve u rukama Državne poreske uprave: umesto da služi uspostavljanju balansa između zaštite poreske osnove i prava poreskih obveznika na poresko planiranje, kao što je to slučaj u Kanadi, kineski GAAR je instrument koji se koristi prema diskrecionim ovlašćenjima Državne poreske uprave (Li 2015, 89).

Livingstonovo ispitivanje brojnih studija slučajeva (Livingston 2020, 72 *et seq.*) pokazuje i sličnosti i razlike između poreskopравnih sistema. Poreski svet je, zapravo, svet u kojem se pritisci za konvergenciju, indukovani globalizacijom, suočavaju s otporom koji dolazi iz domena kulture. Gotovo je univerzalan zahtev da nacionalni poreski sistem treba da bude pravičan, jednostavan i efikasan, ali se inherentne pravne norme (kao i načini njihove primene) ponekad vrlo značajno razlikuju. Na primer, zakonske stope poreza na dohodak jesu konvergirale poslednjih 30 godina, ali su i dalje ostale razlike u poreskim osnovicama, te su efektivne poreske stope takođe ostale različite. Ili, da ponovimo: GAAR se može pozajmiti iz drugog prava, ali način na koji se primenjuje veoma zavisi od odgovarajuće kulture. Tako je moguće da određeni razlozi, specifični za poreze (poput obrazovanja i profesionalne obuke poreskih elita, prirode poreske administracije, stava prema ispunjavanju poreske obaveze i evaziji itd.) budu čak važniji od širih političkih i socijalnih faktora prilikom određivanja sudbine progresivnog oporezivanja i poreske reforme uopšte (Livingston 2006, 557). Stičemo utisak da Livingston naslućuje da kulturalističko insistiranje na apsolutizmu različitosti podriva temelje uporednog prava jer ga lišava njegove svrhe – komparacije, o čemu će biti više reči kasnije. Kulture se ne mogu shvatati kao hermetički, zatvoreni sistemi pošto su granice među njima često „meke“ i nedovoljno jasne, posebno u savremenom, globalizovanom svetu. Srpski IT stručnjak će pre pripadati istom „kulturalnom“ miljeu kao i američki IT stručnjak, nego istoj onoj, recimo poreskoj, kulturi kojoj pripada i srpski fabrički radnik ili kasirka.⁵² Prema Petersovom i Švenkeovom mišljenju (Peters, Schwenke 2000, 815), jedan pravni sistem može da obuhvata više kultura (na primer, pravni sistem EU), kao što i jedna kultura može da sadrži više pravnih sistema (na primer, pravo Luizijane u SAD).

4.3. Kritički pristup

Zastupnici kritičkog pristupa u uporednom pravu sagledavaju funkcionalizam kao ideološki projekat, čiji je cilj asimilacija ili uključivanje drugih tradicija, odnosno harmonizacija. Za razliku od Legrana i njegovih sledbenika, oni ne stavljaju u fokus ulogu kulture već nastoje da razotkriju „pretenzionu apolitičku prirodu tzv. *mainstream* diskursa u uporednom pravu“ (Avi-Yonah, Sartori, Marian 2011, 9). Njihovu ideološku obojenost potvrđuju Frankenbergove reči da pravna harmonizacija (u okviru projekta izrade

⁵² <https://nova.rs/vesti/biznis/naplata-poreza-frienserima-nije-retroaktivna/>, poslednji pristup 12. aprila 2021.

novog Zakona o upravnom postupku prema nemačkom uzoru u Albaniji) predstavlja „deo nove intervencionističke političke sheme“ (Frankenberg 1997, 273). Štaviše, za tog autora je komparatista koji pripada glavnom toku uporednog prava (funkcionalista) „predstavnik pravnog paternalizma“ i nosilac „hegemonističke“ agende, čiji su ciljevi „širenje autoriteta anglo/evropskog prava“ i „odbrana ideala unifikovanog prava“ (Frankenberg 1997, 263–264). Takav ideologizovani pristup mogao bi da ispadne samooptužujući (što važi i za rigidni kulturalizam): ako se jednom pravcu pripisuju „zle namere“, zašto se one ne bi mogle pripisati i onima koji te optužbe iznose? Time se zapravo zašlo na teren epistemološkog relativizma,⁵³ odnosno nemogućnosti razlikovanja tačnih od netačnih tvrdnji, čime se izašlo iz domena naučnog diskursa (Peters, Schwenke 2000, 824).

Zagovornici kritičkog pristupa doživljavaju svaku klasifikaciju pravnih sistema negativno, pošto smatraju da ona vodi marginalizaciji nezapadnih sistema (Marian 2010, 435). Tako, na primer, Infanti tvrdi da je neuspeh funkcionalnog metoda da smesti pravo u njegove lokalne kontekste posebno izražen u oporezivanju (Infanti 2002, 1141). Neizbežan konflikt između efikasnosti, pravičnosti i jednostavnosti nalaže ne samo uspostavljanje ravnoteže, posebno između prva dva zahteva, nego i uzimanje u obzir nekih drugih faktora, uključujući očekivan uticaj poreskih odredaba na konkurentnost, političke odnose sa stranim državama, potrebu da se povećaju prihodi, podsticanje ekonomskog rasta i sprečavanje izbegavanja poreza i poreske evazije (Infanti 2002, 1119). Infanti, stoga, zagovara stavljanje debate o poreskoj reformi u komparativnu perspektivu. On takođe podseća (američke) poreske eksperte da kada savetuju strane vlade o poreskoj reformi imaju moralni osnov da predlažu pravne transplante („pravno kloniranje“) samo ukoliko poseduju temeljito znanje pravnog, političkog, socijalnog i ekonomskog konteksta zemlje u kojoj nastupaju (Infanti 2003, 89). Izgleda da se dugovečnost srpskog ZPPPA (koji je stupio na snagu 1. januara 2003. godine) može razumeti ako se, između ostalog, ima u vidu da je na Nacrtu, sa kvalitetnim timom Ministarstva finansija i ekonomije, radio vrhunski inostrani ekspert.⁵⁴

⁵³ Popper ga, pišući kritički o *relativizmu okvira* (eng. *framework relativism*), definiše kao „doktrinu prema kojoj je istina u vezi sa našom intelektualnom podlogom, od koje se očekuje da na neki način odredi okvir u kojem možemo da mislimo; po kojoj se istina može menjati iz jednog okvira u drugi“ (Popper 1994, 33).

⁵⁴ Tim Ministarstva finansija i ekonomije predvodio je tadašnji zamenik ministra – jedan od koautora ovog rada, a inostrani konsultant bio je Viktor Turonji.

5. UMEMO ZAKLJUČKA: DA LI JE MOGUĆ „KULTURNI FUNKCIONALIZAM“?

Bez obzira na ubedljivost kritike funkcionalizma, smatramo da se ipak ne može olako odbaciti pretpostavka o sličnostima, budući da one očigledno postoje u poređenim (poresko)pravnim sistemima. Sličnosti su najčešće zastupljene na nivou mikrokomparacija (na primer, između pravila o utanjenoj kapitalizaciji, GAAR-ova, pravila o transfernim cenama i dr.), mada grupisanje sistema poreskog prava u porodice poreskog prava, koje je zasnovano na makrokomparacijama, nije samo obećavajuće u intelektualnom smislu nego može i da olakša razumevanje načina na koji se od neke institucije očekuje da funkcioniše.⁵⁵ Kada, na primer, svrstamo Srbiju u porodicu evropskog kontinentalnog prava (tranziciona i postkonfliktna potporodica), možemo pretpostaviti da bi transplant GAAR-a (u određenoj meri preuzet iz nemačkog *Abgabenordnung*-a) odražavao pristup evropskog kontinentalnog prava, koji zahteva da se u zakonu nađe ovlašćenje za Poresku upravu da primenjuje doktrinu prema kojoj je suština važnija od forme (eng. *substance over form doctrine*), što nije neophodno učiniti u *common law* porodici (potporodica američkog prava), u kojoj je ta doktrina sudska. Smatramo da u uslovima kada se uporedno poresko pravo suočava sa mnoštvom zadataka (istraživanje, nastava, poreske reforme, istorija oporezivanja i dr.) ne postoji samo jedan odgovarajući metod (tehnik). Zato se zalažemo za kombinaciju funkcionalnog pristupa i pristupa kulturnih razlika.

U pristupu kulturnih razlika komparatista je suočen sa teškim zadatkom da razume „kontekst“ – od njega se očekuje da poznaje jezik i kulturu sredina koje upoređuje, što ga stavlja van granica pozitivnog prava u kojima se pravnici standardno obučavaju. No, otvara se dilema koja je svrha uporednog prava: ako su razlike nepomirljive, kako uopšte upoređivati (Peters, Schwenke 2000, 802)? Ima li smisla uvek insistirati na „egzotičnosti“ nacionalnih prava, odnosno da li su razlike redovno tako sukobljene? Svestan da poreskopравни transplanti i druge sličnosti bez sumnje postoje, Livingston smatra da „kultura ostaje važna, a konvergencija dolazi polako, ako je i ima u većini oblasti. Ali, pritisak za uzajamno približavanje i značaj kulture za suprotstavljanje tome značajno variraju od jedne oblasti politike do druge. Konvergencija je izraženija u poreskim stopama nego u poreskim osnovicama; u potrebi da se spreči izbegavanje poreza nego u pogledu stvarnih metoda koji se primenjuju u borbi protiv njega; u širokim, generičkim ekološkim ciljevima nego u specifičnim ekološkim... poreskim

⁵⁵ Osim toga, postoje slučajevi transplantacije celokupnih zakona, kao što se dogodilo u Ataturkovoju Turskoj (Örücü 2000, 6.1).

strategijama“ (Livingston 2020, 125). Da zaključimo: prema Livingstonovom mišljenju, sličnosti ipak postoje, ali su kulturne razlike nekako bitnije, a – ukoliko je potreban i dodatni argument – tu je i populizam, koji u sebi nosi otpor globalizaciji (Livingston 2020, 127).

Kritiku funkcionalizma, koja ukazuje da *funkcija* pravila, taj *tertium comparationis* na kojem se zasniva funkcionalni pristup, apsolutizuje ulogu prava kao racionalnog odgovora na društvene probleme, dobro ilustruje Votsonovo upozorenje da su ga „pozajmljivanje i dugovečnost (pozajmljivanja – *primedba autora*) upravo... i uverili da između društva i njegovog prava ne postoji jednostavna veza“⁵⁶ (Votson 2000, 162). Pravo svakako ima i druge funkcije (političke, društvene, simboličke, tehničke i sl.), ali se ne može prenebregnuti ona na koju upućuje funkcionalizam. Komparatista se nalazi pred zadatkom da, vrednujući širi kontekst, odabere *pravu* funkciju i da se zatim upusti u istraživanje. S obzirom na to da je pravni poredak tesno povezan sa političkim uređenjem, ekonomskim odnosima, ideološkim vrednostima, kulturnim modelima i sl., komparativno istraživanje ne sme da se svede samo na pravila nego bi moralo da u diskurs uključi elemente na koje ukazuju kulturalisti. Kao što nam je ideološki ekstremizam nekih pristalica škole kulturnih razlika neprihvatljiv, tako se ne možemo složiti ni sa redukcijom „tvrđog jezgra“ funkcionalista. Pri tome, može se zapaziti da je u počecima tog pristupa bilo drukčije: još je Rabel pisao da se „razmišljanje o pravnim problemima mora odnositi na pravo cele planete, u prošlosti i sadašnjosti, na odnos prava prema zemlji, klimi i rasi, sa istorijskim sudbinama naroda, revolucijama, izgradnjom država, potčinjavanjem, sa religijskim i moralnim koncepcijama, kreativnom snagom pojedinaca, potrebom za proizvodnjom i potrošnjom dobara, rangom interesa, partija, klasa“ (Rabel 1925, 5). U decenijama koje su usledile redukcijom se javljao zbog toga što komparatista, koji nastoji da upoređuje kontekstualne temelje pravila koja su predmet njegovog istraživanja, mora prvo da rekonstruiše njihovo društveno-ekonomsko poreklo, te je njegov pojam „konteksta“ značajno uži⁵⁷ od temelja koje imaju u vidu pravni antropolog ili pravni sociolog (Palmer 2004, 5).

⁵⁶ „Ukoliko je pravo obilato pozajmljivano sa nekog sasvim drugog mesta, i ako je opstalo do nekog sasvim drukčijeg doba, teško da bi ono uopšte moglo da se smatra ‘duhom naroda’,“ (Votson 2000, 162). Votson ilustruje tu tezu primerom uređenja svojine u braku, čije korene nalazi u pravu Vizigota, koje je kasnije preuzeto na Iberijskom poluostrvu, odakle su ga Španci preneli u Kaliforniju, a iz koje je pozajmljeno u ostalim državama na zapadu SAD.

⁵⁷ Na to imaju uticaj ne samo istraživačeve subjektivne sposobnosti već i troškovi koje treba pokriti, a koji mogu da budu nesrazmerno veći u odnosu na svrhu istraživanja. Uporedno pravo, pa i uporedno poresko pravo, i dalje su „predmet u traganju za auditorijumom“ (Markesinis 1997, 3).

Naše istraživanje je pokazalo da ni redukovani funkcionalizam ni ideologizovani kulturalizam nisu metodi primereni cilju koji ima uporedno pravo.⁵⁸ Funkcionalna analiza – zato što iza ideje da se mogu pronaći zajedničke funkcije prava koje vode unifikaciji pravnih sistema, stoji previše pretpostavki koje nisu dovoljno analizirane; pristup kulturnih razlika – jer se koncept kulture ne može operacionalizovati tako da objasni zbog čega se značenja prava mogu razlikovati od jednog do drugog pravnog sistema, čak i onda kada su pravna pravila ista (Cotterrell 2007, 142). I među funkcionalistima se mogu naći autori (na primer, Eridži), koji se slažu da „otkrivanje *raison d'être* sličnosti i razlika, takođe, zahteva prelazak iz domena čistog pravnog rezonovanja u domen kontekstualnih faktora“ (Örücü 2007, 49). U objašnjavanju rezultata komparativnopravnog istraživanja vitalna je pravna, socijalna, kulturna, ekonomska, verska i politička podloga (Örücü 2007, 53). Kod kulturalista, Livingston se, makar nevoljno, pomirio sa činjenicom da su sličnosti ipak moguće, o čemu je već bilo reči.

Iako pristalica funkcionalizma, Čomi je još sredinom pedesetih godina XX veka zapazio da komparativno istraživanje mora da uzme u obzir „društvene temelje zakonodavne delatnosti, ekonomske i političke sile... pošto su one, na osnovu posmatranja, u svakoj studiji poreske politike najrelevantnije... (pri čemu – *primedba autora*) istraživanje političkih sila dopušta još manje prostora za pretpostavke o sličnosti nego istraživanje o ekonomskim silama“ (Chommie 1956, 220). Čomijevo ograđivanje od apsolutizovanja *praesumptio similitudinis* nije, međutim, izazvalo neku reakciju *mainstream* komparatista,⁵⁹ dok je, na drugom kraju metodološkog spektra, nastajala kulturološka kritika, koja je najčešće značila potpunu negaciju relevantnosti te pretpostavke. Zapravo, čudnovato je da je među istraživačima koji su se u narednim decenijama bavili uporednim poreskim pravom izostao metodološki diskurs, o čemu svedoči ne tako davna Marianova analiza (Marian 2010, 425).

Može se, dakle, postaviti pitanje da li je izlaz u nekoj vrsti pragmatičnog eklekticizma. Problem je u tome da li se može obezbediti koherentnost tom eklekticizmu. Na strani funkcionalista, Cvajgert je dopuštao da su pravna pravila utemeljena u kulturi: „Činjenica da je celokupno pravo kulturni

⁵⁸ Funkcija komparativnog prava je da obezbedi pristup pravnom znanju koje će biti upotrebljeno da bi se ispunio osnovni zadatak univerzalnog unapređivanja i razumevanja fenomena prava (Örücü 2007, 46).

⁵⁹ U savremenoj uporednopravnoj literaturi može se naći razlikovanje između sličnosti i funkcionalne jednakosti. „Nije pretpostavka da su slične pravne institucije ni problemi koje one treba da rešavaju i potreba da društva na njih reaguju, nego su slične funkcionalne relacije između problema i rešenja... To nije sličnost. To je funkcionalna jednakost“ (Michaels, 371).

fenomen i da se pravna pravila nikada ne mogu razmatrati nezavisno od istorijskog, socijalnog, ekonomskog, psihološkog i političkog konteksta potvrđena je posebno snažno u uporednopravnim anketama“ (Zweigert 1966, 13–14). Kulturalisti, međutim, posmatraju kulturu iz drukčijeg ugla, zamerajući funkcionalistima na nespremnosti da „uđu na teren“ i iznutra se bave kulturom kao takvom već je rekonstruišu kao seriju funkcionalnih (ili disfunkcionalnih) odnosa (Michaels, 365). Čak i u onoj najuticajnijoj knjizi iz uporednog prava, koju je Cvajgert napisao zajedno sa Kecom (Zweigert, Kötz 1998), „kontekst ima malu ulogu, dok su formalna pravila ukrala predstavu“ (Husa 2006, 1104). Smatramo da je važno da se kontekstu vrati uloga, ali treba biti oprezan kako bi se izbegao rizik od ponavljanja greške koja se pripisuje funkcionalizmu – sada u vidu konteksta koji preuzima glavnu rolu.

Svojevremeno je Van Huke skicirao pristup koji je nazvao „uporedno pravo dubokog nivoa“ (Van Hoecke 2002). On je kombinovao pravila i institucije sa kontekstualnim elementima prava i tako nastojao da izbegne crno-belu sliku. Iz jedne takve skice mogao bi da se razvije metodološki proseed, u kojem bi se našli i pravila i kontekst (kultura). Tako bi, na primer, funkcionalna analiza pokazala da je cilj pravila o transfernim cenama iz srpskog ZPDPL isti kao u izvorniku (*Smernicama OECD za primenu pravila o transfernim cenama za multinacionalna preduzeća i poreske uprave*), to jest da se spreči prebacivanje dobiti povezanom licu u inostranstvo, bez plaćanja poreza, transakcijom po ceni koja je različita od cene koja bi se formirala na slobodnom tržištu. Uključivanje konteksta – političkog, pa i šireg, kulturnog – ponudilo bi objašnjenje zbog čega su privredna društva u kojima Republika, autonomna pokrajina, odnosno jedinica lokalne samouprave imaju kvalifikovano učešće u kapitalu ili u glasovima u organima upravljanja pod određenim uslovima, počev od 1. januara 2015. godine, isključena iz primene tih pravila.⁶⁰ Primera radi, s obzirom na to da je Republika Srbija kvalifikovani vlasnik *Telekoma Srbija*, koji kontroliše *Telekom Srpske* u Bosni u Hercegovini, transakcije između nerezidentnog *Telekoma Srpske* i bilo kojeg rezidentnog pravnog lica, čiji je kvalifikovani vlasnik Republika Srbija, ne podležu pravilima o transfernim cenama sa stanovišta srpskog ZPDPL. Preciznije, „duboka analiza“ pokazuje da je, u uslovima kada je javni interes podređen grupnom, stvorena zakonska mogućnost da se dobit poreskog obveznika – rezidenta Srbije transferiše u inostranstvo bez poreza jer se transakcija sa povezanim nerezidentnim pravnim licem neće podvrći korekciji u skladu sa principom „van dohvata ruke“.

⁶⁰ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o porezu na dobit pravnih lica, *Službeni glasnik RS* 142/14, čl. 12.

Primenjujući takav pristup, nazovimo ga „kulturnim funkcionalizmom“, mogla bi se postići „polifonija tehnika“ (Glanert 2012, 67), odnosno kombinacija funkcionalnog pristupa i pristupa kulturnih razlika. To, naravno, nije univerzalno rešenje metodoloških dilema u uporednom (poreskom) pravu, ali će se tako prevazići binarnost (dobar metod – loš metod). Uspeh, međutim, zavisi od sposobnosti istraživača da na pravi način uključe kontekst i tako stvore svojevrsnu „pokretnu skalu“ (it. *scala mobile*) metoda prilagođenih cilju datog komparativnog istraživanja.

LITERATURA

- [1] Alesina, Alberto, Enrico Spolaore. 2003. *The Size of Nations*. Cambridge, Ma: MIT Press.
- [2] Ault, Hugh J., Brian J. Arnold. 2010. *Comparative Income Taxation. A Structural Analysis*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.
- [3] Avi-Yonah, Reuven, Nicola Sartori, Omri Marian. 2011. *Global Perspectives on Income Taxation Law*. Oxford: Oxford University Press.
- [4] Barker, William. 3/2005. Expanding the Study of Comparative Tax Law to Promote Democratic Policy: The Example of the Move to Capital Gains Taxation in Post-Apartheid South Africa. *Penn State Law Review* 109: 703–727.
- [5] Beyer, Vicki L. 2/1992. The Legacy of the Shoup Mission: Taxation Inequities and Tax Reform in Japan. *Pacific Basin Law Review* 10: 388–408.
- [6] Blagojević, Borislav T. 1/1953. Uporedno pravo – metod ili nauka. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1: 7–16.
- [7] Brand, Oliver. 2/2007. Conceptual Comparisons: Towards a Coherent Methodology of Comparative Legal Studies. *Brooklyn Journal of International Law* 32: 405–466.
- [8] Buijze, Renate. 4/2016. The Categorisation of Tax Jurisdictions in Comparative Tax Law Research. *Erasmus Law Review* 9: 189–198.
- [9] Carbonnier, Jean. 1994. *Sociologie juridique*. Paris: Presses Universitaires de France.
- [10] Chommie, John C. 1956. Why Neglect Comparative Taxation. *Minnesota Law Review* 40: 219–231.

- [11] Commission staff working paper, Analytical report accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. Commission Opinion on Serbia's application for membership of the European Union, {COM (2011) 668}.
- [12] Constantinesco, Léontin Jean. 1974. *Traité de droit comparé. La méthode comparative*, Paris: LGDJ.
- [13] Cotterrell, Roger. 2007. Is it so Bad to be Different? Comparative Law and the Appreciation of Diversity. 133–154. *Comparative Law. A Handbook*, eds. Esin Örüçü, David Nelken. Oxford: Hart Publishing.
- [14] Cotterrell, Roger. 96/2011. Comparative Sociology of Law. *Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper*: 1–26.
- [15] David, René. 1950. *Traité élémentaire de droit civil comparé*. Paris: LGDJ.
- [16] Ewald, William. 2/1998. Posner's Economic Approach to Comparative Law (1998). *Texas International Law Journal* 33: 381–386.
- [17] Frankenberg, Günter. 2/1997. Stranger than Paradise: Identity & Politics in Comparative Law. *Utah Law Review*: 259–274.
- [18] Garbarino, Carlo. 3/2009. An Evolutionary Approach to Comparative Taxation: Methods and Agenda for Research. *The American Journal of Comparative Law* 57: 677–709.
- [19] Glanert, Simone. 2012. Method? 61–81. *Methods of Comparative Law*, ed. Pier Giuseppe Monateri. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- [20] Glenn, H. Patrick. 3/1993. La civilisation de la common law. *Revue internationale de droit comparé* 45: 559–575.
- [21] Gustafsson Myslinski, Ulrika. 2020. Sweden – Individual Taxation. 1.1–9. *Country Tax Guides*. Amsterdam: IBFD.
- [22] Gutteridge, Harold Cooke. 1946. *Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- [23] Huiskamp, J. C. L. 1981. Definition, Scope and Importance of International Tax Avoidance. 19–25. *International Tax Avoidance and Evasion. Colloquy of 5–7 March 1980 (Strasbourg)*. Amsterdam: IBFD.
- [24] Husa, Jaakko. 4/2006. Methodology of comparative law today: from paradoxes to flexibility? *Revue internationale de droit comparé* 58: 1095–1117.

- [25] Infanti, Anthony C. 4/2002. Spontaneous Tax Coordination: On Adopting a Comparative Approach to Reforming the U.S. International Tax Regime. *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 35: 1105–1233.
- [26] Infanti, Anthony C. 3/2003. The Ethics of Tax Cloning. *Florida Tax Review* 6: 251–342.
- [27] Jaluzot, Béatrice. 1/2005. Méthodologie du droit comparé: bilan et prospective. *Revue internationale de droit comparé* 57: 29–48.
- [28] KPMG. 2021. Corporate Tax Rates Table. <https://home.kpmg/xx/en/home/services/tax/tax-tools-and-resources/tax-rates-online/corporate-tax-rates-table.html>, poslednji pristup 12. januara 2021.
- [29] Lambert, Édouard. 1905. Conception générale, définition, méthode et histoire du droit comparé. Le droit comparé et l'enseignement du droit. 26–61. *Congrès international de droit comparé, tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900. Procès-verbaux des séances et documents*, vol. I. Paris: LGD].
- [30] Legrand, Pierre. 2/1995. Comparative Legal Studies and Commitment to Theory. *The Modern Law Review* 58: 262–273.
- [31] Legrand, Pierre. 1/1996. European Legal Systems Are Not Converging. *The International and Comparative Law Quarterly* 45: 52–81.
- [32] Legrand, Pierre. 4/1997. The Impossibility of Legal Transplants. *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 4: 111–124.
- [33] Legrand, Pierre. 2/1998. Are Civilians Educable? *Legal Studies* 18: 216–230.
- [34] Legrand, Pierre. 1/1999a. John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: A Dialogue. *The American Journal of Comparative Law* 47: 3–66.
- [35] Legrand, Pierre. 1999b. *Le droit comparé*. Paris: Presses Universitaires de France.
- [36] Legrand, Pierre. 2009. La comparaison des droits expliquée à mes étudiants. 209–244. *Comparer les droits, résolument*, ed. Pierre Legrand. Paris: Presses Universitaires de France.
- [37] Li, Jinyan. 1/2015. Tax Transplants and Local Culture: A Comparative Study of the Chinese and Canadian GAAR. *Theoretical Inquiries in Law* 11: 75–105.

- [38] Likhovski, Assaf. 2/2010. Is Tax Law Culturally Specific? Lessons from the History of Income Tax Law in Mandatory Palestine. *Theoretical Inquiries in Law* 11: 725–763.
- [39] Livingston, Michael A. 3/2006. From Milan to Mumbai, Changing in Tel Aviv: Reflections on Progressive Taxation and „Progressive“ Politics in a Globalized but Still Local World. *The American Journal of Comparative Law* 54: 555–586.
- [40] Livingston, Michael A. 2020. *Tax and Culture. Convergence, Divergence, and the Future of Tax Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- [41] Lukić, Radomir D. 1995. *Metodologija prava*. Beograd: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva – BIGZ.
- [42] Marian, Omri Y. 2/2010. The Discursive Failure in Comparative Tax Law. *The American Journal of Comparative Law* 58: 415–470.
- [43] Markesinis, Basil S. 1994. Chapter 1 – Learning from Europe and Learning in Europe. *The Gradual Convergence: Foreign Ideas, Foreign Influences, and English Law on the Eve of the 21st Century*, ed. Basil Markesinis. Oxford: Clarendon Press.
- [44] Markesinis, Basil S. 1997. *Foreign Law and Comparative Methodology*. London: Hart Publishing.
- [45] Michaels, Ralf. 2006. The Functional Method of Comparative Law. 339–382. *The Oxford Handbook of Comparative Law*, ed. Mathias Reimann, Reinhard Zimmermann. Oxford: Oxford University Press.
- [46] Miller, Jonathan M. 4/2003. A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process. *The American Journal of Comparative Law* 51: 839–885.
- [47] Mokyr, Joel. 2017. *A Culture of Growth: The Origins of the Modern Economy*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- [48] Nerré, Birger. 2001. The Concept of Tax Culture. Paper prepared for the Annual Meeting. National Tax Association. Baltimore, MD.
- [49] Örucü, Esin. 2000. Critical Comparative Law. Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition. *Electronic Journal of Comparative Law* 4.1, <https://www.ejcl.org/41/art41-1.html>, poslednji pristup 19. marta 2021.
- [50] Örucü, Esin. 2007. Developing Comparative Law. 43–65. *Comparative Law. A Handbook*, eds. Esin Örucü, David Nelken. Oxford: Hart Publishing.

- [51] Palmer, Vernon Valentine. 2/2004. From Lerotholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology. *Global Jurist Frontiers* 4: 1–29.
- [52] Peters, Anne, Heiner Schwenke. 4/2000. Comparative Law beyond Post-Modernism. *The International and Comparative Law Quarterly* 49: 800–834.
- [53] Popović, Dejan. 2020a. *Poresko pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- [54] Popović, Dejan. 2020b. *Unifikacija poreskog prava u prvoj jugoslovenskoj državi*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- [55] Popović, Dejan, Gordana Ilić–Popov. 3/2020. Prethodno poresko mišljenje: pledoaje za njegovo preoblikovanje u srpskom poreskom pravu. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 68: 7–37.
- [56] Popović, Dragoljub. 2006. *Uvod u uporedno pravo*. Beograd: Službeni glasnik.
- [57] Popović, Radomir J. 2009. *Avram Petronijević*. Doktorska disertacija. Beograd: Filozofski fakultet Univerziteta u Beogradu.
- [58] Popper, Karl R. 1994. *The Myth of the Framework. In Defence of Science and Rationality*. London: Routledge.
- [59] Posner, Richard A. 1996. *Law and Legal Theory in England and America*. Oxford: Clarendon Press.
- [60] Pozzo, Barbara. 2013. Comparative Law and Language. 88–113. *The Cambridge Companion to Comparative Law*, ed. Mauro Bussani, Ugo Mattei. Cambridge: Cambridge University Press.
- [61] Rabel, Ernst. 1925. *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*. München: M. Hueber Verlag.
- [62] Reimann, Mathias. 4/2002. The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century. *The American Journal of Comparative Law* 50: 671–700.
- [63] Reitz, John C. 4/1998. How to Do Comparative Law. *The American Journal of Comparative Law* 46: 617–636.
- [64] Robert, Jacques-Henri. 1991. Saleilles et le comparatisme. *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique* 12: 143–149.
- [65] Sacco, Rodolfo. 1/1991. A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II). *The American Journal of Comparative Law* 39: 1–34.

- [66] Samuel, Geoffrey. 2014. *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*. Oxford: Hart Publishing.
- [67] Schlesinger, Rudolf B. 1/1969. Formation of Contracts – A Study of the Common Core of Legal Systems: Introduction. *Cornell International Law Journal* 2: 1–71.
- [68] Stiglitz, Joseph E. 2003. *Globalization and Its Discontents*. New York: W. W. Norton.
- [69] Susskind, Richard. 1987. *Expert Systems in Law – A Jurisprudential Inquiry*. Oxford: Oxford University Press.
- [70] Thuronyi, Victor. 2003. *Comparative Tax Law*. The Hague: Kluwer.
- [71] Vagtborg, Magnus, Jacob Krushave, Caroline Haure Nyborg. 2020. Denmark – Individual Taxation. 1.1–9. *Country Tax Guides*. Amsterdam: IBFD.
- [72] Van der Zeijden, Femke. 2021. Sweden – Corporate Taxation. 1.1–14.6. *Country Tax Guides*. Amsterdam: IBFD.
- [73] Van Hoecke, Mark. 2002. *Deep Level Comparative Law*. Working Paper No. 13. European University Institute, Badia Fiesolana.
- [74] Van Hoecke, Mark. 12/2015. Methodology of Comparative Legal Research. *Law and Method* 5: 1–35.
- [75] Vann, Richard J. 1998. International Aspects of Income Tax. 718–810. *Tax Law Design and Drafting*, Vol. 2, ed. Victor Thuronyi. Washington, D. C.: International Monetary Fund.
- [76] Warskett, George, Stanley L. Winer, Walter Hettich. 2/1998. The Complexity of Tax Structure in Competitive Political Systems. *International Tax and Public Finance* 5: 123–151.
- [77] Watson, Alan. 3/1995. From Legal Transplants to Legal Formats. *The American Journal of Comparative Law* 43: 469–476.
- [78] Watson, Alan. 2006. *Legal Transplants and European Private Law*. Belgrade: Alan Watson Foundation, Faculty of Law University of Belgrade.
- [79] Votson, Alan. 2000. *Pravni transplanti. Pristup uporednom pravu*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- [80] Zweigert, Konrad. 1/1966. Des solutions identiques par des voies différentes. *Revue internationale de droit comparé* 18: 5–18.
- [81] Zweigert, Konrad, Hein Kötz. 1998. *Introduction to Comparative Law*. Oxford: Clarendon Press.

Dejan POPOVIĆ, PhD

Professor Emeritus, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

Gordana ILIĆ–POPOV, PhD

Full Professor, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

SOME METHODOLOGICAL DILEMMAS IN COMPARATIVE TAX LAW

Summary

Since for much of the 20th century the comparative law was developing as the comparative private law, with subsequent inclusion of constitutional, administrative and criminal law, comparisons of national tax systems were until recently marginal. The examination of the methods appropriate for the comparative tax law was especially neglected. Assuming that method in comparative law can be identified by techniques of comparisons, the authors considered dilemma whether the starting point for comparisons is *praesumptio similitudinis* or presumption of difference. Stemming from diversities of these assumptions, two methodological approaches in the comparative (tax) law have developed – functionalism (based on presumption of similarities) and cultural differences approach, from which critical approach subsequently emerged. Having analysed advantages and disadvantages of both approaches, the authors elaborated the basics of „cultural functionalism“, based on the inclusion of cultural context into the research of the ways how tax laws subject to comparison solve the given problems.

Key words: *Comparative tax law. – Functionalism. – Cultural differences approach. – Methodology of comparative tax law. – Legal transplants in taxation.*

Article history:

Received: 22. 6. 2021.

Accepted: 30. 8. 2021.

UDK 347.918; 316.776:004.738.5

CERIF: S 150, S 142

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_21302A

Vladimir PAVIĆ, PhD*

Milena ĐORĐEVIĆ, PhD**

VIRTUAL ARBITRATION HEARINGS: THE NEW NORMAL?

This paper addresses the notion and legal framework for virtual hearings in international arbitration. The authors first examine the existing laws in different jurisdictions and how they tackle the issue both when it comes to litigation and when it comes to arbitration, followed by analyses of various institutional arbitration rules, including recent changes thereof and pertinent case law on the matter. They further examine the general idea of a virtual setting for the hearing against legal and technical objections frequently encountered in practice. In particular, the interplay of technical capabilities and legal standards such as “due process” and the “right to present one’s case” is assessed. Finally, the authors identify possible pathways to replacing the classical in-person hearing with the virtual one and the key legal and practical considerations to be assessed before deciding to proceed with it.

Key words: *Arbitration. – Virtual hearing. – Due process. – Right to be heard. – Party autonomy.*

* Professor, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia; Vice-President of Belgrade Arbitration Center, Serbia, *pavic@ius.bg.ac.rs*.

** Assistant Professor, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia; Member of the ICC International Court of Arbitration, *milena@ius.bg.ac.rs*.

1. INTRODUCTION

Arthur C. Clarke famously observed “Any sufficiently advanced technology is indistinguishable from magic.” Internet and the “magic” of instantaneous communication is nowadays taken for granted, although the availability of the means and ways to reach anyone, anywhere, anytime could have hardly been foreseen even a couple of decades ago.

Even though law firms were, in general, quick to embrace many productivity-enhancing technologies and the benefits of online collaboration, arbitration and court hearings continued to operate “in person” as a rule. Until recently, internet-enabled virtual hearings were seldom discussed in academic and professional circles or expressly regulated by the legislator, and were conducted in practice only occasionally. This is not surprising. Observation of form and the accompanying formalities is a lawyer’s second nature. Nowhere is it seen better than in a courtroom: justice is dispensed beneath symbols of state power and the procedure conducted pursuant to a myriad of interconnected rules. Likewise, an arbitration hearing, although touted as less formal than litigation, is often a carefully orchestrated exercise of formalities, and to a seasoned practitioner most of them are hardly obtrusive. Rather, stepping into a procedural environment filled with things one knows and expects is a comfortable experience.

The unprecedented tsunami of 2020 lockdowns and travel restrictions affected every industry and profession and threw them out of their “comfort zone”. Many discovered that a lot of their regular working routines could move online. Litigations were affected in a different way across jurisdictions – some courts shut down, some moved online, some continued business under restrictions. The world of international arbitration faced a different set of challenges. With parties and arbitrators usually coming from different and multiple jurisdictions, and with the travel restrictions and epidemiological situations shifting literally on a weekly basis, the system would have faced a complete standstill had it continued to operate “in-(physical) person” only. In response, some arbitration hearings were postponed but a great many moved

online, to a virtual setting.¹ In the process, the tribunals who have organized them had to deal with real and perceived legal and technological challenges, some of which were promptly dealt with by the arbitral institutions.²

In order to answer the question whether it is to be expected that virtual hearings will become “the new normal” in arbitration practice, this paper will first address the ways in which virtual hearings, or elements of hearings, can be organized, the general legal framework of virtual hearings or elements of a virtual hearing, both in the context of national domestic legislations (which feed into the overall sentiments with regard to use of technology in dispute resolution) and in the context of rules applicable to international commercial arbitration. Furthermore, the general idea of a virtual setting for hearings will be examined against legal and technical objections frequently encountered in practice. In this context, the interplay of technical capabilities and legal standards (such as “due process” and the “right to present one’s case”) will be assessed. The paper will present an overview not only of the pre-COVID-19 regulatory framework that has served as a background for recent proliferation of the virtual hearings, but also of the recent amendments of institutional arbitration rules that have been made in this regard once the pandemic was well under way. Finally, the authors of this paper have tried to identify possible pathways to replacing the classical in-person hearing with the virtual one and the key legal and practical considerations to be assessed before deciding to proceed with it.

¹ For example, during the period from 24 February 2020 to 29 June 2020, oral hearings 57 out of 59 arbitration proceedings administered by the Milan Chamber of Arbitration were conducted remotely. *See* Shaughnessy 2020, 36. The demand for virtual hearing services in Seoul and Hong Kong was also subject to significant increase already in the first half of 2020. *See* Wilske 2020, 13.

² Most of arbitral institutions enacted special protocols for organizing virtual hearings as early as the first half of 2020. Many of them are available at the VIAC website: <https://www.viac.eu/en/arbitration/general-measures-covid-19>. Many arbitral institutions issued a joint statement calling for efficient conduct of arbitration in the times of pandemic. *See* Arbitration and COVID-19, available at: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/04/covid19-joint-statement.pdf>. The ICC also issued the ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic, available at: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/04/guidance-note-possible-measures-mitigating-effects-covid-19-english.pdf>.

2. THE NOTION AND SUBTYPES OF VIRTUAL HEARINGS

There are several conceivable ways in which audio and visual technology may be used in the context of the “virtual hearings” conducted online. The terms “virtual”, “online” and “remote” hearings are used here interchangeably, although there are authors who prefer one over the other. It is the authors’ opinion that the listed terms describe the process accurately, either by making reference to a medium through which it is run, or to the physical separation of the actors.³

One distinction may be made with regard to the extent to which the actors interact in a physical setting, if at all. At one end would be hearings conducted entirely virtually (remotely), while on the other end would be those that are conducted physically and the remote technology is used to “fill in the gaps” (hybrid hearings), e.g., for examination of witnesses who would otherwise be unavailable due to medical conditions, travel restrictions or other commitments. It is, of course, possible to envisage other sub-types as well, such as having parts of legal teams appear virtually and parts physically, on one or both sides, or one legal team appearing fully virtually, and the opposing team being present physically.⁴

The overarching definition of virtual, i.e., remote hearing can be found in the recently amended IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration:

“Remote Hearing’ means a hearing conducted, for the entire hearing or parts thereof, or only with respect to certain participants, using teleconference, videoconference or other communication technology by which persons in more than one location simultaneously participate.”⁵

³ Scherer (2020a, 68 et seq.) prefers the notion of “remote hearings” to that of “virtual” because the participants are not virtual and actually do exist, but participate remotely. In our view, the terms “virtual”, “remote” and “online” are interchangeable as each of them refers to a facet of the phenomenon they attempt to describe: “virtual” and “online” to the medium through which they are conducted, and “remote” to the physical separation of the participants.

⁴ Scherer (2020a, 68–72) makes distinction between “fully remote” hearings which have no main venue, and “semi-remote” which have one main venue and several remote venues.

⁵ 2020 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, available at: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b>.

Nonetheless, for the purpose of this paper, the issues discussed will be (unless otherwise indicated) examined with regard to the hearings conducted entirely virtually, i.e., with no party and no witness appearing physically before the tribunal, and the tribunal members, in turn, engaging each from their own location. Not only is this design (at its most “virtual”, or atomized) the one that was used the most during the 2020 lockdowns, but it is also the one against which the robustness of the technology and adherence to standards of due process can best be tested.

3. LEGAL FRAMEWORK FOR THE VIRTUAL HEARINGS

3.1. Legal Framework for the Virtual hearings in Litigation

In-person distribution of justice has been the norm for centuries, if only because until recently there had been no alternative to it. There was no Internet and, when it eventually came into existence, it took some time for it to develop and for adequate hardware and software for the purpose to emerge. Some legislators took note of the technological developments and tried to, more or less gently, nudge court proceedings towards the digital future, but the use of such capacities was relatively sparse and reserved for particular circumstances.⁶ For instance, use of videoconferencing in litigation, even over the objection of the parties, was introduced in Germany as early as 2002 (Bert 2020). However, the initial uptake was mostly reserved to hearing testimony of witnesses who would otherwise not be able to travel and give their testimony in the courtroom. While this may be seen as giving rise to potential cross-border conflicts of sovereignty, given that the fact gathering was conducted online and without seeking permission of the sovereign on the territory of which the witness was located,⁷ it was not until 2020 that the issue of whether the “right to a hearing” also entailed a guarantee that the hearing will be in person (i.e., physical) emerged.

⁶ More information on use of video-conferencing in litigation throughout the world is available at: <https://remotecourts.org/>. See also The Law Library of Congress, Global Legal Research Directorate, *Virtual Civil Trials*, April 2020, LL File No. 2020-018927, available at: <https://www.hsdl.org/?view&did=838061>; Scherer 2020b, 415.

⁷ For Australian case law regarding potential conflict of remote examination of witnesses in China against the restrictions imposed by the Chinese civil procedure on cross-border taking of evidence, see Martinez, Tseng 2020, 9 fn. 54.

As the 2020 lockdowns rolled out, that issue came to the forefront and the initial assumptions and ultimate conclusions differed in the context of court litigation. Some jurisdictions, including Serbia, did not address it head on and instead locked down the courts too.⁸ The Law on Civil Procedure of the Republic of Serbia only provides for, admittedly as an exception, taking of evidence by means of video-conferencing technology.⁹ Similarly, in Italy, physical hearings were viewed as guaranteed, and a special, temporary law decree was considered necessary to allow the use of videoconferencing, with the exception of situations where taking of evidence by witness testimony was required.¹⁰ Likewise, in Austria the right to a physical hearing before the court is at present generally accepted, subject to few exceptions that allow for taking of evidence by means of video-conference technology. However, the challenges to physical hearings imposed by the pandemic prompted the Austrian legislature to enact the provisions in 2020 (with temporary application) that allow for complete remote court proceedings subject to consent of all parties.¹¹ Similarly, the Supreme Court of Switzerland ruled in July 2020 that the COVID-19 pandemic cannot serve as a valid ground for holding an oral litigation hearing by video-conference if one of the parties objects to it.¹² In Vietnam, on the other hand, the provisions of its 2015 Civil Procedure Code regarding organization of hearings are interpreted as being incompatible with anything but physical hearings,¹³ although it is unclear to what extent such position stems from the fact that Vietnam managed to suppress the epidemic remarkably well in 2020 and thus avoided the epidemiological concerns present in other jurisdictions.

In other jurisdictions, the courts look favorably at the use of internet technology for the purposes of conducting litigation. For instance, a majority of the Australian courts concluded that there is nothing unfair in virtual

⁸ The decree on time limits in court proceedings during the state of emergency announced on 15 March 2020, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 38/2020 was in force until 6 May 2020, when the state of emergency was lifted.

⁹ Articles 245 and 277 of the Law on Civil Procedure, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, Nos. 72/2011, 49/2013 – decision of Constitutional Court, 74/2013 – decision of Constitutional Court, 55/2014, 87/2018 and 18/2020.

¹⁰ With reference to consecutive legislative instruments see Elgueta, Mauro 2020, 5–6 fn. 16.

¹¹ See Schwarz, Ortner 2021, 14 et seq.

¹² Bundesgericht, 146 III 194, *C. AG v. A.*, 6 July 2020, available at: <https://cutt.ly/CkEUQFw>.

¹³ See Dundas, Trang, Mai Anh 2020, 3 et seq.

hearings and that they may properly substitute those held physically.¹⁴ In the United States a number of courts interpreted the requirement of “open testimony”, pursuant to Rule 43(a) Federal Rules of Civil Procedure, as one which can also be satisfied by use of modern technology and remote and virtual hearings.¹⁵

Although availability and/or admissibility of virtual hearings in litigation has no direct impact on the availability and/or admissibility of virtual hearings in arbitration, the position of national legislation on this matter has been examined in all reports submitted under the 2020–2021 ICCA project titled “Does a Right to a Physical Hearing Exist in International Arbitration?”, as it may have potential application in arbitration.¹⁶ Namely, the national courts, if seized with the matter of setting aside or recognition and enforcement of the arbitral award, might be influenced by the availability and permissibility of virtual hearings in domestic litigation. This is a concern shared by some of the ICCA rapporteurs.

¹⁴ See Martinez, Tseng (2020, 6–7) which provides reference to conflicting positions of Australian courts on the matter; the majority that held that that virtual hearings can be deployed in lieu of in-person in *Capic v. Ford Motor Company of Australia Limited* (Adjournment) [2020] FCA 486; *ASIC v. GetSwift Limited* [2020] FCA 504; *Wharton on Behalf of the Kooma People v. State of Queensland* [2020] FCA 574; *Auken Animal Husbandry Pty Ltd v. 3RD Solution Investment Pty Ltd* [2020] FCA 1153; *Long Forest Estate Pty Ltd v. Singh* [2020] VSC 604; *Ozamac Pty Ltd v. Jackanic* [2020] VCC 790; *Ascot Vale Self Storage Centre Pty Ltd (In Liquidation) v. Nom de Plume Nominees Pty Ltd* [2020] VSC 242; *McDougall v. Nominal Defendant* [2020] NSWDC 194; *JKC Australia LNG Pty Ltd v. CH2M Hill Companies Ltd* [2020] WASCA 38; *Universal Music Publishing Pty Ltd v. Palmer* [2020] FCA 1472 and the apparent minority of the courts who have concluded that the virtual, remote hearings are unfair *Roberts-Smith v. Fairfax Media Publications Pty Limited* (No 4) [2020] FCA 614; *ASIC v. Wilson* [2020] FCA 873; *Tetley v. Goldmate Group Pty Ltd* [2020] FCA 913 (Bromwich J); *Rooney v. AGL Energy Limited* (No 2) [2020] FCA 942; *Porter v. Mulcahy & Co Accounting Services Pty Ltd* (Ruling) [2020] VSC 430; *Quince v. Quince* [2020] NSWSC 326.

¹⁵ See Hosking, Lahlou, Cardoso 2020, 7 et seq. citing *Gould Elecs. Inc. v. Livingston Cty. Rd. Comm'n*, 2020 WL 3717792, (E.D. Mich. 30 June 2020), and *Argonaut Ins. Co. v. Manetta Enterprises, Inc.*, 2020 WL 3104033 (E.D.N.Y. 11 June 2020).

¹⁶ These questions were formulated in the following manner: “In case the *lex arbitri* does not offer a conclusive answer to the question whether a right to a physical hearing in arbitration exists or can be excluded, does your jurisdiction, either expressly or by inference, provide for a right to a physical hearing in the general rules of civil procedure? If yes, does such right extend to arbitration? To what extent (e.g., does it also bar witness testimony from being given remotely)?” See ICCA Report, available at: <https://www.arbitration-icca.org/right-to-a-physical-hearing-international-arbitration>.

3.2. Legal Framework for the Virtual Hearings in Arbitration

3.2.1. National Laws

While it is true that the arbitration hearings were, until recently, conducted physically as a rule, this was done under a different set of legal norms and considerations applicable to litigation.

First, arbitration proceedings are generally a creature of contract. The basic parameters of the proceedings are based on the agreement of the parties. Contrary to the commonly comprehensive regulation of litigation proceedings, arbitration agreements seldom regulate procedural peculiarities. Instead, they normally reference to arbitration rules agreed upon, which in turn usually employ a broad-brush approach in procedural matters: spelling out some points but generally empowering the arbitration tribunal to conduct proceedings as it sees fit.¹⁷ The tribunal's discretion is, in the same vein, confirmed by arbitration laws.¹⁸

Second, the tribunal's discretion to organize the proceedings as it sees fit is subject to several considerations: the will of the parties, the tribunal's duty to render an enforceable award, and its duty to conduct proceedings in an efficient and cost-effective manner.

Finally, the award may be tested in the setting aside proceedings, as a rule before the courts of the country where the arbitration has its seat, pursuant to national arbitration laws, and potentially in other countries where recognition and enforcement is sought, regularly pursuant to the provisions of the New York Convention.

National arbitration laws usually provide that a party is entitled to request "oral hearing", without specifying whether such "oral hearing" is to be conducted as a physical hearing or not, and do not require that a party's "appearance at a hearing" be carried out physically.¹⁹ 2006 Serbian Arbitration Act²⁰ is based

¹⁷ See Arts. 19, 22(2) 2017 ICC Rules, Art. 14.5 2014 LCIA Rules, Arts. 17(1), 28(2) UNCITRAL Rules, Art. 3(2) BAC Rules, Art. 39(2) PA Rules.

¹⁸ Art. 19(2) UNCITRAL Model Law; Section 34(1) English Arbitration Act; Art. 182(2) Swiss Private International Law Act; Art. 32(3) Serbian Arbitration Act.

¹⁹ See Arts. 24 and 25 of the Model Law; with regard to Australian International Arbitration Act 1974 see Martinez, Tseng 2020, 5–6; with regard to Italian Code of Civil Procedure see Elgueta Mauro 2020, 1; with regard to US Federal Arbitration Act see Hosking, Lahlou, Cardoso 2020, 1.

²⁰ Serbian Arbitration Act, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 46/2006 (hereinafter: SAA)

on the 1985 UNCITRAL Model Law,²¹ and its provisions on the matter are on the same page – it merely allows for the tribunal to meet outside the place of arbitration for purpose of deliberation, hearing of witnesses or experts, or otherwise, thus confirming that the tribunal may determine that a legal place of arbitration and place of the hearing need not coincide. However, this provision does not necessitate that departure from the place of arbitration will necessarily result in a physical hearing.²² The intended purpose of the provision was to mitigate the inconvenience of a particular place of arbitration and give the arbitral tribunal wider freedom to meet in any place considered appropriate (Holtzmann, Neuhaus 1994, 595). Such a purpose does not exclude the arbitrators’ right to order a hearing to be held in a virtual setting.

The fact that a party’s right to an “oral hearing” does not expressly encompass the right to a physical hearing is also confirmed by all (but one) of the national reports submitted under the ICCA project “Does a Right to a Physical Hearing Exist in International Arbitration?” when answering the question “Does the *lex arbitri* of your jurisdiction expressly provide for a right to a physical hearing in arbitration?”²³ Likewise, the question “If not, can a right to a physical hearing in arbitration be inferred or excluded by way of interpretation of other procedural rules of your jurisdiction’s *lex arbitri* (e.g., a rule providing for the arbitration hearings to be ‘oral’; a rule allowing the tribunal to decide the case solely on the documents submitted by the parties)?” was predominantly answered in a fashion that speaks against

²¹ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006, available at: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf

²² Article 34(5) SAA, implementing Article 20(2) Model Law.

²³ A question “Does the *lex arbitri* of your jurisdiction expressly provide for a right to a physical hearing in arbitration?” was answered “NO” by rapporteurs for Argentina, Australia, Austria, the Bahamas, the Kingdom of Bahrain, Bangladesh, Barbados, Belgium, Benin, Bolivia, Brazil, the British Virgin Islands, Bulgaria, Canada, Chile, China, Colombia, Costa Rica, Croatia, the Czech Republic, Denmark, the Dominican Republic, Ecuador, Egypt, England and Wales, Finland, France, Georgia, Germany, Greece, Guatemala, Hong Kong, Hungary, India, Indonesia, Iran, Italy, Jamaica, Japan, Kenya, Lebanon, Lithuania, Mauritius, Mexico, Morocco, the Netherlands, New Zealand, Nigeria, Norway, Pakistan, Peru, Philippines, Poland, Portugal, Qatar, the Russian Federation, Scotland, Singapore, Slovakia, South Africa, South Korea, Spain, Sri Lanka, Sweden, Switzerland, Thailand, Turkey, the United Arab Emirates, Ukraine, Uruguay, USA, Uzbekistan, Venezuela, Vietnam, and Zimbabwe. The report on Tunisia was the only one in which some skepticism has been shown, despite confirmation that the express right to a physical hearing does not exist. All stated reports are available at: <https://www.arbitration-icca.org/right-to-a-physical-hearing-international-arbitration>.

an implied right of a party to a physical hearing.²⁴ Along those lines, the German rapporteurs have straightforwardly stated that “It can be inferred from the laws applicable to arbitration procedure that there is no right to a physical hearing, that a remote hearing is sufficient to comply with the need for an ‘oral argument’, and that a remote hearing can be agreed between the parties or, absent an agreement by the parties to the contrary, ordered by the tribunal subject to minimum procedural safeguards” (Maucher, Meier 2021, 2 et seq.). Similarly, the Austrian rapporteurs state “This question is not finally settled, but the better view, based also on recent case law, is that the existence of a general right to a physical hearing cannot be inferred, and can instead arguably be excluded, by reference to the procedural rules of Austrian law” (Schwarz, Ortner 2021, 4). The Swiss rapporteurs agree that although virtual hearings in litigation against objection of one of the parties are not allowed in Switzerland, the same conclusion cannot be drawn for virtual hearings in arbitration as litigation proceedings are, per se, more rigid than arbitration proceedings and guided by different concerns (Marzolini, Durante 2021, 2 et seq.).²⁵

However, a number of rapporteurs were hesitant to give conclusive answers to this question for their jurisdictions.²⁶ Some opted in favor of an implied right to a physical hearing subject to certain exceptions (the Czech Republic, Ecuador, Sweden) and some confirmed the existence of such a right predominantly based on arbitration practice in the respective jurisdictions (Tunisia, Vietnam, Zimbabwe). For example, the rapporteurs for Zimbabwe state “it is impossible as a practical matter to hold virtual hearings in Zimbabwe at the moment, so the right to an oral hearing established under Article 24(1) of the Model Law is arguably a right to a physical hearing. Pursuant to that Article, it can be inferred that until it is practically feasible to hold virtual hearings in Zimbabwe, a party has a right to a physical hearing,

²⁴ See reports for Argentina, Austria, Bahamas, Bangladesh, Barbados, Belgium, Bolivia, Brazil, the British Virgin Islands Canada, Chile, China, Columbia, Costa Rica, Croatia, Denmark, the Dominican Republic, Egypt, England and Wales, Finland, France, Georgia, Greece, Guatemala, Hungary, India, Indonesia, Iran, Italy, Jamaica, Japan, Kenya, Kingdom of Bahrein, Lebanon, Lithuania, Mauritius, Mexico, Morocco, New Zealand, Nigeria, Pakistan, Peru, Philippines, Poland, Portugal, Qatar, the Russian Federation, Scotland, Slovakia, South Africa, South Korea, Spain, Sri Lanka, Switzerland, Thailand, Turkey, Ukraine, Uruguay, USA, and Uzbekistan, available at: <https://www.arbitration-icca.org/right-to-a-physical-hearing-international-arbitration>.

²⁵ See also Zaugg 2021.

²⁶ See reports for Australia, Bulgaria, Hong Kong, the Netherlands, Norway, Singapore, and Venezuela, available at: <https://www.arbitration-icca.org/right-to-a-physical-hearing-international-arbitration>.

unless the parties have agreed that no hearings shall be held” (Kanokanga, Pasipanodya 2020, 3). This appears to be a conclusion based on the lack of necessary infrastructure, rather than a lack of normative latitude.

3.2.2. Institutional Rules

Prior to the pandemic, only a handful of institutional rules made specific references to use of internet technology in the course of the organization of an arbitration hearing, despite the fact that such practice was recommended in many arbitration reports and soft-law instruments.²⁷ This lack of direct reference did not prevent the arbitrators and the parties to opt for virtual hearings even in the absence of specific reference. Unlike ICSID practice, where virtual hearings and sessions have become almost a norm (60% of the 200 hearings and sessions in 2019, even before the pandemic),²⁸ 64% of the users of commercial arbitration services had never taken part in virtual hearings.²⁹ Nevertheless, the ongoing COVID-19 pandemic served as a catalyst for the acceleration of embracing new ways and year 2020 was not without reason hallowed as “the year of virtual hearings” (Fanou, Nasir Gore 2020).³⁰ This designation stands true, to the best of our knowledge, for arbitration hearings conducted in a virtual fashion in 2020 under the rules of the two arbitral institutions in Serbia: the Belgrade Arbitration Center and the Permanent Court of Arbitration at the Chamber of Commerce of Serbia. In addition, judging by the recent changes of institutional rules of major arbitral institutions worldwide, virtual hearings are here to stay.³¹

²⁷ See Art. 25(4) 2012 Swiss Rules; Art. 14(1) 2014 LCIA Rules; ICC Commission Report, *Information Technology in International Arbitration*, International Chamber of Commerce (ICC) 2017, available at: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/icc-information-technology-in-international-arbitration-icc-arbitration-adr-commission.pdf>; ICC Commission Report, *Controlling Time And Costs In Arbitration*, International Chamber of Commerce (ICC) 2012, available at: <https://www.iccwbo.be/wp-content/uploads/2012/03/20151101-Controlling-Time-and-Costs-Report.pdf>.

²⁸ ICSID, A Brief Guide to Online Hearings at ICSID, 24 March 2020, available at: <https://icsid.worldbank.org/news-and-events/news-releases/brief-guide-online-hearings-icsid>.

²⁹ Accounting for the remaining 36% of respondents: 14% have stated that they rarely took part in virtual hearings, 14% said that they sometimes do, 5% frequently take part in virtual hearings, whereas 3% have stated that they always do. See *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, 34, available at: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>.

³⁰ See also Scherer 2020b, 414–415.

³¹ See section 4 of this paper.

3.2.3. Case Law

The number of court cases deciding the matter of the viability of use of virtual hearings or their compatibility with relevant legal framework of *lex arbitri* appears to still be negligible, as the number of awards that have been made subsequent to holding such hearings is also still limited, and the number of them that ended up before the courts in annulment or recognition proceedings is normally even smaller.

The Austrian Supreme Court (OGH) addressed the matter already in June 2020, although in the context of a challenge of an arbitral tribunal. In this specific case the OGH ruled that a change of a procedural order that results in a switch from a physical hearing to a virtual hearing, despite the objection of one of the parties, does not represent a procedural irregularity that justifies a challenge of an arbitrator (and consequently, also rules out setting aside of an award solely on this bases).³²

The OGH thus appeared to have confirmed the viability of holding an oral hearing by means of video-conference, even where such an express provision is neither provided in *lex arbitri* (Austria is, like Serbia, a UNCITRAL Model Law country) nor in the applicable rules (2018 VIAC Rules) and that the virtual mode of a hearing alone does not violate on its face equal treatment of the parties or their right to be heard. This stance was later also confirmed in US and Egyptian court practices.³³ In the US case, previously scheduled hearings were, due to COVID-19 pandemic, moved to a virtual setting by the tribunal's order against an objection of one of the parties. In dismissing the arguments against virtual arbitration hearing, the US court reasoned as follows:

“The single line of reasoning [the objecting party – Legaspy] offers does not suffice. He says that ‘given the number of witnesses, the amount and nature of the documents, and the need for an interpreter and the complexity of the issues, a Zoom virtual hearing will deprive [Legaspy] of the ability to effectively defend against the claim being made.’ [...] This is the

³² *Obersten Gerichtshof* 18 ONC 3/20s, 23 July 2020, available at: <https://cutt.ly/wkm98VO>. See Scherer *et al.* 2020.

³³ *Carlos Legaspy v. Financial Industry Regulatory Authority, Inc.*, US District Court for the Northern District of Illinois Eastern Division, Case No. 20 C 4700, 12 August 2020, available at: <https://cutt.ly/gkRN4In>; Court of Cassation, 27 October 2020, translation available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/wp-content/uploads/sites/48/2020/12/Informal-English-Translation-of-the-Egyptian-Court-of-Cassation-Judgment-of-27-October-2020.pdf>.

only support for his oft-repeated line that he cannot present an effective defense over Zoom. [...] Legaspy—who bears the burden of persuasion—cites no evidence that defenses cannot be presented remotely. He thus pits his conjecture against this court’s experience holding several remote evidentiary hearings since the pandemic began (once with an interpreter), all of which permitted the parties to air their claims and defenses fully. Remote hearings are admittedly clunkier than in-person hearings but in no way prevent parties from presenting claims or defenses. Moreover, the court sees no reason why the Claimants would fare better than the Respondent in a remote hearing. The Claimants will have the burden of proof in the arbitration; if anything, the logistical challenges of a remote hearing is more likely to harm them. Legaspy has established, at most, that he would prefer not to arbitrate remotely, not that remote proceedings make it more likely that he will suffer any harms.”³⁴

The Egyptian decision on (refusing) to set aside an award did not directly deal with the issue of virtual hearings, as this was not an issue raised by the claimant. Nevertheless, the Court stated in *obiter dictum* that “virtual hearings” are increasingly used in arbitrations across the globe, prompting the conclusion that such *obiter* is a “a coded message that virtual hearings are consistent with Egyptian law, which does not include any express prohibition of virtual hearings” (Abdel Wahab 2020) to be taken into account in potential future challenges of arbitral awards solely on this basis.

3.3. Limits of Party Autonomy and Virtual Hearings

3.3.1. Parties’ Agreement to Have or Not to Have a Virtual Hearing

Given that the arbitration procedure is, first and foremost, to be shaped by the parties’ agreement, the decision on whether to organize a virtual hearing or not may depend on the content of the arbitration agreement and the subsequent agreement of the parties.

³⁴ *Carlos Legaspy v. Financial Industry Regulatory Authority, Inc.*, US District Court for the Northern District of Illinois Eastern Division, Case No. 20 C 4700, 12 August 2020, available at: <https://cutt.ly/gkRN4In>.

Just like national laws and institutional rules, arbitration agreements have so far seldom dealt with the issue of whether hearings are to be conducted physically or online, as the physical hearing was a *de facto* standard. Modern technology was mostly utilized on a need-to-do or convenience basis, for the case management conferences or occasional examination of a witness who would otherwise be unable to appear before a tribunal. According to some estimates, the number of fully virtual hearings increased tenfold in the second half of 2020 over the comparable previous period (Born, Day, Virjee 2020, 140).³⁵ It remains to be seen whether this shift is temporary or permanent. While it is reasonable to expect that the current pandemic will subside in the near future, the timeline is anything but certain and will depend on the success of the vaccination efforts, (non)emergence of the new, vaccine-resistant strains, duration of immunity acquired, and the way in which any recurrence of the current pandemic or a new pandemic will be handled. In the meantime, epidemiological considerations will remain not only one of the important reasons for embracing virtual hearings, but also a potential disrupting factor for the organization of in-person physical hearings.

With regard to future arbitration agreements, 2020 had put everyone on notice, and the parties that are averse to virtual arbitration hearings can be expected to channel such aversity in writing when agreeing to arbitration. This is particularly true nowadays, in light of recent changes of the arbitration rules of major arbitral institutions worldwide, which have included an express provision that gives the tribunal the right to order a virtual hearing – a right that nonetheless appears to have been considered covered by inherent powers of the tribunal.

As for the legacy arbitration agreements (i.e., those concluded prior to the pandemic), they can preclude online hearings if they expressly exclude them (which, it appears, has not been the practice), or exclude them implicitly. In the authors' view, indications of implied exclusion would have to be conclusive. For instance, fixing the physical location of the hearing in an arbitration agreement should not in itself be indicative of excluding conducting certain elements of the hearing online or holding a semi-virtual (semi-remote) hearing where there is one main venue and one or more remote venues. Agreeing on the place of the hearing in the arbitration agreement is usually a matter of logistical convenience and not of legal significance, unlike fixing

³⁵ For instance, the authors provide details of an empirical survey that indicates that the prevalence of fully remote hearings in the second quarter of 2020 was ten times greater than “at any time previously” when the results are annualized (Born, Day, Virjee 2020, 140, Figure 7.1.).

the place of arbitration. Consequently, interpretation of such stipulations on the venue of the hearing will have to take into account the purpose for which it was fixed and, in light of that, deduce whether overriding matters of logistical convenience (or logistical impossibility) allow for the organization of a virtual hearing.

In cases where the parties subsequently agree to a virtual hearing, either at their own initiative or upon suggestion of the tribunal, such agreement may be accompanied by waivers of future possibilities to challenge. Such waivers are of little practical importance as the decision to organize a virtual hearing is not in itself a violation of due process and, at the same time, the waiver is unlikely to cover violations of due process that might later happen at the hearing (Stein 2020, 168–171).

An interesting potential problem might arise where the arbitration agreement is silent on the issue of the way in which a hearing should be conducted, but the parties subsequently agree that it should be organized virtually, contrary to the wishes of the tribunal. Such a situation might arise if the tribunal holds a particularly strong opinion on the benefits of physical hearing and/or drawbacks of the virtual one, or is not comfortable or familiar with the features of the virtual hearings. Generally, a tribunal is free to conduct the proceedings as it sees fit, as long as it conducts them efficiently, treats the parties even-handedly, and allows them reasonable opportunity to present their case, in accordance with the mandatory rules of the place of arbitration. However, tribunal is expected to follow the parties' procedural wishes and stipulations, as expressed in the initial or subsequently amended arbitration agreement. Should it fail to convince the parties to reconsider their choice and remains in disagreement, the tribunal should either follow the parties' stipulation, or resign and allow the parties to select a new tribunal, as otherwise the ensuing arbitral award would be susceptible to setting aside or denial of recognition for reasons of not complying with the arbitration agreement.³⁶

3.3.2. Ordering a Virtual Hearing Over Objection of One Party

Occasionally one of the parties will be opposed to a virtual hearing and insist on having it organized physically, in-person. However, extensive review of national arbitration laws and well-known arbitration rules (both by the authors and by others) could not identify provision(s) that limit a tribunal's

³⁶ See Art. V.1.d of the New York Convention and Art. 34(2)(a)(iv) and 36(1)(a)(iv) Model Law. See also Arts. 58(1)(4) and 66(1)(4) of SAA.

discretion to order a virtual hearing even if one of the parties objected to it. The same conclusion appears to have been reached by the Austrian Supreme Court in 2020 in the context of the Austrian law (based on UNCITRAL Model Law) and the VIAC Rules,³⁷ and in the US court practice.³⁸

As long as both parties are given an equal opportunity to be heard and their right to be heard is not jeopardized, a virtual or physical form of the hearing should not make a significant difference in itself. Rather, the way in which a particular hearing is conducted – be it virtual or physical, in-person – would be determinative of whether the due process considerations have been observed. This is not to say that virtual hearings do not present additional considerations that need to be observed and resolved in order to preserve the parties’ procedural rights. This would, *inter alia*, include ensuring that the parties have “reasonable access to the necessary technology, have had adequate time to prepare for the virtual hearing, and face similar restrictions in their and/or their counsel’s respective jurisdictions. Parties may also consider having a neutral third-party in the same room as a witness or the use of a camera with a 360-degree view, to mitigate against possible allegations of witness-coaching during a virtual cross-examination” (Mak 2020).

On the other hand, it could be argued that not ordering virtual hearings in circumstances where physical hearings are impossible to organize, either for an unforeseeable period of time or for an unreasonably long period of time, may actually be in violation of parties’ right to be heard. This stems from the tribunal’s obligation to conduct the arbitration efficiently and provide parties with final resolution of their dispute in reasonable time³⁹ as “justice delayed is [indeed] justice denied”. Some courts have already reached similar conclusions in cases where parties objected to the tribunal denying their requests for postponing arbitral (physical) hearings, finding that denying postponement of a (physical) hearing is not a violation of due

³⁷ *Obersten Gerichtshof*, 18 ONc 3/20s, 23 July 2020, available at: <https://cutt.ly/wkm98VO>.

³⁸ *Carlos Legaspy v. Financial Industry Regulatory Authority, Inc.*, US District Court for The Northern District of Illinois Eastern Division, Case No. 20 C 4700, 12 August 2020, available at: <https://cutt.ly/gkRN4In>.

³⁹ See Article 14.4 of the LCIA Rules (2014) and Article 14.1. of the LCIA Rules (2020); Rule 19.3 of the SIAC Rules (2016); (iii) Article 22 of the ICC Rules (2017 and 2021).

process where such postponement would lead to significant delays.⁴⁰ The same rationale should apply when the postponement leading to a significant delay is denied in favor of a virtual hearing.

Last but not least, the parties' reliance on alleged procedural detriment stemming from conducting hearing virtually, should not be sufficient to undermine enforceability of the ensuing arbitration award. This is because the party challenging the award bears the burden to prove that its right to be heard has been fundamentally breached (Lew, Mistelis, Kröll 2003, 675),⁴¹ i.e., that such an occurrence has resulted in a different award than it otherwise would (so-called causality requirement) (Borris, Hennecke 2012, 286 et seq.; Scherer 2012, 327–328; Jana, Armer, Kranenberg 2010, 252–253; Nacimiento 2010, 298–299).⁴²

This view is shared throughout the national reports submitted to the ICCA project. For example, the Argentinean rapporteur stated that “[t]he party requesting that the award should not be enforced has to conclusively prove how the lack of a physical hearing has actually affected its right to due process by preventing it from presenting its case and that such failure is material to the outcome of the case” (Campolieti 2020, 11). Likewise, the Austrian rapporteurs conclude that “only rarely will a party be able to resist recognition and enforcement of an award pursuant to Article V NYC because a tribunal decided to hold a remote hearing rather than a physical hearing – even if holding a physical hearing was requested by one party or agreed by both parties. Rather, only if this decision of the tribunal actually led to a violation of fundamental procedural principles, particularly the right to be heard and to fair and equal treatment, would Austrian courts deny recognition and enforcement of a foreign award on that basis” (Schwarz, Ortner 2021, 28). The German rapporteurs similarly state “the right to be heard does not

⁴⁰ *Sungard Energy Sys. v. Gas Transmission N.W. Corp.*, 551 F. Supp. 2d 608 (S.D.Tex. 2008); *C.T. Shipping, Ltd. v. DMI (U.S.A.) Ltd.*, 774 F. Supp. 146 (S.D.N.Y. 1991).

⁴¹ *Ymca v. Comune Bardonecchia*, Court of Cassation, First Section, 08/01/2014, n. 131, *High Court of Catalonia* 56/2013, 7 October 2013; *Johnson v. Directory Assistants Inc.*, 797 F.3d 1294 (11th Cir. 2015); *Sandra Regina Mujol da Cruz Restaurante ME. v. Munique Empreendimentos e Participações Sociedade Ltda et al.*, Paraná Court of Appeals, District of Curitiba, 8 June 2016, Agravo de Instrumento No. 1.486.395–1, the Court Gazette 24 June 2016; *Hugo Görner, Glas- und Kunststoffwarenfabrik v. Büchel Industriebeteiligungen GmbH*, Beijing No. 4 Intermediary People's Court, 30 November 2015, Te Zi No. 118; *A AS v. B. SAL*, Swiss Federal Tribunal, First Civil Law Court, 17 August 2015, No. 4A_54/2015, para. 4. 2; *KB v. S & ors* [2016] 2 HKC 325, Hong Kong Court of First Instance (15 September 2015).

⁴² See also UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration, available at: <https://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf>, 139–140, 174, 175.

equate to a right to a physical hearing per se. What is more important is the question of whether or not each party has been given a chance to participate in the proceedings and to present its facts, evidence and legal arguments. In short, the right to be heard as understood in German law is focused on the opportunity for a party to participate in the proceedings by submitting its own views and commenting on all possibly relevant issues. [...A]ny violation of the right to be heard in Art. V(1)(b) of the New York Convention must have had at least a(n) (possible) impact on the outcome of the arbitration proceedings to the detriment of the party arguing against recognition and enforcement. Thus, a party invoking a ground for refusal must state what legal argument and/or evidence it was deprived from presenting and prove how this would have impacted the arbitral tribunal's decision" (Maucher, Meier 2021, 16). These lines of reasoning are followed in other published reports as well.

4. RECENT CHANGES IN LEGAL FRAMEWORK FOR VIRTUAL ARBITRATION HEARINGS

Despite the disruptions of 2020, the world of international commercial arbitration has managed to press ahead and continue with the resolution of disputes. Not unexpectedly, novel challenges provided impetus for reform of the arbitration legal framework and the arbitral practice in order to strengthen one of its advantages over litigation – flexibility.⁴³ Consequently, the number of arbitration proceedings is expected to increase in the post-COVID-19 world (Schroeder 2020, 41).

Two of the most popular providers of arbitration services – the International Court of Arbitration (ICC) and the London Court of International Arbitration (LCIA) – have used the year 2020 to complete their work on changes to their arbitration rules.⁴⁴ These efforts were followed by the

⁴³ International surveys demonstrate that in the eyes of users of arbitration services flexibility of arbitral proceedings is recognized as one of the three most important advantages of arbitration in comparison to litigation. See *International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, available at [http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF).

⁴⁴ The new rules of LCIA entered into force on 1 October 2020, available at: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx. The new ICC rules entered into force on 1 January 2021, available at: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>.

Swiss Arbitration Center (formerly known as SCAI) and the Vienna International Arbitration Center (VIAC), which have both issued new sets of rules in 2021.⁴⁵ In all instances the reasons for change were an increase of flexibility, efficiency and transparency of arbitral procedure, as well as the need to codify the best international arbitration practices and meet the demands of modern, technology-friendly conduct of business and dispute resolution procedure. Similarly, in all instances an express provision on the conduct of virtual hearings has been included in the rules.

Article 19(2) of the 2020 LCIA Rules states:

“[the] Arbitral Tribunal shall organize the conduct of any hearing in advance, in consultation with the parties. The Arbitral Tribunal shall have the fullest authority under the Arbitration Agreement to establish the conduct of a hearing, including its date, duration, form, content, procedure, time-limits and geographical place (if applicable). As to form, a hearing may take place in person, or virtually by conference call, videoconference or using other communications technology with participants in one or more geographical places (or in a combined form). As to content, the Arbitral Tribunal may require the parties to address specific questions or issues arising from the parties’ dispute. The Arbitral Tribunal may also limit the extent to which questions or issues are to be addressed.”

Article 26(1) of the 2021 ICC Rules provides that:

“[a] hearing shall be held if any of the parties so requests or, failing such a request, if the arbitral tribunal on its own motion decides to hear the parties. When a hearing is to be held, the arbitral tribunal, giving reasonable notice, shall summon the parties to appear before it on the day and at the place fixed by it. The arbitral tribunal may decide, after consulting the parties, and on the basis of the relevant facts and circumstances of the case, that any hearing will be conducted by physical attendance or remotely by videoconference, telephone or other appropriate means of communication.”

⁴⁵ The new Swiss Rules of International Arbitration are applicable as of 1 June 2021, available at: <https://www.swissarbitration.org/centre/arbitration/arbitration-rules/>. A new version of the VIAC Rules of Arbitration and Mediation entered into force on 1 July 2021, available at: <https://www.viac.eu/en/arbitration/rules-for-arbitration-and-mediation>.

Article 27(2) of the 2021 Swiss Rules now specifies that:

“[any] hearings may be held in person or remotely by videoconference or other appropriate means, as decided by the arbitral tribunal after consulting with the parties.”

Article 30(1) of the 2021 Vienna Rules provides that:

“[unless] the parties have agreed otherwise, the arbitral tribunal shall decide whether the proceedings should be conducted orally or in writing. If the parties have not excluded an oral hearing, upon any party’s request the arbitral tribunal shall hold such a hearing at an appropriate stage of the proceedings. Having due regard to the views of the parties and the specific circumstances of the case, the arbitral tribunal may decide to hold an oral hearing in person or by other means. The parties shall in any case have the opportunity to acknowledge and comment on the requests and pleadings of the other parties and on the result of the evidentiary proceedings.”

In addition, the amended version of the IBA Rules on Taking of Evidence also now incorporates provisions on remote hearings.⁴⁶

It would be incorrect to view the changes as an indication that the virtual hearings were not a possibility under prior versions of the rules. It is not uncommon for a legislator or another rule-enactor to supplement a general, flexible rule with another that contains a greater degree of specificity, in order to lower the cost of the application of the rule by removing arguments about its interpretation, both during the proceedings and in the process of review before national courts. As previously observed, theory and practice are on the same page with regard to the interpretation of the pre-COVID-19 rules on the issue of virtual hearings and the amendments of the institutional rules, thus only explicitly spelling out possibilities that were there to begin with.

5. CIRCUMSTANCES TO CONSIDER WHEN DECIDING ON THE FORMAT OF AN ORAL ARBITRATION HEARING

Despite the fact that virtual hearings are most likely here to stay, one should not jump to the conclusion that the need for physical hearings no longer exists. After all, the year 2021 has demonstrated that depending on

⁴⁶ Art. 8(2) of the 2020 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, available at: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b>.

the success of vaccination efforts, and subject to strict health measures, the share of in-person physical hearings is gradually on the rise, both in Serbia and worldwide.⁴⁷

Thus, when deciding on holding an evidentiary hearing by remote means of communication rather than by physical attendance, a tribunal is well advised to make careful consideration of all relevant circumstances.⁴⁸ The ICC note suggests that such circumstances include the nature of the hearing, the possible existence of travel constraints, the planned duration of the hearing, the number of participants and the number of witnesses and experts to be examined, the size and complexity of the case, the need for the parties to properly prepare for the hearing, the costs and the gains of efficiency that may be expected by resorting to virtual means of communication, and whether rescheduling the hearing would entail unwarranted or excessive delays.⁴⁹

ICC Note further stipulates that:

“101. Any virtual hearing requires a consultation between the arbitral tribunal and the parties with the aim of implementing measures – often called a cyber-protocol – that are needed in order to comply with any applicable data privacy regulations. Such measures should also deal with the privacy of the hearing and the protection of the confidentiality of electronic communications within the arbitration proceeding and any electronic document platform.

102. In preparation for a virtual hearing, and in order to ensure that parties are treated with equality and that each party is given a full opportunity to present its case, the arbitral tribunal should consider:

- Different time zones in fixing the hearing dates, start and finish times, breaks and length of each hearing day;

⁴⁷ During the course of 2021 the authors of this paper have already took part in several arbitration hearings, both in Serbia and abroad, which were held in a physical setting.

⁴⁸ See also Nikolić 2021, 241–242.

⁴⁹ See e.g. Note To Parties And Arbitral Tribunals On The Conduct Of The Arbitration Under The ICC Rules Of Arbitration, 1 January 2021, para. 99, available at: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/12/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration-english-2021.pdf>

- Logistics of the location of participants, including, but not limited to, the total number of participants, the number of remote locations, the extent to which any participants will be in the same physical venue, the extent to which members of the arbitral tribunal may be in the same physical venue as one another and/or any other participants, and the availability and control of break out rooms;
- Use of real-time transcript or another form of recording;
- Use of interpreters, including whether simultaneous or consecutive;
- Procedures for verifying the presence of and identifying all participants, including any technical administrator;
- Procedures for the taking of evidence from fact witnesses and experts to ensure that the integrity of any oral testimonial evidence is preserved;
- Use of demonstratives, including through shared screen views; and
- Use of an electronic hearing bundle hosted on a shared document platform that ensures access by all participants.”⁵⁰

While most of the above points boil down to practical problem-solving and choosing appropriate technical solutions, the participation of actors from different time zones represents a constraint that, in extreme circumstances, can be mitigated only partly and might reduce the number of hours per day to be spent on the hearing. This, in turn, might require more calendar days to complete a virtual hearing than would otherwise be necessary for a physical in-person hearing. On the other hand, virtual hearings dispense with the need to spend time on travel and might thus offset some of the issues related to the extreme difference in time zones.

The issue of different time zones and its effect to arbitration proceedings was also considered in the 2020 OGH decision. In the arbitral proceedings that were an issue in this case the respondents were represented by counsel

⁵⁰ Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration Under the ICC Rules of Arbitration, 1 January 2021, paras. 101–102; ICC Checklist for a Protocol on Virtual Hearings and Suggested Clauses for Cyber-Protocols and Procedural Orders Dealing with the Organisation of Virtual Hearings, available at: <https://iccwbo.org/publication/icc-checklist-for-a-protocol-on-virtual-hearings-and-suggested-clauses-for-cyber-protocols-and-procedural-orders-dealing-with-the-organisation-of-virtual-hearings/>.

from Los Angeles, whereas the place of arbitration was Vienna, and virtual hearings were set to start at 3 p.m. Vienna time. The respondents felt prejudiced by such timing as this would mean that their hearing would start at 6 a.m. Los Angeles local time, whereas for claimant the proceedings would be in their local time zone. However, the OGH held that by concluding an arbitration agreement providing for arbitration institution based in Vienna, the respondents had, in principle, accepted the disadvantages resulting from the geographical distance of their place of business, including substantial travel and time differences. In addition, the court took the view that starting a hearing at 6:00 a.m. local time was less burdensome than having to travel from Los Angeles to Vienna for an in-person hearing.⁵¹

In the same fashion OGH dismissed the respondents' objections to the potential misuse of videoconferencing technology during witness examination. As a preliminary matter, the OGH found that the risk of witness tampering also existed in in-person hearings and that remote hearings allow for measures to control witness tampering that "partly go beyond these available at a conventional hearing" (e.g., the witness is seen up close on the screen, 360 degrees cameras can be used, evidence is recorded both in both audio and video format, etc.).⁵²

In conclusion, the current advanced level of technology creates environments where switching to a virtual hearing does not in itself give rise to valid objections on the basis of due process. At the same time, virtual hearings are not panacea. While it is true that any shoe is better than none, wearing the same pair for the entire year and for all occasions is not advisable. There will often (or very often) be occasions where in-person hearing will remain a more efficient solution and when the extra expense of gathering physically at one location will remain a superior course of action.

6. CONCLUSION

Deciding on whether to embrace new technology usually begets only one question "Does it work?" (i.e., whether it solves a problem or serves a purpose without creating problems that a previous solution did not have or had but to a lesser extent). However, when a technology serves as an alternative to something that was a given since the very first legal procedure

⁵¹ *Obersten Gerichtshof*, 18 ONc 3/20s, 23 July 2020, available at: <https://cutt.ly/wkm98VO>.

⁵² *Ibid.*

ever, questions have to be asked. With regard to a virtual hearing, the main questions are whether it is somehow prohibited by law and whether it is capable of providing the parties with the opportunity to present their case.

As for the first question, both in Serbian law and in other jurisdictions, there are no prohibitions either in statutes or in applicable rules to organizing hearings virtually. Unlike the court proceedings, where such constraints are sometimes identified or perceived, arbitration proceedings rest on two main pillars: party autonomy and the tribunal's mandate to conduct arbitration efficiently and in a manner it sees fit. Unless the parties specify otherwise, the tribunal can thus order a hearing to take place virtually. This will often be justified. Where the required technology is available to the parties, it will provide a platform on which they will be able to present their case in a manner guaranteed by the law. Whether they will be actually afforded that opportunity will normally have little to do with the technology and almost everything to do with how the procedural steps are handled by the tribunal.

Virtual hearings are already allowed by the latitude given in the arbitration statutes and rules. They have been further encouraged by recent amendments to some of the most prominent institutional rules. While they are certainly not an answer to every problem or a cure for every obstacle, they are expected to become a regular feature of the arbitration practice.

REFERENCES

- [1] Abdel Wahab, Mohamed S. 2020. The Egyptian Court of Cassation Sets Standards and Affirms Arbitration-Friendly Principles and Trends in a Ground-Breaking Judgment. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/12/22/the-egyptian-court-of-cassation-sets-standards-and-affirms-arbitration-friendly-principles-and-trends-in-a-ground-breaking-judgment/> (last visited 27 July, 2021).
- [2] Bert, Peter. 2020. Remote Courts in Germany. <http://www.disputeresolutiongermany.com/2020/05/remote-courts-in-germany/> (last visited 27 July, 2021).
- [3] Born, Gary B., Anneliese Day, Hafez Virjee. 2020. Chapter 7: Empirical Study of Experiences with Remote Hearings: A Survey of Users' Views. *International Arbitration and the COVID-19 Revolution*, edited by Maxi Scherer, Niuscha Bassiri, and Mohamed S. Abdel Wahab. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

- [4] Borris, Christian, Rudolf Hennecke. 2012. Article V. *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – Commentary*, edited by Reinmar Wolff. Munich: CH Beck-Hart-Nomos.
- [5] Campolieti, Federico. 2020. Does a Right to a Physical Hearing Exist in International Arbitration? Report for Argentina. https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/Argentina-Right-to-a-Physical-Hearing-Report.pdf (last visited 27 July, 2021).
- [6] Dundas, Hew R., Nguyễn Thị Thu Trang, Nguyễn Thị Mai Anh. 2020. Does a Right to a Physical Hearing Exist in International Arbitration? Report for Vietnam. https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/Vietnam-Right-to-a-Physical-Hearing-Report-0.pdf (last visited 27 July, 2021).
- [7] Elgueta, Giacomo Rojas, Benedetta Mauro. 2020. Does a Right to a Physical Hearing Exist in International Arbitration Report for Italy. https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/Italy-Right-to-a-Physical-Hearing-Report_1.pdf (last visited 27 July, 2021).
- [8] Fanou, Maria, Kiran Nasir Gore. 2021. 2020 in Review: The Year of Virtual Hearings. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/02/02/2020-in-review-the-year-of-virtual-hearings/> (last visited 27 July, 2021).
- [9] Holtzmann, Howard, Joseph Neuhaus. 1994. *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*. Deventer – Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers.
- [10] Hosking, James, Yasmine Lahlou, Marcel Engholm Cardoso. Does a Right to a Physical Hearing Exist in International Arbitration? Report for the United States. https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/USA-Right-to-a-Physical-Hearing-Report.PDF (last visited 27 July, 2021).
- [11] Jana, Andrés, Angie Armer, Johanna Klein Kranenberg. 2010. Article V(1)(b). *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – A Global Commentary on the New York Convention*, edited by Herbert Kronke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto, and Nicola Christine Port. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- [12] Kanokanga, Davison, Tafadzwa Pasipanodya. 2020. Does a Right to a Physical Hearing Exist in International Arbitration? Report for Zimbabwe. https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/Zimbabwe-Right-to-a-Physical-Hearing-Report.pdf (last visited 27 July, 2021).

- [13] Lew, Julian, Loukas Mistelis, Stefan Kröll. 2003. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International.
- [14] Mak, Yvonne. 2020. Do Virtual Hearings Without Parties' Agreement Contravene Due Process? The View from Singapore. (last visited 27 July 2021).
- [15] Martinez, Lucy, Jay Tseng. 2020. Does a Right to a Physical Hearing Exist in International Arbitration? Report for Australia. https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/Australia-Right-to-a-Physical-Hearing-Report.pdf (last visited 27 July, 2021).
- [16] Marzolini, Paolo, Daniel Durante. 2021. Does a Right to a Physical Hearing Exist in International Arbitration. Report for Switzerland. https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/Switzerland-Right-To-A-Physical-Hearing-Report.pdf (last visited 27 July, 2021).
- [17] Maucher, Barbara, Anke Meier. 2021. Does a Right to a Physical Hearing Exist in International Arbitration? Report for Germany. https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/Germany-Right-To-A-Physical-Hearing-Report.pdf (last visited 27 July, 2021).
- [18] Nacimiento, Patricia. 2010. Article V(1)(d). *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – A Global Commentary on the New York Convention*, edited by Herbert Kronke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto, and Nicola Christine Port. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- [19] Nikolić, Andrea. 2021. Virtual hearings in international arbitration. Armageddon or new normal? *Arbitraje Y Nuevas Tecnologías*, edited by Jhoel Chipana Catalán and Mauricio Duarte Lau. Lima: Thémis.
- [20] Scherer, Maxi, Franz Schwarz, Helmut Ortner, J. Ole Jensen. 2020. In a 'First' Worldwide, Austrian Supreme Court Confirms Arbitral Tribunal's Power to Hold Remote Hearings Over One Party's Objection and Rejects Due Process Concerns. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/10/24/in-a-first-worldwide-austrian-supreme-court-confirms-arbitral-tribunals-power-to-hold-remote-hearings-over-one-partys-objection-and-rejects-due-process-concerns/> (last visited 27 July, 2021).
- [21] Scherer, Maxi. 2012. Article V. *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – Commentary*, edited by Reinmar Wolff. Munich: CH Beck-Hart-Nomos.

- [22] Scherer, Maxi, 2020a. Chapter 4: The Legal Framework of Remote Hearings. *International Arbitration and the COVID-19 Revolution*, edited by Maxi Scherer, Niuscha Bassiri, and Mohamed S. Abdel Wahab. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law.
- [23] Scherer, Maxi. 2020b. Remote Hearings in International Arbitration: An analytical Framework. *Journal of International Arbitration*, Volume 37, Issue 4.
- [24] Schroeder, Catherine. 2020. COVID-19: What Impact on Arbitrators? *ICC Dispute Resolution Bulletin* No. 3.
- [25] Schwarz, Franz, Helmut Ortner. 2021. Does a Right to a Physical Hearing Exist in International Arbitration? Report for Austria. https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/Austria-Right-To-A-Physical-Hearing-Report.pdf (last visited 27 July, 2021).
- [26] Shaughnessy, Patricia. 2020. Initiating and Administering Arbitration Remotely. *International Arbitration and the COVID-19 Revolution*, edited by Maxi Scherer, Niuscha Bassiri, and Mohamed S. Abdel Wahab. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law.
- [27] Stein, Erica. 2020. Chapter 9: Challenges to Remote Arbitration Awards in Setting Aside and Enforcement Proceedings. *International Arbitration and the COVID-19 Revolution*, edited by Maxi Scherer, Niuscha Bassiri, and Mohamed S. Abdel Wahab. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law.
- [28] The Law Library of Congress. Global Legal Research Directorate. 2020. Virtual Civil Trials: LL File No. 2020-018927. <https://www.hsdl.org/?view&did=838061> (last visited 27 July, 2021).
- [29] Wilske, Stephan. 2020. The Impact of COVID-19 on International Arbitration – Hiccup or Turning Point? *Contemporary Asia Arbitration Journal* 13(1).
- [30] Zaugg, Niklaus. 2021. Imposing Virtual Arbitration Hearings in Times of COVID-19: The Swiss Perspective. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/01/14/imposing-virtual-arbitration-hearings-in-times-of-covid-19-the-swiss-perspective/> (last visited 27 July, 2021).

Article history:

Received: 31. 7. 2021.

Accepted: 30. 8. 2021.

Dr Marko SIMENDIĆ*

**PROTAGORA I KALIKLE: POLITIČKI PREOBRAŽAJ POLISA I
DVA SOFISTIČKA ODJEKA
U PLATONOVIM DELIMA****

Poredeći Protagorinu i Kaliklovu argumentaciju iz Platonovih spisa Protogora i Gorgija, nastojim da prikažem dva sofistička odgovora na neka pitanja koja su postavile društvene prilike u Atini V veka pre nove ere. Stavovi dvojice mislilaca sazđani su od podudarnih gradivnih elemenata: 1) posmatranja čoveka kao bića vođenog težnjom ka zadovoljstvu i željom da izbegne bol; 2) konceptualnog razdvajanja prirode od zakona; 3) moralnog suda koji svoje uporišne kriterijume pronalazi u prirodi; 4) zahteva da se zakon upodobi prirodnim merilima pravde i ispravnog života. Ključno mesto razlikovanja može se pronaći u Protagorinom mitu, na mestu na kojem on upućuje na razlike između prirodnih merila koja pripisujemo samo ljudima i onih koja povezujemo sa ostatkom prirodnog sveta. Ta razlika čini ishode sasvim drugačijim: Protagorin demokratski čovek koji nastoji da utiče na ishode kolektivnog političkog odlučivanja u egalitarnoj zajednici suprotstavljen je Kaliklovom aristokrati koji (treba da) vlada nad slabijima od sebe.

Ključne reči: *Protagora. – Kalikle. – Demokratija. – Zakon. – Priroda.*

* Vanredni profesor, Fakultet političkih nauka Univerziteta u Beogradu, Srbija, marko.simendic@fjn.bg.ac.rs.

** Dugujem zahvalnost recenzentima na veoma korisnim sugestijama.

1. UVOD

Zahtev za pravdom i pravičnim suđenjem bio je jedan od osnovnih pokretača društvene i političke dinamike u polisima stare Grčke. U Atini su koraci ka nepristrasnosti sudova i jednakosti pred zakonom bili ujedno i koraci ka demokratiji. Drevni ustav, kojim su privilegovani slojevi lako mogli da manipulišu, postepeno je dobijao ograničenja. Drakonovim reformama nepisana pravila postaju pisani zakoni, što sužava arbitrarnost pri suđenju.¹ Važnu promenu donosi i njegov zakon o ubistvu, po kome porota koju su činili članovi Areopaga odlučuje o krivici. Sudski proces je zamenio dotadašnju praksu da porodica i prijatelji nastradalog uzimaju pravdu u svoje ruke. Solonovim i Klistenovim reformama postepeno se proširuje pravo na učestvovanje u političkom životu sa uskog aristokratskog kruga na sve one koji mogu da dostignu određeni cenz. Vremenom se taj opseg širi. Atinsko uređenje dobija demokratski karakter, jača narodna skupština i slabi aristokratski Areopag. Razvoj Atine od VII do V veka pre nove ere, od aristokratskog do demokratskog uređenja, porodio je čitav niz mehanizama ograničenja vlasti i zaštite javnog dobra od samovolje pojedinaca i grupa: pisane zakone, suđenje pred javnim ustanovama umesto krvne osvete, jednakost pred zakonom (*isonomia*), razlikovanje sudske od zakonodavne vlasti, biranje dužnosnikā lutrijom, ostrakizam, ideju da zakonodavac ne treba da upravlja, zamisao da polisom treba da upravljaju brojna tela, a ne pojedinci, te da pojedinci treba da imaju ograničen mandat i da snose posledice za nesavesno obavljanje javne službe.² Ipak, uprkos brojnim slojevima institucionalnih promena, ostao je otvoren vaninstitucionalni prostor za tumačenje pravde. Još uvek je bilo zastupljeno drevno viđenje pravde prema kome treba pomagati prijateljima i škoditi neprijateljima, a neskrivena „privatna“ neprijateljstva su i dalje obeležavala atinsku svakodnevicu.³ Zainteresovanost za pravdu i sklonost ka sukobljavanju sa

¹ Želja Atinjana da se zaštite od krivotvorenja zakona bila je toliko snažna da je za lažno navođenje zakonskih odredbi bila predviđena smrtna kazna (Philips 2008, 58).

² Sadržajan pregled razvoja atinskih pravnih i političkih ustanova nudi Edvard Heris (Harris 2006).

³ Meri Blandel (Blundell 1989, 1–59) u početnim poglavljima svoje knjige analizira veliki broj raznovrsnih izvora u kojima se može pronaći to viđenje pravde. Jedno od najpoznatijih takvih mesta je prva knjiga Platonove (2002, 334b-c) *Države*. Dejvid Filips „privatna“ neprijateljstva (*echthra*) razlikuje od neprijateljstava u ratu i navodi da su ona imala različite načine ispoljavanja, „vređanje, parničenje, fizičko nasilje uključujući i ubistvo“ (Philips 2008, 15–16).

protivnicima, aspekti su atinskog društvenog života koji svoj prostor neće dobiti samo u demokratskim ustanovama već će osnažiti i polje njihove spoljne (aristokratske) kritike.

Peti vek pre nove ere rađa novu vrstu politike u Atini, a građani se u sve većoj meri oslanjaju na sposobnost da uverljivim izlaganjem u skupštini dokažu ispravnost svog predloga ili da na sudu pridobiju porotu. Veština ubeđivanja postala je u „demokratsko-agonističkom“ političkom kontekstu posebno korisna, a utoliko i posebno opasna (Đurić 1955, 5). Nove političke prilike otvorile su novu arenu za sukobljavanje različitih interesa i stvorile potrebu za učenjem retorike. Tu prazninu u atinskom obrazovnom procesu popunili su sofisti, mislioci čija su se učenja razlikovala i po sadržaju i po stepenu sofisticiranosti, a koje je povezivalo uglavnom to što su bili putujući učitelji koji su podučavali ljude u zamenu za novac. Iako su sofisti predavali po celom grčkom svetu, njihova je delatnost bila izrazito vredna u demokratskoj Atini.

Tri su vrste učitelja podučavale mlade Atinjane. Prvi su bili učitelji gimnastike koji su pomagali učenicima da oblikuju svoja tela, da steknu atletske veštine i da se uspešno takmiče u sportskim nadmetanjima, posebno u disciplinama kao što su rvanje, bacanje koplja ili diska (Romilly 1992, 30). Druga vrsta učitelja bili su nastavnici muzike. Deca su učena da pevaju, sviraju kitaru i druge instrumente, ali pre svega da budu deo hora. Muzičkom harmonijom je kod građana od rane mladosti negovan osećaj pripadnosti zajednici (Romilly 1992, 30–31). Treća vrsta učitelja podučavala je mlade književnosti. Učenici su čitali lirske pesme i Homerova dela, prepisivali odlomke i učili ih napamet. Književnost je bila put ka „mudrosti, moralnosti, politici i razumevanju života i sveta“ (Romilly 1992, 30).

Dalje obrazovanje nije imalo sistemski karakter. Zanatlije su podučavale mlade Atinjane svojim veštinama. S druge strane, ako bi hteli da posvete život istraživanju istine, mladi bi se pridruživali filozofima, te bi se u razgovorima sa svojim učiteljima pripremali za taj poziv (Romilly 1992, 32–33). Ipak, pre procvata demokratije nije postojalo tehničko ni praktično obrazovanje koje bi Atinjane pripremio za uspešno učešće u građanskim (političkim) aktivnostima. To nije slučajno, pošto mladim aristokratama, statusno i sudbinski povezanim rodovskim i hijerarhijskim odnosima, nije bilo potrebno složenije viđenje pravde od onog iz herojskog doba, prema kome treba pomagati prijateljima i nanositi štetu neprijateljima. Takođe, ma šta da su aristokrate intimno mislile o pravdi ili koje god da su političko stanovište zauzimale, retko ko bi im tražio da izlože svoj stav sudu velikog broja ljudi. Tradicionalno obrazovanje je čuvalo poredak i negovalo autoritete na kojima

je on počivao (Đurić 1958, 17–18). Ipak, ono što je nekada zahtevao prirodni poredak izmenilo se u demokratskom kontekstu – promenom poretka (*politeia*) promenilo se i shvatanje prirode (*physis*).

Sofisti su se našli među kracima trougla koji je ocrtalo novo vreme, smešteni između (1) društvene potrebe za obrazovanjem novog čoveka i (2) nestalnosti demokratskog poretka koji nije uspeo potpuno da potisne aristokratske vrednosti i koji je (3) iskušavao ustaljena viđenja prirode i zakona (*nomos*). U ovom ću se tekstu baviti tim složenim međuodnosom koristeći se primerima dva veoma različita sofistička učenja. S jedne strane se nalazi učenje o harmoničnom odnosu prirode i ljudskog zakona koje nudi Protagora (oko 490–420. godine pre nove ere), a s druge Kaliklovo (V vek pre nove ere) stanovište da je zakon suprotan prirodi. Poređenje Protagorinih stavova sa Kaliklovim gledištem korisno je zato što se te dve pozicije nalaze na suprotnim stranama vododelnice koju otvaraju razlike u viđenju odnosa prirode i zakona. Ona se najšire račva u suprotnim političkim idejama, a praktičnu primenu pronalazi u veoma različitim programima sofističkog političkog obrazovanja. Cilj mi je da, oslanjajući se pre svega na *Protagoru* i *Gorgiju*,⁴ prikažem i uporedim ta dva odgovora na izazove atinske politike V veka pre nove ere i ukažem na neke njihove savremene interpretacije.⁵ Neću ulaziti u, inače zanimljive, sporove o tome da li je Protagora filozof ili sofista, odnosno da li je Kalikle sofista, niti ću nastojati da rekonstruišem „istorijskog“ Protagoru.⁶ Takođe, neću se baviti pitanjem istorijske utemeljenosti Kaliklovih stavova ni specifičnostima njegovog stava prema (drugim?) sofistima.

Protagora iz Abdere je verovatno najpoznatiji mislilac koji se predstavljao kao sofista. Putovao je po grčkom svetu, predavao i naplaćivao svoje lekcije. Bar dva puta je posetio Atinu, a Perikle ga je angažovao da napiše zakone za Turij, grčku zajednicu na jugu Apeninskog poluostrva. Protagorina najpoznatija dela su *Istina* i *O bogovima*. Često su citirane (te tako i sačuvane) uvodne rečenice tih spisa, a Protagora je postao čuven po svojoj tezi o čoveku kao meri svih stvari i agnostičkom stavu prema bogovima.⁷

⁴ Koristiću prevod Mirjane Drašković i Albina Vilhara.

⁵ Mihailo Đurić (1958, 58–60) takođe poredi ideje dvojice mislilaca, navodeći da se kod Kalikla, a ne kod Protagore, može pronaći rana ideja društvenog ugovora.

⁶ Odličan tekst na te teme nudi Noburu Notomi (Notomi 2013).

⁷ Brojni autori nude podatke o Protagorinom životu, na primer Džordž Kerferd (Kerferd 1981, 42–44), Vilijem Gatri (Guthrie 1971, 262–264) i, nedavno, Mauro Bonaci (Bonazzi 2020). Od domaćih autora, biografske podatke iznosi Miloš Đurić (1955, 9–10). Ipak, neke nedoumice ostaju otvorene, poput socijalnog statusa njegove porodice, razloga zbog koga mu je suđeno u Atini i načina na koji je umro.

Danas su dostupni samo malobrojni fragmenti velikog broja dela koja je Protagora napisao, uz mnoge osvrtne drugih autora, posebno iz helenističkog i rimskog doba.⁸ Poznati sofista je česta tema Platonovih spisa: u *Protagori* je Sokratov sagovornik, u *Teetetu* se njegove ideje pažljivo razmatraju, a Platon ga pominje i u mnogim drugim dijalozima.⁹ Protagorine političke ideje najvidljivije su u istoimenom dijalogu, te ću se zato gotovo isključivo osloniti na taj spis.

Kalikle je Sokratov sagovornik iz *Gorgije*, poznat pre svega po svojoj odbrani prava jačeg. U tom pogledu sličan je Trasimahu,¹⁰ ali, za razliku od Halkedonjanina, koji je nedvosmisleno bio sofista i istorijska ličnost aktivna u Atini V veka pre nove ere, Kalikle je bio atinski političar plemenitog roda o čijem postojanju, sem *Gorgije*, ne postoje druga svedočanstva.¹¹ Kalikle nije bio sofista u pravom smislu te reči, pošto je nedvosmisleno gajio prezir prema njima, a nema ni naznaka da je podučavao druge (Platon 1968a, 520a). Ipak, njegove se ideje često razmatraju kao deo sofističkog korpusa ili bar zajedno sa idejama sofista.¹² To je opravdano pošto se Kaliklovo stanovište može posmatrati kao ekstremna verzija jedne moguće sofističke pozicije. Zbog svoje celovitosti i posebno snažnog izraza, Kaliklovi stavovi su korisniji od Trasimahovih ideja, koje svoj pun opseg dostižu tek uz Adeimantove i Glaukonove dopune (Jordović 2009, 224). Kalikle nudi zaokruženu aristokratsku kritiku atinske demokratije, veoma različitu od one koju pruža Platon.

2. PROTAGORA: PRIRODA I ZAKON SU U HARMONIJI

Sofisti su tvrdili da je njihovo učenje veoma konkretno, da se tiče političke veštine i obećavali su učenicima povoljne ishode. Protagora se tako u istoimenom Platonovom dijalogu obraća mladom Hipokratu i tvrdi: „Mladiću, ako se budeš sa mnom družio, zacelo ćeš onog dana, kad budeš prvi dan sa mnom, otići kući bolji, a sutradan isto tako. I tako ćeš svaki dan sve više

⁸ Na srpskom jeziku izvori su sabrani u prevodu Aleksandre Zdravković Zistakis (2017).

⁹ U pitanju su *Hipija veći*, *Menon*, *Kratil*, *Eutidem*, *Fedar* i *Sofist*.

¹⁰ Trasimah svoje stanovište izlaže u Platonovoj *Državi* (Platon 2002, 338c–354c).

¹¹ Detaljno poređenje Kaliklovi i Trasimahovih ideja nudi Rejčel Barni (Barney 2017). Na važne nijanse upućuje i Ivan Jordović (2009, 223–225).

¹² Na primer, Kerferd (Kerferd 1981) i Gatri (Guthrie 1971). Od domaćih autora, to čine Mihailo Đurić, Miloš Đurić i Ljubomir Tadić (Avramović, Jovanov 2020, 246–250). Suprotan stav iznosi Žaklin de Romili (Romilly 1992, xiv). Dragutin Avramović i Ilija Jovanov (2020) smatraju Kalikla pre svega retorom.

napredovati“ (Platon 1968b, 318b). Nedugo zatim, Protagora saopštava kakvo je to obrazovanje koje nudi, te da, za razliku od drugih sofista, njegov učenik „ništa drugo neće učiti, nego ono za što je došao“ (Platon 1968b, 318b). Politička veština je predmet Protagorine nastave, a to je „razboritost [*euboulia*] u domaćim poslovima, kako što bolje upravljati svojom kućom, i u državnim poslovima kako će što bolje raditi i govoriti“ (Platon 1968b, 318e). Ovde se odmah nameće pitanje šta tačno znači napredovati na način koji Protagora predlaže i šta je u tom smislu „dobro“, odnosno „što bolje“. Neki bi Protagorin učenik mogao upotrebiti sofističko obrazovanje za sticanje političke moći i uticaja u društvu, tako što bi usavršio svoju sposobnost javnog govora i ubeđivanja. Ipak, iako lični napredak koji bi neki mladi Atinjanin mogao imati na umu ne mora upućivati na napredak u vrlini, Protagorin odgovor je suprotan (Hussey 2021, 22).

Protagora tvrdi da podučava vrlini (*arete*), što će Sokrat dovesti u pitanje u nastavku dijaloga. Za poznatog sofistu politička aktivnost ne počiva na tehnici ubeđivanja i njen cilj nije svodiv na uspeh pojedinca u javnom životu već je to vrлина koja je jednako neophodna dobrim građanima i njihovim političkim vođama (Hussey 2021, 21). Njena bi primena trebalo da vodi ka dobrim kolektivnim ishodima. Međutim, iako Protagorina „razboritost u domaćim poslovima“ nije puka retorika, ona nije ni znanje (Woodruff 1999, 308–309). To je veština namenjena dvama nepodudarnim kontekstima: domaćinstvima i državama.¹³ *Euboulia* mora imati dovoljno opšti karakter da obuhvati te dve sfere, ali i načine upravljanja karakteristične za njih. Vlast glave porodice u „domaćim poslovima“ monarhijska je i gotovo neograničena (Woodruff 2013, 181), dok atinski kontekst Platonovog dijaloga upućuje na to da Protagora misli na demokratske „državn[e] poslov[e]“. Ako je raspon primene razboritosti koju Protagora podučava zaista toliko širok, onda se čini da ona ne može biti primenljiva samo u demokratiji već i u svim drugim državnim oblicima, uključujući i monarhiju.

Pol Vudraf (Woodruff 2013, 192) smatra da *euboulia* počiva na vrlini, da se tiče „dobrog rasuđivanja [koje] zavisi od naše sposobnosti da prepoznamo i uverljivo predstavimo argumentaciju obe strane u debati“ te da nam pomaže da dođemo do „razumnog zaključka“. Primena tako shvaćene razboritosti u nedemokratskom kontekstu mogla bi da izazove kršenje temeljnih principa polisa i urušavanje vrline u njemu.¹⁴ Na primer, iako mala grupa oligarha može

¹³ Miloš Đurić (1955, 14–15) i Mihailo Đurić (1958, 21) ne smatraju da su ta dva polja razdvojena.

¹⁴ Ovde je svejedno da li je Protagorina vrлина univerzalna ili povezana sa određenim polisom.

međusobno razložno debatovati,¹⁵ „razuman zaključak“ do koga dođu mogao bi da ih usmeri ka narušavanju oligarhijskih principa na kojima je njihov polis sazdan. Demokratija jedina nema takva ograničenja. Ova pijaca poredaka, kako je Platon (2002, 557c) opisuje, jedino je uređenje dovoljno savitljivo da izdrži otvorenost političkih ishoda i postupanje mnoštva objedinjenog pre razboritošću nego znanjem ili zajedničkim motivima. Demokratija može biti posebno pogodno uređenje za mlade i heterogene zajednice i možda je Protagora baš iz tog razloga napisao zakone za demokratski Turij, koloniju sačinjenu od doseljenika iz deset grčkih naseobina (Fleming 2002, 20).¹⁶ S druge strane, država koja svoje uređenje temelji na znanju ili na nekom drugom snažnom osnovnom principu (ratničkoj časti ili bogatstvu) sužava prostor za politiku, pa i za Protagorino „dobro rasuđivanje“.

Može se braniti i suprotno gledište. Protagorino podučavanje je najkorišnije u demokratijama, ali ono nije deo programa opšteg obrazovanja za demokratiju. Reč je o skupo plaćenoj nastavi retorike namenjenoj novoj političkoj eliti, ambicioznim (budućim) državicima koji (žele da) predvode demokratije (Hussey 2021, 18–20) i koji bi trebalo da nauče kako ta uređenja funkcionišu. Učenici neće saznati kako da dođu do „razumnog zaključka“ o složenom političkom pitanju već kako da manipulišu građanima i vladaju demokratskim polisom. U *Državi* Platon (2002, 493a-c) kritikuje te aspekte sofističkog obrazovanja kada piše o sofistima kao „čudnim vaspitač[ima]“ koji analiziraju stavove mase, „kao kad bi neko hteo da odgoji veliku i jaku zver, pa bi proučavao njene čudi i strasti“. Dobri ishodi koje obećava Protagora zato ne moraju imati opšti karakter – čak i ako budu dobri po njegovog učenika, oni neće nužno unaprediti i učenikov polis.¹⁷

Veština kojoj podučava Protagora može doneti korist učenicima i zato ima oportunistički predznak. Ipak, sagledana u kontekstu razvoja atinske demokratije, ona prati određene emancipatorske tokove. Stari obrazovni sistem, koji se ograničava na muzičko, gimnastičko i gramatičko obrazovanje, krojen je pre svega po meri aristokratskog učenika, osobe starog kova koja se ističe hrabrošću i fizičkim karakteristikama značajnim u ratu, a kasnije i u sportskim nadmetanjima (Romilly 1992, 30; Raaflaub 2007, 58). S druge strane, sofistička učenja su odgovor na potrebe demokratskog ili, možda pre, s

¹⁵ Čak i kralju može koristiti *euboulia* – na isti način kao i glavi porodice.

¹⁶ Možda su Protagorini razlozi bili daleko manje uzvišeni. Turij je bio Periklov poduhvat i teško je zamisliti da bi on angažovao Protagoru (ili bilo koga drugog) da uredi novi grad na nedemokratski način.

¹⁷ A. R. Nejtan (Nathan 2017, 2) upućuje na savremena tumačenja da Atinjani nisu smatrali da su lične ambicije suprotstavljene opštem dobru.

obzirom na cenu podučavanja, oligarhijskog čoveka.¹⁸ Mogućnost usavršavanja veštine javnog govora omogućila je i onima koji nemaju plemenito poreklo (a strogi kritičari bi dodali i to da nemaju ni bilo koju drugu odliku) da se istaknu u bavljenju politikom. Istovremeno, ona je naterala i mnoge mlade aristokrate da daju novac sofistima kako bi zadržali uticaj u novim okolnostima (Romilly 1992, 213).

Protagora je poznat pre svega po svom stavu, iznetom u delu *Istina*, „da je čovjek mjera svih stvari, onih koje jesu da jesu, a onih koje nisu da nisu“ (Platon 2000, 152a). Ta tvrdnja nas upućuje na nekoliko karakteristika koje u najvećoj meri povezuju inače raznovrsnu misao sofista. Prva je izdvajanje bavljenja čovekom od razmišljanja o prirodi. To razlikovanje razbija stanovište filozofa iz VI veka pre nove ere. Prema njihovom shvatanju, čovek je pre svega deo prirode i podvrgnut njenim zakonima,¹⁹ a ravnoteža koja upravlja prirodom deluje na način koji se može opisati terminima poput „pravde“, „kazne“ ili „odmazde“. Ljudska društva su takođe ustrojena prema tim „prirodnim“ načelima, a posebno su važni ravnoteža sastavnih delova i „prava mera“ (Raaflaub 2007, 49–50). Udaljavanje od prirodnih merila veoma je važno u političkom smislu, pošto podriva ideju o urođenim (prirodnim) karakteristikama koje izdvajaju jedne ljude od drugih. Takvo je, na primer, stanovište o urođenim vrlinama aristokrata koje se prenose prirodno, nasleđujući se s kolena na koleno (Romilly 1992, 45). Pesnik Teognid (VI vek pre nove ere) ističe to tradicionalno shvatanje kada piše kako je „lakše začeti i podići osobu nego dati joj plemeniti um. Niko još nije otkrio kako da učini budalu mudrom i načini dobrog čoveka od lošeg... Podučavajući, nećemo učiniti lošeg čoveka dobrim“ (Raaflaub 2007, 38). Predavački angažman sofista suprotstavljen je tom aristokratskom stavu, pa Protagora tvrdi da se vrlina može naučiti i da „nije nimalo čudnovato što se od dobra oca rađa rđav sin, a od rđava dobar“ (Platon 1968b, 328c). Umesto ideje o izuzetnosti jedne grupe ljudi na kojoj se temelji opravdanje njihove vlasti, pronalazimo zamisao da je vrlina jednako dostupna svim ljudima i da njeno kultivisanje može biti važno za političku zajednicu.

¹⁸ Teško je uopšteno reći kome je jedna heterogena skupina poput sofista predavala, odnosno da li su okupljali veliki broj učenika ili mali broj najimućnijih. Interesovanje za njihovo podučavanje možda je, makar u Atini, bilo povezano sa sudbinom demokratije. Prema tom tumačenju, posle Periklove smrti sofisti su izgubili popularnost i više su se usredsredili na podučavanje elite (Nathan 2017, 3).

¹⁹ Slično stanovište o sveobuhvatnosti prirodnog poretka postojalo je i u istočnim despotijama poput Mesopotamije (Raaflaub 2007, 56).

Protagora prepričava mit o nastanku ljudi u kome nastoji da pokaže da je vrlina karakteristika svih ljudi.²⁰ On navodi da su bogovi stvorili sva smrtna bića od zemlje i vatre te da su poverili Prometeju i Epimeteju da im daju različite osobine i sposobnosti. Epimetej je taj zadatak preuzeo na sebe i postarao se da životinjama osigura opstanak. Od prirodnih nepogoda životinje su zaštićene krznom ili čvrstom kožom, a od oskudevanja u hrani raznovrsnošću onoga što jedu – neke jedu raznorazne biljke, dok se druge hrane mesom. Ravnoteža u prirodi, a posebno među različitim vrstama životinja, postignuta je time što mesoždera ima srazmerno manje nego biljojeda. Na kraju, svaka se životinja ističe po nekoj sposobnosti, poput brzine, snage, veštine skrivanja ili leta (Platon 1968b, 321b). Epimetej je na taj način uspostavio harmoniju u prirodi i osigurao trajnu raznolikost živog sveta koji su stvorili bogovi. Ipak, Epimetej, tvrdi Protagora, „nije bio sasvim pametan“ i zaboravio je da ljudima podari osobine koje bi ih očuvale kao vrstu, te je čoveka ostavio „naga, bosa, nepokrivena i bez oružja“ (Platon 1968b, 321c).

Prometej je reagovao na bratovljevu nepromišljenost i, da bi zaštitio ljudski rod, ukrao je od bogova vatru. To, međutim, nije bilo dovoljno za opstanak ljudi. Iako su ljudi, živeći izolovano, uspevali u određenoj meri da se prehrane i zaštite od životinja, bili su još uvek ugroženi. Pokušavali su da se udružuju, da osnivaju gradove, ali u tome nisu uspevali. Svaki susret ljudi nepripremljenih za zajednički život značio bi međusobne sukobe jer su „činili [...] nepravdu jedan drugom“ (Platon 1968b, 322b). Zevs se, navodi Protagora, smilovao na ljudski rod i opremio ga stidom i pravdom, te su ljudi tada počeli harmonično da žive u zajednicama, povezani „prisl[om] vez[om] prijateljstva“ (Platon 1968b, 322c). Zevsov upliv može se, posebno prema Protagori, koji je agnostik, smatrati metaforom za „proizvod vremena, gorkog iskustva i nužnosti“ (Guthrie 1971, 66). Protagora zato smatra pravednost osnovnom vrlinom, a vrlinu „političkom mudrošću“, odnosno „političkom veštinom“ (*politike techne*) koja je ravna „veštačkom znanju“ korišćenja vatre (Platon 1968b, 325a-c).

Protagora naglašava vezu između vrline i opstanaka ljudi. Ukoliko je pripadnost zajednici nužna za opstanak čoveka, taj sofista smatra da je vrlina nužna za opstanak zajednice. Zevsova raspodela vrline svim ljudima ukazuje na pretpostavku da postoji načelna jednakost ljudi po potencijalu za vrlinu, na sličan način kao što postoji i jednakost ljudi pred zakonom. *Isonomia* je institucionalni izraz činjenice da svaki građanin jednog polisa ima udeo u vrlini i Protagora upućuje na to da zakoni imaju obrazovnu svrhu. Ukoliko se

²⁰ Dobar pregled različitih savremenih pravaca u tumačenju Protagorinog mita nude Bonaci (Bonazzi 2000) i Nejtan (Nathan 2017).

svrha zakona ne bi ticala vaspitanja građana, smatra Protagora, zakoni bi bili posebno okrutni jer bi se tada ljudi „slepo sveti[li] kao životinj[e]“. Umesto toga, „[k]o razborito misli da kažnjava, ne kažnjava za prošlu krivicu – jer ono što je urađeno, urađeno je – nego da u budućnosti opet ne skrivi ni on sam ni drugi, kad vidi kako je ovoga stigla kazna“ (Platon 1968b, 324b). Ljudi su, prema tome, po prirodi jednaki utoliko što mogu da imaju vrlinu, a zakon i vaspitanje odražavaju i podržavaju tu činjenicu. Protagorina razmatranja o poreklu vrline upućuju nas na to da taj mislilac smatra da zakoni i običaji polisa prate prirodne (božanske) zakone time što unapređuju vrlinu građana i pomažu svakom čoveku da ispolji svoju (prirodnu) predodređenost za život u zajednici.²¹ To je značajan zaključak, posebno u svetlu činjenice da Kalikle ukazuje na neprirodnost jednakosti građana pred zakonom, o čemu će biti više reči nešto kasnije.

Saznajni aspekt Protagorine tvrdnje o čoveku kao meri svih stvari ima političke posledice. On poriče postojanje jedinstvenih, večnih i nepromenljivih istina koje postoje nezavisno od ljudskog iskustva ili, barem, negira njihovu dostupnost ljudima. Istu stvar će različiti ljudi videti na različite načine, te Platon u *Teetetu* navodi da Protagora smatra da je isti vetar za nekoga topao, a za drugoga hladan (Platon 2000, 152b-d). Ovde nećemo ulaziti u detalje Protagorinog argumenta niti u načine na koje ga Sokrat pobija. Dovoljno je da kažemo da političku posledicu sazajnog relativizma možemo pronaći u ideji da ne postoje jedinstvena pravila za uređenje (najbolje) političke zajednice. Različiti polisi počivaju na različitim shvatanjima dobrog života, različitim običajima, zakonima i navikama te će se razlikovati i načini na koje njihovi građani razumeju ideje poput pravde i vrline. U *Teetetu* Sokrat saopštava taj Protagorin stav i navodi da ono „što svakoj pojedinoj državi izgleda pravedno i lijepo, to i jest za nju tako dok to prihvaća“ (Platon 2000, 167c). „Mudri i čestiti govornici“ zato treba da podrže poredak i „rade da državama izgleda pravedno ono što je dobro a ne ono što je loše“ (Platon 2000, 167c).

Vratimo se na Protagorin mit. Ljudska vrlina se neguje u polisima, ali oni imaju međusobno različite ustanove i shvatanja vrline.²² Ovde se nameće pitanje da li je Protagorina sposobnost za vrlinu (ili, barem, za političku

²¹ Protagorini stavovi o (ne)spojivosti prirode i zakona predmet su savremenih rasprava. Dobar pregled tih sporova i valjan argument da Protagora ne suprotstavlja prirodu zakonu nudi Endrju Šortridž (Shortridge 2007). Sličan stav iznosi i Miloš Đurić (1955, 14). Uticajno suprotno čitanje može se pronaći kod Gatrija (Guthrie 1971) i Kerferda (Kerferd 1981, 126).

²² Redosled je ovde takođe važan i upitan. Ako je vrlina preduslov zajedničkog života, kako je onda moguće da se ona izučava (tek) u zajednici? Možda je neophodna (još jedna) božanska intervencija kako bi se razrešio taj paradoks (Kerferd 1953, 45).

vrlinu) zapravo samo prazan sud koji će konkretno shvatanje vrline popuniti sadržajem, zavisno od toga u kom polisu građanin živi. Da li je (politička) vrlina uopšte jedinstvena za sve ljude na svetu ili postoje atinska, spartanska, tebanska ili neka druga vrlina? Na kraju, ako postoje vrline karakteristične za određeni polis, u kom odnosu ti posebni skupovi vrlina stoje prema celoj vrlini? Iako se tim pitanjem učesnici u Platonovom *Protagori* ne bave neposredno, zaključci o Protagorinom stanovištu mogu se izvesti iz njegove razmene sa Sokratom.

Postoje bar tri moguća odgovora na to pitanje. Protagora je saglasan s tvrdnjom da su zadovoljstvo i bol u osnovi svakog ljudskog postupanja (Platon 1968b, 353c-e). Svi ljudi su, prema tome, jednako upućeni na zajednički život, motivišu ih iste pobude, a Zevsov dar se odnosi na sve njih. Takođe, Protagora ne samo da tvrdi da je „Zevs pravednost i stid poslao [svim?] ljudima“ (Platon 1968b, 329c) nego kaže i da je „vrlina jedno“. Ako je vrlina jedinstvena, možemo pretpostaviti i da će njen deo biti jedinstvena razboritost. U tom slučaju će Protagorine lekcije o upravljanju biti iste i jednako primenljive bez obzira na polis iz kog dolaze njegovi učenici. Ipak, taj zaključak nije u skladu sa Protagorinim stavom o čoveku kao meri svih stvari. Protagora se ovde nalazi u teškoj situaciji. Ukoliko je vrlina prirodno dostupna svima, nema potrebe za (njenim) podučavanjem, a ako kaže da se ona mora učiti, onda demokratska teza o tome da bilo ko može politički odlučivati postaje neodrživa (Guthrie 1971, 65). S druge strane, postoje i tumačenja da mit o nastanku ljudi nije ni potrebno miriti sa Protagorinim relativizmom. Prema tom stanovištu, dovoljno je reći da je svačija razboritost ista bar utoliko što svi ljudi prepoznaju korist od života u zajednici, te na tome mogu graditi i druga moralna načela. Nevolja, ipak, nastaje kada moral treba suočiti sa ostvarivanjem sebičnih ciljeva i tu Protagora ostaje nedorečen (Nill 1985, 50–51).

Na taj problem se može odgovoriti na drugi način polazeći od Protagorinog stava da raznorodnost sastavnih delova vrline znači da ne postoji jedinstveni princip pod koji se one mogu podvesti. Tako, na primer, Protagora podučava razboritosti, ali ne nužno i hrabrosti ili pobožnosti. Slično tome, a za razliku od jedinstvenog znanja koje stoji iza mudrosti, razboritost će se ogledati u pravilnom postupanju u kontekstu određenih ustanova svakog polisa, odnosno u skladu sa (različitim) uverenjima koje različiti građani mogu negovati. Ako je vrlina zapravo politička veština, politička mudrost ili *euboulia*, može se pretpostaviti da „dobro upravljanje“ u Sparti može značiti jedno, a u Atini drugo, te da sofističko podučavanje zavisi od ustanova konkretnog polisa. Takvo stanovište nije neosnovano. Političku primenu Protagorinog osnovnog načela o čoveku kao meri svih stvari već smo pronašli u *Teetetu* (Platon 2000, 167c).

Tu Platon saopštava „najotporniju verziju Protagorine izreke“ da ne postoji univerzalno načelo koje razlikuje dobro od lošeg, pa ta razlika isključivo zavisi od ubeđenja koje je određena zajednica odlučila da ozakoni (Long 2017, 28).

Treći, sveobuhvatniji, odgovor zasniva se na ideji da za Protagoru postoje dve vrste ljudskih karakteristika: 1) univerzalne i prirodne, koje su zajedničke za celokupno čovečanstvo i koje ne zavise od konkretnog polisa (Decleva Caizzi 1999, 319), i 2) kontekstualne i ljudske, koje se očitavaju na različit način na različitim mestima i u različitim periodima. Ljudska priroda bi, tako, usmeravala ljude ka zadovoljstvu i izbegavanju bola; svi ljudi bi jednako zavisili od života u zajednici, a u tome bi im svima pomagali stid i pravednost. S druge strane, sadržaj pravednosti bi zavisio od konkretne situacije; različite bi zajednice smatrale da pravednost ima različite karakteristike, a ta viđenja bi bila pretočena u pravila ponašanja, zakonska ili nekakva druga. Prema tome, svaki čovek teži harmoničnom životu u zajednici, ali da bi došao do svog cilja, svoje postupke mora da prilagodi partikularnim uslovima koji važe u konkretnoj zajednici u kojoj živi i u tome mu pomaže njegova razboritost. Protagorino podučavanje se, prema tome, oslanja i na „prirodu i na praksu“ (Guthrie 1971, 68).

Problem sa kojim se suočavaju sva tri odgovora koja sam ponudio sastoji se u međuodnosu triju stanovišta: (1) postojanja opšteljdske vrline, (2) viđenja vrline karakterističnog za određeni polis i (3) stava o vrlini koje ima pojedinac kao mera svih stvari. Čak i ukoliko nekako prevaziđemo napetost između prvog i drugog elementa, političku napetost može stvoriti i nepodudarnost pojedinačnih stavova sa stavovima polisa i univerzalnim istinama. Demokratija verovatno pruža najpogodnije ustanove za političko razrešenje takvog problema (Decleva Caizzi 1999, 321), ali ni ona ne garantuje dobar ishod – da omasovljeni pojedinačni stav (3) neće ugroziti način na koji je zajednica organizovana (2) i gurnuti je na put nesvojstven vrlini (1). Stvar se dodatno usložava time što postoje dve moguće publike za Protagorine stavove: bogataši i obični građani. Kao vešt trgovac koji svima nudi svoje proizvode, Protagora prepričava mit o nastanku ljudi tako da on zvuči privlačno i jednima i drugima (Nathan 2017, 19–20). Zato možemo trima viđenjima vrline pridružiti i još jedno – ono koje zavisi od društvenog položaja. Bilo kako bilo, bez obzira na to kako tumačimo Protagorine uvide o vrlini, nesumnjivo je da se on ne razlikuje od drugih sofista po tome što razdvaja prirodno od ljudskog, odnosno prirodu od zakona. Kod Protagore su priroda i zakon u harmoniji – iako se međusobno razlikuju, jedno (bi trebalo da) proističe iz drugog.

3. KALIKLE: ZAKON SPUTAVA PRIRODNU SNAGU

Platonov dijalog *Gorgija*, zajedno sa prvom knjigom *Države*, predočava nam sofističko viđenje suprotno od Protagorinog. To je stanovište koje zastupaju Kalikle i Trasimah, Sokratovi sagovornici, koji smatraju da bi pravda trebalo da bude na strani jačeg. Kalikle nudi upečatljivo viđenje „prirodne“ pravičnosti po kome

već sama priroda otkriva da je pravedno ako bolji ima više od goreg, a jači više od slabijeg. Priroda sama potvrđuje da je zaista tako, u raznim prilikama, ne samo u životinjskom svetu nego i kod čoveka, svuda, u gradovima i u porodicama: da važi princip da je pravedno ako jači vlada nad slabijim i ako ima više (Platon 1968a, 483d).

Jači i bolji su, prema Kaliklovom mišljenju, ljudi koji su „razumni i hrabri u upravljanju državom“ (Platon 1968a, 491d). Za razliku od Protagore, Kalikle ne smatra da iz specifičnosti ljudske prirode proističe posebna ljudska pravda. Priroda o kojoj govori Kalikle (*physis*) nije *ljudska* priroda već priroda uopšte (Jordović 2009, 221; Đurić 1958, 61). Zato je prirodna pravda jednaka za životinje, ljude i države, a u sva tri slučaja važi da bolji i jači zaslužuje vlast nad lošijim i slabijim. Takođe, životinjama se često pripisuje nemoć da kontrolišu svoje porive. Kalikle ne vidi ništa sporno u pripisivanju te „životinjske“ karakteristike ljudima, dok su Platon i Sokrat najvatreniji zastupnici stava da ispravno ponašanje upravo počiva na sposobnosti čoveka da zauzda svoje (životinjske) nagone. Kalikle tvrdi da „razuzdanost [ni]je nešto sramno“, odnosno da

ko želi da živi pravim životom mora svojim najvećim strastima pustiti na volju da jačaju, ne obuzdavajući ih, a kad one postignu najveću meru, on mora da bude dovoljno jak da im ugađa svojom hrabrošću i pameću i da se u potpunosti zadovolji svim onim što i kad god što zaželi (Platon 1968a, 491e-492a).

Za Kalikla, kako vidimo ovde, vrlina (odnosno pamet i hrabrost) služi da bi čovek mogao da živi „pravim životom“, a neumerenost je neraskidivo povezana sa slobodom. Drugim rečima, „neumerenost, razuzdanost i sloboda, ako samo raspoložu sa dovoljno sredstava, jesu vrlina i sreća“ (Platon 1968a, 492c). Umeren i spokojan čovek, onaj ko nema izraženih želja, u određenom smislu kao da nije ni živ. On živi „kao kamen“ jer se „više ni ne raduje ni ne žalosti“ (Platon 1968a, 494a). Život umerenog čoveka je nešto neprirodno – čovek ne može biti gospodar samom sebi, niti Kalikle do kraja razume šta

znači vladati nad samim sobom. Za njega umerenost nije vid vladanja već još jedan od vidova pokoravanja, primer slabosti i kukavičluka (Klosko 1984, 127–128; Đurić 1955, 40).

Ljudska priroda je takva da čovek stalno teži uvećanju zadovoljstva i zato nastoji da prevaziđe sve prepreke koje mu stoje na putu. To mogu biti sopstvena ograničenja, ali i težnje ljudi koji nas okružuju (Barney 2017). Strasti su putokaz za ophođenje prema drugima, samim tim što se ispoljavaju i kao ljubav prema prijateljima, odnosno mržnja prema neprijateljima. Kalikle grubim rečima osuđuje „prirodno obdarenog čoveka“ sputanog obrazovanjem koji „ni sebe niti ikoga drugog može spasiti velikih opasnosti, nego [...] mu neprijatelji uzmu sve što ima“ (Platon 1968a, 486c). Ispravno je pomoći sebi i prijateljima i naškoditi neprijateljima, pa Kalikle nadmoćnog čoveka koji odbija da poslušaju prirodu i iskoristi svoju snagu naziva bednikom koji „zaslužuje da ga bez kazne dobro išamaraš“ (Platon 1968a, 486c).

Kaliklovo viđenje pravde i ljudske prirode odgovara tradicionalnom (aristokratskom) shvatanju, zastupljenom u Homerovim delima i Teognidovim pesmama, da najbolji, najhrabriji i najpametniji ratnik zaslužuje najviše plena i naveće počasti. Homerska ratnička etika slavi heroje, muževne vođe i njihovu snagu i umešnost, te Kalikle opisuje *kakav* treba da bude čovek koji zaslužuje više (vlasti, počasti, imovine ili nekog drugog dobra) od drugih, ali ne opisuje *zašto* bi to trebalo da dobije (Đurić 1958, 64; Barney 2017). Takođe, od Kalikla ne saznajemo da li, osim prirodne i neutoljive težnje za sticanjem, postoji neki cilj zbog kojeg vredi biti hrabar ili razborit. Pravedno je i prirodno nagraditi nečija prirodna svojstva (telesnu i duhovnu nadmoć), a nagrada se sastoji u tome da heroj dobije šta god poželi. Hraneći svoju razuzdanost, on oseća zadovoljstvo, a to je najviše dobro koje neko može dostići (Cooper 1999, 54).²³ Iza predmeta želje ili zadovoljstva ne moraju da stoje ni razlog ni struktura ni cilj pošto Kalikle, za razliku od Sokrata, smatra da zadovoljstva nisu racionalna (Berman 1991, 137–39).

Kaliklova argumentacija nadovezuje se na Gorgijin stav o tome da je za čoveka „najveće dobro [ono] što [ljudima] koji ga imaju daje slobodu i ujedno vlast nad ostalima, svakom u svom gradu“ (Platon 1968a, 452d). Vešt govornik je sposoban da nadmudri stručnije i obrazovanije od sebe, pa Gorgija svojim sagovornicima govori da će retorikom „i lekara i učitelja gimnastike načiniti robom, [dok će trgovac sticati blago] za tebe koji umeš da govoriš i umeš da ubediš svetinu“ (Platon 1968a, 452e). Tako shvaćena, retorika je posebno delotvorna u demokratskim zajednicama i može se

²³ Viđenje da su i hrabrost i razboritost dobra sama po sebi nudi Devin Stauffer (Stauffer 2002, 646).

smatrati određenom vrstom oružja (Platon 1968a, 456c–457c). Govorničko se oružje može iskoristiti na bar dva načina: 1) kako bismo vladali nad drugima, 2) kako bismo većim govorima pridobili porotu i izbegli kaznu na sudu (Platon 1968a, 452e). Vešt govornik može da vlada nad drugima, bilo pravično bilo nepravično, kao što će moći da izbegne kaznu, bez obzira na to da li je nevin ili kriv. Retorika je u tom smislu slična borilačkoj veštini – ako je njome ovladao dobar čovek, ona će služiti dobru, dok će u rukama lošeg čoveka biti zloupotrebljena. Gorgija, dakle, razlikuje upotrebu govorničke veštine od njene zloupotrebe, a kriterijum je (ne)pravičnost govornika.

Kalikle i Pol smatraju da se Gorgija suviše lako predao Sokratu i priznao da je pravičnost važna za dobrog govornika (Platon 1968a, 461b-e, 482c–483c). Za razliku od Protagore, slika sveta koju nudi Kalikle počiva na ideji da je ljudska zajednica često neprirodna i nepravedna. Zakone „stvaraju slabi i gomila [...] samo sebe i svoje koristi radi“ (Platon 1968a, 483b-c). Ovdje opet prepoznajemo tipični sofistički stav da su ljudski zakoni stvar konvencije, ali i ideju da je ta konvencija loša. Ako je ljudski zakon loš, to mora da znači da postoje univerzalni prirodni zakoni koji postavljaju kriterijume valjanosti pravilima koja su osmislili ljudi. Ljudski zakoni padaju na testu pravednosti pošto su suprotstavljeni zakonima prirode i cilj im je da obuzdaju najsnažnije i najbolje ljude kako ovi ne bi nadjačali lošije od sebe. Zato je prirodno i pravedno sve ono što osnažuje čoveka i omogućava mu da ispuni prohteve sopstvene razuzdanosti, dok su zakoni uvek neprirodni i nepravedni jer sputavaju takve težnje. Kalikle tvrdi da, za razliku od prirodnog prava i prirodnog zakona, ljudi svojim zakonima „najbolje i najjače među nama, uzimajući ih već od malih nogu, drž[e] u strahu pa ih kao lavove krot[e] opčinjavanjem i pretvaranjem, govoreći im da ne valja da neko ima više od drugoga i da se u tome sastoji pravedno i lepo“ (Platon 1968a, 483e–484a). Slično Protagori, Kalikle vidi obrazovanje kao deo sveobuhvatnog projekta ljudske socijalizacije, dok je suštinska razlika u tome što Kalikle smatra da je taj obrazovni poduhvat neprirodan i nepravedan ukoliko ne neguje veštine koje pomažu snažnima da se istaknu (Irani 2017, 72). Harmoniju koja se postiže demokratskim obrazovanjem i jednakošću pred zakonom Kalikle vidi kao laž koja se može razotkriti ukoliko se pojavi čovek „koji bi imao dovoljno prirodne snage da se svega toga oslobodi“ (Platon 1968a, 484b). On bi po prirodi zagospodario ostalima, a „pravo prirode [bi tada] zasijalo u punom sjaju!“ (Platon 1968a, 484b). Svi ljudi, najgori i najbolji, nastoje da vladaju nad drugima i u ljudskoj je prirodi *pleonexia*, želja „da se ima više“. ²⁴

²⁴ Željko Kaluđerović i Dejan Donev (2016, 117) u istoimenom radu određuju Kaliklovu pleoneksiju kao „svaku vrstu ‘prednosti’, ‘dobitka’, [ali i kao] ‘požudu’, ‘koristoljublje’, ‘lakomost’, ‘sebičnost’, ‘samoživost’..“

Zato je težnja ka jednakosti zapravo izraz želje slabih da dominiraju (Irani 2017, 71). Oni žele isto što i tirani, a razlika je u tome što tiranska vlast ne mora biti neopravdana.²⁵

Kalikle smatra da je zakon neprirodna posledica zavere slabih ljudi, ali mu Sokrat postavlja pitanje da li je mnoštvo slabih ljudi zaista slabo ukoliko je u stanju da jačima od sebe nametne zakone koji će ih sputati (Platon 1968a, 488d). Kalikle objašnjava da govori o izuzetno razboritim i hrabrim pojedincima, po čemu je „jedan [...] jači od hiljade drugih“ (Platon 1968a, 490a). On ne misli na zbrajanje fizičke snage mnoštva, gde i robovi mogu da nadvladaju slobodne ljude (Platon 1968a, 489b-c). Razlike među ljudima, smatra Kalikle, jesu prirodne, ali izgleda da za tog aristokratu ne postoji jasna veza između prirodnih karakteristika i društvenog položaja, pošto zakone stvaraju i slabi i gomila (Platon 1968a, 483b). S druge strane, iako Kalikle ne kaže da zakone donosi samo gomila slabih, u *Gorgiji* se razgovor pre svega vodi u kontekstu političkog delanja u demokratskom polisu, a Kalikle uopšte ne ceni (demokratsku) jednakost (Đurić 1958, 55). Sokratovo pitanje je veoma važno i možemo doći bar do dva moguća tumačenja Kaliklovog odgovora.

Prvo, ako se Kaliklova teza shvati u najširem smislu („zakon stvaraju slabi“, Platon 1968a, 483b), tako da je *svaki* društveni poredak posledica zavere slabih, onda se i društveni položaj aristokrate može smatrati posledicom nekakvog zavereničkog poduhvata. Ukoliko je tako, za članove aristokratskih porodica ne može se reći da su bolji od građana koji nemaju plemenito poreklo, odnosno možemo pretpostaviti da aristokratski zakoni štite slabe aristokrate od jakih pojedinaca koji ne pripadaju njihovom društvenom krugu. Ipak, drugo tumačenje je tačnije: Kalikle nema na umu kritiku svih društvenih uređenja već samo demokratije kao vladavine mase pojedinačno nemoćnih ljudi („zakone stvara gomila“, Platon 1968a, 483b), a njegova teza podržava aristokrate, pod uslovom da sebe s pravom smatraju boljima od drugih (Barney 2017).

Obrazovni zadatak sofiste je složen. Ako jedan sofista podučava svoje učenike govorništvu kao političkom ekvivalentu borilačkoj veštini, time im, u kontekstu neprirodnog demokratskog poretka, može obezbediti nefer prednost nad nekim prirodno nadmoćnim pojedincima. S druge strane, podučavanje po prirodi boljih ljudi toj veštini, osnaživanje i buđenje „lavov[a] [ukroćenih] opčinjavanjem i pretvaranjem“ (Platon 1968a, 484a),

²⁵ Kaluđerović i Donev (2016, 111, 117–118) u Kaliklovom stanovištu vide opravdanje tiranske vlasti. Mihailo Đurić (1958, 62–64) smatra da Kalikle ne opravdava tiraniju već da brani aristokratsko viđenje pravičnosti.

vid je samoodbrane koja doprinosi ublažavanju nepravde proistekle iz demokratskog izjednačavanja nejednakih ljudi. U demokratskom okruženju „probudeni lav“ može biti samo beskrupulozni političar koji vešto zavodi masu govorima, licemer koji ističe demokratske ideale dok zloupotrebljava demokratiju u svoju korist (Irani 2017, 78–82). Kalikle ne opisuje sofistički obrazovni program za demokratijom okovane aristokrate, ali ako mu je uopšte stalo do ljudskog poretka, to može biti način da se on popravi i skroji po meri najboljih. U suprotnom, može samo da se nada će se oni nekako sami osloboditi (Stauffer 2002, 633–634).

Kaliklova nada je verovatno uzaludna, pošto Homerovi heroji, gotovo besmrtni potomci bogova, ne hodaju među Atinjanima V veka pre nove ere. Jedan nepoznati sofista s kraja V i početka IV veka pre nove ere (Anonim Jamblihov) poziva nas „da pretpostavimo da je moguće da postoji neko ko od rođenja ima sledeća svojstva: da je neranjiv, otporan na bolesti i na razne patnje, čelične i natprirodne telesne i duhovne snage“ (Anonim Jamblihov 2018, 145). Takav se izuzetan pojedinac sigurno više ističe od ostalih ljudi nego Kaliklovi „najbolji i najjači“ ljudi, ali ni on ne bi mogao da stekne „prednost u odnosu na druge ljude“:

Čak i kada bi postojao neko sa takvim svojstvima – što, ipak, nije moguće – taj neko bi uspevaio da preživi samo ako bi bio na strani zakona i pravde, pošto bi koristio svoju snagu da podržava zakone i pravdu i sve ono što ih potpomaže. Drugačije, on ne bi mogao opstati. Svi drugi bi se udružili protiv jednog takvog čoveka, jer bi ga dobrim upravljanjem i brojčanom nadmoćnošću nadmašili, bilo veštinom, bilo snagom, te bi ga na kraju ipak pobedili. Čini se tako, da [se] čak i snaga, istinska snaga, nameće samo zakonom i pravdom (Anonim Jamblihov 2018, 145).

Osnovna argumentacija koju iznosi anonimni sofista poklapa se Kaliklovom i Sokratovom, pošto sva trojica uviđaju kako mnoštvo nameće pravila svima, pa i najboljima. Razlika je u tome što Kalikle smatra da su prirodne razlike među ljudima dovoljno velike da opravdaju vladavinu najboljih, dok njegov anonimni savremenik veruje da je nadmoć mnoštva nad izuzetnim pojedincem svedočanstvo o potrebi da se i najbolji oslone na zakon i pravdu. Štaviše, kao što se ljudi udružuju u političke zajednice jer je cena samostalnog života previsoka, tako ni najbolji ljudi ne mogu opstati ukoliko samovolju stave ispred zakona i pravde koji „upravo iz tih nužnosti [...] gospodare životima ljudi i nije ih moguće ostaviti po strani“ (Anonim Jamblihov 2018, 145). Kaliklu je samorazumljivo da se najbolji ljudi ne snalaze dobro u okolnostima u kojima su nadjačani od mnoštva gorih od sebe i gde zakon prkosi prirodi. Zadatak nekog sofiste koji deli Kaliklov pogled na svet, ako to

već ne može biti cilj samog Kalikla, bio bi u tome da podučavanjem pomogne ljudima da dođu do pobjedničkih ishoda koji im po prirodi pripadaju, i to baš u neprirodnoj demokratskoj areni polisa krojenog po meri slabih.

4. ZAKLJUČAK

Promenjene političke prilike proizvele su potrebu da se misleći Grci V veka pre nove ere odrede prema novoj društvenoj stvarnosti. Društvene privilegije podržane mitologijom herojskog doba dotad su mogle svoje uporište pronaći u ideji o podudarnosti prirode i ljudskih zakona. Ipak, uspon atinske demokratije i raznovrsnost oblika vladavine širom grčkog sveta bili su dokaz da se ne može govoriti o jednom ispravnom (ili bar najispravnijem) uređenju zasnovanom na jedinstvenom prirodnom zakonu. Napetost između prirode i zakona može se razrešiti na bar dva načina. Prvo, zakon se može učiniti prirodnijim. To je Kaliklov pristup. Ne uvažavajući prirodne razlike među ljudima, zakoni su se odvojili od prirode i postali oruđe kojim slabi vladaju nad jakim. Zato zakone treba uskladiti sa prirodom i obnoviti aristokratski poredak. Ukoliko to nije moguće, snažnima jedino preostaje licemeran život u demokratiji i nastojanje da zloupotrebe slabosti svojih sugrađana. S druge strane, Protagora nepodudarnost između prirode i zakona razrešava tako što polazi od ljudske prirode kao nesvodive na odnose koji vladaju u prirodnom svetu. Ljudi nisu poput životinja, oni nemaju životinjska oruđa za preživljavanje, već moraju da žive u zajednicama. Stid i pravednost omogućavaju ljudima da se oslone jedni na druge i zakoni treba da budu u skladu sa ljudskom, a ne sa „životinjskom“, od nje starijom prirodom. Život u zajednici neraskidiv je deo ljudske prirode, a njegova osnovna karakteristika treba da bude harmoničnost, podržana zakonima i vrlinom. Kalikle, pak, prepoznaje sukob kao neraskidiv deo i prirode i međuljudskih odnosa. To je osnovna linija razlikovanja Protagorine „izvedene“ ljudske prirode od Kaliklovog, „izvornog“, viđenja nje.

Rascep među dvama poimanjima prirodnog seže još dublje i prati razlikovanje dvaju dosta različitih shvatanja dobrog života. Kalikle zauzima hedonističko stanovište, naglašavajući kako se dobrim može nazvati svako zadovoljstvo kojim ugađamo strastima. S druge strane, iako je i Protagori i Kaliklu zajednička pretpostavka o tome da su ljudi prvenstveno motivisani postizanjem zadovoljstva i izbegavanjem bola, sofista iz Abdere ne smatra da je svako zadovoljstvo dobro za čoveka. Poput dva preklapajuća ali nepodudarna poimanja prirodnog koja zastupaju, Kalikle i Protagora dele hedonističke pretpostavke, ali drugačije kvalifikuju njihove ishode. Za Kalikla je dobro sve što ljudima donosi zadovoljstvo, dok Protagora navodi da to nije

uvek slučaj. Protagora smatra da „ima prijatno što nije dobro, a ima opet i neprijatnog što nije loše, a ima još i treće – što nije ni ovo ni ono, ni loše ni dobro“ (Platon 1968b, 351d).²⁶

Razlika među dvama argumentima prenosi se i na polje zajedničkog života. Protagora daje prvenstvo zajednici nad pojedincem, stavlja jednaku mogućnost za dostizanje vrline ispred prirodnih razlika među ljudima. Kalikle vidi zajednički život kao mesto potencijalne borbe među nejednakim ljudima, gde bolji treba da poraze gore od sebe. Njegovo viđenje podrazumeva dovršenu, „prirodnu“, strukturu hijerarhijskih odnosa među ljudima u kojima bolji vladaju a gori im se pokoravaju (Đurić 1958, 62). Taj stav ne poriče moralnost (Kerferd 1981, 118) već Kalikle opisuje svojevrstu prirodnu moralnost kojoj je neprimerena jednakost nametnuta od slabih. U valjano uređenom polisu nema mesta politici, odlučivanju o onome što se tiče svijui i što može biti drugačije, pošto se odlučivanje u zajednici svodi na ispoljavanje volje najboljih. Za razliku od Kalikla, Protagora nudi shvatanje po kome su moral i politika spojivi. On tvrdi da podučava političkoj vrlini, načinima na koje svaki građanin može uticati na zajednicu. Iako će od njegovog učenja više koristi imati elita, u demokratskoj političkoj areni građani su jednaki, te i slabiji može privlačnijom (iako ne uvek boljom niti istinitijom) argumentacijom da nadmaši jačeg od sebe.

LITERATURA

- [1] Anonim Jamblihov. 2018. Anonim Jamblihov. 140–151. *Sofisti*, 2, prev. i prir. Aleksandra Zdravković Zistakis. Beograd: Službeni glasnik.
- [2] Avramović, Dragutin, Ilija Jovanov. 1/2020. Relativizacija pravde kroz retoriku – Platonov dijalog „Gorgija“ kao paradigma. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 54: 245–265.
- [3] Đurić, Miloš. 1955. *Sofisti i njihov istorijski značaj*. Beograd: Narodna knjiga.
- [4] Đurić, Mihailo. 1958. *Ideja prirodnog prava kod grčkih sofista*. Beograd: Savez udruženja pravnika Jugoslavije.

²⁶ Poređenje Protagorinog i, prilično banalnog, Kaliklovog hedonizma nudi Džordž Klosko. Klosko smatra da je Platon namerno oslabio Kaliklov argument i daje određene smernice koje bi ga lako ojačale (Klosko 1984, 131–33).

- [5] Barney, Rachel. 2017. Callicles and Thrasymachus. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ed. Edward N. Zalta. Stanford: Stanford University.
- [6] Berman, Scott. 2/1991. Socrates and Callicles on Pleasure. *Phronesis* 36: 117–140.
- [7] Blundell, Mary Whitlock. 1989. *Helping Friends and Harming Enemies: A Study in Sophocles and Greek Ethics*. Cambridge: Cambridge University Press.
- [8] Bonazzi, Mauro. 2000. Protagoras. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ed. Edward N. Zalta. Stanford: Stanford University.
- [9] Cooper, John Milton. 1999. *Reason and Emotion*. Princeton: Princeton University Press.
- [10] Decleva Caizzi, Fernanda. 1999. Protagoras and Antiphon: Sophistic Debates on Justice. 311–331. *The Cambridge Companion to Early Greek Philosophy*, ed. A. A. Long. Cambridge: Cambridge University Press.
- [11] Fleming, David. 3/2002. The Streets of Thurii: Discourse, Democracy, and Design in the Classical Polis. *Rhetoric Society Quarterly* 32: 5–32.
- [12] Guthrie, William Keith Chambers. 1971. *A History of Greek Philosophy: Volume 3, the Fifth Century Enlightenment, Part 1, the Sophists*. Cambridge: Cambridge University Press.
- [13] Harris, Edward M. 2006. *Law and Society in Ancient Athens*. Cambridge: Cambridge University Press.
- [14] Hussey, Edward. 2021. Protagoras on Political Technê. 15–38. *Productive Knowledge in Ancient Philosophy*, ed. Thomas Kjeller Johansen. Cambridge: Cambridge University Press.
- [15] Irani, Tushar. 2017. *Plato on the Value of Philosophy: The Art of Argument in the Gorgias and Phaedrus*. Cambridge: Cambridge University Press.
- [16] Jordović, Ivan. 2/2009. Istorijski koreni učenja o pravu jačeg. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 57: 212–228.
- [17] Kaluđerović, Željko, Dejan Donev. 1/2016. Kaliklova pleoneksija. *Kom: časopis za religijske nauke* 5: 105–22.
- [18] Kerferd, George Briscoe. 1953. Protagoras' Doctrine of Justice and Virtue in the 'Protagoras' of Plato. *The Journal of Hellenic Studies* 73: 42–45.
- [19] Kerferd, George Briscoe. 1981. *The Sophistic Movement*. Cambridge: Cambridge University Press.

- [20] Klosko, George. 2/1984. The Refutation of Callicles in Plato's 'Gorgias'. *Greece and Rome* 31: 126–139.
- [21] Long, A. G. 2017. Socrates and Sophists. 15–27. *The Cambridge History of Moral Philosophy*, eds. Sacha Golob, Jens Timmermann. Cambridge: Cambridge University Press.
- [22] Nathan, A. R. 2/2017. Protagoras' Great Speech. *The Classical Quarterly* 67: 380–99.
- [23] Nill, Michael. 1985. *Morality and Self-Interest in Protagoras, Antiphon and Democritus*. Leiden: Brill.
- [24] Notomi, Noburu. 2013. A Protagonist of the Sophistic Movement? Protagoras in Historiography. 11–36. *Protagoras of Abdera: The Man, His Measure*, ed. Johannes M. van Ophuijsen, Marlein van Raalte, Peter Stork. Leiden: Brill.
- [25] Phillips, David D. 2008. *Avengers of Blood: Homicide in Athenian Law and Custom From Draco to Demosthenes*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag.
- [26] Platon. 1968a. Gorgija. 1–68. *Protagora, Gorgija*, prev. Mirjana Drašković, Albin Vilhar. Beograd: Kultura.
- [27] Platon. 1968b. Protagora. 69–193. *Protagora, Gorgija*, prev. Mirjana Drašković, Albin Vilhar. Beograd: Kultura.
- [28] Platon. 2000. Teetet. 83–184. *Kratil, Teetet, Sofist, Državnik*, prev. Milivoj Sironić. Beograd: Plato.
- [29] Platon. 2002. *Država*, prev. Albin Vilhar i Branko Pavlović. Beograd: BIGZ.
- [30] Raaflaub, Kurt A. 2007. Poets, Lawgivers, and the Beginnings of Political Reflection in Archaic Greece. 23–59. *The Cambridge History of Greek and Roman Political Thought*, eds. Christopher Rowe, Malcolm Schofield. Cambridge: Cambridge University Press.
- [31] Romilly, Jacqueline de. 1992. *The Great Sophists in Periclean Athens*. Oxford: Oxford University Press.
- [32] Shortridge, Andrew. 1/2007. Law and Nature in Protagoras' Great Speech. *Polis: The Journal for Ancient Greek and Roman Political Thought* 24: 12–25.
- [33] Stauffer, Devin. 4/2002. Socrates and callicles: A reading of Plato's Gorgias. *The Review of Politics* 64: 627–658.
- [34] Woodruff, Paul. 1999. Rhetoric and Relativism: Protagoras and Gorgias. 290–310. *The Cambridge Companion to Early Greek Philosophy*, ed. A. A. Long. Cambridge: Cambridge University Press.

- [35] Woodruff, Paul. 2013. Euboulia As the Skill Protagoras Taught. 179–194. *Protagoras of Abdera: The Man, His Measure*, ed. Johannes M. van Ophuijsen, Marlein van Raalte, Peter Stork. Leiden: Brill.
- [36] Zdravković Zistakis, Aleksandra. 2017. *Sofisti*, 1. Beograd: Službeni glasnik.

Marko SIMENDIĆ, PhD

Associate Professor, University of Belgrade Faculty of Political Sciences, Serbia

TRANSFORMATION OF THE *POLIS* AND TWO SOPHISTIC REFLECTIONS: PROTAGORAS AND CALLICLES

Summary

By comparing Protagoras' and Callicles' arguments, the author outlines two accounts that respond to the questions raised by the changing social realities of 5th century BC Athens. The two sophists' views are comprised of several complementary elements: 1) viewing humans as beings driven by pursuit of pleasures and avoidance of pain; 2) distinguishing law from nature; 3) views of morality as grounded in nature; 4) demanding that laws be adjusted to natural standards of justice and good life. A key point of disagreement can be found in Protagoras' myth, where he distinguishes between natural principles that apply only to humans and those that pertain to the rest of the natural world. This draws an important distinction between Protagoras and Callicles: Protagoras' democratic man seeking to influence the outcomes of collective political decision-making in an egalitarian community is contrasted by Callicles' aristocrat who is meant to freely govern over their inferiors.

Key words: *Protagoras. – Callicles. – Virtue. – Law. – Nature*

Article history:

Received: 31. 7. 2021.

Accepted: 30. 8. 2021.

Dr Tamara ILIĆ*

EKDIK (DEFENSOR CIVITATIS) U RIMSKOM CARSTVU I VIZANTJI**

Tokom V i VI veka menjaju se nadležnosti defensora civitatista (grč. sindik, ekdik), shodno društveno-političkom kontekstu. Nakon vladavine cara Justinijana I uloga defensora se smanjuje, a uticaj episkopa u pravnim pitanjima jača. Verovatna posledica tog procesa je nestanak ekdika – defensora sa područja uprave i sudstva, koji se dogodio, kako se tradicionalno smatra, tokom VI i VII veka.

Zaključci do kojih se u radu došlo svedoče u prilog tezi da su se ekdici u Istočnom rimskom carstvu zadržali sve do VIII, a moguće i IX veka. U nekim krajevima Carstva taj proces je bio produžen i do X veka, što je dokazano ranijim pronalascima pečata Hersona.

U radu su korišćeni metod jezičkog tumačenja srednjovizantijskih pravnih zbirki i istorijsko-komparativni metod, kojim su se prepoznavale grčke pozajmice starijskih rimskih odredaba.

Ključne reči: *Rimska administracija. – Teodosijev zakonik. – Justinijanovo pravo. – Novele Lava VI Mudrog. – Ekloga.*

* Naučni saradnik, Vizantološki institut SANU, Srbija; docent, Pravni fakultet Univerziteta Union, Srbija, tamara.matovic@vi.sanu.ac.rs.

** Rad je nastao u okviru istraživanja koje podržava Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije. Saopštenje pod naslovom „Prilog proučavanju gradskog zvaničnika ekdika (defensor civitatis)“ pročitano je na Sedmoj nacionalnoj konferenciji vizantologa, održanoj 22–25. juna 2021. godine u Beogradu.

1. UVOD

Uz doprinose u enciklopedijskim odrednicama (Desjardins 1892; Seeck 1901; Berneker 1957; Berger 1953; Mancini 1961, Kazhdan 1991), istorijama rimske i poznorimske administracije (Rouillard 1928; Piganiol 1947; Karayannopoulos 1958; Ganghoffer 1963; Jones 1964) i nekoliko specijalizovanih naučnih članaka o delatnosti tog funkcionera na nivou regije ili celog Carstva (Chénon 1889; Dechareuil 1908; Partch 1916; Rees 1952; Margetić 1985; Frakes 1994; Pergami 1995; Алексеенко 2005; Aličić 2014), do danas su napisane i dve opširne monografije o defensoru civitatisu (lat. *defensor civitatis*; grč. ἑκδικος), koje se međusobno razlikuju prema metodologiji i opsegu istraživanja (Mannino 1984; Frakes 2001).¹ Uz sve pomenuto, postoje i studije koje izdvajaju prosopografske podatke o poznatim defensorima i iz ranoantičkog perioda i sve do kraja VII i početka VIII veka (Rees 1952; Kramer 1990; Frakes 2001).

Klasične studije o toj temi oslanjaju se na papirološku građu koja je bila poznata u prvoj polovini i sredini XX veka i na carske konstitucije poznoantičkih i ranovizantijskih careva priređene u izdanjima Teodosijevog (Mommsen 1905)² i Justinijanovog zakonika (Krüger 1877). Poslednjih godina, međutim, otkriveni su novi papirološki i sigiliografski izvori. Aktuelne studije o defensoru civitatisu povezuju tog zvaničnika sa episkopom, koji je, na mnogim mestima u nekadašnjim zadacima, zamenio i postepeno istisnuo defensora. Ipak, u manjem broju slučajeva, u kojima se gradska autonomija sa sopstvenim aparatom održala do X veka, nailazi se na poznog defensora i druge gradske činovnike. Pronalazak novih sigiliografskih izvora, koji datiraju iz tog perioda, dao je podstrek i naučnicima koji se bave periodom srednje Vizantije da ponovo posete i osveže iscrpljene teme o antičkim defensorima.

Zahvaljujući pok. Rut Makrides (Ruth Macrides), poznate su brojne uloge koje su crkveni ekdici počev od XII veka imali u pravnim poslovima (Macrides 1984; 1985; 1991; 1994). Međutim, kolegija eklezijska, koja je zajedno sa ekdicima, crkvenim dostojanstvenicima prvog reda, i sudijama, ujedinjena u telu *ekdikion*, zasedala pri Crkvi Svete Sofije u Carigradu (videti Ilić, Šijaković 2020), nema podudarnosti sa svetovnim ili građanskim ekdicima o kojima će u ovom radu biti reči. Upravo je naučno interesovanje autora za tu temu bilo probuđeno dosadašnjom pretežnom pažnjom za crkvenim

¹ Poseban status u odnosu na monografije ima doktorska disertacija (Baale 1904), koja nam nije bila dostupna u toku pisanja rada.

² U radu je korišćen i prevod Teodosijevog zakonika na engleski jezik (prevod Pharr 1954).

dostojanstvenikom istog imena i nepostojanjem studije koja bi integralno, osvrćući se na izvore različitog karaktera, izložila evoluciju te građanske ustanove, čiji se poslednji tragovi nalaze u srednjovizantijskom periodu.

2. POČETNO OBLIKOVANJE NOVE FUNKCIJE

Ekdik (ἔκδικος, ἔγδικος, *ecdikus*), sindik (σύνδικος) i defensor (δηφήσωρ, *defensor civitatis*) termini su koji su označavali srodnu službu, posvedočenu u izvornoj građi počev od IV veka i različitu od one u kojoj se pojavljuju u prethodnim stolećima. U izvorima koji datiraju iz ranog IV veka ekdici i sindici imaju nove nadležnosti, između ostalog i pravosudne, koje nisu poznate iz ranijih izvora (Partch 1916; Rees 1952; Frakes 2001). Pretpostavlja se (Partch 1916, 50; Rees 1952, 86) da je sa sveopštom obnovom uprave, koju je sproveo car Dioklecijan (284–305), izmenjen i položaj sindika (σύνδικοι).³ Kramer je, istražujući brojnu papirološku građu, primetila promenu koja je nastupila krajem III veka (Kramer 1990), kada sindici počinju da se pojavljuju kao kolegijalni organ, u svom poslu nezavisan od grada. To je ocenjeno kao nova faza u razvoju ove funkcije koja se poklapa sa dobom vladavine cara Dioklecijana i koja je prva u oblikovanju buduće uloge defensora (Frakes 2001, 23; 26).

U tom svetlu može se tumačiti i sačuvana konstitucija careva Konstantina i Licinija iz 319. godine (CJ VI, 1, 5), koja je davno zaokupirala naučnu pažnju.⁴ Naime, u slučaju koji taj carski zakon opisuje pojavljuje se defensor sa zaduženjem da nađe i povrati odbeglog gradskog roba, koji je gradu važan zbog toga što poseduje određenu veštinu. Defensor će u suprotnom morati da obezbedi druga dva roba umesto odbeglog (Chénon 1889, 8 fn 4; Rees 1952, 76; Curchin 2014, 282), a napominje se i da neće moći da uživa korist od cara, koji mu neće dozvoliti da begunca proda lično ili posredstvom trgovca (CJ VI, 1, 5).

Jedna od novijih pretpostavki o oblikovanju novih, povećanih dužnosti defensora uzima u obzir promenu nadležnosti drugog funkcionera, kuratora (*curator rei publicae*, λογιστής), koji se brinuo o ekonomskoj sferi u gradovima (Curchin 2014, 280). Kada se početkom IV veka ta funkcija našla

³ Poznato je da se za vreme vladavine cara Dioklecijana u izvorima pojavljuju *curator civitatis* i *exactor civitatis*, te je moguće da sa defensorom čine celinu (Frakes 2001, 39–40).

⁴ Oto Zek je smatrao da je zakon iz 319. godine interpoliran na mestu gde se pominje defensor, pošto se pomenuti zvaničnik javlja u carskim konstitucijama tek oko pola stoleća kasnije (Seeck 1901, 2366).

u rukama lokalnih veleposednika koji su stvarali patrocinjume, jačanje defensora je možda označavalo i uvođenje kontrole nad radom iskvarenih kuratora. Moguće je i da su, kao deo nesačuvanog zakonodavstva iz doba cara Konstantina i njegovih neposrednih naslednika, donete konstitucije koje su ovlastle nekadašnje defensore na kontrolu rada nesavesnih kuratora (Frakes 1994, 346–347; Curchin 2014, 282) i donele mu i sudska ovlašćenja (Frakes 2001, 56).

Postojanje izgubljenih konstitucija iz prve polovine IV veka, tačnije iz zakonodavstva cara Konstantina (324–337), naučnoj javnosti je predložio Robert M. Frejks (Robert M. Frakes) u studijama o defensoru civitatisu. Analizom jednog rukopisa Sirijsko-rimske knjige, kompilacije različitih carskih zakona iz V veka, Frejks je primetio da su defensori, nazvani grčkim imenom ekdici, u tu kompiliranim odredbama bili zaduženi za mnoge radnje u vezi sa testamentom i drugim naslednopravnim poslovima (Frakes 1998, 348–349; Frakes 2001, 73–77). Kompilator, međutim, nije naveo ime cara koji je takve odredbe proklamovao. Upoređenjem sa drugim konstitucijama koje se bave istom materijom, autor je zaključio da je moguće da je izgubljeni komplet zakona, kojima je ponovno izmenjena i proširena uloga defensora, donet između 321–330/331. godine (Frakes 1998, 355; Frakes 2001, 84–85). Ujedno, od početka IV veka sve je manje pomena o sindicima, a učestaliji su ekdici i defensori, a delovanje sindika kao kolegijalnog tela poslednji je put zabeleženo 326. godine, što takođe autoru služi kao oslonac u pomenutoj teoriji i stavu o promeni nadležnosti defensora. Promena o kojoj se govori izvesna je za teritoriju Egipta, međutim, postoji nekoliko indicija koje govore u prilog tome da su defensori–ekdici, izmenjene prirode i sa sudskim ovlašćenjima, pre šezdesetih godina IV veka delovali širom Carstva.⁵

3. DEFENSOR – EKDIK U CARSKIM KONSTITUCIJAMA

Zaštitniku (*patronus*)⁶ građana od nepravdi moćnika posvećena je konstitucija koju su carevi, braća Valentinijan I i Valens uputili pretorijanskom prefektu Probu, koja se nalazi u Teodosijevom zakoniku (CTh I. 29, 1) u

⁵ Frejks je proučavajući delo Amijana Marcelina došao do identičnog zaključka o postojanju defensora u šestoj deceniji IV veka, svakako pre izdavanja Valentinijanove konstitucije, i to ne isključivo na teritoriji Egipta, već širom Carstva (Frakes 1994, 342–343; Frakes 2001, 83–4;; videti, i Rees 1952, 81–85; Jones 1964, 144–145).

⁶ *Patronus* je još jedan od termina koji je u ranijim izvorima označavao predstavnika ili zastupnika, u istom smislu kao i *defensor* (Frakes 2001, 92–93; Aličić 2014, 806).

glavi pod naslovom *De Defensoribus Civitatum*.⁷ Moguće je da se rečena zaštita naroda diocese Ilirika od zloupotreba moćnika odnosi na korupciju u pravosuđu, koja je obeležila tu epohu i koja je pogađala siromašne neiticajne građane.⁸ Sa tim, čini se, povezano, na poziciji zaštitnika nisu mogla da se nađu lica iz redova dekuriona, sudija (*ordinarii rectores*)⁹ ili prefektovih nameštenika.¹⁰ Izbor zaštitnika, koji je potvrđivao Car, pravio je pretorijanski prefekt među isluženim upravnicima provincija, agentima (*agentes in rebus*), carskim advokatima, palatinima (*palatines*), vikarima i sholasticima carske kancelarije.¹¹ I u drugoj konstituciji istih careva (CTh I. 29, 2 – CJ I. 55, 1)¹² zaštitnik se pojavljuje u sporovima male vrednosti, i to povodom naplate duga, povraćaja odbeglog roba, naknade iznosa u vezi sa porezima i tome slično.¹³ Većina autora tu sudsku nadležnost smatra *minores causae* ili istražnom sudskom nadležnošću (Curchin 2014, 282, „juge d’instruction“); u narednim zakonima se izričito saopštava da svi drugi sporovi moraju biti delegirani sudijama (*iudices*).¹⁴ Opisana sudska nadležnost je reon delatnosti defensora–ekdika zabeležen u konstituciji cara Konstantina iz 319. godine i papirološkoj građi prve polovine IV veka, te pokazuje kontinuitet u delatnosti defensora–ekdika sa delatnošću zaštitnika opisanog u konstitucijama careva

⁷ Datacija te konstitucije je sporna. U tekstu konstitucije navodi se datum 27. april 364. godine. Većina istraživača za vreme nastanka konstitucije uzima 368. godinu, što je i predloženo datovanje izdavača Teodosijevog zakonika Teodora Momzena. To gledište može da podrži i politička istorija vladavine cara Valentinijana I, koji je 368. godine bio u kampanji protiv Senata, u okviru koje je možda i donet rečeni zakon (Hoepffner 1938, 225–237). Robert Frejks ipak smatra da je pomenuta konstitucija doneta 364. godine, čemu su doprineli poznati podaci iz karijere pretorijanskog prefekta Proba (Frakes 2001, 95, cf 98–100, 103).

⁸ Frejks, prema Šenonu (Chénon 1889, 328–332), smatra da je reč o visokim i neretko nepravednim taksama *sportulae*, koje su siromašnima otežavale dostizanje pravde, kao što je direktnije rečeno u CTh VIII, 11, 1 (Frakes 2001, 103–104). S druge strane, zakonodavstvo careva Valentinijana I i Valensa je i u drugim prilikama ocenjeno kao naklonjeno nemoćnima (Jones 1964, 141–146).

⁹ CTh I, 29, 3 (o dataciji, Frakes 2001, 109); CJ I, 55, 2.

¹⁰ CTh I, 29, 1 (više, Frakes 1994, 338).

¹¹ CTh I, 29, 3. *Agentes in rebus* su dodati u konstituciji CTh I, 29, 4. U konstituciji CTh I, 29, 5 navodi se da su defensori u senatorskom dostojanstvu (*dignitas... senatoris*), što je Frejks razumeo kao mogućnost za senatore da budu angažovani na pozicije defensora (Frakes 2001, 114; Curchin 2014, 282).

¹² Datacije je takođe sporna (Mannino 1984, 33–37; Frakes 2001, 105).

¹³ Primeri zloupotreba koje su se dešavale slikovito su pobrojane i u konstituciji careva Valentinijana I, Valensa i Gracijana upućenoj Probu, sačuvane u CTh I, 29, 5.

¹⁴ Defensor nije mogao da kažnjava ili sprovodi istražne postupke (*questiones*) ili da prisvaja druge dužnosti za koje nije ovlašćen. O tome videti konstituciju careva Valentinijana I, Teodosija i Arkadija, u CTh I, 29, 7.

Valentinijana I i Valensa (Margetić 1985, 105–106). Sudske nadležnosti defensora u tom istorijskom kontekstu, prema mišljenju istraživača, označavaju i nešto dodatno – ograničavanje moći lokalnih zvaničnika postavljanjem defensora podrazumevalo je i pokušaj dodatne centralizacije (Frakes 2001, 108).

Funkcija je ubrzo pretrpela prvu važnu promenu, koja se odnosi na način izbora defensora. Prema konstituciji careva Valentinijana II, Teodosija i Arkadija iz 387. godine (CTh I, 29, 6), defensore više ne bira prefekt već se odluka o izboru donosi na dekuriji, što ga čini lokalnim zvaničnikom (Rees 1952, 88; Mannino 1984; Frakes 2001, 129; 81–82 fn. 18; cf. Chénon 1889, 332–333). Tu novinu pratila je i kvalitativna i kvantitativna promena nadležnosti. Konstitucijom careva Gracijana, Valentinijana II i Teodosija opisana je nova dužnost defensora – sakupljanje poreza malih posednika (CTh XI, 7, 12), što je u više aspekata obrađeno u zakonodavstvu. Ulogom defensora u sakupljanju poreza bave se i konstitucije sačuvane u CTh XI, 1, 19 i CTh XII, 6, 23, koje zajedno sa zakonom iz CTh VII, 1, 12 svedoče o zaštiti koju defensor i dalje pruža ugroženima (Frakes 2001, 131–132). Novost su i nove zakonodavne teme, poput defensorove uloge u sprečavanju kriminala i drugih nepravilnosti.¹⁵ U pravosudnoj ulozi defensora i dalje postoje ograničenja, koja su uslovljena težinom krivičnog dela i uopšte opsegom radnji za koje je u tom smislu zvaničnik nadležan.¹⁶ Iz konstitucije careva Gracijana, Valentinijana II i Teodosija iz 385. godine (CJ I, 55, 4) saznaje se da se defensori biraju širom Carstva, u svim provincijama, sa mandatom od pet godina (Chénon 1889, 11–12; Rees 1952, 88). Defensori, čiji je uticaj nesumnjivo porastao, pozvani su da ne uzimaju više od onoga što im pripada (CTh I, 29, 7). Druga bogata zakonodavna tema u kojoj se defensori pojavljuju, od kraja IV veka a naročito u prvoj polovini V veka, jeste održavanje poželjne religiozne politike i sprečavanje jeresi na lokalnom nivou.¹⁷ U tim zadacima,

¹⁵ CTh I, 29, 8; CJ I, 55, 4; CTh XII, 9, 3 (u kojoj principal i defensor, pod pretnjom kaznom, treba da spreče dekurione i članove kolegija, koji imaju obavezu da vrše službu 30 godina, da ranije napuste svoju provinciju; defensori kontrolišu rad oporezivača); CTh VIII, 5, 59 (defensor zajedno sa kurijalima treba da izruči sudijama lica koja rade protivno javnom interesu); CTh III, 30, 6 (defensori postavljaju tutora pupili i popisuju pupilinu imovinu); CTh VIII, 5, 59 (kontrola rada poštanskog sistema).

¹⁶ CTh IX, 2, 5 (defensori, kuratori, magistrati i senatori zaduženi su da sprovedu okrivljene pred sudove, umesto da ih sami zatvaraju); CJ I, 55, 7 (ukoliko je pred defensora dovedeno lice okrivljeno za teško krivično delo i krivica se dokaže, krivac će dalje biti prosleđen sudijama).

¹⁷ Tako, CTh XVI, 10, 12; CTh XVI, 10, 13; CTh XVI, 6, 3; XVI, 6, 4; XIV, 5, 40 (= CJ I, 5, 4); XVI, 5, 45.

često zajedno sa principalima (*principales*, πρωτεύοντες), defensori predstavljaju poslednje garante u nizu koji treba da spreče praktikovanje jerećkih aktivnosti donatizma, manihejizma, montanizma i prisilijanizma pod pretnjama kaznom a da jeretike liše stvarnih i naslednih prava, čak i prebivališta.

4. DEFENSOR–EKDIK KAO DEO LOKALNE ELITE

Carski zakoni sa početka V veka, u kojima se na nadležnost poziva defensor u društvu drugih gradskih zvaničnika – principala, kuratora, magistrata i senatora, govore u prilog tome da je postao deo gradske elite (Frakes 2001, 171–172). Tu pretpostavku podržava i nova promena koja se dogodila u načinu izbora defensora, a koja se vezuje za konstituciju careva Honorija i Teodosija II donetu 409. godine (CJ I, 55, 8). Od te godine defensore, koji moraju biti hrišćani, bira posebno telo sastavljeno od episkopa, članova klira, *honorati*, zemljišnih posednika i kurijala, čiji izbor potvrđuje prefekt. Ujednačen je stav da oligarhijski karakter tog izbornog tela čini da je i izabrani jedino u službi zaštite moćnih krugova društva, umesto nekadašnjih ugroženih i nemoćnih (Chénon 1889, 23). Elitizam, koji je tu prisutan, blisko se povezuje sa hrišćanskom zajednicom, što pokazuju i odredbe u kojima je defensor garant suzbijanja jeresi, i sâm je hrišćanin, te odabran od tela u čijem sastavu su episkop i članovi klira.

Međutim, opis defensorove delatnosti se ne razlikuje mnogo od prethodnih vremena: u istom zakonu se navodi da su defensori zaduženi da vode brigu o javnom interesu, a ako se dogodi prekršaj, o tome treba da obaveste više zvaničnike (CJ I, 55, 8, 1). Drugi sačuvani podatak odnosi se na zaštitu posednika od zloupotreba sakupljača poreza, u kom slučaju nesavesnog oporezivača treba da prijave sudijama (CJ I, 55, 9).

Važna novina se odnosila supsidijarno ovlašćenje defensora u vezi sa registracijom određenih pravnih poslova (CTh VIII, 12, 8). Reč je o beleženju poklona u gradske evidencije (*apud acta*) za koje su bili zaduženi *magister census* i sudije (*rectores*), a ako njih nema, onda gradski magistrati; ukoliko ni tih zvaničnika nema u gradskoj zajednici, dužnost registrovanja pada na defensora. Iz sredine V veka (459. godina) potiče konstitucija istočnorimskog cara Lava I, čija je ponovna tema registracija – insinuacija poklona. Iz teksta carskog zakona obavešteni smo da je za tu svojevrstu evidenciju u Carigradu nadležan *magister census*; u drugim gradovima, bez obzira na to

gde se predmet poklona nalazio, poklonoprimac je imao slobodu da izabere zvaničnika kod koga će zavesti poklon, bilo da je to upravnik provincije, gradski magistrat ili defensor (CJ VIII, 54, 30, 5).¹⁸

Iako je uočeno da u mnogim gradovima Carstva nema defensora (Nov. Maj. III), funkcije defensora u gradskoj organizaciji ranog V veka, vidljive su iz nekoliko izvora. Iz konstitucije careva Honorija i Teodosija iz 412. godine (CTh X, 22, 6), u vezi sa prijemom lica u zvanje *fabricensis*-a,¹⁹ saznaje se da ga u službu uvodi upravnik provincije, a ako njega nema, onda je za tu radnju zadužen defensor. U trećoj deceniji V veka, defensori uz episkope i sudije imaju pravo da izbave žene iz prinudne prostitucije (CTh XV, 8, 2 = CJ I, 4, 12). Ostali su još neki nasumični dokazi o delatnosti defensora kao municipijalnog zvaničnika u V veku. Poznat je ugovor koji je defensor lidijskog grada Sarda potpisao sa graditeljskom kolegijom 459. godine (Drašković 2013, 94), u ulozi gradskog zastupnika. Defensor, koji se u dokumentu na grčkom jeziku naziva ekdikom, bio je najznačajniji gradski zvaničnik u Sardu te epohe.²⁰ Iz teksta ugovora rekonstruiše se sporna situacija i razotkrivaju nadležnosti koje je u gradskom životu imao: primio je višestruke optužbe na rad kolegije graditelja i bio je zadužen da otkloni nepravdu koja je tim propustima naneta (Drašković 2013, 98). Tim povodom je nastao pomenuti ugovor između defensora i graditeljske kolegije, za koji se navodi da ga je defensor sastavio i ujedno ponudio uslove sporazuma.

Polovinom V veka, car Majorijan je želeo da obnovi poziciju defensora civitatisa u zapadnom delu Carstva (Nov. Maj. III). U tom poduhvatu, za poziciju defensora birala su se lica podobna za vršenje te funkcije (Margetić 1985, 107), po predlogu punopravnih građana (*municipes*), *honorati* i *plebs*-a,²¹ a izbor se podvrgavao carskoj potvrdi (Chénon 1889, 27–28). Pomenuta Majorijanova novela, koja predstavlja pokušaj reforme te funkcije na Zapadu, u nauci se obično tumači kao neuspela (Rees 1952, 91–92; cf. Chénon 1889, 340–341; Margetić 1985, 113). Istovremeno, u V veku, u istočnim provincijama i na Siciliji zabeleženo je učestalo prisustvo drugog zvaničnika,

¹⁸ To pravilo je preinačeno 496. godine, konstitucijom istočnorimskog cara Anastazija (CJ VIII, 54, 32), prema kojoj se registracija poklona obavlja isključivo pred *magister census*-om. Takva je bila situacija nadalje, do vremena cara Lava VI Mudrog (Chénon 1889, 30; Monnier 1912, 237–291).

¹⁹ Reč je o zanatlijama koji su bili deo oružarskog kompleksa, sa vojnom karijerom (Jones 1964, 744; Drašković 2013, 86).

²⁰ Odavno postoji mišljenje da je na kraju V veka defensor postao zvaničnik na čelu grada (Jones 1964, 208).

²¹ Kako Margetić napominje, na ovom mestu *plebs* ne označava ceo narod, već ugledne ljude van kurije, od kojih je moguće da su neki članovi kolegija (Margetić 1985, 111). Interesantno je da se izostavlja episkop (Laniado 2002, 173).

imena *pater civitatis* (πατήρ τῆς πολεῶς), jednakog autoriteta i srodnih nadležnosti.²² Iz tog razloga se u prošlosti smatralo da je u petovekovnom gradu delovao ili defensor civitatis ili pater civitatis, što je osporeno tek u novije vreme.²³

5. DEFENSORI–EKDICI NA ISTOKU OD VI VEKA

U toku V i VI veka nastupaju značajne promene u organizaciji i prirodi gradova (Haldon 2003, 94). Političke i društvene prilike uglavnom su uslovile gubitak političke, ekonomske i fiskalne nezavisnost gradova. Izbor zvaničnika koji su imali ukorenjen lokalni karakter, poput kuratora i patera civitatisa, određivala je, iako posredno, centralna vlast (Haldon 2009, 96). Sličan proces, kako kasniji izvor obaveštava, događao se i sa defensorom.²⁴ Car Anastazije je uveo finansijsku reformu, koja se ogledala u postavljanju carskih deputata – *vindices* (jn. *vindex*) po gradovima, sa zadatkom prikupljanja državnih dažbina i nadgledanja gradskih finansija (Jones 1964, 457; Claude 1969, 109; Laniado 2002, 27 sqq; Haldon 2009, 96; cf. Frakes 2001, 193). U gradovima su dekurije ili nestale ili su ostale bez uticaja na izbor nekadašnjih lokalnih zvaničnika (Saradi 2006, 157).

Kao zaštita građana koji se nađu u spornim situacijama, i takvu pomoć prihvate, delovao je gradski episkop. Iako nije postojalo zakonsko utemeljenje na osnovu kojeg bi episkopi imali ulogu u gradskoj upravi (Haldon 2009, 97), nekoliko vekova unazad praktikovalo se da sasluša episkop (*episcopalis audientia*), što je i bilo predmet carskih konstitucija IV i V veka. Prvi put je zabeleženo u zakonodavstvu cara Konstantina da (svetovni) sudija mora da ostane pasivan u slučaju da jedan parničar želi da njegov slučaj bude rešen po pravilima hrišćanske vere.²⁵ Na presudu episkopskog suda nije postojalo pravo žalbe (CTh I, 27, 1). Taj sistem, po mišljenju nekih autora, koje se čini opravdanim, pretrpeo je drastičnu promenu za vreme vladavine braće–careva Arkadija i Honorija. Prema zakonu sačuvanom u CJ I, 4, 7, bilo

²² Od nadležnosti su zabeleženi poslovi u vezi sa jereticima, naoružanjem, napuštenom decom (Curchin 2014, 283).

²³ Teoriju je postavio Claude (1969, 135), a osporili su je Dagron i Feissel (1987, 210) tako što su u dva maloazijska grada pronašli oba pomenuta zvaničnika.

²⁴ Videti, dole (JN XV).

²⁵ (CTh I, 27, 1). U nauci se vodila debata o tome da li je potrebno da se oba parničara usaglasu u toj želji ili samo jedan parničar, Frejks zastupa drugo pomenuto mišljenje (*one-sided provocatio*) i podupire ga sa Constitutio Sirmondi 1 (Frakes 2001, 200–201).

je potrebno da se obe strane usaglase da spor iznesu pred episkopov sud, koji je u poziciji arbitra (Frakes 2001, 2006–208), a presuda, čije se izvršenje postiže posredstvom javnopravnih tela, obavezuje samo stranke koje se dobrovoljno usaglase na taj forum (CTh I, 27, 2 = CJ I, 4, 8). U istom periodu se precizira da se na episkopovom sudu rešavaju sporovi crkvene, ali i druge prirode (CTh XVI, 11, 1). Mogući *ratio legis* zakonodavstva koje obrađuje temu episkopovog suda leži u rasterećenju sudskog sistema, tim pre što je istovremeno sa stvaranjem sudskih nadležnosti defensora. Episkopov sud je bio dobro zastupljen u praksi, u doba kada nema mnogo svedočanstava o aktivnom delovanju defensora.²⁶

U VI veku ponovo raste značaj jednog aspekta sudskog sistema, našeg ekdika ili defensora, zaštitnika građana. Prvobitno se pojavljuje na početku stoleća, u carskom zakonu iz 505. godine (CJ I, IV, 19). Prema toj konstituciji, lica koja žele da budu izabrana za defensore, a koja moraju da budu hrišćani,²⁷ daju svečanu izjavu (*sub gestorum testificatione*) pred episkopom. O izboru lica zatim odlučuje gradska elita, koju čine episkop, klirici, *honorati*, posednici i kurijali, koji o tome donose dekret. Zakon cara Anastazija zapravo ne odstupa od rešenja iz 409. godine, prema kojem telo u sastavu klira, zemljoposедnika, episkopa i kurijala bira ugledne funkcionere – zaštitnika građana, ali i kuratora i patera civitatis (Dagron 1977, 20).

Do doba prvih godina vladavine cara Justinijana I, kada je izdata Novela XV – 15. aprila 535. godine, ekdici, zajedno sa drugim činovnicima, pali su u carsku nemilost zbog pohlepe i korupcije. Slična okolnost je zadesila i sudstvo, koje je taj car takođe temeljno reorganizovao (Липшиц 1976, 176–178; Saradi 1995, 165–204). Usled zloupotreba, Novela predviđa stroge imovinske i telesne kazne za ekdike koji čine takve nepravilnosti – povraćaj četvorostruke vrednosti primljenog mita, doživotno progonstvo i fizičku kaznu (JN VIII). Ubrzo, 17. jula 535. godine, car Justinijan je doneo opširan zakon o defensorima (JN XV). Saopštavajući u nezadovoljnom i prezrivom tonu dotadašnju praksu postavljanja defensora (za prevod odeljka videti Aličić 2014), njihovo postupanje koje je orkestrirano voljom upravnika provincija i nesavesno u održavanju gradskih arhiva, u konstituciji je promenjen način izbora defensora. Vladar smatra da će promena nastupiti ukoliko: a) defensori se uzdignu u rang magistrata (arhonata); b) svaki

²⁶ Rasprostranjenost defensora u papirusima ne prati carsko zakonodavstvo. Frejks ipak ističe 75. kanon pomesnog sabora u Kartagini, iz 401. godine, u kojem se, prema njegovom mišljenju, izražava potreba za defensorima. Autor tumači da se kanon odnosi na svetovne defensore, a ne crkvene, iako postoje i suprotna mišljenja (Frakes 2001, 181–183).

²⁷ Kako je zapovedeno konstitucijom iz 409. godine.

ugledni građanin (σεμνότεροι), rotaciono, bude biran za defensora, nakon što položi zakletvu, po pravilu sa mandatom od dve godine,²⁸ a ako bude plaćen, za to će primati uobičajenu naknadu; izbor obavljaju episkop, klir i građani dobre reputacije;²⁹ v) izbor potvrđuje pretorijanski prefekt; g) upravnik provincije ne može da razreši defensora dužnosti već samo da na njegove propuste ukaže prefektu.

Defensor dobija kancelariju (βοηθός),³⁰ koju čine pisar (ταχύγραφος) i dva činovnika iz kancelarije upravnika (δύο ταξεώτα) (JN XV, 3, 1; Rees 1952, 94–95). Poznati defensori sa teritorije Egipta često su bili sholastici – advokati (Rouillard 1928, 156). Justinijanovom novelom zabranjuje se postavljanje zamenika defensoru (JN XV, 2), iako je u više papirusa zabeleženo delovanje lica άντέκδικος, ekdikovog pretpostavljenog zamenika (Rees 1952, 95).

Vodeći zadatak defensora bilo je stvaranje i vođenje gradskih arhiva o obavljenim pravnim transakcijama, koje su i u prethodnim vremenima bile u dužnosti tih zvaničnika.³¹ Kako tekst Novele XV kaže, upravnici provincija su neretko ometali defensore u prepisivanju učinjenih poslova, kako se čini iz nastavka teksta, radi svog interesa, što se sada strogo zabranjuje. Iz papirološke građe utvrđeno je da su defensori izdavali έκμαρτύρια (dokumente koji se izdaju nakon svedočenja) i έσφραγίσματα.³² U opisu njihovog posla nalazi se još pružanje svake pomoći sakupljačima poreza; beleženje nezahvalnih i onih koji se ponašaju na neprimeren način;³³ u načelu treba da obuhvate sve nadležnosti magistrata, pogotovo kada oni nisu prisutni. Konačno, defensori imaju sudsku nadležnost u svim parnicama koje ne prelaze iznos od 300 solida (Jones 1964, 480; Humphreys 2015, 220) i

²⁸ U epilogu se navodi da je mandat moguće produžiti još jednom, uz saglasnost svih izbornika, ali ne više od toga. Međutim, ni produženje mandata za dve godine ne sprečava to lice da u narednoj rotaciji ponovo bude defensor.

²⁹ JN XV, epilogos. Margetić u ύπολήψεως άντεχόμενοι, koji se na ovom mestu pominju, vidi posednike (*possessores*) iz prethodnih konstitucija (Margetić 1985, 112).

³⁰ Prilično je izvesno da je kancelarija defensora/ekdika (βοηθός της έκδικίας) postojala i ranije (Rees 1952, 82, 95).

³¹ U Noveli 131 iz 545. godine, koja uređuje nekoliko tema, govori se i o upraviteljima sirotišta, koji primaju imovinu siročadi ili pred beležnicima ili upisom u javne arhive – u Carigradu kod *magister census*-a, u provinciji kod defensora (Miller 2003, 126).

³² Prema terminologiji sholija Vasilika, έσφραγίσματα su istovetni prepisi dokumenta koji imaju određeni karakter javne vere (von Druffel 1915).

³³ Pretpostavljamo da se jedan primer takvog pronašanja nalazi u Noveli LXXXV, prema kojoj defensori treba da sprečavaju fizička lica u aktivnosti izrade oružja.

lakšim krivičnim delima (ἐλαφρότερα ἐγκλήματα) (Jones 1964, 480; Rees 1952, 92). Primećuje se da je car Justinijan pozvao defensore uglavnom na nekadašnje nadležnosti.

Promene u sudskom postupku, ostvarene Novelom 86, takođe su važan aspekt zakonodavstva cara Justinijana. U Noveli se navodi da osoba koja želi da pokrene spor, bilo parnični bilo krivični, treba da se obrati provincijskim sudijama (JN LXXXVI, 1), a ako grad nema sudiju, onda defensoru (JN LXXXVI, 7). Ukoliko to lice ne dobije zadovoljenje pravde na prvoj stepenici, može da se obrati svom episkopu, koji će uputiti provincijskog sudiju (ili defensora) u spor, odnosno ostvariti kontakt sa njim. Konačno, ako se pravda ne postigne ni posredovanjem episkopa, episkop u carevo ime obaveštava stranke o nepravdi koju su pretrpeli, a sudije će biti kažnjene (JN LXXXVI, 1). Po dogovoru stranaka sudije i defensori mogu i da se zaobiđu, kada se slučaj iznosi bez odlaganja pred episkopa, koji će doneti pravičnu presudu (JN LXXXVI, 2), takođe pod pretnjom sankcije (JN LXXXVI, 6), i time poštediti stranke utroška vremena. Zaobilaženje sudija i defensora, koje je doprinosilo bržem i olakšanom rešavanju sporova, proširilo je dodatno uloge episkopa u pravu i verovatno vremenom istisnulo defensore sa polja sudstva. Takav zaključak nameće se uvidom u stanje izvora koji dotiču defensora i narednih stoleća, u kojima se njegove uloge drastično smanjuju. Međutim, episkopi prisvajaju i druge poslove – od kraja VI veka oni drže gradske knjige – *gesta municipalia* (Durlait 1982, 73–83).

U papirusima VI stoleća sa teritorije Egipta ekdik se javlja u poslovima različitih grana privatnog i javnog prava – bračnog (potvrđuje bračne ugovore i daje pismo o razvodu), naslednog (testamentarnog i intestatskog), upravnog, obligacionog (kontraktnog i odštetnog) (detaljnije Rees 1952, 93–94). Slična situacija je i sve do arapskih osvajanja, ali i u dokumentima sa iste teritorije sve do VII veka.³⁴ Na zapadu, u gradovima Apeninskog poluostrva u kojima je obnovljena grčka vlast, ekdici takođe deluju u VI i VII veku, kada postepeno nestaju iz izvora (Бородин 2001, 249).

6. POSLEDNJI PODACI O EKDICIMA U VIZANTIJI

Važno mesto koje je ekdicima posvećeno u zakonodavstvu cara Justinijana I njegovi naslednici nemaju. Defensori, odnosno ekdici, ne pojavljuju se u poznatim novelama careva Justina II i Tiberija, od kojih neke za predmet imaju

³⁴ Zabeleženi su ekdici i među koptskim i arapskim izvorima (Rees 1952, 97).

sudije i gradske magistrate (arhonte).³⁵ Defensori su, prema Justinijanovom zakonodavstvu, imali *de iure* nadležnost da sude, kao prvostepene sudije, i svakako sudije za sporove male vrednosti tokom VI veka, a moguće je da je to stanje potrajalo sve do prvih decenija VII stoleća (Haldon 2009, 269). *Collectio Tripartita*, kompilacija crkvenih odredaba Justinijanovog zakonodavstva, koja je sastavljena verovatno oko 580. godine, obuhvata i odredbe koje se tiču sporova pred ekdikom, opisane u Justinijanovoj Noveli LXXXVI, poglavlje 7 (Coll. Tripartita III, 1, 3, 5). Bez obzira na taj podatak, situacija u praksi je bez sumnje bila drugačija, što potvrđuje stanje u izvorima.

Nije utvrđeno kada je za službu ekdika prestala da se vezuje bilo kakva sudska nadležnost; činjenica je da ih u zakoniku Ekloga, koji daje solidan pregled sudskog sistema, nema u tim poslovima (Humphreys 2015, 87–88). Specifično mesto u sudskoj nadležnosti Ekloge, ali i drugog izvora (Zemljoradnički zakon), imaju sudije ἀκροαταί, za koje je Hamfrejs (Michael T. G. Humphreys) pretpostavio da su zauzeli mesta defensora (Humphreys 2015, 219).

U Eklogi se ekdici, međutim, pojavljuju među drugim odredbama i sa jednom drugom nekadašnjom nadležnosti, kao zvaničnici koji učestvuju u naplati dugovanog (E. 10, 1, 2). Naime, ukoliko protekne dogovorenog roka iz ugovora o zajmu (δανειός), nakon tri opomene dužnika poverilac je ovlašćen da se obrati tavalaru ili ekdiku,³⁶ koji sastavljaju preciznu javnu pismenu procenu vrednosti založenih stvari (ἀκριβής δημοσία ἐκτίμησις ἔγγραφως). Osnov te odredbe može biti u Justinijanovoj Noveli XV, kako dokument koji sadrži procenjenu vrednosti zaloge, sastavljen od tavalara, verovatno ima karakter verodostojne javne isprave. Prisustvo defensora na tom mestu takođe ne iznenađuje, ukoliko se kao poreklo odredbe prepozna zakonodavstvo cara Justinijana i njegovih prethodnika o insinuaciji, pa se beleženje (ἀποσημείωμα) te pravne radnje može razumeti na taj način (Burgmann 1983, 207). Dakle, i pored toga što je u nauci prihvaćen stav da defensori nestaju nakon zakonodavstva cara Justinijana I, a posebno nakon VI veka, prema odredbama Ekloge, čini se da su u VIII veku, iako svedeni na minimum, još uvek živi tragovi njihovih nadležnosti.

O pravu u narednom periodu obavešteni smo na osnovu zakonika donetih u vreme vladavine Makedonske dinastije. Poznat je rad cara Vasilija i njegovih naslednika na sređivanju pravne tradicije i oblikovanju novog sistema. U okviru tih napora doneti su zakonici Epanagoge, Prohiron i Vasilike, koji,

³⁵ Cf. JGR, no. V, str. 7–10; JGR, no. IX, str. 15–16 (više, Saradi 1995, 169).

³⁶ L. Margetić prevodi ekdika kao prokonzula (Margetić 1980, 70), ispravno kod Burgmana (Burgmann 1983, 207).

međutim, imaju različit karakter (o njihovoj prirodi detaljnije Fögen 1998). Iz tog razloga ne čudi što je u Vasilikama na mnogim mestima preuzeto prethodno zakonodavstvo koje se tiče ekdika – preuzeta je u celini JN XV (B. I, VI, 18), kao i pojedine druge odredbe koje sporedno uređuju položaj ekdika (B. I, VI, 22, 7). Odredbe o ekdicima nisu predmet ni mlađih ni starijih sholija Vasilika, što može da govori o tome da je ekdik ili familijaran i prisutan, makar na osnovu svog crkvenog pandana, ili potpuno neaktuelan. Za razliku od Vasilika, u Prohironu nema podataka o toj službi, dok su u Epanagogama, čini se, svesno interpolirana mesta u kojima je ekdik prethodno figurirao. Jedan od izvora, čiji je tekst originalno zadržan, jeste JN XC, poglavlje 5, u kojoj se daje uputstvo za saslušavanje svedoka čija je provincija prebivališta različita od mesta podnošenja tužbe. Takav svedok može se saslušati u svojoj provinciji pred upravnikom provincije ili ekdikom (παρὰ τοῖς ἄρχουσιν ἢ τοῖς ἐκδίκουσι) (Επαν. XII, κθ'). Sadržina Novele podeljena je u dve odredbe Epanagoga, XII, κε' i XII, κθ'; u prvoj, kompilator potpuno izostavlja pomen ekdika a zadržava *upravnika*, dok se u drugoj odredbi verno prenosi tekst Novele (cf. Santos, Javier, Codoñer 2006, 332 fn. 175). Recepcija tek poneke odredbe, i pored toga što je primarna novela Justinijanovog zakonodavstva o ekdicima preuzeta u celini u makedonskom zakonodavstvu, ipak govori o tome da je služba „građanskih“, svetovnih ekdika pala u zaborav ili je, ponajmanje, u procesu nestanka iz prakse.³⁷

Serijom novih zakona car Lav VI Mudri je revidirao pravni sistem (videti Lokin 1994, 84). Tom prilikom, doneta je i odluka o ukidanju gradskih skupština, koju je pratilo i oduzimanje daljeg prava izbora magistrata i drugih gradskih zvaničnika, koje će, nadalje, postavljati isključivo car (LN XLVI; LN XLVII). U listama koje beleže prisustvo dostojanstvenika tokom IX–XI veka (Oikonomides 1927) nema ekdika, iz čega se zaključuje da od tih zvaničnika nisu nastali istoimeni dostojanstvenici niti kancelarije. Još je od prošlog stoleća poznato da je grad Herson uživao izvesan opseg autonomije u IX veku (Aleksyenko 2012, 61), kada je oblast bila u statusu arhontije, pre uvođenja tematskog sistema (detaljnije, Cvetković 2017, 150 i dalje). Nesvakidašnji je događaj pronalazak pečata ekdika Nikifora, gradskog zvaničnika Hersona (Алексеенко 1996, 155–170), koji su datovani u kraj IX ili početak X veka (Алексеенко 1996, 162; Seibt 2013, 192). Iako je odavno J. Ferluga pojavu arhontija dovodio u vezu sa gradskim municipijalnim uređenjem (Ferluga 1953, 89–90), a arhonte sa defensorima (ekdicima),

³⁷ Istovremeno, postoje podaci o delatnosti crkvenih ekdika, čiji je broj u Crkvi Svete Sofije određen još Novelom cara Iraklija (Konidaris 1982, I); takođe, još iz ranovizantijskog perioda sačuvan je i pečat tog crkvenih dostojanstvenika. <https://www.doaks.org/resources/seals/byzantine-seals/BZS.1947.2.537>, poslednji pristup 15. juna 2021.

ne može se reći da su arhonti, koji su zabeleženi u Hersonu, obavljali funkcije ekdika, što se pojavom skorašnjeg otkrića ekdikovih pečata sasvim odbacuje. Smatra se da su lokalni funkcioneri Hersona delovali verovatno kao predstavnici nekadašnje hazarske elite, pa se postavlja znak pitanja u vezi sa mogućim specifičnostima u njihovim profesionalnim zadacima. U tom smislu teško je naslutiti opseg delatnosti ekdika-defensora na kraju IX ili početkom X veka u Hersonu. Provincijski sudski sistem tog perioda je relativno poznat (Magdalino 1994, 93–116; Saradi 1995, 173; Morris 2013, 335–345) i u njemu nema tih zvaničnika, te se sudske nadležnosti poznih ekdika mogu sasvim isključiti. Taj zaključak se već nameće i istraživanjem na vek starijoj građi Ekloge.

7. ZAKLJUČAK

Carstvo se asinhrono menjalo, a ekdik je još jedan dokaz tog procesa. Istražiti slabu i gotovo nevidljivu tačku prelaska pravnih poslova koji su bili u nadležnosti svetovnih ekdika u domen crkve možda jeste putokaz za preciznije određivanje momenta nestanka svetovnih ekdika sa područja uprave, sudstva i građanskog prava, koji je do sada smatran uglavnom VI i VII vekom. Kako smo videli, izvesnije je da je reč o VIII, pa čak i IX veku, te da je taj proces, na nivou celog Carstva, kako ukazuju pečati Hersona, potrajao i do X veka.

Doprinos u složenosti izlaganja ove tematike daje i postojanje ekleziekdika, izvornih zastupnika – branitelja crkve, a kasnije stalnih zvaničnika, koji su već u zakonodavstvu cara Justinijana I dobili u nadležnost predmete svetovnog prava. Nestankom svetovnih ekdika, ekleziekdici počinju netačno da se doživljavaju kao nekadašnji glavni akteri Justinijanove Novele XV i među učenim ljudima; na taj način je i čuveni kanonista Teodor Valsamon tumačio taj zakon iz VI veka. Ta terminološka i pojmovna konfuzija sigurno je učestvovala u oblikovanju *ekdikiona*, suda nastalog u spomen na cara Justinijana I, koji je zasedao pri Crkvi Svete Sofije u Carigradu, kako sačuvani izvori počev od XII veka svedoče. U sastavu ekdikiona bili su dostojanstvenici ekdici, ekleziekdici i sudije, a svrha mu je bila upravo zaštita ugroženih.

LITERATURA

- [1] Алексеенко, Николай Александрович. 1996. Новые находки печатей представителей городского управления Херсона. *Материалы по археологии, истории и этнографии Таврии V*: 155–170.

- (Alekseyenko, Nikolay Alexandrovich. 1996. Noviye nahodki pechatey predstaviteley gorodskogo upravleniya Hersona. *Materialy po arheologii, istorii i etnografii Tavrii V*: 155–170)
- [2] Алексеенко, Николай Александрович. 2005. Defensor civitatis (ἑκδικος) и его роль в управленческом аппарате Херсона IX в. 67–75. *Античная древность и средние века*. Екатеринбург: Издательство Уральского университета. (Alekseyenko, Nikolay Alexandrovich. 2005. Defensor civitatis (ἑκδικος) i ego rol v upravlencheskom apparate Hersona IX v. 67–75. *Antichnaya drevnost i sredniye veka*. Yekaterinburg: Izdatelstvo Uralskogo universiteta)
- [3] Alekseyenko, Nikolay. 2012. *L'administration byzantine du Cherson: catalogue du sceaux*. Paris: ACHCByz.
- [4] Aličić, Samir. 2014. Defensor civitatis (zaštitnik građana) u Iliriku. 802–816. Zbornik radova *Vladavina prava i pravna država u regionu*, ur. Goran Marković. Istočno Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu.
- [5] Berger, Adolf. 1953. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Philadelphia: The American Philosophical Society.
- [6] Berneker, Erich. 1957. Defensor Civitatis. *Reallexicon fur Antike und Christentum III*, ed. Theodor Klauser. Stuttgart: Anton Hiersemann.
- [7] Бородин, Олег Робертович. 2001. *Равенский экзархат. Византийцы в Италии*. Санкт-Петербург: Издательство „Алетейя“. (Borodin, Oleg Robertovich. 2001. *Ravenskiy ekzarhat. Vizantiytsy v Italii*. Sankt-Peterburg: Izdatelstvo „Aleteya“)
- [8] Burgmann, Ludwig. 1983. *Ecloga: das Gesetzbuch Leons III. und Konstantinos' V*. Frankfurt am Main: Löwenklau Gesellschaft.
- [9] Chénon, Émile. 1889. Étude Historique sur le Defensor Civitatis. *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger* 13: 321–362; 545–561.
- [10] Claude, Dietrich. 1969. *Die byzantinische Stadt im 6. Jahrhundert*. München: Beck.
- [11] *Codex Justinianus*. 1877. ed. Paul Krüger. Berolini: apud Weidmannos.
- [12] Curchin, Leonard. 2014. The end of local magistrates in the Roman Empire. *Gerión* 32: 271–287.
- [13] Cvetković, Miloš. 2017. Niže jedinice tematskog uređenja u Vizantiji (IX–XI vek). Neobjavljeni rukopis. Univerzitet u Beogradu, Filozofski fakultet. <https://dais.sanu.ac.rs/handle/123456789/4530>, poslednji pristup 15. juna 2021.

- [14] Dagron, Gilbert. 1977. La Christianisme dans la ville byzantine. *Dumberton Oaks Papers* 31: 3–25.
- [15] Dagron, Gilbert, Dennis Feissel. 1987. *Inscriptions de Cilicie*. Paris: De Boccard.
- [16] Dechareuil, Joseph. 1908. Quelques problèmes d'histoire des institutions municipales au temps de L'Empire Romain. *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger* 32: 28–65.
- [17] Desjardins, Abel. 1892. Defensor Civitatis. *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*, eds. Charles Victor Daremberg, Edmond Saglio. Paris: Hachette.
- [18] Drašković, Marko. 2013. Iz privredne istorije vizantijskog Sarda u V veku. *Zbornik radova Vizantološkog instituta* 50: 75–111.
- [19] Durlait, Jean. 2/1982. Les attributions civiles des eveques byzantine L'exemple du diocèse d'Afrique (533–709). *Jahrbuch der Österreichische Byzantinistik* 32: 73–83.
- [20] Ferluga, Jadran. 1953. *Niže vojno-administrativne jedinice tematskog uređenja*. Beograd: Vizantološki institut SANU.
- [21] Fögen, Marie Theres. 1998. Reanimation of Roman Law, Byzantium in the Ninth Century Dead or Alive?. *Papers from the Thirtieth Spring Symposium of Byzantine Studies, Birmingham, March 1996*, ed. Leslie Brubaker. Milton Park: Routledge, 11–22.
- [22] Frakes, Robert M. 4/1994. The Origin of the defensor civitatis. *The Classical Journal* 89: 337–348.
- [23] Frakes, Robert. 1998. The Syro-Roman Lawbook and the Defensor Civitatis. *Byzantion* 68: 348–349.
- [24] Frakes, Robert. 2001. *Contra potentium iniurias: The defensor civitatis and Late Roman Justice*. München: C. H. Beck.
- [25] Ganghoffer, Roland. 1963. *L'evolution des Institutions municipales en occident et en orient au bas-empire*. Paris: Librairie générale de droit e de jurisprudence.
- [26] Haldon, John. 2003. *Byzantium in the Seventh Century: The Transformation of a Culture*. Cambridge: Cambridge University Press.
- [27] Hoepffner, André. 1938. Un aspect de la lutte de Valentinien I^{er} contre le Sénat: la création du „defensor plebis“. *Revue Historique* 182/2: 225–237.
- [28] Humphreys, Michael. 2015. *Law, Power and Imperial Ideology in the Iconoclast Era, c. 680–850*. Oxford: Oxford University Press.

- [29] Ilić, Tamara. Jovana Šijaković. 2020. Pismo Sv. Evstatija Solunskog o oslobađanju robova. 129–165. *Νομοφύλαξ*. Zbornik radova u čast Srđana Šarkića, ur. Tamara Ilić, Marko Božić. Beograd: JP Službeni glasnik – Pravni fakultet Union.
- [30] Jones, Arnold Hugh Martin. 1964. *The Later Roman Empire. 284–602. A Social, Economic and Administrative Survey*. Baltimore: Johns Hopkins University Press.
- [31] *Jus Graeco Romanum*. 1962. eds. Ioannes Zepos, Panagiotos Zepos, Aalen: Scientia.
- [32] Karayannopoulos, Johannes. 1958. *Das Finanzwesen des frühbyzantinischen Staates*. München: Oldenbourg.
- [33] Kazhdan, Alexander. 1991. Defensor civitatis. *Oxford Dictionary of Byzantium*, ed. Alexander Kazhdan. Oxford: Oxford University Press.
- [34] Konidaris, Ioannis. 1982. Die Novellen des Kaiseres Herakleios. *Fontes Minores V*: 33–106.
- [35] Kramer, Bairbel. 1990. Liste der Syndikoi, Ekdikoi, und Defensores in den Papyri Ägyptens. *Papyrologica Florentina 19: Miscellanea Papirologica in occasione del Bicentenario dell' Edizione della Charta Borgiana*. Florence: Gonnelli.
- [36] Laniado, Avshalom. 2002. *Recherches sur les notables municipaux dans l'empire protobyzantin*. Paris: Association des amis du Centre d'histoire et civilisation de Byzance.
- [37] Липшиц, Елена Эммануиловна. 1976. *Право и суд в Византии в IV–VIII вв.* Ленинград: Издательство „Наука“. (Lipshits, Yelena Emmanuilovna. 1976. *Pravo i sud v Vizantii v IV–VIII vv.* Leningrad: Izdatelstvo „Nauka“).
- [38] Lokin, Johannes Henricus Antonius Jan. 1994. The Significance of Law and Legislation in the Law Books of the Ninth to Eleventh Centuries. 71–91. *Law and Society in Byzantium: Ninth – Twelfth centuries*, eds. Angeliki Laiou, Dieter Simon. Washington: Dumbarton Oaks.
- [39] Macrides, Ruth. 1984. Justice under Manuel I Komnenos: Four Novels on Court Business and Murder. *Fontes Minores VI*: 156–167 .
- [40] Macrides, Ruth. 1985. Poetic Justice in the Patriarchate: Murder and Cannibalism in the Provinces. *Cupido Legum*, ed. L. Burgmann, M.-T. Fogen, A. Schminck. Frankfurt: Löwenklau.

- [41] Macrides, Ruth. 1991. Perception of the Past in the Twelfth-Century Canonists. 589–601. *To Βυζάντιο κατά τον 12ο αιώνα*, ed. Nicholas Oikonomides. Athens: Εταιρεία βυζαντινών και μεταβυζαντινών μελετών.
- [42] Macrides, Ruth. 1994. The competent court. 117–130. *Law and Society in Byzantium: Ninth-Twelfth Centuries*, ed. Angeliki Laiou, Dieter Simon. Washington: Dumbarton Oaks.
- [43] Magdalino, Paul. 1994. Justice and Finance in the Byzantine State. 93–116. *Ninth to Twelve Centuries, Law and Society in Byzantium, 9th–12th Centuries*, eds. Angeliki Laiou, Dieter Simon, Washington: Dumbarton Oaks.
- [44] Mancini, Gioacchino. 1961. Defensor civitatis. *Dizionario epigrafico di antichità romane*, ed. E. De Ruggiero, Roma: „L’Erma“ di Bretschneider.
- [45] Mannino, Vincenzo. 1984. *Ricerche sul „defensor civitatis“*. Milano: Giuffrè.
- [46] Margetić, Lujo. 1980. Ekloga iz 726. godine i njezina važnost za našu pravnu povijest. *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 1: 53–77.
- [47] Margetić, Lujo. 1–2/1985. O nastanku i razvoju službe defensor civitatis. *Živa antika* 35: 95–116.
- [48] Miller, Timothy. 2003. *The Orphans of Byzantium: Child Welfare in the Christian Empire*. Washington D. C: The Catholic University of America Press.
- [49] Monnier, Henry. 1912. La Nouvelle L de Léon le Sage et l’insinuation des donations. 237–291. *Mélanges P. F. Girard* II: Paris: Librairie Arthur Rousseau.
- [50] Morris, Rosemary. 1/2013. Travelling judges in Byzantine Macedonia (10th–11th c.). *Zbornik radova Vizantološkog instituta* 50: 335–345.
- [51] Oikonomides, Nicolas. 1972. *Les listes de prestance byzantines des IXe et Xe siècles*. Paris: Centre national de la recherche scientifique.
- [52] Partsch, Joseph. 10/1961. Der defensor civitatis. Zur Frühgeschichte des Defensornamtes. *Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Ph. Hist.* 7: 45–50.
- [53] Pergami, Federico. 1995. Istituzione del „defensor civitatis“. *Studi di diritto romano tardoantico* 61: 105–126.

- [54] Piganiol, André. 1947. *L'Empire Chrétien (325–395)*. Paris: Presses Universitaires de France.
- [55] Rees, Brinley Roderick. 1952. Defensor Civitatis in Egypt. *Rocznik papirologii praw-niczej* 6: 73–102.
- [56] Rouillard, Germaine. 1928. *L'administration civile de l'Égypte byzantine*. Paris: P. Geuthner.
- [57] Santos, Andrés, Francisco Javier, Juan Carlos Codoñer. 2006. *La introducción al Derecho (eisagoge) del patriarca Focio*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- [58] Saradi, Helen. 1995. The Byzantine Tribunals: Problems in the Application of Justice and State Policy (9th–12th c.). *Revue des études byzantines* 53: 165–204.
- [59] Seeck, Otto. 1901. Defensor civitatis. *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft* IV.2, ed. Georg Wissowa. Stuttgart: A. Druckenmüller.
- [60] Seibt, Werner. 2013. Was lehren die Siegel über die Verwaltung von Cherson im Mittelalter?. *Zbornik radova Vizantološkog instituta* 50: 187–194.
- [61] *The Theodosian Code and Novels and the Sirmondian Constitutions. A Translation with Commentary, Glossary, and Bibliography*. 1954. transl. Clyde Pharr. Princeton: Princeton University Press.
- [62] *Theodosiani libri XVI cum Constitutionibus Sirmondianis et Leges novellae ad Theodosianum pertinentes*. 1905. ed. Theodor Mommsen. Berolini: apud Weidmannos.
- [63] von Druffel, Ernst. 1915. *Papyrologische Studien zum byzantinischen Urkundenwesen im Anschluß an P. Heidelberg 311*. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung O. Beck.

Tamara ILIĆ, PhD

Research Assistant, Institute for Byzantine Studies, SASA, Serbia;
Assistant Professor, Union Faculty of Law, Serbia

EKDIKOS (DEFENSOR CIVITATIS) IN ROMAN EMPIRE AND BYZANTIUM

Summary

During the 5th and 6th centuries a significant change occurred in the nature of defensor civitatis, in line with the social and political context. After the reign of Emperor Justinian I, the competences of the defensor decreased. In cities, bishops took over tasks previously carried out by the defensores, a probable consequence being the disappearance of ekdikoi from administration and civil law, believed to have occurred in the 6th and 7th centuries.

The conclusions of this study support the thesis that the ekdikoi functioned in the Eastern Roman Empire as late as in the 8th century, and in some forms until the 9th century. In some parts of the Empire the ekdikoi acted until the early 10th century, which was proven by the discovery of the Cherson seals.

The methods used are linguistic interpretation of middle-Byzantine legal codes and comparative-historical method based on identification of Byzantine adoptions of Roman provisions.

Key words: *Roman administration. – Codex Theodosianus. – Justinian law. – Novels of Leo VI the Wise. – Ecloga.*

Article history:

Received: 31. 7. 2021.

Accepted: 30. 8. 2021.

UDK 575:342.7; 575:316; 575:174

CERIF: S 130, S 210

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_21305A

Dr Ranko SOVILJ*

Dr Sanja STOJKOVIĆ ZLATANOVIĆ**

**PRAVNE, SOCIJALNE I ETIČKE IMPLIKACIJE EDITOVANJA
HUMANOG GENOMA PRIMENOM TEHNOLOGIJE CRISPR/
Cas9*****

Otkriće tehnologije CRISPR/Cas9¹ proizvelo je revoluciju u humanoj medicini, zbog dostupnosti, efektivnosti i niskih troškova, čime su otvorena brojna pitanja. S obzirom na to da primenom te tehnologije možemo da programiramo svoju buduću decu i da značajno produžimo životni vek, postavljamo pitanje da li to treba da dopustimo. Polazna osnova predmetnog istraživanja je određivanje granica pravne dopuštenosti, odnosno etičke opravdanosti tog postupka, sagledavanjem savremenih pravnoteorijskih stanovišta, etičkih vrednosti i društvenog značaja. U radu se primenom normativnog, komparativnog i sociološkog metoda analizira uticaj razvoja biotehnologije, u kontekstu genetičkih intervencija, na redefinisane regulatornog okvira.

* Naučni saradnik, Institut društvenih nauka u Beogradu, Srbija, rsovilj@idn.org.rs.

** Naučni saradnik, Institut društvenih nauka u Beogradu, Srbija, szlatanovic@idn.org.rs.

*** Rad je napisan u okviru Programa istraživanja Instituta društvenih nauka za 2021. godinu koji podržava Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja.

¹ *Clustered regularly interspaced short palindromic repeats* (CRISPR/Cas9) predstavlja tehnologiju grupisanih kratkih palindromskih ponavljanja s redovnim intervalima.

Kritično sagledavanje u kontekstu pravnog normiranja genetičkih intervencija na germinativnim ćelijama, te zadovoljenje interesa svih učesnika, definisano je kao osnovni predmet istraživanja, koji će biti razmatran shodno holističkom pristupu ostvarivanju ljudskih prava.

Ključne reči: *Editovanje humanog genoma. – Tehnologija CRISPR/Cas9. – Pravne implikacije. – Etička opravdanost. – Društveni značaj.*

1. UVOD

Imajući u vidu naučni progres u medicini, biologiji i genetici, pitanje pravne zaštite osnovnih ljudskih vrednosti, kao što su život, telesni integritet, ljudsko dostojanstvo i privatnost, postaje sve izraženije. Pravno uređenje editovanja humanog genoma, kao jedne forme genetičkog istraživanja, prioritetan je zahtev iz više razloga: da bi se identifikovali vrednosti i interesi koje pravni poredak nastoji da zaštiti, da bi se sprečile potencijalne zloupotrebe i propisale sankcije za kršenje pravila, u vezi sa primenom novih tehnologija, kakva je tehnologija CRISPR/Cas9 (Klajn Tatić 2006, 24–25).²

U predmetnom istraživanju se polazi od pitanja da li zaštita ljudskih prava implicira ograničenje, odnosno usporavanje naučnog progressa, ili pak doprinosi podsticanju i promovisanju naučnog napretka na polju biomedicine i genetike. Genetičke tehnologije poput CRISPR/Cas9 daju neverovatna obećanja, ali predstavljaju i zastrašujuće izazove. Da li primena CRISPR/Cas9 na ljudskim embrionima može biti klizav put koji će navesti istraživače da se uključe u nebezbednu, neetičku i nemedicinsku upotrebu tehnike (Furrow 2017, 38)? S tim u vezi, editovanje humanog genoma spada u goruća pitanja zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda, dostojanstva, integriteta i identiteta ljudskog bića. Razmatrajući mogućnost i širu rasprostranjenost primene editovanja humanog genoma, neupitno je da će dalekosežne implikacije biti nesagledive. Nisu sporne prednosti tehnologije CRISPR/Cas9 za dobrobit čovečanstva već mogućnosti da kriminalci, bioteroristi, odmetnuti režimi zloupotrebe nove tehnologije s obzirom na to da ne postoji adekvatan regulatorni okvir. Napredak u oblastima biomedicine i genetike neće dovesti samo do brojnih etičkih problema i zaštite privatnosti već će pospešiti i kriminalne aktivnosti.

² U naučnoj i stručnoj literaturi se, osim termina editovanje genoma, koriste i drugi termini za objašnjenje i prevod termina 'editovanje', poput: uređenje, modifikacija, manipulacija, popravljavanje ili preinačenje genoma.

U praksi se učestalo postavlja pitanje šta je dopušteno u domenu genetičkog istraživanja na čoveku kakvo je editovanje genoma, a šta je zabranjeno. Treba napomenuti da je to pitanje i pravno i etičko, te da podleže pravnim i etičkim normama (Klajn Tatić 2012, 27), ali i socijalno, pa su i društvena shvatanja od značaja za uređivanje te oblasti. S tim u vezi, cilj rada je da se ukaže na neophodnost normiranja granica pravne dopuštenosti, uz prethodno sagledavanje etičke opravdanosti i društvenog značaja primene postupka editovanja genoma, analiziranjem trenutnih dostignuća u toj oblasti nauke. Fokus je na postupku editovanja humanih germinativnih, odnosno reproduktivnih ćelija, budući da je u pitanju radikalna metoda kojom se menja DNK embriona, odnosno gameta, kojom se ne menjaju samo osobine ćelija već se utiče i na genetičko nasleđe budućih generacija. S druge strane, editovanje ćelija tkiva, odnosno somatsko editovanje, neće biti predmet analize jer je to metoda kojom se deluje na tačno određene, već formirane ćelije tkiva, bez ikakvog uticaja na potomstvo. Naime, istraživanja su pokazala da editovanje germinativnih ćelija može da utiče na imunski odgovor pojedinca, dok su *in vivo* naučni ogledi u kojima je primenjivan postupak editovanja somatskih ćelija pokazali zadovoljavajuće rezultate, odnosno bili su u skladu sa odobrenim protokolom sprovođenja kliničkih ispitivanja (Rangel Gonçalves, de Melo Alves Paiva 2017, 369).

Nakon definisanja tehnologije editovanja humanog genoma CRISPR/Cas9, ukazivanjem na njen značaj i primenu u oblasti medicine i genetike, osnovna pravnoteorijska pitanja editovanja germinativnih ćelija biće sagledana u kontekstu univerzalnih etičkih vrednosti i usvojenih društvenih konvencija. To, naročito, u okvirima dominantnog holističkog i integrativnog principa u ostvarivanju i zaštiti osnovnih ljudskih prava, uz primenu multidisciplinarnog pristupa predmetu istraživanja.

2. POSTUPAK EDITOVANJA GENOMA PRIMENOM TEHNOLOGIJE CRISPR/CAS9

Editovanje ljudskog genoma³ primenom tehnologije CRISPR/Cas9 podrazumeva ciljanu izmenu određene sekvence DNK u živoj ćeliji, koja se sprovodi tako što se deo genetičkog materijala iseca na tačno utvrđenom

³ Editovanje ljudskog genoma je proces promene gena pomoću naučnih metoda sa ciljem lečenja ili sprečavanja bolesti (*the process of changing genes using scientific methods, in order to cure or prevent disease*). <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/gene-editing>.

mestu. Tehnologija CRISPR/Cas9 (*Clustered regularly interspaced short palindromic repeats*), odnosno grupisana kratka palindromska ponavljanja s redovnim intervalima, razvijena je 2012. godine i imenovana je prema proteinu koji se koristi za isecanje lanca DNK (Rodriguez 2016, 1). Prvobitno, tehnologija CRISPR/Cas9 je primenjena na bakterijama, kao deo adaptivnog imunskog sistema koji bakterijama omogućava zaštitu od invazivnih stranih DNK, kao što su bakteriofage (Khatodia *et al.* 2016, 2). U međuvremenu, u praksi je uočena aktivna primena te tehnologije u stvaranju i proizvodnji novog tipa genetički modifikovanih useva, biljaka i životinja, koji ne bi bili transgenetički, odnosno u njih se ne bi inkorporirala DNK drugih organizama. Primena tehnologije CRISPR/Cas9 omogućava analiziranje uloge gena u ćelijama sisara preinačenjem genoma, odnosno korigovanjem genetičke mutacije odgovorne za nasledne bolesti (Doudna, Charpentier 2014, 1077).⁴ Nakon tri godine implementiranja, grupa kineskih istraživača primenila je metodologiju CRISPR/Cas9 u humanoju medicini. Time je trasiran put za dijagnostikovanje, prevenciju i lečenje bolesti novom tehnologijom, koja ne samo da je efikasna već je i jeftina i pristupačna (Polcz, Lewis 2016, 413).

Genetička istraživanja poput editovanja humanog genoma razlikuju se od svakodnevne medicinske prakse, javnog zdravlja i drugih oblika zdravstvenog zbrinjavanja usmerenih da neposredno doprinesu zdravlju pojedinaca ili društva. Shodno tome, istraživači i zdravstveno osoblje koje učestvuje u postupku editovanja genoma obavezni su da štite život, zdravlje, dostojanstvo, integritet, pravo na samoodređenje, privatnost i poverljivost ličnih informacija pacijenata kao subjekata istraživanja (Klajn Tatić 2012, 25).

Ciljano editovanje genoma⁵ u humanoju medicini koristi se za narednu generaciju željenih endogenih modifikacija, poput poremećaja gena, dodavanja ili korekcije jednog ili više specifičnih genoma u prekinutom lancu DNK, upotrebom prilagođenih kreiranih nukleotida. Primenom tehnologije editovanja genoma CRISPR/Cas9 postalo je sasvim izvodljivo „irezati“

⁴ Emanuel Šarpantje (Emmanuelle Charpentier) i Dženifer A. Daudna (Jennifer A. Daudna) dobitnice su Nobelove nagrade za hemiju za 2020. godinu. Nagrada im je dodeljena za razvoj metode modifikovanja genoma primenom tehnologije CRISPR/Cas9.

⁵ Editovanje genoma molekularnim alatima moguće je već neko vreme. Međutim, ispostavlja se da otkriće CRISPR/Cas9 predstavlja prekretnicu u daljem razvoju nauke, s obzirom na to da je ovom tehnologijom uveliko unapređen alat dostupan za genetička istraživanja. CRISPR/Cas9 omogućuje inženjering gena svih vrsta, uključujući i ljudsku, s daleko većom preciznošću, brzinom, dostupnošću, fleksibilnošću i pristupačnošću (Furrow 2017, 34). S druge strane, postoje i drugačiji stavovi. Mecl navodi da uprkos svestranosti ove tehnologije, preciznost editovanja genoma je i dalje u početnoj fazi (Metzl 2019, 133).

mutirani gen i zameniti ga zdravim. Posredi je tehnologija spajanja gena, koja podrazumeva modifikovanje genetičkog materijala organizma radi promene ili poboljšanja njegovih karakteristika (Furrow 2017, 34). Time je otvorena mogućnost izlečenja mnogih oboljenja, kao što su mitohondrijska oboljenja, i poboljšanja reproduktivnih mogućnosti u situacijama u kojima preimplantaciona genetička dijagnoza i vantelesna oplodnja (PGD-IVF) nisu prihvatljivi iz medicinskih ili ličnih razloga (Furrow 2017, 36). Takođe, upotrebom te tehnologije u humanoj medicini omogućio bi se normalan život osobama sa razornim kongenitalnim oboljenjima, poput mišićne distrofije, autoimunih bolesti, Hantingtonove horeje, oštećenja vida i sluha. U međuvremenu, naučnici nastoje da pomoću metode editovanja genoma CRISPR/Cas9 spreče i druge nasledne bolesti, poput Dišenove (Duchenne) mišićne distrofije (Kalinić 2019, 4). Međutim, kolike god bile prednosti upotrebe te tehnologije u humanoj medicini (sprečavanju naslednih oboljenja), valjalo bi istaći da su moguća neželjena i nepredvidljiva dejstva, s obzirom na to da je postupkom editovanja genoma moguće preneti neželjene mutacije na naredna pokolenja. U prilog tome, navodimo slučaj koji je izazvao pažnju stručne i opšte javnosti 2018. godine. Naime, kineski naučnik He Jankui je, bez izrazite potrebe za lečenjem određene bolesti, u tajnosti sproveo postupak editovanja humanog genoma te su rođene prve bebe sa modifikovanim genima, kod kojih je izmenjen protein – receptor koji omogućava virusu HIV da inficira limfocite (Sovilj 2020, 36). Taj događaj pokazuje kako se u oblastima medicine i genetike lako mogu zloupotrebiti nove tehnologije.⁶ Upravo obilje primene tehnologije u savremenoj medicini iznedrilo je posebne pravne i etičke probleme, koji proizlaze iz odnosa medicine prema tehnološkim inovacijama. Međutim, neretko se događa da pravno normiranje zaostaje za naučnim progresom medicine i genetike, što je slučaj i sa editovanjem humanog genoma. Pravo treba da prati i reguliše pitanja koja su povezana sa postupkom editovanja genoma i da, s tim u vezi, odredi granice kojima se štite stečene vrednosti društva, ali i prava i slobode pojedinaca, koja se smatraju osnovnim načelom i temeljem savremenog prava (Sovilj, Stojković Zlatanović 2019, 327–328). Takođe, neophodno je obezbediti transparentnost naučnog istraživanja, ali i odgovornost da istraživanja ispunjavaju etičke i naučne standarde. Naučni progres je

⁶ U februaru 2016. godine, Uprava za humanu fertilizaciju i embriologiju (*Human Fertilization & Embryology Authority – HFEA*), inače nadležna za nadziranje i zakonsko regulisanje reproduktivnih tehnologija u Velikoj Britaniji, odobrila je primenu CRISPR/Cas9 na ljudskim embrionima na Institutu *Francis Crick* u Londonu sa ciljem proučavanja uzroka neplodnosti. Posredi je prva klinička studija u Velikoj Britaniji za istraživanje ljudskih embriona primenom editovanja genoma, sa ograničenjem na 14 dana, što je predviđeno međunarodnim konvencijama (Paradise 2016, 3).

nezaustavljiv te je verovatno da će se vršiti pritisak na donosioce odluka da regulišu predmetno pitanje. Izvesno je da će pritisak dolaziti i od pojedinaca koji će nameravati da koriste tehnologiju editovanja genoma u sopstvene medicinske, reproduktivne i druge svrhe (Hinxton 2015, 2).

3. PRAVNI DOMAŠAJ EDITOVANJA GENOMA U HUMANOJ MEDICINI

Polazeći od kompleksnosti editovanja humanog genoma i, naročito, „osetljivosti“ prikupljenih genetičkih informacija, otvaraju se brojna pitanja neposredno povezana sa mogućnošću zadiranja u osnovna ljudska prava, uključujući pravo na privatnost i zaštitu od diskriminacije (Stojković Zlatanović 2019, 98). U tom kontekstu, pravna razmatranja se, pre svega, odnose na normativni okvir i regulativu, koja se implementira sa ciljem kontrolisanja upotrebe jedne sasvim nove tehnologije, kakvo je editovanje humanog genoma (Mujović 2007, 43). Pojedini pravници ističu da svako editovanje ljudskog genoma ne treba da ima istovetnu pravnu sudbinu. Prema njihovom mišljenju, valjalo bi dopustiti tzv. negativne genetičke intervencije, odnosno intervencije čiji je cilj da se onemogući prenos naslednih oboljenja na potomke, dok bi se pravna zabrana editovanja ljudskog genoma odnosila na tzv. pozitivne genetičke intervencije kojima se povećavaju pojedine naročite sposobnosti ljudi (Klajn Tatić 2012, 45). Otuda se u vezi sa editovanjem humanog genoma sučeljavaju dva međusobno suprotstavljena interesa: interes društva da u budućnosti bolje štiti život i zdravlje svih ljudi i interes pojedinca, subjekta istraživanja, da se njegov lični život i zdravlje zaštite od opasnosti, odnosno od rizika kojima biva izložen (Klajn Tatić 2010, 209–210). U tom smislu, neophodno je odmeriti konfrontirane interese i pronaći ravnotežu. U teoriji preovladava pravni i moralni stav da interesi i blagostanje pojedinca kao subjekta istraživanja imaju prednost u odnosu na interese nauke i društva (Radišić 2008, 253–254).

Pitanje genetičkog inženjeringa ljudskih ćelija postupkom editovanja genoma posebno je delikatno (kontroverzno) imajući u vidu da zbog toga što dotiče buduća pokolenja. Činjenica da editovanje genoma pogađa buduće generacije ključni je prigovor novoj tehnologiji. S tim u vezi, u Smernicama Američkog lekarskog udruženja (*American Medical Association*) iz 1996. godine stoji da je nedopustivo sprovesti genetički inženjering na germinativnim ćelijama jer pogađa buduće generacije i može prouzrokovati nepredvidljive i nepovratne rezultate. Dodatna zabrinutost proizlazi iz toga što deca koja nisu rođena ne mogu dati pristanak na izmenu svoje DNK (Polcz, Lewis 2016, 415). *In stricto sensu*, ostaje sporno pitanje pravne saglasnosti potomaka na genetičku modifikaciju, imajući u vidu da sadašnja

generacija odlučuje za buduće generacije, primoravajući ih na aktuelne vrednosti i trendove, koji se tokom vremena izvesno mogu promeniti (Sovilj 2020, 35). Osim toga, otvara se pitanje prava na naknadu štete deteta začetog postupkom editovanja genoma, s obzirom na nepredvidljive posledice koje ta tehnologija može prouzrokovati. U tom kontekstu, ukoliko bi se tokom života osobe začete postupkom genomskog editovanja ispoljile određene bolesti ili stanja uzrokovana tim postupkom, otvorilo bi se, između ostalog, pitanje prava na naknadu neimovinske (moralne) štete (Radišić 2008, 200). Pod moralnom štetom podrazumevaju se telesni i/ili duševni bol i strah dovoljnog trajanja i intenziteta. Shodno tome, moralna šteta se ne bi sastojala u povredi nekog ličnog neimovinskog prava niti povredi objekta tog prava već u jednom intimnom trpljenju koje bi bilo uzrokovano predmetnim postupkom (Karanić Mirić 2015, 487–489).

Postojanje tako moćne tehnologije kao što je CRISPR/Cas9 pokrenulo je raspravu u naučnim i stručnim krugovima na međunarodnom nivou. Debata je prvenstveno usredsređena na pitanje pravne dopuštenosti genetičke modifikacije germinativnih ćelija primenom te tehnologije, s obzirom na to da germinativna modifikacija, odnosno uvođenje gena u germinativne linije (*germ line gene therapy*), implicira nasledne promene koje će se odraziti na buduće potomstvo. Nasuprot germinativnoj modifikaciji, intervencija gena u somatske ćelije podrazumeva manipulaciju određenim organom. Shodno tome, somatska modifikacija genoma najčešće se posmatra kao potklasa genske terapije.⁷ Genska terapija se odnosi na upotreba gena sa ciljem lečenja određene bolesti, što nužno implicira modifikaciju nečijeg genoma. Budući da genska terapija podrazumeva prethodnu datu saglasnost pacijenta, ali i da utiče samo na pacijenta nad kojim se sprovodi, prevladalo je stanovište da je ona prihvatljiva. U jednom komentaru Henk Grili je izjavio da, uprkos višegodišnjim raspravama o delotvornosti genske terapije somatskih ćelija, pitanje somatske genske modifikacije nije proizvelo duboke nedoumice, osim efikasnosti i istraživačke etike (Greely 2015, 1).

O pravnim, socijalnim i etičkim implikacijama genetičke modifikacije vodile su se rasprave još od sedamdesetih, kada je prvi put predstavljena ideja o genskoj terapiji. Naučna rasprava je stagnirala, između ostalog, zbog toga što je primena genske terapije u humanoj medicini neznatna u odnosu na prvobitna očekivanja. U svetu je do danas za kliničku upotrebu odobren neznatan broj genskih terapija, čiji se rezultati još uvek sagledavaju (Polcz,

⁷ Na ovom mestu bi valjalo ukazati na razliku između editovanja genoma i genske terapije jer su ta dva postupka blisko povezana. Naime, editovanje genoma i genetički inženjering su tehnologije koje se upotrebljavaju u genskim terapijama, ali poseduju i širu funkcionalnost. Svaka genska terapija jeste genetički inženjering, ali svaki genetički inženjering nije genska terapija (Metzl 2019, 137).

Lewis 2016, 418). Ukoliko se utvrdi da su rezultati dobijeni tehnologijom CRISPR/Cas9 validni i naučno utemeljeni, sasvim je izvesno da nas u doglednoj budućnosti očekuju značajne promene u dijagnostikovanju, prevenciji i lečenju bolesti primenom genetičke modifikacije. Zbog toga je neophodno blagovremeno pravno urediti tako kompleksno pitanje kao što je editovanje humanog genoma. Do sada pitanje primene editovanja humanog genoma u dijagnostičke, preventivne i terapijske svrhe nije pravno uređeno ni na nivou Evropske unije. Savet Evrope je 2001. godine doneo Preporuku o zaštiti ljudskog genoma,⁸ kojom se države članice pozivaju da potpišu, ratifikuju i primene Konvenciju o ljudskim pravima i biomedicini (Konvencija iz Ovijsjeda) iz 1997. godine⁹ i da izmene osnove patentnog prava u vezi sa svojinom na ljudskim tkivima i genima koji pripadaju zajedničkoj baštini čovečanstva (Đukanović 2015, 285).

Genetička istraživanja i klinički ogledi na ljudima razlikuju se od medicinske prakse, javnog zdravlja i drugih oblika zdravstvenog zbrinjavanja usmerenih ka očuvanju zdravlja pojedinca ili zajednice. Međutim, genetička istraživanja i medicinsku praksu moguće je vršiti istovremeno (Klajn Tatić 2012, 25). Tako se u članu 35 nove Helsinške deklaracije,¹⁰ u delu C koji se odnosi na „istraživanje kombinovano s lečenjem“, navodi: „U lečenju pacijenta, gde dokazani profilaktički, dijagnostički i terapijski metodi ne postoje ili nisu delotvorni, lekar je, s informisanim pristankom pacijenta, slobodan da upotrebi nedokazane ili nove profilaktičke, dijagnostičke i terapijske mere ukoliko proceni da to pruža nadu u spasavanje života, ponovno uspostavljanje zdravlja ili ublažavanje patnje“ (Klajn Tatić 2012, 25).

U domaćem pravu, genetička usluga je Zojinim zakonom definisana kao posebna zdravstvena usluga u oblasti preventivne medicine i usluga u svrhu dijagnostike i lečenja, koja obuhvata genetičko informisanje, genetičko savetovanje i genetičko ispitivanje.¹¹ Međutim, postupak editovanja genoma u humanoj medicini nije pravno uređen u domaćem pravnom poretku. Sveobuhvatnom analizom propisa kojima se uređuju oblasti medicine i genetike uočavamo samo odredbu Zakona o biomedicinski potpomognutoj

⁸ Recommendation 1512 (2001). Protection of the Human Genome by the Council of Europe, Art 11 (1)

⁹ Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention of Human Rights and Biomedicine, 1997, Council of Europe, Details of Treaty No. 164.

¹⁰ Helsinška deklaracija Svetske medicinske asocijacije, Seul 2008. (World Medical Association of Helsinki. Ethical Principles for Medical medicine Research Involving Human Subjects, 2008).

¹¹ Zakon o prevenciji i dijagnostici genetičkih bolesti, genetički uslovljenih anomalija i retkih bolesti (Zojin zakon), *Službeni glasnik RS* 8/2015, čl. 3, st. 1, tač. 3.

oplodnji, koja zabranjuje izvesne genetičke intervencije u postupku vantelesne oplodnje. Zakonom su zabranjene sledeće aktivnosti: stapanje ljudskih gameta sa drugim živim ćelijama koje nisu humanog porekla i oplodnja jajne ćelije izborom semenih ćelija koje su birane kako bi se rodilo dete određenog pola.¹² Na taj način zakonodavac je eksplicitno zabranio genetičke intervencije koje se odnose na izbor pola deteta,¹³ osim ako se time sprečava nastanak i prenos teške nasledne bolesti koja je u vezi sa polom deteta (Sovilj 2020, 39). Tumačenjem po analogiji, tu zakonsku odredbu bismo mogli proširiti i na zabranu editovanja genoma samo u onom delu koji bi se odnosio na „poboljšanje“ ljudskog potomstva (izbor pola deteta), bez ikakvih realnih potreba. S druge strane, Kodeksom medicinske etike Lekarske komore Srbije kojim se uređuje postupanje lekara u biomedicinskim istraživanjima dopušta se modifikacija ljudskog genoma. Naime, u članu 40 stoji da se zahvati usmereni na preinačenje ljudskog genoma mogu izvoditi samo u preventivne, dijagnostičke i terapijske svrhe, uz uslov da se ta preinačenja ne prenose na potomstvo, što nam nedvosmisleno ukazuje na to da je zabranjeno sprovoditi preinačenje na germinativnim ćelijama. S tim u vezi, zabranjeno je kloniranje, odnosno stvaranje genski identičnih lica, jer je suprotno etici i poštovanju ljudskog dostojanstva. Dalje, zabranjeni su svi postupci usmereni na stvaranje genski istovetnog ljudskog bića, odnosno sa istim genskim sistemom koji ima i drugo ljudsko biće – živo ili umrlo.¹⁴ Sasvim je opravdana zabrana kloniranja sa ciljem začeća i rođenja deteta, s obzirom na to da se time nastoji sačuvati jedinstvenost ljudske ličnosti i njeno dostojanstvo (Sjeničić, Sovilj, Stojković Zlatanović 2018, 765).

4. SOCIJALNE IMPLIKACIJE EDITOVANJA HUMANOG GENOMA

Postupak editovanja genoma povezan je sa osetljivim društvenim i etičkim pitanjima, koja impresioniraju široke i različite slojeve društva. Editovanje genoma otvara širok spektar rizika. Dalekosežne promene mogle

¹² Zakon o biomedicinski potpomognutoj oplodnji, *Službeni glasnik RS* 40/2017 i 113/2017, čl. 49, st. 1, tač. 15 i 16.

¹³ Istovetno rešenje predviđeno je Zakonom o prevenciji i dijagnostici genetičkih bolesti, genetički uslovljenih anomalija i retkih bolesti, koji izričito zabranjuje da se dijagnostički postupak pre začeća ili u toku trudnoće koristi u svrhu selekcije pola deteta, osim ukoliko se to čini radi izbegavanja prenošenja teške nasledne bolesti povezane sa polom deteta. Zakon o prevenciji i dijagnostici genetičkih bolesti, genetički uslovljenih anomalija i retkih bolesti (*Zojin zakon*), *Službeni glasnik RS* 8/2015, čl. 10, st. 1.

¹⁴ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS* 98/2006, čl. 24, Kodeks medicinske etike Lekarske komore Srbije, *Službeni glasnik RS* 104/2016, čl. 40 i 41.

bi se proširiti i na neciljanu populaciju društva. Shodno tome, nemoguće je analizirati primenu editovanja humanog genoma u medicinske svrhe bez učešća i podrške društva. U teoriji postoje različita stanovišta o tome da li treba dopustiti editovanje genoma. Pojedini autori ističu neželjene efekte po društvo koje bi proizvelo dopuštanje editovanja humanog genoma, poput podsticanja nejednakosti jer bi imućni roditelji mogli da priušte „poboljšanu“ decu sa povećanim kapacitetom inteligencije ili drugim unapređenim osobinama. *A contrario*, Grili sumira razloge zbog kojih je malo verovatno da će se u doglednoj budućnosti dopustiti genetička modifikacija germinativnih ćelija primenom tehnologije CRISPR/Cas9: pitanje bezbednosti, slaba medicinska potražnja i kontroverzna priroda samog postupka (Furrow 2017, 41).

Međutim, tehnologija editovanja genoma CRISPR/Cas9 može biti atraktivna za pojedine sportiste te ne treba isključiti mogućnost da bi oni verovatno bili prvi korisnici. Postoji nekoliko razloga koji nam ukazuju na to da nema prepreka za eksperimentisanje u domenu sporta. Prvo, mnogi sportisti su pokazali spremnost da rizikuju, uključujući biološke modifikacije, kako bi poboljšali lične performanse. Drugo, sportske performanse su oblast u kojoj naše genetičko razumevanje već sugerise izvesne somatske genske modifikacije, koje bi mogle dati prednost u sportu. To je delimično zato što su mnogi geni koji su relevantni za sport takođe klinički relevantni iz nezavisnih razloga, na primer održavanje mišićne mase pacijenata sa mišićnom distrofijom. Treće, editovanje genoma verovatno će biti teško otkriti. Ne iznenađuje to što ideja o „genskom dopingu“ kruži više od jedne decenije, a Svetska antidoping agencija ga je izričito zabranila 2003. godine. Imajući u vidu efikasnost i široku dostupnost tehnologije CRISPR/Cas9 čini nam se da je mnogo bliža stvarnost „genskog dopinga“ (Polcz, Lewis 2016,422).

Nasuprot germinativnoj modifikaciji ćelija, somatska genska modifikacija omogućava vam da samostalno donosite odluke o editovanju genoma, koje će se direktno odraziti na vaše strasti i životne izbore. Primera radi, bejzbol igrači danas se neretko odlučuju za neterapeutsku operaciju kako bi povećali šanse za uspeh. Slično je i sa postojećom laserskom operacijom oka, koja ljudima može dati priliku da izoštre vid i do 20 puta, koju su prihvatile oružane snage SAD (Polcz, Lewis 2016, 422). Primenom analogije, konstatujemo da bi u bliskoj budućnosti takvi izbori mogli da se prošire na somatsku gensku modifikaciju, kojom biste, između ostalog, mogli da vršite selekciju željenih osobina budućeg potomstva. U početnoj fazi primene postupka editovanja genoma, verovatno bi se obavljale intervencije sa ciljem eliminisanja ozbiljnih bolesti i akutnih stanja, dok bi se u nekoj sledećoj fazi pristupilo modifikaciji estetski poželjnih osobina, prema

ličnim afinitetima roditelja (npr. izbor pola deteta, visine, boje očiju, kose, inteligencije, kapaciteta memorije, sportskih sposobnosti) (Sovilj 2020, 33). U domaćem pravu ustavnom normom garantovano je pravo na odlučivanje o rađanju dece.¹⁵ Dominantna interpretacija člana 63 Ustava Republike Srbije o slobodi odlučivanja o rađanju dece podrazumeva slobodu svakog čoveka da odlučuje o uslovima pod kojima će svoju egzistenciju nastaviti u svom potomstvu (Draškić). Granice takve slobode treba jasno utvrditi, naročito, u kontekstu ubrzanog biotehnološkog razvoja, kako tumačenje „slobode pojedinca vezane za uslove osiguranja željenog potomstva“ ne bi bilo (pre) široko u obuhvatu te dovelo do zloupotreba osnovnih prava potomaka i povrede opštečovečanskih vrednosti dostojanstva ličnosti. Stoga, izostanak zakonskog regulisanja otvara često „zastrašujuća“ i apsurdna pitanja kao što je da li Ustav daje pravo roditeljima da rađaju dete određene boje kose i očiju. Pojedini autori ističu da roditelji mogu svoju decu podvrgnuti raznim kozmetičkim i hirurškim postupcima (npr. rekonstruktivna operacija, rinoplastika i sl.) ne kršeći pritom ustavne odredbe (Enriquez 2019, 1233). Raznolikost teorijskih stanovišta, pravnih rešenja, moralnih i društvenih shvatanja ide ruku pod ruku sa nepostojanjem pravnog okvira (Karanikić Mirić 2016, 110). U svakom slučaju, neophodna je odgovarajuća državna intervencija koja bi zabranila takve i slične genetičke intervencije koje su suprotne trenutno opšteprihvaćenim društvenim vrednostima.

Ukoliko pođemo od premise da je opravdano „poboljšavati“ ljudska bića, čini nam se da bi to bilo izvodljivo ako bi primena editovanja genoma tehnologijom CRISPR/Cas9 bila rasprostranjena. Dilema je da li je moguće da „poboljšanjem“ jedne osobine ne utičemo na unapređenje i drugih osobina. U tom kontekstu, verovatno je da bi se prvobitno pristupilo modifikaciji estetski poželjnih osobina, poput telesne visine. Slična situacija bi bila i sa intelektom, koji je, smatra Fukujama, jedan od prioritetnijih ciljeva budućeg genetičkog tretmana. Fukujama navodi da društvo sa višim nivoom prosečne inteligencije može postati bogatije, u meri u kojoj je produktivnost u korelaciji sa inteligencijom (Fukuyama 2003, 117–118). S druge strane, postoje ljudi koji iz religioznih ili nekih drugih razloga ne žele ili pak nisu u mogućnosti da podvrgnu svoju decu genetičkom tretmanu. U situaciji sveopšte pomame za genetičkom modifikacijom primenom editovanja genoma, osobe koje bi se suprotstavile takvim promenama svoju decu bi izložile riziku regresije (Mitrović 2010, 82). Osim toga, otvara se pitanje diskriminacije superiornih, genetički unapređenih osoba i onih koje se nisu podvrgle genetičkom tretmanu „poboljšanja“. Genetička (ne)diskriminacija biće izuzetno bitna, budući da će masovnije sekvenciranje gena pokazati da je moguće da kod

¹⁵ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS* 98/2006, čl. 63, st. 1.

svakog od nas postoji nekakvo stanje ili povećan rizik od raznih poremećaja u odnosu na opštu populaciju (Metzl 2019, 273). Da li bi postojeća pravila kojima se zabranjuje svaki vid genetičke diskriminacije¹⁶ bila primenjiva i u tom kontekstu? Poučeni dosadašnjim iskustvom, ocenjujemo da aktuelni antidiskriminatorni propisi ne bi bili delotvorni u pružanju pravne zaštite ugroženoj strani.¹⁷

5. ETIČKA OPRAVDANOST POBOLJŠANJA LJUDI EDITOVANJEM GENOMA

Editovanje genoma otvara brojne nove mogućnosti genetičkog inženjeringa. Skorašnja istraživanja pokazala su nam da je moguće izlečiti do sada neizlečive bolesti, kao što su retke bolesti, karcinomi, HIV/AIDS (Sovilj 2020, 41). Međutim, takav revolucionarni progres u nauci izazvao je, osim pravnih i socioloških, i brojne religiozne i etičke dileme. Kada se razmatra pravna prihvatljivost i dopustivost genetičkih istraživanja, poput editovanja humanog genoma, neophodno je ispuniti nekoliko etičkih zahteva.¹⁸ U pitanju su sledeći zahtevi: naučna vrednost i društvena opravdanost, naučna punovažnost, povoljan odnos rizika i koristi, pošten odabir grupa subjekata

¹⁶ Sprovođenje projekta istraživanja humanog genoma zahtevalo je razmatranje pravnih, etičkih i socioloških aspekata identifikacije ljudskog genoma i analize genetičkog materijala. U tom kontekstu, genetička diskriminacija je postala predmet različitih pravnih i etičkih studija, kao i socioloških istraživanja. Međutim, pravno regulisanje genetičke diskriminacije praćeno je problemom neusaglašenosti u njenom definisanju, odnosno određivanju pojma te relativno nove vrste diskriminacije. Na kraju, genetičku diskriminaciju možemo definisati kao neopravdano pravljenje razlika, odnosno različito postupanje prema pojedincu ili prema članovima njegove porodice na osnovu stvarne ili pretpostavljene razlike njegovih gena u odnosu na tzv. normalne gene (Stojković Zlatanović 2019, 131–133).

¹⁷ U prilog tome, navodimo primer Sjedinjenih Američkih Država. Naime, u SAD je 2008. godine usvojen Zakon o sprečavanju diskriminacije na osnovu genetičkih informacija, prema kojem se poslodavcima zabranjuje da daju otkaz zaposlenima, odnosno da odbiju kandidate za zaposlenje po osnovu genetičkih informacija. Međutim, iako se pomenuti zakon primenjuje na zdravstveno osiguranje, on ne pruža pravnu zaštitu osiguranicima od diskriminacije osiguravajućih društava, koja koriste informacije iz genetičkih testova prilikom sastavljanja polisa životnog osiguranja, osiguranja za slučaj nesposobnosti ili za dugoročnu negu. Genetic Information Nondiscrimination Act, *Public Law* No. 110–223, 2008.

¹⁸ Genetička istraživanja poput editovanja humanog genoma trebalo bi da se sprovode u sadejstvu sa četiri osnovna etička načela: poštovanje ličnosti, dobrotvornost, pravda i poverljivost (tajnost). Preovladava opšta saglasnost da pobrojana načela, koja imaju jednaku moralnu snagu, doprinose savesnom pripremanju predloga za naučne ogleda i studije. Međutim, u različitim situacijama ta načela mogu da budu različito iskazana, da steknu različitu moralnu težinu i da njihova primena dovede do različitih odluka i pravaca postupanja (Klajn Tatić 2010, 210).

istraživanja, poštovanje za vrbovane i upisane subjekte istraživanja, informisani pristanak i nezavisno preispitivanje komiteta za etiku. Pobražani etički zahtevi su univerzalni, premda treba da budu prilagođeni zdravstvenim, ekonomskim, kulturnim i tehnološkim uslovima u kojima se obavlja istraživanje (Klajn Tatić 2012, 53). U teoriji se ističe da je etički neprihvatljivo i opasno editovanje humanog genoma pomoću savremenih tehnologija, kakva je CRISPR/Cas9. Editovanje genoma germinativnih ćelija etički je nedopustivo, s obzirom na moguće neželjene i nepredvidljive posledice, budući da je izmenjenim genima moguće preneti mutacije na buduća pokolenja. Naime, izmenama DNK u ljudskim embrionima nehotice bi se mogla uneti greška u humani genski fond, kreirajući novo oboljenje koje bi se prenelo na sledeće generacije. Bojazan je opravdana s obzirom na to da bi se takva istraživanja mogla iskoristiti u neterapeutske svrhe. Naime, dopuštanje genetičke modifikacije germinativnih ćelija trasiralo bi put neterapeutskom genetičkom „poboljšanju“ ljudi.

Moralna dilema je da li postupak editovanja genoma treba koristiti isključivo radi dijagnostikovanja, prevencije i lečenja bolesti ili i u svrhu „poboljšanja“ ljudskih bića. Pod „poboljšanjem“ se podrazumeva obezbeđivanje dužeg i kvalitetnijeg ljudskog veka spram današnjih poimanja. Međutim, sam termin „poboljšanje“ izaziva brojne nedoumice u poređenju sa terapijom. U tom smislu, pod „poboljšanjem“ ljudskih bića podrazumeva se podizanje kapaciteta iznad, za određenu vrstu, tipičnog nivoa ili prelazak preko statistički normalnog funkcionisanja jedne individue, primenom postupka editovanja genoma (Mitrović 2010, 90). Tipičan primer „poboljšanja“ ljudskih bića jeste estetska hirurgija, kojom se mahom podvrgavaju žene. Takođe, takvi zahvati nisu strani ni muškarcima, koji pomoću steroida „pumpaju“ svoja tela. Aktuelni trendovi u estetskoj hirurgiji, iako neretko nisu neophodni, predstavljaju odraz dominantne potrošačke psihologije i nedvosmisleno nam ukazuju na potencijalnu zainteresovanost i rasprostranjenost editovanja genoma u doglednoj budućnosti u svrhu „poboljšanja“ ljudskih bića (Đukanović 2016, 291).

Opravdavajući genetičku intervenciju kao metod „poboljšanja“ ljudskih bića, Savulesku navodi da nema moralne razlike u intervencijama koje vrši sredina ili lečenju medikamentima u odnosu na intervencije primenom editovanja genoma. Dalje, Savulesku ističe da „mi prihvatamo intervencije sredine koja utiče na usavršavanje naše dece. Školovanje, ishrana, treniranje koriste se kako bi se od dece stvorili bolji ljudi i povećale njihove životne šanse. Deca se obrazuju da bi bila kooperativna, inteligentna, manje agresivna i lepo vaspitana. U tom pogledu, istraživači tragaju za metodama da kreiraju okruženje koje će decu stimulirati da maksimiziraju svoj intelektualni potencijal“ (Savulescu 2016, 4).

Nasuprot tom stanovištu koje poistovećuje uticaj sredine i genetičku intervenciju, naglašeno je Fukujamino stanovište o poštovanju prirode, koje ga implicite dovodi na samo korak do dominacije prirodnih prava, karakteristične za konzervativnu socijalno-pravnu misao (Mitrović 2010, 83). Fukujama ocenjuje da „postoje opravdani i mudri razlozi da se vratimo poštovanju prirodnog reda stvari i da ne mislimo kako ljudska bića mogu lako da ga poboljšaju prigodnim intervencijama“ (Fukuyama 2003, 118). Konstatujemo da se, prema Fukujaminom mišljenju, uticaj na prirodu izazvan veštačkim putem znatno razlikuje od promena nastalih pod uticajem sredine.

Kao i Fukujama, i drugi naučnici su protiv bilo kakvih genetičkih istraživanja na humanom embrionu jer smatraju da embrion ima moralni položaj istovetan čoveku. Etička opravdanost editovanja humanog genoma kontroverzna je čak i onim naučnicima kojima je prihvatljivo embrionalno istraživanje. To stanovište brani i Mersi Darnovski (*Marcy Darnovsky*), rukovodilac Centra za genetiku i društvo u Kaliforniji, koji inače podržava genetička istraživanja na humanom embrionu. Darnovski ističe da je editovanje ljudskog genoma prilično opasno, te da predstavlja korak napred u pokušaju „proizvodnje“ genetički modifikovanih ljudskih bića. Editovanje ljudskog genoma podrazumeva promenu gena svake ćelije, koje će se odraziti i na sve potomke tog čoveka. Prema tome, posredi su permanentne i verovatno nepovratne promene, čije su posledice nesagledive. Čak i ukoliko bi se tokom vremena utvrdila bezbednost postupka, ostaje nedorečeno pitanje šta bi „dizajnirane bebe“ učinile društvu (Stein 2016, 9).

Smernicama Američkog lekarskog udruženja iz 1988. godine i potonjim izmenama iz 1996. godine, zabranjena je genetička modifikacija germinativnih ćelija, dok je primena somatske genetičke modifikacije ograničena samo „u datom momentu“. Smernicama su određeni uslovi koji dopuštaju somatsku genetičku modifikaciju u terapeutske svrhe. Kako bi etički bila prihvatljiva i opravdana primena somatske genetičke modifikacije, neophodno je ispuniti najmanje tri uslova: 1) morala bi postojati jasna i značajna korist za osobu; 2) ne bi trebalo da postoji kompromis sa drugim karakteristikama ili osobinama; 3) svi građani bi morali imati jednak pristup genetičkoj tehnologiji, bez obzira na lični dohodak ili druge socioekonomske karakteristike (Polcz, Lewis 2016, 424).

Nedavno je Nacionalna akademija nauka, inženjerstva i medicine SAD (*National Academies of Sciences, Engineering and Medicine – NASEM*) objavila izveštaj u kome su iznete određene preporuke za editovanje humanog genoma u kliničkim studijama. U izveštaju je preporučeno editovanje genoma germinativnih ćelija u kliničkim ispitivanjima samo ukoliko se time nastoji sprečiti ozbiljno oboljenje ili stanje za koje ne postoje razumne alternative, dok ispitivanje podleže rigoroznom nadzoru i transparentnosti u pogledu njegove bezbednosti i delotvornosti (Enriquez 2019, 1155).

Sve relevantne međunarodne konvencije, deklaracije, direktive Evropske unije i zakoni jednoglasno zauzimaju stanovište da su neophodna kontinuirana genetička istraživanja na čoveku da bi se stekla dodatna znanja o dijagnostikovanju, prevenciji i lečenju bolesti. Istovremeno, u svim pravnim instrumentima se naglašava da su genetička istraživanja moguća jedino po cenu manjeg ili većeg odricanja ljudi od određenih subjektivnih prava na samoodređenje u odnosu na telo. Pravna i etička prihvatljivost cenice se prema stepenu rizika u odnosu na očekivanu dobrobit za ljude kao subjekte genetičkih istraživanja, uz prethodnu procenu komiteta za etiku (Klajn Tatić 2012, 33).

6. ZAKLJUČAK

Naučna dostignuća o humanom genomu mogu se koristiti u medicini u dijagnostičke, preventivne, terapijske i naučne svrhe. Istovremeno, ta dostignuća se mogu zloupotrebiti u svrhe suprotne interesima pojedinaca, te naškoditi njihovoj ličnosti, telesnom integritetu, dignitetu i slobodi, na način koji je suprotan dobrim običajima. Društvo u kojem bi se genetičke intervencije poput editovanja genoma sprovodile uz etičko opravdano brisanje granice normalnog ili tipičnog sastava i funkcije ljudske vrste bilo bi kompenzovano društvom u kome današnje društvene klasifikacije ne bi važile i u kome je postignuće pojedinaca determinisano njihovim genetičkim karakteristikama. Teško je zamisliti društvo koje bi se svelo na biološki savršenu vrstu programiranih i poslušnih pojedinaca, sa gotovo istovetnim „poboljšanjima“ i drugu vrstu biološki nepromenjenih osoba. U takvoj korelaciji postavlja se pitanje egzistencije potonjih u okruženju koje bi sigurno vodilo autoritarnoj utopiji.

U tom kontekstu treba postaviti izvesne granice pravne i etičke prihvatljivosti. Neophodno je obezbediti ravnotežu između naučnog istraživanja genoma i njegove primene i pravne zaštite pojedinaca, koja, između ostalog, obuhvata pravo na privatnost i zaštitu od diskriminacije po osnovu genetičkih karakteristika. Uprkos kompleksnosti pitanja primene editovanja genoma, dodatni problem je nepostojanje odgovarajuće pravne regulative, čime se otvara prostor za moguće zloupotrebe, što u krajnjem vodi pravnoj nesigurnosti. Stoga je, *de lege ferenda*, neophodno i na globalnom nivou i u domaćem pravnom poretku na sveobuhvatan način urediti postupak editovanja humanog genoma i time popuniti postojeće pravne praznine. Imajući u vidu da je CRISPR/Cas9 možda samo jedna u nizu inovativnih tehnologija sa ogromnim prednostima, ali i neizvesnim posledicama, treba pravno regulisati upotrebu te i sličnih tehnologija u humanoj medicini. Editovanje genoma germinativnih ćelija izaziva dodatnu uznemirenost i podozrenje s obzirom na nesigurnost te tehnologije. Upravo ti novi instituti otvaraju osetljiva etička pitanja, koja izlaze iz uobičajenog pravnog okvira.

Shodno tome, budućim normativnim okvirom trebalo bi urediti uslove pod kojima bi se eventualno dopustilo editovanje genoma na germinativnim ćelijama – u terapijske svrhe za potrebe lečenja bolesti ili akutnih stanja i u profilaktičke svrhe, koje mogu ili ne moraju biti terapijske. S druge strane, nužno je izričito zabraniti editovanje genoma u kozmetičke svrhe, odnosno svrhe „poboljšanja“ ljudi, i upotrebu za modifikaciju osobina, koja izaziva zabrinutost zbog diskriminacije po osnovu genetičkih karakteristika, budući da, u današnjim uslovima razvoja, ne postoji adekvatan odgovor društva niti pripremljenost pravnog sistema.

Prilikom pažljivog odmeravanja dobrobiti za čovečanstvo i daljeg naučnog progressa, nadležni regulatorni organi moraju voditi računa o neočekivanim rizicima i neželjenim efektima te o mogućnosti zloupotrebe te tehnologije u kriminalne svrhe budući da ne postoji mogućnost da se nauči kao takvoj nametnu ograničenja. „Postoji mogućnost odgovorne primene naučnih rezultata, dok su stvarni nosioci te odgovornosti društvo i njegova politička organizacija“ (Drakić 2013, 312). Predmetnim istraživanjem autori nastoje da, između ostalog, podstaknu naučni dijalog između pravnika i naučnika i, što je još važnije, da zainteresuju i angažuju stručnu i opštu javnost u pitanjima koja su pokrenuta naučnim dostignućem u medicini i genetici, s obzirom na to da je budućnost editovanja genoma umnogome budućnost čovečanstva. Obim javnog učešća često se navodi kao cilj prema kojem se mere različiti pristupi tehnološkim problemima. Shodno tome, stvarno učešće različitih društvenih aktera (naučnika, pravnika, donosilaca javnih politika) može povećati poverenje javnosti u proces donošenja odluka. Opšti konsenzus o predmetnim pitanjima je moguć, ali pravila kojima će se urediti postupak editovanja humanog genoma trebalo bi da se donesu na osnovu temeljne analize svih relevantnih pravnih i etičkih pitanja, uzimajući u obzir iskustva razvijenih zemalja.

LITERATURA

- [1] Doudna, A. Jennifer, Emmanuelle Charpentier. 6/2014. The new frontier of genome engineering with CRISPR/Cas9. *Science* 346: 1077–1086.
- [2] Drakić, Dragiša. 2/2013. Biomedicinska tehnologija, etika i krivično pravo. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 47: 303–313.
- [3] Draškić, Marija. Biomedicinski potpomognuto oplodjenje. <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/materijali/dramar/bmpo.medicinsko%20pravo.pdf>, poslednji pristup 5. juna 2021.

- [4] Đukanović, Anđela. 2015. *Evropski standardi u oblasti biomedicine – pravo na integritet ličnosti* (doktorska disertacija). Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- [5] Đukanović, Anđela. 2016. Zaštita ljudskih prava i nove tehnologije. 279–304. *Savremeni međunarodni ekonomski i pravni poredak*, ur. Sanja Jelisavac. Beograd: Institut za međunarodnu politiku i privredu.
- [6] Enriquez, Paul. 2019. Editing Humanity: on the Precise Manipulation of DNA in Human Embryos, *North Carolina Law Review* 97: 1147–1240.
- [7] Fukuyama, Francis. 2003. *Naša posthumana budućnost: posledice biotehnoške revolucije*. Podgorica: CID.
- [8] Furrow, R Barry. 2/2017. The CRISPR-Cas9 Tool of Gene Editing: Cheaper, Faster, Riskier?. *Annals of Health Law* 26: 32–51.
- [9] Greely, Hank. 2015. Of Science CRISPR-Cas9 and Asilomar. <http://blogs.law.stanford.edu/lawandbiosciences/2015/04/04/of-science-crispr-cas9-and-asilomar>, poslednji pristup 11. februara 2021.
- [10] Kalinić, Jelena. 2019. CRISPR: tamne strane zvijezde tehnika manipulacije genetičkim materijalom. <http://ba.voanews.com/a/crispr-tamne-strane-zvijezde-tehnika-manipulacije-genetičkim-materijalom/4959016.html>, poslednji pristup 11. februara 2021.
- [11] Karanikić Mirić, Marija. 3/2015. Objektivizovanje moralne štete. *Zbornik Matice srpske za društvene nauke* 152: 487–503.
- [12] Karanikić Mirić, Marija. 1/2016. Šteta usled neželjenog rođenja i neželjenog života: osvrt na Zojin zakon. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 64: 105–131.
- [13] Khatodia, Surender; Kirti Bhatotia, Nishat Passricha, S. M. P. Khurana, Narendra Tuteja. 2016. The CRISPR/Cas Genome-Editing Tool: Application in Improvement of Crops. *Frontiers in Plant Science* 7: 1–13.
- [14] Klajn Tatić, Vesna. 1/2006. Medicinska, etička i pravna pitanja pojedinačnog i grupnog genetskog testiranja. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 54: 24–41.
- [15] Klajn Tatić, Vesna. 2/2009. Etički i pravni položaj punoletnih poslovno sposobnih ljudi kao subjekata biomedicinskih istraživanja ili oglada. *Strani pravni život* 53: 209–236.
- [16] Klajn Tatić, Vesna. 2012. *Etički i pravni položaj ljudi kao subjekata biomedicinskih istraživanja i kliničkih oglada*. Beograd: Institut društvenih nauka.
- [17] Metz, Jamie. 2019. *Hacking Darwin – Genetic Engineering and the Future of Humanity*. Chicago: Sourcebooks.

- [18] Mitrović, Veselin. 1/2010. Argumenti za i protiv „poboljšanja“ ljudskih bića genetskom intervencijom. *Sociologija* 52: 75–96.
- [19] Mujović Zornić, Hajrija. 2007. Izazovi biomedicine: kloniranje i šta to znači za pacijentova prava. 43–66. *Pomeramo granice*, ur. Mirjana Rašević, Zorica Mršević. Beograd: Institut društvenih nauka.
- [20] Paradise, Jordan. 2016. U.S. Regulatory Challenges for Gene Editing. 1–8. <http://www.ssrn.com/abstract=2815519>, poslednji pristup 23. februara 2021.
- [21] Polcz, Sarah, Anna Lewis. 2/2016. CRISPR-Cas9 and the Non-Germline Non-Controversy. *Journal of Law and the Biosciences* 3: 413–425.
- [22] Radišić, Jakov. 2008. *Medicinsko pravo*. Beograd: Univerzitet „Union“ i Nomos.
- [23] Rangel Gonçalves, Giulliana Augusta, Raquel de Melo Alves Paiva. 3/2017. Gene therapy: advances, challenges and perspectives. *Einstein* 15: 369–375.
- [24] Rodriguez, Eduardo. 2/2016. Ethical Issues in Genome Editing using Crispr/Cas9 System. *Journal of Clinical Research & Bioethics* 7: 1–4.
- [25] Savulescu, Julian. 2/2016. Genetic Interventions and the Ethics of Enhancement of Human Beings. *Gazeta de Antropologia* 32: 1–15.
- [26] Sjeničić, Marta, Sovilj, Ranko, Stojković Zlatanović Sanja. 9/2018. Nove tendencije u razvoju zakonodavstva u oblasti biomedicinski potpomognutog oplodjenja. *Pravni život*: 751–768.
- [27] Sovilj, Ranko. 1/2020. Pravni aspekt editovanja genoma u humanoj medicini. *Glasnik Advokatske komore Vojvodine* 92: 32–43.
- [28] Sovilj, Ranko, Sanja Stojković Zlatanović. 2019. Pravno regulisanje naučno-tehnoloških otkrića u medicini. 325–342. *Nauka bez granica II*, ur. Mirjana Lončar Vujnović. Kosovka Mitrovica: Filozofski Fakultet Univerziteta u Prištini.
- [29] Stojković Zlatanović, Sanja. 2019. *Genetički i drugi zdravstveni osnovi diskriminacije na radu*. Beograd: Institut društvenih nauka.
- [30] Stein, Rob. 2016. Breaking Taboo, Swedish Scientist Seeks To Edit DNA Of Healthy Human Embryos. <https://www.npr.org/sections/health-shots/2016/09/22/494591738/breaking-taboo-swedish-scientist-seeks-to-edit-dna-of-healthy-human-embryos>, poslednji pristup 15. februara 2021.

- [31] The Hinxton Group. An International Consortium on Stem Cells, Ethics and Law. 2015. *Statement of Genome Editing Technologies and Human Germline Genetic Modifikation*. 1–9. Baltimore.

Ranko SOVILJ, PhD

Research Associate, Institute of Social Sciences, Belgrade, Serbia

Sanja STOJKOVIĆ ZLATANOVIĆ, PhD

Research Associate, Institute of Social Sciences, Belgrade, Serbia

LEGAL, SOCIAL AND ETHICAL IMPLICATIONS OF HUMAN GENOME EDITING USING CRISPR/Cas9

Summary

Discovery of CRISPR/Cas9 technology produced a revolution in human medicine, because of the availability, efficiency and low cost, which has raised a number of questions. Given that by applying CRISPR/Cas9 technology we can program our future children and extend their life expectancy, question is whether we should allow it. The point of the paper is to determine the limits of legal admissibility and ethical justification of this procedure, considering contemporary legal theoretical views, ethical values and social significance. Using normative, comparative and sociological method the authors analyze the impact of biotechnology development, in the context of genetic interventions, on redefining the regulatory framework. Critical consideration in the context of legal standardization of human genetic interventions and meeting the interests of all participants, has been identified as a core subject of research, which will be considered in accordance with a holistic approach to the realization of human rights.

Key words: *Human genome editing. – CRISPR/Cas9 technology. – Legal implications. – Ethical justification. – Social significance.*

Article history:

Received: 9. 3. 2021.

Accepted: 30. 8. 2021.

UDK 341.217(4-672EU:497-15)

CERIF: S 155, S 150

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_21306A

Aleksandar Andrija PEJOVIĆ, PhD*

RULE OF LAW THROUGH THE MIRROR GLASS – IS THE NEW 2020 ENLARGEMENT METHODOLOGY A PRE-ACCESSION TEU ARTICLE 7 MECHANISM?

The rule of law in the EU is a very complex concept due to its nature, different understanding and its diverse practical implementation, which has led to rule of law backsliding. In parallel, the rule of law represents a crucial pillar of the conditionality policy of new accession processes. The EU's recent enlargement methodology introduced more stringent and conditional criteria for progress. This resulted in similarities between TEU Article 7 sanctioning mechanism and the new enlargement methodology that implies elaborate sanctions approach for candidate countries in cases of values' breaches, backsliding, stagnation and lagging behind. The EU polity has, therefore, taken advantage of the empiric knowledge about the rule of law within its own borders and in the enlargement countries, constantly moving between the thin and the thick concept of the rule of law. The two processes have been feeding into each other, therefore, resulting in a growing convergence.

Key words: *EU accession negotiations. – Western Balkans. – Sanctioning mechanism. – TEU article 7. – Enlargement methodology.*

* Team Leader of the EU Funded Project – EU for Justice – Support to Chapter 23, Montenegro, aleksandar.andrija@gmail.com.

1. INTRODUCTION

In general, the rule of law represents a dynamic concept and notion with many definitions and emanations in various societies of the modern world. The EU itself, its Member States and the broad academic doctrine seem hopeless at defining what it means, too (Kochenov 2015, 7–8). The Union – being an organisation created voluntarily by its Member States, which in turn introduce distinctive, diverse and sometimes opposing societal, legal, cultural and other notions and traditions of the rule of law – is now experiencing serious challenges to the common understanding of what the rule of law represents. Its legal system is a *sui generis* form of legal order with overlapping and intersecting institutions on one hand, and the pan-European legal norms on the other hand (Culver, Giudice 2012, 75), which makes the situation appropriately complex. On the other hand, the rule of law is a necessity, a basis for EU law, which ensures the constant control of legislation through law. This makes it a principle important for the persistence of the idea of a unified polity that shares and respects a plethora of Union legal acts. However, the foundations of the European integration lie in Western societies. The concepts of values that the EU cherishes today are built upon the customs and traditions of Western Europe rather than of Eastern or South-Eastern Europe. This rift over the rule of law concept should to be considered when assessing the recent developments of the risks and breaches of the values of the Union.

The premise is that a common understanding on the rule of law does not exist at the level of the EU and that its form fluctuates between the thin and the thick concept. The thin rule of law is a formal view, of rather rule-by-law, of law as an instrument of government action with individual rights, property, contract, privacy and autonomy, which is all closer to the views of those Member States that object to the pervasiveness of the thick concept in the EU and provide for more of a thin or formal version (Drinoczi 2019, 6) than a thick one. The thick rule of law, on the other hand, includes formal legality, individual rights and democracy, and even social welfare rights (Tamanaha 2004, 111–112) and is best represented by the example of liberal democracy (Møller, Skaaning 2010, 8). The scale of the rule of law from the thin to the thick one can then be applied to the varying approach that some Member States/societies in the Union have in defining what the rule of law means for them. Although the EU has managed to build up its approach to creating its own definition of the rule of law (European Commission for Democracy through Law 2016) and develop mechanisms and procedures, such as Article 7, Rule of Law Framework, rule of law annual reports on Member States, to oversee and protect the rule of law concept as it is seen in Brussels, the fact persists that not all the Member States can agree on

what the rule of law is in essence. In the words of the Hungarian Justice Minister Judit Varga, 'Every state interprets the rule of law in light of their own historical, social and legal development. Accordingly, if we try to impose a one-size-fits-all version of the rule of law for all states, this could easily lead to the violation of national constitutional traditions' (*Hungary Today* 2021). The Calhounian¹ moment (*The Economist* 2021) that the EU is now experiencing is overburdening the relationship of the institutions such as the Court of Justice of the EU and Member States' courts. However, it is not just the brawl between the institutions, it is much more dangerous as it is the struggle for precedence of the Union *acquis* over national legislation, and vice versa, it is precariously undermining the unity of the Member States and undercutting the foundations of the EU – its *acquis* and, even more so, the common values.

The primary legal source for the rule of law in the EU is the triangle of three treaty articles: well-known Article 2 and Article 7 TEU, as well as the 'enlargement' Article 49 of the Treaty of Lisbon (TEU). Article 2 defines the EU values and their importance for the Union, while Article 7 develops the protective mechanisms. The fact that the rule of law is a *sine qua non* value is further reaffirmed through Article 49, which states that only European states that respect the values referred to in Article 2 and are committed to promoting them may apply to become a member of the EU. The EU, which was initially created as an economic community, has been gradually developing the elements of fundamental values and their promotion and protection in its primary and secondary legislation. The process picked up speed in the early 1990s with the new energy for both new internal integration forms within the EU and the enlargement towards the new democracies Eastern Europe. The Maastricht and Amsterdam treaties laid the legal foundations for the European values and embedded the rule of law as one of these while the Nice and Lisbon treaties continued the work and further strengthened the concepts. The past decade has also seen new initiatives and ideas on how to further develop the protection of the common concept of the rule of law in the EU through infringement procedures, a rule of law framework, various judiciary and anti-corruption initiatives and reports, conditionalities on using EU funds, and finally the most important one – procedures under Article 7.

¹ John Calhoun was an American politician and Vice-President of the USA before the Civil War, who advocated nullification – the right for states to strike down federal laws they deemed unconstitutional.

These developments coincided with the inability of Romania and Bulgaria to exit the Cooperation and Verification Mechanism,² which was set as a post-accession rule of law conditionality tool, as well as rapid negotiations of Chapter 23 (Judiciary and Fundamental Rights) for Croatia. On the other hand, discord on the issue of the common view of what the rule of law represents and discussions about it started being increasingly vocal. Hungary first and then Poland became perceived and ranked as illiberal democracies that had started to reverse on their approach to the Article 2 values, in what Lührmann and Lindberg call the third wave of autocratisation, unfolding with gradual setbacks under a legal façade (Lührmann, Lindberg 2019, 1095). This backsliding of rule of law has led to the first ever triggering of the sanctioning mechanisms of Article 7, with procedures ongoing at this time.

At the same time, the enlargement process has grown to be ever more conditional, i.e. based on more stringent and demanding rule of law criteria, especially through the most recent waves of accession talks. The new approach to negotiating rule of law chapters, in 2012 for Montenegro, and in 2014 updated for Serbia, was created in order to allow for a new generation of Balkan candidates to start accession talks. After long deliberations and discussions on when and under what conditions to open accession negotiations with Albania and North Macedonia, the EU came out with the new methodology (European Commission 2020a) and negotiation frameworks in 2020, thus allowing for the new two candidates to start the process. Invited to voluntarily do so, Montenegro joined the new methodology in May 2020 (European Integration Office, Government of Montenegro 2020) while Serbia announced its intention to participate in July 2020 (*European Western Balkans* 2020). The European Commission prepared a working document on the application of the revised enlargement methodology to the accession negotiations with Montenegro and Serbia (Council of the European Union 2021) in March 2021, which set further guidelines on how and to which aspects the new methodology would apply to the already negotiating candidates. These two processes, the first touching the delicate situation of the unity and agreement of EU Member States on the key provisions of its treaties, and the second that concerns the conditionality presented to the EU membership candidates, have been developed with a growing number

² The Mechanism for Cooperation and Verification was designed by the European Commission to monitor the post-accession implementation of commitments of Bulgaria and Romania in the area of judicial reform, corruption and organised crime. Although set up as a transitional measure in 2007, it is still valid for these two Member States as neither has managed to leave it.

of identical or similar tools for the protection of the rule of law. The latest negotiation frameworks for Albania and North Macedonia show that the Article 7 features are applied and introduced into its sanctioning procedures.

This paper offers a presentation and comparison of similarities between the two models and argues that the aggravating situation with the rule of law in Europe has to a great extent influenced the approach to the negotiation modalities. The experience involving primarily new Member States, which could not accomplish the necessary rule of law standards, in the opinion of the rest of the EU and the central European Member States, which demonstrated that reversibility in relation to fundamental values is possible and tangible, has had a considerable impact on making new negotiation talks longer and slower, and more profound in the EU demands and much more complex in the applied conditionality policy. On the other hand, the tools and mechanisms used in the enlargement process have in turn offered much inspiration and material for an increased rule of law conditionality within the Union itself. Therefore, this interactive experience worked in two directions, deriving inspiration from enlargement for the EU in its dealing with breaches of the fundamental values in the EU and vice versa, influencing future accession processes.

2. THE EU AND VALUES IN MEMBER STATES AND CANDIDATE COUNTRIES

The renowned Article 2 of the TEU states that the Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law, and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. It further expands in the same paragraph stating that these values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail. These values were not part of the original treaties in the 1950s. It was only with the Maastricht Treaty that the notion of the principles of liberty, democracy and respect for human rights and fundamental freedoms, and the rule of law was introduced, although only in the preamble of the Treaty. Finally, Article F of the Treaty of Amsterdam introduced the fundamental values as the principles on which the EU is founded. These legal provisions in the primary EU legislation were later expanded and reinvigorated, through the Treaty of Nice (improving the mechanism in cases of values breaches) and the Treaty of Lisbon, leading to the legislative framework as we know it today.

The EU regards the rule of law as a prerequisite for the protection of all of the Article 2 TEU fundamental values. At the same time, new methods and approaches to promoting and protecting them have been the focus of the Union in the past decade. This has led to the fact that now the EU possess various instruments, such as infringement procedures for cases when EU law or Article 7 TEU procedure is breached. The Framework for Rule of Law (European Commission 2014) was proposed by the European Commission in 2014 and adopted by the Council (Council of the European Union 2014) after it was concluded that the traditional mechanism of the infringement procedure had not functioned properly in the case of the rule of law breaches. At the same time, Article 7 (paras. 2 and 3) was considered not flexible and sufficiently appropriate for Member States to be used against their fellow Member States, or it was an extremely high benchmark to achieve (Halmai 2018, 16). The Rule of Law Framework was, therefore, seen as a midway approach in addressing systemic threats to the rule of law in all the EU Member States. This mechanism permits the European Commission to start a dialogue with EU Member State in order to prevent the growth of systemic threats to the rule of law, but we can argue that it has primarily served to avoid situations where the Article 7 TEU procedure needs to be activated. Therefore, the Framework provides more in terms of techniques, dialogue and protective mechanisms than infringement, but is less effective and deterring than the Article 7 procedure. Although it introduced supplementary steps and levels of communication with Member States, in the end the Framework has not managed to dissuade Member States and prevent the initiating of Article 7. Building on the experience involving the 2014 Framework, in 2019 the European Commission proposed a new, improved mechanism (European Commission 2019b) to replace it. On this basis, the Commission presented its first round of annual rule of law reports in September 2020 (European Commission 2020b). This new rule of law peer review showed 28 ‘concerns’ and 2 ‘serious concerns’ in Poland, followed by 16 and 3 in Bulgaria and 11 and 1 respectively in Hungary (*Politico* 2020).

Article 7 TEU is the main and the most powerful mechanism for the protection of the common values of the EU, including the rule of law. Some call it a ‘nuclear option’ (quoting the famous State of the Union speech by EC President Barroso in 2013 (European Commission 2013a), others a ‘paper tiger’ (Osterdahl 2019, 241), which shows how controversial the mechanism really is. The preventive mechanism of this Article is reserved for exclusively a ‘clear risk of a serious breach’ in paragraph 1. This paragraph represents a tool that offers the Council the authority to give a warning before a ‘serious breach’ has actually materialised. At the same time the real sanctioning mechanism is presented in paragraph 2 of Article 7 TEU for the cases of ‘serious and persistent breach by a Member State’ of the values set out in

Article 2. Through the provisions of this paragraph the Council can suspend certain rights deriving from the application of the treaties to the EU country in question, including the voting rights of that country in the Council.

However, neither the preventive nor the sanctioning mechanism of Article 7 TEU have been applied in full to date. The Haider case of Austria in 2000 (Ahtisaari, Frowein, Oreja, 2000) was short-lived. It produced a bitter taste and a feeling of disunity in the Council, with premature and procedurally not entirely appropriate measures. This led to the consolidation and enhancement of preventive procedures, i.e. hearing of the EU Member States that were provided for in the Treaty of Nice. The EU had to wait more than 15 years to experience a serious and persistent breach of the rule of law in Eastern Europe. The Union has, therefore, increasingly turned to the prevention of the possible greater internal differentiation in relation to the practical realisation of the rule of law in the Member States, with the logic being that differentiation impedes the functioning of its legal order (Damjanovski, Hillion, Preshova 2020, 3). The two cases of Hungary and Poland, posing a clear risk of a serious breach of the Article 2 values, are the only ones to date, but they have not been finalised yet. Both countries have challenged the 'one size fits all' concept of the rule of law in the Member States. Once the 'Big Bang Enlargement' exploded in 2004, a few could predict that there would be certain new members of the EU in Central Europe who would challenge the unity of the Union and present themselves as illiberal democracies, as Viktor Orbán and Jarosław Kaczyński like to style their governments and political affiliations. This illiberal approach denotes a different attitude towards some of the founding blocks of democracy and rule of law, be it the independence of the judiciary, the autonomy of universities, or the freedom of speech. The differences in the interpretation of what would be the common European standard for the rule of law have produced consequences on both the theoretical and practical level, since not many in the EU could imagine that there would be democratic and rule of law backsliding once a country joins the EU. Once it happened, the harm done to the unity of the EU, as a common space that shares uniform views on the values, has transformed into long-term and very damaging consequences, which will be felt for years. On the other hand, in practical terms, the most acute examples of Poland and Hungary are putting to test the ability of the EU institutions to deal with breaches in certain Member States, but also the ability to find consensus in the Council. Some also see the intervention against Hungary and Poland as a part of the EU constitutionalisation process towards a more structured federal entity (Peirone 2019, 98).

The European Commission presented the Proposal for a Council Decision on the determination of a clear risk of a serious breach by the Republic of Poland of the rule of law (European Commission 2017) in 2017, thus initiating for the first time the procedure from Article 7 para. 1 Treaty on the European Union (TEU). On the other hand, the European Commission kept silent about the situation involving the rule of law in Hungary, although pursuant to Article 17(1) TEU it oversees the application of the Union law, therefore being the guardian of the *acquis*. Therefore, the European Parliament took the initiative and voted on the Resolution calling on the Council to determine, pursuant to Article 7(1) of the Treaty on European Union, the existence of a clear risk of a serious breach by Hungary of the values on which the Union is founded (European Parliament 2018). The council reacted in line with the provisions of Article 7(1) organising hearings of the concerned Member States throughout 2018 and 2019. However, the hearings were concluded with a clear dividing line between the Western (old) Member States raising questions and Eastern (new) Member States keeping silent (Pech 2019), which further showed the difficulty of reaching a consensus on the approach to potential rule of law breaches.

The EU has been not just divided along the Western/Eastern or old/new axes. Grabowska-Moroz and Kochenov speak about a more distinguished divide into five categories of states: committed enforcers (openly and loudly demanding a stronger role for the EU in enforcing rule of law and being very critical); soft enforcers (less proactive, but committed to rule of law); oscillators (changing positions regarding the enforcement of rule of law); reluctant anti-enforcers (reluctant to express criticism of offending states or to endorse strong rule of law enforcement), and strong anti-enforcers (Poland and Hungary and those who do not like the procedure applied to EU Member States) (Grabowska-Moroz, Kochenov 2020, 44). The scale of approaches to the rule of law issue demonstrates even more prominently the complexity of views, official standpoints and relations among EU Member States, especially in relation to a possible vote in the Council.

The problems of the divide are even more profound considering the lack of possibility to reach the situation where four fifths of the Council Members are needed to vote to finalise the procedure envisaged by Article 7 para. 1. Politics plays a far greater role in the dynamics of the work of the Council than the pure legalists would consent, or to quote Pech who claims that the general and non-explicit nature of the principles of Article 2, that are to be defended by Article 7, makes the establishment of breach by any Member State more political than legal (Pech 2009, 64–65). It should also be considered that this is only the first level of decision making in determining a risk, and not the existence of a serious and persistent breach of rule of law

by a Member State (para 2 of the same article) which calls for a unanimous vote (27 minus the concerned country). At this stage it would be quite hard to envisage the situations in which the 26 Members of the Council would vote to determine serious and persistent breach by either Hungary or Poland since the Council has not dared yet finalise the procedures that would result in the voting of the needed four fifths of its members. Even if this situation happens in the future, the second paragraph mechanism would be extremely difficult to transpire, since Hungary can count on Poland to block the unanimity decision and vice versa. Therefore, the provision of Article 7 para. 3, which could be put into practice through a qualified majority vote, is basically not attainable due to the second level of decision making (see Table 1 below). Hypothetically, this blocking could be avoided if there had been a common procedure of invoking Article 7 for both Poland and Hungary, so that the voting is done *en bloc*.

In any case, the situation with Article 7 is now the one of 'wait and see'. New challenges and problems occurred in 2020 due to the COVID-19 outbreak and its protracted consequences, which turned the focus of the Council, already reluctant to vote on Hungary and Poland, to other issues such as pandemic mitigation measures and the 2021–2028 MFF preparations. However, even these budgetary discussions were marred by the discord among the Member States. Both the adoption and implementation of a regulation that would condition the EU budget for the next perspective, on the basis of the rule of law requirements, have been vehemently opposed by Warsaw and Budapest, with its legality even being challenged before the Court of Justice of the EU. Against the backdrop of the pandemic, these processes are still waiting for a tangible and sustainable solution.

Nonetheless, the experience with the inability of the EU institutions, and primarily the Council, to deal with the breach of the values on which the EU is founded, has had its impact on the procedures and the preparation of how the EU will approach the new generation of negotiating countries. This can be seen in all the stages of Article 7 and the enlargement negotiations provisions, as shown in Table 1. The cases or causes of triggering sanctioning mechanisms are the same: (clear risk of) serious and persistent breach of the values on which the EU is founded, i.e. the rule of law. The enlargement methodology adds the backsliding to the possible risks, due to the progressive nature and dynamism of the accession negotiations. Therefore, a candidate country may not just host a clear risk of the rule of law breach, but also backslide on the rule of law and other commitments to the EU during its progress towards membership.

Once the risk is recognised, in the case of Article 7, the initiative can come from the European Commission, European Parliament, and one third of the Member States. The two mentioned European institutions have already both triggered the Article 7 mechanism in the case of Poland and Hungary, respectively, while it is highly unlikely at this stage to have one third of Member States initiate any such procedure on their own peers. Conversely, while the 2012 methodology had the same approach, in regard to the Commission and one third of the Member States (the Parliament having no role in this aspect of Enlargement Policy), the new 2020 methodology recognises the possibility of a duly motivated request of only one Member State. This is a big gamechanger, allowing any Member State to invoke such a corrective and strict procedure on candidate countries, and it stands in sharp contrast to the practice based on the Treaty of Lisbon provisions.

The hearing of the country in question is envisaged in all cases as allowing the State concerned to express its position on the matter. The decisions, on the other hand, vary based on the established facts and are suited to the status of the country: member (determination of existence of breach, suspension of certain rights) or non-member status (putting on hold certain chapters or full suspension of negotiations, or downgrading of pre-accession support), as shown in Table 1. At the same time, the voting procedure is a mixture of various approaches of the EU to the field where we also see the recent introduction of a reverse qualified majority voting as a possibility in the 2020 methodology, if the EU wants to simplify the procedures to achieve a quick response. Finally, the European Parliament is either consulted or informed on the process, strengthening its position consistently.

What needs to be accentuated is the fact that there are no deadlines in the case of the Article 7 procedures, which leads to the deferment of decisions until the Council is ready to pronounce itself on the matter, as in the cases of Poland and Hungary. The same holds for the 2012 methodology which remains silent on deadlines. While we can expect that the negotiation frameworks for Albania and North Macedonia will prescribe precise deadlines for making decisions, we can also envision them stipulated in the recently adopted Rule of Law Conditionality Regulation.

Table 1 – Similarities among the two negotiating frameworks (2012 and 2020) and the Article 7 TEU mechanisms

| | Article 7 TEU para. 1 | Article 7 TEU para. 2 | Article 7 TEU para. 3 | 2012 METHODOLOGY | 2020 METHODOLOGY |
|---------------------------------------|--|--|---|--|--|
| Case/situation | In the case of a clear risk of a serious breach of the values referred to in Article 2, by a Member State | In the case of a serious and persistent breach of the values referred to in Article 2, by a Member State | Where a determination under paragraph 2 has been made | In the case of a serious and persistent breach of the values on which the Union is founded, by a candidate country | In the case of a serious and persistent breach of the values on which the Union is founded, by the candidate country , or where there is significant backsliding in a cluster or under a specific chapter that has not yet been provisionally closed. |
| Initiative by institutions | On a reasoned proposal by the European Parliament or by the European Commission | The European Council , or by the Commission | | the Commission will , on its own initiative | the Commission can , on its own initiative |
| Initiative by Member States | By one third of the Member States | On a proposal by one third of the Member States | | At the request of one third of the Member States | At the duly motivated request of a Member State |
| Action by the Candidate/ Member State | Before making such a determination, the Council hears the Member State in question and may address recommendations to it, acting in accordance with the same procedure. | after inviting the Member State in question to submit its observations | | Hearing of the candidate country | Hearing of the candidate country |
| Type of a decision | determines a clear risk of a serious breach of the values referred to in Article 2, by a Member State | determines the existence of a serious and persistent breach of the values referred to in Article 2, by a Member State | may decide to suspend certain rights deriving from the application of the Treaties to the Member State in question, including the voting rights of the representative of the Member State's government in the Council. The Council, acting by a qualified majority , may decide subsequently to vary or revoke measures taken under paragraph 3 in response to changes in the situation that led to them being imposed. | recommends the suspension of negotiations (and propose the conditions for eventual resumption) | 1. recommends the negotiations be put on hold in certain areas; 2. suspends negotiations overall. 3. in the case of provisionally closed chapters, they can be re-opened or reset ; 4. the scope and intensity of EU funding could be adjusted downward . |

| | Article 7 TEU para. 1 | Article 7 TEU para. 2 | Article 7 TEU para. 3 | 2012 METHODOLOGY | 2020 METHODOLOGY |
|--|---|--|--|--|--|
| Voting procedure | the Council, acting by a four fifths majority of its members | acting by unanimity | the Council, acting by a qualified majority | the Council will decide by qualified majority | the Council will decide by qualified majority; whenever relevant, simplified procedures , including reverse qualified majority voting, may be used to attain a quick response. |
| Role of the European Parliament | the EP shall provide the consent | the EP shall provide the consent ; the EP will be informed | | the EP will be informed | the EP will be informed |

3. THE NEW ENLARGEMENT METHODOLOGY

The new enlargement methodology of the EU, in regard to Albania and North Macedonia, was created in order to overcome the deficiencies in the EU's new approach to negotiating Chapters 23 and 24, which was established in 2012 (European Commission 2012), but also in order to placate the Member States that have not been overly keen on opening new negotiation processes with more Balkan countries. The EC Communication 'Enhancing the accession process – A credible EU perspective for the Western Balkans' (European Commission 2020a) came as a result of a tumultuous process of negotiations between the Member States and the European Commission on how to overcome the blockade of the opening of accession talks with Albania and North Macedonia in the autumn of 2019. Namely, these two Balkan countries received the recommendation of the European Commission to open the accession talks in April 2018 (European Commission 2018b). The June 2018 Council responded positively to the progress of both countries, but also expressed the need for additional activities to be undertaken so that the first intergovernmental conference (IGC) for the opening of accession talks could be organised by the end of 2019 (Council of the European Union 2018). Along these lines, the June 2019 Council tried to reach a compromise on the decision to organise the IGC by the end of the year, yet failed in doing so and therefore decided to postpone the decision until October 2019, at the latest (Council of the European Union 2019a). In spite of long discussions and negotiations, during the summer of 2019 the Member States could not reach a satisfying common decision, which led to yet another postponement

at the October 2019 Council (Council of the European Union 2019b), and the commitment of the European Council to reach a decision by the time of Zagreb Summit in May 2020 (European Council 2019).

The main obstacle to reaching the needed consensus in the Council was France, both in the case of Albania and the case of North Macedonia, while the Netherlands had issues with the opening of negotiations with Albania. French President Macron insisted that the actual methodology of the accession negotiations was flawed and that it needed to be altered in order to be more adapted to the rule of law needs (Berretta 2019). Consequently, the French issued a non-paper calling for a renewed approach to the accession process and full compliance with the rule of law and the *acquis* (Government of France, 2019). One of the French demands was that the European Commission develop a new methodological framework for the negotiations of the new candidate countries, where France wanted to have four principles – gradual association, stringent conditions, tangible benefits, and reversibility – translated into the future methodology. And, indeed, the European Commission presented the new draft for the methodological framework to the Member States in early 2020, which was subsequently adopted and presented on 5 February 2020. This led to the decision of the Council for General Affairs, on 25 March 2020, to open the accession talks with Albania and North Macedonia and to start the preparation for the first intergovernmental conference with these two countries (Council of the European Union 2020).

The Communication underlined the need to further improve the effectiveness of the overall accession process and its implementation on the ground, especially in the area of fundamentals i.e. the rule of law, political and economic criteria, and public administration reform. The EU, on the basis of its concerns about the state of rule of law in the region, asked the Western Balkans political leadership to deliver more commitment and credibility within the reforms in the fundamentals cluster, which need to be tangible and sustainable. Thus, support to fundamental democratic and rule of law reforms, and alignment with core European values and the highest EU standards became the central issue in the negotiations for membership and it was accentuated even more than in the new approach on the rule of law of 2012. Nine years ago, it was pointed out that the ‘countries aspiring to join the Union must demonstrate their ability to strengthen the practical realisation of the values on which the Union is based at all stages of the accession process’ (European Commission 2012, 4). Consequently, the latest approach builds on these words and expands the stringency of rules, which in turn influenced the 2020 negotiation modality to differentiate significantly in certain parts from the previous negotiating frameworks for

Montenegro and Serbia. The key innovations are clusters, elaboration of the reversibility principle, strengthened conditionality, inclusion of reversed qualified majority voting (QMV) instead of QMV for the decision making, in cases when the Council wants to decide through simplified procedures in a quick response, as well as that all relevant chapters of the *acquis* shall be cross-checked against anti-corruption policies.

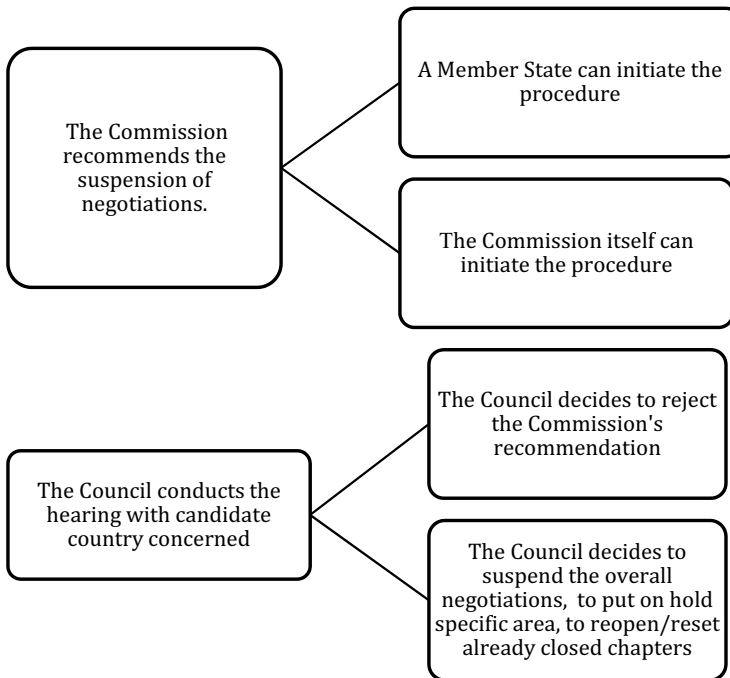
The chapters of future negotiations will be organised in clusters. Out of the six of them, the first one on the fundamentals is the most important. The new methodological framework prescribes the opening the Fundamentals cluster (the two key chapters, 23 – Judiciary and Fundamental Rights, and 24 – Justice, Freedom and Security; as well as three related ones: 5 – Public Procurement, 18 – Statistics, and 32 – Financial Control) first and it also adds that they will be closed last, the provision that did not exist in the 2012 negotiation framework. In addition to these five chapters, the Fundamentals cluster will also focus on economic criteria, the functioning of democratic institutions, and public administration reform. The new approach also clearly states that no other negotiating cluster will be opened before the Fundamentals cluster is opened, as well as that the progress under this cluster will determine the overall pace of the negotiations, while no other chapter will be provisionally closed before the interim benchmarks for Chapters 23 and 24, therefore giving the Fundamentals chapters an overall influence over the opening or closing of new clusters or chapters. Hence, the new approach will be even more stringent and exclusive to the overall dynamics of opening accession chapters. The clusters system will make the possibility of preparing or starting negotiations in other areas of the Union *acquis*, such as agriculture, transport, intellectual property, etc., even more difficult or even impossible if there is no satisfactory progress in the Fundamentals cluster.

The new methodology calls for a new generation of negotiation documents (roadmaps) to be developed – firstly the *roadmap for the rule of law Chapters 23 and 24*, which would serve as the basis for the opening of accession talks. As in the negotiation framework, e.g. for Montenegro, the action plans for Chapters 23 and 24 were set to constitute the opening benchmarks for these two chapters (Council of the EU 2012, 5), the future roadmaps would replace these action plans and subsequently serve as the opening benchmarks in the case of Albania and North Macedonia, while Montenegro and Serbia would continue using the already agreed action plans for Chapters 23 and 24 (Council of the European Union, 2021). The proposed *roadmap on the functioning of democratic institutions and public administration reform*, from the 2020 Methodology, builds on the expectations expressed in the 2012 New Approach of having the candidates and potential candidates start working

from an early stage on establishing and promoting the core democratic institutions, be it the national parliaments, governments, or judiciaries, i.e. all the necessary and essential parts of any democratic system (European Commission 2012, 4).

As this paper has already presented sanctioning or corrective procedures in parallel with Article 7 procedure, it suffices to say that compared to the 2012 approach, once the procedure is initiated, there is a clear sequence of steps leading to the decision on corrective measures or their lifting in the Council.

Table 2 – Procedure of the sanctioning policy in the institutions



The EU has also decided to apply an innovation in the EU decision-making procedures – a reversed qualified majority voting (RQVM) instead of qualified majority voting, as was the case with Montenegro and Serbia. The introduction of the decision-making mechanism greatly diminishes any chance of blocking the sanctioning procedures triggered in cases of breaching values, stagnation, backsliding or lagging behind. The RQVM usually considerably lowers the threshold for the majority needed to pass proposals, therefore making the adoption of the proposals almost automatic

(Van Aken, Artige 2013, 2). A Commission proposal is considered to be approved by the Council unless rejected by a qualified majority of Council members. On the other hand, it would be enough for it to be supported by a group of Member States representing at least 35% of the EU population, which is basically as large as a blocking minority. Finally, a blocking minority must include at least four Council members, pursuant to Article 16(4) TEU. The RQMV has been used mostly in the context of the Six Pack and the Stability and Growth Pact for sanctioning decision making. However, the legality of the RQMV is questionable since it derogates from the provisions of Article 16(3) TEU, laying down the general rule on voting in the Council (Miglio 2019, 11). Therefore, it remains to be seen if and in which cases and voting procedures this mechanism would be applied in the case of candidate countries, because the new methodology is not clear on it, only specifying its application in need of a ‘quick response’ (European Commission 2020a, 6).

Finally, the new negotiation frameworks further developed the cases in which the Commission, on its own, or on the proposal of now only one Member State, instead of one third as in the case of the previous Montenegrin and Serbian frameworks for negotiation, can trigger the sanctioning mechanisms. There are three different situations in which this can happen: 1) serious and persistent breach of values; 2) serious or prolonged stagnation or backsliding, and 3) progress of other chapters lagging behind the rule of law chapters (see Table 3). The provisions of the previous negotiation frameworks have been either extended or upgraded, now showing a higher level of detail and complexity.

Table 3 – Change in the sanctioning policy between the two negotiating methodologies of 2012 and of 2020

| | 2012 METHODOLOGY | 2020 METHODOLOGY |
|---|--|---|
| Provisions in the case of breach | In the case of a serious and persistent breach by Montenegro/Serbia of the values on which the Union is founded , the Commission will, on its own initiative or on the request of one third of the Member States, recommend the suspension of negotiations and propose the conditions for eventual resumption. | <i>In the case of:</i> 1. a serious and persistent breach by Albania/North Macedonia of the values on which the Union is founded, the Commission can, on its own initiative or at the duly motivated request of a Member State, recommend the suspension of negotiations. 2. any serious or prolonged stagnation or backsliding in reform implementation in the Fundamentals cluster 3. any serious or prolonged backsliding in reform implementation in the Fundamentals cluster |

| | 2012 METHODOLOGY | 2020 METHODOLOGY |
|--|---|--|
| Imbalance clause | An overall balance in the progress of negotiations across chapters should be ensured. Given the link between the chapters Judiciary and Fundamental Rights, and Justice, Freedom and Security, and the values on which the Union is founded, as well as their importance for the implementation of the <i>acquis</i> across the board, should progress under these chapters significantly lag behind progress in the negotiations overall , and after having exhausted all other available measures, the Commission will, on its own initiative or on the request of one third of the Member States, propose to withhold its recommendations to open and/or close other negotiating chapters, and adapt the associated preparatory work , as appropriate, until this imbalance is addressed. | 4. progress under the Fundamentals cluster significantly lags behind progress in other areas and this leads to an overall imbalance of the enlargement negotiations. |
| General backsliding across the chapters | An overall balance in the progress of negotiations across chapters should also be ensured. In the case of provisionally closed chapters, the Commission may recommend the re-opening of negotiations, in particular where Montenegro/Serbia has failed to meet important benchmarks or to implement its commitments . | Where there is significant backsliding in a cluster or under a specific chapter that has not yet been provisionally closed, the Commission can, on its own initiative or at the duly motivated request of a Member State, recommend that the previous opening of the cluster concerned be reversed . |
| Re-opening of chapters/ clusters | In the case of provisionally closed chapters , the Commission may recommend the re-opening of negotiations , in particular where Montenegro/Serbia has failed to meet important benchmarks or to implement its commitments. | In the case of provisionally closed chapters the Commission can, on its own initiative or at the duly motivated request of a Member State, recommend the re-opening of negotiations on the chapter – and the cluster of which it is a part if the cluster had also been provisionally closed – in particular where Albania/North Macedonia has failed to continue meeting important benchmarks or to implement its commitments. |
| Voting procedure | The Council will decide by qualified majority on such a recommendation, after having heard Montenegro/Serbia, whether to suspend the negotiations and on the conditions for their resumption. | The Council will decide by (reverse) qualified majority on such a recommendation, after having heard Albania/North Macedonia. |
| Role of the European Parliament | The European Parliament will be informed. | The European Parliament will be informed. |

First of all, the *breach of the fundamental values* on which the EU is founded remains the primary cause for the initiation of sanctioning mechanism. In the enlargement this provision has the same guiding principle as Article 7 TEU, while the values remain the founding block of the accession talks pursuant to Article 49 TEU. Thus, negotiations are opened on the basis that a candidate respects and is committed to promoting the values of Article

2 TEU. Therefore, respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities are an essential and basic part of the negotiation process. They are to be understood as the prerequisite for conducting accession talks and as a cross reference to progress in any other chapter of the Union acquis. On the other hand, considering the dynamic nature of negotiations, the other cases of sanctioning are related to the rhythm of accession talks. But even there, the rule of law and other values constitute the backdrop against which everything else is measured. If there is a stagnation or backsliding or if there is no balance of progress between the rule of law chapters and the rest of the chapters or clusters, the EU can trigger procedures similar to Article 7 TEU.

Therefore, the sanctioning can be applied if there is any *serious or prolonged stagnation* within the chapters that belong to the newly created Fundamentals cluster. These situations would occur when a candidate country does not deliver on promised reforms, i.e. when it cannot show that it has fulfilled the objectives from the roadmaps on rule of law and on democratic institutions. This dynamic approach would basically mean that a country negotiating its entry into the EU needs to clearly show an even rhythm of implementing reforms and progressing towards membership. So, for a candidate, it becomes an issue when it, for example, achieves a certain level of preparedness for membership in the area of the judiciary and then stagnates, not taking any further initiative or a follow up; or when it procrastinates with performing anti-corruption legal or institutional reforms while it progresses in other areas of Union acquis that are less controversial or demanding. According to the new methodology, the sanctioning mechanism can be initiated in these situations, the Council can pronounce on its initiative that there exists a stagnation in a candidate country and thus prevent an overall disbalance where most of the work is done across other chapters, but not in the Fundamentals cluster.

This is basically a provision that ensures an overall balance between the progress shown within the rule of law and the rest of the chapters of the acquis. Knowing the importance of Chapters 23 and 24, as well as the EU fundamental values for the implementation of the acquis across the board, the EU insists on the links and causality between achieving good progress in both. This has become known as the '(im)balance clause' and it has started to be mentioned and used in the political discourse, especially in Montenegro. It is obvious that it would not be easy to say what is the measure of balance i.e. how many chapters can be opened and how many closed before the suspension clause is triggered. Consequently, considering that the imbalance clause represents a very serious mechanism that would put on hold the

accession talks of a candidate for a long time due to the complex procedural aspect, the EU has until now applied the approach of balancing in a more informal way. The negotiation framework for Montenegro specified that the chapters Judiciary and Fundamental Rights, and Justice, Freedom and Security should be tackled early in the negotiations (Council of the EU 2012, 16), thus allowing enough time to deal with the complexity of the chapter and the demands for legal, administrative and track record build-up. In practice this meant that Montenegro could open and provisionally close the two easiest chapters Science and Research (Chapter 25) in December 2012 and Culture and Education in April 2013 (Chapter 26) before it met the benchmarks for opening Chapters 23 and 24. When in December 2013 Montenegro finally opened the rule of law chapters, three additional ones that had been in the waiting room were also opened 5 – Public Procurement, 6 – Company Law, and 20 – Entrepreneurship and Industrial Policy. Serbia first opened Chapter 35 – Other and Chapter 32 – Financial Control in December 2015, and then opened Chapters 23 and 24 in July 2016, which allowed it to open and close Chapters 25 and 26, which Montenegro closed before opening the rule of law negotiations. Therefore, based on the mentioned provisions of the negotiation framework, the Member States wanted to have 23 and 24 opened at the outset, delaying the opening (or provisional closing) of other chapters further and further, as we can see in the examples of first Montenegro and then Serbia.

The sanctioning can also be triggered if there is *serious or prolonged backsliding*. In these, specifically difficult situations, a candidate country may adopt legislation or implement measures and, therefore, take steps that can be seen as regressing from the European standards that had been previously reached or adopted. Here it is important to note that the inspiration for the framework that does not leave space for any sign of regression was probably found in the experience of the EU with Hungary (Halmai 2019, 1505) and Poland – which Sadurski also calls ‘democratic decay’ or ‘constitutional rot’ (Sadurski 2018, 8) – as well as with Turkey, where a number of endogenous and exogenous factors led to democratic backsliding (Taskinsoy, Kuzey 2020, 16). Although Western Balkans candidates have not been very rapid in their accession to the EU, there have been minimal cases of backsliding in recent years. Montenegro had a legal backsliding in the area of public procurement because of the regression in the provisions within the new Law on Public Procurement, adopted in June 2017, which had reduced the level of compliance with EU rules. Namely, the EU found that it had been prepared by an ad-hoc task force, and without public consultation, which led to the fact that the new law no longer applied to low-value procurement and procurements in the area of defence and security, along with several new exemptions that were not in the EU acquis (European Commission 2018a,

54). Considering the fact that the Public Procurement Chapter (5) is now one of the chapters in the Fundamentals cluster, situations like this could be potentially problematic for the candidates from the Western Balkans.

Turkey, on the other hand, has been reported to have a number of cases of backsliding in its European integration. In 2019, the EU noted further serious backsliding in the field of the judiciary in Turkey, with political pressure on judges and prosecutors, and transfers of a large number of judges and prosecutors against their will, with negative impact on the independence and overall quality and efficiency of the judiciary. The area of fighting corruption experienced backsliding since the dismantled preventive bodies were not replaced by an independent body, while serious backsliding endures in regard to human and fundamental rights. There was also serious backsliding in the areas of freedom of expression, assembly, and association and in procedural and property rights. Lastly, in the area of public administration reform in 2019 there was serious backsliding in the area of public service and human resources management (European Commission 2019a, 6–7). The example of Turkey shows how, in the eyes of the EU, a candidate country can backslide on its way towards the EU. It stands as a warning of how things can change even once a country opens accession talks and that the process is not irreversible. All of it has influenced the approach to the new generation of candidates that are negotiating membership and accordingly it has been embedded to the new negotiating frameworks.

Finally, the new negotiation methodology specifies that if any of the mentioned potential problems are noted, the scope and intensity of pre-accession assistance could also be adjusted downward, with the support to civil society being the only one excluded from the downscaling of financial assistance to candidate countries. This is a similar provision as laid out in the Regulation on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget³ (European Parliament, 2020), which calls for the adjustments to the suspension or re-budgeting of appropriations in the case of generalised deficiencies as regards the rule of law in the Member States. This, so-called rule of law conditionality regulation, once it enters into its full application, due to the legal challenge that Hungary and Poland launched at the Court of Justice of the EU, would improve the credibility of the enforcement action of the EC by lowering decision-making hurdles (Blauberger, van Hüllen 2020, 8), thus allowing the Commission to act – compared to the inability it faces now – with hard to implement high-ceiling standards of Article

³ Regulation (EU, Euratom) No. 2020/2092 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2020 on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget, OJ L1 433/1 of 22/12/2020.

7. The conditionality regulation specifies in great detail the procedures needed for the suspension of payments, commitments and disbursement of instalments, and a reduction of funding in the cases of general deficiencies regarding the rule of law. The same is not true of the downscaling of pre-accession assistance, as it is left to the European Commission on how it will approach the said procedure. Nonetheless, the similarities between the two mechanisms – one for the Member States, the other for candidate countries – in sharing experiences and approaches to dealing with possible deficiencies or breaches of the rule of law through economic sanctioning, remain very close to each other; although their potential remains yet to be seen, as it has never been used until now for either case.

4. CONCLUDING REMARKS

The European Union has been undergoing a series of challenges and crises in recent years. One of the less visible ones, but not less important or decisive, has been the crisis of the axiom that the rule of law and respect of values enshrined in Article 2 TEU are of the same content and have a common definition for all the Member States. Equipped with the mechanisms of protection of its fundamental values, as they had been further strengthened and improved with the Treaty on European Union, the community continued to face the first real challenges to the founding values. Hungary and Poland have not just posed a risk to the concept of the rule of law and the unity of the European family, but have also put to the test the ability of EU institutions to initiate and utilise the procedures of the Treaty in order to safeguard the common standard of the principle of rule of law or other values.

On the other hand, the experiences with the latest enlargements have also played their part in changing the approach of the EU to the future member states. First, Bulgaria and Rumania had to enter a specially created post-accession vehicle for ensuring the conditionality based on rule of law – the Cooperation and Verification Mechanism. To this day, 13 years from the entry into the EU, these two countries have not managed to fulfil the criteria of the said mechanism and exit it. The unsuccessful negotiations with Turkey and the fact that Croatia entered the EU without having enough time to fulfil all the rule of law criteria have added to the complexity of the situation.

Therefore, as with the changes in the EU regarding the rule of law, the new approach to negotiating the rule of law chapters for Montenegro and Serbia was instituted in 2012, allowing these two countries to start accession talks. Based on complex and comprehensive action plans, Montenegro and Serbia, started the work on the rule of law, but to this date they have not managed

to fulfil the interim benchmarks set for Chapters 23 and 24. Faced with the need to open new accession talks with Albania and North Macedonia, as well as the opposition to it, the EU presented a new methodology for negotiation in early 2020 and, based on it, in July 2020 started the procedure of the adoption of the two negotiation frameworks, which has not been finalised even after nine months of discussion in the Council.

All the mentioned processes are very much intertwined and have been drawing inspiration one from another. Challenges to the application of the common concept of the rule of law, freedom of speech, and independence of the judiciary in some Member States have generated a more cautious approach towards potential future members of the Union. On the other hand, the inability to pursue fully the procedures of Article 7 has inspired tougher and more developed mechanisms, such as the recently adopted conditionality regulation and the rule of law annual reports of the European Commission. Also, this inability has pushed the EU to make the principle of conditionality even more stringent for candidate countries. In this manner, future negotiations with membership candidates are seen as a contingency for not ending in a situation where the EU would be faced with the possibility of invoking Article 7 mechanisms for future Member States. This is depicted in the upgrades done in the negotiation methodology which now puts many more conditions and criteria on the candidates before they can be deemed ready for various negotiation phases: opening, conduct, and closing of accession talks.

Oppositely, the experience with the recent enlargements and the difficulties that the actual candidates for membership are facing in adapting to the EU rule of law standards, have also induced initiatives and policies on strengthening the rule of law within the EU. The pre-accession conditionalities and mechanisms of monitoring and reporting are much more advanced than the ones that should be applied to the Member States, therefore allowing the EU to utilise this knowledge and experience into the newly created rule of law frameworks and procedures within the EU. In this way, Article 7 and the provisions of the negotiation frameworks for Balkan candidate countries are mirroring and feeding one into other. This is mirrored in the causes for the triggering of the sanctioning procedures, the provisions on who can initiate the procedure, the hearing of the concerned state, the decision-making mechanism, types of decisions and the role of the EU institutions. The Union is, thus, building its rule of law policy on both fronts, although with uneven results and varied dynamics, mirroring experiences from both worlds. This all points to the fact that the two processes will continue to influence each other as the rule of law grows in importance and influence.

REFERENCES

- [1] Ahtisaari, Marti, Jochen Frowein, Marcelino Oreja. 2000. *Report adopted in Paris*. 8 September.
- [2] Berretta, Emmanuel. 2019. Élargissement de l'UE: Macron fait attendre l'Albanie et la Macédoine. *Le Point*, 18 October.
- [3] Blauburger, Michael, Vera van Hüllen. 1/2020. Conditionality of EU funds: An Instrument to Enforce EU Fundamental Values?. *Journal of European Integration* 43: 1–16.
- [4] Council of the European Union. 2012. *General EU Position, Ministerial meeting opening the Intergovernmental Conference on the Accession of Montenegro to the European Union*, 23/1. Brussels, 29 June 2012.
- [5] Council of the European Union. 2014. *Conclusions of the Council and the Member States meeting within the Council on ensuring respect for the rule of law of 16 December 2014*, 16862/14. Brussels, 16 December 2014.
- [6] Council of the European Union. 2018. *Outcome of the Council Meeting President 3629nd General Affairs Council*, 10555/18. Brussels, 26 June 2018.
- [7] Council of the European Union. 2019a. *Outcome of the Council Meeting President 3702nd General Affairs Council*, 10396/19, Luxembourg, 18 June 2019.
- [8] Council of the European Union. 2019b. *Enlargement and Stabilisation and Association Process – Albania and the Republic of North Macedonia, Presidency conclusions*, 13155/19. Luxembourg, 15 October 2019.
- [9] Council of the European Union. 2020. *Outcome of the Council Meeting President General Affairs Council, Enlargement and Stabilisation and Association Process – the Republic of North Macedonia and the Republic of Albania Council conclusions*, 7002/20. Brussels, 25 March 2020.
- [10] Council of the European Union. 2021. *Working document on the application of the revised enlargement methodology to the accession negotiations with Montenegro and Serbia*, 8536/21. Brussels, 6 May 2021.
- [11] Culver, Keith, Michael Giudice. 2012. Not a System but an Order: An Inter-Institutional View of European Union Law. 54–76 in *Philosophical Foundations of European Union Law*, edited by Julie Dickson and Pavlos Eleftheriadis. Oxford: Oxford University Press.

- [12] Damjanovski, Ivan, Christophe Hillion, Denis Preshova. 2020. Uniformity and Differentiation in the Fundamentals of EU Membership: The EU Rule of Law Acquis in the Pre- and Post-accession Contexts. *EUIDEA Research Papers* 4: 1–32.
- [13] Drinóczi Tímea. 2019. The European Rule of Law and illiberal legality in illiberal constitutionalism: the case of Hungary. *MTA LAW Working Papers* 16: 1–29.
- [14] European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). 2016. *Rule of Law Checklist*, CDL-AD (2016)007rev. Strasbourg, 18 March.
- [15] European Commission. 2012. *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Enlargement Strategy and Main Challenges 2012–2013*, COM (2012) 600 final. Brussels, 10 October 2012.
- [16] European Commission. 2013a. *President of the European Commission José Manuel Durão Barroso, State of the Union address 2013*, Speech/13/684, 11 September.
- [17] European Commission. 2014. *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, A new EU Framework to strengthen the Rule of Law*, COM (2014) 158 final. Brussels, 11 March 2014.
- [18] European Commission. 2017. *Proposal for a Council Decision on the determination of a clear risk of a serious breach by the Republic of Poland of the rule of law*, COM/2017/0835 final – 2017/0360 (NLE).
- [19] European Commission. 2018a. *Commission Staff Working Document, Montenegro 2018 Report Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 2018 Communication on EU Enlargement Policy*, SWD (2018) 150 final. Strasbourg, 17 April 2018.
- [20] European Commission. 2018b. *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*, Com (2018) 450 final.
- [21] European Commission. 2019a. *Commission Staff Working Document, Turkey 2019 Report Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 2019 Communication on EU Enlargement Policy*, SWD (2019) 220 final. Brussels, 29 May 2019.

- [22] European Commission. 2019b. *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Strengthening the rule of law within the Union – A blueprint for action*, COM/2019/343 final, 17 July 2019.
- [23] European Commission. 2020a. *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Enhancing the accession process – A credible EU perspective for the Western Balkans*, COM (2020) 57 final. Brussels, 5 February 2020.
- [24] European Commission. 2020b. *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*, COM (2020) 580 final, *2020 Rule of Law Report*.
- [25] European Council. 2019. *Presidency conclusions*. Brussels, 17–18 October.
- [26] European Integration Office, Government of Montenegro. 2020. *Informacija o novoj metodologiji pristupanja Evropskoj uniji*, 14 May.
- [27] European Parliament. 2018. *The situation in Hungary European Parliament resolution*. P8_TA(2018)0340 (2017/2131(INL)).
- [28] *European Western Balkans*. 2020. Vučić: Obavestio sam Makrona da Srbija prihvata novu metodologiju proširenja EU, 10 July. <https://europeanwesternbalkans.rs/vucic-obavestio-sam-makrona-da-srbija-prihvata-novu-metodologiju-prosirenja-eu> (last visited 21 April, 2021).
- [29] Government of France. *Non-Paper Reforming the European Union accession process*. France, 16 November 2020.
- [30] Grabowska-Moroz, Barbara, Dimitry Kochenov. 2020. *Understanding the Best Practices in the Area of the Rule of Law*, Working paper. Reconnect Europe Project, European Commission, Brussels.
- [31] Halmai, Gábor. 2018. The Possibility and Desirability of Rule of Law Conditionality. *The Hague Journal on the Rule of Law* 11: 171–188.
- [32] Halmai, Gábor. 2019. The Fundamental Law of Hungary and the European Constitutional Values. *DPCE online*, February 2019.
- [33] *Hungary Today*. 2021. Hungarian Press Roundup: Hungary and Poland Challenge EU Rule of Law Conditionality, 19 March. <https://hungary-today.hu/hungary-poland-challenge-eu-rule-of-law-conditionality/> (last visited 21 April, 2021).

- [34] Kochenov, Dimitry. 1/2015. EU Law without the Rule of Law: Is the Veneration of Autonomy Worth it?. *Yearbook of European Law* 34: 74–96.
- [35] Lührmann, Anna, Staffan I. Lindberg. 7/2019. A third wave of autocratization is here: what is new about it?. *Democratization* 26: 1095–1113.
- [36] Miglio, Alberto. 2019. Reverse Qualified Majority Vote in Post-Crisis EU economic governance: A Circumvention of Institutional Balance?. Working paper. RescEU No 43–01.
- [37] Møller, Jørgen, Svend-Erik Skaaning. 2010. *Systematizing Thin and Thick Conceptions of the Rule of Law*. APSA Annual Meeting. Washington DC.
- [38] Osterdahl, Inger. 2019. Article 7 TEU and the rule of law mechanism: a dissuasive weapon or a paper tiger?. 241–260 in *The Authority of EU Law: Do We Still Believe in It?*, edited by Wolfgang Heusel, Jean-Philippe Rageade. Berlin: Springer.
- [39] Pech, Laurent. 2009. The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union. *The Jean Monnet Working Paper Series* 04/09: 1–79.
- [40] Pech, Laurent. 2019. From “Nuclear Option” to Damp Squib? A Critical Assessment of the Four Article 7(1) TEU Hearings to Date. *Verfassungsblog* (on matters constitutional), published online. <https://verfassungsblog.de/from-nuclear-option-to-damp-squib/> (last visited 21 April, 2021)
- [41] Peirone, Franco. 2019. The Rule of Law in the EU: Between Union and Unity. *CYELP* 15: 57–98.
- [42] *Politico*. 2020. Commission Report finds many EU Nations Fall Short on Rule of Law, 30 September. <https://www.politico.eu/article/european-commission-report-finds-many-eu-nations-hungary-poland-malta-bulgaria-falling-short-rule-of-law/> (last visited 21 April, 2021)
- [43] Sadurski, Wojciech. 2018. How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding. *Legal Studies Research Paper* No. 18/01. Sydney: Sydney Law School.
- [44] Tamanaha, Brian. 2004. *On the Rule of Law, History, Politics, Theory*. Cambridge: Cambridge University Press.
- [45] Taskinsoy, John, Cemil Kuzey. 2020. Is Turkey Backsliding on Global Competitiveness and Democracy Amid Its EU Bid in Limbo?. *SSRN Electronic Journal*.

- [46] *The Economist*. 2021. The EU's Calhounian moment, 17 April. <https://www.economist.com/europe/2021/04/17/the-eus-calhounian-moment> (last visited 22 April, 2021).
- [47] Van Aken, Wim, Lionel Artige. 2013. *A comparative Analysis of Reverse Majority Voting*. EUSA Thirteen Biennial Conference. Baltimore.

Article history:
Received: 29. 4. 2021.
Accepted: 8. 6. 2021.

UDK 340.131; 177.9:123.1

CERIF: S 115

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_21307A

Isabel TRUJILLO, PhD*

THE LEGAL BALANCE BETWEEN LIBERTY AND EQUALITY

The paper explores the specific legal balance between liberty and equality, distinguishing it from political theories and constitutional settings, where they are often considered in opposition. In order to find the specific legal balance between liberty and equality, and after identifying some of their relevant meanings for the purpose, it becomes necessary to focus on the rule of law, and to examine the relationship between liberty and equality in its different versions. Once the core meaning of the rule of law in terms of liberty and equality is enucleated, it is possible to consider extending it to the international field.

Key words: *Liberty. – Equality. – Rule of law. – Reciprocity. – International rule of law.*

* Department of Law, University of Palermo, Palermo, Italy, isabel.trujillo@unipa.it. This article draws upon and develops passages first written for the „Liberty and Equality as the Morality of the Rule of Law“ entry in the Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy, edited by Mortimer Sellers and Stephan Kirste.

1. INTRODUCTION

Sometimes liberty and equality seem to be mutually exclusive, but this is a controversial opinion within law and politics. The reason for excluding their opposition in this context is the double essence of legal and political institutions, and of their sciences accordingly. As a matter of fact, legal and political institutions inevitably deal with the combination of individualities in a social regime. They are social entities and thus they require a mix of individual liberty (or, in the negative, they are characterized as forms of domination) and equality (or, if it is missing, they produce inequality). Liberty and equality are the two sides of the same coin, being the coin of the legal and political domains.

In addition, a specific balance between liberty and equality is a point of no return in the institutional framework of the political and legal Western tradition of democracy and the rule of law, far from extreme forms of liberalism (as libertarianism) – that exalt liberty as the absolute value over any pretended interference in the political context, as well as far from extreme socialist political doctrines – that boost equality over liberty. In very general words, this Western tradition involves a wide development and deep transformation of legal and political institutions in favor of equal freedom and participation. In order to limit the otherwise too wide spectrum of possibilities regarding the balance between liberty and equality, this article will mainly make reference to this modern framework.

The central claim is that it is possible to differentiate a specific *legal* setting of liberty and equality from other (different) *political* models. The former looks at the legal relations, in particular, in its best pattern, the rule of law. The latter covers a wide variety of versions of, on the one hand, constitutional backgrounds and, on another hand, a broad assortment of political theories. Constitutions are generally understood as tangible and given instruments of historical evolution and mediation among pluralistic values in which a specific balance of liberty and equality usually reigns. On the other hand, the more abstract scenario of political theories is where the thesis about the opposition between liberty and equality has prospered. In this latter context, it is sometimes assumed that liberty and equality are inversely proportional: the more liberty we want, the less equality we can guarantee, and vice versa. This idea is consonant with neo-liberalist ideologies and with their free-markets policies, and it could lead to the impression that the more state intervention we have, the less freedom of exchange we can guarantee, forgetting that in order to have a free market we need at least equal access for all incomers and owners (because all others are denied access to market). In consumerist societies like ours, the only relevant

freedom seems to be the access to market. Nevertheless, the challenge here is to identify the *legal* balance between liberty and equality, and this task concerns necessarily the concept of law, which must be distinguished from markets. As an introduction to the topic, it can be noted that even an inverse proportionality is the result of a balance, or a tension. But even a tension shows the link between them.

After presenting a schematic map of the concepts at stake (liberty, equality), in so far as they are relevant for the rule of law as the core of the concept of law, and examining different forms of their relationships, the specificity of the relationship between liberty and equality in the legal context will be established. It will be suggested that a combination of liberty and equality is the very basis of every legal society guided by the rule of law. This circumstance explains the requirements of rule of law and serves to distinguish its more or less suitable version among different possibilities. The suggestion about the legal setting of liberty and equality contrasts with both the idea of an irresolvable opposition between liberty and equality – typical of some political theories – and with the merely formal conceptions of the rule of law. It implies that the rule of law is the core of law and that, consequently, it is possible to design an international rule of law for the international arena, where liberty and equality take partially different forms.

2. LIBERTY AND/V.S. EQUALITY?

2.1. Liberties

Liberty or freedom (here used as synonyms) are not usually considered to be a value or a good in and of itself but rather a general condition, a tool for obtaining some other goods or guaranteeing their pursuit. Those goods are generally associated with human flourishing: wellbeing, self-respect, self-sufficiency or wealth, or whatever other aim human beings decide to pursue in the social context. The point is not that liberty is a necessary mean for obtaining these goals, but rather that all these goals have to be pursued and enjoyed with liberty, since liberty is a human prerogative to be protected in social interaction. The problematic comparison and consequent opposition between the liberty of ancients and that of moderns (Constant 1988, 309) seems to diminish the importance of liberty in the public sphere in modern times, whereas it was clear that the Romans considered *libertas* to be strictly linked to *civitas*. The first point is then that what is at stake in the legal and political context is not a sort of natural liberty, but rather its legal and political implications. In any case, whatever liberty is in the legal

and political realm (collective political autonomy for ancients or individual private freedom for moderns, accepting the difference indicated above), its protection is an appropriate treatment for human beings in the context of social interaction.

The instrumental character of liberty does not reduce its importance. On the contrary, it is intrinsically related to its basic meaning: whatever the content of liberty in general is, to protect liberty implies to leave individuals free to decide and act by themselves. Liberty implies autonomy of judgment and self-determination, features that show the existence of an independent source of action and behavior. In sum, liberty is a crucial characteristic of human agency, to be performed and protected in the social context.

In the modern legal and political framework, freedom is not conceived only as a desirable condition, but it is affirmed as a right, and in particular as a right to specific claims: freedom of expression, of conscience, and a wide range of rights to choose and to self-determination, which must be specified in consideration of contexts and circumstances. The demand for freedom can be advanced as an abstract claim, but it is concretely assessed in consideration of specific contexts. These rights and many others are considered manifestations of liberty in the framework of interactions because they are necessary for the exercise of liberty. Liberties (in the plural) are then due to individuals. It is not a matter of concession.

As it is well known, within the general background of liberalism, in which liberty is the most relevant if not the only political value, a distinction between negative freedom and positive freedom – also relevant for understanding the rule of law – has prospered (Berlin 1969, 121–122). Negative liberties are generally considered immunities; they seem to require some actors (states, institutions, powers, agents) to restrain from, or to inhibit, interference with free people. Traditionally, negative liberties are believed to be self-executing; such rights seem to exist for the simple fact that it is imperative to protect freedom. On the other hand, positive liberty is the capacity of acting upon one's will without internal constraints. Observed closer – and from the perspective of multiple implications of liberty in the social context – what really distinguishes negative and positive liberties is the correlative position of others *vis à vis* the free agent. In the first case it is required not to interfere; in the second one – to contribute to the production of conditions for self-mastering. Notoriously, according to Berlin, positive liberty is dangerous because it could justify authoritarianism, or, in other words, interferences and domination. The distinction, however, is graspable only in a liberal context, where an existent general liberal legislation, together with executive and adjudication powers, make the simple idea of a negative liberty possible. In addition, budget and resources are necessary in both cases, because the

two forms of liberty require institutions, policies and actions, then they are not distinguished from the point of view of their cost.¹ Both types of liberty are entrenched in relationships. Liberty in a social context depends on others' behaviors and is influenced by them, and this is the case of law.

These interactions/interferences can be considered against liberty only if they are illegitimate, as any interaction is from the point of view of anarchy (Wolff 1970, 18). On the other hand, legal and political contexts must take interactions seriously and think of liberty within the social framework. Liberty in the legal and political context is always a liberty embedded in a network, and in some way conditioned by specific relationships. This aspect seems to weaken liberty because it seems to justify interferences, but at the same time it strengthens it, because freedom becomes a common commitment and not only an individual concern. Pushing this argument further, the promoters of Republicanism have noticed that interactions and interferences, even when supported by coercion, can be subjected to our control, and then be in favor of liberty (Pettit 2008, 202–203). In other words, interactions/interferences are not necessarily incompatible with liberty. Interferences are against freedom when they are arbitrary and generate a state of domination. From this point of view, the opposite of liberty is domination, as arbitrary interference, and not equality. And it is worth noticing that it is no accident that the avoidance of arbitrary interference or domination has always been the main task of the rule of law. Law then plays an important role in avoiding arbitrary interferences.

2.2. Equalities

Even more than liberty, equality fits well with the plural. Different forms and plural parameters of equality can be found: equivalence – typical of commutative or corrective justice, equality of reciprocity – a more complex system of mutuality in which the correspondence is not univocal,² equality in distribution or allocation of resources, rights, chances, opportunities. In addition to the different forms of equality and to the wide range of parameters of equality, there are also different methods for obtaining a possible equality, levelling down or levelling up standards and parameters. All these differences explain the diversity of accounts of equality. What

¹ It is also difficult to say which one costs more (see Holmes, Sunstein 1999).

² The principle of reciprocity has been proposed as a complementary economic logic, different from the equivalence of market logic (Bruni, Zamagni 2007, 159–175).

is common to all the versions is the comparative concern: equality is the quality of a comparison between two or more agents in one respect. The comparison should be said to be equal when it shows proportionality or equilibrium among those interested. Nevertheless, in the legal context, equality is not a starting point but a final achievement. In other words, equality is a normative principle. To say that human beings are equal means then that they must be treated as equal. When individuals are equal under this or that parameter, a proportionality in their relationship is due, even if, as a matter of fact, human beings are unequal. From this point of view, when Article 1 of the Universal Declaration of Human Rights (1948) says that all human beings are born free and equal in dignity and rights, it means that all human beings must enjoy all those rights connected to their freedom and dignity. The thesis according to which perfectly realized human rights are compatible with inequalities (Moyn 2015, 13) is grounded precisely on the assumption that taking freedom seriously jeopardizes equality. But perfectly realized human rights (if there could ever be such a world) would reduce inequalities, as far as equality is served when people's access to desirable conditions of life – like those established in the form of rights in the Universal Declaration of Human Rights – is equal, within reasonable personal differentiations (Cohen 2008, 181). Hence, unreasonable differentiations or, in other words, unjustified and arbitrary discriminations, are the opposite of equality, instead of liberty. Those unreasonable discriminations open the door to domination in so far as they provide a status of oppression.

2.3. Opposition or Complementarity?

The relationship between liberty and equality is intricate, even if the two can hardly be separated. The adoption of this or that concept of freedom and equality complicates their relationships, but some points can be fixed. First, the postulation of their radical opposition is born in the same tradition of liberalism, famously represented by Hayek's doctrine (Hayek 1960, 85), and it is stressed by libertarians – a group of political theorists who emphasize liberty at the cost of intentionally jeopardizing equality. The background of this trend is the anarchical assumption that any interaction is an arbitrary interference and produces a state of domination. But even libertarians – if they are coherent – must support the same liberty for everyone. In their case, they would aim at the highest possible level of freedom for all, or perhaps at the freedoms related to markets, but always claimed for everyone. Otherwise, they would run into the fallacy of restricted universalism (Black 1991, 357).

Second, a balance does not prevent the tension between liberty and equality, and the different opinions about which one must prevail. Notwithstanding his liberalism, Dworkin affirms that liberty will lose out in any conflict with the best conception of the abstract principle of equality, because governments should show the same concern for the lives and liberties of all citizens (Dworkin 2002, 131). This aptly highlights the features of the context in which the balance must be found: a social context of interactions among individuals in which the comparative concern cannot be dismissed.

Finally, while the opposite of liberty is domination and not equality, the opposite of equality is inequality and discrimination, rather than liberty. Liberty without equality is incompatible with an even minimal social order. Equality without liberty is incompatible with a respectful human social order. In so far as unreasonable inequalities and discriminations can produce domination, they are enemy to both freedom and equality.

In general, it can be correctly said that the liberal centrality of the rule of law is linked to its ability to protect liberty (Tamanaha 2004, 1) and to avoid domination. The question then is how to match liberty and equality within the rule of law? In other words, which is their proper balance in the legal context?

3. LIBERTY, EQUALITY AND THE RULE OF LAW

As it is well known, the rule of law is a contested concept, as is its role in the concept of law (Waldron 2016, §2). In this article, these major questions will be assumed as established. The purpose is, instead, to test the rule of law's relationships with liberty and equality. It will be possible to achieve this goal by examining different readings of the rule of law, in which the relationships involved can be observed according to a vertical and one-way pattern, to a vertical and a bidirectional one, or according to a reciprocity model. These different models rely on different ways of thinking of the rule of law.

From the point of view of liberty, the relationship between the rule of law and human agency, and the rule of law's ability to exclude arbitrary interferences, will be relevant. From the point of view of equality, the correlation between reasonable differentiation and the rule of law, and the opposition between the rule of law and discrimination, is applicable.

3.1. Different Versions of the Rule of Law

Even limiting the focus to its most recent development – and looking at legal institutions and their mechanisms more than at the theories – different readings of rule of law can be sketched. The differences among them depend on which institutions or agents must be disciplined by the rule of law, but also on the way of conceiving the subjects of the rule of law, i.e. those who are protected by it, and their relationships (Sellers, Tomaszewski 2010, 1).

A first account sees the rule of law as a mechanism for controlling public powers through well-established public norms. It is the tradition of the *Rechtsstaat*, a typically domestic and public account widespread in Continental Europe, and promoted originally by nineteenth century German legal science. According to this view, the rule of law requires the separation of legislature, executive power and judiciary, and the legality principle, in its two variants: preserving rights *through* the law and public powers acting *by* the law. The mechanism serves the protection of individual rights: not only negative liberty rights, but any other rights established through law. Nevertheless, the position of individuals in this historical model is controversial as it was not able to avoid totalitarianism. The reason could have been the predominance of equality before the law over the protection of individual liberty, triggered by an unlimited legislative power. And in fact, its (corrective) evolution has led to constitutional systems that introduce limits on content legislation, as well as mechanisms of judicial review.

This tradition is to some extent different from the one built around the common law system, shaped by a different set of powers and legal constraints, mostly derived by *stare decisis* customary law. It is no accident that this second account pays more attention to the way in which adjudication must be performed according to the rule of law – by public officials subject to the same rules, who apply them impartially, according to the due process of law – and to its role in the system of checks and balances. Obviously, the judiciary is in itself a power and as such it has to be controlled according to the rule of law. However, adjudication is more sensitive to individual cases, and it compensates the weight of general categories (a claim of equality and liberty, in so far as privileges produce domination) in favor of particular cases (a claim of liberty and sensible equality). The relationships between a general law and an individual case and among different cases are built through a process of reasoning and argumentation in which the argumentative burden is inversely proportional to the weight of the individual case differentiation. In other words, it is the justification of differences to equate the different positions, according to the principle „equals are to be treated equally and unequals unequally“.

However, these two traditions of the rule of law focus on public powers and seem to suggest that law is a set of authoritative directives identified by their sources and imposed and applied top-down, following a vertical and one-way pattern. But the rule of law is about guiding people's behavior, and not only about government and public powers and about the way in which they must apply equality of treatment. The contribution of the contemporary debate in legal philosophy about the rule of law has been illuminating precisely on this point. Law guides people's behaviors (free and rational human agents) through authoritative reason-giving for actions (Raz 1975, 19). It necessarily requires the involvement of freedom. The famous list of rule of law's specific features can be explained precisely in light of its human agency: law must be general, clear, prospective, non-contradictory and practicable, publicly promulgated, relatively stable, applied impartially by officials subordinated to the same rules. All these features exclude domination in so far as they assure that the (inevitable) interference by the government and others does not offend individuals' human agency as long as it is not arbitrary. The general rules are aimed at guaranteeing *prima facie* equality of treatment and require human agency in the task of determining appropriate individual behavior. Clarity makes the process of deliberation by the individual possible, while prospectivity assures that the act of compliance or defiance corresponds to free choice, and at the same time represents a limit for the exercise of power, even the legislative. Noncontradictory and practicable rules make obedience possible. Public promulgation in advance assures common knowledge of the law and predictability, promoted also by the stability of rules. The principle according to which rules have to be applied by officials impersonally and with impartiality also ensures equality of treatment in the application phase.

Even if more persuasive, this account of the rule of law and its legal characters still seems to undertake that law is a set of directives targeting individuals that are rational and able to self-determine, though mainly subordinate. The relationship between authorities and dependents is still unidirectional. It is still necessary to distinguish this model from the managerial direction of actions, which famously Fuller opposes to the rule of law (Fuller 1964, 222). In the managerial model, authorities impose standards, rules and goals on those subject to their power, to which they must be considered unconnected. Vertical and one-way accounts of the rule of law are some of the cases of its partial reading. On the one hand, the vertical relationships within the context of the rule of law are not unidirectional, since the rule of law imposes duties on the authorities and establishes criteria for accountability. The vertical dimension in fact is not explained without reciprocity between the government and individuals addressed by the law. In this view, compliance is the result of the government respecting certain

mandatory requirements, according to a vertical but bidirectional pattern. Reciprocity is a form of equality that implies a mutuality of constraints between the ruler and the ruled. In other words, reciprocity entails that authorities and subordinates cooperate in shaping their interactions (Postema 1994, 372). Authorities make general, clear, prospective, non-contradictory, practicable, promulgated and relatively constant rules; those rules apply also to the same authorities, and officials apply those rules with impartiality and consistency, in response to which individuals comply with the rules or, if they defy them, the use of force becomes legitimate.

At the same time, equality in the rule of law is also a quality of a set of horizontal relationships; it is the solidarity perspective of the cooperative enterprise of making the rule of law possible.

Summing up, first, equality is met if people's standing in the network of interactions is equal within the constraint of reasonable categories proposed by a (limited) legislation (Allan 2001, 22). Second, generality introduces the requirement of justification since all forms of discrimination must be adequately justified. Discrimination is tolerable only if it rests upon reasonable differentiation and classification. Third, these classifications must be revised by adjudication, whose role is to apply these categories to individuals. Equality is then assured by equal access to institutions to settle disputes. This is the content of what is called the procedural part of the rule of law (Waldron 2016, §5.2). Authorities, officials and procedures are the guardians of the system of equal interactions, vertical and horizontal. Those subject to the rule of law are all equals, both in relation to authorities (according to reciprocity), and as subordinates (according to generality and equal access to remedies). The need for cooperation in the enterprise of making possible the rule of law creates solidarity among all participants in the legal project, all called to act according to the law with fair play and exercise the normative power of accountability according to their roles (Postema 2014, 35). In sum, the rule of law is a social order of equal interdependent liberties. This is the reason why the rule of law attracts loyalty, because it is considered not only efficient, but also fair (Postema 1994, 387). It creates links between those who interact in the same contexts, but it requires also some features in those interrelations, in particular, the recognition of the dignity of all partners and, consequently, of their equality.

3.2. Formal vs. Substantive Versions of the Rule of Law?

A classic controversy about the rule of law regards its formal character and its indifference to the content of the law, as well as to liberty and equality (Craig 1997, 468; Raz 1977, 196). There are many versions of this contrast. Sometimes it is indicated as the opposition between rule of law's thick and thin versions, or regarding the link between the rule of law and individual rights (opposing one right concept vs. the no rights thesis: see Fox-Decent 2008, 533; Dworkin 1985, 12), or it is about the connection between the rule of law and private property.

The aim of the *formalists* in the debate is to distinguish the ideal of the rule of law from other political values, such as human rights, democracy, or some specific accounts of liberty and equality. However, the very point that should be highlighted is the concept of law. The distinction between form and substance depends generally on the idea of law as a set of norms addressed to individual law subjects in which it is possible to distinguish form and content. When law is defined as a social practice and the rule of law serves to shape the relationships according to liberty and equality as indicated above, the problem of form and substance must be looked at in a different way. In so far as a social practice is a form of coordination of different agents, the rule of law is understood as the appropriate legal form for regulating interactions between free and equal individuals. More than a problem of form and substance, the point concerns the goal of the practice and its appropriate means. As shown above, the rule of law is able to forge both legislative lawmaking systems and common law adjudication legal orderings, and it is also compatible with different sets of rights and even ownership regimes. However, the rule of law is not compatible with every system, if liberty and equality are not protected. It is not about any model of balance between liberty and equality or about just one of them – for instance, the one that necessarily links liberty and private property (Austin 2014, 81) – but it is about liberty and equality in the legal context, i.e. in a practice of interaction among free and equal human agents.

3.3. The Scope of the Rule of Law: Liberty and Equality in the International Scenario

Being compatible with different systems, as well as being a sort of operating scheme, the next question is whether the rule of law can be extended beyond domestic borders. Regarding this point there is a recent and

less-settled but nevertheless useful debate about what should be considered the international rule of law. It aims to bring international affairs under the control of the law (Koskeniemi 2011, 37), in the framework of a more ambitious project of fine-tuning the rule of law to the present-day features of law, such as pluralism (Viola 2007, 109–114). This legal question should be distinguished from the multiple ways in which the theories of justice (that pertain to the political theories built on a possible, in the abstract, dichotomy between liberty and equality) have discussed the possibility of global justice (Brock 2017, §1.2), different from a domestic (or political so far as it refers to specific political communities) scheme of justice.

From the specific legal point of view, the extension of the rule of law beyond frontiers of states and political communities can be fostered in different forms. Firstly, it can regard the inclusion (in the list of the domestic rule of law's requirements) of the demand for the state complying with its duties in international law, as it should with national law (Bingham 2007, 69). This means that the rule of law implies the recognition of international law as law. Secondly, the extension of the rule of law beyond the domestic domain can be understood in terms of a rule of international law. In this case, the idea is that international law (at least some of its parts) plays a role similar to the domestic rule of law in the domestic domain, as long as it protects human agency against states, thanks to its ability to determine interactions between individuals and their states. The best example is the case of the international law of human rights: they can be protected in regional and international courts (de Londras 2010, 218), in addition to the domestic domain. Thirdly, the international rule of law is the result of adapting the rule of law to the international scenario. In order to achieve this, it is necessary to identify the core and function of the rule of law and to adjust it to the different setting of powers and relationships (Chesterman 2008, 331). Here the controversial point is the convenience of using a sort of domestic analogy, with the aim of translating the domestic model of the rule of law into the international setting, which is not always a good point due to the risk of distorting the very nature of international law. In any case, the distinction between vertical and horizontal versions of equality can be applied also to the international rule of law. The horizontal notion involves certainly interstate relationships, if we assume that states are the main actors in international law, even if they are not the only ones. International institutions and international organizations, as well as private entities and individual actors, also play a legal role in international law, and could transform that presence into forms of domination. In fact, the international domain is a good context in which it is possible to observe that powers are not only public, but also economic, informational, based on knowledge and expertise. For this reason, the rule of law is necessary also beyond the state in so far as it is able to shape relationships beyond borders. The relationships to be shaped by the international rule of law are different: between states or

empowered actors, between empowered agents and those subordinate to them (authoritative relationships), between individuals (between free and equals agents). The liberty at stake in the international rule of law is not that of the state but of humans, with the former being relevant only in so far as it is oriented to protect the latter. The requirements of the international rule of law will depend on how we conceive the relationships between human beings in the international field, even when mediated by states. All this suggests that the international scenario will be a field of expansion of the rule of law because it is a context in which it is necessary to regulate those relationships against arbitrariness and discrimination.

4. CONCLUSION

Liberty and equality are undoubtedly relevant values in the legal field, where they are not in opposition. On the other hand, the rule of law – considered as the core meaning of the concept of law – can be explained in terms of a specific balance of liberty and equality. The opposite of liberty is domination and arbitrary interference of free and rational agency; the opposite of equality is arbitrary discrimination. Preventing both types of arbitrariness is the job of the rule of law. Understanding this idea allows for the expansion of the model of the rule of law to any other level, including the international field. The protection of liberty is a necessary condition for free and rational agents, and in its absence compliance with the law is not possible. Equality is the manner in which the relationships between those exercising authority and those under the authority of the law (all the components of legal relationships) are characterized from the perspective of the rule of law. From this latter perspective all legal relationships are shaped by reciprocity, which is the very name of equality from the vertical and horizontal perspectives.

REFERENCES

- [1] Allan, Trevor R.S. 2001. *Constitutional Justice. A Liberal Theory of the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- [2] Austin, Lisa M. 2014. Property and the Rule of Law, *Legal Theory* (20): 79–105.
- [3] Berlin, Isaiah. 2002. *Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 118–172

- [4] Bingham, Tom. 2007. The Rule of Law. *Cambridge Law Journal* (66) 1: 67–85.
- [5] Black, Samuel. 1991. Individualism at an Impasse. *Canadian Journal of Philosophy* (21) 3: 347–377.
- [6] Brock, Gillian. 2017. Global Justice. In *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (edited by Edward Zalta) (Spring 2017 Edition), <https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/justice-global/> (last visited 15 January 2020).
- [7] Bruni, Luigino, Stefano Zamagni. 2007. *Civil Economy. Efficiency, Equity, Public Happiness*. Oxford, Bern: Peter Lang.
- [8] Chesterman, Simon. 2008. An International Rule of Law? *The American Journal of Comparative Law* 56, 2: 331–361.
- [9] Cohen, G.A. 2008. *Rescuing Justice and Equality*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- [10] Constant, Benjamin. 1988. The Liberty of Ancients Compared with that of Moderns (1819). 309–328 in *The Political Writings of Benjamin Constant* (edited by Biancamaria Fontana). Cambridge: Cambridge University Press.
- [11] Craig, Paul P. 1997. Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework. *Public Law*: 467–487.
- [12] de Londras, Fiona. 2010. Dualism, Domestic Courts, and the Rule of International Law. 217–243 in *The Rule of Law in Comparative Perspective* (edited by Mortimer Sellers and Tadeusz Tomaszewski). Dordrecht, Heidelberg, London, New York: Springer.
- [13] Dworkin, Ronald. 1985. *A Matter of Principle*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- [14] Dworkin, Ronald. 2002. *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- [15] Fox-Decent, Evan. 2008. Is the Rule of Law Really Indifferent to Human Rights? *Law and Philosophy* (27): 533–581.
- [16] Fuller, Lon L. 1964. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press.
- [17] Hayek, Friedrich. 1960. *The Constitution of Liberty*. Chicago: The University of Chicago Press.
- [18] Holmes, Stephen, Cass R. Sunstein. 1999. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York, London: Norton & Company.

- [19] Koskenniemi, Martti. 2011. *The Politics of International Law*. Oxford: Hart Publishing.
- [20] Moyn, Samuel. 2015. Human rights and the age of inequality. 13–18 in *Can human rights bring social justice?* (edited by Doutje Lettinga and Lars van Troost). Netherlands: Amnesty International Netherlands.
- [21] Pettit, Philip. 2008. The basic liberties. 201–221 in *The Legacy of H.L.A. Hart: Legal, Political, and Moral Philosophy* (edited by Matthew H. Kramer). Oxford: Oxford University Press.
- [22] Postema, Gerald J. 1994. Implicit Law. *Law and Philosophy* (13) 3: 361–387.
- [23] Postema, Gerald J. 2014. Fidelity in Law's Commonwealth. 17–40 in *Private Law and the Rule of Law* (edited by Lisa M. Austin and Dennis Klimchuk), Oxford: Oxford University Press.
- [24] Raz, Joseph. 1975. *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press.
- [25] Raz, Joseph. 1977. The Rule of Law and its Virtue. *The Law Quarterly Review* (93) 2: 198–202.
- [26] Sellers, Mortimer, Tadeusz Tomaszewski (eds.). 2010. *The Rule of Law in Comparative Perspective*. Dordrecht, Heidelberg, London, New York: Springer.
- [27] Tamanaha, Brian Z. 2004. *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*. Cambridge: Cambridge University Press.
- [28] Viola, Francesco. 2007. The Rule of Law in Legal Pluralism. 105–131 in *Law and Legal Cultures in the 21st Century. Diversity and Unity* (edited by Thomas Gizbert-Studnicki and Jerzy Stelmach), Warsaw: Wolters Kluwer Polska.
- [29] Waldron, Jeremy. 2016. The Rule of Law. In *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (edited by Edward Zalta) (Fall 2016 Edition), <https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/rule-of-law/> (last visited 30 October 2018).
- [30] Wolff, Robert Paul. 1970. *In Defense of Anarchism*. New York: Harper and Row.

Article history:

Received: 23. 4. 2021.

Accepted: 30. 8. 2021.

/JUBILEJI

UDK 330:929 Stigler ŽJ.; 338.242.4

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_21308A

Dr Boris BEGOVIĆ*

PEDESET GODINA EKONOMSKE TEORIJE REGULACIJE**

Pre ravno pedeset godina, Džordž Stigler (George J. Stigler), koji će jedanaest godina kasnije (1982) dobiti Nobelovu nagradu za ekonomiju,¹ objavio je članak pod naslovom „The Theory of Economic Regulation“ (Stigler 1971) – pionirski rad ekonomske teorije regulacije.² Čikaški uni-

* Redovni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, *begovic@ius.bg.ac.rs*.

** Srdačno zahvaljujem Nikoli Iliću, Mariji Karanikić Mirić, Danici Popović i Bojanu Ristiću na korisnim komentarima i sugestijama. Naravno, snosim isključivu odgovornost za eventualne preostale greške i za vrednosne sudove iznete u ovom radu.

¹ Preciznije i zvanično – nagrada Švedske centralne banke za ekonomske nauke u spomen Alfreda Nobela. Ta nagrada se dodeljuje zajedno sa „klasičnim“ Nobelovim nagradama.

² Upravo tako, teorija koju je Stigler formulisao je, po svojoj metodologiji i sadržaju, ekonomska teorija regulacije, iako se u samom naslovu njegovog članka prived ekonomski odnosi na regulaciju, a ne na teoriju (Coglianese 2021). Štaviše, Stigler uz imenicu teorija u naslovu članka upotrebljava određeni član (the), što znači da čitaocu jasno stavlja do znanja da to nije jedna od teorija nego jedina teorija koja uspešno objašnjava (regulatornu) stvarnost.

verzitet, onaj koji je dosad, osim Stiglera, dao najveći broj ekonomskih nobelovaca, organizovao je u aprilu ove godine dvodnevni seminar povodom pedesetogodišnjice objavljivanja tog Stiglerovog članka. Da li je tako nešto bilo opravdano? Da li i zbog čega zavređuje obeležavati taj jubilej? Kakav je doprinos tog članka i po čemu se on izdvaja od mnogih drugih tekstova tog vremena?

Odgovorima na ta pitanja posvećen je ovaj kratak osvrt na Stiglerov članak i pregled značaja koji on ima za ekonomsku nauku, pre svega za razvoj ekonomske teorije regulacije, što znači za bolje razumevanje regulatorne stvarnosti. Upravo tako, ekonomska teorija regulacije je pozitivna teorija, namenjena objašnjavanju stvarnosti. Ona treba da odgovori na nekoliko bitnih pitanja. Prvo je zbog čega se uopšte uspostavlja određena regulacija. Zbog čega i na koji način regulacija nastaje i zbog čega ona nestaje? Drugo pitanje je kakva će forma regulacije biti uspostavljena. Odgovor na drugo pitanje ima ključnu važnost za odgovor na treće, a to je kakve će biti posledice određene regulacije po društveno blagostanje. Doduše, odgovor na treće pitanje već zadire u normativnu teoriju regulacije, čiji se nalazi odnose na to da li je određena regulacije poželjna ili ne.

Pre nego što se razmotre odgovori koje Stigler daje na ta pitanja u svom članku, to jest odgovori koje pruža njegova verzija ekonomske teorije regulacije, treba definisati sam pojam regulacije, koji se ponekad poistovećuje sa ekonomskom regulacijom. Danas je uobičajeno da se pod ekonomskom regulacijom posmatra (Viscusi, Vernon, Harrington 1995) onaj oblik državne intervencije kojim se privrednim subjektima, to jest ekonomskim akterima na strani ponude nameću ograničenja u donošenju njihovih poslovnih odluka.³ Stigler, međutim, ekonomsku regulaciju poistovećuje sa državnom intervencijom. Već na samom početku članka autor upućuje na četiri vida takve intervencije: subvencije, pravne barijere ulasku, državne politike u odnosu na povezana dobra (supstitute i komplementarna dobra) i administrativno određivanje cena. Dakle, veoma širok spektar mera državne intervencije. Drugim rečima, Stiglerova intelektualna ambicija bila je da objasni celokupnu državnu intervenciju – regulaciju u najširem mogućem smislu.

³ Takođe, danas je uobičajeno da se odvojeno posmatra opšta poslovna regulacija, koja važi za sve privredne subjekte na strani ponude, i sektorska regulacija, ona koja se odnosi isključivo na obavljanje određene delatnosti. Minimalne nadnice, na primer, predstavljaju opštu poslovnu regulaciju, odnose se na sve privredne subjekte, dok isključivo vodovodno preduzeće, na primer, mora da poštuje regulatorne odluke (propise) kojim se određuje cena njegovog proizvoda, što ne isključuje da, kao i sva druga preduzeća, mora da isplaćuje nadnice najmanje jednake minimalnoj.

Sve do pojave Stiglerovog članka, u objašnjavanju regulatorne stvarnosti dominirala je teorija javnog interesa, čiji je osnovni i jedini postulat bio da regulacija postoji zbog toga što država na taj način želi da ispravi ishode nesavršenog tržišta. Taj gotovo ničim obrazložen nalaz zasniva se na pretpostavci o dobronamernoj, sveznajućoj i svemogućnoj državi, pa je u svim onim slučajevima u kojima je bila potrebna njena intervencija na slobodnom tržištu takva intervencija i uspostavljena, i to sa ciljem maksimizacije društvenog blagostanja, što znači zaštite javnog interesa. Zbog toga se ta teorija ponekad u literaturi naziva i normativnom kao pozitivnom teorijom (Joskow, Noll 1981).⁴

Pretpostavka o dobronamernoj državi implicitno se zasniva na tome da izabrani političari koji formulišu određenu regulatornu politiku i državni službenici koji je sprovode maksimizuju ne sopstveni nego javni interes. Za razliku od običnih smrtnika, onih koji nemaju nikakve javne funkcije, koji su, na primer, pekari, lekari, apotekari ili slikari, i koji maksimizuju sopstveni interes – korisnost koju uživaju. Ako regulatorne politike ne daju dobre rezultate, u pitanju je, prema toj teoriji, neminovno greška, nesavršena informisanost onih koji ih dobronamerno formulišu ili sprovode. A ako se menja regulatorni režim, to je zbog toga što su se promenile nesavršenosti tržišta – uglavnom su se uvećale, pa treba uvesti dodatne mere, to jest pojačati regulaciju. Naravno, kao i svaka druga hipoteza pseudonauke, teorija javnog interesa ima odgovor na svako pitanje, osim onog ključnog: na koji se način dolazi do regulatornih odluka?

Prvi veliki doprinos Stiglerovog članka je to što je obznanio da je car go i da teorija javnog interesa uopšte nije teorija u naučnom smislu, a još manje može da objasni regulatornu stvarnost.

Drugi veliki Stiglerov doprinos je to što je jasno stavio do znanja kako treba da izgleda prava teorija, regulacije ili bilo čega drugoga: ona koja ustanovljava uzročno-posledične veze i koja, stoga, može da predvidi uslove pod kojima se javlja određeni ishod. U svom članku Stigler je jasno razdvojio tražnju za regulacijom, koja dolazi od interesnih grupa, onih koji žele da regulacija bude uspostavljena u njihovu korist, i ponudu regulacije, koja dolazi od političara, izabranih predstavnika biračkog tela, onih koji svoju vlast, to jest moć koju im daje javna funkcija, koriste da uspostave određenu

⁴ U određenoj meri ta teorija se naslanja na teorijski doprinos Pigou (Arthur Cecil Pigou), osnivača ekonomske blagostanja, čija je akademska karijera dostigla zenit u dvadesetim godinama XIX veka. Usredsređen na negativne eksterne efekte kao oblik nesavršenog tržišta, Pigou je zastupao ideju korektivnih poreza koje država treba da nametne kako bi se uspostavila efikasna alokacija resursa i, time, maksimizovalo društveno blagostanje. Stoga i ne čudi srastanje pozitivne i normativne teorije.

regulaciju. I jedni i drugi se ponašaju shodno teoriji racionalnog izbora, tako što maksimizuju korisnost koju uživaju – maksimizuju sopstveno blagostanje. Shodno tome, oni koji su na strani tražnje spremni su da se liše određenih resursa, da ih iskoriste tako što će ih ponuditi onima koji donose regulatorne odluke, kako bi dobili regulaciju koja će, u krajnjoj liniji, uvećati njihovo blagostanje. Pri tome, vrednost resursa koji su oni spremni da ponude neće biti veća od njihove očekivane korisnosti od te regulacije. Dakle, jasno je definisana rezervaciona cena na strani tražnje za regulacijom.

Na strani ponude regulacije, to jest tražnje za resursima koje je druga strana spremna da ustupi, osnovna preokupacija je osvajanje vlasti, odnosno opstanak na njoj, sa svim onim povlasticama i prinađležnostima (zvaničnim ili nezvaničnim, dozvoljenim ili nedozvoljenim, ne treba praviti analitički razliku) koje obavljanje javne funkcije obezbeđuje. Dakle, javna funkcija ima uglavnom instrumentalnu vrednost, a za teoriju regulacije je ta vrednost jedino bitna. Shodno tome, racionalno ponašanje onih koji su na strani ponude regulacije jeste da maksimizuju priliv resursa koji će im omogućiti da dođu, odnosno da opstanu na vlasti, budući da je to preduslov za maksimizaciju korisnosti koju uživaju.⁵

Dakle, određena regulacija se, prema njenoj ekonomskoj teoriji, onoj koju je Stigler uveo u akademski svet, uspostavlja razmenom između onih koji žele takvu regulaciju i onih koji su spremni da je, shodno tim željama, uspostave. Nije Stiglerova teorija pala s neba, već se ona naslanja na teoriju racionalnog ponašanja i na pomake u oblasti teorije javnog izbora (Buchanan, Tullock 1962) i teorije donošenja kolektivnih odluka (Downs 1957; Olson 1965). Stigler je uspeo da sve te pomake objedini i zaokruži u konzistentnu teoriju regulacije.

Treći veliki Stiglerov doprinos je u tome što je tu teoriju osmislio tako da je omogućio njen dalji razvoj i njeno profilisanje zasnovano na daljem napretku ekonomske nauke, pre svega pomenutih teorija javnog izbora i kolektivnog odlučivanja. Ukratko, u svom članku on je ponudio načela, detaljno ih opisao, razradio i, praktično, ponudio smernice za dalji razvoj i nadogradnju same ekonomske teorije regulacije. Stoga ne iznenađuje to što je ta teorija dalje razvijana. Teorija ponude regulacije dalje je razvijana u formalan model (Peltzman 1976). Teorija tražnje za regulacijom dalje je razrađena pre svega u pogledu objašnjavanja efikasnosti interesnih gru-

⁵ Naravno, ne treba odbaciti mogućnost da su i sama vlast i njeno vršenje argument fikcije korisnosti onih koji su na vlasti. Uvođenje te mogućnosti ništa ne menja sa stanovišta ponude regulacije.

pa (Stigler 1974) i prevazilaženju problema slepog putnika,⁶ kao i formulisanjem teorije relativnog pritiska interesnih grupa (Becker 1983). Štaviše, jasno formulisana teorija regulacije podstakla je i one koji se sa njom ne slažu da izlože svoje argumente za koje se pokazalo da su samo komplementarni ekonomskoj teoriji regulacije, poput teorijske hipoteze o postojanju i opstajanju regulatorne ideologije (Kalt, Zupan 1984).

Četvrti veliki doprinos je empirijsko testiranje hipoteza do kojih je dovela primena njegove teorije. To je Stigler učinio u slučaju regulacije kamionskog prevoza i licenciranja određenih zanimanja u SAD. Dakle, pokazalo se, u ta dva slučaja, da nije reč o tome da su interesi potrošača narušeni usled regulatorne greške nego o tome da je od samog osmišljavanja regulacije postojala namera da se njome zaštite interesi proizvođača, i to ne svih, nego samo onih koji su starosedeoci, koji već posluju u određenoj grani. U svom članku Stigler je formulisao dva jednostavna ekonometrijska modela uporednih podataka kojima je ukazao na faktore koji utiču na regulatorne odluke, odnosno na regulatornu politiku, koja se u oba ova slučaja svodila na uspostavljanje pravnih barijera ulasku. U oba slučaja (ograničenja rada kamionskih prevoznika i licenciranje zanimanja), potvrđene su hipoteze proizašle iz ekonomske teorije regulacije. Teorija javnog interesa, odnosno hipoteza koja je suština te teorije, da se regulacija uspostavlja zbog toga što je to u javnom interesu, u interesu maksimizacije društvenog blagostanja, jednostavno nije naučna hipoteza, budući da ni ta teorija nije teorija u naučnom smislu, pa se stoga ta hipoteza nije ni mogla empirijski proveravati niti na taj način opovrgavati. Nasuprot tome, Stigler, koji je u svom opusu uvek insistirao na empirijskoj verifikaciji, to čini i ovog puta.⁷ Ozbiljna istraživanja regulatornih fenomena su od tada, po pravilu, empirijska.

Peti veliki Stiglerov doprinos je u tome što je pokazao da stvaranje pravnih barijera ulasku predstavlja jedan od najbitnijih elementa regulatorne politike kojim se direktno narušava konkurencija, sa svim nepoželjnim posledicama

⁶ Budući da je regulacija javno dobro za sve na koje se odnosi, što znači da niko ne može da se isključi iz njenog korišćenja, racionalno ponašanje ekonomskih aktera jeste da ne snose troškove uspostavljanja regulacije, ali uživaju koristi od nje kada se uspostavi – strategija slepog putnika. Ako svi ekonomski akteri slede tu strategiju, regulacija koja im ide u korist uopšte neće biti uspostavljena.

⁷ Ekonometrijska tehnika koja je korišćena u tim regresionim modelima jednostavna je i svakako neprihvatljiva sa stanovišta današnjih zahteva za ekonometrijskim testiranjem hipoteza. No, tehnika koja je korišćena u Stiglerovom radu u skladu je sa tim vremenom i tada uobičajenim ekonometrijskim pristupom. Ekonometrijske tehnike su znatno napredovale u poslednjih pedeset godina, tako da nekadašnje empirijske doprinose ne treba vrednovati današnjim kriterijumima, kao što se ponekad čini (Coglianese 2021).

tog narušavanja po društveno blagostanje. Taj nalaz je na liniji Šumpeterovog pesimizma u pogledu budućnosti kapitalizma (Schumpeter 1942), koji se zasniva na uvidu da će moćni proizvođači-starosedeooci, oni koji su već u grani, podizanjem barijera ulasku, radi zaštite sopstvenog ekonomskog profita, onemogućavati nove ulaske u granu, koji su ključni sa stanovišta inovacija, pa će tako, zagušenjem inovacija, nestati dinamičnost kapitalizma. A savremena teorija privrednog rasta (Aghion, Antonin, Bunel 2021) upravo u takvim barijerama ulasku sagledava objašnjenje zamke srednjeg nivoa dohotka, kada zemlja ne može da se preorijentiše sa privrednog rasta zasnovanog na akumulaciji proizvodnih faktora na privredni rast zasnovan na inovacijama, onaj koji je primeren višim nivoima razvijenosti, budući da su za ovaj drugi potreban uslov upravo niske barijere ulasku novih konkurenata – onih koji inoviraju. A savremena politička ekonomija (Acemoglu, Robinson 2012) upravo u takvim barijerama ulasku sagledava uzrok propasti prosperitetnih zajednica, poput Mletačke republike, odnosno zemalja kao što je Argentina. Štaviše, savremeni sveobuhvatni empirijski radovi (Djankov *et al.* 2002) ekonometrijski su, na korišćenom, reprezentativnom uzorku, potvrdili nalaze ekonomske teorije regulacija u oblasti pravnih barijera ulasku. Na sve to, savremeni radovi koji se bave navodnim opadanjem nivoa konkurencije na tržištima proizvoda u SAD (Philippon 2019) upravo insistiraju na uvećanju pravnih barijera ulasku kao uzroku te tendencije. Sve to, međutim, ne znači da su pravne barijere ulasku uvek, u svakom slučaju, kontraproduktivne sa stanovišta društvenog blagostanja i privrednog rasta, nego da se upravo njima od Stiglerovog članka posvećuje dužna pažnja prilikom istraživanja uzroka privrednog zastoja ili nazadovanja.⁸ I svi radovi u poslednjih pedeset godina na tu temu jesu svojevrsno Stiglerovo nasleđe.

Budući da je sada jasno da nesporno zavređuje da se obeleži pedesetogodišnjica Stiglerovog članka, otvara se sledeće pitanje: zbog čega je Stiglerov članak toliko uspešan? Zbog čega je njegov uticaj na ekonomsku nauku toliko veliki?

Uz sav rizik koji nosi pokušaj da se odgovori na to pitanje, izdvaja se nekoliko odgovora koji međusobno ne isključuju. Nijedan od tih odgovora nije dovoljan sam za sebe, a združeno možda mogu da budu uverljivi. Prvo, odgovor je to što je reč o izuzetno dobro napisanom članku. No, mnogo

⁸ Pokazalo se (Vives 2016) da su pravne barijere ulasku potrebne radi očuvanja stabilnosti finansijskog sektora. Dakle, u slučaju tog sektora postoje protivrečni ciljevi: konkurencija između učesnika na tržištu i stabilnost finansijskog sistema. Teorijski posmatrano, može se definisati optimalni nivo pravnih barijera ulasku (kapitalni cenzus za banku potreban za dobijanje dozvole za rad, minimalni nivo adekvatnosti kapitala itd.), pri čemu su pomirena dva protivrečna cilja.

je dobro napisanih članaka. Stiglerov je napisan ne samo lepim jezikom, sve ređim u ekonomskoj literaturi, već i veoma provokativno. Na samom početku članka nalazi se rečenica: „Regulacija se, po pravilu, uspostavlja zbog proizvođača određene grane, a osmišljena je i sprovodi se prevashodno u njihovom interesu“ (Stigler 1971, 3). Ta tvrdnja je bila, pre svega, žestoka provokacija,⁹ usmerena na to da čitaoca razmrda iz njegovog regulatornog blaženstva. Kako se navodi u literaturi (Coglianese 2021), upravo je to bio toliko potreban dramski obrt. Dok su sve dotad ljudi blagonaklono gledali na regulaciju, kao na nešto namenjeno zaštiti javnog interesa, kao nešto namenjeno zaštiti interesa potrošača i maksimizaciji njihovog blagostanja, odjedanput je došlo surovo suočavanje sa stvarnošću. Pri tome, uopšte nije bitno da li se takav ishod u pogledu regulacije kakav navodi Stigler dogodio u svakom slučaju uspostavljanja ili pokušaja uspostavljanja regulacije, bitno je da se razbio mit o dobronamernoj regulatornoj državi.¹⁰

Drugi bitan element uspeha te teorije nije bio povezan sa Stiglerom i njegovim člankom već sa tadašnjim događanjima u Americi – ipak je tamo bila glavna Stiglerova čitalačka publika. Sve do vremena objavljivanja Stiglerovog članka vladalo je veliko poverenje u državu. S dobrim razlogom, budući da se američka država dobro pokazala: pobedila je Veliku depresiju, porazila je dva ozbiljna protivnika u Drugom svetskom ratu, a u Hladnom ratu joj uopšte nije loše išlo. No, početkom sedamdesetih godina, kako se navodi u literaturi (Coglianese 2021), dolazi do promene u tom pogledu. Amerika se zaglibila u Vijetnamskom ratu, postalo je jasno da izabrani predstavnici naroda ne govore istinu, a američki predsednik tog vremena Belu kuću napušta i svoju političku karijeru završava kao dokazani, mada ne i osuđeni kriminalac. Na sve to je došla evakuacija iz Sajgona, tek evakuacijom iz Kabula produbljen ponor američke globalne moći. Očigledno je da je postojala nesaglasnost između takve opšte slike disfunkcionalne američke države i snežno bele slike američke dobronamerne i sveznajuće države.

⁹ Na tu provokaciju je bez ikakve zadržke naseo i na te grabulje pedeset godina kasnije svom snagom naleteo Sanstajn (Sunstain 2021) odgovorivši da se „regulacija po pravilu ne uspostavlja zbog proizvođača određene grane“. Kao dokaz za tu tvrdnju, jednostavnu negaciju Stiglerove, Sanstajn navodi sedam regulatornih odluka, od kojih je jedna pravilnik američkog Ministarstva pravde kojim se „postavljaju novi standardi za umanjivanje seksualnog zlostavljanja u zatvorskim ustanovama“ (*sic*). Ako postojanje tog uputstva za zatvore nije potkopalo Stiglerovu ekonomsku teoriju regulacije, ništa neće.

¹⁰ Politički pandan toj Stiglerovoj tvrdnji je programska poruka američkog predsednika Regana (Ronald Regan) izrečena u njegovom inauguralnom govoru u januaru 1981. godine: „Država nije rešenje našeg problema; država je problem.“

Treći razlog uspeha Stiglerove teorije je metodološki. U samom članku data je isključivo skica, osnovni obrisi ekonomske teorije regulacije, ali je ta skica bila savršeno jasna. To je omogućilo brojne nadogradnje onoga što je Stigler formulisao i, time, dalji razvoj same teorije. Dakle, nije reč o stacionarnoj i sveobuhvatnoj ekonomskoj teoriji koja može jedino da se potpuno prihvati ili odbaci. Oni koju su se slagali sa osnovnom koncepcijom mogli su da daju sopstveni doprinos i stoga, između ostalog, ta teorija ima veliki broj sledbenika, za koje i danas Striglerov članak predstavlja inspiraciju (Shleifer 2021). Štaviše, ta nedorađenost Stiglerove verzije teorije ekonomske regulacije omogućila je da se ta teorija, zasnovana na teoriji javnog izbora, prenese i u druge oblasti istraživanja ljudskog delanja. Sasvim je opravdano tvrditi (Shleifer 2021) da je upravo pojava Stiglerovog članka označila početak savremene političke ekonomije.¹¹

Četvrti razlog je to što je ekonomska teorija regulacije nastala u vreme kada ekonomska nauka postaje u punoj meri empirijska, i kada su ekonomskoj akademskoj zajednici već dojadile sveobuhvatne teorije koje mogu da objasne sve i svašta, ali ne omogućavaju formulisanje hipoteza koje se mogu empirijski testirati. Ekonomska teorija regulacije predstavlja raskid sa takvim naučnim delovanjem, upravo zbog toga što se na osnovu nje mogu formulisati jasne hipoteze koje se empirijski mogu testirati, odnosno opovrgavati. U brojnim radovima su empirijski proveravani osnovni nalazi ekonomske teorije regulacije.¹² Za to testiranje je bitno da postoje i brojni drugi faktori koji utiču na regulatorne ishode. Za neuspeh regulacije da maksimizuje društveno blagostanje, kako se navodi u literaturi (Shleifer 2021), ne treba kriviti isključivo nameru onih koji su ovladali regulatorom – greške se uvek čine, a postoje i drugi uticaji sa suprotnim dejstvom.

Peti razlog leži u tome što je Stiglerov tim člankom ponudio jasnu i ubedljivu anatomiju nesavršenosti državne intervencije, čime je potkopana teza da je državna intervencija opravdana uvek ukoliko postoji bilo kakva nesavršenost tržišta. Jednostavno, treba imati u vidu da gubitak društvenog blagostanja od nesavršene državne intervencije može biti veći od onoga do koga dovodi nesavršeno tržište. Sameravanje relativne nesavršenosti tržišta u odnosu na nesavršenost državne intervencije posle objavljivanja Stiglerovog članka polako postaje nova smernica normativnog posmatranja

¹¹ Savremena politička ekonomija nije ništa drugo nego ekonomska teorija politike kao oblasti ljudskog delanja. Stoga taj izraz ne treba poistovećivati sa političkom ekonomijom XIX veka, što je tada bio sinonim za ekonomsku nauku.

¹² Predugačak bi bio spisak makar najznačajnijih empirijskih radova na ovu temu, pa stoga treba pogledati njihov sveobuhvatan pregled (Joskow, Rose 1989). Ipak, treba izdvojiti rad (Rucker, Thurman 1990) koji je pokazao mehanizam kojim je uspostavljena regulacija proizvodnje kikirikija u SAD koja ide u korist svega nešto više od 20.000 proizvođača, a na štetu celokupne američke populacije – potrošača kikirikija. Sve u skladu sa predviđanjima ekonomske teorije regulacije.

državne intervencije, smernica za donošenje odluka u tom pogledu. A to podrazumeva i razmatranje alternativnih rešenja – regulacija nije neminovna – za svaku uočenu nesavršenost tržišta (Shleifer 2021).

Imajući u vidu takav uspeh ekonomske teorije regulacije i njegove uzroke, može se postaviti pitanje šta su nedostaci te teorije, onako kako ju je Stigler formulisao, i na to pitanje odgovoriti iz ugodnog položaja retrospektivnog razmatranja – prošlo je već pedeset godina.

Prvi nedostatak svakako je to što na analitičkom planu Stigler ne pravi razliku između zakonodavne i izvršne regulatorne vlasti, pa time, neminovno, ni između nominalne i efektivne regulatorne politike. Stigler razmatra jedino zakonodavnu regulatornu vlast i implicitno pretpostavlja da ne postoji razlika između dve pomenute regulatorne politike. No, izvesno je da postoji znatna razlika između nominalne i efektivne regulatorne politike, ne samo zbog opšte nesavršenosti informacija, a regulacija je zahtevna u pogledu informacija, nego zbog snažne asimetrije informacija i agencijskog problema. Asimetrija informacija postoji između regulatora i regulisanih preduzeća, i to u korist preduzeća, pa stoga efektivna regulatorna politika odstupa od nominalne, od one koju su formulisale zakonodavne regulatorne vlasti. Štaviše, asimetrija informacija postoji i između zakonodavne i izvršne regulatorne vlasti i tu asimetriju prati snažan agencijski problem, budući da podsticaji agentu, koji je superiorno informisan, nisu, odnosno ne moraju da budu u skladu sa ciljevima regulatora (Laffont, Tirole 1993). A pokazalo se da su regulatori po pravilu bliski onima koje regulišu – ili su zvaničnici regulatornih tela došli iz kompanija privredne grane koja se reguliše ili po prestanku svog mandata odlaze u te kompanije. Fenomen u literaturi poznat kao rotaciona vrata (Eckert 1981).

Drugi bitan nedostatak leži u tome što Stiglerova inicijalna verzija te teorije ne dopušta mogućnost da se razlikuju interesi kompanija u okviru jedne privredne grane – za Stiglera je grana homogena. Međutim, heterogenost privrednih grana uobičajena je pojava. A onda, u uslovima različitih regulatornih interesa kompanija u jednoj grani, do izražaja dolazi relativna snaga svake od njih da za sebe isposluje upravo ono regulatorno rešenje koje joj odgovara. Upravo je ta heterogenost omogućila deregulaciju telekomunikacija u SAD osamdesetih godina prošlog veka. Uzrok tome je bila najveća relativna snaga uticaja onih korporacija, pre svih MCI, koje su se protivile ekonomskoj regulaciji tog sektora i monopolskoj poziciji koju je imao tadašnji potpuno vertikalno integrisani AT&T.¹³

¹³ Isto tako, za uspostavljanje regulacije američkog telefonskog sistema 1920. godine bila je kompanija AT&T, a protiv te regulacije svi njeni tadašnji konkurenti (Mueller 1997).

Time se dolazi do pitanja u kojoj meri Stiglerova teorija može da objasni ne samo funkcionisanje regulatornog tela nego i promene u regulatornoj politici. U kojoj meri Stiglerova ekonomska teorija regulacije može da objasni pojedine epizode uvođenja regulacije u određene grane ili njenog ukidanja – deregulacije? U literaturi se može pronaći određen odgovor na ta pitanja (Peltzman 2021), mada je pitanje koliko je on dobro obrazložen.

Nije sporno da postoje regulatorne epizode koje je Stiglerovom ekonomskom teorijom regulacije teško objasniti. Na primer, deregulaciju avio-saobraćaja u SAD 1978. godine i ukidanje nacionalnog regulatornog tela (CAB – Civil Aeronautical Board). Ta deregulacija je bila protivna interesima avio-prevoznika starosedelaca, bila je u interesu potrošača, koji su kao interesna grupa po pravilu nedelotvorni, usled njihove velike disperzije i male mogućnosti predupređivanja strategije slepog putnika. Prema nalazima Stiglerove verzije ekonomske teorije regulacije, avio-saobraćaj bi i danas bio regulisan, budući da je regulacija bila pod dominacijom velikih avio-prevoznika, koji su u uslovima regulacije prisvajali veliki iznos ekonomskog profita. Isto se odnosi na regulisanje prehrambene i farmaceutske industrije na osnovu zakona iz 1938. godine (Food, Drug and Cosmetic Act), protiv koga su bile kompanije angažovane u tim privrednim granama (Carpenter 2021).

Ponekad se ekonomskoj teoriji regulacije prebacuje da ne može da objasni zbog čega su određene privredne grane neregulisane ili nedovoljno regulisane (Carpenter 2021). Na primer, finansijski sektor. Pitanje je koliko je ta primedba na mestu. Tražnja za regulacijom podrazumeva u osnovi i tražnju za deregulacijom, odnosno za nepostojanjem regulatornih stega kao regulatornog režima. Uspех finansijskog sektora u SAD u tom pogledu (taj sektor je nesporno slabo regulisan – stege su prilično labave), u celini se može objasniti upravo karakterom tražnje za regulacijom, to jest zahtevima da ona ne postoji ili bar da ne bude robustna. Bankarska interesna grupa je mala, veliki su pojedinačni interesi i lako se prevazilazi problem slepog putnika. Korisnici bankarskih usluga su disperzovani, pa svako od njih ima podsticaj da se opredeli upravo za strategiju slepog putnika, čime se potkopava snaga njihove kolektivne akcije. Na to još treba dodati znatnu asimetriju informacija u korist bankarske interesne grupe, čime se savršeno može objasniti zbog čega je regulatorni režim u osnovi u korist bankarskog sektora. U takvim uslovima, a naročito ukoliko javnost zaboravi na finansijske krize iz prošlosti, preduzimaju se i zahvati na planu deregulacije, poput ukidanja ograničenja u poslovanju nametnutih Glas–Stigelovim zakonom (Glass–Steagall Act) iz 1933. godine, koje se dogodilo u poslednjoj deceniji prošlog veka. Dakle, ekonomska teorija regulacije može veoma dobro da objasni situacije, ne neminovno sve, u kojima regulacija nije ni uspostavljena, odnosno u kojima je nivo regulacije ispod onoga koji bi se očekivao da je

cilj te regulacije maksimizacija društvenog blagostanja. Jednostavno, postoji splet interesa koji do toga dovodi, a kada se taj splet interesa promeni, i regulatorni ishod postaje drugačiji.

Ako se u tradiciji marksizma ekonomska teorija regulacije posmatra kao završen opus, kao nešto što postaje sveto, pa se samo može dalje razrađivati, prepričavati sa ukazivanjem na to koliko je veliki autor, onda postoje određene slabosti, pre svega nedorečenosti Stiglerovog članka. Ako se, pak, Stiglerov članak posmatra u svetlu osnove koja bi se dalje nadograđivala, kao smernice za dalji rad, za modifikacije i usavršavanje, onda te primedbe i nisu primedbe već sugestije za nastavak rada. No, treba uzeti u obzir (Peltzman 2021) da je opalo interesovanje za pozitivne teorije regulacije, tako da je, naročito u ovom veku, sve manje radova na tu temu. Daleko je veće interesovanje za normativnu analizu, to jest za pronalaženje optimalne politike državne intervencije, oličene u regulaciji. Promenili su se akademski prioriteti.

Da li je danas ekonomska teorija regulacije opšteprihvaćena u ekonomskoj nauci, u njenoj matici? Uglavnom jeste. Ako i ima osporavanja, ono dolazi od biheviorističke ekonomske analize, koja pod znak pitanja stavlja pretpostavku o racionalnom ponašanju ekonomskih aktera i posredno teoriju racionalnog odlučivanja. U tome je najdalje otišao Sanstajn (Sunstein 2021), koji nudi alternativno objašnjenje regulacije. Ono se zasniva na Lukasovom (George Lucas) odgovoru na neku sugestiju u vezi sa izmenom scenarija filma „Povratak džedaja“: „Ne dopada mi se i ne verujem u to!“ Sanstajnov zaključak, njegova teorija regulacije koja je alternativa Stiglerovoj, verovali ili ne, glasi: regulacija je posledica onog u šta regulatori veruju, a oni veruju u ono što im se dopada. Zašto im se nešto dopada ostaje misterija. Još je veća misterija kako to što se dopada regulatorima neminovno uvećava blagostanje potrošača, kako Sanstajn tvrdi u svom tekstu. Povratak u (regulatorni) srednji vek! Uzgred, šta se sve dopalo autoru ovog osvrta da izrekne o Sanstajnu i njegovom doprinosu teorije regulacije ostaje tajna, zbog njegove racionalne odluke da to ipak ne napiše, zasnovane na racionalnoj proceni koristi i troškova tako iskazanih stavova u pisanoj formi namenjenoj ozbiljnoj čitalačkoj publici. Dakle, nekom nešto može da se dopada, ali to ne znači da neminovno veruje u to.

O današnjoj intelektualnoj klimi najviše govori to da je, posle pola veka rasprave, formalizacije teorije (Peltzman 1976), brojnih modifikacija i sveobuhvatnih empirijskih istraživanja – dakle, posle svega toga – argument ono što je u privatnom razgovoru izjavio holivudski režiser i producent. To su, može se pretpostaviti, posledice postmodernizma, u kome svako ima pravo na svoju istinu, na intelektualnu atmosferu današnjice. Za one koji veruju u tradicionalne vrednosti, u ljudsku racionalnost, ma koliko sputanu,

u teoriju racionalnog odlučivanja, u kome može i da se pogreši, Stiglerov članak, objavljen pre pedeset godina, predstavlja svetonik sa koga ipak stiže informacija o ispravnom putu. Za njih je to karavan koji i dalje prolazi. Bez obzira na lavež.

LITERATURA

- [1] Acemoglu, Daron, James A. Robinson. 2012. *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity, and Poverty*. London: Profile Books.
- [2] Aghion, Phillipe, Celine Antonin, Simon Bunel. 2021. *The Power of Creative Destruction: Economic Upheaval and the Wealth of Nations*. Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press.
- [3] Becker, Garry S. 3/1983. A Theory of Competition among Pressure Groups for Political Influence. *Quarterly Journal of Economics* 98: 371–400.
- [4] Buchanan, James M., Gordon Tullock. 1962. *The Calculus of Consent*. Ann Arbor: University of Michigan Press.
- [5] Carpenter, Daniel. 2021. George Stigler's Errors and Their Virtues. *Promarket*. Publication of the Stigler Center at the University of Chicago Booth School of Business, 6th July. <https://promarket.org/2021/07/06/george-stiglers-errors-regulatory-capture-influence/>, poslednji pristup 20. avgusta 2021.
- [6] Coglianesi, Carry. 2021. Assessing George Stigler's Economic Theory of Regulation. *Promarket*, Publication of the Stigler Center at the University of Chicago Booth School of Business, 27th July. <https://promarket.org/2021/07/27/assessing-george-stiglers-economic-theory-of-regulation/>, poslednji pristup 20. avgusta 2021.
- [7] Djankov Simeon, Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei, Shleifer. 1/2002. The Regulation of Entry, *Quarterly Journal of Economics* 117: 1–37.
- [8] Downs, Anthony. 1957. *An Economic Theory of Democracy*. New York: Harper and Collins.
- [9] Eckert, Ross D. 1/1981. The Life Cycle of Regulatory Commissioners. *Journal of Law and Economics* 24: 113–120.
- [10] Joskow, Paul L., Roger G. Noll. 1981. Regulation in Theory and Practice: An Overview. 1–65. *Studies in Public Regulation*, ed. Garry Fromm. Cambridge, Mass.: The MIT Press.

- [11] Joskow, Paul L., Nancy L. Rose. 1989. The Effects of Economic Regulation. 1149–1506. *Handbook of Industrial Organization*, Vol. II, eds. Richard Schmalensee, Robert D. Willig. Amsterdam: North Holland.
- [12] Kalt, Joseph P., Mark A. Zupan. 3/1984. Capture and Ideology in the Economic Theory of Politics. *American Economic Review* 74: 279–300.
- [13] Mueller, Milton L. 1997. *Universal Service: Competition, Interconnection, and Monopoly in the Making of the American Telephone System*. Cambridge, Mass.: The MIT Press.
- [14] Olson, Mankur. 1965. *The Logic of Collective Action*. Cambridge Mass.: Harvard University Press.
- [15] Peltzman, Sam M. 2/1976 Toward a More General Theory of Regulation. *Journal of Law and Economics* 19: 211–240.
- [16] Peltzman, Sam M. 2021. The Durable Impact of Stigler’s Theory of Economic Regulation. *Promarket*. Publication of the Stigler Center at the University of Chicago Booth School of Business, 15th April. <https://promarket.org/2021/04/15/impact-george-stigler-theory-economic-regulation-gerald-ford/>, poslednji pristup 20. avgusta 2021.
- [17] Philippon, Thomas. 2019. *The Great Reversal: How America Gave Up on Free Markets*. Cambridge Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press.
- [18] Rucker, Randal R., Walter N. Thurman. 2/1990. The Economic Effects of Supply Control: The Simple Analytics of the U.S. Peanut Program. *Journal of Law and Economics* 33: 483–515.
- [19] Schumpeter, Jozef. A. 1950. *Capitalism, Socialism and Democracy*. 3rd Edition. New York: Harper Collins [2008].
- [20] Shleifer, Mark. 2021. George Stigler’s Paper on Regulation and the Rise of Political Economy *Promarket*. Publication of the Stigler Center at the University of Chicago Booth School of Business, 28th April. <https://promarket.org/2021/04/28/george-stiglers-regulation-political-economy-capture/>, poslednji pristup 20. avgusta 2021.
- [21] Stigler, George J. 1/1971. The Theory of Economic Regulation. *Bell Journal of Economics and Management Science* 2: 3–21.
- [22] Stigler, George J. 1/1974. Free Riders and Collective Action, An Appendix to the Theories of Economic Regulation. *Bell Journal of Economics and Management Science* 5: 359–365.

- [23] Sunstein, Cass. 2021. Stigler's Interest-Group Theory of Regulation: A Skeptical Note. *Promarket*. Publication of the Stigler Center at the University of Chicago Booth School of Business, 16th April. <https://promarket.org/2021/04/16/george-stigler-theory-regulation-capture-cass-sunstein/>, poslednji pristup 20. avgusta 2021.
- [24] Laffont, Jean-Jaques, Jean Tirole. 1993. *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. Cambridge, Mass.: The MIT Press.
- [25] Viscusi, W Kip, John M. Vernon, Joseph E. Harrington. 1995. *Economics of Regulation and Antitrust*. Second Edition. Cambridge, Mass.: The MIT Press.
- [26] Vives, Xavier. 2016. *Competition and Stability in Banking: The Role of Regulation and Competition Policy*. Princeton & Oxford: Princeton University Press.

/PRIKAZI

Dr Zoran S. MIRKOVIĆ*

Lattmann, Christopher. 2019. *Der Teufel, die Hexe und der Rechtsgelehrte. Crimen magiae und Hexenprozess in Jean Bodins „De la Démonomanie des Sorciers“*, **Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, 318. Klostermann: Frankfurt a. M., XVI + 390.**

Kristofer Latman (*Christopher Lattmann*) autor je knjige *Đavo, veštica i pravni naučnik. Krivično delo magije i procesi protiv veštica u Žan Bodinovom „O demonomaniji veštica“* (*Der Teufel, die Hexe und der Rechtsgelehrte. Crimen magiae und Hexenprozess in Jean Bodins „De la Démonomanie des Sorciers“*). Knjigu je objavila izdavačka kuća Klosterman (*Klostermann*) 2019. godine, u biblioteci Studije evropske pravne istorije (*Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*), knjiga 318. Ima XVI + 390 stranica. Knjiga predstavlja doktorsku disertaciju, sa neznatnim izmenama, koja je odbranjena 2017. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Cirihu.

Premet knjige su francuski pravnik Žan Bodin i njegovo delo *Demonomanija veštica*. Istraživači pravnih ideja Bodina smatraju izuzetnim teoretičarem države i osnivačem teorije suvereniteta. Centralno mesto u Bodinovom opusu zauzima *Les six livres de la République* (*Šest knjiga Republike*) iz 1576. godine. *Šest knjiga* je trebalo da posluži ujedinjenju podeljene Francuske i njene vlade uprkos svim religijskim problemima. Bodin je tu dao svoj koncept suvereniteta, koji je poslužio kao pravnička osnova moderne države. Prema Bodinovom shvatanju, suverenitet je nedeljiv, neograničen i stalan i stoga garant jednog (dugo)večnog poretka. Na vrhu države je apsolutistički

* Redovni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, zoranm@ius.bg.ac.rs.

monarh, kome pripada celokupno zakonodavstvo i koji nije u toj sferi nikome podređen. Bodinov vladar je vezan ne samo državnim interesima nego i osnovnim principima božanskog i prirodnog prava.

Kristofer Latman je u svom doktorskom radu istraživao Bodinovu *Demonomaniju veštica* (koja se može nazvati priručnikom za veštice), koja je objavljena četiri godine posle pomenutih *Šest knjiga*. Na osnovu *Demonomanije veštica* Latman je istraživao osobenosti Bodinovog sveta prava i njegovih predstava. Bodinov priručnik za veštice nastao je iz praktičnih potreba. Naime, Bodin je od 1578. godine bio državni tužilac u procesima protiv veštica širom zemlje.

Do sada su Bodinovu *Demonomaniju veštica* proučavali pre svega istoričari i lingvisti, ali je izostala odgovarajuća pravna i pravnoistorijska obrada. Latman je svojim istraživanjem popunio tu prazninu.

Autor Latman, najpre, opisuje kontekst u kome je *Demonomanija veštica* nastala, da bi se razumeli i autor Bodin i njegovo delo.

Epohu u kojoj je živio Žan Bodin odlikovale su snažne društvene i državne promene. Različite krize su izazivale opštu nesigurnost savremenika. U XVI veku su propale institucije koje su do tada sprečavale nasilne religijske sukobe. Posle smrti Anrija II 1559. godine nastao je politički vakuum i država je postala predmet plena velikih aristokratskih porodica. Njihove duboke religijske i političke podele izazvale su 1562. religijski rat u Francuskoj, koji je trajao do 1598. godine. Ogroman potencijal za nasilje i konačno uništenje neprijatelja vrhunac je imao u Bartolomejskoj noći. U noći između 23. i 24. avgusta 1572. godine izvršen je pokolj nekoliko hiljada hugenota (protestanata). Ratne grozote pratile su teške ekonomske i finansijske prilike: loši prinosi usled vremenskih neprilika izazvanih klimatskim promenama, često stanje opšte gladi i tako dalje. To je onovremenim ljudima izgledalo kao izraz Božje kazne zbog nesposobnosti pripadnika elite da izvršavaju svoje dužnosti.

Tim političkim, ekonomskim i agrarnim krizama pridružila se i jedna kriza metafizičke prirode ili su je pomenute krize izazvale. U drugoj polovini XVI veka u Francuskoj i u drugim delovima Evrope pojavio se strah od đavola stvarnog izgleda i njegovih poslušnika, veštica. Strah je prodro u sve socijalne slojeve i sve regione Francuske. Iako je način života ljudi u velikoj meri zavisio od njihovog društvenog položaja (vladar i aristokratija na vrhu, samosvesni svet učenih i urbana klasa u usponu i napokon nepregledna masa nepovlašćenog seljaštva), svi oni su delili gotovo iste poglede na život, ne samo na hrišćanski život nego i poglede povezane sa iracionalnim i sa strahom. Njihovi odgovori na pojačane životne probleme (epidemije,

suše itd.) bili su povezani istim mislima koje su imali koren u hrišćanskoj pobožnosti. Verovanje u veštice imalo je svoje pristalice među običnim svetom, među učenim ljudima i na samom francuskom Dvoru.

Iako je i ranije bilo sudskih procesa protiv osoba kojima je prebacivana upotreba magijskih radnji, procesi protiv veštica neuporedivo su rasli i u kvantitetu i u kvalitetu, posebno u rubnim krajevima Francuske. Osnovna karakteristika tih procesa je da su bili zasnovani na inkvizicionom načelu i mučenju da bi se dobilo priznanje. Naročito je važno istaći da u Francuskoj tada nije postojala definicija krivičnog dela vraćanja. To je suštinski razlog što je Bodin rešio da napiše *Demonomaniju veštica* i inkriminiše vraćanje. *Demonomanija veštica* je imala više od dvadeset izdanja, što je bio ogroman uspeh. Posebno je značajno to što su delo široko primenjivali pravници i sudije te epohe.

Latman je na sistematičan način razradio Bodinovu religioznu pravnu misao i njegove predstave o vešticama i vraćanju. To je prikazao u tri glavna dela.

U prvom delu je predstavljena Bodinova ideološka osnova prava koja nastaje u odnosu između Boga, čoveka i đavola. Bog, čovek i đavo se uzimaju kao pravni subjekti, elementi Bodinovog pravnog univerzuma. Istražuju se njihovo delovanje i međusobni odnosi.

U drugom delu je izložena Bodinova materijalnopravna definicija vraćanja kao *crimen magiae*, njegova pravna metodika i naročito argumentacija kojom obrazlaže protivpravnost vraćanja. Bodinu je pakt sa đavolom i učešće u magijskim radnjama bilo dovoljno da to smatra zločinom, i to zločinom dostojnim smrti. Konačno, tu su osvetljeni i pojedini elementi magijskog delikta i pokazana je njihova međusobna povezanost.

Treći deo je posvećen pitanju u kojoj meri su odstupanja, na primer u obliku smanjenih proceduralnih standarda, bila sprovedena u praksi. Bodin je bio protivnik poštovanja redovne procedure i zalagao se za pojednostavljenje postupka, što je naišlo na veliki otpor, posebno njegovih pariskih kolega. Bodin je bio za uklanjanje pojedinih elemenata postupka „u korist krutog progona“. S druge strane, njegova namera da pojednostavi sudsku proceduru protiv navodnih veštica nailazila je na protivljenje u praksi. O tome svedoči činjenica da su brojne smrtne kazne koje su sudovi prve instance dosudili navodnim vešticama u postupku pred višim sudskim instancama bile ukinute ili zamenjene blažom kaznom.

Latman je pokazao da Bodin nije mogao naći pravno utemeljenje u tadašnjem francuskom pravu za krivično kažnjavanje navodnih veštica. Prema njegovom mišljenju, Bodin je veštice shvatao kao stvarnu pojavu,

zasnovanu na pravnoj i činjeničnoj interakciji Boga, čoveka i đavola. Latman zaključuje da je Bodinova obrada krivičnog dela vraćanja veoma metodična i razrađena, zasnovana na tada važećem pravu (zakonskom i običajnom), pravnim tradicijama (starozavetnim i kasnosrednjovekovnim) i radovima pravnih naučnika. Osim toga, Latman se bavi aktuelnim istraživanjima Bodina i evropskog lova na veštice i njihovim tezama i konfrontira im se.

Latman se veoma često poziva na Bodinovo glavno delo *Šest knjiga*, poredeći ga sa *Demonomanijom veštica*, i tako pokazuje paralele, ali i odstupanja i kontradikcije između ta dva dela. Latman čitaocu saopštava da je Bodin živeo u doba konstantne nasilnosti, osećanja haosa i stalne pretnje. Da je to bila napeta i sumnjama opterećena atmosfera u kojoj su mogli nastati ne samo državnoteorijski rukopisi koji su, kao *Šest knjiga*, otvarali nove perspektive nego i značajni teorijski pravni traktati o vešticama. Dok prvi svedoče o lošem stanju u kome se predmoderna država nalazila i naporima da se ono prevaziđe, drugi svedoče o apokaliptičnim crtama u nastajanju i tumačenju pravnih normi. Osnovna težnja pisaca tih rukopisa bila je da se uspostave harmonija i poredak zasnovan na Božjoj volji, čiji garant bi bio bogobojažljivi a strogi vladar.

Nikola ILIĆ, LL.M., M. Econ.*

Kahneman, Daniel, Olivier Sibony, Cass R. Sunstein. 2021.
Noise: A Flaw in Human Judgement. **New York, Boston, London:**
The Little, Brown Spark, 464.

„Silence is foolish if we are wise, but wise if we are foolish.“

Charles Caleb Colton

Imagine you went to see a doctor who suggested further medical examinations due to the possible heart disease. Following her recommendations, you consulted three specialists in the field and got three different opinions. The first cardiologist suggested immediate surgery, the second suggested intensive medical therapy excluding surgery, while the third cardiologist recommends a conservative medical treatment and further observations. You are surprised and confused, but you still have to make a final decision: what would you do?

Before answering the question, you could consider the „noise“, a phenomenon Daniel Kahneman, Olivier Sibony, and Cass R. Sunstein analyse and explain in their recent book. The co-authors are the leading authorities in psychology, management, behavioural economics, and law,¹ which is one of the reasons this book is a candidate for the Amazon 2021 bestseller. Yet, the main reason for the increasing popularity of this book probably lies in the fact the „noise“ is not relevant for the medical profession and doctors only, but also judges, lawyers, managers, insurers, and all other decision-makers in the public and private sector.

* Lecturer, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia, nikola.ilic@ius.bg.ac.rs.

¹ Daniel Kahneman is a psychologist and economist, Princeton University Professor, winner of the Nobel prize in economics (2002), and author of the New York Times bestseller *Thinking Fast and Slow* (2011). Olivier Sibony is a HEC Paris professor, specialising in strategic decision making, and Cass R. Sunstein is a Harvard Law School professor; among other things, the co-author of *Nudge*, one of the best books according to The Economist (2008).

Excluding an engaging introduction with an illustrative „noise“ example, the book has six main parts. In the first part, the co-authors explain the distinction between cognitive biases and the „noise“ using the example of a judge ruling.² Many empirical studies have shown that judgements in the same or similar cases may significantly differ depending on the cognitive biases. For instance, the study of court decisions in Louisiana between 1996 and 2012 has found a statistically significant correlation between losses of the local football team on the weekend and harsher sentencing on Monday, and *vice versa* (Eren, Mocan 2018). Similarly, an analysis of 5 million court decisions in France suggests that judges are significantly more lenient when deciding on a defendant’s birthday (Chen, Phillippe 2020), etc.

All these patterns of deviation in human judgment, i.e. in judges rendering, represent cognitive biases (Haselton, Nettle, Andrews 2005, 742). However, as opposed to cognitive biases, the „noise“ occurs when decision-makers in identical cases (under the same cognitive biases) decides differently. In other words, the co-authors define „noise“ as an „unwanted variability in judgement“ that could create „rampant injustice, high economic costs, and errors of many kinds“ (p. 24).

In the second part of the book, the co-authors discuss what kind of a method should be applied to identify and measure the „noise“. In their opinion, in science, as in everyday life, measurement implies the use of instruments and the assignation of standardized values to given objects or events. In that way, one can measure the length of a road, air humidity, strength of an earthquake, etc. Similarly, judges determine sanctions, insurers specify risk, and doctors formulate diagnoses. In other words, these professional decision-makers use their mind as a measuring instrument to assign values on a scale to given events (for instance, for lawyers measurement implies subsumption, i.e. legal qualification of certain activities or events). However, the accuracy of the measurement is never perfect, even in natural sciences, much less in professional reasoning. There are always some errors, and the co-authors claim some of them could be biased, some „noisy“. For instance, imagine a judge should sentence defendants to ten years in prison for a crime they committed. In three identical cases,³ a judge may render different decisions: four, two, and six years of jail. On one side, the difference, positive or negative, between the mean length of the three sentences and ten represents a bias.

² In addition to judge ruling, the authors also use insurance and other examples to show that noise is ubiquitous.

³ The co-authors always use the assumption that the cases are identical and then analyse judgement variability. The readers should be aware that such an assumption is highly unrealistic, at least in the judiciary, where every case is unique. It is similar in medicine, insurance, and many other fields.

On the other side, the variability of the sentences constitutes the „noise“. Since the variability in statistics is commonly measured by the standard deviation, the co-authors suggest the same for the „noise“. Naturally, when the standard deviation is higher, the „noise“ is louder and *vice versa*.

The third part of the book further analyses predictive judgements. That is a specific type of judgement containing predictions, and since the co-authors can evaluate variability in these predictions, they can more accurately observe and explain the „noise“. Among other things, they analyse and compare predictions made by professionals and by machines. In the co-authors' opinion, machines are distinctly superior to humans in predictive judgements. Even though Meehl (2013) concluded the same a long time ago, the authors provide additional evidence supporting the superiority of mechanical predictions. Namely, predictive judgements are made based on the available information or predictors. For instance, different candidates may have similar qualities, such as education, relevant experience, etc., when applying for the same job. In this case, professionals would assess all the predictors of future job performance, consult their intuition, and pick the candidate that seems the best. In contrast to that clinical judgement, a machine could conduct a multiple regression and provide a predictive score, i.e., a weighted average of all the predictors. In that way, the mechanical judgement minimizes the MSE (mean squared error) of the predictions in the same cases and thus is superior to clinical judgement. In the co-authors' words, the mechanical judgement eliminates variability in judgement, i.e. the „noise“, while clinical judgement could be very „noisy“.

After identifying and explaining the „noise“ on practical examples, the co-authors turn their attention to the possible causes of this phenomenon. The fourth part of the book explains that „noise“ occurs due to the many differences among decision-makers, including significant differences in their personality and cognitive styles. Also, as one of the underlying causes, the co-authors highlight „idiosyncratic variations in the weighting of different considerations“. It seems that the co-authors would come up with every possible explanation except to consult the neo-classical economics, i.e. the theory of rational decision making, and admit that all decision-makers have their individual preferences. If the co-authors did that, the variability in judgement, i.e. the „noise“, would be self-evident, and then it could be further debated whether or not the identified variability could be harmful. However, after describing some of the causes, the co-authors turn their attention to the „noise“ reduction.

In other words, in the fifth part of the book, the co-authors explore how to decrease the undesirable variability and improve professional judgement in practice. They introduce several noise-reduction techniques under the collective label „decision hygiene“. The first technique is „information

sequencing“, and it implies that decision-makers should have only the necessary information to make a judgement. All other information should be unavailable to decision-makers because additional information could generate different impressions and increase the „noise“. In theory, that may seem like an effective solution. However, in practice, it is not clear who, on what ground, and how will decide whether some piece of information is necessary or not. Namely, the procedure of information screening also implies judgement, and the co-authors did not provide an answer to the question of who should judge before the judge, i.e., who should eliminate „noise“ at the information screening level. The second noise-reduction technique refers to predictive judgements and „noisy“ forecasts. The co-authors point out forecasts in practice, from weather to financial markets, bond, and stock prices could be very „noisy“. In their words, all these forecasts may be improved by choosing a better forecaster or aggregating multiple independent estimates. The first solution seems almost trivial, and on top of that, finding a more skilful forecaster also implies judgement. Furthermore, even if one forecaster is better than the others, that does not mean her/his very next forecast will be equally successful because no one (still) knows what the future brings. That is also the main reason why the second suggested solution is not watertight. Aggregating two or more forecasts to an average, i.e. aggregating multiple independent estimates, may eliminate the „noise“, but that is not, in any way, a warranty of an accurate forecast. Once again, it seems that the co-authors refuse to consult neo-classical economic theory and use some of its fundamental findings. In this case, the asymmetry of information and the EMH (Efficient Market Hypothesis) could explain why forecasters have different estimates, and consecutive accurate forecasting (alpha generation) is impossible.⁴ To put it simply, no one can possess all the information in order to predict the future to the tiniest details. Moreover, the only way to obtain higher returns or be more successful than others at forecasting is to take more risks, i.e. to forecast in a relatively more „noisy“ environment.

In the sixth part of the book, the co-authors admit there is an optimal „noise“ level. In their opinion, in some areas, it is not feasible, while in others could be too expensive to reduce the „noise“ to zero. Nevertheless, they did not provide any parameters on how to specify the optimal level. Instead of providing some guidelines, the co-authors only claim that the current „noise“ level is unacceptable and that it should be reduced. To what extent? No one knows.

⁴ The EMH, in general, refers to financial markets and investment strategies for forecasting the prices of various financial instruments. However, the same logic could be applied to all other types of forecasts. For more details about the EMH and its different versions, see Bodie, Kane, Marcus 2013, 347–350.

Now, let us go back to the initial heart disease example and further medical treatment. You received three different opinions, and you are still thinking about what to do next. After reading this book, it is clear there is variability in professional judgement, and the co-authors simply call that variability the „noise“. The co-authors suggest that variability is unacceptable and should be reduced, but they are not sure to what extent. However, that is not an obstacle for them to further suggest some reduction techniques, such as: the three cardiologists should be provided with the necessary information only (i.e. information sequencing), you should find a better cardiologist (i.e. a better forecaster), or you should not listen to any of the cardiologists in particular, but try to find a golden mean (i.e. aggregating multiple independent estimates). In other words, if you felt upset because of variability in professional judgement before reading this book, then after reading the book you might feel upset and disappointed.

Finally, when the disappointment gradually disappears, new questions arise: what could be done? Should all three cardiologists have the same diagnosis and recommendations? In other words, should all professionals be silent instead of making noise? Well, it depends – „Silence is foolish if we are wise, but wise if we are foolish“. Perhaps this could be one of the parameters the co-authors could use to establish the optimal level of the „noise“ they create.

REFERENCES

- [1] Bodie, Zvi, Alex Kane, Alan J. Marcus. 2013. *Essentials of Investments*. New York: McGraw Hill Higher.
- [2] Chen, Daniel L., Philippe Arnaud. 2020. Clash of Norms: Judicial Leniency on Defendant Birthdays. *Social Science Research Network*. Available at: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3203624> (last visited 31 July, 2021).
- [3] Eren, Ozkan, Naci Mocan. 2018. Emotional Judges and Unlucky Juveniles. *American Economic Journal: Applied Economics* 10(3): 171–205.
- [4] Martie, Haselton G., Daniel Nettle, Damian R. Murray. 2005. The Evolution of Cognitive Bias. 724–746 in *The Handbook of Evolutionary Psychology*, edited by David M. Buss. New Jersey: John Wiley & Sons.
- [5] Meehl, E. Paul. 2013. *Clinical Versus Statistical Prediction: A Theoretical Analysis and a Review of the Evidence*. Batalebro: Echo Point Books & Media.

Dr Boris BEGOVIĆ*

Straumann, Tobias. 2019. *1931: Debt, Crisis, and the Rise of Hitler*. Oxford: Oxford University Press, 240.

Već sam naslov Štraumanove knjige jasno svedoči o tome šta je njena osnovna teza. Da Nemačka nije bilo toliko zadužena, ne bi se ni dogodila privredna kriza, pa onda ne bi usledio ni Hitlerov (*Adolf Hitler*) uspon na vlast. I sve ono što je sledilo posle tog uspona.

Ta teza se u knjizi obrađuje na različite načine, posmatra se i razmatra, više prepričava doduše, iz nekoliko različitih uglova. Jedino što autor nije uspeo, a nije se naročito ni trudio, da dokaže postojanje uzročno-posledične veze iskazane već u samom naslovu. Gotovo kao da je to belodana istina koju uopšte i ne treba dokazivati. To je, za autora, jednostavno tako i ono što se isključivo dâ učiniti jeste da se dodatno opišu i razjasne pojedine celine iz naslova. Na primer, nemački dug.

Kako je taj dug nastao? Ko je za njega odgovoran? Prema onome što piše u knjizi, svi osim Nemaca. Reparacije se opisuju kao *Diktat*, a netačno se navodi da je londonska odluka Reparacione komisije iz 1921. godine, u skladu sa odredbama Versajskog mirovnog ugovora, koji je Nemačka potpisala, bila ultimatum. Uz to, autor pogrešno navodi i znatno precenjuje efektivni iznos reparacija koje je Nemačka bila dužna da plati. Za nemačko prekomerno zaduživanje u inostranstvu autor okrivljuje Dozov (*Chales Dawes*) plan, koji je omogućio monetarnu stabilizaciju Nemačke, umanjene njenih godišnjih obaveza na osnovu reparacija i, što je najvažnije, omogućio joj pristup međunarodnim finansijskim tržištima. A Jangov (*Owen Young*) plan, kojim su nemačke obaveze na osnovu reparacija pomerene u budućnost, kako bi se odgodile, zaključno sa 1988. godinom, i time umanjio teret tadašnje generacije, okrivljen je za nevolje Nemačke u vreme Velike depresije. Huverov

* Redovni profesor, Pravnog fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, *begovic@ius.bg.ac.rs*.

(*Herber Hoover*) moratorijum, kojim su na godinu dana suspendovane sve nemačke obaveze na osnovu reparacija, autor okrivljuje za to što je bio samo moratorijum, a ne potpuno otpisivanje svih nemačkih obaveza na osnovu reparacija. Dakle, za sve su krive pobjedničke sile iz Velikog rata. Ukratko, njihovo činjenje je izazvalo krah nemačke privrede, a time i Hitlerov uspon na vlast.

Da li je nemački dug, sve da je nastao na način na koji to opisuje autor, neizbežno doveo do te krize? I šta se uopšte podrazumeva pod krizom? Prirodno bi bilo da se pod krizom podrazumeva duboka recesija – depresija – u koju je ušla nemačka privreda sa drastičnim obaranjem nivoa privredne aktivnosti i velikim rastom nezaposlenosti. Međutim, o tome nema mnogo reči u knjizi. Nasuprot tome, puna pažnja posvećena je teškoćama u pogledu spoljne likvidnosti zemlje, opadanju nivoa zlatnih rezervi i, naročito, problemima solventnosti i likvidnosti nemačkog bankarskog sektora 1931. godine, što se završilo stečajem jedne poslovne banke, a država je na sebe preuzela sve njene obaveze prema deponentima i poveriocima. Dakle, kriza u Nemačkoj, prema mišljenju autora knjige, jeste kriza njenog bankarskog sektora. Nešto potpuno novo i zanimljivo: dakle, Hitler je došao na vlast zbog propasti jedne poslovne banke i to pošto su svi njeni deponenti potpuno zbrinuti.

A kako je to nemački dug izazvao krizu? Onu pravu – recesiju koja je prerasla u depresiju. U knjizi nema tog objašnjenja. Jedino se tvrdi da nemačka vlada, upravo zbog velikog spoljnog duga, o kome u knjizi nema nikakvih podataka, još manje poređenja sa drugim zemljama, nije imala izbora. Radila je, prema mišljenju autora, jedino što je mogla da uradi, a to je da je na svaki novi pad obima proizvodnje reagovala umanjnjem fiskalnih rashoda i povećavanjem fiskalnih prihoda, kako bi održala fiskalnu ravnotežu, odnosno umanjila deficit. Opet nema nikakve nemačke odgovornosti – nisu imali izbora.

Problem sa takvim rezonovanjem leži u tome što je, makar u retrospektivi, potpuno jasno da je tadašnja nemačka vlada vodila pogrešnu makroekonomsku politiku, budući da je umanjnjem fiskalnih rashoda i uvećanje poreza umanjivalo raspoloživi dohodak stanovništva, pa je stoga obaralo domaću agregatnu tražnju. A to je dodatno umanjivalo nivo proizvodnje, što se odražavalo na dalji pad fiskalnih prihoda i potrebu za dalje umanjnjem fiskalnih rashoda. Sve to otvaralo je sledeći ciklus začaranog kruga (*circulus vitiosus*) – pad fiskalnih rashoda umanjuje agregatnu tražnju, a to umanjuje obim proizvodnje. A šta je bila alternativa? Ne treba biti kejnshijanac da se zaključuje da je alternativa takvoj ekonomskoj politici bila uvećanje agregatne tražnje. Na planu izvozne tražnje, a ona je uvek bila odlučujuća za nemačku izvozno orijentisanu privredu, to se moglo postići devalvacijom tadašnje nemačke valute – rajhsmarke. To bi nemački izvoz učinilo cenovno

konkurentnijim, što bi izazvalo povećanje obima proizvodnje na osnovu narasle izvozne tražnje. Argumenti u prilog takvog koraka dobijaju na uverljivosti time što su druge zemlje, poput Velike Britanije, devalvirale svoju valutu i uvećale cenovnu konkurentnost, a veliko tržište SAD bilo je dodatno zaštićeno visokim carinskim stopama, uvedenim u junu 1930. godine Smut-Holijevim zakonom (*Smooth-Hawley Act*). Štaviše, u svetlu devalvacije nacionalnih valuta drugih zemalja, nemačko nečinjenje na tom planu značilo je efektivnu revaluaciju – gubljene cenovne konkurentnosti izvoza i produblјivanje recesije. Dakle, nije baš da nije bilo izbora, nego je tadašnja nemačka vlada pri tom izboru donela pogrešnu odluku. A indikativno je da se na spisku literature u prikazanoj knjizi ne nalazi referenca (Tooze, 2006) u kojoj je sve to detaljno i veoma uverljivo objašnjeno.

Načelno posmatrano, druga mogućnost kojom je raspolagala nemačka vlada, koja nije isključivala devaluaciju, bila je stvaranje fiskalnog deficita i njegovo finansiranje emitovanjem domaćih obveznica – efektivno zajam za preporod Nemačke. Time se ne bi uvećao nemački spoljni suvereni dug već bi se samo stvorio unutrašnji. No, pitanje je kakav bi bio odziv stanovništva na emitovanje takvih obveznica. Naime, nemačke vlasti su, ni deset godina pre te krize, izazvale jednu od najvećih inflacija u istoriji čovečanstva, kojom su bila gotovo potpuno obezvređena potraživanja stanovništva na osnovu ranijeg zaduživanja. Ukoliko bi odziv stanovništva bio slab, a u literaturi nema potvrde da je bilo ko u nemačkoj vladi, verovatno zbog procene takvog odziva, razmišljao o takvom potezu, to je samo potvrda da svojim potezima vlasti jedne zemlje stvaraju očekivanja stanovništva. A ta očekivanja traju duže nego korist vlasti od određenog poteza. Ako raspisivanje zajma za preporod Nemačke nije bila dostupna opcija, to je bila posledica monetarne politike pređašnje nemačke vlasti i ranije svesne državne odluke da se jednostavno anuliraju legitimna, na ugovoru zasnovana potraživanja stanovništva.¹

Nezavisno od sudbine takvog hipotetičkog zajma, fascinantno je da autor u knjizi nudi obilje materijala kojim iznosi dokaze kojima delotvorno potkopava svoju osnovnu tezu. Što se samog nemačkog spoljnog suverenog duga tiče, autor jasno ističe da dug na osnovu reparacija nije bio osnovni politički problem već je to bila „nepravda“ Versajskog mirovnog ugovora, bar je tako smatrala domaća javnost. Ono što je politički ujedinilo Nemačku u periodu posle Velikog rata bilo je opšte odbijanje Versajskog mirovnog ugovora i svih njegovih odredaba. Pri tome, najveću težinu u tom odbijanju

¹ Samo veoma mali deo (2,46%) tih potraživanja ipak je sačuvan (De Broeck, James 2019, 211–212), i to *ex post*, interventnim zakonom iz 1925. godine, kojim su potraživanja prema državi nastala pre 1. jula 1920. godine konvertovana po kursu 40:1.

imali su gubitak teritorije na istoku i nemogućnost samoopredeljenja za Nemce van teritorije Nemačke, okupacija Rajnske oblasti i Sara, kao i pitanje ratne krivice, dok su dug na osnovu reparacija i njegovo potpuno poništavanje smatrani samo pitanjem povezanim sa tom krivicom. U tome su svi bili jedinstveni – i nemački komunisti, ipak su oni bili nemački, i nacionalsocijalisti – oni su po definiciji bili nemački. To je bila politička atmosfera u posleratnoj Nemačkoj, zemlji koja samoj sebi nije priznala da je izgubila rat već je, prema rasprostranjenom mitu, pobedničkoj nemačkoj vojsci zariven nož u leđa (*Dolchstoß*). U takvoj atmosferi svako ko nije dovoljno glasno vikao protiv Versajskog mirovnog ugovora preuzimao bi rizik da bude proglašen za izdajnika nacije.

Stoga ne čudi što je, čak i kada je započela recesija, ogromna energija bila posvećena uklanjanju političkih posledica Versajskog mirovnog ugovora, umesto bavljenjem pitanjem kako da se recesija u nemačkoj predupredi ili barem ublaži. Na primer, u martu 1931. godine, ključne godine za recesiju u Nemačkoj, vlada te zemlje se bavi formiranjem carinske unije sa Austrijom, kako bi potkopala član 80. Versajskog mirovnog ugovora, kojim se zabranjuje ujedinjenje tih zemlja. Autor jasno stavlja do znanja, citiranjem zvaničnika nemačke vlade, da su oni koji su se u taj politički poduhvat upustili znali da ta carinska unija nema nikakvog efekta na ublažavanje recesije.

U isto vreme, u martu te godine, kada se u nastojanju da se, na pogrešan način, izbori sa recesijom, umanjuju fiskalni rashodi, autor navodi da nemačka vlada predlaže parlamentu da odobri poslednju tranšu sredstava za izgradnju prvog ratnog broda nove generacije za ratnu mornaricu i prvu tranšu za sledeći brod iste vrste. Parlament taj predlog jednoglasno usvaja. Time, nezavisno od toga da li mu je to bila namera, autor jasno pokazuje da nemačku vlast nije interesovalo ublažavanje recesije – ona je imala druge (političke) prioritete.

A čitajući knjigu lako se dá zaključiti da veliki deo nemačkog spoljnog suverenog duga tog vremena (iz knjige ne saznajemo koliko, budući da autor nije ponudio te elementarne podatke) ne predstavlja dug na osnovu reparacija već je posledica pozajmljivanja kapitala počev od 1924. godine i stupanja na snagu Dozovog plana. Autor doslovno navodi da je slabašnoj Vajmarskoj republici bila potreba javna podrška da preživi turbulentna vremena, a to je, prema njegovom mišljenju, moglo da se postigne isključivo uvećanjem ponude javnih usluga i obezbeđivanjem pristojnih plata. Pozajmljivanje u inostranstvu, nastavlja autor, omogućilo je nemačkim vlastima da izbegnu nepopularno povećanje poreza, da radnicima obezbede dobre plate i da

odgode „istinske troškove rekonstrukcije“ (*sic*).² To zaduživanje omogućilo je, piše autor, da lokalne vlasti pokrenu infrastrukture projekte – podzemne železnice, mostove, parkove, bazene za plivanje, koncertne dvorane i fudbalske stadione – kako bi povećale lojalnost birača.

Dakle, autor je pun (političkog) razumevanja za nemačko zaduživanje u inostranstvu, a na osnovu onoga što sâm opisuje, reč je o najobičnijem dodvoravanju biračima i jeftinom potkupljivanju biračkog tela. To je na delu i danas, u mnogim zemljama sveta, ali teško da se to može nazvati dobrom politikom, još manje vrlinom onih koji vladaju. A autor takvo bezobzirno nemačko zaduživanje i investiranje u projekte koji ne stvaraju nikakve prinose iz kojih bi se otplaćivali krediti označava kao preduslov, ni manje ni više, nego opstanka Vajmarske republike. Verovatno su ti plivački bazeni bili odlučujući.

A kada su krediti došli na naplatu, pa kada su, pošto glavnice nisu mogle biti vraćene, refinansirani (i to deo njih jer je i poveriocima bila potrebna likvidnost u uslovima krize) i to pod nepovoljnijim uslovima, budući da je stigla recesija i da je porastao rizik zemlje, onda su za sve bili krivi Amerikanci i Dozov plan, nikako oni koji su te kredite bez prinude tražili i dobrovoljno uzimali.³

Zanimljivo je da autor, detaljno opisujući slučaj koji smatra ključnim događajem krize – propast Danat banke (*Danat – Dramstädter und Nationalbank*), jasno pokazuje da su se zvaničnici vlade, ministarstva finansija i centralne banke premišljali šta i kako da rade – njihova odluka nije bila predeterminisana. Konsultovali su se sa bankarima, na osnovu tih konsultacija donosili su (pokazalo se) pogrešne odluke, tako da ni u tom slučaju nije bilo neizbežnosti – i tada su postojale alternative. Na primer, Hjalmar Šaht (*Hjalmar Schacht*), negdašnji i budući (pod Hitlerom) guverner

² Ostaje nejasno o kakvoj je rekonstrukciji reč, budući da Nemačka, što autor napominje u knjizi, tokom rata nije pretrpela nikakvu ratnu štetu – ni privreda, ni infrastruktura, ni stanovanje. Sasvim očekivano, rat nije vođen na teritoriji Nemačke, a tadašnja vazduhoplovna tehnologija nije omogućavala strateške bombarderske ofanzive. Još veću zabunu unosi pridev „istinski“. A šta su, nasuprot toga, „lažni“ troškovi rekonstrukcije?

³ Naravno, ozbiljna razmatranja Dozovog plana (Ritschl 1998) jasno su pokazala da je njegova odrednica koja prioritet plaćanja daje otplati novopodignutih zajmova nad reparacionim obavezama stvorila dvostruki moralni hazard. Poveriocima, što se svodi na američke poslovne banke, koje su takvim obezbeđenjem pozajmljivale veći iznos kapitala nego što bi to učinile, i nemačkoj strani, kojoj je bilo u interesu da sve više pozajmljuje, budući da je postalo jasno da neuredna plaćanja reparacija neće prekinuti dotok kapitala sa Vol strita i umanjiti mogućnost refinansiranja obaveza.

nemačke centralne banke, protivio se tome da država preuzme sve obaveze Danat banke prema trećim licima, smatrajući da treba obezbediti samo potraživanja malih deponenata. Dakle, nije postojala samo jedna mogućnost.

Štaviše, autor sam razmatra mogućnost devalvacije kao rešenja za ublažavanje recesije i konstatuje da je to rešenje tadašnji nemački kancelar odbacio iz straha od inflacije i zbog porasta iznosa stranog duga. Što se inflacije tiče, opasnost nije bila velika, budući da je poskupljenje uvoza usled devalvacije jednokratno, zbog toga što ne postoje inflatorna očekivanja i što se nova ravnoteža uspostavlja veoma brzo, naročito u uslovima zlatnog standarda, odnosno odgovarajuće monetarne politike. Hiperinflacija iz 1923/1924. godine ne bi mogla da se vrati zbog toga što je njen izvor bio drugačiji – monetizacija budžetskog deficita. Drugi razlog takođe nije na mestu. Iznos stranog duga izražen u zlatu i valutama zasnovanim na zlatu ostao bi isti. Pitanje kolikom bi iznosu rajhsmaraka taj iznos odgovarao psihološko je, a ne ekonomsko pitanje.

Konačno, kada razmatra ograničenja u pogledu makroekonomskih odluka koja su navodno proizlazila iz spoljnog suverenog duga, na brojnim mestima u knjizi autor iznosi tvrdnje da je nemačka politička elita taj dug, naročito onaj na osnovu reparacija, koristila za svoje potrebe. Dakle, nije reč o spoljnom suverenom dugu nego o percepciji tog duga. Autor jasno stavlja do znanja da, na primer, Hitlera nisu interesovali pitanje spoljnog nemačkog duga, ni detalji međunarodnih finansija, pitanje usklađenosti novčanih tokova, makroekonomska politika i recesija. Njega je samo interesovalo da dođe na vlast i jedna od poluga za to je bilo njegovo obećanje da će Nemačku osloboditi celokupnog spoljnog duga. A oni koji su bili umereniji od njega koristili su pitanje spoljnog duga i histeričnu retoriku o njemu za održavanje svoje političke popularnosti u zapaljivim okolnostima koje su oni sami stvorili.

Čitanje ove knjige jasno je pokazalo na ona nikako nije dostojna svog naslova. Ne samo da autor nije uspeo da dokaže uzročno-posledičnu vezu iz tog naslova nego je ponudio obilje uvida kojima se ta veza osporava. Imajući u vidu takvu slabost ove knjige, opravdano je postaviti pitanje: da li ova knjiga ima vrline? Da li je ona ponudila nešto novo? Jeste – lep opis nemačke političke elite tog vremena. Jedan od junaka te elite je i (tadašnji) kancelar Brining (*Heinrich Brüning*). Iz opisa i objašnjenja njegovog delanja jasno je da je to čovek bez čvrstih stavova, bez ikakvih opredeljenja, koji ne veruje ni u šta (možda eventualno u Boga, ipak je bio čelnik katoličke partije), koji nema nikakvu jasnu političku ideju, čovek sklon kompromisima, koji će govoriti ono što druga strana od njega očekuje. Tako je i stvoren rascjep između signala koje je upućivao međunarodnoj zajednici i stranim investitorima, s jedne strane, i domaćoj javnosti, s druge strane. Dok je prvima govorio kako

će Nemačka poštovati sve preuzete političke i finansijske obaveze, drugima je slao poruke da će Nemačka odbaciti političke i finansijske stege koje su joj iz inostranstva nametnute.

Kada je, u skladu sa Jangovima planom i kao znak dobre volje prema Nemačkoj, Francuska povukla okupacione trupe iz Rajnske oblasti, kancelar Brining, zajedno sa tadašnjim nemačkim predsednikom Fon Hindenburgom (*Paul von Hindenburg*), otelotvorenjem – slikom i prilikom – nemačkog militarizma, potpisuje agresivnu, domaćoj patriotskoj javnosti upućenu proklamaciju, koja se završava pozivom da se svi Nemci ujedine uz poklik „*Deutschland, Deutschland über alles!*“. Zaista, primeren i iskren poziv Francuzima na dobrosusedske odnose i pomirenje. To Briningu ne smeta da i isto vreme bude umiljato jagnje kada od francuskih vlasti traži novi zajam za finansiranje fiskalnog deficita. Nije ga dobio.

Briningov govor na porinuću prvog nemačkog ratnog broda nove generacije, prigodno nazvanog „*Deutschland*“, opet uz neizbežnog Fon Hindenburga, pred 60.000 ljudi, autor označava kao šovinistički.⁴ Dakle, pred domaćom javnošću Brining je patriota. Kada ni mesec dana posle toga ode u posetu Velikoj Britaniji, predstavlja se kao kooperativan premijer kooperativne zemlje: ako bi moglo još malo kredita, ako bi mogle malo da se umanje nemačke finansijske obaveze? A prvog dana posete Velikoj Britaniji objavio je, kao kancelar, proklamaciju domaćoj javnosti da Nemačka više ne može da ispunjava svoje međunarodne finansijske obaveze i da plaćanje reparacije treba da se obustavi. Za tu proklamaciju britanski premijer Makdonald (*Ramsey MacDonald*) saznao je tokom zvaničnih razgovora sa Briningom – iz novina. I nije bio baš oduševljen, ni sadržajem deklaracije ni time što ju je Brining prečutao. Odgovarajući su bili i rezultati posete – još jedan poraz tadašnjeg nemačkog kancelara u gostima.

Na vrhuncu bankarske krize, propast nekoliko banaka je na vidiku, a Brining nije imao jasan stav o tome šta treba da se uradi. Iznosi, posle velikog kolebanja, svoj plan kao predlog sujetnim i neiskrenim bankarima, oni ga odbijaju, nakon čega prihvata njihov savet da se ništa ne čini, iako je već (svima) jasno da su ti bankari lažljivi i da su samo gledali kako da

⁴ Tokom Briningovog vatrenog (šovinističkog) govora, brod je, kao u nekom Felinijevom filmu, greškom prerarno skliznuo sa navoza i na zaprepašćenje prisutnih završio u moru, tako da ceremonijalno, uz flašu šampanjca razbijenu o pramac, nije ni porinut. Sredinom 1940. godine, kada su pomorske bitke postale svakodnevnica, Hitler se pribojao da bi brod koji se zove „Nemačka“ mogao da potone, uz negativne propagandne efekta takvog potapanja. Zbog toga je naredio da se brod preimenuje u „Licov“ (*Lützow*) prema prezimenu pruskog vojskovođe iz XIX veka. Preimenovana „Nemačka“ završila je isto kao i Nemačka: potonula je pod savezničkim bombama (Groner 1990).

nanesu štetu svojim konkurentima. Nije imao snage sa se izbori sa ljudima za koje se već osvedočio da ne govore istinu i da nemaju dobre namere. A kada se pokaže da bankari nisu bili u pravu, da je došlo do juriša na banke i nelikvidnosti celog bankarskog sektora, Brining se kao malo dete duri i odbija da se sastane sa njima. A on je sâm kriv što im se nije suprotstavio kada je za to imao priliku.

Treba imati u vidu da je kancelar Brining bio zvezda nemačke političke scene tog vremena. Kako se u knjizi navodi, jedan od dugogodišnjih poslanika nemačkog parlamenta, okoreli konzervativac iz Istočne Pruske, izjavio je kako je Brining prvi pravi nemački kancelar još od Bizmarkovog doba. Kakvi su bili politički kvaliteti novog Bizmarka, svedoče prethodni pasusi ovog prikaza i brojni pasusi same knjige.

To baca nešto drugačije svetlo na Hitlerov uspon. Nije reč o tome da je Hitler bio izuzetno darovit političar, onakav kakvim ga prikazuje autor ove knjige, tvrdeći da je posedovao izuzetan strateški politički osećaj, da je anticipirao buduća događanja daleko unapred i da je strpljivo čekao priliku da nadmudri svoje protivnike. Daleko je uverljivije to da je Hitler bio odlučan, beskrupulozan i ideološki dosledan političar, sa jasnim ciljem i jakom sklonošću ka riziku. On je kockarski igrao na jednu jedinu kartu i to mu se isplatilo. U ovoj knjizi se nalazi i objašnjenje njegovog uspeha. Nije Hitler bio politički diletant i šarlatan, bio je ozbiljan i odlučan političar, ali ključ nije bio u njemu nego pre svega u njegovim političkim takmacima – oni su bili neozbiljni i fundamentalno nesposobni političari i zbog toga je Hitler, u datom političkom okruženju, osvojio vlast. Opet se pokazalo da je u svakom nadmetanju, političkom, tržišnom ili sportskom, jedino bitna relativna snaga – koliko si bolji od protivnika.⁵

Na samom kraju, u pokušaju da iznese univerzalni zaključak, autor tvrdi da samo onda kada je domaće biračko telo spremno da prihvati gubitak suverenosti zarad saradnje sa drugim zemljama, međunarodni ugovori mogu da budu delotvorni i da izdrže proveru vremena. Saznajna vrednost tog trivijalnog zaključka, indukcijom izvedenom iz slučaja Versajskog mirovnog ugovora, minimalna je, a sam zaključak nije valjana osnova ni za kakvu akademsku raspravu. No, oni koji donose političke odluke, naročito u ratu, bez čitanja bilo kakve literature ovog tipa, odavno su tužnu istoriju Versajskog mirovnog ugovora veoma dobro spoznali. Zato su i rešili da se volja nemačke nacije slomi i arogancija domaćeg biračkog tela eliminiše – učinili bi to i atomskom bombom, kao u Japanu, da je bilo potrebno – pa su se

⁵ Brojne Hitlerove istoriografske biografije, uključujući i najbolje (Kershaw 2008), zanemaruju taj ugao posmatranja uspona nacionalsocijalizma i budućeg vođe Rajha.

posle toga međunarodni ugovori sveli na tehnička rešenja. Posle svega toga, razlika između današnje Nemačke i Nemačke iz vremena koje se opisuje u ovoj knjizi takva je da se te dve zemlje ne mogu ni porediti.

LITERATURA

- [1] De Broeck, Mark, Harold James. 2019. Germany in the Interbellum: Camouflaging Sovereign Debt. 205–240. *Debt and Entanglements Between the Wars*, ed. Era Dabla-Norris. Washington, DC: International Monetary Fund.
- [2] Gröner, Erich. 1990. *German Warships: 1815–1945. I: Major Surface Vessels*. Annapolis: Naval Institute Press.
- [3] Kershaw, Ian. 2008. *Hitler: A Biography*. New York & London: W. W. Norton & Company.
- [4] Ritschl, Albrecht. 2/1998. Reparations Transfers, the Borchardt Hypothesis, and the Great Depression in Germany: A Guided Tour for Hard-headed Keynesians. *European Review of Economic History* 2: 49–72.
- [5] Tooze, Adam. 2006. *The Wages of Destruction: The Making and the Breaking of the Nazi Economy*. London: Allan Lane [2007].

Dr Samir ALIČIĆ*

Cvetković Đorđević, Valentina. 2020. *Negotiorum gestio u rimskom pravu s osvrtom na srpsko pravo. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 122.*

Teško je pronaći pravni institut toliko osoben i toliko karakteristično i tipično „rimski“ odnosno, ako čitalac više voli, „evropskokontinentalni“, kao što je *negotiorum gestio* – posloводство bez naloga, odnosno nezvano vršenje tuđeg posla. Njemu nema pandana u drugim antičkim pravima, ali ni u savremenim pravima koja nisu zasnovana na rimskom. Anglosaksonski i šerijatski pravni sistemi ne poznaju takvu ustanovu. Van romanskog pravnog područja, situacija koju mi označavamo kao posloводство bez naloga po pravilu se tretira kao jednostrana dobročina činidba, odnosno poklon. Pravicima koji nisu obrazovani na principima rimskog prava i koji ne razumeju koncepte kao što su *pietas* i *bona fides* nije uvek lako ni objasniti zašto bi neko ko čini uslugu drugome a da to od njega nije izričito zahtevano uopšte imao pravo na naknadu. No, u zemljama rimskog, odnosno evropskokontinentalnog pravnog sistema institut *negotiorum gestio* je prirodni i neizbežni institut obligacionog prava u praktično svim nacionalnim zakonodavstvima, sa tendencijom da postane i nadnacionalni. Naravno, važnosti tog instituta u zakonodavstvu i sudskoj praksi odgovara i velika pažnja koju mu posvećuje pravna nauka.

Posloводство bez naloga odavno postoji u zakonodavstvu Srbije. U pitanju je živi institut, pa čak i ako je sa modernim sredstvima komunikacije broj slučajeva njegove primene nešto smanjen, i dalje se javlja u sudskoj praksi i nije postao mrtvo slovo na papiru. Međutim, u domaćoj nauci posloводство bez naloga nije privuklo onoliko pažnje koliko bi se očekivalo. Posvećeno mu je relativno malo naslova, posebno u novijoj literaturi.

* Vanredni profesor, Departman za pravne nauke Državnog univerziteta u Novom Pazaru, Srbija, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Bosna i Hercegovina, salivic@np.ac.rs.

Tu prazninu u velikoj meri popunjava knjiga *Negotiorum gestio u rimskom pravu s osvrtom na srpsko pravo* Valentine Cvetković Đorđević, vanredne profesorke Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Sa čisto tematskog aspekta, autorka je izbegla zamku u koju mnogi romanisti padaju – da termin „rimsko pravo“ koristi samo za period njegovog razvoja do Justinijana, a da njegovu kasniju primenu nazove „rimskom pravnom tradicijom“ ili nekim sličnim terminom. Kao što se iz naslova može naslutiti, knjiga se sastoji iz dve osnovne celine: prve, u kojoj je obrađen institut *negotiorum gestio* u rimskom pravu uopšte, koje je sinonim za evropskokontinentalni pravni sistem čiji kontinuirani razvoj traje od početaka rimske istorije do danas, i druge, koja je posvećena poslovodstvu bez naloga u pravu Srbije, koje je jedna grana rimskog (evropskokontinentalnog) prava na isti način kao što su, recimo, englesko i američko pravo grane anglosaksonskog, ili saudijsko i iransko pravo grane šerijatskog prava. U metodološkom smislu, ovo dakle nije knjiga iz istorije rimskog prava, koja proučava isključivo njegov razvoj u prošlosti. Ona zapravo predstavlja tumačenje instituta pozitivnog prava teleološkim metodom, odnosno istražuju se njihovo izvorno značenje, nastanak i razvoj u rimskom pravu, kroz koje su dobili savremenu formu.

Nakon predgovora (str. 7–8) i uvoda (str. 9–11), sledi deo posvećen rimskom pravu uopšte (str. 13–96). Autorka se najpre bavi mestom koje institut *negotiorum gestio* zauzima u sistematici obligacionog prava (str. 13). Sledi deo posvećen korenima tog instituta, njegovom nastanku i razvoju u rimskom pravu (str. 15–28). U narednom poglavlju autorka se bavi razvojem teorije o kvazikontraktnoj prirodi poslovodstva bez naloga, od Justinijanove kvadriparticije, preko srednjovekovnih i modernih autora, do savremene literature (str. 29–40). Tema četvrtog, i na neki način centralnog i ključnog poglavlja knjige, jesu uslovi za primenu instituta poslovodstva bez naloga, uzimajući u obzir različita rešenja u teoriji, zakonodavstvu i praksi od rimskog do današnjih dana (str. 41–92). U petom poglavlju analizira se pitanje poslovodstva bez naloga kada je jedna od strana poslovno nesposobno lice (str. 93–96).

Poslednja dva poglavlja knjige posvećena su pravu Srbije. Šesto poglavlje bavi se institutom *negotiorum gestio* u Austrijskom građanskom zakoniku iz 1811. i Srpskom građanskom zakoniku iz 1844. godine (str. 97–99). Sedma glava knjige posvećena je rešenjima važećeg Zakona o obligacionim odnosima (str. 101–108).

Na kraju je dat zaključak kojim su sumirani rezultati istraživanja (str. 109–114).

Na osnovu opsežne analize izvora i literature, autorka zaključuje da brojna pitanja ipak moraju ostati otvorena, među kojima i to koliko je u rimskom pravu tužba po osnovu poslovodstva bez naloga bila na početku široko

primenjivana. Bez decidnog odgovora, imajući u vidu sadašnje stanje izvora, ostaju i brojni problemi nastanka i primene dve forme tužbe zbog nezvanog vršenja tuđeg posla u rimskom pravu, koje su kasnije spojene u jedinstvenu tužbu: pretorske tužbe *in factum concepta* i civilne *in ius concepta*, s tim što se izvesna prednost daje teoriji prema kojoj je civilna tužba nastala kasnije.

Iako pojam *negotiorum gestio* nije moguće precizno definisati, autorka sa sigurnošću zaključuje da je zajednička karakteristika koja povezuje različite situacije koje potpadaju pod taj institut da postoji preduzimanje posla u tuđem interesu, koji pak ne mora biti nužno i tuđ posao.

Mnogo pažnje posvećeno je pitanju, koje su postavljali još srednjovekovni pravници, da li je činjenica da je posao preduzet bez odobrenja objektivno posmatrano u tuđem interesu dovoljna da bi postojalo posloводство bez naloga ili je neophodno i da je nezvani vršilac tuđeg posla imao subjektivnu nameru da posao preduzme u korist gospodara posla. Autorka zaključuje da su mišljenja rimskih pravnika o tom pitanju bila podeljena, a da je u savremenom pravu postala dominantna subjektivna teorija, čija je osnovna svrha da se posloводство bez naloga striktno razgraniči od pravno neosnovanog obogaćenja. Takvo striktno razlikovanje bilo je strano klasičnom rimskom pravu, u kojem su se ta dva instituta razvijala u tesnoj međusobnoj vezi.

Institut posloводства bez naloga ušao je u pravo Srbije recepcijom iz austrijskog prava u Srpski građanski zakonik, čija su rešenja preuzeta u važeći Zakon o obligacionim odnosima. Iako, generalno gledano, institut posloводства bez naloga u srpskom pravu odgovara klasičnom *negotiorum gestio* i prema tome najveći deo pravila koja ga regulišu pripada rimskom pravu, zbog posrednog puta recepcije nastale su manje razlike u odnosu na klasična rešenja. ZOO poznaje institute nužnog i korisnog posloводства, mada je značaj te podele manji nego u AGZ, iz kojeg je preuzeta. Osim toga, naknadno odobrenje gospodara posla u ZOO ima retroaktivno dejstvo, što u klasičnom rimskom pravu nije slučaj.

Pisana jasnim i konciznim stilom, zasnovana na metodološki rafiniranoj analizi brojnih izvora i obimne literature na raznim jezicima, knjiga *Negotiorum gestio u rimskom pravu s osvrtom na srpsko pravo* predstavlja pravi primer sofisticiranosti i visokog nivoa savremene romanističke nauke te model na koji se mlađi romanisti mogu ugledati. Zbog aktuelnosti tematike, pogotovo imajući u vidu da je u toku rad na donošenju novog Građanskog zakonika, ova knjiga će biti zanimljiva ne samo romanistima, komparatistima i civilistima već i široj stručnoj javnosti, uključujući i sudije, advokate i druge pravnike-praktičare.

UPUTSTVO ZA AUTORE

Anali Pravnog fakulteta u Beogradu objavljuju tekstove na srpskom i engleskom jeziku.

Autori zadržavaju autorsko pravo na svome delu. Međutim, uslov za objavljivanje u *Analima Pravnog fakulteta u Beogradu* jeste da autori izdavaču dozvole da objavi delo, da garantuju pravo da će *Anali* biti navedeni kao izvorni izdavač u slučaju ponovnog objavljivanja i da neisključivo ustupe ovlašćenje na umnožavanje te ovlašćenje da se tekst učini dostupnim javnosti i da se distribuira u svim oblicima i medijima. Objavljeni tekstovi se distribuiraju pod uslovima licence „Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY)“.

Predajom teksta, autor izjavljuje da tekst nije ni objavljen ni prihvaćen za objavljivanje te da neće biti predat za objavljivanje bilo kom drugom mediju. Autor takođe izjavljuje da je nosilac autorskog prava, da je obavešten o pravima trećih lica i da je ispunio zahteve koji proizlaze iz tih prava.

Prijem svih tekstova biće potvrđen elektronskom poštom. Redakcija će razmotriti podobnost svih radova da budu podvrgnuti postupku recenziranja. Podobni tekstovi šalju se na dvostruku anonimnu recenziju.

Informacije o uredničkoj politici *Anala Pravnog fakulteta u Beogradu* videti na: ojs.ius.bg.ac.rs/index.php/anali/about/editorialPolicies#open%20AccessPolicy.

Ako želite da predate svoj rad *Analima Pravnog fakulteta u Beogradu*, molimo vas da pratite sledeća uputstva.

Ako predajete rad na engleskom jeziku, molimo vas da pratite posebno uputstvo koje je dostupno na: ojs.ius.bg.ac.rs/index.php/anali/information/authors.

Rukopis treba da bude uređen na sledeći način:

1. naslovna strana,
2. apstrakt i ključne reči,
3. rukopis i spisak literature,
4. dodaci, tabele i slike.

1. NASLOVNA STRANA

Naslovna strana rukopisa treba da sadrži sledeće podatke:

- naslov teksta,
- ime, prezime, godinu rođenja i afilijaciju svih autora,
- punu adresu za korespondenciju i adresu elektronske pošte.

Ako je tekst koautorski, molimo vas da dostavite tražene podatke za svakog autora.

2. APSTRAKT I KLJUČNE REČI

Tekstu prethodi apstrakt koji je strogo ograničen na 150 reči. Apstrakt ne sme da sadrži neodređene skraćenice ili reference.

Molimo vas da navedete pet ključnih reči koje su prikladne za indeksiranje.

Radovi na srpskom jeziku treba da sadrže apstrakt i ključne reči i na srpskom i na engleskom jeziku. U tom slučaju, apstrakt i ključne reči na engleskom jeziku treba da se nalaze iza spiska literature.

3. RUKOPIS I SPISAK LITERATURE

Zbog anonimnog recenziranja, imena autora i njihove institucionalne pripadnosti ne treba navoditi na stranicama rukopisa.

Tekstovi moraju da budu napisani u sledećem formatu:

- veličina stranice: A4,
- margine: 2,5 cm,
- font: Times New Roman,
- razmak između redova u glavnom tekstu: 1,5,
- razmak između redova u fusnotama: Easy,
- veličina slova u glavnom tekstu: 12 pt,
- veličina slova u fusnotama: 10 pt,
- numeracija stranica: arapski broj u donjem desnom uglu stranice.

Druge autore treba navoditi po imenu i prezimenu kada se prvi put pominju (Petar Petrović), a zatim samo po prezimenu (Petrović). Ne treba navoditi „profesor“, „dr“, „g.“ niti bilo kakve titule.

Sve slike i tabele moraju da budu pomenute u tekstu, prema redosledu po kojem se pojavljuju.

Sve akronime treba objasniti prilikom prvog korišćenja, a zatim se navode velikim slovima.

Evropska unija – EU,

The United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL

Brojevi od jedan do devet pišu se slovima, veći brojevi pišu se ciframa. Datumi se pišu na sledeći način: 1. januar 2012; 2011–2012; tridesetih godina 20. veka.

Fusnote se koriste za objašnjenja, a ne za navođenje literature. Prosto navođenje mora da bude u glavnom tekstu, sa izuzetkom zakona i sudskih odluka.

Podnaslove treba pisati na sledeći način:

1. VELIKA SLOVA

1.1. Prvo slovo veliko

1.1.1. Prvo slovo veliko kurziv

Citiranje

Svi citati, u tekstu i fusnotama, treba da budu napisani u sledećem formatu: (autor/godina/broj strane ili više strana).

Domaća imena koja se pominju u rečenici ne treba ponavljati u zagradama:

- Prema Miloševiću (2014, 224–234)...

- Rimski pravnici su poznavali različite klasifikacije stvari (Milošević 2014, 224–234)

Strana imena koja se pominju u rečenici treba da budu transkribovana, a u zagradama ih treba ponoviti i ostaviti u originalu. U spisku literature strana imena se ne transkribuju:

- Prema Kociolu (Koziol 1997, 73–87)...
- O tome je opsežno pisao Kociol (Koziol 1997, 73–87).
- Koziol, Helmut. 1997. *Österreichisches Haftpflichtrecht*, Band I: Allgemeiner Teil. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Domaća dela se citiraju pismom kojim su štampana. U spisku literature delo štampano latinicom navodi se samo latinicom, a delo štampano ćirilicom navodi se ćirilicom i latinicom, pri čemu se latinična referenca stavlja u zagrade:

- Prema Miloševiću (2014, 347–352)...
- Milošević, Miroslav. 2014. *Rimsko pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Dosije studio. (Milošević, Miroslav. 2014. *Rimsko pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Dosije studio.)
- Vukadinović (Vukadinović 2015, 27) ističe da jamac ispunjava tuđu, a garant svoju obavezu.
- U literaturi se navodi (Vukadinović 2015, 27)...
- Vukadinović, Radovan. 5–6/2015. O pravnom regulisanju posla bankarske garancije u novom Građanskom zakoniku. *Pravni život* 64: 17–36.

Poželjno je da u citatima u tekstu bude naveden podatak o broju strane na kojoj se nalazi deo dela koje se citira.

Isto tako i / Isto / Kao i Konstantinović (1969, 125–127);

Prema Bartoš (1959, 89 fn. 100) – *tamo gde je fusnota 100 na 89. strani*;

Kao što je predložio Bartoš (1959, 88 i fn. 98) – *tamo gde fusnota 98 nije na 88. strani*.

Pre broja strane ne treba stavljati oznaku „str.“, „p.“, „f.“ ili slično.

Izuzetno, tamo gde je to prikladno, autori mogu da koriste citate u tekstu bez navođenja broja strane dela koja se citira. U tom slučaju autori mogu, ali ne moraju da koriste neku od naznaka kao što su: *videti*, *posebno videti*, *videti na primer i dr.*

(videti, na primer, Bartoš 1959; Simović 1972)

(videti posebno Bakić 1959)

(Stanković, Orlić 2014)

Jedan autor

Citat u tekstu (T): Kao i Ilaj (Ely 1980, broj strane), tvrdimo da...

Navođenje u spisku literature (L): Ely, John Hart. 1980. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

T: Isto kao i Avramović (2008, broj strane), tvrdimo da...

L: Avramović, Sima. 2008. *Rhetorike techne – veština besedništva i javni nastup*. Beograd: Službeni glasnik – Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. (Avramović, Sima. 2008. *Rhetorike techne – veština besedništva i javni nastup*. Beograd: Službeni glasnik – Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

T: Vasiljević (2007, broj strane),

L: Vasiljević, Mirko. 2007. *Korporativno upravljanje: pravni aspekti*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. (Vasiljević, Mirko. 2007. *Korporativno upravljanje: pravni aspekti*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

Dva autora

T: Kao što je ukazano (Daniels, Martin 1995, broj strane),

L: Daniels, Stephen, Joanne Martin. 1995. *Civil Injuries and the Politics of Reform*. Evanston, Ill.: Northwestern University Press.

T: Kao što je pokazano (Stanković, Orlić 2014, broj strane),

L: Stanković, Obren, Miodrag Orlić. 2014. *Stvarno pravo*. Beograd: Nomos. (Stanković, Obren, Miodrag Orlić. 2014. *Stvarno pravo*. Beograd: Nomos.)

Tri autora

T: Kao što su predložili Sesil, Lind i Bermant (Cecil, Lind, Bermant 1987, broj strane),

L: Cecil, Joe S., E. Allan Lind, Gordon Bermant. 1987. *Jury Service in Lengthy Civil Trials*. Washington, D.C.: Federal Judicial Center.

Više od tri autora

T: Prema istraživanju koje je sproveo Turner sa saradnicima (Turner *et al.* 2002, broj strane),

L: Turner, Charles F., Susan M. Rogers, Heather G. Miller, William C. Miller, James N. Gribble, James R. Chromy, Peter A. Leone, Phillip C. Cooley, Thomas C. Quinn, Jonathan M. Zenilman. 2002. Untreated Gonococcal and Chlamydial Infection in a Probability Sample of Adults. *Journal of the American Medical Association* 287: 726–733.

T: Pojedini autori smatraju (Varadi *et al.* 2012, broj strane)...

L: Varadi, Tibor, Bernadet Bordaš, Gašo Knežević, Vladimir Pavić. 2012. *Međunarodno privatno pravo*. 14. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. (Varadi, Tibor, Bernadet Bordaš, Gašo Knežević, Vladimir Pavić. 2012. *Međunarodno privatno pravo*. 14. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

Institucija kao autor

T: (U.S. Department of Justice 1992, broj strane)

L: U.S. Department of Justice. Office of Justice Programs. Bureau of Justice Statistics. 1992. *Civil Justice Survey of State Courts*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office.

T: (Zavod za intelektualnu svojinu Republike Srbije 2015, broj strane)

L: Zavod za intelektualnu svojinu Republike Srbije. 2015. *95 godina zaštite intelektualne svojine u Srbiji*. Beograd: Colorgraphx. (Zavod za intelektualnu svojinu Republike Srbije. 2015. *95 godina zaštite intelektualne svojine u Srbiji*. Beograd: Colorgraphx.)

Delo bez autora

T: (*Journal of the Assembly* 1822, broj strane)

L: *Journal of the Assembly of the State of New York at Their Forty-Fifth Session, Begun and Held at the Capitol, in the City of Albany, the First Day of January, 1822.* 1822. Albany: Cantine & Leake.

Citiranje više dela istog autora

Klermont i Ajzenberg smatraju (Clermont, Eisenberg 1992, broj strane; 1998, broj strane)...

Basta ističe (2001, broj strane; 2003, broj strane)...

Citiranje više dela istog autora iz iste godine

T: (White 1991a, page)

L: White, James A. 1991a. Shareholder-Rights Movement Sways a Number of Big Companies. *Wall Street Journal*. April 4.

Istovremeno citiranje više autora i dela

(Grogger 1991, broj strane; Witte 1980, broj strane; Levitt 1997, broj strane)

(Popović 2017, broj strane; Labus 2014, broj strane; Vasiljević 2013, broj strane)

Poglavlje u knjizi

T: Holms (Holmes 1988, broj strane) tvrdi...

L: Holmes, Stephen. 1988. Precommitment and the Paradox of Democracy. 195–240. *Constitutionalism and Democracy*, ed. John Elster, Rune Slagstad. Cambridge: Cambridge University Press.

Poglavlje u delu koje je izdato u više tomova

T: Švarc i Sajks (Schwartz, Sykes 1998, broj strane) tvrde suprotno.

L: Schwartz, Warren F., Alan O. Sykes. 1998. Most-Favoured-Nation Obligations in International Trade. 660–664, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. II, ed. Peter Newman. London: MacMillan.

Knjiga sa više izdanja

T: Koristeći Grinov metod (Greene 1997), napravili smo model koji...

L: Greene, William H. 1997. *Econometric Analysis*. 3. ed. Upper Saddle River, N.J.: Prentice Hall.

T: (Popović 2018, broj strane),

R: Popović, Dejan. 2018. *Poresko pravo*. 16. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. (Popović, Dejan. 2018. *Poresko pravo*. 16. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

Navođenje broja izdanja nije obavezno.

Ponovno izdanje – reprint

T: (Angell, Ames [1832] 1972, 24)

L: Angell, Joseph Kinniaut, Samuel Ames. [1832] 1972. *A Treatise on the Law of Private Corporations Aggregate*. Reprint, New York: Arno Press.

Članak

U spisku literature navode se: prezime i ime autora, broj i godina objavljivanja sveske, naziv članka, naziv časopisa, godina izlaženja časopisa, stranice. Pri navođenju inostranih časopisa koji ne numerišu sveske taj podatak se izostavlja.

T: Taj model koristio je Levin sa saradnicima (Levine *et al.* 1999, broj strane)

L: Levine, Phillip B., Douglas Staiger, Thomas J. Kane, David J. Zimmerman. 1999. *Roe v. Wade and American Fertility*. *American Journal of Public Health* 89: 199–203.

T: Na to je ukazao Vasiljević (2018, broj strane)

L: Vasiljević, Mirko. 2/2018. Arbitražni ugovor i interkompanijskoppravni sporovi. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 66: 7–46. (Vasiljević, Mirko. 2/2018. Arbitražni ugovor i interkompanijskoppravni sporovi. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 66: 7–46.)

T: Orlić ističe uticaj uporednog prava na sadržinu Skice (Orlić 2010, 815–819).

L: Orlić, Miodrag. 10/2010. Subjektivna deliktna odgovornost u srpskom pravu. *Pravni život* 59: 809–840.

Citiranje celog broja časopisa

T: Tome je posvećena jedna sveska časopisa *Texas Law Review* (1994).

L: *Texas Law Review*. 1993–1994. *Symposium: Law of Bad Faith in Contracts and Insurance*, special edition 72: 1203–1702.

T: Osiguranje od građanske odgovornosti detaljno je analizirano u časopisu *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* (1982).

L: *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 6/1982. *Savetovanje: Neka aktuelna pitanja osiguranja od građanske odgovornosti*, 30: 939–1288. (*Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 6/1982. *Savetovanje: Neka aktuelna pitanja osiguranja od građanske odgovornosti*, 30: 939–1288.)

Komentari

T: Smit (Smith 1983, broj strane) tvrdi...

L: Smith, John. 1983. Article 175. Unjust Enrichment. 195–240. *Commentary to the Law on Obligations*, ed. Jane Foster. Cambridge: Cambridge University Press.

T: Prema Šmalenbahy (Schmalenbach 2018, broj strane), jasno je da...

L: Schmalenbach, Kirsten. 2018. Article 2. Use of Terms. 29–55. *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, eds. Oliver Dörr, Kirsten Schmalenbach. Berlin: Springer-Verlag GmbH Germany.

T: Perović (Perović 1980, broj strane) tvrdi da...

L: Perović, Slobodan. 1980. Član 45. Predugovor. 221–224. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, ur. Slobodan Perović, Dragoljub Stojanović. Gornji Milanovac: Kulturni centar – Kragujevac: Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu.

Članak u časopisu ili dnevnim novinama bez autora

T: objavljeno u *Politici* (2019)

L: *Politika*. 2019. Srbija snažno posvećena evropskom putu. Mart 2019. (*Politika*. 2019. Srbija snažno posvećena evropskom putu. Mart 2019)

T: Kao što je objavljeno u časopisu *Newsweek* (2000)...

L: *Newsweek*. 2000. MP3.com Gets Ripped. 18 September.

Članak u časopisu ili dnevnim novinama sa autorom (autorima)

T: U *Vremenu* je objavljeno (Švarm, Georgijev 2018) da...

L: Švarm, Filip, Slobodan Georgijev. 2018. Razgraničenje je model u skladu sa politikom etničkog čišćenja. *Vreme*. Avgust 2018.

T: (Mathews, DeBaise 2000)

L: Mathews, Anna Wilde, Colleen DeBaise. 2000. MP3.com Deal Ends Lawsuit on Copyrights. *Wall Street Journal*. 11 November.

Neobjavljeni rukopis

T: (Avramović, Todorović 2017)

L: Avramović, Pavle, Nenad Todorović. 2017. Sticanje bez osnova u rimskom pravu. Neobjavljen rukopis. Univerzitet u Nišu, Pravni fakultet, avgust. (Avramović, Pavle, Nenad Todorović. 2017. Sticanje bez osnova u rimskom pravu. Neobjavljen rukopis. Univerzitet u Nišu, Pravni fakultet, avgust.)

T: (Daughety, Reinganum 2002)

L: Daughety, Andrew F, Jennifer F. Reinganum. 2002. Exploiting Future Settlements: A Signaling Model of Most-Favored-Nation Clauses in Settlement Bargaining. Unpublished manuscript. Vanderbilt University, Department of Economics, August.

Radni dokument

T: (Stojanović, Savić 2017)

L: Stojanović, Ognjen, Martin Savić. 2017. Pravna priroda ugovora o kreditu. Radni dokument. Institut za pravo i finansije, Beograd. (Stojanović, Ognjen, Martin Savić. 2017. Pravna priroda ugovora o kreditu. Radni dokument. Institut za pravo i finansije, Beograd.)

T: (Eisenberg, Wells 2002)

L: Eisenberg, Theodore, Martin T. Wells. 2002. Trial Outcomes and Demographics: Is There a Bronx Effect? Working paper. Cornell University Law School, Ithaca, NY.

Numerisani radni dokument

T: (Tomić, Pavlović 2018)

L: Tomić, Janko, Saša Pavlović. 2018. Uporednopravna analiza propisa u oblasti radnog prava. Radni dokument br. 7676. Institut za uporedno pravo, Beograd. (Tomić, Janko, Saša Pavlović. 2018. Uporednopravna analiza propisa u oblasti radnog prava. Radni dokument br. 7676. Institut za uporedno pravo, Beograd.)

T: (Glaeser, Sacerdote 2000)

L: Glaeser, Edward L., Bruce Sacerdote. 2000. The Determinants of Punishment: Deterrence, Incapacitation and Vengeance. Working Paper No. 7676. National Bureau of Economic Research, Cambridge, Mass.

Lična korespondencija/komunikacija

T: Kao što tvrdi Damnjanović (2017),

L: Damnjanović, Vićentije. 2017. Pismo autoru, 15. januar. (Damnjanović, Vićentije. 2017. Pismo autoru, 15. januar.)

T: (Welch 1998)

L: Welch, Thomas. 1998. Letter to author, 15 January.

Stabilni internet protokol (URL)

T: Prema Zavodu za intelektualnu svojinu Republike Srbije (2018),

L: Zavod za intelektualnu svojinu Republike Srbije. 2018. Godišnji izveštaj o radu za 2017. godinu. <http://www.zis.gov.rs/o-zavodu/godisnji-izvestaji.50.html>, poslednji pristup 28. marta 2018. (Zavod za 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.

U štampi

T: (Bogdanović 2019, broj strane)

L: Bogdanović, Luka. 2019. Ekonomske posledice ugovaranja klauzule najpovlašćenije nacije u bilateralnim investicionim sporazumima. *Nomos*, tom 11, u štampi. (Bogdanović, Luka. 2019. Ekonomske posledice ugovaranja klauzule najpovlašćenije nacije u bilateralnim investicionim sporazumima. *Nomos*, tom 11, u štampi.)

T: (Spier 2003, broj strane)

L: Spier, Kathryn E. 2003. The Use of Most-Favored-Nations Clauses in Settlement of Litigation. *RAND Journal of Economics*, vol. 34, in press.

Prihvaćeno za objavljivanje

T: U jednom istraživanju (Petrović, prihvaćeno za objavljivanje) posebno se ističe značaj prava manjinskih akcionara za funkcionisanje akcionarskog društva.

L: Petrović, Marko. Prihvaćeno za objavljivanje. Prava manjinskih akcionara u kontekstu funkcionisanja skupštine akcionarskog društva. *Pravni život*.

T: Jedna studija (Joyce, prihvaćeno za objavljivanje) odnosi se na Kolumbijski distrikt.

L: Joyce, Ted. Forthcoming. Did Legalized Abortion Lower Crime? *Journal of Human Resources*.

Sudska praksa

F(usnote): Vrhovni sud Srbije, Rev. 1354/06, 6. 9. 2006, Paragraf Lex; Vrhovni sud Srbije, Rev. 2331/96, 3. 7. 1996, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije* 4/96, 27; CJEU, case C-20/12, Giersch and Others, ECLI:EU:C:2013:411, para. 16; Opinion of AG Mengozzi to CJEU, case C-20/12, Giersch and Others, ECLI:EU:C:2013:411, para. 16.

T: Za reference u tekstu koristiti skraćenice (VSS Rev. 1354/06; CJEU C-20/12, ili Giersch and Others; Opinion of AG Mengozzi) konzistentno u celom članku.

L: Ne treba navoditi sudsku praksu u spisku korišćene literature.

Zakoni i drugi propisi

F: Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS* 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014, čl. 2, st. 1, tač. 3; Regulation (EU) No. 1052/2013 establishing the European Border Surveillance System (Eurosur), OJ L 295 of 6/11/2013, Art. 2 (3); Directive 2013/32/EU on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast), OJ L 180 of 29/6/2013, 60, Art. 6 (3).

T: Za reference u tekstu koristiti skraćenice (ZKP ili ZKP RS; Regulation No. 1052/2013; Directive 2013/32) konzistentno u celom članku.

L: Ne treba navoditi propise u spisku korišćene literature.

4. PRILOZI, TABELE I SLIKE

Fusnote u prilogima numerišu se bez prekida kao nastavak na one u ostatku teksta.

Numeracija jednačina, tabela i slika u prilogima počinje sa 1 (jednačina A1, tabela A1, slika A1 itd., za prilog A; jednačina B1, tabela B1, slika B1 itd., za prilog B).

Na strani može biti samo jedna tabela. Tabela može zauzimati više od jedne strane.

Tabele imaju kratke naslove. Dodatna objašnjenja se navode u napomenama na dnu tabele.

Treba identifikovati sve količine, jedinice mere i skraćenice za sve unose u tabeli.

Izvori se navode u celini na dnu tabele, bez unakrsnih referenci na fusnote ili izvore na drugim mestima u članku.

Slike se prilažu u fajlovima odvojeno od teksta i treba da budu jasno obeležene.

Ne treba koristiti senčenje ili boju na grafičkim prikazima. Ako je potrebno vizuelno istaći pojedine razlike, molimo vas da koristite šrafiranje i unakrsno šrafiranje ili drugo sredstvo označavanja.

Ne treba koristiti okvir za tekst ispod ili oko slike.

Molimo vas da koristite font Times New Roman ako postoji bilo kakvo slovo ili tekst na slici. Veličina fonta mora biti najmanje 7.

Grafici ne sadrže bilo kakvu boju.

Naslovi slika su navedeni i na zasebnoj stranici sa dvostrukim proredom pod nazivom – Legenda korišćenih slika.

Slike ne mogu biti veće od 10 cm x 18 cm. Da bi se izbeglo da slika bude značajno smanjena, objašnjenja pojedinih delova slike treba da budu postavljena u okviru slike ili ispod nje.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34(497.11)

АНАЛИ Правног факултета у Београду : часопис за правне и друштвене науке = The Annals of the Faculty of Law in Belgrade : Belgrade law review / главни и одговорни уредник Марија Караникић Мирић. – [Српско изд.]. – Год. 1, бр. 1 (1953)–. – Београд : Правни факултет Универзитета у Београду, 1953– (Београд : Бирограф). – 24 cm

Тромесечно. – Преузео је: Annals of the Faculty of Law in Belgrade.
– 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

Fakultetski naučni časopis *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* izlazi od 1953. godine (ISSN: 0003-2565) kao potomak časopisa *Arhiv za pravne i društvene nauke* koji je izlazio od 1906. godine.

Glavni urednici *Arhiva za pravne i društvene nauke* bili su: Kosta Kumanudi i Dragoljub Arandelović (1906–1911), Kosta Kumanudi (1911–1912), Čedomilj Mitrović (1920–1933), Mihailo Ilić (1933–1940), Đorđe Tasić (1940–1941) i Jovan Đorđević (1945).

Glavni urednici *Anala Pravnog fakulteta u Beogradu* bili su: Mihajlo Konstantinović (1953–1960), Milan Bartoš (1960–1966), Vojislav Bakić (1966–1978), Vojislav Simović (1978–1982), Obren Stanković (1982–1985), Dejan Popović (1996), Miodrag Orlić (1997–2004), Danilo Basta (2004–2006), Sima Avramović (2006–2012), Mirosljub Labus (2013–2015) i Mirko Vasiljević (2016–2018).

U časopisu se objavljuju naučni članci, kritičke analize, komentari sudskih odluka, prilozi iz međunarodnog naučnog života i prikazi knjiga. Časopis izlazi i u elektronskom obliku (eISSN: 2406-2693).

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

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

Časopis izlazi tromesečno.

ISSN 0003-2566



BULEVAR KRALJA ALEKSANDRA 67
11000 BEOGRAD
SRBIJA
011 30 27 600
anali@jus.bg.ac.rs
anali.rs