

АНАЛИИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS
BELGRADE LAW REVIEW

- 501 Дејан ПОПОВИЋ, Гордана ИЛИЋ-ПОПОВ
НЕКЕ МЕТОДОЛОШКЕ ДИЛЕМЕ У УПОРЕДНОМ ПОРЕСКОМ ПРАВУ
- 547 Vladimir PAVIĆ, Milena ĐORĐEVIĆ
VIRTUAL ARBITRATION HEARINGS: THE NEW NORMAL?
- 575 Марко СИМЕНДИЋ
ПРОТАГОРА И КАЛИКЛЕ: ПОЛИТИЧКИ ПРЕОБРАЖАЈ ПОЛИСА И ДВА СОФИСТИЧКА ОДЈЕКА
У ПЛАТОНОВИМ ДЕЛИМА
- 601 Тамара ИЛИЋ
ЕКДИК (ДЕФЕНСОР ЦИВИТАТИС) У РИМСКОМ ЦАРСТВУ И ВИЗАНТИЈИ
- 625 Ранко СОВИЉ, Сања СТОЈКОВИЋ ЗЛАТАНОВИЋ
ПРАВНЕ, СОЦИЈАЛНЕ И ЕТИЧКЕ ИМПЛИКАЦИЈЕ ЕДИТОВАЊА ХУМАНОГ ГЕНОМА
ПРИМЕНОМ ТЕХНОЛОГИЈЕ CRISPR/CAS9
- 647 Aleksandar Andrija PEJOVIĆ
RULE OF LAW THROUGH THE MIRROR GLASS – IS THE NEW 2020 ENLARGEMENT METHODOLOGY
A PRE-ACCESSION TEU ARTICLE 7 MECHANISM?
- 675 Isabel TRUJILLO
THE LEGAL BALANCE BETWEEN LIBERTY AND EQUALITY
- 691 Борис БЕГОВИЋ
ПЕДЕСЕТ ГОДИНА ЕКОНОМСКЕ ТЕОРИЈЕ РЕГУЛАЦИЈЕ

РЕДАКЦИЈА /

ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ УРЕДНИК /

Марија Караникић Мирић,
Правни факултет Универзитета у Београду, Србија

ЗАМЕНИК ГЛАВНОГ И ОДГОВОРНОГ УРЕДНИКА /

Борис Беговић,
Правни факултет Универзитета у Београду, Србија

УРЕЂИВАЧКИ ОДБОР /

ЧЛАНОВИ ИЗВРШНОГ ОДБОРА РЕДАКЦИЈЕ /

Зоран Томић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Небојша Јовановић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Бојан Милисављевић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Војислав Станимировић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија) и Данило Вуковић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија)

ЧЛАНОВИ САВЕТОДАВНОГ ОДБОРА РЕДАКЦИЈЕ /

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)

СЕКРЕТАРИ /

Никола Илић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија) и Новак Вујичић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија)

ТЕХНИЧКИ СЕКРЕТАР /

Милена Митровић (Институт за међународну политику и привреду, Србија)

ИЗДАВАЧ /

Правни факултет Универзитета у Београду

ЛЕКТОР И КОРЕКТОР /

Ирена Поповић Григоров, Вук Тошић

ТЕХНИЧКИ УРЕДНИК /

Јован Ђорђевић

ДИЗАЈН КОРИЦА /

City Image

СЛОГ И ПРЕЛОМ /

Д@СИЈЕ
СТУДИО

ШТАМПА /

Бирограф

ТИРАЖ /

300

СЕКУНДАРНЕ ПУБЛИКАЦИЈЕ У КОЈИМА СЕ ИНДЕКСИРА ЧАСОПИС /

Directory of Open Access Journals (DOAJ); EBSCO; HeinOnline Law Journal Library; SCInIndex (Српски цитатни индекс); Cobiss; ERIHPLUS

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS
BELGRADE LAW REVIEW

- 501 Дејан ПОПОВИЋ, Гордана ИЛИЋ-ПОПОВ
НЕКЕ МЕТОДОЛОШКЕ ДИЛЕМЕ У УПОРЕДНОМ ПОРЕСКОМ ПРАВУ
- 547 Vladimir PAVIĆ, Milena ĐORĐEVIĆ
VIRTUAL ARBITRATION HEARINGS: THE NEW NORMAL?
- 575 Марко СИМЕНДИЋ
ПРОТАГОРА И КАЛИКЛЕ: ПОЛИТИЧКИ ПРЕОБРАЖАЈ ПОЛИСА И ДВА СОФИСТИЧКА ОДЈЕКА
У ПЛАТОНОВИМ ДЕЛИМА
- 601 Тамара ИЛИЋ
ЕКДИК (ДЕФЕНСОР ЦИВИТАТИС) У РИМСКОМ ЦАРСТВУ И ВИЗАНТИЈИ
- 625 Ранко СОВИЉ, Сања СТОЈКОВИЋ ЗЛАТАНОВИЋ
ПРАВНЕ, СОЦИЈАЛНЕ И ЕТИЧКЕ ИМПЛИКАЦИЈЕ ЕДИТОВАЊА ХУМАНОГ ГЕНОМА
ПРИМЕНОМ ТЕХНОЛОГИЈЕ CRISPR/CAS9
- 647 Aleksandar Andrija PEJOVIĆ
RULE OF LAW THROUGH THE MIRROR GLASS – IS THE NEW 2020 ENLARGEMENT METHODOLOGY
A PRE-ACCESSION TEU ARTICLE 7 MECHANISM?
- 675 Isabel TRUJILLO
THE LEGAL BALANCE BETWEEN LIBERTY AND EQUALITY
- 691 Борис БЕГОВИЋ
ПЕДЕСЕТ ГОДИНА ЕКОНОМСКЕ ТЕОРИЈЕ РЕГУЛАЦИЈЕ

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

- 501 Дејан Поповић, Гордана Илић-Попов**
Неке методолошке дилеме у упоредном пореском праву
- 547 Vladimir Pavić, Milena Đorđević**
Virtual Arbitration Hearings: The New Normal?
- 575 Марко Симендић**
Протагора и Каликле: политички преображај полиса и два софистичка одјека у Платоновим делима
- 601 Тамара Илић**
Екдик (дефенсор цивитатис) у Римском царству и Византији
- 625 Ранко Совиљ, Сања Стојковић Златановић**
Правне, социјалне и етичке импликације едитовања хуманог генома применом технологије CRISPR/Cas9
- 647 Aleksandar Andrija Pejović**
Rule of Law Through the Mirror Glass – Is the New 2020 Enlargement Methodology a Pre-Accession TEU Article 7 Mechanism?
- 675 Isabel Trujillo**
The Legal Balance Between Liberty and Equality

ЈУБИЛЕЈИ

691 **Борис Беговић**

Педесет година економске теорије регулације

ПРИКАЗИ

- 707 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. (Зоран С. Мирковић)
- 711 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)
- 716 Straumann, Tobias. 2019. *1931: Debt, Crisis, and the Rise of Hitler*. Oxford: Oxford University Press, 240. (Борис Беговић)
- 725 Цветковић Ђорђевић, Валентина. 2020. *Negotiorum gestio у римском праву с освртом на српско право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 122. (Самир Аличић)

VARIA

731 **Упутство за ауторе**

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

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

ANNIVERSARIES

691 **Boris Begović**

Fifty Years of the Theory of Economic Regulation

BOOK REVIEWS

- 707 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)
- 711 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)
- 716 Straumann, Tobias. 2019. *1931: Debt, Crisis, and the Rise of Hitler*. Oxford: Oxford University Press, 240.
(Boris Begović)
- 725 Cvetković Đorđević, Valentina. 2020. *Negotiorum gestio u rimskom pravu s osvrtom na srpsko pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 122.
(Samir Aličić)

VARIA

731 **Guidelines for Authors**

/ЧЛАНЦИ

УДК 340.5:[001.8:336.2

CERIF: S 115, S 141

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_21301A

Др Дејан ПОПОВИЋ*

Др Гордана ИЛИЋ–ПОПОВ**

НЕКЕ МЕТОДОЛОШКЕ ДИЛЕМЕ У УПОРЕДНОМ ПОРЕСКОМ ПРАВУ

С обзиром на то да се упоредно право, као наука и метод, током већег дела XX века развијало првенствено као упоредно приватно право, са каснијим укључивањем уставног, управног и кривичног права, упоређивање националних пореских система – ако се изузму малобројни пионирски радови – било је донедавно маргинално. Посебно су заповстављана истраживања метода примереног упоредном пореском праву. Полазећи од става да се метод у упоредноправном истраживању своди на технику поређења, аутори су размотрили дилему да ли је по-

* Професор емеритус, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, dejan.popovic@ius.bg.ac.rs.

** Редовна професорка, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, gordana@ius.bg.ac.rs.

лазна основа за компарацију претпоставка о сличности или о разликама. Из различитости тих претпоставки развила су се два основна методолошка приступа у упоредном (пореском) праву – функционализам (заснован на претпоставци о сличностима) и приступ културних разлика, из којег је касније настао критички приступ. Пошто су анализирали предности и недостатке оба приступа, аутори су разрадили основе „културног функционализма“, заснованог на укључивању културног контекста у истраживање начина на које пореска права која се упоређују решавају дате проблеме.

Кључне речи: Упоредно пореско право. – Функционализам. – Приступ културних разлика. – Методологија упоредног пореског права. – Порескоправни транспланти.

1. УВОД

Не изненађује околност што је у глобализованом свету литература о различитим аспектима опорезивања са међународним елементом врло обимна, те је подржана активношћу, пре свега ОЕЦД-а, ширења мреже пореских уговора и успостављања домаћих правила, са циљем сузбијања избегавања пореза и пореске евазије¹ на међународном плану (на пример, СФС законодавство, правила о трансферним ценама, тест главног циља трансакције итд.). Али, све донедавно, упоређивање националних пореских система, ако се изузме неколико пионирских радова,² било је маргинално (Garbarino 2009, 679). Чак се ни у тим „канонским“ текстовима из упоредног пореског права практично

¹ Иако се, уобичајено, избегавање плаћања пореза (пореска евазија) дели на: (1) закониту евазију, која може да буде легитимна (пореска митигација) и нелегитимна, и (2) незакониту евазију (Поповић 2020а, 58–60), после ступања на снагу (1. октобра 2018. године) Мултилатералне конвенције за примену мера које се у циљу спречавања ерозије пореске основице и премештања добити односе на пореске уговоре (*Службени гласник РС – Међународни уговори* 3/2018), у српско пореско право је први пут унет термин „пореско избегавање“, као превод енглеског израза *tax avoidance*, који означава закониту нелегитимну пореску евазију. Истина, у појединим одредбама Закона о пореском поступку и пореској администрацији – ЗПППА, *Службени гласник РС* 80/2002, ..., 144/2020, „избегавање“ се одраније користи да означи незакониту пореску евазију (на пример, чл. 131, ст. 1, тач. 2) и 3) и чл. 135, ст. 2, а вероватно и чл. 31, ст. 2, тач. 2). У овом раду незаконита евазија се назива „пореска евазија“, а законита нелегитимна евазија „избегавање пореза“.

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

не помиње теоретски оквир на којем су засновани. Насупрот томе, упоредноправне студије, било општег карактера или фокусиране на појединачну, „традиционалнију“ грану права (попут приватног права), доживеле су постојан развој. Методолошка питања јесу централни аспект упоредног права као дисциплине и на њима је последњих деценија настала богата академска литература (Samuel 2014, 13).

У овом раду ћемо настојати да из мноштва методолошких концепата и идеја из упоредног права издвојимо оне који би нам помогли да понудимо скицу метода којима би упоредно пореско право могло најефикасније да оствари своје циљеве. Као претходно питање, размотрићемо дилему да ли је упоредно право уопште наука или је само метод, а затим ћемо подврћи анализи предности и недостатке „класичног“ функционалног метода и постмодерних критичких приступа у упоредном (пореском) праву, са намером да утврдимо да ли је могућа примена њихове комбинације и, уколико јесте, под каквим условима.

2. УПОРЕДНО ПРАВО: МЕТОД ИЛИ НАУКА

Може деловати необично да се расправа о некој теми започне упитаношћу о њеном самом постојању. Наиме, последњих седамдесетак година вођена је академска расправа о томе да ли је упоредно право само облик научног метода у истраживањима или је, пак, то посебна дисциплина правне науке. Утврђујући на почетку рада природу упоредног права, намеравамо да установимо оквир у којем ћемо спровести анализу његове „порескоправне секције“.

Средином XX века, под утицајем француског аутора Давида (David 1950) и британског професора Гатериџа (Gutteridge 1946), у правној литератури преовладавао је приступ према којем „упоредно право није никаква нова ни посебна грана права, па ни какав део у систему правних наука, јер, и поред користи које се од њега имају и поред чак и нових резултата који се у извесним областима права постижу путем упоредног права, упоредно право нема свога посебног предмета који би се разликовао од предмета других правних дисциплина“ (Благојевић 1953, 13). Супротно гледиште установљено је раније, на преласку у XX век, током *Belle Époque*, у радовима француских правника Салеја³ и

³ За допринос Рејмона Салеја (*Raymond Saleilles*) настанку упоредног права као аутономне дисциплине упор. Robert (1991, 143–149).

Ламбера (Lambert 1905, 26–61). То су били дани „прве глобализације“ када се, у светлу хашких конференција о међународном јавном и међународном приватном праву и рада на универзалним правилима о железничком и поштанском саобраћају и интелектуалној својини, све више пажње поклањало међународној унификацији права. „А тај је циљ могао и имао бити остварен – или бар припремљен – у највећој мери путем упоредног права. Оно дакле добија изванредан међународни значај, значај који по своме карактеру одговара значају међународног јавног и међународног приватног права“ (Благојевић 1953, 13). Први Међународни конгрес упоредног права одржан је 1900. године у Паризу.⁴ Закључак тог конгреса је био „да је и упоредно право самостална наука и да му се такво место има дати у било коме систему правних наука“ (Благојевић 1953, 13). Ехо академске расправе, која је покренута Давидовим и Гатерицовим инсистирањем на улози упоредног права само као метода, а не и као правне дисциплине, траје до данашњих дана. Међутим, Рајман је, између осталих, износио супротан став: иако није оспоравао да упоредно право може служити и као метод, он је сматрао да се временом, то јест у другој половини XX века у упоредном праву акумулисало стварно „супстанцијално знање“, које се састоји од чињеничних информација, препознавања структура и разумевања фундаменталних питања (Reimann 2002, 683–684). Према Леграновом мишљењу, „представљање компаративне анализе права као само или претежно метода или, чак, колекције метода упућује на сужен, једнодимензионалан поглед на нешто што је фундаментално димензионална конструкција“. Ако би се радило само о методу, „компаративна анализа права постаје додаток другим, ‘супстанцијалним’ сферама правне активности; то јест, ништа више него слушкиња уговорном, имовинском или уставном праву. ... Упоредна истраживања права пружају нову перспективу, омогућајући да се критички осветли правни систем – туђи или властити – углавном на исти начин како то могу чинити, рецимо, критичке правне студије, феминистичке правне студије, правна семиотика или економска анализа права. Нико не би помислио да редукује, на пример, феминистичку теорију права на обичан метод“ (Legrand 1995, 264). У Манифесту из Трента, који је

⁴ Четири главна циља Конгреса била су да се: (1) одреди методологија анализе различитих законодавстава; (2) дефинише улога упоредних метода у настави права; (3) истакне значај упоредноправне анализе за национално законодавство, судско тумачење и међународни споразум; (4) истраже механизми како да се страном праву учини приступачнијим. <https://comparelex.org/2015/05/19/paris-international-congress-of-comparative-law-culmination-and-end-of-the-first-phase-of-comparative-law-research/>, последњи приступ 28. новембра 2020.

1987. године сачинила група италијанских компаратиста (*il circolo di Trento*), наводи се да „упоређивање скреће пажњу на различите феномене правног живота који делују у прошлости или садашњости, разматра правне пропозиције као историјске чињенице, укључујући оне које су формулисали законодавци, судови и универзитетски професори, и тако потврђује шта се заиста догодило. У том смислу, компарација јесте историјска наука“ (Sacco 1991, 26 f). Лукић, пак, сматра да „упоредно-правни метод није никакав особен метод већ примена особених метода на друкчији, шири предмет од националног права. Упоредно право се очигледно одликује посебним предметом више него посебним методом. У том смислу би оно било посебна наука“ (Лукић 1995, 161).

Такви закључци се односе и на појединачну област упоредног пореског права. С једне стране, оно се може сматрати обликом научног метода у истраживањима и настави, али му недостају властите јединствене карактеристике, поступци, технике и начини вредновања па се ослања на оне који се користе у општим упоредноправним студијама (Avi-Yonah, Sartori, Marian 2011, 1). У пореском праву се спроводе три различите врсте компаративних истраживања (Вујице 2016, 191–192). Прва врста таквих истраживања, која је нормативне природе, омогућује аналитичка поређења у специфичном оквиру за оцењивање, чиме се истиче критичка, а не само дескриптивна улога истраживања. Такав приступ је, на пример, присутан у Баркеровој студији о порезу на капитални добитак у постапартхедској Јужној Африци, који је упоређен са порезима на капитални добитак у САД и Великој Британији. Компаративна анализа отуда „треба да супротстави претпоставке на којима почива пореско право, укључујући његове ефекте, ефикасност, правичност и прихваћеност од људи. То значи да она мора да иде даље од дескриптивног фокусирања на ‘јесте’ и да вреднује ‘јесте’ у смислу ‘треба да буде’“ (Barker 2005, 708). Друга врста компаративних истраживања се фокусира на карактеристике упоређених пореских јурисдикција, са циљем да их структурира, а не да их вреднује. Настала структура може истраживачу да понуди увид у групу прилично хомогених пореских јурисдикција развијених економија (Ault, Arnold 2010, XXV–XXVII) или још шири, хетерогенији поглед, који покрива готово све државе (Thurgony 2003, 3–9). Трећа врста упоредног истраживања у пореском праву је дескриптивна и среће се у бројним „националним извештајима за међународне стручне конгресе, који су скупљени у уређене зборнике“, чији је циљ „углавном информативан, уз изузетак уредничког резимеа националних извештаја, који често превазилази обичну информативну улогу“ (Вујице 2016, 192).

С друге стране, „компаративно опорезивање“ може такође да представља јединствени корпус знања... – нове увиде и закључке до којих се може доћи само упоређивањем“ (Аvi-Yonah, Sartori, Marian 2011, 1). Пошто је једна од интелектуалних користи од упоредног права његова тенденција да аналитичке категорије гура на више нивое апстракције да би се пребродиле разлике између правних система (Reitz 1998, 635–636), узмимо Туроњијеву класификацију породица пореског права за пример знања које је стечено путем упоредног права на бази *tertium comparationis*-а, односно заједничког квалитета који имају два објекта која се упоређују (Thuronyi 2003, 43–44). Наиме, према Туроњијевом мишљењу, три су велике „породице“ пореског права: *common law*, европска континентална породица и породица пореског права Европске уније (у даљем тексту: ЕУ), при чему чланови треће припадају и првој или другој породици, с обзиром на то да се само оне области њиховог пореског права које чине делове *acquis Communautaire* квалификују за посебно сврставање у породицу пореског права ЕУ. *Common law* породица може се разврстати у комонвелтску и америчку потпородицу, док се европска континентална породица грана на француску, северноевропску, јужноевропску, латиноамеричку, транзициону и постконфликтну, јапанско-корејску и остале потпородице.⁵

Имајући у виду да упоредно право, апстрактно посматрано, обухвата компоненте и метода и научности, при чему је задатак метода да упоређује и супротставља норме, институције, културе и др, опредељујемо се да следимо Палмеров став, заснован на идеји коју је преузео од Карбонијеа (Carbonnier 1994, 153), да се метод у упоредноправном истраживању своди на технику којом се спроводе поређења (Palmer 2004, 2). Тако гледано, свака техника може да се сматра посебним методом.⁶

⁵ Туроњијева класификација породица *пореског права* следи класификацију правних породица уопште (Thuronyi 2003, 24), посебно ону коју су сачинили Цвајгергт и Кец (Zweigert, Kötz 1998, 73). Та класификација, која првенствено узима у обзир приватна права, обухвата романску породицу, германску породицу, нордијску породицу и *common law* породицу, док се кинеско, јапанско, хинду и исламско право посебно третирају.

⁶ Лукић заговара шире схватање техничких метода права и правне технике (Лукић 1995, 166 *et seq.*).

3. ПРЕТПОСТАВКА О СЛИЧНОСТИ ИЛИ ПРЕТПОСТАВКА О РАЗЛИЦИ?

Иако је пореско право у свим државама „првенствено по природи законско“, што значи да би разлике између европских континенталних и *common law* система требало да буду „мање значајне него у другим пољима, ...обично посматрање нам казује да се порески системи веома разликују, не само према уведеним порезима, него и према степену дисциплине и софистикације (да не кажемо ентузијазма) са којом се прописи намећу“ (Livingston 2020, 7–8). Међутим, такође се наводи да најбитније разлике не постоје између материјалних норми већ између институција, поступака и техника и да сврставање зависи од перспективе и контекста, при чему су стално подвргнути променама током времена (Reimann 2002, 677).

Али, пођимо од сличности. С обзиром на то да су порези обавезна давања држави из обвезниковог дохотка (много ређе из имовине), без непосредне противуслуге, „опорезивање се налази међу политички најспорнијим областима права“ (Livingston 2020, 8). Порески обвезници⁷ реагују на пореске неправде различитим врстама отпора, али у историји опорезивања његови облици су могли бити готово исти, упркос разликама између држава. Када се помене порески бунт, прва асоцијација је обично „Бостонска чајанка“, која је покренула Америчку револуцију, под слоганом *No taxation without representation*.⁸ Сличан пример постоји и у српској историји. Наиме, кнез Милош Обреновић који је, након добијања статуса вазалне кнежевине за Србију 1830. године, наставио да убира османске порезе делом у име султана, а делом за потребе своје управе, суочио се почетком 1835. године са масовном побуном против своје аутократске владавине, коју је предводио Милета Радојковић. Побуњеници су тврдили да је кнез Милош „владао као паша и повећавао порез на начин да би се могло рећи да је држава била његово имање, а људи његови робови“ (Р. Ј. Поповић 2009, 87–88). Милетина буна је представљала озбиљну претњу, те је Милош био принуђен

⁷ Мислимо на обвезнике – физичка лица.

⁸ „Бостонска чајанка“ је акт револта колониста против Закона о чају, којим је британски Парламент, у којем они нису били представљени, увео акцизу на чај. У знак протеста, припадници тајног друштва „Синови слободе“ упали су 13. децембра 1773. године на бродове Источноиндијске компаније, усидрене у бостонској луци, и у море побацали товари чаја. Британске власти су на то оштро реаговале, што је представљало иницијалну капислу која је убрзо покренула Амерички рат за независност.

да учини уступак и допусти доношење Сретењског устава. Налазећи правни основ у чл. 86 Устава,⁹ Сретењска скупштина је донела први српски порески закон. Отуда закључујемо да народу није добровољно дато право да „нема опорезивања без представљања у парламенту“ већ да се он за то изборио Милетином буном.

Сличности се, међутим, не показују само у отпору пореским неправдама. Претходно поменут Туроњијев покушај класификације породица пореског права такође сведочи да постоје сличности у карактеристикама националних пореских законодавстава. Међутим, често може изгледати као да су оне потиснуте разликама. Лако је запазити да су и Република Кореја и Италија, или и Шведска и Грчка развијене државе, али и да између њихових пореских система и нивоа поштовања прописа постоје значајне разлике. О узроцима тих разлика, на којима је заснован Ливингстонов приступ (Livingston 2006, 582–586) – за разлику од Туроњијевог, који је усмерен на сличности – биће више речи касније. Иако одбацује њихов приступ да се правно знање сагледава на основу правила и/или норми, Легран сматра да је сасвим природно што Глен (Glenn 1993, 567), Саскинд (Susskind 1987, 78–79) и Маркезинис (Markesinis 1994, 30), заговарајући такав приступ, заступају тезу о конвергенцији те сматрају да се „традиције европског континенталног права и *common law*-а прогресивно приближавају у Западној Европи“ (Legrand 1996, 55). Компарација која се фокусира на правила и принципе заснива се на *praesumptio similitudinis*, а један од њених основних методолошких приступа је индукција. Можемо је означити као „интегративно уопређивање“.

Али, супротно таквим гледиштима, у литератури се среће став да „ни правила ни концепти не откривају толико о правном систему колико изгледа да се претпоставља. Правила су, на пример, углавном ефемерна и неизбежно непредвидљива. Она су крхка... (и) ограничавају посматрача на ‘плитку дескрипцију’... (Она) представљају површинску слику правног система“ (Legrand 1996, 55–56). Због тога би компаратиста требало да се концентрише на културне разлике. Истина, дефиниција „културе“ је широка и компликована, па многи аутори у области упоредног (пореског) права падају у искушење да следе Хаускампово упозорење да је „можда тешко дефинисати магарца, али га препознајемо када га видимо“ (Huiskamp 1981, 19–20). Међутим, склони смо да прихватимо Мокирово одређење да је „култура скуп уверења, вредности и преференција

⁹ „Никакав данак не може се наложити или ударити без одобрења Народне скупштине“. То је, заправо, била српска формулација принципа *No taxation without representation*.

које могу утицати на понашање, а које се друштвено (а не генетски) преносе и деле са неким подскуповима друштва“ (Мокуг 2017, 8). Још одређеније, пореска култура се – у својем становишном аспекту¹⁰ – може дефинисати тако да се „односи на скуп уверења и пракси које деле порески практичари и носиоци пореске политике у датом друштву, те отуда обезбеђује подлогу или контекст у којем се доносе битне пореске одлуке“ (Livingston 2006, 560). Легран (Legrand 1996, 60) сматра да „компаратиста мора да се фокусира на когнитивну структуру дате правне културе и, конкретније, на епистемолошке основе те когнитивне структуре. Та епистемолошка подлога најбоље представља... правни *mentalité* (колективни ментални програм), или интернализовану правну културу, у оквиру дате правне културе“. Такав Легранов приступ ћемо илустровати упоређивањем америчке *substance-over-form* доктрине, која је имплицитно оперативно правило које примењује пореска администрација, са неким јурисдикцијама из породице европског континенталног права, које се традиционално ослањају на „легалистички“ приступ пореским правилима,¹¹ према којима све што није забрањено треба да буде допуштено. Таква разлика у правном менталитету донекле отежава развој ефективних општих антиабузивних правила (енг. *general anti-abusive rules* – GAARs) у тим другим јурисдикцијама, док у САД омогућује учинковиту примену антиабузивних правила, чак и без основе у закону. О дисперзији пореских правила из једне у другу правну културу биће речи касније.

Спорно је, уз то, да ли у једној држави може да се говори само о једној правној култури или о више њих, посебно уколико је држава велика и хетерогена¹² (на пример, ниво пореске дисциплине на северу и на југу Италије). Отуда закључујемо да се приступ Леграна и његових истомишљеника заснива на претпоставци о разликама као полазној тачки за компарацију. Можемо га означити као „контрастно упоређивање“.

Пре него што уђемо у лавиринт спорења компаратиста о ваљаности појединог метода за циљеве упоредног (пореског) права, које је веома зависно од конфронтације између *praesumptio similitudinis* и претпо-

¹⁰ Пореска култура има и своју институционалну компоненту.

¹¹ Примера ради, Уставни суд Пољске је поништио антиабузивно законодавство, донето 2002. године (Art. 24 b, § 1 *Ordynacja podatkowa*), позивајући се на то да оно нарушава принципе законитости и правне сигурности. Trybunał Konstytucyjny, K 4/03, Wyrok z 11 maja 2004 r., para. 4, 5.

¹² О недостацима диверзитета у преференцијама, културама и језицима међу становништвом велике државе упор. Alesina, Spolaore (2003, 4–5).

ставке о разликама, морамо запазити да „претпоставка о сличностима наспрам претпоставке о разликама не представља сукоб између два методолошка апсолута. Сличност и разлика ...функционишу на различитим нивоима; на једном нивоу може постојати фундаментална разлика између два објекта која се упоређују, али када се померимо на други ниво, налазимо сличност“¹³ (Samuel 2014, 12).

4. МЕТОДОЛОШКИ ПРИСТУПИ

Најпре ћемо указати на питање технике упоређивања, које је екстензивно разрадио Константинеско, тврдећи да се „целокупан процес компарације састоји из серије операција које су повезане у један осмишљен, циљно оријентисан приступ“ (Constantinesco 1974, 122). Такво истраживање се мора спровести у три сукцесивна стадијума: сазнавање (фр. *connaître*), схватање (фр. *comprendre*) и савњивање (фр. *comparer*), које је Константинеско назвао „правилном три с“¹⁴ (Constantinesco 1974, 135 *et seq.*). Требало би запазити да су та три стадијума, логички раздвојена, у стварности повезана (Драг. Поповић 2006, 34).

Први стадијум, сазнавање, обухвата пет методолошких правила, која подразумевају да се: (1) проучи појам такав какав јесте; (2) испита појам који ће бити поређен у његовим оригиналним изворима; (3) проучи појам који ће бити поређен у сложености и укупности извора права које се разматра; (4) поштује хијерархија извора права у разматраном поретку; (5) тумачи појам који ће бити поређен у складу са методом који је специфичан за правни поредак којем припада.

Други стадијум, схватање, састоји се у реинтегрисању појма у његов правни систем, при чему правни систем треба схватити у светлу ширег, политичког, економског и друштвеног окружења.

Константинеско се залаже да се у трећем стадијуму, савњивању, један поред других поставе сви аспекти појмова који ће бити поређени: појам из права државе А, који је предмет савњивања, треба да буде

¹³ Тако је говорио Мериман (*John Henry Merryman*) у расправи са Леграном: „На пример, на једном нивоу фидеикомис делује врло чудно правнику *common law*-а. Али, на другом нивоу, пошто је реч о преносу ствари или права лицу које их прима уз обавезе према трећем, то личи на траст. Међутим, по испитивању, ускоро постаје јасно да постоје значајне разлике између та два института, и то тако иде, с једног нивоа на други“ (Legrand 1999a, 42).

¹⁴ Превод француских „три с“ (латиница) на српски тако да се добије „три ‘с“ (ћирилица) дугујемо Драгољубу Поповићу (Драг. Поповић 2006, 32).

постављен упоредо са „упоредивим“ појмом из права државе Б. У том стадијуму постављена су три циља: прво, да се идентификују сви односи, односно све различитости и сличности између појмова који се пореде; друго, да се прецизира тачна вредност установљених односа; треће, да се одреди *raison d'être* тих односа, то јест да се утврде њихови узрок и сврха (Jaluzot 2005, 35).

И посленици окренути упоредном *пореском* праву суочавали су се са претходно наведеним разликама и сличностима и ослањали су се на методологије које се могу повезати са постојећим школама мишљења у *општем* упоредном праву (Marian 2010, 421). Сматрамо да је упоредно пореско право заостајало, и из спољних и из унутрашњих разлога, за општим упоредним правом. На екстерном плану, традиционално упоредно право се доста дуго готово искључиво фокусирао на приватно право (Zweigert, Kötz 1998, 65). На унутрашњем плану, због сложености материје пореског права, рана истраживања питања упоредног пореског права по правилу су спроводили порески специјалисти, а не правни компаратисти, при чему порески стручњаци нису поклањали довољну пажњу методолошким питањима јер су им били важнији практични циљеви (који подразумевају дескрипцију). Одређени напредак забележен је тек током прве две деценије XXI века (Marian 2010, 436 *et seq.*).

Можемо да идентификујемо три упоредноправна приступа, која су релевантна и за упоредно пореско право: (1) функционални приступ; (2) приступ културних разлика; (3) критички приступ. Први је заснован на *praesumptio similitudinis*, док се преостала два ослањају на контрастна упоређивања.

4.1. Функционални приступ

Према мишљењу „модерних класика“ Цвајгерта и Кеца, „основни методолошки принцип целокупног упоредног права је функционални“ и из њега „произлазе сва друга правила која одређују избор права која ће се упоређивати, обим подухвата, стварање система упоредног права итд. ... У праву су упоредиве једино ствари које испуњавају исту функцију. ... Правни систем сваког друштва суштински се суочава с истим проблемима, а решава те проблеме прилично друкчијим средствима, мада врло често са сличним резултатима“ (Zweigert, Kötz 1998, 34). Другим речима, *функција* правила, његов друштвени циљ, представља заједнички именилац (*tertium comparationis*) који омогућује упоређивање. Ако би следио такав приступ, порескоправни

компаратиста би, на пример, требало да истражи начин на који инострано право третира агресивно пореско планирање, а не да се бави испитивањем формалних услова за GAAR у иностраном праву, пошто друго питање упућује на концепт заступљен у националном праву компаратисте.¹⁵ Наиме, истраживање проблема би требало потпуно да се спроведе у функционалним условима.¹⁶ Функционални метод се појавио током треће деценије XX века; „метод који се данас предаје и практикује долази од истраживања која је развио и усавршио (немачки професор) Рабел“¹⁷ (Zweigert, Kötz 1998, 61).

Узајамно приближавање правних система је за функционалисте неизбежан феномен. „Ако су правни проблеми и правни исходи исти, унификација права (средство да се реше слични проблеми и дође до сличних исхода) спречила би многе главобоље. Према њиховом виђењу ствари, хетерогеност правне терминологије је само фасада која скрива стварне сличности које, на први поглед, могу остати незапажене. Задатак порескоправног компаратисте би био да у контексту пореских закона открије те сличности“ (Avi-Yonah, Sartori, Marian 2011, 4). Циљ упоредног пореског права би био да се идентификују сличности и разлике домаћих пореских система у различитим државама и да се нађу потенцијална алтернативна решења заједничких проблема. Према Рајмановом мишљењу, „потребно је да разматрамо правила у контексту,

¹⁵ На пример, одредбом чл. 9, ст. 2 српског ЗПППА предвиђено је да се за утврђивање пореске обавезе узима дисимуловани посао. С друге стране, британски GAAR је заснован на *double reasonableness* тесту, који од пореске администрације захтева да покаже да се аранжмани који би били квалификовани као абзузивни „не могу разумно сматрати као разуман ток деловања“. <https://www.gov.uk/government/publications/tax-avoidance-general-anti-abuse-rules>, последњи приступ 15. децембра 2020.

¹⁶ „Решења која налазимо у различитим јурисдикцијама морају се раздвојити од свог концептуалног контекста и ослободити националних доктринарних призива тако да могу јасно да се сагледају у светлу своје функције, као покушај да се задовољи одређена правна потреба“ (Zweigert, Kötz 1998, 44). Михаелс запажа да су функционализам у социологији и функционализам у праву различити – између осталог и због тога што социолози користе функционализам да би повећали комплексност и своју слику посматраних друштвених система учинили прецизнијом од пуког списка њених елемената, док правници користе функционализам да би смањили комплексност, са надом да ће им он показати коју од неколико различитих одлука би требало да донесу (Michaels 2006, 361).

¹⁷ Ернст Рабел (*Ernst Rabel*) основао је 1926. године у Берлину *Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, који је врло брзо постао центар за компаративне правне студије не само у Немачкој, него и ван њених граница. Институт се сада налази у Хамбургу и носи назив *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*.

то јест барем унутар постојећих процедуралних и институционалних оквира и, уколико желимо да схватимо њихова дубља значења, и унутар њихових друштвено-економских и културних окружења. Морамо да посматрамо не само право на папиру него право у акцији, односно примену и тумачење правила и њихову праву снагу и ефекат, укључујући, можда, њихову немоћ“ (Reimann 2002, 679). Такво Рајманово опажање, у ствари, указује на способност функционализма да превазиђе неке своје раније слабости, као што је склоност да се превише ослања на позитивне прописе и да не поклања довољно пажње практичној примени права.

Последњих тридесетак година, као изданак функционализма, настала је компаративна економска анализа права.¹⁸ Критикујући Познерово бављење методологијом упоредног права (Posner 1996, 69–106), Ивалд (Ewald 1998, 383) је приступ компаративне економске анализе права квалификовао као сужену и специфичну верзију функционализма. Уместо да испитује које функције испуњавају поједини закони или институције, она поставља питање који закони или институције то чине на најефикаснији начин, полазећи од претпоставке о конкурентном тржишту понуде закона (Avi-Yonah, Sartori, Marian 2011, 10).

Гарбарино, који је и сам функционалиста, сматра да је компаративно истраживање у области опорезивања „посебно тешко“ јер по својој природи опорезивање подразумева: (1) брзе измене законодавства; (2) комплексност пореских система и (3) хетерогеност локалних пореских концепата (Garbarino 2009, 686).

Учесталост измена законодавства у области опорезивања, упоређена са осталим гранама права, вероватно је највећа у светским размерама. Примера ради, од свог доношења 2001. године српски Закон о порезу на доходак грађана мењан је и допуњаван 22 пута. То значајно отежава упоређивање пореских закона између држава, упркос важним доприносима истраживача *International Bureau of Fiscal Documentation* (IBFD) и годишњим прегледима основних пореских параметара, које дају пореске консултантске фирме.

Комплексност пореских система се манифестује у томе што они „нису разумљиви споља пошто су домаће регулаторне структуре врло сложене и показују значајне варијације, које укључују интеракције између закона, управних смерница, судске праксе и мишљења припадника академске заједнице“ (Garbarino 2009, 686). Таква комплексност произла-

¹⁸ Више о предностима и ограничењима компаративне економске анализе права вид. Brand (2007, 421–428).

зи из комбинације три темељна елемента (Warskett, Winer, Hettich 1998, 123 *et seq.*): (а) самоизабраног понашања пореских обвезника, које је за њих порески најповољније; (б) повећаних административних трошкова (због потребе да се супротстави агресивном пореском планирању) и (в) трагања за равнотежом, како би се минимизовала одступања у карактеристикама по којима се разликују појединци у различитим групама пореских обвезника.¹⁹

Хетерогеност локалних пореских концепата огледа се у проблемима који су изазвани: (i) разликама у правном значењу сличних термина који се користе у два правна система; (ii) случајевима у којима различити термини имају исто правно значење, односно (iii) неопходношћу да се усвоји правни термин из једног језика и адекватно преведе на други правни језик, који претходно није користио правни институт који ће бити трансплантиран и деноминован. „Сваки поступак превођења подразумева сложен интелектуални посао који треба да тежи да разуме ‘дубоко’ значење онога што желимо да преведемо и да идентификује могуће кореспондирање у језику на који желимо да то преведемо“ (Pozzo 2013, 94).

У вези са препрекама под (i), можемо разматрати да ли се, на пример, енглески термин *tax* (порез) може превести на француски језик речју *taxe*. Начелно, порез је на француском *impôt* (на пример, *l'impôt sur le revenu* – порез на доходак), а *taxe* означава таксу (на пример, *la taxe sur l'enlèvement des ordures ménagères* – такса на одношење смећа из домаћинства). Међутим, веома значајан порез, какав је порез на додату вредност (у даљем тексту: ПДВ), на француском језику се назива *la taxe sur la valeur ajoutée*,²⁰ па се проблем може превазићи тек ако се пажња поклони контексту (у том случају, контекст је историјски јер су индиректни порези, којима припада и ПДВ, пре његовог настанка били поистовећивани са таксама²¹). Но, док се проблеми са значењем

¹⁹ Иако се ти елементи срећу готово у свим пореским системима, детаљи важећих права у акцији се разликују јер су они „резултат јединственог деловања наведених темељних структура у њиховим локалним окружењима“, чиме се „ствара форма комплексности, која *prima facie* поставља озбиљне проблеме у смислу упоредивости пореских система“ (Garbarino 2009, 687).

²⁰ Навешћемо и пример пореза на платни списак, за који се на француском језику такође употребљава термин *taxe* (*la taxe sur les salaires*).

²¹ И ту треба бити опрезан јер једном установљен „контекст“ може да завара. Тако се, поновимо, за порез на платни списак, који се сматра директним порезом, на француском језику такође употребљава термин *taxe*. Реч је о дажбини коју плаћају само послодавци који нису обвезници ПДВ.

tax – taxe могу превазићи ако се посебна пажња обрати на контекст, очигледно је да би, рецимо, превођење енглеског термина *common law* на француски као *droit commun*²² било потпуно погрешно.

Друга препрека која узрокује хетерогеност – када различити правни термини имају исто правно значење – може да се представи упоређивањем реакција на злоупотребу права у европском континенталном праву и *common law* системима. Треба запазити да је француско пореско право преузело концепт изигравања закона (фр. *fraude à la loi*) из приватног права,²³ док такав концепт не постоји у *common law* системима. Његово непостојање може да се објасни неспремношћу енглеских (и других англосаксонских) судова да се начелно ослањају на апстрактан принцип злоупотребе права,²⁴ мада у решавању појединачних случајева они санкционишу абузивно понашање. У домену пореског права, британски законодавац је 2013. године донео GAAR,²⁵ док су у САД развијене различите антиабузивне судске доктрине, од којих се често цитира тзв. *business purpose* доктрина.²⁶

²² *Le droit commun* је скуп правних правила примењивих на све ситуације које нису уређене посебним или појединачним правилима. <https://droit-finances.commentcamarche.com/faq/4123-droit-commun-definition>, последњи приступ 20. децембра 2020.

²³ У чл. 64 француског *Livre des procédures fiscales* прописано је: „Да би се установио прави карактер правне трансакције, пореска администрација је овлашћена да не узме у обзир акте који представљају злоупотребу права било због тога што су ти акти по својој природи фиктивни (симулација), или зато што, тражећи корист од буквалне примене слова закона или одлуке супротно циљевима којима су тежили њихови доносиоци, ти акти као свој искључиви мотив имају избегавање или умањивање пореског терета (*fraude à la loi*), који би лице иначе понело, с обзиром на своју стварну ситуацију или делатност“. Треба приметити да судови тест „искључиве пореске мотивације“ не примењују стриктно; другим речима, и уколико постоји неки непорески мотив за трансакцију, али је тај мотив пре *de minimis* у поређењу са пореском користи, пореска администрација ипак може успешно оспорити ту трансакцију.

²⁴ „Право из уговора може се вршити из било којег разлога – доброг, лошег или небитног, а мотив због којег је извршено ирелевантан је за његову правоваљаност.“ *Chapman v. Honig* [1963] 2 QB 502, 520.

²⁵ <http://www.hmrc.gov.uk/avoidance/gaar-part-abc.pdf>, последњи приступ 20. децембра 2020.

²⁶ Врховни суд САД је резонувао: „... (Налазимо) обично средство које преузима форму корпоративне реорганизације као маску да би се сакрио њен прави карактер, чији је једини циљ и постигнуће реализација припремљеног плана не да се реорганизује пословање или неки део пословања, него да се пренесе пакет корпорацијских акција на подносиоца захтева.“ *Gregory v. Helvering*, 293 US 465, 469 (1935).

Препреку под (iii) илустроваћемо проблемом избора одговарајућег термина на српском језику за *arm's length principle*, када су 1991. године правила о трансферним ценама први пут увођена у српско пореско право. Немачки појам *Fremdvergleichsgrundsatz* буквално преведен гласио би „принцип иностраног поређења“ и отуда не би допринео разумевању „дубоког“ значења онога што се намеравало превести. Енглеска синтагма *at arm's length* изворно означава дистанцу која обесхрабрује лични контакт или блискост, али буквалан превод на српски („на дохвату руке“) нема то значење. Отуда је у чл. 54, ст. 2 Закона о порезу на добит корпорација из 1992. године примењена адаптирана верзија: „ван дохвата руке“. Та верзија адекватно одражава „дубоко“ значење принципа који означава трансакције између неповезаних лица – када једна страна не може да „дохвати“ другу и тако не може да утиче на њене пословне одлуке.

Осим поменутих лингвистичких разлика, хетерогености локалних пореских концепата доприносе и културне и социјалне разлике, које функционалиста Гарбарино занемарује. Примера ради, функција прогресивног опорезивања у Краљевини Југославији (које је ипак било цедуларно) била је да се фаворизује порески облик под називом „земљарина“ јер је већина гласача владајуће Народне радикалне странке и њених каснијих деривата (Југословенске националне странке и Југословенске радикалне заједнице) припадала сељаштву, које је подлегало том порезу (Поповић 2020б, 100–101). Такво прогресивно опорезивање тешко ће се разумети у, рецимо, данашњој Немачкој или Шведској; језичка баријера је лако отклоњива, али је културолошка позадина тамо друкчија, с обзиром на друкчију функцију прогресивног опорезивања у тим државама – остваривање редистрибутивне правде.

Следбеници функционализма у упоредном праву верују да је могуће превазићи три поменуте тешкоће (брзе измене законодавства, комплексност пореских система и хетерогеност локалних пореских концепата) упоређивањем функција домаћих пореских правила и груписањем домаћих механизма у хомогене „кластере“ на основу заједничких функција (Garbarino 2009, 688). На пример, у један „кластер“ могу се сврстати земље које примењују фискалну транспарентност у опорезивању добити друштва лица (Немачка, Аустрија, Велика Британија, САД, Италија, Данска, Холандија и др.), насупрот „кластеру“ земаља које добит друштва лица опорезују на исти начин као и добит друштва капитала (Грчка, Белгија, Шпанија, Румунија, Словенија, Хрватска, Србија и др.). Примењујући „кластерску“ анализу фокусирану на питања политике, функционалисти настоје да избегну да се баве трима поменутих тешкоћама, које спутавају компаративну пореску

анализу. Сем тога, функционални приступ може указивати на то да „одређена домаћа решења пронађена у једном кластеру држава потичу из неког центра порекла (једне државе или кластера држава) и да се шире путем серије трансплантација“ (Garbarino 2009, 688). Отуда је наведена класификација порескоправних породица (попут Туроњијеве), која пружа пореском компаратисти „*a-priori* шаблон ‘упоредивих’ јурисдикција и ‘упоредивих’ правила“ (Avi-Yonah, Sartori, Marian 2011, 5), важна у избору предмета упоређивања.

Барем су две варијације функционализма настале у упоредном праву и обе се могу применити у упоредном пореском праву. То су теорија правних форманата и приступ заједничког језгра.

4.1.1. Приступ правних форманата

„Порески формант“ је сваки елемент који утиче на решавање неког пореског проблема: уставна и законска правила у мери у којој се тренутно тумаче и примењују, судске одлуке, чак и утицајни ставови професора пореског права (Sacco 1991, 21). Став пореских власти може повремено да се сукоби са законом и/или мишљењима професора. Узмимо случај обвезника пореза на добит правних лица који се 2008. године ослонио на интерпретацију чл. 27, ст. 1 српског Закона о порезу на добит предузећа,²⁷ садржану у мишљењу Министарства финансија и економије Републике Србије из 2002. године,²⁸ према којој улог акција за које се добија удео у компанији не може водити настанку капиталног добитка. Тај закон је измењен 2010. године²⁹ па је од тада та трансакција постала потенцијално опорезива. У пореској контроли спроведеној 2012. године Пореска управа је заузела став да релевантне одредбе треба тумачити у складу са словом и духом амандмана на Закон о порезу на добит правних лица (у даљем тексту: *ЗДПЛ*) из 2010. године и потпуно је занемарила мишљење Министарства финансија и економије из 2002. године, које је важило у моменту када је спроведена оспорена трансакција.³⁰ Према Гарбариновом мишљењу (Garbarino

²⁷ *Службени гласник РС* 25/2001, 80/2002, 43/2003 и 84/2004.

²⁸ Мишљење Министарства финансија и економије Републике Србије, бр. 430-07-306/2002-04, од 2. октобра 2002. године.

²⁹ Закон о изменама и допунама Закона о порезу на добит предузећа, *Службени гласник РС* 18/2010, чл. 21. Одредбом чл. 1 тог закона промењен је назив тог прописа у Закон о порезу на добит правних лица.

³⁰ Решење Пореске управе Републике Србије, филијала Савски венац, бр. 47-00066/2013-0016-010, од 7. маја 2013. године.

2009, 691), „пореско право се посматра као комплекс институционалних процеса, а не само као пука збирка пуноважно донетих закона. Отуда се морају погледати тзв. оперативна правила (која су резултати интеракције форманата – *напомена аутора*), то јест стварна правила примењена од права у акцији да би се решавао одређени порески проблем“.

Сличности и различитости оперативних правила у различитим системима могу се разматрати у датом моменту (на синхроној равни) или током времена (на дијахроној равни) (Garbarino 2009, 693).

Сличности и различитости оперативних правила на синхроној равни описују тренутну ситуацију. Сличности могу да буду резултат непосредног прихватања иностраног права (порески трансплант) или исход развоја различитих законских формулација у два државама које подразумевају исто оперативно правило (на пример, пребијање добити и губитака различитих компанија које припадају истој групи у Србији се постиже механизмом пореског консолидовања,³¹ док се на Новом Зеланду губици трансферишу другој компанији³²). Различитости могу настати као резултат коришћења различитих пореских форманата у два државама или, чак, прихватања истог форманта, као, на пример, у случају претходног пореског мишљења у српском пореском праву. Наиме, од 2013. године у Србији се примењује правило из чл. 11, ст. 3 ЗПППА о обавезности мишљења Министарства финансија за поступање Пореске управе, трансплантирано из других пореских зако-

³¹ У Србији матична компанија и њене филијале могу образовати групу повезаних компанија за потребе пребијања губитака једне чланице те групе са добити осталих њених чланица, под условом да међу њима постоји непосредна или посредна контрола над најмање 75% акција или удела и да су све чланице групе резиденти Србије. Закон о порезу на добит правних лица, *Службени гласник РС* 25/2001, ... 153/2020, чл. 55, ст. 1 и 2.

³² Компанија може трансферисати своје губитке другој компанији: (1) ако најмање 66% акција са правом гласа у обема компанијама држи једна група људи, а оне нису прелазиле у друге руке током прописаног периода континуитета; (2) ако најмање 49% акција са правом гласа компаније која има губитак није прелазило у друге руке током прописаног периода континуитета за губитак који се трансферише; (3) ако је компанија која има губитак или основана на Новом Зеланду или обавља пословање на Новом Зеланду посредством фиксне пословне јединице, а није третирана као нерезидент по основу пореског уговора; (4) ако губитак који је трансферисан компанији са добити није већи од нето дохотка те компаније; (5) ако су испуњени захтеви у погледу плаћања и обавештавања. <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>, последњи приступ 5. јануара 2021.

нодавстава. Међутим, остварени исход је различит од онога у државама из чијих је права преузето јер постоје случајеви када Пореска управа не поступа према мишљењу Министарства финансија, пошто чл. 80, ст. 2 Закона о државној управи³³ паралелно прописује да мишљења органа управе нису обавезујућа, чиме је нарушена правна сигурност (Поповић, Илић–Попов 2020, 23).

Сличности и различитости оперативних правила на дијахроној равни указују на процесе који су узроковали тренутну ситуацију. У већини случајева, текуће сличности и различитости оперативних правила су резултат правних транспланата (Garbarino 2009, 695). Сличности ће настати ако је пореска норма трансплантирана из доноровог законодавства у примаочево право задржавајући своју оригиналну функцију. Примера ради, српски Закон о ПДВ³⁴ је иницијално преузет (уз мале адаптације) из Шесте директиве о порезу на додату вредност ЕУ.³⁵ Различитости ће се појавити уколико је трансплант модификован у неком релевантном аспекту и тако стекао неку нову функцију, као што се догодило са правилом о утањеној капитализацији у Србији, које је иницијално (2001. године³⁶) преузето из модела садржаног у студији Међународног монетарног фонда *Tax Law Design and Drafting* (Vann 1998, 785–786), у формулацији која, уместо да одреди износ позајмица на који се камата може одбити, директно израчунава износ камате.³⁷ Међутим, од 2010. године трансплант је модификован тако да је пропи-

³³ *Службени гласник РС* 79/2005, 101/2007, 95/2010, 99/2014, 47/2018 и 30/2018.

³⁴ *Службени гласник РС* 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 Закон о порезу на добит предузећа, *Службени гласник РС* 25/2001, чл. 62.

³⁷ „Код дуга према повериоцу са статусом повезаног лица из члана 59. овог закона, пореском обвезнику, изузев банци или другој финансијској организацији, не признају се као расход у пореском билансу камата и припадајући трошкови изнад нивоа једнаког производу четвороструке вредности обвезничковог сопственог капитала и, (1) у случају зајма деноминованог у динарима, 110% каматне стопе коју Народна банка Југославије примењује на зајмове које одобрава комерцијалним банкама на дан 31. децембра претходне године; (2) у случају девизног зајма, 110% каматне стопе коју централна банка државе чија је валута у питању примењује на зајмове које одобрава комерцијалним банкама на дан 31. децембра претходне године.“ Закон о порезу на добит предузећа, чл. 62, ст. 1.

сан највиши допуштен однос између позајмљеног и сопственог капитала (4:1), који води израчунавању износа позајмица, па је на тај начин трансплант постао различит ако се упореди с оригиналом.³⁸

4.1.2. Приступ заједничког језгра

Приступ заједничког језгра развио је Шлезинџер (Schlesinger 1969), са циљем да се открију „дубоке“ структуре конвергенције уместо да се утврђују површинске разлике у правним системима. Тај приступ је заснован на чињеницама и околностима и његов заједнички оквир се обезбеђује аналогijом решења, а не подударношћу квалификација и правних концепата. Метод је заснован „на непосредном поређењу одговора које су на скуп заједничких питања заснованих на заједничким проблемима дали локални правници“, при чему се пажљиво избегавају „изричита лингвистичка упућивања на локалне скраћене дефиниције оперативних правила“ (Garbarino 2009, 698). Свако питање је формулисано тако да су сви релевантни чињенични елементи случаја размотрени приликом пружања одговора. То значи да истраживач (група истраживача) мора да разради упитнике, у којима би локални концепти требало да буду „разбијени“ да би се изградио заједнички функционални језик (Garbarino 2009, 698).

4.1.3. Ограничења функционализма

Било коју варијанту функционализма да узмемо у разматрање, остаће неколико инхерентних слабих тачака. Ограничење функционалног приступа које се не сме пренебрегнути је аксиоматске природе. Наиме, основна претпоставка функционализма је да „право представља рационално развијен скуп правила чији је циљ решавање проблема“ (Zweigert, Kötz 1998, 43–44). Међутим, то није увек случај. Навешћемо неколико примера дисфункционалности или разнолике функционалности, који показују да у тој основној претпоставци функционализам може да наведе своје присталице у замку да превиде чињеницу да се правним нормама проблеми не решавају увек.

Прво, законодавац може настојати да представи као да нешто чини, уместо да стварно буде посвећен решавању неког проблема (Brand 2007, 415). На пример, у Србији су правила о трансферним ценама уве-

³⁸ Закон о изменама и допунама Закона о порезу на добит предузећа, *Службени гласник РС* 18/2010, чл. 59, ст. 1.

дена још 1. јануара 1992. године, али их је Пореска управа први пут суштински применила у поступку пореске контроле тек 2008. године. Може се стећи утисак да је тих 16 година њихова функција била да остану „успавана“, те да служе само као „доказ“ да национално пореско законодавство прати законе о порезу на добит корпорација развијених држава.³⁹

Друго, могуће је да у систему нема норми које би успешно решавале друштвене проблеме.⁴⁰ На пример, иако је у Србији широко распрострањена перцепција да многи богати појединци не плаћају порез према својој економској снази и упркос законодавчевој прокламацији да порез на доходак грађана не може бити мањи од износа израчунатог на основу формуле, по којој се одређени индекси примењују на факторе који представљају индиције луксузног животног стила пореског обвезника,⁴¹ подзаконски акт којим би се ближе уредила примена такве индицијарне методе није донет још од 2003. године, када је ЗПППА ступио на снагу.

Треће, до дисфункционалности може доћи када правна институција изгуби своју посебну функцију, те се њено постојање може објаснити једино историјским разлозима (Brand 2007, 415). Примера ради, у Србији је 1835. године уведена главница (то јест, шест талира годишње „по глави“), пошто је то био практично једини порески облик који се могао убирати у држави у којој није постојала пореска администрација. Административни апарат се развио до претпоследње деценије XIX века и нови цедуларни порези уведени су 1884. године. Међутим, главница је, упоредо са новим порезима на приходе, задржана у пореском систему који је примењиван у Србији све до 1928. године – претпостављамо

³⁹ До пред крај 2000. године циљ је био да се покаже *urbi et orbi* да је, упркос ратовима и санкцијама, Србија (тада у саставу Савезне Републике Југославије) спровела важне реформе (укључујући пореску реформу). После 2000. године, када је Милошевићева аутократија замењена демократски изабраним владама, циљ је био да се покаже посвећеност Србије хармонизацији њеног пореског права са законодавством у државама чланицама ЕУ. Тек су потребе за додатним буџетским приходима, покренуте 2008. године глобалном рецесијом, активирале дубоко успавана правила о трансферним ценама.

⁴⁰ Да ли нека фактичка ситуација представља друштвени проблем може се различито схватати у различитим правним системима, што зависи од тога ко о томе суди – лобисти, припадници академске заједнице, одређена друштвена група или шира популација.

⁴¹ ЗПППА, чл. 61, ст. 1.

под (прећутном) претпоставком да није извесно да ће приход од осталих пореза бити довољан, а у складу са немачком пословицом „*sicher ist sicher*“.

Четврто, одређена правна институција може истовремено имати разне функције (Brand 2007, 416): примера ради, уговор, који генерално обезбеђује очекивања уговорних страна у погледу извршења, у тржишној економији такође омогућује странама да самостално уређују своје економске односе, док у командној економији представља средство за испуњење планских задатака.

Пето, Вотсон је констатовао да уколико неко није свестан значаја узрочно-последичне везе између иностраног донора и правног транспланта (укорењености у одређену правну културу, која одређује параметре правног резоновања, правних система од којих ће се позајмљивати, чак и мере до које ће се позајмљивати), он никада неће моћи да разуме параметре правне расправе (Watson 1995, 469–470). Функционализам у ствари „преокреће уобичајен редослед узрока и (друштвене) последице, објашњавајући ствари у смислу шта се дешава после, а не шта је било раније“ (Brand 2007, 417).

Шесто, још једна претпоставка функционализма – да су проблеми слични широм правних система – такође ограничава његов сазнајни домет. Због тога што су пропустили да се баве *разумевањем* културних, социјалних, политичких и коначно правних идентитета, функционалисти су изложени критици да су њихови закључци ограничени само на указивање површинских сличности. Критичари тврде да у томе лежи разлог због којег функционални приступ не даје објашњење због чега слични друштвени и економски услови стварају различита правна решења или се, пак, решења уопште и не јављају (Brand 2007, 418). *Praesumptio similitudinis* делује разумно у оквиру истог културног окружења, али се не чини да је прихватљива када се упоређују културно различити (пореско)правни системи. Осим тога, за упоредно *пореско* право специфично је отворено питање најосновније сличности функција које порески системи треба да испуне (Marian 2010, 452): да ли је у пореском праву „основна функција“ обезбеђивање јавних прихода (а постоје и непорески јавни приходи) или је то редистрибутивна правда (а постоји и социјална помоћ на расходној страни)?

Важно је, међутим, запазити да оно што се претпоставља да је слично нису ни правне институције ни проблеми које оне треба да решавају и потребе да друштва на њих реагују већ је то функционални однос између проблема и решења (Michaels 2006, 370–371). Функционалиста, у ствари, трага за сличношћу која се односи само на

решавање једног одређеног проблема, а то се своди на *функционалну еквиваленцију* – сличност у разлици. Функционална еквиваленција је налаз да су институције сличне у једној од функција које врше (на коју се компаратиста фокусира), док су институције различите (или барем могу бити различите) у свим осталим аспектима (Michaels 2006, 371).

Да резимирамо: функционализам није без грешке. Међутим, сматрамо да не треба критиковати тај приступ да само посматра различите системе. Функционални метод, који се, по правилу, примењује на нивоу микрокомпарација,⁴² проширује опсег истраживања; слични резултати често се добијају праћењем различитих путева, а фокусирањем на практичне проблеме и њихова решења могу се открити ти различити правни путеви (Van Hoeske 2015, 11).

4.2. Приступ културних разлика

За разлику од Цвајгерта и Кеца, који су превидели било коју алтернативу функционализму (Zweigert, Kötz 1998, 34 *et seq.*), културални компаратисти, с једне стране, одбацују *praesumptio similitudinis*, која је инхерентна функционалном приступу, док, с друге стране, сматрају да је (пореско) право део ширег културног феномена. Према Котереловом мишљењу, препознатљиве карактеристике права или правног искуства, посматране у одређеном времену и на одређеном месту „(узете као агрегат или скуп културних модела), могу се онда конфронтирати са друкчијим агрегатима или моделима... из другог националног оквира или региона“ (Cotterrell 2011, 10). О појмовима „културе“ и „пореске културе“ већ је било речи. Супротстављајући се функционалном приступу, Легран указује на то да дефинисање правне културе или традиције значи „налажење онога што је значајно у својој разлици у односу на друге“. Упоређивање не сме да има унификујући него мултипликујући ефекат: оно мора тежити да организује разноврсност дискурса око различитих (културних) форми и да се супротстави мисаоној тенденцији која води униформизацији⁴³ (Legrand 1997, 123). Сматрамо да је такав

⁴² За разлику од Ван Хукеа (*Mark van Hoeske*), препознајемо функционализам и на нивоу макрокомпарација: упоређивање породица права је типичан подухват функционалиста. Истина, да би се закључивало на макронивоу, треба спровести истраживања на микронивоу.

⁴³ Чак и када би хармонизација била на неки начин пожељна, културални компаратисти, међу којима је Легран вероватно најгласнији, схватају је као неостварљив циљ, пошто су културне и политичке разлике непомирљиве. Легран сматра да „правни системи, упркос њиховом окружењу у оквирима Ев-

„антиунификујући“ или „антихармонизујући“ став културалиста идеолошки обојен, што нарочито долази до изражаја у радовима заступника критичког приступа.

Приступ културалиста је усмерен ка разумевању (фр. *entendement*) културних, социјалних, политичких и правних идентитета другог, а такво разумевање би истовремено требало да унапреди наша размишљања о властитим правним правилима и културном идентитету. „Упоредивање култура је херменеутички поступак: култура се не може с успехом одразити у својем властитом праву без поступка упоређивања, а не може се одразити у поступку упоређивања без испитивања својег властитог права“ (Avi-Yonah, Sartori, Marian 2011, 7). Чак и када се истражују пореске јурисдикције које су *prima facie* сличне, културалисти могу да дају допринос квалификујући те сличности као „плитке“, односно указујући на темељне разлике у култури, чиме објашњавају због чега спровођење сличних пореских политика даје различите резултате. Како с убеђењем идеолога упозорава Легран, задатак компаратисте који следи приступ културних разлика јесте да „енергично протестује против аксиоматизације сличности и империјализма истога (фр. *l'impérialisme du même*)“ (Legrand 1999b, 103). Отуда, тај компаратиста треба да претпостави да, колико год правнику из земље А могло необично да делује право у земљи Б, постоји рационалност у тим одредбама повезана са културним окружењем земље Б (Legrand 2009, 236). У домену упоредног пореског права, пореском правнику из Данске могло би бити чудно то што у српском пореском праву не постоји стандардни одбитак по основу егзистенцијалног минимума за све оне који остварују само приходе ван радног односа или је тај стандардни одбитак за оне који остварују приход по основу зарада тек 42% минималне бруто зараде (RSD 18.300 /око EUR 155/ 2021. године).⁴⁴ Пореском правнику из Србије могло би,

ропске заједнице, нису конвергирани, не конвергирају и неће конвергирати. ... Таква конвергенција је немогућа с обзиром на то да се разлике између менталитета *common law*-а и европског континенталног права не могу умањити на епистемолошком нивоу“ (Legrand 1996, 61–62). Да је конвергенција ипак могућа, и то између културолошки много различитијих правних система него што су *common law* и европско континентално право, показао је Палмер, узимајући пример данашњег Лесота, чије је право настало као мешавина обичајног права народа Басото (које су британски колонијални службеници детаљно регистровали још 1872. године, одмах пошто је Басутоленд постао колонија Круне) и енглеског права, као и холандског права, које је долазило из суседне африканерске Слободне државе Орање (Palmer 2004, 6–9, 15–16).

⁴⁴ У Данској свако резидентно физичко лице има право на порески кредит по основу егзистенцијалног минимума (DKK 46.500 2020. године), којим се умањује обавеза по основу пореза на доходак (Vagtborg, Krushave, Nyborg 2020, 1.8.3).

пак, изгледати необично то што се у Данској озбиљно разматра увођење пореза на „надимање крава“, као мере за сузбијање емисија метана из стокe. Али, обе мере имају своја специфична образложења. У Србији, 72,8% прихода од пореза на доходак грађана долази од цедуларног пореза на зараде,⁴⁵ док тек око 0,4% пунолетног становништва (само они порески обвезници који остварују доходак⁴⁶ у годишњем износу који је већи од троструке просечне годишње бруто зараде у Републици) подлеже и комплементарном глобалном годишњем порезу на доходак грађана. То је мотивисало законодавца да уведе стандардни одбитак само за приходе из радног односа. У Данској су власти, суочене са међународно преузетом обавезом да смање емисије гасова који стварају ефекат стаклене баште, спремне да уведу порез на „надимање крава“, имајући у виду да метан који настаје у бурагу крава и који оне избацују чини око 18% гасова с ефектом стаклене баште у Европи.⁴⁷ Ако компаратиста проучава данско пореско право, његов задатак је да „ре-презентује“ (фр. *re-présenter*) данско право српском правнику из перспективе менталитета Данаца. Наравно, важи и обрнуто.

Правна култура би могла да се анализира с аспекта дихотомије *природно право – позитивизам*. У природном праву, поједностављено речено, претпостављају се одређена начела која су уграђена у сваки правичан правни систем, док позитивизам подразумева право као скуп правила која су на снази, независно од тога да ли су перципирана као „правична“. Правни позитивизам сагледава право као инструмент државе или приватног интереса, што је утицало на то да идеја циља или функције постане главна савремена основа упоређивања у праву (међу функционалистима) и мотивисало критичаре из реда културалиста.

С обзиром на то да извор пореског права чине закони, његов културни карактер је ближи позитивном праву; „нико није озбиљно тврдио... да је разлика између капиталног добитка и обичног дохотка део природног поретка“ или да је „дата на Синајској гори“⁴⁸ (Livingston 2020,

⁴⁵ Билтен јавних финансија, Министарство финансија Републике Србије, Београд, октобар 2020.

⁴⁶ У који не улазе дивиденде, камате, капитални добици, приходи од осигурања лица, приходи од инвестиционе јединице отвореног инвестиционог фонда и добици од игара на срећу.

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

⁴⁸ Међутим, један порез, то јест десетак (енг. *tithe*) поменут је у Старом завету, што би могло да наведе неке пореске културалисте (који су одани хришћани) да тврде да десетак има Божје порекло. Малахија 3:8-10. Муслимански по-

10–11). Иако блиско позитивизму, пореско право обухвата и неке „природне“ карактеристике правичног пореског система (принцип способности плаћања, једноставност и др.). Отуда закључујемо да, у ствари, није реч о дихотомији када настојимо да „културу“ пореског права сместимо у оквир *природно право – позитивизам*. У позитивно пореско право често су уграђене неке вредности природног права, што нас наводи на закључак да је ипак могућа одређена „симбиоза“ функционализма и културализма.

Компликована дефиниција „културе“ може да се за потребе дискурса разложи на две компоненте, иако се оне понекад у пракси преклапају. То су (i) аспекти становишта (део дефиниције о уверењима, знању и понашању) и (ii) институционална компонента (која се односи на вредности и праксу која карактерише одређену институцију или организацију) (Livingston 2020, 15). У расправама о правној култури акценат се чешће ставља на понашања него на институције, што може да доведе до ослањања на стереотипе (на пример, „Швеђани одобравају високе порезе на доходак, а Американци то не чине“). Заправо, нису битни ставови опште популације него ставови „мале елите која доноси и спроводи пореску политику“ (Livingston 2020, 15) и отуда исход може да буде друкчији од очекиваног: на пример, стопа пореза на добит корпорација (федералног и државног) у САД је 2020. године била око 27% (KPMG 2021), а у Шведској 21,4% (Van der Zeijden 2021, 1.1.3). Ливингстоновом запажању недостаје, међутим, резерва да би, на крају, ставови „широких маса“ могли да приморају „малу елиту“ да им се прилагоди. Коликогод шведска „мала елита“ желела ниже пореске стопе, у темељима шведског друштва и даље, у одређеној мери, постоји компромис о *welfare state*-у, постигнут 1938. године у Салтсјободену (шв. *Saltsjöbaden*) између синдиката и послодаваца, те је просечна стопа пореза на доходак физичких лица (централног и локалног) 2020. године била 52,28% (Gustafsson Myslinski 2020, 1.1.3). За релативно низак корпорацијски порез плаћена је, дакле, „цена“ у високом порезу на доходак физичких лица.

На нивоу становишта, према Леграновом мишљењу, „основна претпоставка функционализма је у томе да се нечији циљеви и вредности прихватају у другим друштвима и у различитим периодима као манифестација културног империјализма који негира културне разлике (Legrand 1998, 225–226). Међутим, чак и Ливингстон, један од

рески културалиста могао би да разматра Божје порекло *заката*, својеврсне религијске обавезе муслимана који остварују приходе изнад одређеног лимита да део свог богатства (2,5% годишње) донирају у добротворне сврхе.

водећих заговорника културализма у упоредном пореском праву, признаје да је „неки степен културне пристрасности неизбежан“ (Livingston 2020, 19): док цитира Стиглицову критику улоге ММФ у земљама у развоју (Stiglitz 2003), он признаје да оптужбе да програми штедње (које је ММФ саветовао и наметао земљама у развоју) показују културну неосетљивост представљају питање „о којем се може расправљати“ (Livingston 2020, 19). На то да културне разлике ипак нису непремостиве упућује и супкултура пореских правника, који све више деле заједничко образовање и професионалне праксе, чак и језик професије, и на тај начин установљавају сличности које не постоје међу онима који нису „просвећени“. Међутим, Ливингстон, опрезан да не склизне у функционализам, упозорава на опасност од претеривања када се релативизује важност културних разлика, тврдећи да „постоје важне контроле против универзализације пореске политике“, те остаје „веома скептичан према феномену ‘глобализације’ у опорезивању и другим областима јавне политике“ (Livingston 2020, 19). Легран је радикалнији: „Како прелази границе, оригинално правило нужно трпи промену која утиче на њега као правило“ (Legrand 1997, 120).

Пореска култура, дефинисана на нивоу појединачне државе, представља „укупност свих релевантних формалних и неформалних институција повезаних са националним пореским системом и његовим практичним спровођењем, које су историјски уграђене у националну културу, укључујући зависности и везе изазване њиховом текућом интеракцијом“ (Négré 2001, 12). Таква дефиниција повезује аспекте становишта с институционалним аспектима јер обухвата улоге пореских обвезника, политичара, пореских службеника, пореских саветника и професора универзитета. Простор је успостављен пореским законима, који су одређени нормама културе и историјским развојем институција. Док становишта образују основе пореске културе, институције (законодавци и, за потребе наплате и контроле, пореске управе, професије пореских саветника и рачуновођа, високошколске установе и др.) формирају њену структуру (Livingston 2020, 32).

Заснован на контрастном упоређивању, приступ културалиста је значајан не само у поређењу јурисдикција са различитим културним подлогама, када баца светло на локалне факторе који обликују опорезивање, него и у компарацији јурисдикција које су можда сличне, јер је у стању да открије „дубину“ сличности и покаже њену површну природу, која је можда настала случајно. Иако избор доносног система за правну трансплантацију најчешће зависи од престижа модела, могуће је идентификовати и постојање субјективних елемената. Примера ради, у Ататурковим реформама турско грађанско право,

облигационо право и грађанско процесно право трансплантирани су из Швајцарске, трговинско право, поморско право и кривично процесно право из Немачке, кривично право из Италије и управно право из Француске (Ögücü 2000, 6.1), при чему се не може занемарити лични утицај на опредељивање донора, пошто је, рецимо, руководилац стручног тима за израду нацрта Грађанског законика Махмут Есад Бозкурт (Mahmut Esad Bozkurt) докторирао на Правном факултету у Фрибуру, у Швајцарској (Watson 2006, 7), и отуда је најбоље познавао швајцарско грађанско право.

Међутим, тврдокорни културалисти су углавном против самог појма правних транспланата. Као што је претходно у раду наведено, они од компаратиста очекују да се концентришу на културне разлике, а не на правила. Легранова критика Вотсонове (*Alan Watson*) теорије правних транспланата може се свести на упозорење да су за тог аутора „право... правила и ништа друго, а правила су огољени пропозицијски искази и ништа друго“, при чему критичар тврди да се правило „не може сматрати само као правило у смислу огољеног пропозицијског исказа. У ‘концепту правила’ (енг. *ruleness*) налази се више од серије исписаних речи, што значи да правило није идентично ономе што су исписане речи. Правило је нужно културна форма која у себе инкорпорише. Као акумулација културних елемената, њега подупиру импресивне историјске и идеолошке формације“ (Legrand 1997, 115–116). Када се једном прихвати да и пропозицијски исказ као такав и његово значење заједнички чине *правило*, практично је немогуће замислити како се може догодити правна трансплантација (која укључује оба елемента) (Legrand 1997, 116–117). Пошто су свесни чињенице да су у реалности постојала и да и даље постоје бројна правила која су преузета из права једне државе и трансплантирана у право друге државе, културалисти инсистирају на томе да позајмљивање подразумева (обично) веће измене, које су неопходне да би се правило прилагодило правном систему државе примаоца.

Вредновање размера тих измена је, заправо, вододелница између оних који одбацују и оних који прихватају (с оградама или без њих) концепт правних транспланата. Ликховски, на пример, признаје да се, за разлику од породичног права, које је „дубоко уклопљено у појединачне... културе и отуда мање подобно за трансплантацију, друге области, попут трговинског права, виде као неутралне у културном погледу и стога лакше преносиве“. Позиција пореског права је нејасна, пошто се оно „често схвата као техничко и отуда лако преносиво“, док је у исто време „засновано на дефиницијама и појмовима који су специфични у културном погледу“ (Likhovski 2010, 730). На примеру увођења

британског пореза на доходак 1941. године у Палестину, територију којом је Уједињено Краљевство управљало на основу мандата Друштва народа, Лиховски показује колико је била сложена интеракција између донетих правила (која, на пример, у Великој Британији предвиђају изузимање поклона из пореза на доходак) и њихове примене међу Арапима и Јеврејима (с обзиром на чињеницу да обе етничке заједнице имају сасвим различит концепт „поклона“⁴⁹). Чини се оправданим давнашње упозорење руског министра финансија Јегора Францевича Канкринина (1823–1844) да је „приликом установљавања нових пореза нужан... врло велики опрез“ (Евстигнеев, Викторова, Харченко 2004, 87).

Мада Ливингстон припада онима у академској заједници који заговарају приступ културних разлика у упоредном пореском праву, он је ипак свестан да пореска култура нужно не корелира с општом културом у друштву. „Толико је много пореских институција позајмљено (‘трансплантирано’) из једне земље у другу, а имају мало тога, ако уопште имају, заједничког са текућим становиштима или постојећим непореским институцијама у земљи о којој је реч“ (Livingston 2020, 129).⁵⁰ Трансплантација се може екстерно наметнути, што су у време колонијализма колонијалне силе радиле на зависним територијама, обично без локалног пристанка,⁵¹ док то данас у државама чланицама

⁴⁹ Чак и у данашње време, концепт „поклона“ је понекад оспораван и од Палестинаца и од Израелаца. У случају *Salfawati v. Assessing Officer Nazareth* [1990] IsrSC 44(1) 714 расправљано је да ли новац који је отац Бедуин дао сину, који је за њега радио, треба да се класификује као „доходак“ или као „поклон“. У случају *HCJ 3516/04 (Israel Religious Action Centre v. Ministry of Finance)* став државе је био да је новац дат једном ултраортодоксном рабину у размени за његов благослов представљао тржишну трансакцију, што је рабин оспоравао тврдећи да је новац био поклон, дат као део приватне, нетржишне трансакције, те да као такав не треба да буде опорезован (Likhovski 2010, 731 f).

⁵⁰ Ливингстон то објашњава хировима историје (енг. *historical quirks*) (Livingston 2020, 129).

⁵¹ Одредбама чл. 48 и 49 IV Хашке конвенције о законима и обичајима рата на копну јасно је ограничено право силе која је у рату окупирала територију друге државе да спроводи опорезивање на тој територији. <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/ART/195-200059?OpenDocument>, последњи приступ 18. марта 2021. Но, њен утицај на пореско право окупираних држава може бити индиректан. Примера ради, мисија америчких пореских експерата, предвођена професором Карлом Шаупом (Carl Shoup) с Универзитета Колумбија, израдила је 1949. године окупираном Јапану законе о порезу на доходак физичких лица и порезу на добит корпорација. Касније је цар Хирохито два пута одликовао професора Шаупа високим јапанским одликовањем јер су ти порези добили позитивне оцене, па би се могло констатовати да се посредно екстерно наметање током

спроводе надлежни органи супранационалних организација (на пример, ЕУ), на основу тога што су се оне, приликом приступања конститутивним уговорима, начелно са тиме сагласиле. Трансплантација може да буде и добровољно спроведена, из различитих разлога (на пример, веровање у висок квалитет доноровог права, трагање за пречицом која би донела уштеду у трошковима, индиректан притисак инволвираних стручних група (пореских саветника, универзитетских професора, невладиних организација) или међународних финансијских организација (ММФ, Светске банке) и владине потраге за легитимитетом који јој престиж доноровог законодавства може донети и др.) (Miller 2003, 845 *et seq.*). Често се јавља комбинација више разлога. На пример, трансплантација Шесте директиве о порезу на додату вредност ЕУ у српско пореско право (уз мања одступања) може се разумети баш као резултанта дејстава више чинилаца – у дотадашњој пракси потврђених својстава ПДВ-а у ЕУ (издашност, околност да погађа само крајњу потрошњу, неутралност, фракционална наплата, отпорност на евазију), утицаја стручне јавности и ММФ-а и настојања српске Владе да покрене поступак придруживања ЕУ.

Требало би направити разлику између: (а) прихватања целокупних пореских закона, као што је био случај са поменутих наметањем британског пореза на доходак у мандатној Палестини, добровољним уграђивањем пореза на додату вредност ЕУ (уз одређене модификације) у око 140 држава које нису њене чланице последњих 50 година или трансплантацијом предратног аустријског некумулативног пореза на промет заснованог на техници тзв. ступњастог паушала (нем. *Phasenpauschalierung*) у пореско право Краљевине Југославије 1930. године (Поповић 2020б, 139–143); и (б) „увоза“ појединачног пореског правила, што је много чешће (правила о трансферним ценама, GAAR-ови, правила о утањеној капитализацији и др.), првенствено са циљем да се избегавање пореза сузбије тако што се прихватају пореске мере које су се показале учинковитим у земљама свог порекла. Међутим, имајући у виду културне разлике, позајмљено пореско правило може да функционише друкчије него у својој „домовини“. Примера ради, „у Канади је општа претпоставка да је избегавање пореза (које се

времена претворило у добровољно прихватање. <https://econ.columbia.edu/faculty/in-memoriain/carl-sumner-shoup-1902-2000/>, последњи приступ 18. марта 2021. Истина, по прекиду окупације (1952. године) јапанске власти су дискретно измениле поједина решења у та два пореска закона, а одустале су од примене неких других закона (попут закона о ПДВ-у, порезу на капиталне добитке од продаје хартија од вредности и порезу на нето имовину), које је Шаупова мисија такође била припремила (Beyer 1992, 396–399).

јасно разликује од незаконите пореске евазије – *примедба аутора*) прихватљиво, уколико није учињено изричито неприхватљивим путем специфичних антиабузивних правила или GAAR-а. ... У Кини се обично полази од супротне претпоставке. Избегавање пореза је често тесно повезано са незаконитом пореском евазијом“ (Li 2015, 84). У Канади учинковитост GAAR-а зависи од тога како га судови тумаче, што је често ишло у прилог пореским обвезницима. У Кини је, међутим, све у рукама Државне пореске управе: уместо да служи успостављању баланса између заштите пореске основице и права пореских обвезника на пореско планирање, као што је то случај у Канади, кинески GAAR је инструмент који се користи према дискреционим овлашћењима Државне пореске управе (Li 2015, 89).

Ливингстоново испитивање бројних студија случајева (Livingston 2020, 72 *et seq.*) показује и сличности и разлике између порескоправних система. Порески свет је, заправо, свет у којем се притисци за конвергенцију, индуковани глобализацијом, суочавају с отпором који долази из домена културе. Готово је универзалан захтев да национални порески систем треба да буде правичан, једноставан и ефикасан, али се инхерентне правне норме (као и начини њихове примене) понекад врло значајно разликују. На пример, законске стопе пореза на доходак јесу конвергирале последњих 30 година, али су и даље остале разлике у пореским основицама, те су ефективне пореске стопе такође остале различите. Или, да поновимо: GAAR се може позајмити из другог права, али начин на који се примењује веома зависи од одговарајуће културе. Тако је могуће да одређени разлози, специфични за порезе (попут образовања и професионалне обуке пореских елита, природе пореске администрације, става према испуњавању пореске обавезе и евазији итд.) буду чак важнији од ширих политичких и социјалних фактора приликом одређивања судбине прогресивног опорезивања и пореске реформе уопште (Livingston 2006, 557). Стичемо утисак да Ливингстон наслућује да културалистичко инсистирање на апсолутизму различитости подрива темеље упоредног права јер га лишава његове сврхе – компарације, о чему ће бити више речи касније. Културе се не могу схватати као херметички, затворени системи пошто су границе међу њима често „меке“ и недовољно јасне, посебно у савременом, глобализованом свету. Српски IT стручњак ће пре припадати истом „културном“ миљеу као и амерички IT стручњак, него истој оној, рецимо пореској, култури којој припада и српски фабрички радник или

касирка.⁵² Према Петерсовом и Швенкеовом мишљењу (Peters, Schwenke 2000, 815), један правни систем може да обухвата више култура (на пример, правни систем ЕУ), као што и једна култура може да садржи више правних система (на пример, право Луизијане у САД).

4.3. Критички приступ

Заступници критичког приступа у упоредном праву сагледавају функционализам као идеолошки пројекат, чији је циљ асимилација или укључивање других традиција, односно хармонизација. За разлику од Леграна и његових следбеника, они не стављају у фокус улогу културе већ настоје да разоткрију „претенциозну аполитичку природу тзв. *mainstream* дискурса у упоредном праву“ (Avi-Yonah, Sartori, Marian 2011, 9). Њихову идеолошку обојеност потврђују Франкенбергове речи да правна хармонизација (у оквиру пројекта израде новог Закона о управном поступку према немачком узору у Албанији) представља „део нове интервенционистичке политичке схеме“ (Frankenberg 1997, 273). Штавише, за тог аутора је компаратиста који припада главном току упоредног права (функционалиста) „представник правног патернализма“ и носилац „хегемонистичке“ агенде, чији су циљеви „ширење ауторитета англо/европског права“ и „одбрана идеала унификованог права“ (Frankenberg 1997, 263–264). Такав идеологизовани приступ могао би да испадне самооптужујући (што важи и за ригидни културализам): ако се једном правцу приписују „зле намере“, зашто се оне не би могле приписати и онима који те оптужбе износе? Тиме се заправо зашло на терен епистемолошког релативизма,⁵³ односно немогућности разликовања тачних од нетачних тврдњи, чиме се изашло из домена научног дискурса (Peters, Schwenke 2000, 824).

Заговорници критичког приступа доживљавају сваку класификацију правних система негативно, пошто сматрају да она води маргинализацији незападних система (Marian 2010, 435). Тако, на пример, Инфанти тврди да је неуспех функционалног метода да смести право

⁵² <https://nova.rs/vesti/biznis/naplata-poreza-frienserima-nije-retroaktivna/>, последњи приступ 12. априла 2021.

⁵³ Попер га, пишући критички о *релативизму оквира* (енг. *framework relativism*), дефинише као „доктрину према којој је истина у вези са нашом интелектуалном подлогом, од које се очекује да на неки начин одреди оквир у којем можемо да мислимо; по којој се истина може мењати из једног оквира у други“ (Popper 1994, 33).

у његове локалне контексте посебно изражен у опорезивању (Infanti 2002, 1141). Неизбежан конфликт између ефикасности, правичности и једноставности налаже не само успостављање равнотеже, посебно између прва два захтева, него и узимање у обзир неких других фактора, укључујући очекиван утицај пореских одредаба на конкурентност, политичке односе са страним државама, потребу да се повећају приходи, подстицање економског раста и спречавање избегавања пореза и пореске евазије (Infanti 2002, 1119). Инфанти, стога, заговара стављање дебате о пореској реформи у компаративну перспективу. Он такође подсећа (америчке) пореске експерте да када саветују стране владе о пореској реформи имају морални основ да предлажу правне транспланте („правно клонирање“) само уколико поседују темељито знање правног, политичког, социјалног и економског контекста земље у којој наступају (Infanti 2003, 89). Изгледа да се дуговечност српског ЗПППА (који је ступио на снагу 1. јануара 2003. године) може разумети ако се, између осталог, има у виду да је на Нацрту, са квалитетним тимом Министарства финансија и економије, радио врхунски инострани експерт.⁵⁴

5. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА: ДА ЛИ ЈЕ МОГУЋ „КУЛТУРНИ ФУНКЦИОНАЛИЗАМ“?

Без обзира на убедљивост критике функционализма, сматрамо да се ипак не може олако одбацити претпоставка о сличностима, будући да оне очигледно постоје у поређеним (пореско)правним системима. Сличности су најчешће заступљене на нивоу микрокомпарација (на пример, између правила о утањеној капитализацији, GAAR-ова, правила о трансферним ценама и др.), мада груписање система пореског права у породице пореског права, које је засновано на макрокомпарацијама, није само обећавајуће у интелектуалном смислу него може и да олакша разумевање начина на који се од неке институције очекује да функционише.⁵⁵ Када, на пример, сврстамо Србију у породицу европског континенталног права (транзициона и постконфликтна потпородица), можемо претпоставити да би трансплант GAAR-а (у

⁵⁴ Тим Министарства финансија и економије предводио је тадашњи заменик министра – један од коаутора овог рада, а инострани консултант био је Виктор Туроњи.

⁵⁵ Осим тога, постоје случајеви трансплантације целокупних закона, као што се догодило у Ататурковој Турској (Ögücü 2000, 6.1).

одређеној мери преузет из немачког *Abgabenordnung-a*) одражавао приступ европског континенталног права, који захтева да се у закону нађе овлашћење за Пореску управу да примењује доктрину према којој је суштина важнија од форме (енг. *substance over form doctrine*), што није неопходно учинити у *common law* породици (потпородица америчког права), у којој је та доктрина судска. Сматрамо да у условима када се упоредно пореско право суочава са мноштвом задатака (истраживање, настава, пореске реформе, историја опорезивања и др.) не постоји само један одговарајући метод (техника). Зато се залажемо за комбинацију функционалног приступа и приступа културних разлика.

У приступу културних разлика компаратиста је суочен са тешким задатком да разуме „контекст“ – од њега се очекује да познаје језик и културу средина које упоређује, што га ставља ван граница позитивног права у којима се правници стандардно обучавају. Но, отвара се дилема која је сврха упоредног права: ако су разлике непомирљиве, како уопште упоређивати (Peters, Schwenke 2000, 802)? Има ли смисла увек инсистирати на „егзотичности“ националних права, односно да ли су разлике редовно тако сукобљене? Свестан да порескоправни транспланти и друге сличности без сумње постоје, Ливингстон сматра да „култура остаје важна, а конвергенција долази полако, ако је и има у већини области. Али, притисак за узајамно приближавање и значај културе за супротстављање томе значајно варирају од једне области политике до друге. Конвергенција је израженија у пореским стопама него у пореским основицама; у потреби да се спречи избегавање пореза него у погледу стварних метода који се примењују у борби против њега; у широком, генеричким еколошким циљевима него у специфичним еколошким... пореским стратегијама“ (Livingston 2020, 125). Да закључимо: према Ливингстоновом мишљењу, сличности ипак постоје, али су културне разлике некако битније, а – уколико је потребан и додатни аргумент – ту је и популизам, који у себи носи отпор глобализацији (Livingston 2020, 127).

Критику функционализма, која указује да *функција* правила, тај *tertium comparationis* на којем се заснива функционални приступ, апсолутизује улогу права као рационалног одговора на друштвене проблеме, добро илуструје Вотсоново упозорење да су га „позајмљивање и дуговечност (позајмљивања – *примедба аутора*) управо... и уверили да између друштва и његовог права не постоји једноставна веза“⁵⁶ (Вотсон

⁵⁶ „Уколико је право обилато позајмљивано са неког сасвим другог места, и ако је опстало до неког сасвим друкчијег доба, тешко да би оно уопште могло да се сматра ‘духом народа’, (Вотсон 2000, 162). Вотсон илуструје ту тезу

2000, 162). Право свакако има и друге функције (политичке, друштвене, симболичке, техничке и сл.), али се не може пренебрегнути она на коју упућује функционализам. Компаратиста се налази пред задатком да, вреднујући шири контекст, одабере *праву* функцију и да се затим упусти у истраживање. С обзиром на то да је правни поредак тесно повезан са политичким уређењем, економским односима, идеолошким вредностима, културним моделима и сл., компаративно истраживање не сме да се сведе само на правила него би морало да у дискурс укључи елементе на које указују културалисти. Као што нам је идеолошки екстремизам неких присталица школе културних разлика неприхватљив, тако се не можемо сложити ни са редукционизмом „тврдог језгра“ функционалиста. При томе, може се запазити да је у почецима тог приступа било друкчије: још је Рабел писао да се „размишљање о правним проблемима мора односити на право целе планете, у прошлости и садашњости, на однос права према земљи, клими и раси, са историјским судбинама народа, револуцијама, изградњом држава, потчињавањем, са религијским и моралним концепцијама, креативном снагом појединаца, потребом за производњом и потрошњом добара, рангом интереса, партија, класа“ (Rabel 1925, 5). У деценијама које су уследиле редукционизам се јављао због тога што компаратиста, који настоји да упоређује контекстуалне темеље правила која су предмет његовог истраживања, мора прво да реконструира њихово друштвено-економско порекло, те је његов појам „контекста“ значајно ужи⁵⁷ од темеља које имају у виду правни антрополог или правни социолог (Palmer 2004, 5).

Наше истраживање је показало да ни редуковани функционализам ни идеологизовани културализам нису методи примерени циљу који има упоредно право.⁵⁸ Функционална анализа – зато што иза идеје да се могу пронаћи заједничке функције права које воде унификацији правних система, стоји превише претпоставки које нису довољно анализирани; приступ културних разлика – јер се концепт културе не може операционализовати тако да објасни због чега се значења права могу разликовати од једног до другог правног система, чак и онда када су правна

примером уређења својине у браку, чије корене налази у праву Визигота, које је касније презето на Иберијском полуострву, одакле су га Шпанци пренели у Калифорнију, а из које је позајмљено у осталим државама на западу САД.

⁵⁷ На то имају утицај не само истраживачеве субјективне способности већ и трошкови које треба покрити, а који могу да буду несразмерно већи у односу на сврху истраживања. Упоредно право, па и упоредно пореско право, и даље су „предмет у трагању за аудиторијумом“ (Markesinis 1997, 3).

⁵⁸ Функција компаративног права је да обезбеди приступ правном знању које ће бити употребљено да би се испунио основни задатак универзалног унапређивања и разумевања феномена права (Örücü 2007, 46).

правила иста (Cotterrell 2007, 142). И међу функционалистима се могу наћи аутори (на пример, Ериџи), који се слажу да „откривање *raison d'être* сличности и разлика, такође, захтева прелазак из домена чистог правног резоновања у домен контекстуалних фактора“ (Örücü 2007, 49). У објашњавању резултата компаративноправног истраживања витална је правна, социјална, културна, економска, верска и политичка подлога (Örücü 2007, 53). Код културалиста, Ливингстон се, макар невољно, помирио са чињеницом да су сличности ипак могуће, о чему је већ било речи.

Иако присталица функционализма, Чоми је још средином педесетих година XX века запазио да компаративно истраживање мора да узме у обзир „друштвене темеље законодавне делатности, економске и политичке силе... пошто су оне, на основу посматрања, у свакој студији пореске политике најрелевантније... (при чему – примедба аутора) истраживање политичких сила допушта још мање простора за претпоставке о сличности него истраживање о економским силама“ (Chomnie 1956, 220). Чомијево ограђивање од апсолутизовања *praesumptio similitudinis* није, међутим, изазвало неку реакцију *mainstream* компаратиста,⁵⁹ док је, на другом крају методолошког спектра, настајала културолошка критика, која је најчешће значила потпуну негацију релевантности те претпоставке. Заправо, чудновато је да је међу истраживачима који су се у наредним деценијама бавили упоредним пореским правом изостао методолошки дискурс, о чему сведочи не тако давна Марианова анализа (Marian 2010, 425).

Може се, дакле, поставити питање да ли је излаз у некој врсти прагматичног еклектицизма. Проблем је у томе да ли се може обезбедити кохерентност том еклектицизму. На страни функционалиста, Цвајгерт је допуштао да су правна правила утемељена у култури: „Чињеница да је целокупно право културни феномен и да се правна правила никада не могу разматрати независно од историјског, социјалног, економског, психолошког и политичког контекста потврђена је посебно снажно у упоредноправним анкетама“ (Zweigert 1966, 13–14). Културалисти, међутим, посматрају културу из друкчијег угла, мерејући функционалистима на неспремности да „уђу на терен“ и изнутра се баве културом као таквом већ је реконструишу као серију функционалних (или дисфункционалних) односа (Michaels, 365). Чак и у оној најутицајнијој књизи из упоредног права, коју је Цвајгерт написао заједно са Ке-

⁵⁹ У савременој упоредноправној литератури може се наћи разликовање између сличности и функционалне једнакости. „Није претпоставка да су сличне правне институције ни проблеми које оне треба да решавају и потреба да друштва на њих реагују, него су сличне функционалне релације између проблема и решења... То није сличност. То је функционална једнакост“ (Michaels, 371).

цом (Zweigert, Kötz 1998), „контекст има малу улогу, док су формална правила украла представу“ (Husa 2006, 1104). Сматрамо да је важно да се контексту врати улога, али треба бити опрезан како би се избегао ризик од понављања грешке која се приписује функционализму – сада у виду контекста који преузима главну ролу.

Својевремено је Ван Хуке скицирао приступ који је назвао „упоредно право дубоког нивоа“ (Van Hoeske 2002). Он је комбиновао правила и институције са контекстуалним елементима права и тако настојао да избегне црно-белу слику. Из једне такве скице могао би да се развије методолошки проседе, у којем би се нашли и правила и контекст (култура). Тако би, на пример, функционална анализа показала да је циљ правила о трансферним ценама из српског ЗПДПЛ исти као у изворнику (*Смерницама ОЕЦД за примену правила о трансферним ценама за мултинационална предузећа и пореске управе*), то јест да се спречи пребацивање добити повезаном лицу у иностранство, без плаћања пореза, трансакцијом по цени која је различита од цене која би се формирала на слободном тржишту. Укључивање контекста – политичког, па и ширег, културног – понудило би објашњење због чега су привредна друштва у којима Република, аутономна покрајина, односно јединица локалне самоуправе имају квалификовано учешће у капиталу или у гласовима у органима управљања под одређеним условима, почев од 1. јануара 2015. године, искључена из примене тих правила.⁶⁰ Примера ради, с обзиром на то да је Република Србија квалификовани власник *Телекома Србија*, који контролише *Телеком Српске* у Босни у Херцеговини, трансакције између нерезидентног *Телекома Српске* и било којег резидентног правног лица, чији је квалификовани власник Република Србија, не подлежу правилима о трансферним ценама са становишта српског ЗПДПЛ. Прецизније, „дубока анализа“ показује да је, у условима када је јавни интерес подређен групном, створена законска могућност да се добит пореског обвезника – резидента Србије трансферише у иностранство без пореза јер се трансакција са повезаним нерезидентним правним лицем неће подврћи корекцији у складу са принципом „ван дохвата руке“.

Примењујући такав приступ, назовимо га „културним функционализмом“, могла би се постићи „полифонија техника“ (Glanert 2012, 67), односно комбинација функционалног приступа и приступа културних разлика. То, наравно, није универзално решење методолошких дилема у упоредном (пореском) праву, али ће се тако превазићи бинарност

⁶⁰ Закон о изменама и допунама Закона о порезу на добит правних лица, *Службени гласник РС* 142/14, чл. 12.

(добар метод – лош метод). Успех, међутим, зависи од способности истраживача да на прави начин укључе контекст и тако створе својеврсну „покретну скалу“ (ит. *scala mobile*) метода прилагођених циљу датог компаративног истраживања.

ЛИТЕРАТУРА

- [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] Благојевић, Борислав Т. 1/1953. Упоредно право – метод или наука. *Анали Правног факултета у Београду* 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 Örucü, 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. Methodologie 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>, последњи приступ 12. јануара 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: LGDJ.
- [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] Лукић, Радомир Д. 1995. *Методологија права*. Београд: Завод за уџбенике и наставна средства – БИГЗ.
- [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] Moky, 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>, последњи приступ 19. марта 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 Leretholi 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] Поповић, Дејан. 2020а. *Пореско право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [54] Поповић, Дејан. 2020б. *Унификација пореског права у првој југословенској држави*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [55] Поповић, Дејан, Гордана Илић–Попов. 3/2020. Претходно пореско мишљење: пледоаје за његово преобликовање у српском пореском праву. *Анали Правног факултета у Београду* 68: 7–37.
- [56] Поповић, Драгољуб. 2006. *Увод у упоредно право*. Београд: Службени гласник.
- [57] Поповић, Радомир Ј. 2009. *Аврам Петронијевић*. Докторска дисертација. Београд: Филозофски факултет Универзитета у Београду.
- [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] Вотсон, Алан. 2000. *Правни транспланти. Приступ упоредном праву*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [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.

УДК 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. [...]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.

Др Марко СИМЕНДИЋ*

**ПРОТАГОРА И КАЛИКЛЕ: ПОЛИТИЧКИ ПРЕОБРАЖАЈ
ПОЛИСА И ДВА СОФИСТИЧКА ОДЈЕКА
У ПЛАТОНОВИМ ДЕЛИМА****

Поредећи Протагорину и Каликлову аргументацију из Платонових списа Протагора и Горгија, настојим да прикажем два софистичка одговора на нека питања која су поставиле друштвене прилике у Атини V века пре нове ере. Ставови двојице мислилаца саздани су од подударних градивних елемената: 1) посматрања човека као бића вођеног тежњом ка задовољству и жељом да избегне бол; 2) концептуалног раздвајања природе од закона; 3) моралног суда који своје упоришне критеријуме проналази у природи; 4) захтева да се закон уподоби природним мерилима правде и исправног живота. Кључно место разликовања може се пронаћи у Протагорином миту, на месту на којем он упућује на разлике између природних мерила која приписујемо само људима и оних која повезујемо са остатком природног света. Та разлика чини исходе сасвим другачијим: Протагорин демократски човек који настоји да утиче на исходе колективног политичког одлучивања у егалитарној заједници супротстављен је Каликловом аристократи који (треба да) влада над слабијима од себе.

Кључне речи: *Протагора. – Каликле. – Демократија. – Закон. – Природа.*

* Ванредни професор, Факултет политичких наука Универзитета у Београду, Србија, marko.simendic@fpn.bg.ac.rs.

** Дугујем захвалност рецензентима на веома корисним сугестијама.

1. УВОД

Захтев за правдом и правичним суђењем био је један од основних покретача друштвене и политичке динамике у полисима старе Грчке. У Атини су кораци ка непристрасности судова и једнакости пред законом били уједно и кораци ка демократији. Древни устав, којим су привилеговани слојеви лако могли да манипулишу, постепено је добијао ограничења. Драконовим реформама неписана правила постају писани закони, што сужава арбитрарност при суђењу.¹ Важну промену доноси и његов закон о убиству, по коме порота коју су чинили чланови Ареопага одлучује о кривици. Судски процес је заменио дотадашњу праксу да породица и пријатељи настрадалог узимају правду у своје руке. Солоновим и Клистеновим реформама постепено се проширује право на учествовање у политичком животу са уског аристократског круга на све оне који могу да достигну одређени ценз. Временом се тај опсег шири. Атинско уређење добија демократски карактер, јача народна скупштина и слаби аристократски Ареопаг. Развој Атине од VII до V века пре нове ере, од аристократског до демократског уређења, породило је читав низ механизма ограничења власти и заштите јавног добра од самовоље појединаца и група: писане законе, суђење пред јавним установама уместо крвне освете, једнакост пред законом (*isonomia*), разликовање судске од законодавне власти, бирање дужносника лутријом, остракизам, идеју да законодавац не треба да управља, замисао да полисом треба да управљају бројна тела, а не појединци, те да појединци треба да имају ограничен мандат и да сносе последице за несавесно обављање јавне службе.² Ипак, упркос бројним слојевима институционалних промена, остао је отворен ванинституционални простор за тумачење праведности. Још увек је било заступљено древно виђење правде према коме треба помагати пријатељима и шкодити непријатељима, а нескривена „приватна“ непријатељства су и даље обележавала атинску свакодневицу.³ Заинтересованост за правду и склоност ка сукобљавању са про-

¹ Жеља Атињана да се заштите од кривотворења закона била је толико снажна да је за лажно навођење законских одредби била предвиђена смртна казна (Philips 2008, 58).

² Садржајан преглед развоја атинских правних и политичких установа нуди Едвард Херис (Harris 2006).

³ Мери Бландел (Blundell 1989, 1–59) у почетним поглављима своје књиге анализира велики број разноврсних извора у којима се може пронаћи то виђење правде. Једно од најпознатијих таквих места је прва књига Платонове (2002, 334b-c) *Државе*. Дејвид Филипс „приватна“ непријатељства (*echthra*)

тивницима, аспекти су атинског друштвеног живота који свој простор неће добити само у демократским установама већ ће оснажити и поље њихове спољне (аристократске) критике.

Пети век пре нове ере рађа нову врсту политике у Атини, а грађани се у све већој мери ослањају на способност да уверљивим излагањем у скупштини докажу исправност свог предлога или да на суду придобију пороту. Вештина убеђивања постала је у „демократско-агонистичком“ политичком контексту посебно корисна, а утолико и посебно опасна (Ђурић 1955, 5). Нове политичке прилике отвориле су нову арену за сукобљавање различитих интереса и створиле потребу за учењем реторике. Ту празнину у атинском образовном процесу попунили су софисти, мислиоци чија су се учења разликовала и по садржају и по степу софистицираности, а које је повезивало углавном то што су били путујући учитељи који су подучавали људе у замену за новац. Иако су софисти предавали по целом грчком свету, њихова је делатност била изразито вредна у демократској Атини.

Три су врсте учитеља подучавале младе Атињане. Први су били учитељи гимнастике који су помагали ученицима да обликују своја тела, да стекну атлетске вештине и да се успешно такмиче у спортским надметањима, посебно у дисциплинама као што су рвање, бацање копља или диска (Romilly 1992, 30). Друга врста учитеља били су наставници музике. Деца су учена да певају, свирају китару и друге инструменте, али пре свега да буду део хора. Музичком хармонијом је код грађана од ране младости негован осећај припадности заједници (Romilly 1992, 30–31). Трећа врста учитеља подучавала је младе књижевности. Ученици су читали лирске песме и Хомерова дела, преписивали одломке и учили их напамет. Књижевност је била пут ка „мудрости, моралности, политици и разумевању живота и света“ (Romilly 1992, 30).

Даље образовање није имало системски карактер. Занатлије су подучавале младе Атињане својим вештинама. С друге стране, ако би хтели да посвете живот истраживању истине, млади би се придруживали филозофима, те би се у разговорима са својим учитељима припремали за тај позив (Romilly 1992, 32–33). Ипак, пре процвата демократије није постојало техничко ни практично образовање које би Атињане припремило за успешно учешће у грађанским (политичким) активностима. То није случајно, пошто младим аристократама, статусно и судбински

разликује од непријатељстава у рату и наводи да су она имала различите начине испољавања, „вређање, парничење, физичко насиље укључујући и убиство“ (Philips 2008, 15–16).

повезаним родовским и хијерархијским односима, није било потребно сложеније виђење правде од оног из херојског доба, према коме треба помагати пријатељима и наносити штету непријатељима. Такође, ма шта да су аристократе интимно мислиле о правди или које год да су политичко становиште заузимале, ретко ко би им тражио да изложе свој став суду великог броја људи. Традиционално образовање је чувало поредак и неговало ауторитете на којима је он почивао (Ђурић 1958, 17–18). Ипак, оно што је некада захтевао природни поредак изменило се у демократском контексту – променом поретка (*politeia*) променило се и схватање природе (*physis*).

Софисти су се нашли међу крацима троугла који је оцртало ново време, смештени између (1) друштвене потребе за образовањем новог човека и (2) несталности демократског поретка који није успео потпуно да потисне аристократске вредности и који је (3) искушавао устаљена виђења природе и закона (*nomos*). У овом ћу се тексту бавити тим сложеним међуодносом користећи се примерима два веома различита софистичка учења. С једне стране се налази учење о хармоничном односу природе и људског закона које нуди Протагора (око 490–420. године пре нове ере), а с друге Каликлово (V век пре нове ере) становиште да је закон супротан природи. Поређење Протагориних ставова са Каликловим гледиштем корисно је зато што се те две позиције налазе на супротним странама вододелнице коју отварају разлике у виђењу односа природе и закона. Она се најшире рачва у супротним политичким идејама, а практичну примену проналази у веома различитим програмима софистичког политичког образовања. Циљ ми је да, ослањајући се пре свега на *Протагору* и *Горгију*,⁴ прикажем и упоредим та два одговора на изазове атинске политике V века пре нове ере и укажем на неке њихове савремене интерпретације.⁵ Нећу улазити у, иначе занимљиве, спорове о томе да ли је Протагора филозоф или софиста, односно да ли је Каликле софиста, нити ћу настојати да реконструишем „историјског“ Протагору.⁶ Такође, нећу се бавити питањем историјске утемељености Каликлових ставова ни специфичностима његовог става према (другим?) софистима.

⁴ Користићу превод Мирјане Драшковић и Албина Вилхара.

⁵ Михаило Ђурић (1958, 58–60) такође пореди идеје двојице мислилаца, наводећи да се код Каликла, а не код Протагоре, може пронаћи рана идеја друштвеног уговора.

⁶ Одличан текст на те теме нуди Нобуру Нотоми (Notomi 2013).

Протагора из Абдере је вероватно најпознатији мислилац који се представљао као софиста. Путовао је по грчком свету, предавао и наплаћивао своје лекције. Бар два пута је посетио Атину, а Перикле га је ангажовао да напише законе за Туриј, грчку заједницу на југу Апенинског полуострва. Протагорина најпознатија дела су *Истина* и *О боговима*. Често су цитиране (те тако и сачуване) уводне реченице тих списа, а Протагора је постао чувен по својој тези о човеку као мери свих ствари и агностичком ставу према боговима.⁷ Данас су доступни само малобројни фрагменти великог броја дела која је Протагора написао, уз многе осврте других аутора, посебно из хеленистичког и римског доба.⁸ Познати софиста је честа тема Платонових списа: у *Протагори* је Сократов саговорник, у *Теетету* се његове идеје пажљиво разматрају, а Платон га помиње и у многим другим дијалозима.⁹ Протагорине политичке идеје највидљивије су у истоименом дијалогу, те ћу се зато готово искључиво ослонити на тај спис.

Каликле је Сократов саговорник из *Горгије*, познат пре свега по својој одбрани права јачег. У том погледу сличан је Трасимаху,¹⁰ али, за разлику од Халкедоњанина, који је недвосмислено био софиста и историјска личност активна у Атини V века пре нове ере, Каликле је био атински политичар племенитог рода о чијем постојању, сем *Горгије*, не постоје друга сведочанства.¹¹ Каликле није био софиста у правом смислу те речи, пошто је недвосмислено гајио презир према њима, а нема ни назнака да је подучавао друге (Platon 1968a, 520a). Ипак, његове се идеје често разматрају као део софистичког корпуса или бар заједно са идејама софиста.¹² То је оправдано пошто се Каликлово становиш-

⁷ Бројни аутори нуде податке о Протагорином животу, на пример Џорџ Керферд (Kerferd 1981, 42–44), Вилијем Гатри (Guthrie 1971, 262–264) и, недавно, Мауро Бонаци (Bonazzi 2020). Од домаћих аутора, биографске податке износи Милош Ђурић (1955, 9–10). Ипак, неке недоумице остају отворене, попут социјалног статуса његове породице, разлога због кога му је суђено у Атини и начина на који је умро.

⁸ На српском језику извори су сабрани у преводу Александре Здравковић Зистакис (2017).

⁹ У питању су *Хипија већи*, *Менон*, *Кратил*, *Еутидем*, *Федар* и *Софист*.

¹⁰ Трасимах своје становиште излаже у Платовој *Држави* (Platon 2002, 338c–354c).

¹¹ Детаљно поређење Каликлових и Трасимахових идеја нуди Рејчел Барни (Barney 2017). На важне нијансе упућује и Иван Јордовић (2009, 223–225).

¹² На пример, Керферд (Kerferd 1981) и Гатри (Guthrie 1971). Од домаћих аутора, то чине Михаило Ђурић, Милош Ђурић и Љубомир Тадић (Аврамовић, Јованов 2020, 246–250). Супротан став износи Жаклин де Ромили (Romilly 1992, xiv). Драгутин Аврамовић и Илија Јованов (2020) сматрају Каликла пре

те може посматрати као екстремна верзија једне могуће софистичке позиције. Због своје целовитости и посебно снажног израза, Каликлови ставови су кориснији од Трасимахових идеја, које свој пун опсег достижу тек уз Адеимантове и Глауконове допуне (Јордовић 2009, 224). Каликле нуди заокружену аристократску критику атинске демократије, веома различиту од оне коју пружа Платон.

2. ПРОТАГОРА: ПРИРОДА И ЗАКОН СУ У ХАРМОНИЈИ

Софисти су тврдили да је њихово учење веома конкретно, да се тиче политичке вештине и обећавали су ученицима повољне исходе. Протагора се тако у истоименом Платоновом дијалогу обраћа младом Хипократу и тврди: „Младићу, ако се будеш са мнош другом, зацело ћеш онот дана, кад будеш први дан са мнош, отићи кући бољи, а сутрадан исто тако. И тако ћеш сваки дан све више напредовати“ (Platon 1968b, 318b). Недуго затим, Протагора саопштава какво је то образовање које нуди, те да, за разлику од других софиста, његов ученик „ништа друго неће учити, него оно за што је дошао“ (Platon 1968b, 318b). Политичка вештина је предмет Протагорине наставе, а то је „разборитост [*euboulia*] у домаћим пословима, како што боље управљати својом кућом, и у државним пословима како ће што боље радити и говорити“ (Platon 1968b, 318e). Овде се одмах намеће питање шта тачно значи напредовати на начин који Протагора предлаже и шта је у том смислу „добро“, односно „што боље“. Неки би Протагорин ученик могао употребити софистичко образовање за стицање политичке моћи и утицаја у друштву, тако што би усавршио своју способност јавног говора и убеђивања. Ипак, иако лични напредак који би неки млади Атињанин могао имати на уму не мора упућивати на напредак у врлини, Протагорин одговор је супротан (Hussey 2021, 22).

Протагора тврди да подучава врлини (*arete*), што ће Сократ довести у питање у наставку дијалога. За познатог софисту политичка активност не почива на техници убеђивања и њен циљ није сводив на успех појединца у јавном животу већ је то врлина која је једнако неопходна добрим грађанима и њиховим политичким вођама (Hussey 2021, 21). Њена би примена требало да води ка добрим колективним исходима. Међутим, иако Протагорина „разборитост у домаћим пословима“ није пука реторика, она није ни знање (Woodruff 1999, 308–309). То је ве-

свега ретором.

штина намењена двама неподударним контекстима: домаћинствима и државама.¹³ *Euboulia* мора имати довољно општи карактер да обухвати те две сфере, али и начине управљања карактеристичне за њих. Власт главе породице у „домаћим пословима“ монархијска је и готово неограничена (Woodruff 2013, 181), док атински контекст Платоновог дијалога упућује на то да Протагора мисли на демократске „државн[е] послов[е]“. Ако је распон примене разборитости коју Протагора подучава заиста толико широк, онда се чини да она не може бити применљива само у демократији већ и у свим другим државним облицима, укључујући и монархију.

Пол Вудраф (Woodruff 2013, 192) сматра да *euboulia* почива на врлини, да се тиче „доброг расуђивања [које] зависи од наше способности да препознамо и уверљиво представимо аргументацију обе стране у дебати“ те да нам помаже да дођемо до „разумног закључка“. Примена тако схваћене разборитости у недемократском контексту могла би да изазове кршење темељних принципа полиса и урушавање врлине у њему.¹⁴ На пример, иако мала група олигарха може међусобно разложно дебатovati,¹⁵ „разуман закључак“ до кога дођу могао би да их усмери ка нарушавању олигархијских принципа на којима је њихов полис саздан. Демократија једина нема таква ограничења. Ова пијаца поредака, како је Платон (2002, 557c) описује, једино је уређење довољно савитљиво да издржи отвореност политичких исхода и поступање мноштва обједињеног пре разборитошћу него знањем или заједничким мотивима. Демократија може бити посебно погодно уређење за младе и хетерогене заједнице и можда је Протагора баш из тог разлога написао законе за демократски Туриј, колонију сачињену од досељеника из десет грчких насеобина (Fleming 2002, 20).¹⁶ С друге стране, држава која своје уређење темељи на знању или на неком другом снажном основном принципу (ратничкој части или богатству) сужава простор за политику, па и за Протагорину „добро расуђивање“.

¹³ Милош Ђурић (1955, 14–15) и Михаило Ђурић (1958, 21) не сматрају да су та два поља раздвојена.

¹⁴ Овде је свеједно да ли је Протагорина врлина универзална или повезана са одређеним полисом.

¹⁵ Чак и краљу може користити *euboulia* – на исти начин као и глави породице.

¹⁶ Можда су Протагорини разлози били далеко мање узвишени. Туриј је био Периклов подухват и тешко је замислити да би он ангажовао Протагору (или било кога другог) да уреди нови град на недемократски начин.

Може се бранити и супротно гледиште. Протагорино подучавање је најкорисније у демократијама, али оно није део програма општер образовања за демократију. Реч је о скупо плаћеној настави реторике намењеној новој политичкој елити, амбициозним (будућим) државницима који (желе да) предводе демократије (Hussey 2021, 18–20) и који би требало да науче како та уређења функционишу. Ученици неће сазнати како да дођу до „разумног закључка“ о сложенем политичком питању већ како да манипулишу грађанима и владају демократским полисом. У *Држави* Платон (2002, 493а-с) критикује те аспекте софистичког образовања када пише о софистима као „чудним васпитач[има]“ који анализирају ставове масе, „као кад би неко хтео да одгоји велику и јаку звер, па би проучавао њене ћуди и страсти“. Добри исходи које обећава Протагора зато не морају имати општи карактер – чак и ако буду добри по његовог ученика, они неће нужно унапредити и учеников полис.¹⁷

Вештина којој подучава Протагора може донети корист ученицима и зато има опортунистички предзнак. Ипак, сагледана у контексту развоја атинске демократије, она прати одређене еманципаторске токове. Стари образовни систем, који се ограничава на музичко, гимнастичко и граматичко образовање, кројен је пре свега по мери аристократског ученика, особе старог кова која се истиче храброшћу и физичким карактеристикама значајним у рату, а касније и у спортским надметањима (Romilly 1992, 30; Raaflaub 2007, 58). С друге стране, софистичка учења су одговор на потребе демократског или, можда пре, с обзиром на цену подучавања, олигархијског човека.¹⁸ Могућност усавршавања вештине јавног говора омогућила је и онима који немају племенито порекло (а строги критичари би додали и то да немају ни било коју другу одлику) да се истакну у бављењу политиком. Истовремено, она је натерала и многе младе аристократе да дају новац софистима како би задржали утицај у новим околностима (Romilly 1992, 213).

Протагора је познат пре свега по свом ставу, изнетом у делу *Истина*, „да је човјек мјера свих ствари, оних које јесу да јесу, а оних које нису да нису“ (Platon 2000, 152а). Та тврдња нас упућује на неколико

¹⁷ А. Р. Нејтан (Nathan 2017, 2) упућује на савремена тумачења да Атињани нису сматрали да су личне амбиције супротстављене општем добру.

¹⁸ Тешко је уопштено рећи коме је једна хетерогена група попут софиста предавала, односно да ли су окупљали велики број ученика или мали број најимућнијих. Интересовање за њихово подучавање можда је, макар у Атини, било повезано са судбином демократије. Према том тумачењу, после Периклове смрти софисти су изгубили популарност и више су се усредсредили на подучавање елите (Nathan 2017, 3).

карактеристика које у највећој мери повезују иначе разноврсну мисао софиста. Прва је издвајање бављења човеком од размишљања о природи. То разликовање разбија становиште филозофа из VI века пре нове ере. Према њиховом схватању, човек је пре свега део природе и подвргнут њеним законима,¹⁹ а равнотежа која управља природом делује на начин који се може описати терминима попут „правде“, „казне“ или „одмазде“. Људска друштва су такође устројена према тим „природним“ начелима, а посебно су важни равнотежа саставних делова и „права мера“ (Raaflaub 2007, 49–50). Удаљавање од природних мерила веома је важно у политичком смислу, пошто подрива идеју о урођеним (природним) карактеристикама које издвајају једне људе од других. Такво је, на пример, становиште о урођеним врлинама аристократа које се преносе природно, наслеђујући се с колена на колена (Romilly 1992, 45). Песник Теогнид (VI век пре нове ере) истиче то традиционално схватање када пише како је „лакше зачети и подићи особу него дати јој племенити ум. Нико још није открио како да учини будалу мудрог и начини доброг човека од лошег... Подучавајући, нећемо учинити лошег човека добрим“ (Raaflaub 2007, 38). Предавачки ангажман софиста супротстављен је том аристократском ставу, па Протагора тврди да се врлина може научити и да „није нимало чудновато што се од добра оца рађа рђав син, а од рђава добар“ (Platon 1968b, 328c). Уместо идеје о изузетности једне групе људи на којој се темељи оправдање њихове власти, проналазимо замисао да је врлина једнако доступна свим људима и да њено култивисање може бити важно за политичку заједницу.

Протагора препричава мит о настанку људи у коме настоји да покаже да је врлина карактеристика свих људи.²⁰ Он наводи да су богови створили сва смртна бића од земље и ватре те да су поверили Прометеју и Епиметеју да им дају различите особине и способности. Епиметеј је тај задатак преузео на себе и постарао се да животињама осигура опстанак. Од природних непогода животиње су заштићене крзном или чврстом кожом, а од оскудевања у храни разноврсношћу онога што једу – неке једу разноврсне биљке, док се друге хране месом. Равнотежа у природи, а посебно међу различитим врстама животиња, постигнута је тиме што месождера има сразмерно мање него биљоједа. На крају, свака се животиња истиче по некој способности, попут брзине, снаге, вештине скривања или лета (Platon 1968b, 321b). Епиметеј је на тај начин

¹⁹ Слично становиште о свеобухватности природног поретка постојало је и у источним деспотијама попут Месопотамије (Raaflaub 2007, 56).

²⁰ Добар преглед различитих савремених праваца у тумачењу Протагориног мита нуде Бонаци (Bonazzi 2000) и Нејтан (Nathan 2017).

успоставио хармонију у природи и осигурао трајну разноликост живог света који су створили богови. Ипак, Епиметеј, тврди Протагора, „није био сасвим паметан“ и заборавио је да људима подари особине које би их очувале као врсту, те је човека оставио „нага, боса, непокривена и без оружја“ (Platon 1968b, 321c).

Прометеј је реаговао на братовљеву непромишљеност и, да би заштитио људски род, украо је од богова ватру. То, међутим, није било довољно за опстанак људи. Иако су људи, живећи изоловано, успевали у одређеној мери да се прехране и заштите од животиња, били су још увек угрожени. Покушавали су да се удружују, да оснивају градове, али у томе нису успевали. Сваки сусрет људи неприпремљених за заједнички живот значио би међусобне сукобе јер су „чинили [...] неправду један другом“ (Platon 1968b, 322b). Зевс се, наводи Протагора, смиловао на људски род и опремио га стидом и правдом, те су људи тада почели хармонично да живе у заједницама, повезани „присн[ом] вез[ом] пријатељства“ (Platon 1968b, 322c). Зевсов уплив може се, посебно према Протагори, који је агностик, сматрати метафором за „производ времена, горког искуства и нужности“ (Guthrie 1971, 66). Протагора зато сматра праведност основном врлином, а врлину „политичком мудрошћу“, односно „политичком вештином“ (*politike techne*) која је равна „вештачком знању“ коришћења ватре (Platon 1968b, 325a-c).

Протагора наглашава везу између врлине и опстанка људи. Уколико је припадност заједници нужна за опстанак човека, тај софиста сматра да је врлина нужна за опстанак заједнице. Зевсова расподела врлине свим људима указује на претпоставку да постоји начелна једнакост људи по потенцијалу за врлину, на сличан начин као што постоји и једнакост људи пред законом. *Isonomia* је институционални израз чињенице да сваки грађанин једног полиса има удео у врлини и Протагора упућује на то да закони имају образовну сврху. Уколико се сврха закона не би тицала васпитања грађана, сматра Протагора, закони би били посебно окрутни јер би се тада људи „слепо свети[ли] као животињ[e]“. Уместо тога, „[к]о разборито мисли да кажњава, не кажњава за прошлу кривицу – јер оно што је урађено, урађено је – него да у будућности опет не скриви ни он сам ни други, кад види како је овога стигла казна“ (Platon 1968b, 324b). Људи су, према томе, по природи једнаки утолико што могу да имају врлину, а закон и васпитање одражавају и подржавају ту чињеницу. Протагорина разматрања о пореклу врлине упућују нас на то да тај мислилац сматра да закони и обичаји полиса прате природне (божанске) законе тиме што унапређују врлину грађана и помажу сваком човеку да испољи своју (природну) предодређеност за живот

у заједници.²¹ То је значајан закључак, посебно у светлу чињенице да Каликле указује на неприродност једнакости грађана пред законом, о чему ће бити више речи нешто касније.

Сазнајни аспект Протагорине тврдње о човеку као мери свих ствари има политичке последице. Он пориче постојање јединствених, вечних и непроменљивих истина које постоје независно од људског искуства или, барем, негира њихову доступност људима. Исту ствар ће различити људи видети на различите начине, те Платон у *Теетету* наводи да Протагора сматра да је исти ветар за некога топао, а за другог хладан (Platon 2000, 152b-d). Овде нећемо улазити у детаље Протагориног аргумента нити у начине на које га Сократ побија. Довољно је да кажемо да политичку последицу сазнајног релативизма можемо пронаћи у идеји да не постоје јединствена правила за уређење (најбоље) политичке заједнице. Различити полиси почивају на различитим схватањима доброг живота, различитим обичајима, законима и навикама те ће се разликовати и начини на које њихови грађани разумеју идеје попут правде и врлине. У *Теетету* Сократ саопштава тај Протагорин став и наводи да оно „што свакој појединој држави изгледа праведно и лијепо, то и јест за њу тако док то прихваћа“ (Platon 2000, 167c). „Мудри и честити говорници“ зато треба да подрже поредак и „раде да државама изгледа праведно оно што је добро а не оно што је лоше“ (Platon 2000, 167c).

Вратимо се на Протагорин мит. Људска врлина се негује у полисима, али они имају међусобно различите установе и схватања врлине.²² Овде се намеће питање да ли је Протагорина способност за врлину (или, барем, за политичку врлину) заправо само празан суд који ће конкретно схватање врлине попунити садржајем, зависно од тога у ком полису грађанин живи. Да ли је (политичка) врлина уопште јединствена за све људе на свету или постоје атинска, спартанска, тебанска или нека друга врлина? На крају, ако постоје врлине карактеристичне за одређени полис, у ком односу ти посебни скупови врлина стоје према целој врли-

²¹ Протагорини ставови о (не)спојивости природе и закона предмет су савремених расправа. Дobar преглед тих спорова и ваљан аргумент да Протагора не супротставља природу закону нуди Ендрју Шортриџ (Shortridge 2007). Сличан став износи и Милош Ђурић (1955, 14). Утицајно супротно читање може се пронаћи код Гатрија (Guthrie 1971) и Керферда (Kerferd 1981, 126).

²² Редослед је овде такође важан и упитан. Ако је врлина предуслов заједничког живота, како је онда могуће да се она изучава (тек) у заједници? Можда је неопходна (још једна) божанска интервенција како би се разрешио тај парадокс (Kerferd 1953, 45).

ни? Иако се тим питањем учесници у Платоновом *Протагори* не баве непосредно, закључци о Протагорином становишту могу се извести из његове размене са Сократом.

Постоје бар три могућа одговора на то питање. Протагора је сагласан с тврдњом да су задовољство и бол у основи сваког људског поступања (Platon 1968b, 353c-e). Сви људи су, према томе, једнако упућени на заједнички живот, мотивишу их исте побуде, а Зевсов дар се односи на све њих. Такође, Протагора не само да тврди да је „Зевс праведност и стид послао [свим?] људима“ (Platon 1968b, 329c) него каже и да је „врлина једно“. Ако је врлина јединствена, можемо претпоставити и да ће њен део бити јединствена разборитост. У том случају ће Протагорине лекције о управљању бити исте и једнако применљиве без обзира на полис из ког долазе његови ученици. Ипак, тај закључак није у складу са Прогагориним ставом о човеку као мери свих ствари. Протагора се овде налази у тешкој ситуацији. Уколико је врлина природно доступна свима, нема потребе за (њеним) подучавањем, а ако каже да се она мора учити, онда демократска теза о томе да било ко може политички одлучивати постаје неодржива (Guthrie 1971, 65). С друге стране, постоје и тумачења да мит о настанку људи није ни потребно мирити са Протагориним релативизмом. Према том становишту, довољно је рећи да је свачија разборитост иста бар утолико што сви људи препознају корист од живота у заједници, те на томе могу градити и друга морална начела. Невоља, ипак, настаје када морал треба суочити са остваривањем себичних циљева и ту Протагора остаје недоречен (Nill 1985, 50–51).

На тај проблем се може одговорити на други начин полазећи од Протагориног става да разнородност саставних делова врлине значи да не постоји јединствени принцип под који се оне могу подвести. Тако, на пример, Протагора подучава разборитости, али не нужно и храбрости или побожности. Слично томе, а за разлику од јединственог знања које стоји иза мудрости, разборитост ће се огледати у правилном поступању у контексту одређених установа сваког полиса, односно у складу са (различитим) уверењима које различити грађани могу неговати. Ако је врлина заправо политичка вештина, политичка мудрост или *euboulia*, може се претпоставити да „добро управљање“ у Спарти може значити једно, а у Атини друго, те да софистичко подучавање зависи од установа конкретног полиса. Такво становиште није неосновано. Политичку примену Протагориног основног начела о човеку као мери свих ствари већ смо пронашли у *Теетету* (Platon 2000, 167c). Ту Платон саопштава „најотпорнију верзију Протагорине изреке“ да не постоји универзално начело које разликује добро од лошег, па та разлика искључиво зависи од убеђења које је одређена заједница одлучила да озакони (Long 2017, 28).

Трећи, свеобухватнији, одговор заснива се на идеји да за Протагору постоје две врсте људских карактеристика: 1) универзалне и природне, које су заједничке за целокупно човечанство и које не зависе од конкретног полиса (Decleva Caizzi 1999, 319), и 2) контекстуалне и људске, које се читавају на различит начин на различитим местима и у различитим периодима. Људска природа би, тако, усмеравала људе ка задовољству и избегавању бола; сви људи би једнако зависили од живота у заједници, а у томе би им свима помагали стид и праведност. С друге стране, садржај праведности би зависио од конкретне ситуације; различите би заједнице сматрале да праведност има различите карактеристике, а та виђења би била преточена у правила понашања, законска или некаква друга. Према томе, сваки човек тежи хармоничном животу у заједници, али да би дошао до свог циља, своје поступке мора да прилагоди партикуларним условима који важе у конкретној заједници у којој живи и у томе му помаже његова разборитост. Протагорина подучавање се, према томе, ослања и на „природу и на праксу“ (Guthrie 1971, 68).

Проблем са којим се суочавају сва три одговора која сам понудио састоји се у међуодносу трију становишта: (1) постојања општељудске врлине, (2) виђења врлине карактеристичног за одређени полис и (3) става о врлини које има појединац као мера свих ствари. Чак и уколико некако превазиђемо напетост између првог и другог елемента, политичку напетост може створити и неподударност појединачних ставова са ставовима пописа и универзалним истинама. Демократија вероватно пружа најпогодније установе за политичко разрешење таквог проблема (Decleva Caizzi 1999, 321), али ни она не гарантује добар исход – да омасовљени појединачни став (3) неће угрозити начин на који је заједница организована (2) и гурнути је на пут несвојствен врлини (1). Ствар се додатно усложњава тиме што постоје две могуће публике за Протагорине ставове: богаташи и обични грађани. Као вешт трговац који свима нуди своје производе, Протагора препричава мит о настанку људи тако да он звучи привлачно и једнима и другима (Nathan 2017, 19–20). Зато можемо трима виђењима врлине придружити и још једно – оно које зависи од друштвеног положаја. Било како било, без обзира на то како тумачимо Протагорине увиде о врлини, несумњиво је да се он не разликује од других софиста по томе што раздваја природно од људског, односно природу од закона. Код Протагоре су природа и закон у хармонији – иако се међусобно разликују, једно (би требало да) проистиче из другог.

3. КАЛИКЛЕ: ЗАКОН СПУТАВА ПРИРОДНУ СНАГУ

Платонов дијалог *Горгија*, заједно са првом књигом *Државе*, предочава нам софистичко виђење супротно од Протагориног. То је становиште које заступају Каликле и Трасимах, Сократови саговорници, који сматрају да би правда требало да буде на страни јачег. Каликле нуди упечатљиво виђење „природне“ правичности по коме

већ сама природа открива да је праведно ако бољи има више од горег, а јачи више од слабијег. Природа сама потврђује да је заиста тако, у разним приликама, не само у животињском свету него и код човека, свуда, у градовима и у породицама: да важи принцип да је праведно ако јачи влада над слабијим и ако има више (Platon 1968a, 483d).

Јачи и бољи су, према Каликловом мишљењу, људи који су „разумни и храбри у управљању државом“ (Platon 1968a, 491d). За разлику од Протагоре, Каликле не сматра да из специфичности људске природе проистиче посебна људска правда. Природа о којој говори Каликле (*physis*) није људска природа већ природа уопште (Јордовић 2009, 221; Ђурић 1958, 61). Зато је природна правда једнака за животиње, људе и државе, а у сва три случаја важи да бољи и јачи заслужује власт над лошијим и слабијим. Такође, животињама се често приписује немоћ да контролишу своје пориве. Каликле не види ништа спорно у приписивању те „животињске“ карактеристике људима, док су Платон и Сократ најватренији заступници става да исправно понашање управо почива на способности човека да заузда своје (животињске) нагоне. Каликле тврди да „разуданост [ни]је нешто срамно“, односно да

ко жели да живи правим животом мора својим највећим страстима пустити на вољу да јачају, не обуздавајући их, а кад оне постигну највећу меру, он мора да буде довољно јак да им угађа својом храброшћу и памећу и да се у потпуности задовољи свим оним што и кад год што зажели (Platon 1968a, 491e-492a).

За Каликла, како видимо овде, врлина (односно памет и храброст) служи да би човек могао да живи „правим животом“, а неумереност је нераскидиво повезана са слободом. Другим речима, „неумереност, разуданост и слобода, ако само располажу са довољно средстава, јесу врлина и срећа“ (Platon 1968a, 492c). Умерен и спокојан човек, онај ко нема изражених жеља, у одређеном смислу као да није ни жив. Он живи „као камен“ јер се „више ни не радује ни не жалости“ (Platon 1968a, 494a). Живот умереног човека је нешто неприродно – човек не може

бити господар самом себи, нити Каликле до краја разуме шта значи владати над самим собом. За њега умереност није вид владања већ још један од видова поковања, пример слабости и кукавичлука (Klosko 1984, 127–128; Ђурић 1955, 40).

Људска природа је таква да човек стално тежи увећању задовољства и зато настоји да превазиђе све препреке које му стоје на путу. То могу бити сопствена ограничења, али и тежње људи који нас окружују (Varney 2017). Страсти су путоказ за опхођење према другима, самим тим што се испољавају и као љубав према пријатељима, односно мржња према непријатељима. Каликле грубим речима осуђује „природно обдареног човека“ спутаног образовањем који „ни себе нити икога другог може спасити великих опасности, него [...] му непријатељи узму све што има“ (Platon 1968a, 486c). Исправно је помоћи себи и пријатељима и нашкодити непријатељима, па Каликле надмоћног човека који одбија да послуша природу и искористи своју снагу назива бедником који „заслужује да га без казне добро ишамараш“ (Platon 1968a, 486c).

Каликлово виђење правде и људске природе одговара традиционалном (аристократском) схватању, заступљеном у Хомеровим делима и Теогнидовим песмама, да најбољи, најхрабрији и најпапетнији ратник заслужује највише плена и навеће почести. Хомерска ратничка етика слави хероје, мужевне вође и њихову снагу и умешност, те Каликле описује *какав* треба да буде човек који заслужује више (власти, почести, имовине или неког другог добра) од других, али не описује *зашто* би то требало да добије (Ђурић 1958, 64; Varney 2017). Такође, од Каликла не сазнајемо да ли, осим природне и неутолјиве тежње за стицањем, постоји неки циљ због којег вреди бити храбар или разборит. Праведно је и природно наградити нечија природна својства (телесну и духовну надмоћ), а награда се састоји у томе да херој добије шта год пожели. Хранећи своју разузданост, он осећа задовољство, а то је највише добро које неко може достићи (Cooper 1999, 54).²³ Иза предмета жеље или задовољства не морају да стоје ни разлог ни структура ни циљ пошто Каликле, за разлику од Сократа, сматра да задовољства нису рационална (Berman 1991, 137–39).

Каликлова аргументација надовезује се на Горгијин став о томе да је за човека „највеће добро [оно] што [људима] који га имају даје слободу и уједно власт над осталима, сваком у свом граду“ (Platon 1968a, 452d). Вешт говорник је способен да надмудри стручније и образованије од

²³ Виђење да су и храброст и разборитост добра сама по себи нуди Девин Стауфер (Stauffer 2002, 646).

себе, па Горгија својим саговорницима говори да ће реториком „и лекара и учитеља гимнастике начинити робом, [док ће трговац стицати благо] за тебе који умеш да говориш и умеш да убедиш светину“ (Platon 1968a, 452e). Тако схваћена, реторика је посебно делотворна у демократским заједницама и може се сматрати одређеном врстом оружја (Platon 1968a, 456c–457c). Говорничко се оружје може искористити на бар два начина: 1) како бисмо владали над другима, 2) како бисмо вештим говорима придобили пороту и избегли казну на суду (Platon 1968a, 452e). Вешт говорник може да влада над другима, било правично било неправично, као што ће моћи да избегне казну, без обзира на то да ли је невин или крив. Реторика је у том смислу слична борилачкој вештини – ако је њоме овладао добар човек, она ће служити добру, док ће у рукама лошег човека бити злоупотребљена. Горгија, дакле, разликује употребу говорничке вештине од њене злоупотребе, а критеријум је (не)правичност говорника.

Каликле и Пол сматрају да се Горгија сувише лако предао Сократу и признао да је правичност важна за доброг говорника (Platon 1968a, 461b–e, 482c–483c). За разлику од Протагоре, слика света коју нуди Каликле почива на идеји да је људска заједница често неприродна и неправедна. Законе „стварају слаби и гомила [...] само себе и своје користи ради“ (Platon 1968a, 483b–c). Овде опет препознајемо типични софистички став да су људски закони ствар конвенције, али и идеју да је та конвенција лоша. Ако је људски закон лош, то мора да значи да постоје универзални природни закони који постављају критеријуме ваљаности правилима која су осмислили људи. Људски закони падају на тесту праведности пошто су супротстављени законима природе и циљ им је да обуздају најснажније и најбоље људе како ови не би надјачали лошије од себе. Зато је природно и праведно све оно што оснажује човека и омогућава му да испуни прохтеве сопствене разуданости, док су закони увек неприродни и неправедни јер спутавају такве тежње. Каликле тврди да, за разлику од природног права и природног закона, људи својим законима „најбоље и најјаче међу нама, узимајући их већ од малих ногу, држ[е] у страху па их као лавове крот[е] опчињавањем и претварањем, говорећи им да не ваља да неко има више од другог и да се у томе састоји праведно и лепо“ (Platon 1968a, 483e–484a). Слично Протагори, Каликле види образовање као део свеобухватног пројекта људске социјализације, док је суштинска разлика у томе што Каликле сматра да је тај образовни подухват неприродан и неправедан уколико не негује вештине које помажу снажнима да се истакну (Irani 2017, 72). Хармонију која се постиже демократским образовањем и једнакошћу пред законом Каликле види као лаж која се може разоткрити уколико се појави човек „који би имао довољно природне снаге да се свега тога

ослободи“ (Platon 1968a, 484b). Он би по природи загосподарио осталима, а „право природе [би тада] засијало у пуном сјају!“ (Platon 1968a, 484b). Сви људи, најгори и најбољи, настоје да владају над другима и у људској је природи *pleonexia*, жеља „да се има више“. ²⁴ Зато је тежња ка једнакости заправо израз жеље слабих да доминирају (Irani 2017, 71). Они желе исто што и тирани, а разлика је у томе што тиранска власт не мора бити неоправдана. ²⁵

Каликле сматра да је закон неприродна последица завере слабих људи, али му Сократ поставља питање да ли је мноштво слабих људи заиста слабо уколико је у стању да јачима од себе наметне законе који ће их спутати (Platon 1968a, 488d). Каликле објашњава да говори о изузетно разборитим и храбрим појединцима, по чему је „један [...] јачи од хиљаде других“ (Platon 1968a, 490a). Он не мисли на збрајање физичке снаге мноштва, где и робови могу да надвладају слободне људе (Platon 1968a, 489b-c). Разлике међу људима, сматра Каликле, јесу природне, али изгледа да за тог аристократу не постоји јасна веза између природних карактеристика и друштвеног положаја, пошто законе стварају и слаби и гомила (Platon 1968a, 483b). С друге стране, иако Каликле не каже да законе доноси само гомила слабих, у *Горгији* се разговор пре свега води у контексту политичког делања у демократском полису, а Каликле уопште не цени (демократску) једнакост (Ђурић 1958, 55). Сократово питање је веома важно и можемо доћи бар до два могућа тумачења Каликловог одговора.

Прво, ако се Каликлова теза схвати у најширем смислу („закон стварају слаби“, Platon 1968a, 483b), тако да је *сваки* друштвени поредак последица завере слабих, онда се и друштвени положај аристократе може сматрати последицом некаквог завереничког подухвата. Уколико је тако, за чланове аристократских породица не може се рећи да су бољи од грађана који немају племенито порекло, односно можемо претпоставити да аристократски закони штите слабе аристократе од јаких појединаца који не припадају њиховом друштвеном кругу. Ипак, друго тумачење је тачније: Каликле нема на уму критику свих друштвених уређења већ само демократије као владавине масе појединачно

²⁴ Жељко Калуђеровић и Дејан Донеv (2016, 117) у истоименом раду одређују Каликлову плеонексију као „сваку врсту ‘предности’, ‘добитка’, [али и као] ‘пожуду’, ‘користољубље’, ‘лакомост’, ‘себичност’, ‘саможивост’,...“

²⁵ Калуђеровић и Донеv (2016, 111, 117–118) у Каликловом становишту виде оправдање тиранске власти. Михаило Ђурић (1958, 62–64) сматра да Каликле не оправдава тиранију већ да брани аристократско виђење правичности.

немоћних људи („законе ствара гомила“, Platon 1968a, 483b), а његова теза подржава аристократе, под условом да себе с правом сматрају бољима од других (Barney 2017).

Образовни задатак софисте је сложен. Ако један софиста подучава своје ученике говорништву као политичком еквиваленту борилачкој вештини, тиме им, у контексту неприродног демократског поретка, може обезбедити нефер предност над неким природно надмоћним појединцима. С друге стране, подучавање по природи бољих људи тој вештини, оснаживање и буђење „лавов[а] [укроћених] опчињавањем и претварањем“ (Platon 1968a, 484a), вид је самоодбране која доприноси ублажавању неправедности проистекле из демократског изједначавања неједнаких људи. У демократском окружењу „пробуђени лав“ може бити само бескрупулозни политичар који вешто заводи масу говорима, лицемер који истиче демократске идеале док злоупотребљава демократију у своју корист (Igrani 2017, 78–82). Каликле не описује софистички образовни програм за демократијом оковане аристократе, али ако му је уопште стало до људског поретка, то може бити начин да се он поправи и скроји по мери најбољих. У супротном, може само да се нада ће се они некако сами ослободити (Stauffer 2002, 633–634).

Каликлова нада је вероватно узалудна, пошто Хомерови хероји, готово бесмртни потомци богова, не ходају међу Атињанима V века пре нове ере. Један непознати софиста с краја V и почетка IV века пре нове ере (Аноним Јамблихов) позива нас „да претпоставимо да је могуће да постоји неко ко од рођења има следећа својства: да је нерањив, отпоран на болести и на разне патње, челичне и натприродне телесне и духовне снаге“ (Аноним Јамблихов 2018, 145). Такав се изузетан појединац сигурно више истиче од осталих људи него Каликлови „најбољи и најјачи“ људи, али ни он не би могао да стекне „предност у односу на друге људе“:

Чак и када би постојао неко са таквим својствима – што, ипак, није могуће – тај неко би успевао да преживи само ако би био на страни закона и правде, пошто би користио своју снагу да подржава законе и правду и све оно што их потпомаже. Другачије, он не би могао опстати. Сви други би се удружили против једног таквог човека, јер би га добрим управљањем и бројчаном надмоћношћу надмашили, било вештином, било снагом, те би га на крају ипак победили. Чини се тако, да [се] чак и снага, истинска снага, намеће само законом и правдом (Аноним Јамблихов 2018, 145).

Основна аргументација коју износи анонимни софиста поклапа се Каликловом и Сократовом, пошто сва тројица увиђају како мноштво намеће правила свима, па и најбољима. Разлика је у томе што Каликле сматра да су природне разлике међу људима довољно велике да оправдају владавину најбољих, док његов анонимни савременик верује да је надмоћ мноштва над изузетним појединцем сведочанство о потреби да се и најбољи ослоне на закон и правду. Штавише, као што се људи удружују у политичке заједнице јер је цена самосталног живота превише висока, тако ни најбољи људи не могу опстати уколико самовољу ставе испред закона и правде који „управо из тих нужности [...] господаре животима људи и није их могуће оставити по страни“ (Аноним Јамблихов 2018, 145). Каликлу је саморазумљиво да се најбољи људи не сналазе добро у околностима у којима су надјачани од мноштва горих од себе и где закон пркоси природи. Задатак неког софисте који дели Каликлов поглед на свет, ако то већ не може бити циљ самог Каликла, био би у томе да подучавањем помогне људима да дођу до победничких исхода који им по природи припадају, и то баш у неприродној демократској арени полиса кројеног по мери слабих.

4. ЗАКЉУЧАК

Промењене политичке прилике произвеле су потребу да се мислећи Грци V века пре нове ере одреде према новој друштвеној стварности. Друштвене привилегије подржане митологијом херојског доба дотад су могле своје упориште пронаћи у идеји о подударности природе и људских закона. Ипак, успон атинске демократије и разноврсност облика владавине широм грчког света били су доказ да се не може говорити о једном исправном (или бар најисправнијем) уређењу заснованом на јединственом природном закону. Напетост између природе и закона може се разрешити на бар два начина. Прво, закон се може учинити природнијим. То је Каликлов приступ. Не уважавајући природне разлике међу људима, закони су се одвојили од природе и постали оруђе којим слаби владају над јакима. Зато законе треба ускладити са природом и обновити аристократски поредак. Уколико то није могуће, снажним једино преостаје лицемеран живот у демократији и настојање да злоупотребе слабости својих суграђана. С друге стране, Протагора неподударност између природе и закона разрешава тако што полази од људске природе као несводиве на односе који владају у природном свету. Људи нису попут животиња, они немају животињска оруђа за преживљавање, већ морају да живе у заједницама. Стид и праведност омогућавају људима да се ослоне једни на друге и закони треба да буду

у складу са људском, а не са „животињском“, од ње старијом природом. Живот у заједници нераскидив је део људске природе, а његова основна карактеристика треба да буде хармоничност, подржана законима и врлином. Каликле, пак, препознаје сукоб као нераскидив део и природе и међуљудских односа. То је основна линија разликовања Протагорине „изведене“ људске природе од Каликловог, „изворног“, виђења ње.

Расцеп међу двама поимањима природног сеже још дубље и прати разликовање двају доста различитих схватања доброг живота. Каликле заузима хедонистичко становиште, наглашавајући како се добрим може назвати свако задовољство којим угађамо страстима. С друге стране, иако је и Протагори и Каликлу заједничка претпоставка о томе да су људи првенствено мотивисани постизањем задовољства и избегавањем бола, софиста из Абдере не сматра да је свако задовољство добро за човека. Попут два преклапајућа али неподударна поимања природног која заступају, Каликле и Протагора деле хедонистичке претпоставке, али другачије квалификују њихове исходе. За Каликла је добро све што људима доноси задовољство, док Протагора наводи да то није увек случај. Протагора сматра да „има пријатно што није добро, а има опет и непријатно што није лоше, а има још и треће – што није ни ово ни оно, ни лоше ни добро“ (Platon 1968b, 351d).²⁶

Разлика међу двама аргументима преноси се и на поље заједничког живота. Протагора даје првенство заједници над појединцем, ставља једнаку могућност за достизање врлине испред природних разлика међу људима. Каликле види заједнички живот као место потенцијалне борбе међу неједнаким људима, где бољи треба да поразе горе од себе. Његово виђење подразумева довршену, „природну“, структуру хијерархијских односа међу људима у којима бољи владају а гори им се покоравају (Ђурић 1958, 62). Тај став не пориче моралност (Kerferd 1981, 118) већ Каликле описује својеврсну природну моралност којој је непримерена једнакост наметнута од слабих. У ваљано уређеном полису нема места политици, одлучивању о ономе што се тиче свију и што може бити другачије, пошто се одлучивање у заједници своди на испољавање воље најбољих. За разлику од Каликла, Протагора нуди схватање по коме су морал и политика спојиви. Он тврди да подучава политичкој врлини, начинима на које сваки грађанин може утицати на заједницу. Иако ће од његовог учења више користи имати елита, у

²⁶ Поређење Протагориног и, прилично баналног, Каликловог хедонизма нуди Џорџ Клоско. Клоско сматра да је Платон намерно ослабио Каликлов аргумент и даје одређене смернице које би га лако ојачале (Klosko 1984, 131–33).

демократској политичкој арили грађани су једнаки, те и слабији може привлачнијом (иако не увек бољом нити истинитијом) аргументацијом да надмаши јачег од себе.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Аноним Јамблихов. 2018. Аноним Јамблихов. 140–151. *Софисти*, 2, прев. и прир. Александра Здравковић Зистакис. Београд: Службени гласник.
- [2] Аврамовић, Драгутин, Илија Јованов. 1/2020. Релативизација правде кроз реторику – Платонов дијалог „Горгија“ као парадигма. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 54: 245–265.
- [3] Ђурић, Милош. 1955. *Софисти и њихов историјски значај*. Београд: Народна књига.
- [4] Ђурић, Михаило. 1958. *Идеја природног права код грчких софиста*. Београд: Савез удружења правника Југославије.
- [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] Јордовић, Иван. 2/2009. Историјски корени учења о праву јачер. *Анали Правног факултета у Београду* 57: 212–228.
- [17] Калуђеровић, Жељко, Дејан Донеv. 1/2016. Каликлова плеонексија. *Ком: часопис за религијске науке* 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] Здравковић Зистакис, Александра. 2017. *Софисти*, 1. Београд: Службени гласник.

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.

Др Тамара ИЛИЋ*

ЕКДИК (ДЕФЕНСОР ЦИВИТАТИС) У РИМСКОМ ЦАРСТВУ И ВИЗАНТИЈИ**

Током V и VI века мењају се надлежности дефенсора цивитатиса (грч. синдик, екдик), сходно друштвено-политичком контексту. Након владавине цара Јустинијана I улога дефенсора се смањује, а утицај епископа у правним питањима јача. Вероватна последица тог процеса је нестанак едикта – дефенсора са подручја управе и судства, који се догодио, како се традиционално сматра, током VI и VII века.

Закључци до којих се у раду дошло сведоче у прилог тези да су се едикци у Источном римском царству задржали све до VIII, а могуће и IX века. У неким крајевима Царства тај процес је био продужен и до X века, што је доказано ранијим проналасцима печата Херсона.

У раду су коришћени метод језичког тумачења средњовизантијских правних збирки и историјско-компаративни метод, којим су се препознавале грчке позајмице старијских римских одредаба.

Кључне речи: Римска администрација. – Теодосијев законик. – Јустинијаново право. – Новеле Лава VI Мудрог. – Еклога.

* Научни сарадник, Византолошки институт САНУ, Србија; доцент, Правни факултет Универзитета Унион, Србија, tamara.matovic@vi.sanu.ac.rs.

** Рад је настао у оквиру истраживања које подржава Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије. Саопштење под насловом „Прилог проучавању градског званичника едикта (defensor civitatis)“ прочитано је на Седмој националној конференцији византолога, одржаној 22-25. јуна 2021. године у Београду.

1. УВОД

Уз доприносе у енциклопедијским одредницама (Desjardins 1892; Seeck 1901; Berneker 1957; Berger 1953; Mancini 1961, Kazhdan 1991), историјама римске и позноримске администрације (Rouillard 1928; Pignaniol 1947; Karayannopoulos 1958; Ganghoffer 1963; Jones 1964) и неколико специјализованих научних чланака о делатности тог функционера на нивоу регије или целог Царства (Chénon 1889; Dechareuil 1908; Partch 1916; Rees 1952; Margetić 1985; Frakes 1994; Pergami 1995; Алексеенко 2005; Аличић 2014), до данас су написане и две опширне монографије о дефенсору цивитатису (лат. *defensor civitatis*; грч. *ἑκδικος*), које се међусобно разликују према методологији и опсегу истраживања (Mannino 1984; Frakes 2001).¹ Уз све поменуто, постоје и студије које издвајају просопографске податке о познатим дефенсорима и из раноантичког периода и све до краја VII и почетка VIII века (Rees 1952; Kramer 1990; Frakes 2001).

Класичне студије о тој теми ослањају се на папиролошку грађу која је била позната у првој половини и средини XX века и на царске конституције позноантичких и рановизантијских царева приређене у издањима Теодосијевог (Mommsen 1905)² и Јустинијановог законика (Krüger 1877). Последњих година, међутим, откривени су нови папиролошки и сигилиографски извори. Актуелне студије о дефенсору цивитатису повезују тог званичника са епископом, који је, на многим местима у некадашњим задацима, заменио и постепено истиснуо дефенсора. Ипак, у мањем броју случајева, у којима се градска аутономија са сопственим апаратом одржала до X века, наилази се на позног дефенсора и друге градске чиновнике. Проналазак нових сигилиографских извора, који датирају из тог периода, дао је подстрек и научницима који се баве периодом средње Византије да поново посете и освеже исцрпљене теме о античким дефенсорима.

Захваљујући пок. Рут Макридес (Ruth Macrides), познате су бројне улоге које су црквени екдиси почев од XII века имали у правним пословима (Macrides 1984; 1985; 1991; 1994). Међутим, колегија еклезиједика, која је заједно са екдисима, црквеним достојанственицима првог реда, и судијама, уједињена у телу *екдикион*, заседала при Цркви Свете Софије у Цариграду (видети Илић, Шијаковић 2020), нема подударности

¹ Посебан статус у односу на монографије има докторска дисертација (Ваале 1904), која нам није била доступна у току писања рада.

² У раду је коришћен и превод Теодосијевог законика на енглески језик (превод Pharr 1954).

са световним или грађанским екдидима о којима ће у овом раду бити речи. Управо је научно интересовање аутора за ту тему било пробуђено досадашњом претежном пажњом за црквеним достојанствеником истог имена и непостојањем студије која би интегрално, осврћући се на изворе различитог карактера, изложила еволуцију те грађанске уставне, чији се последњи трагови налазе у средњовизантијском периоду.

2. ПОЧЕТНО ОБЛИКОВАЊЕ НОВЕ ФУНКЦИЈЕ

Екдик (ἔκδικος, ἔγδικος, *ecdikus*), синдик (σύνδικος) и дефенсор (δηφίνσωρ, *defensor civitatis*) термини су који су означавали сродну службу, посведочену у изворној грађи почев од IV века и различиту од оне у којој се појављују у претходним столећима. У изворима који датирају из раног IV века екдиди и синдиди имају нове надлежности, између осталог и правосудне, које нису познате из ранијих извора (Partch 1916; Rees 1952; Frakes 2001). Претпоставља се (Partch 1916, 50; Rees 1952, 86) да је са свеопштом обновом управе, коју је спровео цар Диоклецијан (284–305), измењен и положај синдика (σύνδικος).³ Крамер је, истражујући бројну папиролошку грађу, приметила промену која је наступила крајем III века (Kramer 1990), када синдиди почињу да се појављују као колегијални орган, у свом послу независан од града. То је оцењено као нова фаза у развоју ове функције која се поклапа са добом владавине цара Диоклецијана и која је прва у обликовању будуће улоге дефенсора (Frakes 2001, 23; 26).

У том светлу може се тумачити и сачувана конституција царева Константина и Лицинија из 319. године (CJ VI, 1, 5), која је давно заокупирала научну пажњу.⁴ Наиме, у случају који тај царски закон описује појављује се дефенсор са задужењем да нађе и поврати одбеглог градског роба, који је граду важан због тога што поседује одређену вештину. Дефенсор ће у супротном морати да обезбеди друга два роба уместо одбеглог (Chénon 1889, 8 фн 4; Rees 1952, 76; Curchin 2014, 282), а напомиње се и да неће моћи да ужива корист од цара, који му неће дозволити да бегунца прода лично или посредством трговца (CJ VI, 1, 5).

³ Познато је да се за време владавине цара Диоклецијана у изворима појављују *curator civitatis* и *exactor civitatis*, те је могуће да са дефенсором чине целину (Frakes 2001, 39–40).

⁴ Ото Зек је сматрао да је закон из 319. године интерполиран на месту где се помиње дефенсор, пошто се поменути званичник јавља у царским конституцијама тек око пола столећа касније (Seeck 1901, 2366).

Једна од новијих претпоставки о обликовању нових, повећаних дужности дефенсора узима у обзир промену надлежности другог функционера, куратора (*curator rei publicae*, λογιστής), који се бринуо о економској сфери у градовима (Curchin 2014, 280). Када се почетком IV века та функција нашла у рукама локалних велепоседника који су стварали патроцинијуме, јачање дефенсора је можда означавало и увођење контроле над радом искварених куратора. Могуће је и да су, као део несачуваног законодавства из доба цара Константина и његових непосредних наследника, донете конституције које су овластиле некадашње дефенсоре на контролу рада несавесних куратора (Frakes 1994, 346–347; Curchin 2014, 282) и донеле му и судска овлашћења (Frakes 2001, 56).

Постојање изгубљених конституција из прве половине IV века, тачније из законодавства цара Константина (324–337), научној јавности је предложио Роберт М. Фрејкс (Robert M. Frakes) у студијама о дефенсору цивитатису. Анализом једног рукописа Сиријско-римске књиге, компилације различитих царских закона из V века, Фрејкс је приметио да су дефенсори, названи грчким именом екдици, у ту компилираним одредбама били задужени за многе радње у вези са тестаментом и другим наследноправним пословима (Frakes 1998, 348–349; Frakes 2001, 73–77). Компилатор, међутим, није навео име цара који је такве одредбе прокламовао. Упоредио са другим конституцијама које се баве истом материјом, аутор је закључио да је могуће да је изгубљени комплет закона, којима је поновно измењена и проширена улога дефенсора, донет између 321–330/331. године (Frakes 1998, 355; Frakes 2001, 84–85). Уједно, од почетка IV века све је мање помена о синдицима, а учесталији су екдици и дефенсори, а деловање синдика као колегијалног тела последњи је пут забележено 326. године, што такође аутору служи као ослонац у поменутој теорији и ставу о промени надлежности дефенсора. Промена о којој се говори извесна је за територију Египта, међутим, постоји неколико индиција које говоре у прилог томе да су дефенсор-екдици, измењене природе и са судским овлашћењима, пре шездесетих година IV века деловали широм Царства.⁵

⁵ Фрејкс је проучавајући дело Амијана Марцелина дошао до идентичног закључка о постојању дефенсора у шестој деценији IV века, свакако пре издавања Валентинијанове конституције, и то не искључиво на територији Египта, већ широм Царства (Frakes 1994, 342–343; Frakes 2001, 83–4; видети, и Rees 1952, 81–85; Jones 1964, 144–145).

3. ДЕФЕНСОР – ЕКДИК У ЦАРСКИМ КОНСТИТУЦИЈАМА

Заштитнику (*patronus*)⁶ грађана од неправди моћника посвећена је конституција коју су цареви, браћа Валентинијан I и Валенс упутили преторијанском префекту Пробу, која се налази у Теодосијевом законику (CTh I. 29, 1) у глави под насловом *De Defensoribus Civitatum*.⁷ Могуће је да се речена заштита народа диоцезе Илирика од злоупотреба моћника односи на корупцију у правосуђу, која је обележила ту епоху и која је погађала сиромашне неутрицајне грађане.⁸ Са тим, чини се, повезано, на позицији заштитника нису могла да се нађу лица из редова декуриона, судија (*ordinarii rectores*)⁹ или префектових намештеника.¹⁰ Избор заштитника, који је потврђивао Цар, правио је преторијански префект међу ислуженим управницима провинција, агентима (*agentes in rebus*), царским адвокатима, палатинима (*palatines*), викарима и схоластицима царске канцеларије.¹¹ И у другој конституцији истих царева (CTh I. 29, 2 – CJ I. 55, 1)¹² заштитник се појављује у споровима мале вредности, и то поводом наплате дуга, повраћаја одбеглог роба,

⁶ *Patronus* је још један од термина који је у ранијим изворима означавао представника или заступника, у истом смислу као и *defensor* (Frakes 2001, 92–93; Аличић 2014, 806).

⁷ Датација те конституције је спорна. У тексту конституције наводи се датум 27. април 364. године. Већина истраживача за време настанка конституције узима 368. годину, што је и предложено датовање издавача Теодосијевог законика Теодора Момзена. То гледиште може да подржи и политичка историја владавине цара Валентинијана I, који је 368. године био у кампањи против Сената, у оквиру које је можда и донет речени закон (Ноерфнер 1938, 225–237). Роберт Фрејкс ипак сматра да је поменута конституција донета 364. године, чему су допринели познати подаци из каријере преторијанског префекта Проба (Frakes 2001, 95, cf 98–100, 103).

⁸ Фрејкс, према Шенону (Chénon 1889, 328–332), сматра да је реч о високим и неретко неправедним таксама *sportulae*, које су сиромашнима отежавале достизање правде, као што је директније речено у CTh VIII, 11, 1 (Frakes 2001, 103–104). С друге стране, законодавство царева Валентинијана I и Валенса је и у другим приликама оцењено као наклоњено немоћнима (Jones 1964, 141–146).

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

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

¹¹ CTh I, 29, 3. *Agentes in rebus* су додати у конституцији CTh I, 29, 4. У конституцији CTh I, 29, 5 наводи се да су дефенсори у сенаторском достојанству (*dignitas... senatoris*), што је Фрејкс разумео као могућност за сенаторе да буду ангажовани на позиције дефенсора (Frakes 2001, 114; Curchin 2014, 282).

¹² Датације је такође спорна (Mannino 1984, 33–37; Frakes 2001, 105).

накнаде износа у вези са порезима и томе слично.¹³ Већина аутора ту судску надлежност сматра *minores causae* или истражном судском надлежношћу (Curchin 2014, 282, „juge d’instruction“); у наредним законима се изричито саопштава да сви други спорови морају бити делегирани судијама (*iudices*).¹⁴ Описана судска надлежност је реон делатности дефенсора–екдика забележен у конституцији цара Константина из 319. године и папиролошкој грађи прве половине IV века, те показује континуитет у делатности дефенсора–екдика са делатношћу заштитника описаног у конституцијама царева Валентинијана I и Валенса (Margetić 1985, 105–106). Судске надлежности дефенсора у том историјском контексту, према мишљењу истраживача, означавају и нешто додатно – ограничавање моћи локалних званичника постављањем дефенсора подразумевало је и покушај додатне централизације (Frakes 2001, 108).

Функција је убрзо претрпела прву важну промену, која се односи на начин избора дефенсора. Према конституцији царева Валентинијана II, Теодосија и Аркадија из 387. године (CTh I, 29, 6), дефенсоре више не бира префект већ се одлука о избору доноси на декурији, што га чини локалним званичником (Rees 1952, 88; Mannino 1984; Frakes 2001, 129; 81–82 фн. 18; cf. Chénon 1889, 332–333). Ту новину пратила је и квалитативна и квантитативна промена надлежности. Конституцијом царева Грацијана, Валентинијана II и Теодосија описана је нова дужност дефенсора – сакупљање пореза малих поседника (CTh XI, 7, 12), што је у више аспеката обрађено у законодавству. Улогом дефенсора у сакупљању пореза баве се и конституције сачуване у CTh XI, 1, 19 и CTh XII, 6, 23, које заједно са законом из CTh VII, 1, 12 сведоче о заштити коју дефенсор и даље пружа угроженима (Frakes 2001, 131–132). Новост су и нове законодавне теме, попут дефенсорове улоге у спречавању криминала и других неправилности.¹⁵ У правосудној улози дефенсора и

¹³ Примери злоупотреба које су се дешавале сликовито су побројане и у конституцији царева Валентинијана I, Валенса и Грацијана упућеној Пробу, сачуване у CTh I, 29, 5.

¹⁴ Дефенсор није могао да кажњава или спроводи истражне поступке (*questiones*) или да присваја друге дужности за које није овлашћен. О томе види конституцију царева Валентинијана I, Теодосија и Аркадија, у CTh I, 29, 7.

¹⁵ CTh I, 29, 8; CJ I, 55, 4; CTh XII, 9, 3 (у којој принципал и дефенсор, под претњом казном, треба да спрече декурионе и чланове колегија, који имају обавезу да врше службу 30 година, да раније напусте своју провинцију; дефенсори контролишу рад опорезивача); CTh VIII, 5, 59 (дефенсор заједно са куријалима треба да изручи судијама лица која раде противно јавном интересу); CTh III, 30, 6 (дефенсори постављају татора пупили и пописују пупилину имовину); CTh VIII, 5, 59 (контрола рада поштанског система).

даље постоје ограничења, која су условљена тежином кривичног дела и уопште опсегом радњи за које је у том смислу званичник надлежан.¹⁶ Из конституције царева Грацијана, Валентинијана II и Теодосија из 385. године (CJ I, 55, 4) сазнаје се да се дефенсори бирају широм Царства, у свим провинцијама, са мандатом од пет година (Chénon 1889, 11–12; Rees 1952, 88). Дефенсори, чији је утицај несумњиво порастао, позвани су да не узимају више од онога што им припада (CTh, I, 29, 7). Друга богата законодавна тема у којој се дефенсори појављују, од краја IV века а нарочито у првој половини V века, јесте одржавање пожељне религиозне политике и спречавање јереси на локалном нивоу.¹⁷ У тим задацима, често заједно са принципалима (*principales*, *πρωτεύοντες*), дефенсори представљају последње гаранте у низу који треба да спрече практиковање јеретичких активности донатизма, манихејизма, монтизма и присилијанизма под претњама казном а да јеретике лише стварних и наследних права, чак и пребивалишта.

4. ДЕФЕНСОР–ЕКДИК КАО ДЕО ЛОКАЛНЕ ЕЛИТЕ

Царски закони са почетка V века, у којима се на надлежност позива дефенсор у друштву других градских званичника – принципала, куратора, магистрата и сенатора, говоре у прилог томе да је постао део градске елите (Frakes 2001, 171–172). Ту претпоставку подржава и нова промена која се догодила у начину избора дефенсора, а која се везује за конституцију царева Хонорија и Теодосија II донету 409. године (CJ I, 55, 8). Од те године дефенсоре, који морају бити хришћани, бира посебно тело састављено од епископа, чланова клира, *honorati*, земљишних поседа и куријала, чији избор потврђује префект. Уједначен је став да олигархијски карактер тог изборног тела чини да је и изабрани једино у служби заштите моћних кругова друштва, уместо некадашњих угрожених и немоћних (Chénon 1889, 23). Елитизам, који је ту присутан, блиско се повезује са хришћанском заједницом, што показују и одредбе у којима је дефенсор гарант сузбијања јереси, и сâм је хришћанин, те одабран од тела у чијем саставу су епископ и чланови клира.

¹⁶ CTh IX, 2, 5 (дефенсори, куратори, магистрати и сенатори задужени су да спроводе окривљене пред судове, уместо да их сами затварају); CJ I, 55, 7 (уколико је пред дефенсора доведено лице окривљено за тешко кривично дело и кривица се докаже, кривац ће даље бити прослеђен судијама).

¹⁷ Тако, 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.

Међутим, опис дефенсорове делатности се не разликује много од претходних времена: у истом закону се наводи да су дефенсори задужени да воде бригу о јавном интересу, а ако се догоди прекршај, о томе треба да обавесте више званичнике (CJ I, 55, 8, 1). Други сачувани податак односи се на заштиту поседника од злоупотреба сакупљача пореза, у ком случају несавесног опорезивача треба да пријаве судијама (CJ I, 55, 9).

Важна новина се односила супсидијарно овлашћење дефенсора у вези са регистрацијом одређених правних послова (CTh VIII, 12, 8). Реч је о бележењу поклона у градске евиденције (*apud acta*) за које су били задужени *magister census* и судије (*rectores*), а ако њих нема, онда градски магистрати; уколико ни тих званичника нема у градској заједници, дужност регистровања пада на дефенсора. Из средине V века (459. година) потиче конституција источноримског цара Лава I, чија је поновна тема регистрација – инсинуација поклона. Из текста царског закона обавештени смо да је за ту својеврсну евиденцију у Цариграду надлежан *magister census*; у другим градовима, без обзира на то где се предмет поклона налазио, поклонопримац је имао слободу да изабере званичника код кога ће завести поклон, било да је то управник провинције, градски магистрат или дефенсор (CJ VIII, 54, 30, 5).¹⁸

Иако је уочено да у многим градовима Царства нема дефенсора (Nov. Мај. III), функције дефенсора у градској организацији раног V века, видљиве су из неколико извора. Из конституције цара Хонорија и Теодосија из 412. године (CTh X, 22, 6), у вези са пријемом лица у звање *fabricensis-a*,¹⁹ сазнаје се да га у службу уводи управник провинције, а ако њега нема, онда је за ту радњу задужен дефенсор. У трећој деценији V века, дефенсори уз епископе и судије имају право да избаве жене из принудне проституције (CTh XV, 8, 2 = CJ I, 4, 12). Остали су још неки насумични докази о делатности дефенсора као муниципалног званичника у V веку. Познат је уговор који је дефенсор лидијског града Сарда потписао са градитељском колегијом 459. године (Драшковић 2013, 94), у улози градског заступника. Дефенсор, који се у документу на грчком језику назива екдиком, био је најзначајнији градски зва-

¹⁸ То правило је преиначено 496. године, конституцијом источноримског цара Анастасија (CJ VIII, 54, 32), према којој се регистрација поклона обавља искључиво пред *magister census*-ом. Таква је била ситуација надаље, до времена цара Лава VI Мудрог (Chénon 1889, 30; Monnier 1912, 237–291).

¹⁹ Реч је о занатлијама који су били део оружарског комплекса, са војном каријером (Jones 1964, 744; Драшковић 2013, 86).

ничник у Сарду те епохе.²⁰ Из текста уговора реконструише се спорна ситуација и разоткривају надлежности које је у градском животу имао: примио је вишеструке оптужбе на рад колегије градитеља и био је задужен да отклони неправду која је тим пропустима нанета (Драшковић 2013, 98). Тим поводом је настао поменути уговор између дефенсора и градитељске колегије, за који се наводи да га је дефенсор саставио и уједно понудио услове споразума.

Половином V века, цар Мајоријан је желео да обнови позицију дефенсора цивитатиса у западном делу Царства (Nov. Мај. III). У том подухвату, за позицију дефенсора бирала су се лица подобна за вршење те функције (Margetić 1985, 107), по предлогу пуноправних грађана (*municipes*), *honorati* и *plebs*-а,²¹ а избор се подвргавао царској потврди (Chénon 1889, 27–28). Поменута Мајоријанова новела, која представља покушај реформе те функције на Западу, у науци се обично тумачи као неуспела (Rees 1952, 91–92; cf. Chénon 1889, 340–341; Margetić 1985, 113). Истовремено, у V веку, у источним провинцијама и на Сицилији забележено је учестало присуство другог званичника, имена *pater civitatis* (πατήρ τῆς πόλεως), једнаког ауторитета и сродних надлежности.²² Из тог разлога се у прошлости сматрало да је у петовековном граду деловао или дефенсор цивитатис или патер цивитатис, што је оспорено тек у новије време.²³

5. ДЕФЕНСОРИ–ЕКДИЦИ НА ИСТОКУ ОД VI ВЕКА

У току V и VI века наступају значајне промене у организацији и природи градова (Haldon 2003, 94). Политичке и друштвене прилике углавном су условиле губитак политичке, економске и фискалне независности градова. Избор званичника који су имали укоревљен локални карактер, попут куратора и патера цивитатиса, одређивала је, иако по-

²⁰ Одавно постоји мишљење да је на крају V века дефенсор постао званичник на челу града (Jones 1964, 208).

²¹ Како Маргетић напомиње, на овом месту *plebs* не означава цео народ, већ угледне људе ван курије, од којих је могуће да су неки чланови колегија (Margetić 1985, 111). Интересантно је да се изоставља епископ (Laniado 2002, 173).

²² Од надлежности су забележени послови у вези са јеретицима, наоружањем, напуштеном децом (Curchin 2014, 283).

²³ Теорију је поставио Claude (1969, 135), а оспорили су је Dagron и Feissel (1987, 210) тако што су у два малоазијска града пронашли оба поменута званичника.

средно, централна власт (Haldon 2009, 96). Сличан процес, како каснији извор обавештава, догађао се и са дефенсором.²⁴ Цар Анастасије је увео финансијску реформу, која се огледала у постављању царских депутата – *vindices* (јн. *vindex*) по градовима, са задатком прикупљања државних дажбина и надгледања градских финансија (Jones 1964, 457; Claude 1969, 109; Laniado 2002, 27 sqq; Haldon 2009, 96; cf. Frakes 2001, 193). У градовима су декурије или нестале или су остале без утицаја на избор некадашњих локалних званичника (Saradi 2006, 157).

Као заштита грађана који се нађу у спорним ситуацијама, и такву помоћ прихвате, деловао је градски епископ. Иако није постојало законско утемељење на основу којег би епископи имали улогу у градској управи (Haldon 2009, 97), неколико векова уназад практиковало се да саслушава епископ (*episcopalis audientia*), што је и било предмет царских конституција IV и V века. Први пут је забележено у законодавству цара Константина да (световни) судија мора да остане пасиван у случају да један парничар жели да његов случај буде решен по правилима хришћанске вере.²⁵ На пресуду епископског суда није постојало право жалбе (CTh I, 27, 1). Тај систем, по мишљењу неких аутора, које се чини оправданим, претрпео је драстичну промену за време владавине браће–царева Аркадија и Хонорија. Према закону сачуваном у CJ I, 4, 7, било је потребно да се обе стране усагласе да спор изнесу пред епископов суд, који је у позицији арбитра (Frakes 2001, 2006–208), а пресуда, чије се извршење постиже посредством јавноправних тела, обавезује само странке које се добровољно усагласе на тај форум (CTh I, 27, 2 = CJ I, 4, 8). У истом периоду се прецизира да се на епископовом суду решавају спорови црквене, али и друге природе (CTh XVI, 11, 1). Могући *ratio legis* законодавства које обрађује тему епископовог суда лежи у растерећењу судског система, тим пре што је истовремено са стварањем судских надлежности дефенсора. Епископов суд је био добро заступљен у пракси, у доба када нема много сведочанстава о активном деловању дефенсора.²⁶

²⁴ Видети, доле (JN XV).

²⁵ (CTh I, 27, 1). У науци се водила дебата о томе да ли је потребно да се оба парничара усагласе у тој жељи или само један парничар, Фрејкс заступа друго поменуто мишљење (*one-sided provocatio*) и подупире га са Constitutio Sirmondi 1 (Frakes 2001, 200–201).

²⁶ Распрострањеност дефенсора у папирусима не прати царско законодавство. Фрејкс ипак истиче 75. канон помесног сабора у Картагини, из 401. године, у којем се, према његовом мишљењу, изражава потреба за дефенсорима. Аутор тумачи да се канон односи на световне дефенсоре, а не црквене, иако постоје и супротна мишљења (Frakes 2001, 181–183).

У VI веку поново расте значај једног аспекта судског система, нашег екдика или дефенсора, заштитника грађана. Првобитно се појављује на почетку столећа, у царском закону из 505. године (CJ I, IV, 19). Према тој конституцији, лица која желе да буду изабрана за дефенсоре, а која морају да буду хришћани,²⁷ дају свечану изјаву (*sub gestorum testificatione*) пред епископом. О избору лица затим одлучује градска елита, коју чине епископ, клирици, *honorati*, поседници и куријали, који о томе доносе декрет. Закон цара Анастасија заправо не одступа од решења из 409. године, према којем тело у саставу клира, земљопоседника, епископа и куријала бира угледне функционере – заштитника грађана, али и кура-тора и патера цивитатиса (Dagron 1977, 20).

До доба првих година владавине цара Јустинијана I, када је издата Новела XV – 15. априла 535. године, екдици, заједно са другим чиновницима, пали су у царску немилост због похлепе и корупције. Слична околност је задесила и судство, које је тај цар такође темељно реорганизовао (Липшиц 1976, 176–178; Saradi 1995, 165–204). Услед злоупотреба, Новела предвиђа строге имовинске и телесне казне за екдике који чине такве неправилности – повраћај четвороструке вредности примљеног мита, доживотно прогонство и физичку казну (JN VIII). Убрзо, 17. јула 535. године, цар Јустинијан је донео опширан закон о дефенсорима (JN XV). Саопштавајући у незадовољном и презривом тону дотадашњу праксу постављања дефенсора (за превод одељка видети Аличић 2014), њихово поступање које је оркестрирано вољом управника провинција и несавесно у одржавању градских архива, у конституцији је промењен начин избора дефенсора. Владар сматра да ће промена наступити уколико: а) дефенсори се уздигну у ранг магистрата (архоната); б) сваки угледни грађанин (σέμνότεροι), ротационо, буде биран за дефенсора, након што положи заклетву, по правилу са мандатом од две године,²⁸ а ако буде плаћен, за то ће примати уобичајену накнаду; избор обављају епископ, клир и грађани добре репутације;²⁹ в) избор потврђује преторијански префект; г) управник провинције не може да разреши дефенсора дужности већ само да на његове пропусте укаже префекту.

²⁷ Како је заповеђено конституцијом из 409. године.

²⁸ У епилогу се наводи да је мандат могуће продужити још једном, уз сагласност свих изборника, али не више од тога. Међутим, ни продужење мандата за две године не спречава то лице да у наредној ротацији поново буде дефенсор.

²⁹ JN XV, epilogos. Маргетић у ὑπολήψεις ἀντεχόμενοι, који се на овом месту помињу, види поседнике (*possessores*) из претходних конституција (Margetić 1985, 112).

Дефенсор добија канцеларију (βοηθός),³⁰ коју чине писар (ταχύγραφος) и два чиновника из канцеларије управника (δύο ταξεώτα) (JN XV, 3, 1; Rees 1952, 94–95). Познати дефенсори са територије Египта често су били схоластици – адвокати (Rouillard 1928, 156). Јустинијановом новелом забрањује се постављање заменика дефенсору (JN XV, 2), иако је у више папируса забележено деловање лица ἀντέκδικος, екдиковог претпостављеног заменика (Rees 1952, 95).

Водећи задатак дефенсора било је стварање и вођење градских архива о обављеним правним трансакцијама, које су и у претходним временима биле у дужности тих званичника.³¹ Како текст Новеле XV каже, управници провинција су неретко ометали дефенсоре у преписивању учињених послова, како се чини из наставка текста, ради свог интереса, што се сада строго забрањује. Из папиролошке грађе утврђено је да су дефенсори издавали ἐκμαρτύρια (документе који се издају након сведочења) и ἐσφραγίσματα.³² У опису њиховог посла налази се још пружање сваке помоћи сакупљачима пореза; бележење незахвалних и оних који се понашају на непримерен начин;³³ у начелу треба да обухвате све надлежности магистрата, поготово када они нису присутни. Коначно, дефенсори имају судску надлежност у свим парницама које не прелазе износ од 300 солида (Jones 1964, 480; Humphreys 2015, 220) и лакшим кривичним делима (ἐλαφρότερα ἐγκλήματα) (Jones 1964, 480; Rees 1952, 92). Примећује се да је цар Јустинијан позвао дефенсоре углавном на некадашње надлежности.

Промене у судском поступку, остварене Новелом 86, такође су важан аспект законодавства цара Јустинијана. У Новели се наводи да особа која жели да покрене спор, било парнични било кривични, треба да се обрати провинцијским судијама (JN LXXXVI, 1), а ако град нема судију, онда дефенсору (JN LXXXVI, 7). Уколико то лице не добије задовољење правде на првој степеници, може да се обрати свом епископу, који ће упутити провинцијског судију (или дефенсора) у спор, односно

³⁰ Прилично је извесно да је канцеларија дефенсора/екдика (βοηθός τῆς ἐκδικίας) постојала и раније (Rees 1952, 82, 95).

³¹ У Новели 131 из 545. године, која уређује неколико тема, говори се и о управитељима сиротишта, који примају имовину сирочади или пред бележницима или уписом у јавне архиве – у Цариграду код *magister census*-а, у провинцији код дефенсора (Miller 2003, 126).

³² Према терминологији схолија Василика, ἐσφραγίσματα су истоветни преписи документа који имају одређени карактер јавне вере (von Druffel 1915).

³³ Претпостављамо да се један пример таквог пронашања налази у Новели LXXXV, према којој дефенсори треба да спречавају физичка лица у активности израде оружја.

остварити контакт са њим. Коначно, ако се правда не постигне ни посредовањем епископа, епископ у царско име обавештава странке о неправди коју су претрпели, а судије ће бити кажњене (JN LXXXVI, 1). По договору странака судије и дефенсори могу и да се заобиђу, када се случај износи без одлагања пред епископа, који ће донети правичну пресуду (JN LXXXVI, 2), такође под претњом санкције (JN LXXXVI, 6), и тиме поштедети странке утрошка времена. Заобилажење судија и дефенсора, које је доприносило бржем и олакшаном решавању спорова, проширило је додатно улоге епископа у праву и вероватно временом истиснуло дефенсоре са поља судства. Такав закључак намеће се увидом у стање извора који дотичу дефенсора и наредних столећа, у којима се његове улоге драстично смањују. Међутим, епископи присвајају и друге послове – од краја VI века они држе градске књиге – *gesta municipalia* (Durlait 1982, 73–83).

У папирусима VI столећа са територије Египта екдик се јавља у пословима различитих грана приватног и јавног права – брачног (потврђује брачне уговоре и даје писмо о разводу), наследног (тестментарног и интестатског), управног, облигационог (контрактног и одштетног) (детаљније Rees 1952, 93–94). Слична ситуација је и све до арапских освајања, али и у документима са исте територије све до VII века.³⁴ На западу, у градовима Апенинског полуострва у којима је обновљена грчка власт, екдици такође делују у VI и VII веку, када постепено нестају из извора (Бородин 2001, 249).

6. ПОСЛЕДЊИ ПОДАЦИ О ЕКДИЦИМА У ВИЗАНТИЈИ

Важно место које је екдицима посвећено у законодавству цара Јустинијана I његови наследници немају. Дефенсори, односно екдици, не појављују се у познатим новелама царева Јустина II и Тиберија, од којих неке за предмет имају судије и градске магистрате (архонте).³⁵ Дефенсори су, према Јустинијановом законодавству, имали *de iure* надлежност да суде, као првостепене судије, и свакако судије за спорове мале вредности током VI века, а могуће је да је то стање потрајало све до првих деценија VII столећа (Haldon 2009, 269). *Collectio Tripartita*, компилација црквених одредаба Јустинијановог законодавства, која је састављена вероватно око 580. године, обухвата и одредбе које се

³⁴ Забележени су екдици и међу коптским и арапским изворима (Rees 1952, 97).

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

тичу спорова пред едиком, описане у Јустинијановој Новели LXXXVI, поглавље 7 (Coll. Tripartita III, 1, 3, 5). Без обзира на тај податак, ситуација у пракси је без сумње била другачија, што потврђује стање у изворима.

Није утврђено када је за службу едикта престала да се везује било каква судска надлежност; чињеница је да их у законику Еклога, који даје солидан преглед судског система, нема у тим пословима (Humphreys 2015, 87–88). Специфично место у судској надлежности Еклоге, али и другог извора (Земљораднички закон), имају судије ἀκροαταί, за које је Хамфрејс (Michael T. G. Humphreys) претпоставио да су заузели места дефенсора (Humphreys 2015, 219).

У Еклоги се едикци, међутим, појављују међу другим одредбама и са једном другом некадашњом надлежности, као званичници који учествују у наплати дугованог (Е. 10, 1, 2). Наиме, уколико протекне договореног рока из уговора о зајму (δανειός), након три опомене дужника поверилац је овлашћен да се обрати тавулару или едикту,³⁶ који састављају прецизну јавну писмену процену вредности заложених ствари (ἀκριβής δημοσία ἐκτίμησης ἐγγράφως). Основ те одредбе може бити у Јустинијановој Новели XV, како документ који садржи процењену вредности залог, састављен од тавулара, вероватно има карактер веродостојне јавне исправе. Присуство дефенсора на том месту такође не изненађује, уколико се као порекло одредбе препозна законодавство цара Јустинијана и његових претходника о инсинуацији, па се бележење (ἀποσημειόμασι) те правне радње може разумети на тај начин (Burgmann 1983, 207). Дакле, и поред тога што је у науци прихваћен став да дефенсори нестају након законодавства цара Јустинијана I, а посебно након VI века, према одредбама Еклоге, чини се да су у VIII веку, иако сведени на минимум, још увек живи трагови њихових надлежности.

О праву у наредном периоду обавештени смо на основу законика донетих у време владавине Македонске династије. Познат је рад цара Василија и његових наследника на сређивању правне традиције и обликовању новог система. У оквиру тих напора донети су законици Епанагоге, Прохирон и Василике, који, међутим, имају различит карактер (о њиховој природи детаљније Fögen 1998). Из тог разлога не чуди што је у Василикама на многим местима преузето претходно законодавство које се тиче едикта – преузета је у целини JN XV (В. I,

³⁶ Л. Маргетић преводи едикта као проконзула (Margetić 1980, 70), исправно код Бургмана (Burgmann 1983, 207).

VI, 18), као и поједине друге одредбе које споредно уређују положај едикта (B. I, VI, 22, 7). Одредбе о едикцима нису предмет ни млађих ни старијих схолија Василика, што може да говори о томе да је едикт или фамилијаран и присутан, макар на основу свог црквеног пандана, или потпуно неактуелан. За разлику од Василика, у Прохирону нема података о тој служби, док су у Епанагогама, чини се, свесно интерполирана места у којима је едикт претходно фигурирао. Један од извора, чији је текст оригинално задржан, јесте JN XC, поглавље 5, у којој се даје упутство за саслушавање сведока чија је провинција пребивалишта различита од места подношења тужбе. Такав сведок може се саслушати у својој провинцији пред управником провинције или едиком (παρὰ τοῖς ἀρχουσιν ἢ τοῖς ἐκδίκοις) (Епав. XII, κθ'). Садржина Новеле подељена је у две одредбе Епанагога, XII, κε' и XII, κθ'; у првој, компилатор потпуно изоставља помен едикта а задржава *управника*, док се у другој одредби верно преноси текст Новеле (cf. Santos, Javier, Codoñer 2006, 332 fn. 175). Рецепција тек понеке одредбе, и поред тога што је примарна новела Јустинијановог законодавства о едикцима преузета у целини у македонском законодавству, ипак говори о томе да је служба „грађанских“, световних едикта пала у заборав или је, понајмање, у процесу нестанка из праксе.³⁷

Серијом нових закона цар Лав VI Мудри је ревидирао правни систем (видети Lokin 1994, 84). Том приликом, донета је и одлука о укидању градских скупштина, коју је пратило и одузимање даљег права избора магистрата и других градских званичника, које ће, надаље, постављати искључиво цар (LN XLVI; LN XLVII). У листама које бележе присуство достојанственика током IX–XI века (Oikonomides 1927) нема едикта, из чега се закључује да од тих званичника нису настали истоимени достојанственици нити канцеларије. Још је од прошлог столећа познато да је град Херсон уживао извесан опсег аутономије у IX веку (Aleksyenko 2012, 61), када је област била у статусу архонтије, пре увођења тематског система (детаљније, Цветковић 2017, 150 и даље). Несвакидашњи је догађај проналазак печата едикта Никифора, градског званичника Херсона (Алексеенко 1996, 155–170), који су датовани у крај IX или почетак X века (Алексеенко 1996, 162; Seibt 2013, 192). Иако је одавно Ј. Ферлуга појаву архонтија доводио у везу са градским муниципалним уређењем (Ферлуга 1953, 89–90), а архон-

³⁷ Истовремено, постоје подаци о делатности црквених едикта, чији је број у Цркви Свете Софије одређен још Новелом цара Ираклија (Konidaris 1982, I); такође, још из рановизантијског периода сачуван је и печат тог црквених достојанственика. <https://www.doaks.org/resources/seals/byzantine-seals/BZS.1947.2.537>, последњи приступ 15. јуна 2021.

те са дефенсорима (екдицима), не може се рећи да су архонти, који су забележени у Херсону, обављали функције едикта, што се појавом скорашњег открића едиктових печата сасвим одбацује. Сматра се да су локални функционери Херсона деловали вероватно као представници некадашње хазарске елите, па се поставља знак питања у вези са могућим специфичностима у њиховим професионалним задацима. У том смислу тешко је наслутити опсег делатности едикта-дефенсора на крају IX или почетком X века у Херсону. Провинцијски судски систем тог периода је релативно познат (Magdalino 1994, 93–116; Saradi 1995, 173; Morris 2013, 335–345) и у њему нема тих званичника, те се судске надлежности позних едикта могу сасвим искључити. Тај закључак се већ намеће и истраживањем на век старијој грађи Еклоге.

7. ЗАКЉУЧАК

Царство се асинхроно мењало, а едикт је још један доказ тог процеса. Истражити слабу и готово невидљиву тачку преласка правних послова који су били у надлежности световних едикта у домен цркве можда јесте путоказ за прецизније одређивање момента нестанка световних едикта са подручја управе, судства и грађанског права, који је до сада сматран углавном VI и VII веком. Како смо видели, извесније је да је реч о VIII, па чак и IX веку, те да је тај процес, на нивоу целог Царства, како указују печати Херсона, потрајао и до X века.

Допринос у сложености излагања ове тематике даје и постојање еклезијекдикта, изворних заступника – бранитеља цркве, а касније сталних званичника, који су већ у законодавству цара Јустинијана I добили у надлежност предмете световног права. Нестанком световних едикта, еклезијекдици почињу нетачно да се доживљавају као некадашњи главни актери Јустинијанове Новеле XV и међу ученим људима; на тај начин је и чувени канониста Теодор Валсамон тумачио тај закон из VI века. Та термилошка и појмовна конфузија сигурно је учествовала у обликовању *екдикиона*, суда насталог у спомен на цара Јустинијана I, који је заседао при Цркви Свете Софије у Цариграду, како сачувани извори почев од XII века сведоче. У саставу екдикиона били су достојанственици екдици, еклезијекдици и судије, а сврха му је била управо заштита угрожених.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Алексеенко, Николай Александрович. 1996. Новые находки печатей представителей городского управления Херсона. *Материалы по археологии, истории и этнографии Таврии V*: 155–170.
- [2] Алексеенко, Николай Александрович. 2005. Defensor civitatis (ἔκδικος) и его роль в управленческом аппарате Херсона IX в. 67–75. *Античная древность и средние века*. Екатеринбург: Издательство Уральского университета.
- [3] Alekseyenko, Nikolay. 2012. *L'administration byzantine du Cherson: catalogue du sceaux*. Paris: АСНСВyz.
- [4] Аличич, Самир. 2014. Defensor civitatis (заштитник грађана) у Илирику. 802–816. Зборник радова *Владавина права и правна држава у региону*, ур. Горан Марковић. Источно Сарајево: Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву.
- [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 эцархат. Византийцы в Италии*. Санкт-Петербург: Издательство „Алетейя“.
- [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] Цветковић, Милош. 2017. Ниже јединице тематског уређења у Византији (IX–XI век). Необјављени рукопис. Универзитет у Београду, Филозофски факултет. <https://dais.sanu.ac.rs/handle/123456789/4530>, последњи приступ 15. јуна 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] Драшковић, Марко. 2013. Из привредне историје византијског Сарда у V веку. *Зборник радова Византолошког института* 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] Ферлуга, Јадран. 1953. *Ниже војно-административне јединице тематског уређења*. Београд: Византолошки институт САНУ.
- [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] Илић, Тамара. Јована Шијаковић. 2020. Писмо Св. Евстатија Солунског о ослобађању робова. 129–165. *Νομοφύλαξ. Зборник радова у част Срђана Шаркића*, ур. Тамара Илић, Марко Божић. Београд: ЈП Службени гласник – Правни факултет Унион.
- [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 Papyrologica 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“.
- [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. *Το 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, Lujó. 1980. Ekloga iz 726. godine i njezina važnost za našu pravnu povijest. *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 1: 53–77.
- [47] Margetić, Lujó. 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'Egypte 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.

УДК 575:342.7; 575:316; 575:174

CERIF: S 130, S 210

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_21305A

Др Ранко СОВИЉ*

Др Сања СТОЈКОВИЋ ЗЛАТАНОВИЋ**

**ПРАВНЕ, СОЦИЈАЛНЕ И ЕТИЧКЕ ИМПЛИКАЦИЈЕ
ЕДИТОВАЊА ХУМАНОГ ГЕНОМА ПРИМЕНОМ
ТЕХНОЛОГИЈЕ CRISPR/Cas9*****

Откриће технологије CRISPR/Cas9¹ произвело је револуцију у хуманој медицини, због доступности, ефективности и ниских трошкова, чиме су отворена бројна питања. С обзиром на то да применом те технологије можемо да програмирамо своју будућу децу и да значајно продужимо животни век, постављамо питање да ли то треба да допустимо. Полазна основа предметног истраживања је одређивање граница правне допуштености, односно етичке оправданости тог поступка, сагледавањем савремених правнотеоријских становишта, етичких вредности и друштвеног значаја. У раду се применом нормативног, компаративног

* Научни сарадник, Институт друштвених наука у Београду, Србија, rsovilj@idn.org.rs.

** Научни сарадник, Институт друштвених наука у Београду, Србија, szlatanovic@idn.org.rs.

*** Рад је написан у оквиру Програма истраживања Института друштвених наука за 2021. годину који подржава Министарство просвете, науке и технолошког развоја.

¹ *Clustered regularly interspaced short palindromic repeats* (CRISPR/Cas9) представља технологију груписаних кратких палиндромских понављања с редовним интервалима.

и социолошког метода анализира утицај развоја биотехнологије, у контексту генетичких интервенција, на редифинисање регулаторног оквира. Критично сагледавање у контексту правног нормирања генетичких интервенција на герминативним ћелијама, те задовољење интереса свих учесника, дефинисано је као основни предмет истраживања, који ће бити разматран сходно холистичком приступу остваривању људских права.

Кључне речи: *Едитовање хуманог генома. – Технологија CRISPR/Cas9. – Правне импликације. – Етичка оправданост. – Друштвени значај.*

1. УВОД

Имајући у виду научни прогрес у медицини, биологији и генетици, питање правне заштите основних људских вредности, као што су живот, телесни интегритет, људско достојанство и приватност, постаје све израженије. Правно уређење едитовања хуманог генома, као једне форме генетичког истраживања, приоритетан је захтев из више разлога: да би се идентификовали вредности и интереси које правни поредак настоји да заштити, да би се спречиле потенцијалне злоупотребе и прописале санкције за кршење правила, у вези са применом нових технологија, каква је технологија CRISPR/Cas9 (Клајн Татић 2006, 24–25).²

У предметном истраживању се полази од питања да ли заштита људских права имплицира ограничење, односно успоравање научног прогреса, или пак доприноси подстицању и промовисању научног напретка на пољу биомедицине и генетике. Генетичке технологије попут CRISPR/Cas9 дају невероватна обећања, али представљају и застрашујуће изазове. Да ли примена CRISPR/Cas9 на људским ембрионима може бити клизав пут који ће навести истраживаче да се укључе у небезбедну, неетичку и немедицинску употребу технике (Furrow 2017, 38)? С тим у вези, едитовање хуманог генома спада у горућа питања заштите људских права и основних слобода, достојанства, интегритета и идентитета људског бића. Разматрајући могућност и ширу

² У научној и стручној литератури се, осим термина едитовање генома, користе и други термини за објашњење и превод термина 'едитовање', попут: уређење, модификација, манипулација, поправљање или преиначење генома.

распрострањеност примене едитовања хуманог генома, неупитно је да ће далекосежне импликације бити несагледиве. Нису спорне предности технологије CRISPR/Cas9 за добробит човечанства већ могућности да криминалци, биотерористи, одметнути режими злоупотребе нове технологије с обзиром на то да не постоји адекватан регулаторни оквир. Напредак у областима биомедицине и генетике неће довести само до бројних етичких проблема и заштите приватности већ ће поспешити и криминалне активности.

У пракси се учестало поставља питање шта је допуштено у домену генетичког истраживања на човеку какво је едитовање генома, а шта је забрањено. Треба напоменути да је то питање и правно и етичко, те да подлеже правним и етичким нормама (Клајн Татић 2012, 27), али и социјално, па су и друштвена схватања од значаја за уређивање те области. С тим у вези, циљ рада је да се укаже на неопходност нормирања граница правне допуштености, уз претходно сагледавање етичке оправданости и друштвеног значаја примене поступка едитовања генома, анализирањем тренутних достигнућа у тој области науке. Фокус је на поступку едитовања хуманих герминативних, односно репродуктивних ћелија, будући да је у питању радикална метода којом се мења ДНК ембриона, односно гамета, којом се не мењају само особине ћелија већ се утиче и на генетичко наслеђе будућих генерација. С друге стране, едитовање ћелија ткива, односно соматско едитовање, неће бити предмет анализе јер је то метода којом се делује на тачно одређене, већ формиране ћелије ткива, без икаквог утицаја на потомство. Наиме, истраживања су показала да едитовање герминативних ћелија може да утиче на имунски одговор појединца, док су *in vivo* научни огледи у којима је примењиван поступак едитовања соматских ћелија показали задовољавајуће резултате, односно били су у складу са одобреним протоколом спровођења клиничких испитивања (Rangel Gonçalves, de Melo Alves Paiva 2017, 369).

Након дефинисања технологије едитовања хуманог генома CRISPR/Cas9, указивањем на њен значај и примену у области медицине и генетике, основна правнотеоријска питања едитовања герминативних ћелија биће сагледана у контексту универзалних етичких вредности и усвојених друштвених конвенција. То, нарочито, у оквирима доминантног холистичког и интегративног принципа у остваривању и заштити основних људских права, уз примену мултидисциплинарног приступа предмету истраживања.

2. ПОСТУПАК ЕДИТОВАЊА ГЕНОМА ПРИМЕНОМ ТЕХНОЛОГИЈЕ CRISPR/CAS9

Едитовање људског генома³ применом технологије CRISPR/Cas9 подразумева циљану измену одређене секвенце ДНК у живој ћелији, која се спроводи тако што се део генетичког материјала исеца на тачно утврђеном месту. Технологија CRISPR/Cas9 (*Clustered regularly interspaced short palindromic repeats*), односно груписана кратка палиндромска понављања с редовним интервалима, развијена је 2012. године и именована је према протеину који се користи за исецање ланца ДНК (Rodriguez 2016, 1). Првобитно, технологија CRISPR/Cas9 је примењена на бактеријама, као део адаптивног имунског система који бактеријама омогућава заштиту од инвазивних страних ДНК, као што су бактериофаге (Khatodia *et al.* 2016, 2). У међувремену, у пракси је уочена активна примена те технологије у стварању и производњи новог типа генетички модификованих усева, биљака и животиња, који не би били трансгенетички, односно у њих се не би инкорпорирала ДНК других организама. Примена технологије CRISPR/Cas9 омогућава анализирање улоге гена у ћелијама сисара преиначењем генома, односно кориговањем генетичке мутације одговорне за наследне болести (Doudna, Charpentier 2014, 1077).⁴ Након три године имплементирања, група кинеских истраживача применила је методологију CRISPR/Cas9 у хуманој медицини. Тиме је трасиран пут за дијагностиковање, превенцију и лечење болести новом технологијом, која не само да је ефикасна већ је и јефтина и приступачна (Polcz, Lewis 2016, 413).

Генетичка истраживања попут едитовања хуманог генома разликују се од свакодневне медицинске праксе, јавног здравља и других облика здравственог збрињавања усмерених да непосредно допринесу здрављу појединаца или друштва. Сходно томе, истраживачи и здравствено особље које учествује у поступку едитовања генома обавезни су да штите живот, здравље, достојанство, интегритет, право на самоодређење, приватност и поверљивост личних информација пацијената као субјеката истраживања (Клајн Татић 2012, 25).

³ Едитовање људског генома је процес промене гена помоћу научних метода са циљем лечења или спречавања болести (*the process of changing genes using scientific methods, in order to cure or prevent disease*). <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/gene-editing>.

⁴ Емануел Шарпантје (Emmanuelle Charpentier) и Џенифер А. Даудна (Jennifer A. Doudna) добитнице су Нобелове награде за хемију за 2020. годину. Награда им је додељена за развој методе модификовања генома применом технологије CRISPR/Cas9.

Циљано едитовање генома⁵ у хуманој медицини користи се за наредну генерацију жељених ендеогених модификација, попут поремећаја гена, додавања или корекције једног или више специфичних генома у прекинутом ланцу ДНК, употребом прилагођених креираних нуклеотида. Применом технологије едитовања генома CRISPR/Cas9 постало је сасвим изводљиво „изрезати“ мутирани ген и заменити га здравим. Посреди је технологија спајања гена, која подразумева модификовање генетичког материјала организма ради промене или побољшања његових карактеристика (Furrow 2017, 34). Тиме је отворена могућност излечења многих обољења, као што су митохондријска обољења, и побољшања репродуктивних могућности у ситуацијама у којима преимплантациона генетичка дијагноза и вантелесна оплодња (PGD-IVF) нису прихватљиви из медицинских или личних разлога (Furrow 2017, 36). Такође, употребом те технологије у хуманој медицини омогућио би се нормалан живот особама са разорним конгениталним обољењима, попут мишићне дистрофије, аутоимуних болести, Хантингтонове хореје, оштећења вида и слуха. У међувремену, научници настоје да помоћу методе едитовања генома CRISPR/Cas9 спрече и друге наследне болести, попут Дишенове (Duchenne) мишићне дистрофије (Калинић 2019, 4). Међутим, колике год биле предности употребе те технологије у хуманој медицини (спречавању наследних обољења), ваљало би истаћи да су могућа нежељена и непредвидљива дејства, с обзиром на то да је поступком едитовања генома могуће пренети нежељене мутације на наредна поколења. У прилог томе, наводимо случај који је изазвао пажњу стручне и опште јавности 2018. године. Наиме, кинески научник Хе Јанкуи је, без изразите потребе за лечењем одређене болести, у тајности спровео поступак едитовања хуманог генома те су рођене прве бебе са модификованим генима, код којих је измењен протеин – рецептор који омогућава вирусу ХИВ да инфицира лимфоците (Совиљ 2020, 36). Тај догађај показује како се у областима медицине и генетике лако могу злоупотребити нове технологије.⁶ Управо обиље

⁵ Едитовање генома молекуларним алатима могуће је већ неко време. Међутим, испоставља се да откриће CRISPR/Cas9 представља прекретницу у даљем развоју науке, с обзиром на то да је овом технологијом велико унапређен алат доступан за генетичка истраживања. CRISPR/Cas9 омогућује инжењеринг гена свих врста, укључујући и људску, с далеко већом прецизношћу, брзином, доступношћу, флексибилношћу и приступачношћу (Furrow 2017, 34). С друге стране, постоје и другачији ставови. Мецл наводи да упркос свестраности ове технологије, прецизност едитовања генома је и даље у почетној фази (Metzl 2019, 133).

⁶ У фебруару 2016. године, Управа за хуману фертилизацију и ембриологију (*Human Fertilization & Embryology Authority – HFEA*), иначе надлежна за надзирање и законско регулисање репродуктивних технологија у Великој

примене технологије у савременој медицини изнедрило је посебне правне и етичке проблеме, који произлазе из односа медицине према технолошким иновацијама. Међутим, неретко се догађа да правно нормирање заостаје за научним прогресом медицине и генетике, што је случај и са едитовањем хуманог генома. Право треба да прати и регулише питања која су повезана са поступком едитовања генома и да, с тим у вези, одреди границе којима се штите стечене вредности друштва, али и права и слободе појединаца, која се сматрају основним начелом и темељем савременог права (Совиљ, Стојковић Златановић 2019, 327–328). Такође, неопходно је обезбедити транспарентност научног истраживања, али и одговорност да истраживања испуњавају етичке и научне стандарде. Научни прогрес је незаустављив те је вероватно да ће се вршити притисак на доносиоце одлука да регулишу предметно питање. Извесно је да ће притисак долазити и од појединаца који ће намеравати да користе технологију едитовања генома у сопствене медицинске, репродуктивне и друге сврхе (Hinxton 2015, 2).

3. ПРАВНИ ДОМАШАЈ ЕДИТОВАЊА ГЕНОМА У ХУМАНОЈ МЕДИЦИНИ

Полазећи од комплексности едитовања хуманог генома и, нарочито, „осетљивости“ прикупљених генетичких информација, отварају се бројна питања непосредно повезана са могућношћу задирања у основна људска права, укључујући право на приватност и заштиту од дискриминације (Стојковић Златановић 2019, 98). У том контексту, правна разматрања се, пре свега, односе на нормативни оквир и регулативу, која се имплементира са циљем контролисања употребе једне сасвим нове технологије, какво је едитовање хуманог генома (Мујовић 2007, 43). Поједини правници истичу да свако едитовање људског генома не треба да има истоветну правну судбину. Према њиховом мишљењу, ваљало би допустити тзв. негативне генетичке интервенције, односно интервенције чији је циљ да се онемогући пренос наследних обољења на потомке, док би се правна забрана едитовања људског генома односила на тзв. позитивне генетичке интервенције којима се повећавају поједине нарочите способности

Британији, одобрила је примену CRISPR/Cas9 на људским ембрионима на Институту *Francis Crick* у Лондону са циљем проучавања узрока неплодности. Посреди је прва клиничка студија у Великој Британији за истраживање људских ембриона применом едитовања генома, са ограничењем на 14 дана, што је предвиђено међународним конвенцијама (Paradise 2016, 3).

људи (Клајн Татић 2012, 45). Отуда се у вези са едитовањем хуманог генома сучељавају два међусобно супротстављена интереса: интерес друштва да у будућности боље штити живот и здравље свих људи и интерес појединца, субјекта истраживања, да се његов лични живот и здравље заштите од опасности, односно од ризика којима бива изложен (Клајн Татић 2010, 209–210). У том смислу, неопходно је одмерити конфронтиране интересе и пронаћи равнотежу. У теорији преовладава правни и морални став да интереси и благостање појединца као субјекта истраживања имају предност у односу на интересе науке и друштва (Радишић 2008, 253–254).

Питање генетичког инжењеринга људских ћелија поступком едитовања генома посебно је деликатно (контроверзно) имајући у виду да због тога што дотиче будућа поколења. Чињеница да едитовање генома погађа будуће генерације кључни је приговор новој технологији. С тим у вези, у Смерницама Америчког лекарског удружења (*American Medical Association*) из 1996. године стоји да је недопустиво спроводити генетички инжењеринг на герминативним ћелијама јер погађа будуће генерације и може проузроковати непредвидљиве и неповратне резултате. Додатна забринутост произлази из тога што деца која нису рођена не могу дати пристанак на измену своје ДНК (Polcz, Lewis 2016, 415). *In stricto sensu*, остаје спорно питање правне сагласности потомака на генетичку модификацију, имајући у виду да садашња генерација одлучује за будуће генерације, приморавујући их на актуелне вредности и трендове, који се током времена извесно могу променити (Совиљ 2020, 35). Осим тога, отвара се питање права на накнаду штете детета зачетог поступком едитовања генома, с обзиром на непредвидљиве последице које та технологија може проузроковати. У том контексту, уколико би се током живота особе зачете поступком геномског едитовања испољиле одређене болести или стања узрокована тим поступком, отворило би се, између осталог, питање права на накнаду неимовинске (моралне) штете (Радишић 2008, 200). Под моралном штетом подразумевају се телесни и/или душевни бол и страх довољног трајања и интензитета. Сходно томе, морална штета се не би састојала у повреди неког личног неимовинског права нити повреди објекта тог права већ у једном интимном трпљењу које би било узроковано предметним поступком (Караникић Мирић 2015, 487–489).

Постојање тако моћне технологије као што је CRISPR/Cas9 покренуло је расправу у научним и стручним круговима на међународном нивоу. Дебата је првенствено усредсређена на питање правне допуштености генетичке модификације герминативних ћелија применом те технологије, с обзиром на то да герминативна модификација, односно увођење гена у герминативне линије (*germ line gene therapy*), имплицира

наследне промене које ће се одразити на будуће потомство. Насупрот герминативној модификацији, интервенција гена у соматске ћелије подразумева манипулацију одређеним органом. Сходно томе, соматска модификација генома најчешће се посматра као поткласа генске терапије.⁷ Генска терапија се односи на употреба гена са циљем лечења одређене болести, што нужно имплицира модификацију нечијег генома. Будући да генска терапија подразумева претходну дату сагласност пацијента, али и да утиче само на пацијента над којим се спроводи, преовладало је становиште да је она прихватљива. У једном коментару Хенк Грили је изјавио да, упркос вишегодишњим расправама о делотворности генске терапије соматских ћелија, питање соматске генске модификације није произвело дубоке недоумице, осим ефикасности и истраживачке етике (Greely 2015, 1).

О правним, социјалним и етичким импликацијама генетичке модификације водиле су се расправе још од седамдесетих, када је први пут представљена идеја о генској терапији. Научна расправа је стагнирала, између осталог, због тога што је примена генске терапије у хуманој медицини незнатна у односу на првобитна очекивања. У свету је до данас за клиничку употребу одобрен незнатан број генских терапија, чији се резултати још увек сагледавају (Polcz, Lewis 2016, 418). Уколико се утврди да су резултати добијени технологијом CRISPR/Cas9 валидни и научно утемељени, сасвим је извесно да нас у догледној будућности очекују значајне промене у дијагностиковању, превенцији и лечењу болести применом генетичке модификације. Због тога је неопходно благовремено правно уредити тако комплексно питање као што је едитовање хуманог генома. До сада питање примене едитовања хуманог генома у дијагностичке, превентивне и терапеутске сврхе није правно уређено ни на нивоу Европске уније. Савет Европе је 2001. године донео Препоруку о заштити људског генома,⁸ којом се државе чланице позивају да потпишу, ратификују и примене Конвенцију о људским правима и биомедицини (Конвенција из Овиједа) из 1997. године⁹ и да

⁷ На овом месту би ваљало указати на разлику између едитовања генома и генске терапије јер су та два поступка блиско повезана. Наиме, едитовање генома и генетички инжењеринг су технологије које се употребљавају у генским терапијама, али поседују и ширу функционалност. Свака генска терапија јесте генетички инжењеринг, али сваки генетички инжењеринг није генска терапија (Metzl 2019, 137).

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.

измене основе патентног права у вези са својином на људским ткивима и генима који припадају заједничкој баштини човечанства (Ђукановић 2015, 285).

Генетичка истраживања и клинички огледи на људима разликују се од медицинске праксе, јавног здравља и других облика здравственог збрињавања усмерених ка очувању здравља појединца или заједнице. Међутим, генетичка истраживања и медицинску праксу могуће је вршити истовремено (Клајн Татић 2012, 25). Тако се у члану 35 нове Хелсиншке декларације,¹⁰ у делу Ц који се односи на „истраживање комбиновано с лечењем“, наводи: „У лечењу пацијента, где доказани профилактички, дијагностички и терапијски методи не постоје или нису делотворни, лекар је, с информисаним пристанком пацијента, слободан да употреби недоказане или нове профилактичке, дијагностичке и терапијске мере уколико процени да то пружа наду у спасавање живота, поновно успостављање здравља или ублажавање патње“ (Клајн Татић 2012, 25).

У домаћем праву, генетичка услуга је Зојиним законом дефинисана као посебна здравствена услуга у области превентивне медицине и услуга у сврху дијагностике и лечења, која обухвата генетичко информисање, генетичко саветовање и генетичко испитивање.¹¹ Међутим, поступак едитовања генома у хуманој медицини није правно уређен у домаћем правном поретку. Свеобухватном анализом прописа којима се уређују области медицине и генетике учачамо само одредбу Закона о биомедицински потпомогнутој оплодњи, која забрањује извесне генетичке интервенције у поступку вантелесне оплодње. Законом су забрањене следеће активности: стапање људских гамета са другим живим ћелијама које нису хуманог порекла и оплодња јајне ћелије избором семених ћелија које су биране како би се родило дете одређеног пола.¹² На тај начин законодавац је експлицитно забранио генетичке интервенције које се односе на избор пола детета,¹³ осим

¹⁰ Хелсиншка декларација Светске медицинске асоцијације, Сеул 2008. (World Medical Association of Helsinki. Ethical Principles for Medical medicine Research Involving Human Subjects, 2008).

¹¹ Закон о превенцији и дијагностици генетичких болести, генетички условљених аномалија и ретких болести (Зојин закон), *Службени гласник РС* 8/2015, чл. 3, ст. 1, тач. 3.

¹² Закон о биомедицински потпомогнутој оплодњи, *Службени гласник РС* 40/2017 и 113/2017, чл. 49, ст. 1, тач. 15 и 16.

¹³ Истоветно решење предвиђено је Законом о превенцији и дијагностици генетичких болести, генетички условљених аномалија и ретких болести, који изричито забрањује да се дијагностички поступак пре зачећа или у току

ако се тиме спречава настанак и пренос тешке наследне болести која је у вези са полом детета (Совиљ 2020, 39). Тумачењем по аналогији, ту законску одредбу бисмо могли проширити и на забрану едитовања генома само у оном делу који би се односио на „побољшање“ људског потомства (избор пола детета), без икаквих реалних потреба. С друге стране, Кодексом медицинске етике Лекарске коморе Србије којим се уређује поступање лекара у биомедицинским истраживањима допушта се модификација људског генома. Наиме, у члану 40 стоји да се захвати усмерени на преиначење људског генома могу изводити само у превентивне, дијагностичке и терапијске сврхе, уз услов да се та преиначења не преносе на потомство, што нам недвосмислено указује на то да је забрањено спроводити преиначење на герминативним ћелијама. С тим у вези, забрањено је клонирање, односно стварање генски идентичних лица, јер је супротно етици и поштовању људског достојанства. Даље, забрањени су сви поступци усмерени на стварање генски истоветног људског бића, односно са истим генским системом који има и друго људско биће – живо или умрло.¹⁴ Сасвим је оправдана забрана клонирања са циљем зачећа и рођења детета, с обзиром на то да се тиме настоји сачувати јединственост људске личности и њено достојанство (Сјеничић, Совиљ, Стојковић Златановић 2018, 765).

4. СОЦИЈАЛНЕ ИМПЛИКАЦИЈЕ ЕДИТОВАЊА ХУМАНОГ ГЕНОМА

Поступак едитовања генома повезан је са осетљивим друштвеним и етичким питањима, која импресионирају широке и различите слојеве друштва. Едитовање генома отвара широк спектар ризика. Далекосежне промене могле би се проширити и на нециљану популацију друштва. Сходно томе, немогуће је анализирати примену едитовања хуманог генома у медицинске сврхе без учешћа и подршке друштва. У теорији постоје различита становишта о томе да ли треба допустити едитовање генома. Поједини аутори истичу нежељене ефекте по

трудноће користи у сврху селекције пола детета, осим уколико се то чини ради избегавања преношења тешке наследне болести повезане са полом детета. Закон о превенцији и дијагностици генетичких болести, генетички условљених аномалија и ретких болести (Зојин закон), *Службени гласник РС* 8/2015, чл. 10, ст. 1.

¹⁴ Устав Републике Србије, *Службени гласник РС* 98/2006, чл. 24, Кодекс медицинске етике Лекарске коморе Србије, *Службени гласник РС* 104/2016, чл. 40 и 41.

друштво које би произвело допуштање едитовања хуманог генома, попут подстицања неједнакости јер би имућни родитељи могли да приуште „побољшану“ децу са повећаним капацитетом интелигенције или другим унапређеним особинама. *A contrario*, Грили сумира разлоге због којих је мало вероватно да ће се у догледној будућности допустити генетичка модификација герминативних ћелија применом технологије CRISPR/Cas9: питање безбедности, слаба медицинска потражња и контроверзна природа самог поступка (Furrow 2017, 41).

Међутим, технологија едитовања генома CRISPR/Cas9 може бити атрактивна за поједине спортисте те не треба искључити могућност да би они вероватно били први корисници. Постоји неколико разлога који нам указују на то да нема препрека за експериментисање у домену спорта. Прво, многи спортисти су показали спремност да ризикују, укључујући биолошке модификације, како би побољшали личне перформансе. Друго, спортске перформансе су област у којој наше генетичко разумевање већ сугерише извесне соматске генске модификације, које би могле дати предност у спорту. То је делимично зато што су многи гени који су релевантни за спорт такође клинички релевантни из независних разлога, на пример одржавање мишићне масе пацијената са мишићном дистрофијом. Треће, едитовање генома вероватно ће бити тешко открити. Не изненађује то што идеја о „генском допингу“ кружи више од једне деценије, а Светска антидопинг агенција га је изричито забранила 2003. године. Имајући у виду ефикасност и широку доступност технологије CRISPR/Cas9 чини нам се да је много ближа стварност „генског допинга“ (Polcz, Lewis 2016, 422).

Насупрот герминативној модификацији ћелија, соматска генска модификација омогућава вам да самостално доносите одлуке о едитовању генома, које ће се директно одразити на ваше страсти и животне изборе. Примера ради, бејзбол играчи данас се неретко одлучују за нетерапеутску операцију како би повећали шансе за успех. Слично је и са постојећом ласерском операцијом ока, која људима може дати прилику да изостре вид и до 20 пута, коју су прихватиле оружане снаге САД (Polcz, Lewis 2016, 422). Применом аналогije, констатујемо да би у блиској будућности такви избори могли да се прошире на соматску генску модификацију, којом бисте, између осталог, могли да вршите селекцију жељених особина будућег потомства. У почетној фази примене поступка едитовања генома, вероватно би се обављале интервенције са циљем елиминисања озбиљних болести и акутних стања, док би се у некој следећој фази приступило модификацији естетски пожељних особина, према личним афинитетима родитеља (нпр. избор пола детета, висине, боје очију, косе, интелигенције, капа-

цитета меморије, спортских способности) (Совиљ 2020, 33). У домаћем праву уставном нормом гарантовано је право на одлучивање о рађању деце.¹⁵ Доминантна интерпретација члана 63 Устава Републике Србије о слободи одлучивања о рађању деце подразумева слободу сваког човека да одлучује о условима под којима ће своју егзистенцију наставити у свом потомству (Драшкић). Границе такве слободе треба јасно утврдити, нарочито, у контексту убрзаног биотехнолошког развоја, како тумачење „слободе појединца везане за услове осигурања жељеног потомства“ не би било (пре)широко у обухвату те довело до злоупотреба основних права потомака и повреде општечовечанских вредности достојанства личности. Стога, изостанак законског регулисања отвара често „заstraшујућа“ и апсурдна питања као што је да ли Устав даје право родитељима да рађају дете одређене боје косе и очију. Поједини аутори истичу да родитељи могу своју децу подвргнути разним козметичким и хируршким поступцима (нпр. реконструктивна операција, ринопластика и сл.) не кршећи притом уставне одредбе (Enriquez 2019, 1233). Разноликост теоријских становишта, правних решења, моралних и друштвених схватања иде руку под руку са непостојањем правног оквира (Караникић Мирић 2016, 110). У сваком случају, неопходна је одговарајућа државна интервенција која би забранила такве и сличне генетичке интервенције које су супротне тренутно општеприхваћеним друштвеним вредностима.

Уколико појемо од премисе да је оправдано „побољшавати“ људска бића, чини нам се да би то било изводљиво ако би примена едитовања генома технологијом CRISPR/Cas9 била распрострањена. Дилема је да ли је могуће да „побољшањем“ једне особине не утичемо на унапређење и других особина. У том контексту, вероватно је да би се првобитно приступило модификацији естетски пожељних особина, попут телесне висине. Слична ситуација би била и са интелектом, који је, сматра Фукујама, један од приоритетнијих циљева будућег генетичког третмана. Фукујама наводи да друштво са вишим нивоом просечне интелигенције може постати богатије, у мери у којој је продуктивност у корелацији са интелигенцијом (Fukuяama 2003, 117–118). С друге стране, постоје људи који из религиозних или неких других разлога не желе или пак нису у могућности да подвргну своју децу генетичком третману. У ситуацији свеопште помаме за генетичком модификацијом применом едитовања генома, особе које би се супротставиле таквим променама своју децу би изложиле ризику регресије (Митровић 2010, 82). Осим тога, отвара се питање дискриминације супериорних, гене-

¹⁵ Устав Републике Србије, *Службени гласник РС* 98/2006, чл. 63, ст. 1.

тички унапређених особа и оних које се нису подвргле генетичком третману „побољшања“. Генетичка (не)дискриминација биће изузетно битна, будући да ће масовније секвенцирање гена показати да је могуће да код сваког од нас постоји некакво стање или повећан ризик од разних поремећаја у односу на општу популацију (Metzl 2019, 273). Да ли би постојећа правила којима се забрањује сваки вид генетичке дискриминације¹⁶ била примењива и у том контексту? Поучени досадашњим искуством, оцењујемо да актуелни антидискриминаторски прописи не би били делотворни у пружању правне заштите угроженој страни.¹⁷

5. ЕТИЧКА ОПРАВДАНОСТ ПОБОЉШАЊА ЉУДИ ЕДИТОВАЊЕМ ГЕНОМА

Едитовање генома отвара бројне нове могућности генетичког инжењеринга. Скорашња истраживања показала су нам да је могуће излечити до сада неизлечиве болести, као што су ретке болести, карциноми, HIV/AIDS (Совиљ 2020, 41). Међутим, такав револуционарни прогрес у науци изазвао је, осим правних и социолошких, и бројне религиозне и етичке дилеме. Када се разматра правна прихватљивост и допустивост генетичких истраживања, попут едитовања хуманог генома, не-

¹⁶ Спровођење пројекта истраживања хуманог генома захтевало је разматрање правних, етичких и социолошких аспеката идентификације људског генома и анализе генетичког материјала. У том контексту, генетичка дискриминација је постала предмет различитих правних и етичких студија, као и социолошких истраживања. Међутим, правно регулисање генетичке дискриминације праћено је проблемом неусаглашености у њеном дефинисању, односно одређивању појма те релативно нове врсте дискриминације. На крају, генетичку дискриминацију можемо дефинисати као неоправдано прављење разлика, односно различито поступање према појединцу или према члановима његове породице на основу стварне или претпостављене разлике његових гена у односу на тзв. нормалне гене (Стојковић Златановић 2019, 131–133).

¹⁷ У прилог томе, наводимо пример Сједињених Америчких Држава. Наиме, у САД је 2008. године усвојен Закон о спречавању дискриминације на основу генетичких информација, према којем се послодавцима забрањује да дају отказ запосленима, односно да одбију кандидате за запослење по основу генетичких информација. Међутим, иако се поменути закон примењује на здравствено осигурање, он не пружа правну заштиту осигураницима од дискриминације осигуравајућих друштава, која користе информације из генетичких тестова приликом састављања полиса животног осигурања, осигурања за случај неспособности или за дугорочну негу. Genetic Information Nondiscrimination Act, *Public Law No. 110–223*, 2008.

опходно је испунити неколико етичких захтева.¹⁸ У питању су следећи захтеви: научна вредност и друштвена оправданост, научна пуноважност, повољан однос ризика и користи, поштен одабир група субјеката истраживања, поштовање за врбоване и уписане субјекте истраживања, информисани пристанак и независно преиспитивање комитета за етику. Побројани етички захтеви су универзални, премда треба да буду прилагођени здравственим, економским, културним и технолошким условима у којима се обавља истраживање (Клајн Татић 2012, 53). У теорији се истиче да је етички неприхватљиво и опасно едитовање хуманог генома помоћу савремених технологија, каква је CRISPR/Cas9. Едитовање генома герминативних ћелија етички је недопустиво, с обзиром на могуће нежељене и непредвидљиве последице, будући да је измењеним генима могуће пренети мутације на будућа поколења. Наиме, изменама ДНК у људским ембрионима нехотице би се могла унети грешка у хумани генски фонд, креирајући ново обољење које би се пренело на следеће генерације. Бојазан је оправдана с обзиром на то да би се таква истраживања могла искористити у нетерапеутске сврхе. Наиме, допуштање генетичке модификације герминативних ћелија трасирало би пут нетерапеутском генетичком „побољшању“ људи.

Морална дилема је да ли поступак едитовања генома треба користити искључиво ради дијагностиковања, превенције и лечења болести или и у сврху „побољшања“ људских бића. Под „побољшањем“ се подразумева обезбеђивање дужег и квалитетнијег људског века спрам данашњих поимања. Међутим, сам термин „побољшање“ изазива бројне недоумице у поређењу са терапијом. У том смислу, под „побољшањем“ људских бића подразумева се подизање капацитета изнад, за одређену врсту, типичног нивоа или прелазак преко статистички нормалног функционисања једне индивидуе, применом поступка едитовања генома (Митровић 2010, 90). Типичан пример „побољшања“ људских бића јесте естетска хирургија, којом се махом подвргавају жене. Такође, такви захвати нису страни ни мушкарцима, који помоћу стероида „пумпају“ своја тела. Актуелни трендови у естетској хирургији, иако неретко нису неопходни, представљају одраз доминантне потрошачке

¹⁸ Генетичка истраживања попут едитовања хуманог генома требало би да се спроводе у садејству са четири основна етичка начела: поштовање личности, добротворност, правда и поверљивост (тајност). Преовладава општа сагласност да побројана начела, која имају једнаку моралну снагу, доприносе савесном припремању предлога за научне огледе и студије. Међутим, у различитим ситуацијама та начела могу да буду различито исказана, да стекну различиту моралну тежину и да њихова примена доведе до различитих одлука и праваца поступања (Клајн Татић 2010, 210).

психологије и недвосмислено нам указују на потенцијалну заинтересованост и распрострањеност едитовања генома у догледној будућности у сврху „побољшања“ људских бића (Ђукановић 2016, 291).

Оправдавајући генетичку интервенцију као метод „побољшања“ људских бића, Савулеску наводи да нема моралне разлике у интервенцијама које врши средина или лечењу медикаментима у односу на интервенције применом едитовања генома. Даље, Савулеску истиче да „ми прихватимо интервенције средине која утиче на усавршавање наше деце. Школовање, исхрана, тренирање користе се како би се од деце створили бољи људи и повећале њихове животне шансе. Деца се образују да би била кооперативна, интелигентна, мање агресивна и лепо васпитана. У том погледу, истраживачи трагају за методама да креирају окружење које ће децу стимулисати да максимизирају свој интелектуални потенцијал“ (Savulescu 2016, 4).

Насупрот том становишту које поистовећује утицај средине и генетичку интервенцију, наглашено је Фукујамино становиште о поштовању природе, које га имплиците доводи на само корак до доминације природних права, карактеристичне за конзервативну социјално-правну мисао (Митровић 2010, 83). Фукујама оцењује да „постоје оправдани и мудри разлози да се вратимо поштовању природног реда ствари и да не мислимо како људска бића могу лако да га побољшају пригодним интервенцијама“ (Fukuяama 2003, 118). Констатујемо да се, према Фукујамином мишљењу, утицај на природу изазван вештачким путем знатно разликује од промена насталих под утицајем средине.

Као и Фукујама, и други научници су против било каквих генетичких истраживања на хуманом ембриону јер сматрају да ембрион има морални положај истоветан човеку. Етичка оправданост едитовања хуманог генома контроверзна је чак и оним научницима којима је прихватљиво ембрионално истраживање. То становиште брани и Мерси Дарновски (*Marcy Darnovsky*), руководилац Центра за генетику и друштво у Калифорнији, који иначе подржава генетичка истраживања на хуманом ембриону. Дарновски истиче да је едитовање људског генома прилично опасно, те да представља корак напред у покушају „производње“ генетички модификованих људских бића. Едитовање људског генома подразумева промену гена сваке ћелије, које ће се одразити и на све потомке тог човека. Према томе, посредни су перманентне и вероватно неповратне промене, чије су последице несагледиве. Чак и уколико би се током времена утврдила безбедност поступка, остаје недоречено питање шта би „дизајниране бебе“ учиниле друштву (Stein 2016, 9).

Смерницама Америчког лекарског удружења из 1988. године и потоњим изменама из 1996. године, забрањена је генетичка модификација герминативних ћелија, док је примена соматске генетичке модификације ограничена само „у датом моменту“. Смерницама су одређени услови који допуштају соматску генетичку модификацију у терапеутске сврхе. Како би етички била прихватљива и оправдана примена соматске генетичке модификације, неопходно је испунити најмање три услова: 1) морала би постојати јасна и значајна корист за особу; 2) не би требало да постоји компромис са другим карактеристикама или особинама; 3) сви грађани би морали имати једнак приступ генетичкој технологији, без обзира на лични доходак или друге социоекономске карактеристике (Polcz, Lewis 2016, 424).

Недавно је Национална академија наука, инжењерства и медицине САД (*National Academies of Sciences, Engineering and Medicine – NASEM*) објавила извештај у коме су изнете одређене препоруке за едитовање хуманог генома у клиничким студијама. У извештају је препоручено едитовање генома герминативних ћелија у клиничким испитивањима само уколико се тиме настоји спречити озбиљно обољење или стање за које не постоје разумне алтернативе, док испитивање подлеже ригорозном надзору и транспарентности у погледу његове безбедности и делотворности (Enriquez 2019, 1155).

Све релевантне међународне конвенције, декларације, директиве Европске уније и закони једногласно заузимају становиште да су неопходна континуирана генетичка истраживања на човеку да би се стекла додатна знања о дијагностиковању, превенцији и лечењу болести. Истовремено, у свим правним инструментима се наглашава да су генетичка истраживања могућа једино по цену мањег или већег одрицања људи од одређених субјективних права на самоодређење у односу на тело. Правна и етичка прихватљивост цениће се према степену ризика у односу на очекивану добробит за људе као субјекте генетичких истраживања, уз претходну процену комитета за етику (Клајн Татић 2012, 33).

6. ЗАКЉУЧАК

Научна достигнућа о хуманом геному могу се користити у медицини у дијагностичке, превентивне, терапеутске и научне сврхе. Истовремено, та достигнућа се могу злоупотребити у сврхе супротне интересима појединаца, те нашкодити њиховој личности, телесном интегритету, дигнитету и слободи, на начин који је супротан добрим обичајима.

Друштво у којем би се генетичке интервенције попут едитовања генома спроводиле уз етичко оправдано брисање границе нормалног или типичног састава и функције људске врсте било би компензовано друштвом у коме данашње друштвене класификације не би важиле и у коме је постигнуће појединаца детерминисано њиховим генетичким карактеристикама. Тешко је замислити друштво које би се свело на биолошки савршену врсту програмираних и послушних појединаца, са готово истоветним „побољшањима“ и другу врсту биолошки непромењених особа. У таквој корелацији поставља се питање егзистенције потоњих у окружењу које би сигурно водило ауторитарној утопији.

У том контексту треба поставити извесне границе правне и етичке прихватљивости. Неопходно је обезбедити равнотежу између научног истраживања генома и његове примене и правне заштите појединаца, која, између осталог, обухвата право на приватност и заштиту од дискриминације по основу генетичких карактеристика. Упркос комплексности питања примене едитовања генома, додатни проблем је непостојање одговарајуће правне регулативе, чиме се отвара простор за могуће злоупотребе, што у крајњем води правној несигурности. Стога је, *de lege ferenda*, неопходно и на глобалном нивоу и у домаћем правном поретку на свеобухватан начин уредити поступак едитовања хуманог генома и тиме попунити постојеће правне празнине. Имајући у виду да је CRISPR/Cas9 можда само једна у низу иновативних технологија са огромним предностима, али и неизвесним последицама, треба правно регулисати употребу те и сличних технологија у хуманој медицини. Едитовање генома герминативних ћелија изазива додатну узнемиреност и подозрење с обзиром на несигурност те технологије. Управо ти нови институти отварају осетљива етичка питања, која излазе из уобичајеног правног оквира. Сходно томе, будућим нормативним оквиром требало би уредити услове под којима би се евентуално допустило едитовање генома на герминативним ћелијама – у терапеутске сврхе за потребе лечења болести или акутних стања и у профилактичке сврхе, које могу или не морају бити терапеутске. С друге стране, нужно је изричито забранити едитовање генома у козметичке сврхе, односно сврхе „побољшања“ људи, и употребу за модификацију особина, која изазива забринутост због дискриминације по основу генетичких карактеристика, будући да, у данашњим условима развоја, не постоји адекватан одговор друштва нити припремљеност правног система.

Приликом пажљивог одмеравања добробити за човечанство и даљег научног прогреса, надлежни регулаторни органи морају водити рачуна о неочекиваним ризицима и нежељеним ефектима те о могућности злоупотребе те технологије у криминалне сврхе будући да не постоји

могућност да се науци као таквој наметну ограничења. „Постоји могућност одговорне примене научних резултата, док су стварни носиоци те одговорности друштво и његова политичка организација“ (Дракић 2013, 312). Предметним истраживањем аутори настоје да, између осталог, подстакну научни дијалог између правника и научника и, што је још важније, да заинтересују и ангажују стручну и општу јавност у питањима која су покренута научним достигнућем у медицини и генетици, с обзиром на то да је будућност едитовања генома умногоме будућност човечанства. Обим јавног учешћа често се наводи као циљ према којем се мере различити приступи технолошким проблемима. Сходно томе, стварно учешће различитих друштвених актера (научника, правника, доносилаца јавних политика) може повећати поверење јавности у процес доношења одлука. Општи консензус о предметним питањима је могућ, али правила којима ће се уредити поступак едитовања хуманог генома требало би да се донесу на основу темељне анализе свих релевантних правних и етичких питања, узимајући у обзир искуства развијених земаља.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Doudna, A. Jennifer, Emmanuelle Charpentier. 6213/2014. The new frontier of genome engineering with CRISPR/Cas9. *Science* 346: 1077–1086.
- [2] Дракић, Драгиша. 2/2013. Биомедицинска технологија, етика и кривично право. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 47: 303–313.
- [3] Драшкић, Марија. Биомедицински потпомогнуто оплођење. <http://www.уис.бг.ац.рс/проф/материјали/драмар/бмп.медицинско%20право.pdf>, последњи приступ 5. јуна 2021.
- [4] Ђукановић, Анђела. 2015. *Европски стандарди у области биомедицине – право на интегритет личности* (докторска дисертација). Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [5] Ђукановић, Анђела. 2016. Заштита људских права и нове технологије. 279–304. *Савремени међународни економски и правни поредак*, ур. Сања Јелисавца. Београд: Институт за међународну политику и привреду.
- [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. *Наша постхумана будућност: последице биотехнолошке револуције*. Подгорица: ЦИД.
- [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>, последњи приступ 11. фебруара 2021.
- [10] Калинић, Јелена. 2019. ЦРИСПР: тамне стране звијезде техника манипулације генетичким материјалом. <http://ba.voanews.com/a/crispr-tamne-strane-zvijezde-tehnika-manipulacije-genetičkim-materijalom/4959016.html>, последњи приступ 11. фебруара 2021.
- [11] Караникић Мирић, Марија. 3/2015. Објективизовање моралне штете. *Зборник Матице српске за друштвене науке* 152: 487–503.
- [12] Караникић Мирић, Марија. 1/2016. Штета услед нежељеног рођења и нежељеног живота: осврт на Зојин закон. *Анали Правног факултета у Београду* 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] Клајн Татић, Весна. 1/2006. Медицинска, етичка и правна питања појединачног и групног генетског тестирања. *Анали Правног факултета у Београду* 54: 24–41.
- [15] Клајн Татић, Весна. 2/2009. Етички и правни положај пунолетних пословно способних људи као субјеката биомедицинских истраживања или огледа. *Страни правни живот* 53: 209–236.
- [16] Клајн Татић, Весна. 2012. *Етички и правни положај људи као субјеката биомедицинских истраживања и клиничких огледа*. Београд: Институт друштвених наука.
- [17] Metz, Jamie. 2019. *Hacking Darwin – Genetic Engineering and the Future of Humanity*. Chicago: Sourcebooks.
- [18] Митровић, Веселин. 1/2010. Аргументи за и против „побољшања“ људских бића генетском интервенцијом. *Социологија* 52: 75–96.
- [19] Мујовић Зорнић, Хајрија. 2007. Изазови биомедицине: клонирање и шта то значи за пацијентова права. 43–66. *Померамо границе*, ур. Мирјана Рашевић, Зорица Мршевић. Београд: Институт друштвених наука.

- [20] Paradise, Jordan. 2016. U.S. Regulatory Challenges for Gene Editing. 1–8. <http://www.ssrn.com/abstract=2815519>, последњи приступ 23. фебруара 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] Радишић, Јаков. 2008. *Медицинско право*. Београд: Универзитет „Унион“ и Номос.
- [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] Сјеничић, Марта, Совиљ, Ранко, Стојковић Златановић Сања. 9/2018. Нове тенденције у развоју законодавства у области биомедицински потпомогнутог оплођења. *Правни живот*: 751–768.
- [27] Совиљ, Ранко. 1/2020. Правни аспект едитовања генома у хуманој медицини. *Гласник Адвокатске коморе Војводине* 92: 32–43.
- [28] Совиљ, Ранко, Сања Стојковић Златановић. 2019. Правно регулисање научно-технолошких открића у медицини. 325–342. *Наука без граница ИИ*, ур. Мирјана Лончар Вујновић. Косовка Митровица: Филозофски Факултет Универзитета у Приштини.
- [29] Стојковић Златановић, Сања. 2019. *Генетички и други здравствени основи дискриминације на раду*. Београд: Институт друштвених наука.
- [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>, последњи приступ 15. фебруара 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.

УДК 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.

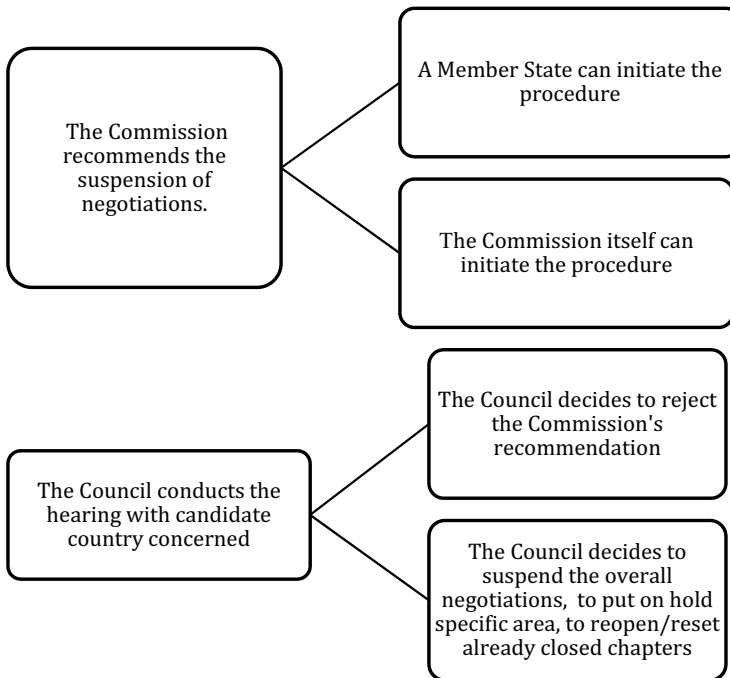
The chapters of future negotiations will be organised in clusters. Out of the six of them, the first one on the fundamentals is the most important. The new methodological framework prescribes the opening the Fundamentals cluster (the two key chapters, 23 – Judiciary and Fundamental Rights, and 24 – Justice, 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 L 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-conditionalty/> (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.

УДК 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.

/ЈУБИЛЕЈИ

УДК 330:929 Стиглер Ж.Ј.; 338.242.4

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_21308A

Др Борис БЕГОВИЋ*

ПЕДЕСЕТ ГОДИНА ЕКОНОМСКЕ ТЕОРИЈЕ РЕГУЛАЦИЈЕ**

Пре равно педесет година, Џорџ Стиглер (George J. Stigler), који ће једанаест година касније (1982) добити Нобелову награду за економију,¹ објавио је чланак под насловом „The Theory of Economic Regulation“ (Stigler 1971) – пионирски рад економске теорије регулације.² Чикашки

* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, *begovic@ius.bg.ac.rs*.

** Срдачно захваљујем Николи Илићу, Марији Караникић Мирић, Даници Поповић и Бојану Ристићу на корисним коментарима и сугестијама. Наравно, сносим искључиву одговорност за евентуалне преостале грешке и за вредносне судове изнете у овом раду.

¹ Прецизније и званично – награда Шведске централне банке за економске науке у спомен Алфреда Нобела. Та награда се додељује заједно са „класичним“ Нобеловим наградама.

² Управо тако, теорија коју је Стиглер формулисао је, по својој методологији и садржају, економска теорија регулације, иако се у самом наслову његовог чланка придев економска односи на регулацију, а не на теорију (Coglianese 2021). Штавише, Стиглер уз именицу теорија у наслову чланка употребљава одређени члан (the), што значи да читаоцу јасно ставља до знања да то није једна од теорија него једина теорија која успешно објашњава (регулаторну) стварност.

универзитет, онај који је досад, осим Стиглера, дао највећи број економских нобеловаца, организовао је у априлу ове године дводневни семинар поводом педесетогодишњице објављивања тог Стиглеровог чланка. Да ли је тако нешто било оправдано? Да ли и због чега завређује обележавати тај јубилеј? Какав је допринос тог чланка и по чему се он издваја од многих других текстова тог времена?

Одговорима на та питања посвећен је овај кратак осврт на Стиглеров чланак и преглед значаја који он има за економску науку, пре свега за развој економске теорије регулације, што значи за боље разумевање регулаторне стварности. Управо тако, економска теорија регулације је позитивна теорија, намењена објашњавању стварности. Она треба да одговори на неколико битних питања. Прво је због чега се уопште успоставља одређена регулација. Због чега и на који начин регулација настаје и због чега она нестаје? Друго питање је каква ће форма регулације бити успостављена. Одговор на друго питање има кључну важност за одговор на треће, а то је какве ће бити последице одређене регулације по друштвено благостање. Додуше, одговор на треће питање већ задира у нормативну теорију регулације, чији се налази односе на то да ли је одређена регулације пожељна или не.

Пре него што се размотре одговори које Стиглер даје на та питања у свом чланку, то јест одговори које пружа његова верзија економске теорије регулације, треба дефинисати сам појам регулације, који се понекад поистовећује са економском регулацијом. Данас је уобичајено да се под економском регулацијом посматра (Viscusi, Vernon, Harrington 1995) онај облик државне интервенције којим се привредним субјектима, то јест економским актерима на страни понуде намећу ограничења у доношењу њихових пословних одлука.³ Стиглер, међутим, економску регулацију поистовећује са државном интервенцијом. Већ на самом почетку чланка аутор упућује на четири вида такве интервенције: субвенције, правне баријере уласку, државне политике у односу на повезана добра (супституте и комплементарна добра) и административно одређивање цена. Дакле, веома широк спек-

³ Такође, данас је уобичајено да се одвојено посматра општа пословна регулација, која важи за све привредне субјекте на страни понуде, и секторска регулација, она која се односи искључиво на обављање одређене делатности. Минималне наднице, на пример, представљају општу пословну регулацију, односе се на све привредне субјекте, док искључиво водоводно предузеће, на пример, мора да поштује регулаторне одлуке (прописе) којим се одређује цена његовог производа, што не искључује да, као и сва друга предузећа, мора да исплаћује наднице најмање једнаке минималној.

тар мера државне интервенције. Другим речима, Стиглерова интелектуална амбиција била је да објасни целокупну државну интервенцију – регулацију у најширем могућем смислу.

Све до појаве Стиглеровог чланка, у објашњавању регулаторне стварности доминирала је теорија јавног интереса, чији је основни и једини постулат био да регулација постоји због тога што држава на тај начин жели да исправи исходе несавршеног тржишта. Тај готово ничим образложен налаз заснива се на претпоставци о добронамерној, свезнајућој и свемогућој држави, па је у свим оним случајевима у којима је била потребна њена интервенција на слободном тржишту таква интервенција и успостављана, и то са циљем максимизације друштвеног благостања, што значи заштите јавног интереса. Због тога се та теорија понекад у литератури назива и нормативном као позитивном теоријом (Joskow, Noll 1981).⁴

Претпоставка о добронамерној држави имплицитно се заснива на томе да изабрани политичари који формулишу одређену регулаторну политику и државни службеници који је спроводе максимизују не сопствени него јавни интерес. За разлику од обичних смртника, оних који немају никакве јавне функције, који су, на пример, пекари, лекари, апотекари или сликари, и који максимизују сопствени интерес – корисност коју уживају. Ако регулаторне политике не дају добре резултате, у питању је, према тој теорији, неминовно грешка, несавршена информисаност оних који их добронамерно формулишу или спроводе. А ако се мења регулаторни режим, то је због тога што су се промениле несавршености тржишта – углавном су се увећале, па треба увести додатне мере, то јест појачати регулацију. Наравно, као и свака друга хипотеза псеудонауке, теорија јавног интереса има одговор на свако питање, осим оног кључног: на који се начин долази до регулаторних одлука?

Први велики допринос Стиглеровог чланка је то што је обзнанио да је цар го и да теорија јавног интереса уопште није теорија у научном смислу, а још мање може да објасни регулаторну стварност.

Други велики Стиглеров допринос је то што је јасно ставио до знања како треба да изгледа права теорија, регулације или било чега другог: она која установљава узрочно-последичне везе и која, стога, може

⁴ У одређеној мери та теорија се наслања на теоријски допринос Пигуа (Arthur Cecil Pigou), оснивача економике благостања, чија је академска каријера достигла зенит у двадесетим годинама XIX века. Усредсређен на негативне екстерне ефекте као облик несавршеног тржишта, Пигу је заступао идеју корективних пореза које држава треба да наметне како би се успоставила ефикасна алокација ресурса и, тиме, максимизовало друштвено благостање. Стога и не чуди срастање позитивне и нормативне теорије.

да предвиди услове под којима се јавља одређени исход. У свом чланку Стиглер је јасно раздвојио тражњу за регулацијом, која долази од интересних група, оних који желе да регулација буде успостављена у њихову корист, и понуду регулације, која долази од политичара, изабраних представника бирачког тела, оних који своју власт, то јест моћ коју им даје јавна функција, користе да успоставе одређену регулацију. И једни и други се понашају сходно теорији рационалног избора, тако што максимизују корисност коју уживају – максимизују сопствено благостање. Сходно томе, они који су на страни тражње спремни су да се лише одређених ресурса, да их искористе тако што ће их понудити онима који доносе регулаторне одлуке, како би добили регулацију која ће, у крајњој линији, увећати њихово благостање. При томе, вредност ресурса који су они спремни да понуде неће бити већа од њихове очекиване корисности од те регулације. Дакле, јасно је дефинисана резервациона цена на страни тражње за регулацијом.

На страни понуде регулације, то јест тражње за ресурсима које је друга страна спремна да уступи, основна преокупација је освајање власти, односно опстанак на њој, са свим оним повластицама и припадљивошћима (званичним или незваничним, дозвољеним или недозвољеним, не треба правити аналитички разлику) које обављање јавне функције обезбеђује. Дакле, јавна функција има углавном инструменталну вредност, а за теорију регулације је та вредност једино битна. Сходно томе, рационално понашање оних који су на страни понуде регулације јесте да максимизују прилив ресурса који ће им омогућити да дођу, односно да опстану на власти, будући да је то предуслов за максимизацију корисности коју уживају.⁵

Дакле, одређена регулација се, према њеној економској теорији, оној коју је Стиглер увео у академски свет, успоставља разменом између оних који желе такву регулацију и оних који су спремни да је, сходно тим жељама, успоставе. Није Стиглерова теорија пала с неба, већ се она наслања на теорију рационалног понашања и на помаке у области теорије јавног избора (Buchanan, Tullock 1962) и теорије доношења колективних одлука (Downs 1957; Olson 1965). Стиглер је успео да све те помаке обједини и заокружи у конзистентну теорију регулације.

⁵ Наравно, не треба одбацити могућност да су и сама власт и њено вршење аргумент фикције корисности оних који су на власти. Увођење те могућности ништа не мења са становишта понуде регулације.

Трећи велики Стиглеров допринос је у томе што је ту теорију осмислио тако да је омогућио њен даљи развој и њено профилисање засновано на даљем напретку економске науке, пре свега поменутих теорија јавног избора и колективног одлучивања. Укратко, у свом чланку он је понудио начела, детаљно их описао, разрадио и, практично, понудио смернице за даљи развој и надоградњу саме економске теорије регулације. Стога не изненађује то што је та теорија даље развијана. Теорија понуде регулације даље је развијена у формалан модел (Peltzman 1976). Теорија тражње за регулацијом даље је разрађена пре свега у погледу објашњавања ефикасности интересних група (Stigler 1974) и превазилажењу проблема слепог путника,⁶ као и формулисањем теорије релативног притиска интересних група (Becker 1983). Штавише, јасно формулисана теорија регулације подстакла је и оне који се са њом не слажу да изложе своје аргументе за које се показало да су само комплементарни економској теорији регулације, попут теоријске хипотезе о постојању и опстајању регулаторне идеологије (Kalt, Zupan 1984).

Четврти велики допринос је емпиријско тестирање хипотеза до којих је довела примена његове теорије. То је Стиглер учинио у случају регулације камионског превоза и лиценцирања одређених занимања у САД. Дакле, показало се, у та два случаја, да није реч о томе да су интереси потрошача нарушени услед регулаторне грешке него о томе да је од самог осмишљавања регулације постојала намера да се њоме заштите интереси произвођача, и то не свих, него само оних који су староседеоци, који већ послују у одређеној грани. У свом чланку Стиглер је формулисао два једноставна економетријска модела упоредних података којима је указао на факторе који утичу на регулаторне одлуке, односно на регулаторну политику, која се у оба ова случаја сводила на успостављање правних баријера уласку. У оба случаја (ограничења рада камионских превозника и лиценцирање занимања), потврђене су хипотезе произашле из економске теорије регулације. Теорија јавног интереса, односно хипотеза која је суштина те теорије, да се регулација успоставља због тога што је то у јавном интересу, у интересу максимизације друштвеног благостања, једноставно није научна

⁶ Будући да је регулација јавно добро за све на које се односи, што значи да нико не може да се искључи из њеног коришћења, рационално понашање економских актера јесте да не носе трошкове успостављања регулације, али уживају користи од ње када се успостави – стратегија слепог путника. Ако сви економски актери следе ту стратегију, регулација која им иде у корист уопште неће бити успостављена.

хипотеза, будући да ни та теорија није теорија у научном смислу, па се стога та хипотеза није ни могла емпиријски проверавати нити на тај начин оповргавати. Насупрот томе, Стиглер, који је у свом опусу увек инсистирао на емпиријској верификацији, то чини и овог пута.⁷ Озбиљна истраживања регулаторних феномена су од тада, по правилу, емпиријска.

Пети велики Стиглеров допринос је у томе што је показао да стварање правних баријера уласку представља један од најбитнијих елемената регулаторне политике којим се директно нарушава конкуренција, са свим непожељним последицама тог нарушавања по друштвено благостање. Тај налаз је на линији Шумпетеровог песимизма у погледу будућности капитализма (Schumpeter 1942), који се заснивао на увиду да ће моћни произвођачи-староседеоци, они који су већ у грани, подизањем баријера уласку, ради заштите сопственог економског профита, онемогућавати нове уласке у грану, који су кључни са становишта иновација, па ће тако, загушењем иновација, нестати динамичност капитализма. А савремена теорија привредног раста (Aghion, Antonin, Bunel 2021) управо у таквим баријерама уласку сагледава објашњење замке средњег нивоа дохотка, када земља не може да се преоријентише са привредног раста заснованог на акумулацији производних фактора на привредни раст заснован на иновацијама, онај који је примерен вишим нивоима развијености, будући да су за овај други потребан услов управо ниске баријере уласку нових конкурената – оних који иновирају. А савремена политичка економија (Acemoglu, Robinson 2012) управо у таквим баријерама уласку сагледава узрок пропасти просперитетних заједница, попут Млетачке републике, односно земаља као што је Аргентина. Штавише, савремени свеобухватни емпиријски радови (Djankov *et al.* 2002) економетријски су, на коришћеном, репрезентативном узорку, потврдили налазе економске теорије регулација у области правних баријера уласку. На све то, савремени радови који се баве наводним опадањем нивоа конкуренције на тржиштима производа у САД (Philippon 2019) управо инсистирају на увећању правних

⁷ Економетријска техника која је коришћена у тим регресионим моделима једноставна је и свакако неприхватљива са становишта данашњих захтева за економетријским тестирањем хипотеза. Но, техника која је коришћена у Стиглеровом раду у складу је са тим временом и тада уобичајеним економетријским приступом. Економетријске технике су знатно напредовале у последњих педесет година, тако да некадашње емпиријске доприносе не треба вредновати данашњим критеријумима, као што се понекад чини (Coglianese 2021).

барјера уласку као узроку те тенденције. Све то, међутим, не значи да су правне барјере уласку увек, у сваком случају, контрапродуктивне са становишта друштвеног благостања и привредног раста, него да се управо њима од Стиглеровог чланка посвећује дужна пажња приликом истраживања узрока привредног застоја или назадовања.⁸ И сви радови у последњих педесет година на ту тему јесу својерсно Стиглерово наслеђе.

Будући да је сада јасно да неспорно завређује да се обележи педесетогодишњица Стиглеровог чланка, отвара се следеће питање: због чега је Стиглеров чланак толико успешан? Због чега је његов утицај на економску науку толико велики?

Уз сав ризик који носи покушај да се одговори на то питање, издваја се неколико одговора који међусобно не искључују. Ниједан од тих одговора није довољан сам за себе, а здружено можда могу да буду уверљиви. Прво, одговор је то што је реч о изузетно добро написаном чланку. Но, много је добро написаних чланака. Стиглеров је написан не само лепим језиком, све ређим у економској литератури, већ и веома провокативно. На самом почетку чланка налази се реченица: „Регулација се, по правилу, успоставља због произвођача одређене гране, а осмишљена је и спроводи се превасходно у њиховом интересу“ (Stigler 1971, 3). Та тврдња је била, пре свега, жестока провокација,⁹ усмерена на то да читаоца размрда из његовог регулаторног блаженства. Како се наводи у литератури (Coglianese 2021), управо је то био толико потребан драмски обрт. Док су све дотад људи благонаклоно гледали на регулацију, као на нешто намењено заштити јавног интереса, као нешто намењено заштити интереса потрошача и максимизацији њиховог

⁸ Показало се (Vives 2016) да су правне барјере уласку потребне ради очувања стабилности финансијског сектора. Дакле, у случају тог сектора постоје противречни циљеви: конкуренција између учесника на тржишту и стабилност финансијског система. Теоријски посматрано, може се дефинисати оптимални ниво правних барјера уласку (капитални цензус за банку потребан за добијање дозволе за рад, минимални ниво адекватности капитала итд.), при чему су помирена два противречна циља.

⁹ На ту провокацију је без икакве задршке насео и на те грабуље педесет година касније свом снагом налетео Санстајн (Sunstein 2021) одговоривши да се „регулација по правилу не успоставља због произвођача одређене гране“. Као доказ за ту тврдњу, једноставну негацију Стиглерове, Санстајн наводи седам регулаторних одлука, од којих је једна правилник америчког Министарства правде којим се „постављају нови стандарди за умањивање сексуалног злостављања у затворским установама“ (*sic*). Ако постојање тог упутства за затворе није поткопало Стиглерову економску теорију регулације, ништа неће.

благостања, одједанпут је дошло сурово суочавање са стварношћу. При томе, уопште није битно да ли се такав исход у погледу регулације какав наводи Стиглер догодио у сваком случају успостављања или покушаја успостављања регулације, битно је да се разбио мит о добронамерној регулаторној држави.¹⁰

Други битан елемент успеха те теорије није био повезан са Стиглером и његовим чланком већ са тадашњим догађањима у Америци – ипак је тамо била главна Стиглерова читалачка публика. Све до времена објављивања Стиглеровог чланка владало је велико поверење у државу. С добрим разлогом, будући да се америчка држава добро показала: победила је Велику депресију, поразила је два озбиљна противника у Другом светском рату, а у Хладном рату јој уопште није лоше ишло. Но, почетком седамдесетих година, како се наводи у литератури (Coglianese 2021), долази до промене у том погледу. Америка се заглибила у Вијетнамском рату, постало је јасно да изабрани представници народа не говоре истину, а амерички председник тог времена Билу Кућу напушта и своју политичку каријеру завршава као доказани, мада не и осуђени криминалац. На све то је дошла евакуација из Сајгона, тек евакуацијом из Кабула продубљен понор америчке глобалне моћи. Очигледно је да је постојала несагласност између такве опште слике дисфункционалне америчке државе и снежно беле слике америчке добронамерне и свезнајуће државе.

Трећи разлог успеха Стиглерове теорије је методолошки. У самом чланку дата је искључиво скица, основни обриси економске теорије регулације, али је та скица била савршено јасна. То је омогућило бројне надоградње онога што је Стиглер формулисао и, тиме, даљи развој саме теорије. Дакле, није реч о стационарној и свеобухватној економској теорији која може једино да се потпуно прихвати или одбаци. Они коју су се слагали са основном концепцијом могли су да дају сопствени допринос и стога, између осталог, та теорија има велики број следбеника, за које и данас Стриглеров чланак представља инспирацију (Shleifer 2021). Штавише, та недорађеност Стиглерове верзије теорије економске регулације омогућила је да се та теорија, заснована на теорији јавног избора, пренесе и у друге области истраживања људског делања. Сасвим је оправдано тврдити (Shleifer 2021) да је управо појава Стиглеровог чланка означила почетак савремене политичке економије.¹¹

¹⁰ Политички пандан тој Стиглеровој тврдњи је програмска порука америчког председника Регана (Ronald Regan) изречена у његовом инаугуралном говору у јануару 1981. године: „Држава није решење нашег проблема; држава је проблем.“

¹¹ Савремена политичка економија није ништа друго него економска теорија политике као области људског делања. Стога тај израз не треба поистовећивати са политичком економијом XIX века, што је тада био синоним

Четврти разлог је то што је економска теорија регулације настала у време када економска наука постаје у пуној мери емпиријска, и када су економској академској заједници већ дојадиле свеобухватне теорије које могу да објасне све и свашта, али не омогућавају формулисање хипотеза које се могу емпиријски тестирати. Економска теорија регулације представља раскид са таквим научним деловањем, управо због тога што се на основу ње могу формулисати јасне хипотезе које се емпиријски могу тестирати, односно оповргавати. У бројним радовима су емпиријски проверавани основни налази економске теорије регулације.¹² За то тестирање је битно да постоје и бројни други фактори који утичу на регулаторне исходе. За неуспех регулације да максимизује друштвено благостање, како се наводи у литератури (Shleifer 2021), не треба кривити искључиво намеру оних који су овладали регулатором – грешке се увек чине, а постоје и други утицаји са супротним дејством.

Пети разлог лежи у томе што је Стиглеров тим чланком понудио јасну и убедљиву анатомију несавршености државне интервенције, чиме је поткопана теза да је државна интервенција оправдана увек уколико постоји било каква несавршеност тржишта. Једноставно, треба имати у виду да губитак друштвеног благостања од несавршене државне интервенције може бити већи од онога до кога доводи несавршено тржиште. Самеравање релативне несавршености тржишта у односну на несавршеност државне интервенције после објављивања Стиглеровог чланка полако постаје нова смерница нормативног посматрања државне интервенције, смерница за доношење одлука у том погледу. А то подразумева и разматрање алтернативних решења – регулација није неминовна – за сваку уочену несавршеност тржишта (Shleifer 2021).

Имајући у виду такав успех економске теорије регулације и његове узроке, може се поставити питање шта су недостаци те теорије, онако како ју је Стиглер формулисао, и на то питање одговорити из угодног положаја ретроспективног разматрања – прошло је већ педесет година.

Први недостатак свакако је то што на аналитичком плану Стиглер не прави разлику између законодавне и извршне регулаторне власти, па тиме, неминовно, ни између номиналне и ефективне регулаторне

за економску науку.

¹² Предугачак би био списак макар најзначајнијих емпиријских радова на ову тему, па стога треба погледати њихов свеобухватан преглед (Joskow, Rose 1989). Ипак, треба издвојити рад (Rucker, Thurman 1990) који је показао механизам којим је успостављена регулација производње кикирикија у САД која иде у корист свега нешто више од 20.000 произвођача, а на штету целокупне америчке популације – потрошача кикирикија. Све у складу са предвиђањима економске теорије регулације.

политике. Стиглер разматра једино законодавну регулаторну власт и имплицитно претпоставља да не постоји разлика између две поменуте регулаторне политике. Но, извесно је да постоји знатна разлика између номиналне и ефективне регулаторне политике, не само због опште несавршености информација, а регулација је захтевна у погледу информација, него због снажне асиметрије информација и агенцијског проблема. Асиметрија информација постоји између регулатора и регулисаних предузећа, и то у корист предузећа, па стога ефективна регулаторна политика одступа од номиналне, од оне коју су формулисале законодавне регулаторне власти. Штавише, асиметрија информација постоји и између законодавне и извршне регулаторне власти и ту асиметрију прати снажан агенцијски проблем, будући да подстицаји агенту, који је супериорно информисан, нису, односно не морају да буду у складу са циљевима регулатора (Laffontе, Tirole 1993). А показало се да су регулатори по правилу блиски онима које регулишу – или су званичници регулаторних тела дошли из компанија привредне гране која се регулише или по престанку свог мандата одлазе у те компаније. Феномен у литератури познат као ротациона врата (Eckert 1981).

Други битан недостатак лежи у томе што Стиглерова иницијална верзија те теорије не допушта могућност да се разликују интереси компанија у оквиру једне привредне гране – за Стиглера је грана хомогена. Међутим, хетерогеност привредних грана уобичајена је појава. А онда, у условима различитих регулаторних интереса компанија у једној грани, до изражаја долази релативна снага сваке од њих да за себе испослује управо оно регулаторно решење које јој одговара. Управо је та хетерогеност омогућила дерегулацију телекомуникација у САД осамдесетих година прошлог века. Узрок томе је била највећа релативна снага утицаја оних корпорација, пре свих MCI, које су се противиле економској регулацији тог сектора и монополској позицији коју је имао тадашњи потпуно вертикално интегрисани AT&T.¹³

Тиме се долази до питања у којој мери Стиглерова теорија може да објасни не само функционисање регулаторног тела него и промене у регулаторној политици. У којој мери Стиглерова економска теорија регулације може да објасни поједине епизоде увођења регулације у одређене гране или њеног укидања – дерегулације? У литератури се може пронаћи одречан одговор на та питања (Peltzman 2021), мада је питање колико је он добро образложен.

¹³ Исто тако, за успостављање регулације америчког телефонског система 1920. године била је компанија AT&T, а против те регулације сви њени тадашњи конкуренти (Mueller 1997).

Није спорно да постоје регулаторне епизоде које је Стиглеровом економском теоријом регулације тешко објаснити. На пример, дерегулацију авио-саобраћаја у САД 1978. године и укидање националног регулаторног тела (CAB – Civil Aeronautical Board). Та дерегулација је била противна интересима авио-превозника староседелаца, била је у интересу потрошача, који су као интересна група по правилу неделотворни, услед њихове велике дисперзије и мале могућности предупредивања стратегије слепог путника. Према налазима Стиглерове верзије економске теорије регулације, авио-саобраћај би и данас био регулисан, будући да је регулација била под доминацијом великих авио-превозника, који су у условима регулације присвајали велики износ економског профита. Исто се односи на регулисање прехранбене и фармацеутске индустрије на основу закона из 1938. године (Food, Drug and Cosmetic Act), против кога су биле компаније ангажоване у тим привредним грамама (Carpenter 2021).

Понекад се економској теорији регулације пребацује да не може да објасни због чега су одређене привредне гране нерегулисане или недовољно регулисане (Carpenter 2021). На пример, финансијски сектор. Питање је колико је та примедба на месту. Тражња за регулацијом подразумева у основи и тражњу за дерегулацијом, односно за непостојањем регулаторних стега као регулаторног режима. Успех финансијског сектора у САД у том погледу (тај сектор је неспорно слабо регулисан – стеге су прилично лабаве), у целини се може објаснити управо карактером тражње за регулацијом, то јест захтевима да она не постоји или бар да не буде робустна. Банкарска интересна група је мала, велики су појединачни интереси и лако се превазилази проблем слепог путника. Корисници банкарских услуга су дисперзовани, па свако од њих има подстицај да се определи управо за стратегију слепог путника, чиме се поткопава снага њихове колективне акције. На то још треба додати знатну асиметрију информација у корист банкарске интересне групе, чиме се савршено може објаснити због чега је регулаторни режим у основи у корист банкарског сектора. У таквим условима, а нарочито уколико јавност заборави на финансијске кризе из прошлости, предузимају се и захвати на плану дерегулације, попут укидања ограничења у пословању наметнутих Глас–Стигеловим законом (Glass–Steagall Act) из 1933. године, које се догодило у последњој деценији прошлог века. Дакле, економска теорија регулације може веома добро да објасни ситуације, не неминовно све, у којима регулација није ни успостављена, односно у којима је ниво регулације испод онога који би се очекивао да је циљ те регулације максимизација друштвеног благостања. Једноставно, постоји сплет интереса који до тога доводи, а када се тај сплет интереса промени, и регулаторни исход постаје другачији.

Ако се у традицији марксизма економска теорија регулације посматра као завршен опус, као нешто што постаје свето, па се само може даље разрађивати, препричавати са указивањем на то колико је велики аутор, онда постоје одређене слабости, пре свега недоречености Стиглеровог чланка. Ако се, пак, Стиглеров чланак посматра у светлу основе која би се даље надограђивала, као смернице за даљи рад, за модификације и усавршавање, онда те примедбе и нису примедбе већ сугестије за наставак рада. Но, треба узети у обзир (Peltzman 2021) да је опало интересовање за позитивне теорије регулације, тако да је, нарочито у овом веку, све мање радова на ту тему. Далеко је веће интересовање за нормативну анализу, то јест за проналажење оптималне политике државне интервенције, оличене у регулацији. Променили су се академски приоритети.

Да ли је данас економска теорија регулације општеприхваћена у економској науци, у њеној матици? Углавном јесте. Ако и има оспоравања, оно долази од бихевиористичке економске анализе, која под знак питања ставља претпоставку о рационалном понашању економских актера и посредно теорију рационалног одлучивања. У томе је најдаље отишао Санстајн (Sunstein 2021), који нуди алтернативно објашњење регулације. Оно се заснива на Лукасовом (George Lucas) одговору на неку сугестију у вези са изменом сценарија филма „Повратак ђедаја“: „Не допада ми се и не верујем у то!“ Санстајнов закључак, његова теорија регулације која је алтернатива Стиглеровој, веровали или не, гласи: регулација је последица оног у шта регулатори верују, а они верују у оно што им се допада. Зашто им се нешто допада остаје мистерија. Још је већа мистерија како то што се допада регулаторима неминовно увећава благостање потрошача, како Санстајн тврди у свом тексту. Повратак у (регулаторни) средњи век! Узгред, шта се све допало аутору овог осврта да изрекне о Санстајну и његовом доприносу теорије регулације остаје тајна, због његове рационалне одлуке да то ипак не напише, засноване на рационалној процени користи и трошкова тако исказаних ставова у писаној форми намењеној озбиљној читалачкој публици. Дакле, неком нешто може да се допада, али то не значи да неминовно верује у то.

О данашњој интелектуалној клими највише говори то да је, после пола века расправе, формализације теорије (Peltzman 1976), бројних модификација и свеобухватних емпиријских истраживања – дакле, после свега тога – аргумент оно што је у приватном разговору изјавио холивудски режисер и продуцент. То су, може се претпоставити, последице постмодернизма, у коме свако има право на своју истину, на интелектуалну атмосферу данашњице. За оне који верују у традиционалне вредности, у људску рационалност, ма колико спутану, у теорију раци-

оналног одлучивања, у коме може и да се погреша, Стиглеров чланак, објављен пре педесет година, представља светионик са кога ипак стиже информација о исправном путу. За њих је то караван који и даље пролази. Без обзира на лавез.

ЛИТЕРАТУРА

- [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/>, последњи приступ 20. августа 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/>, последњи приступ 20. августа 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/>, последњи приступ 20. августа 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/>, последњи приступ 20. августа 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/>, последњи приступ 20. августа 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.

/ПРИКАЗИ

Др Зоран С. МИРКОВИЋ*

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.

Кристофер Латман (*Christopher Lattmann*) аутор је књиге *Ђаво, вештица и правни научник. Кривично дело магије и процеси против вештица у Жан Бодиновом „О демономанији вештица“ (Der Teufel, die Hexe und der Rechtsgelehrte. Crimen magiae und Hexenprozess in Jean Bodins „De la Démonomanie des Sorciers“)*. Књигу је објавила издавачка кућа Клостерман (*Klostermann*) 2019. године, у библиотеци Студије европске правне историје (*Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*), књига 318. Има XVI + 390 страница. Књига представља докторску дисертацију, са незнатним изменама, која је одбрањена 2017. године на Правном факултету Универзитета у Цириху.

Премет књиге су француски правник Жан Бодин и његово дело *Демономанија вештица*. Истраживачи правних идеја Бодина сматрају изузетним теоретичарем државе и оснивачем теорије суверенитета. Централно место у Бодиновом опусу заузима *Les six livres de la République (Шест књига Републике)* из 1576. године. *Шест књига* је требало да послужи уједињењу подељене Француске и њене владе упркос свим религијским проблемима. Бодин је ту дао свој концепт суверенитета, који је послужио као правничка основа модерне државе.

* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, zoranm@ius.bg.ac.rs.

Према Бодиновом схватању, суверенитет је недељив, неограничен и сталан и стога гарант једног (дуго)вечног поретка. На врху државе је апсолутистички монарх, коме припада целокупно законодавство и који није у тој сфери никоме подређен. Бодинов владар је везан не само државним интересима него и основним принципима божанског и природног права.

Кристофер Латман је у свом докторском раду истраживао Бодинову *Демономанију вештица* (која се може назвати приручником за вештице), која је објављена четири године после поменутих *Шест књига*. На основу *Демономаније вештица* Латман је истраживао особености Бодиновог света права и његових представа. Бодинов приручник за вештице настао је из практичних потреба. Наиме, Бодин је од 1578. године био државни тужилац у процесима против вештица широм земље.

До сада су Бодинову *Демономанију вештица* проучавали пре свега историчари и лингвисти, али је изостала одговарајућа правна и правноисторијска обрада. Латман је својим истраживањем попунио ту празнину.

Аутор Латман, најпре, описује контекст у коме је *Демономанија вештица* настала, да би се разумели и аутор Бодин и његово дело.

Епоху у којој је живео Жан Бодин одликовале су снажне друштвене и државне промене. Различите кризе су изазивале општу несигурност савременика. У XVI веку су пропале институције које су до тада спречавале насилне религијске сукобе. После смрти Анрија II 1559. године настао је политички вакуум и држава је постала предмет плена великих аристократских породица. Њихове дубоке религијске и политичке поделе изазвале су 1562. религијски рат у Француској, који је трајао до 1598. године. Огроман потенцијал за насиље и коначно уништење непријатеља врхунац је имао у Бартоломејској ноћи. У ноћи између 23. и 24. августа 1572. године извршен је покољ неколико хиљада хугенота (протестаната). Ратне грозоте пратиле су тешке економске и финансијске прилике: лоши приноси услед временских неприлика изазваних климатским променама, често стање опште глади и тако даље. То је оновременим људима изгледало као израз Божје казне због неспособности припадника елите да извршавају своје дужности.

Тим политичким, економским и аграрним кризама придружила се и једна криза метафизичке природе или су је поменуте кризе изазвале. У другој половини XVI века у Француској и у другим деловима Европе појавио се страх од ђавола стварног изгледа и његових послушника, вештица. Страх је продро у све социјалне слојеве и све регионе Француске. Иако је начин живота људи у великој мери зависио од њиховог

друштвеног положаја (владар и аристократија на врху, самосвесни свет учених и урбана класа у успону и напакон непрегледна маса неповлашћеног сељаштва), сви они су делили готово исте погледе на живот, не само на хришћански живот него и погледе повезане са ирационалним и са страхом. Њихови одговори на појачане животне проблеме (епидемије, суше итд.) били су повезани истим мислима које су имали корен у хришћанској побожности. Веровање у вештице имало је своје присталице међу обичним светом, међу ученим људима и на самом француском Двору.

Иако је и раније било судских процеса против особа којима је пребаћивана употреба магијских радњи, процеси против вештица неупоредиво су расли и у квантитету и у квалитету, посебно у рубним крајевима Француске. Основна карактеристика тих процеса је да су били засновани на инквизиционом начелу и мучењу да би се добило признање. Нарочито је важно истаћи да у Француској тада није постојала дефиниција кривичног дела врачања. То је суштински разлог што је Бодин решио да напише *Демонманију вештица* и инкриминише врачање. *Демонманија вештица* је имала више од двадесет издања, што је био огроман успех. Посебно је значајно то што су дело широко примењивали правници и судије те епохе.

Латман је на систематичан начин разрадио Бодинову религиозну правну мисао и његове представе о вештицама и врачању. То је приказао у три главна дела.

У првом делу је представљена Бодинова идеолошка основа права која настаје у односу између Бога, човека и ђавола. Бог, човек и ђаво се узимају као правни субјекти, елементи Бодиновог правног универзума. Истражују се њихово деловање и међусобни односи.

У другом делу је изложена Бодинова материјалноправна дефиниција врачања као *crimen magiae*, његова правна методика и нарочито аргументација којом образлаже противправност врачања. Бодину је пакт са ђаволом и учешће у магијским радњама било довољно да то сматра злочином, и то злочином достојним смрти. Коначно, ту су осветљени и поједини елементи магијског деликта и показана је њихова међусобна повезаност.

Трећи део је посвећен питању у којој мери су одступања, на пример у облику смањених процедуралних стандарда, била спроведена у пракси. Бодин је био противник поштовања редовне процедуре и залагао се за поједностављење поступка, што је наишло на велики отпор, посебно његових париских колега. Бодин је био за уклањање појединих елемената поступка „у корист крутог прогона“. С друге стране, његова

намера да поједностави судску процедуру против наводних вештица наилазила је на противљење у пракси. О томе сведочи чињеница да су бројне смртне казне које су судови прве инстанце досудили наводним вештицама у поступку пред вишим судским инстанцама биле укинуте или замењене блажом казном.

Латман је показао да Бодин није могао наћи правно утемељење у тадашњем француском праву за кривично кажњавање наводних вештица. Према његовом мишљењу, Бодин је вештице схватао као стварну појаву, засновану на правној и чињеничној интеракцији Бога, човека и ђавола. Латман закључује да је Бодинова обрада кривичног дела врачања веома методична и разрађена, заснована на тада важећем праву (законском и обичајном), правним традицијама (старозаветним и касносредњовековним) и радовима правних научника. Осим тога, Латман се бави актуелним истраживањима Бодина и европског лова на вештице и њиховим тезама и конфронтира им се.

Латман се веома често позива на Бодиново главно дело *Шест књига*, поредећи га са *Демонманијом вештица*, и тако показује паралеле, али и одступања и контрадикције између та два дела. Латман читаоцу саопштава да је Бодин живео у доба константне насилности, осећања хаоса и сталне претње. Да је то била напета и сумњама оптерећена атмосфера у којој су могли настати не само државнотеоријски рукописи који су, као *Шест књига*, отварали нове перспективе него и значајни теоријски правни трактати о вештицама. Док први сведоче о лошем стању у коме се предмодерна држава налазила и напорима да се оно превазиђе, други сведоче о апокалиптичним цртама у настајању и тумачењу правних норми. Основна тежња писаца тих рукописа била је да се успоставе хармонија и поредак заснован на Божјој вољи, чији гарант би био богобојажљиви а строги владар.

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, Phillipe 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*. Batelebro: Echo Point Books & Media.

Др Борис БЕГОВИЋ*

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

Већ сам наслов Штрауманове књиге јасно сведочи о томе шта је њена основна теза. Да Немачка није било толико задужена, не би се ни догодила привредна криза, па онда не би уследио ни Хитлеров (*Adolf Hitler*) успон на власт. И све оно што је следило после тог успона.

Та теза се у књизи обрађује на различите начине, посматра се и разматра, више препричава додуше, из неколико различитих углова. Једино што аутор није успео, а није се нарочито ни трудио, да докаже постојање узрочно-последичне везе исказане већ у самом наслову. Готово као да је то белодана истина коју уопште и не треба доказивати. То је, за аутора, једноставно тако и оно што се искључиво да учинити јесте да се додатно опишу и разјасне поједине целине из наслова. На пример, немачки дуг.

Како је тај дуг настао? Ко је за њега одговоран? Према ономе што пише у књизи, сви осим Немаца. Репарације се описују као *Diktat*, а нетачно се наводи да је лондонска одлука Репарационе комисије из 1921. године, у складу са одредбама Версајског мировног уговора, који је Немачка потписала, била ултиматум. Уз то, аутор погрешно наводи и знатно прецењује ефективни износ репарација које је Немачка била дужна да плати. За немачко прекомерно задуживање у иностранству аутор окривљује Дозов (*Chales Dawes*) план, који је омогућио монетарну стабилизацију Немачке, умањење њених годишњих обавеза на основу репарација и, што је најважније, омогућио јој приступ међународним финансијским тржиштима. А Јангов (*Owen Young*) план, којим су немачке обавезе на основу репарација померене у будућност, како би се

* Редовни професор, Правног факултет Универзитета у Београду, Србија, *begovic@ius.bg.ac.rs*.

одгодиле, закључно са 1988. годином, и тиме умањио терет тадашње генерације, окривљен је за невоље Немачке у време Велике депресије. Хуверов (*Herber Hoover*) мораторијум, којим су на годину дана суспендоване све немачке обавезе на основу репарација, аутор окривљује за то што је био само мораторијум, а не потпуно отписивање свих немачких обавеза на основу репарација. Дакле, за све су криве победничке силе из Великог рата. Укратко, њихово чињење је изазвало крах немачке привреде, а тиме и Хитлеров успон на власт.

Да ли је немачки дуг, све да је настао на начин на који то описује аутор, неизбежно довео до те кризе? И шта се уопште подразумева под кризом? Природно би било да се под кризом подразумева дубока рецесија – депресија – у коју је ушла немачка привреда са драстичним обарањем нивоа привредне активности и великим растом незапослености. Међутим, о томе нема много речи у књизи. Насупрот томе, пуна пажња посвећена је тешкоћама у погледу спољне ликвидности земље, опадању нивоа златних резерви и, нарочито, проблемима солвентности и ликвидности немачког банкарског сектора 1931. године, што се завршило стечајем једне пословне банке, а држава је на себе преузела све њене обавезе према депонентима и повериоцима. Дакле, криза у Немачкој, према мишљењу аутора књиге, јесте криза њеног банкарског сектора. Нешто потпуно ново и занимљиво: дакле, Хитлер је дошао на власт због пропасти једне пословне банке и то пошто су сви њени депоненти потпуно збринути.

А како је то немачки дуг изазвао кризу? Ону праву – рецесију која је прерасла у депресију. У књизи нема тог објашњења. Једино се тврди да немачка влада, управо због великог спољног дуга, о коме у књизи нема никаквих података, још мање поређења са другим земљама, није имала избора. Радиле је, према мишљењу аутора, једино што је могла да уради, а то је да је на сваки нови пад обима производње реаговала умањењем фискалних расхода и повећавањем фискалних прихода, како би одржала фискалну равнотежу, односно умањила дефицит. Опет нема никакве немачке одговорности – нису имали избора.

Проблем са таквим резонавањем лежи у томе што је, макар у ретроспективи, потпуно јасно да је тадашња немачка влада водила погрешну макроекономску политику, будући да је умањење фискалних расхода и увећање пореза умањивало расположиви доходак становништва, па је стога обарало домаћу агрегатну тражњу. А то је додатно умањивало ниво производње, што се одражавало на даљи пад фискалних прихода и потребу за даље умањење фискалних расхода. Све то отварало је следећи циклус зачараног круга (*circulus vitiosus*) – пад фискалних расхода умањује агрегатну тражњу, а то умањује обим производње.

А шта је била алтернатива? Не треба бити кејнсијанац да се закључи да је алтернатива таквој економској политици била увећање агрегатне тражње. На плану извозне тражње, а она је увек била одлучујућа за немачку извозно оријентисану привреду, то се могло постићи девалвацијом тадашње немачке валуте – рајхсмарке. То би немачки извоз учинило ценовно конкурентнијим, што би изазвало повећање обима производње на основу нарасле извозне тражње. Аргументи у прилог таквог корака добијају на уверљивости тиме што су друге земље, попут Велике Британије, девалвирале своју валуту и увећале ценовну конкурентност, а велико тржиште САД било је додатно заштићено високим царинским стопама, уведеним у јуну 1930. године Смут–Холијевим законом (*Smooth-Hawley Act*). Штавише, у светлу девалвације националних валута других земаља, немачко нечињење на том плану значило је ефективну ревалвацију – губљене ценовне конкурентности извоза и продубљивање рецесије. Дакле, није баш да није било избора, него је тадашња немачка влада при том избору донела погрешну одлуку. А индикативно је да се на списку литературе у приказаној књизи не налази референца (Тоозе, 2006) у којој је све то детаљно и веома уверљиво објашњено.

Начелно посматрано, друга могућност којом је располагала немачка влада, која није искључивала девалвацију, била је стварање фискалног дефицита и његово финансирање емитовањем домаћих обвезница – ефективно зајам за препород Немачке. Тиме се не би увећао немачки спољни суверени дуг већ би се само створио унутрашњи. Но, питање је какав би био одзив становништва на емитовање таквих обвезница. Наиме, немачке власти су, ни десет година пре те кризе, изазвале једну од највећих инфлација у историји човечанства, којом су била готово потпуно обезвређена потраживања становништва на основу ранијег задуживања. Уколико би одзив становништва био слаб, а у литератури нема потврде да је било ко у немачкој влади, вероватно због процене таквог одзива, размишљао о таквом потезу, то је само потврда да својим потезима власти једне земље стварају очекивања становништва. А та очекивања трају дуже него корист власти од одређеног потеза. Ако расписивање зајма за препород Немачке није била доступна опција, то је била последица монетарне политике пређашње немачке власти и раније свесне државне одлуке да се једноставно анулирају легитимна, на уговору заснована потраживања становништва.¹

¹ Само веома мали део (2,46%) тих потраживања ипак је сачуван (De Вроеск, James 2019, 211–212), и то *ex post*, интервентним законом из 1925. године, којим су потраживања према држави настала пре 1. јула 1920. године конвертована по курсу 40:1.

Независно од судбине таквог хипотетичког зајма, фасцинантно је да аутор у књизи нуди обиље материјала којим износи доказе којима делотворно поткопава своју основну тезу. Што се самог немачког спољног сувереног дуга тиче, аутор јасно истиче да дуг на основу репарација није био основни политички проблем већ је то била „неправда“ Версајског мировног уговора, бар је тако сматрала домаћа јавност. Оно што је политички ујединило Немачку у периоду после Великог рата било је опште одбијање Версајског мировног уговора и свих његових одредаба. При томе, највећу тежину у том одбијању имали су губитак територије на истоку и немогућност самоопредељења за Немце ван територије Немачке, окупација Рајнске области и Сара, као и питање ратне кривице, док су дуг на основу репарација и његово потпуно поништавање сматрани само питањем повезаним са том кривицом. У томе су сви били јединствени – и немачки комунисти, ипак су они били немачки, и националсоцијалисти – они су по дефиницији били немачки. То је била политичка атмосфера у послератној Немачкој, земљи која самој себи није признала да је изгубила рат већ је, према распрострањеном миту, победничкој немачкој војсци заривен нож у леђа (*Dolchstoss*). У таквој атмосфери свако ко није довољно гласно викао против Версајског мировног уговора преузимао би ризик да буде проглашен за издајника нације.

Стога не чуди што је, чак и када је започела рецесија, огромна енергија била посвећена уклањању политичких последица Версајског мировног уговора, уместо бављењем питањем како да се рецесија у немачкој предупреди или барем ублажи. На пример, у марту 1931. године, кључне године за рецесију у Немачкој, влада те земље се бави формирањем царинске уније са Аустријом, како би поткопала члан 80. Версајског мировног уговора, којим се забрањује уједињење тих земља. Аутор јасно ставља до знања, цитирањем званичника немачке владе, да су они који су се у тај политички подухват упустили знали да та царинска унија нема никаквог ефекта на ублажавање рецесије.

У исто време, у марту те године, када се у настојању да се, на погрешан начин, избори са рецесијом, умањују фискални расходи, аутор наводи да немачка влада предлаже парламенту да одобри последњу траншу средстава за изградњу првог ратног брода нове генерације за ратну морнарицу и прву траншу за следећи брод исте врсте. Парламент тај предлог једногласно усваја. Тиме, независно од тога да ли му је то била намера, аутор јасно показује да немачку власт није интересовало ублажавање рецесије – она је имала друге (политичке) приоритете.

А читајући књигу лако се да закључити да велики део немачког спољног сувереног дуга тог времена (из књиге не сазнајемо колико, будући да аутор није понудио те елементарне податке) не представља

дуг на основу репарација већ је последица позајмљивања капитала почев од 1924. године и ступања на снагу Дозовог плана. Аутор дословно наводи да је слабашној Вајмарској републици била потреба јавна подршка да преживи турбулентна времена, а то је, према његовом мишљењу, могло да се постигне искључиво увећањем понуде јавних услуга и обезбеђивањем пристојних плата. Позајмљивање у иностранству, наставља аутор, омогућило је немачким властима да избегну непопуларно повећање пореза, да радницима обезбеде добре плате и да одгоде „истинске трошкове реконструкције“ (*sic*).² То задуживање омогућило је, пише аутор, да локалне власти покрену инфраструктуре пројекте – подземне железнице, мостове, паркове, базене за пливање, концертне дворане и фудбалске стадионе – како би повећале лојалност бирача.

Дакле, аутор је пун (политичког) разумевања за немачко задуживање у иностранству, а на основу онога што сам описује, реч је о најобичнијем додворавању бирачима и јефтином поткупљивању бирачког тела. То је на делу и данас, у многим земљама света, али тешко да се то може назвати добром политиком, још мање врлином оних који владају. А аутор такво безобзирно немачко задуживање и инвестирање у пројекте који не стварају никакве приносе из којих би се отплаћивали кредити означава као предуслов, ни мање ни више, него опстанка Вајмарске републике. Вероватно су ти пливачки базени били одлучујући.

А када су кредити дошли на наплату, па када су, пошто главнице нису могле бити враћене, рефинансирани (и то део њих јер је и повериоцима била потребна ликвидност у условима кризе) и то под неповољнијим условима, будући да је стигла рецесија и да је порастао ризик земље, онда су за све били криви Американци и Дозов план, никако они који су те кредите без принуде тражили и добровољно узимали.³

² Остаје нејасно о каквој је реконструкцији реч, будући да Немачка, што аутор напомиње у књизи, током рата није претрпела никакву ратну штету – ни привреда, ни инфраструктура, ни становање. Сасвим очекивано, рат није вођен на територији Немачке, а тадашња ваздухопловна технологија није омогућавала стратешке бомбардерске офанзиве. Још већу забуну уноси придев „истински“. А шта су, насупрот тога, „лажни“ трошкови реконструкције?

³ Наравно, озбиљна разматрања Дозовог плана (Ritschl 1998) јасно су показала да је његова одредница која приоритет плаћања даје отплати новоподигнутих зајмова над репарационим обавезама створила двоструки морални хазард. Поверлицима, што се своди на америчке пословне банке, које су таквим обезбеђењем позајмљивале већи износ капитала него што би то учиниле, и немачкој страни, којој је било у интересу да све више позајмљује, будући да је постало јасно да неуредна плаћања репарација неће прекинути доток капитала са Вол стрита и умањити могућност рефинансирања обавеза.

Занимљиво је да аутор, детаљно описујући случај који сматра кључним догађајем кризе – пропаст Данат банке (*Danat – Dramstädter und Nationalbank*), јасно показује да су се званичници владе, министарства финансија и централне банке премишљали шта и како да раде – њихова одлука није била предетерминисана. Консултовали су се са банкарима, на основу тих консултација доносили су (показало се) погрешне одлуке, тако да ни у том случају није било неизбежности – и тада су постојале алтернативе. На пример, Хјалмар Шахт (*Hjalmar Schacht*), негдашњи и будући (под Хитлером) гувернер немачке централне банке, противио се томе да држава преузме све обавезе Данат банке према трећим лицима, сматрајући да треба обезбедити само потраживања малих депонената. Дакле, није постојала само једна могућност.

Штавише, аутор сам разматра могућност девалвације као решења за ублажавање рецесије и констатује да је то решење тадашњи немачки канцелар одбацио из страха од инфлације и због пораста износа страног дуга. Што се инфлације тиче, опасност није била велика, будући да је поскупљење увоза услед девалвације једнократно, због тога што не постоје инфлаторна очекивања и што се нова равнотежа успоставља веома брзо, нарочито у условима златног стандарда, односно одговарајуће монетарне политике. Хиперинфлација из 1923/1924. године не би могла да се врати због тога што је њен извор био другачији – монетизација буџетског дефицита. Други разлог такође није на месту. Износ страног дуга изражен у злату и валутама заснованим на злату остао би исти. Питање коликом би износу рајхсмарака тај износ одговарао психолошко је, а не економско питање.

Конечно, када разматра ограничења у погледу макроекономских одлука која су наводно произлазила из спољног сувереног дуга, на бројним местима у књизи аутор износи тврдње да је немачка политичка елита тај дуг, нарочито онај на основу репарација, користила за своје потребе. Дакле, није реч о спољном сувереном дугу него о перцепцији тог дуга. Аутор јасно ставља до знања да, на пример, Хитлера нису интересовали питање спољног немачког дуга, ни детаљи међународних финансија, питање усклађености новчаних токова, макроекономска политика и рецесија. Њега је само интересовало да дође на власт и једна од полуга за то је било његово обећање да ће Немачку ослободити целокупног спољног дуга. А они који су били умеренији од њега користили су питање спољног дуга и хистеричну реторику о њему за одржавање своје политичке популарности у запаљивим околностима које су они сами створили.

Читање ове књиге јасно је показало на она никако није достојна свог наслова. Не само да аутор није успео да докаже узрочно-последичну везу из тог наслова него је понудио обиље увида којима се та веза оспо-

рава. Имајућу у виду такву слабост ове књиге, оправдано је поставити питање: да ли ова књига има врлине? Да ли је она понудила нешто ново? Јесте – леп опис немачке политичке елите тог времена. Један од јунака те елите је и (тадашњи) канцелар Брининг (*Heinrich Brüning*). Из описа и објашњења његовог делања јасно је да је то човек без чврстих ставова, без икаквих опредељења, који не верује ни у шта (можда евентуално у Бога, ипак је био челник католичке партије), који нема никакву јасну политичку идеју, човек склон компромисима, који ће говорити оно што друга страна од њега очекује. Тако је и створен расцеп између сигнала које је упућивао међународној заједници и страним инвеститорима, с једне стране, и домаћој јавности, с друге стране. Док је првима говорио како ће Немачка поштовати све преузете политичке и финансијске обавезе, другима је слао поруке да ће Немачка одбацити политичке и финансијске стеге које су јој из иностранства наметнуте.

Када је, у складу са Јанговима планом и као знак добре воље према Немачкој, Француска повукла окупационе трупе из Рајнске области, канцелар Брининг, заједно са тадашњим немачким председником Фон Хинденбургом (*Paul von Hindenburg*), отелотворењем – сликом и приликом – немачког милитаризма, потписује агресивну, домаћој патриотској јавности упућену прокламацију, која се завршава позивом да се сви Немци уједине уз поклик „*Deutschland, Deutschland über alles!*“. Заиста, примерен и искрен позив Французима на добросуседске односе и помирење. То Бринингу не смета да и исто време буде умиљато јагње када од француских власти тражи нови зајам за финансирање фискалног дефицита. Није га добио.

Бринингов говор на поринућу првог немачког ратног брода нове генерације, пригодно названог „*Deutschland*“, опет уз неизбежног Фон Хинденбурга, пред 60.000 људи, аутор означава као шовинистички.⁴ Дакле, пред домаћом јавношћу Брининг је патриота. Када ни месец дана после тога оде у посету Великој Британији, представља се као кооперативан премијер кооперативне земље: ако би могло још мало

⁴ Током Брининговог ватреног (шовинистичког) говора, брод је, као у неком Фелинијевом филму, грешком прерарно склизнуо са навоза и на запрепашћење присутних завршио у мору, тако да церемонијално, уз флашу шампањца разбијену о прамац, није ни поринут. Средином 1940. године, када су поморске битке постале свакодневница, Хитлер се прибојао да би брод који се зове „Немачка“ могао да потоне, уз негативне пропагандне ефекта таквог потапања. Због тога је наредио да се брод преименује у „Лицов“ (*Lützow*) према презимену пруског војсковође из XIX века. Преименована „Немачка“ завршила је исто као и Немачка: потонула је под савезничким бомбама (Groner 1990).

кредита, ако би могле мало да се умање немачке финансијске обавезе? А првог дана посете Великој Британији објавио је, као канцелар, прокламацију домаћој јавности да Немачка више не може да испуњава своје међународне финансијске обавезе и да плаћање репарације треба да се обустави. За ту прокламацију британски премијер Макдоналд (*Ramsey MacDonald*) сазнао је током званичних разговора са Бринингом – из новина. И није био баш одушевљен, ни садржајем декларације ни тиме што ју је Брининг прећутао. Одговарајући су били и резултати посете – још један пораз тадашњег немачког канцелара у гостима.

На врхунцу банкарске кризе, пропаст неколико банака је на видику, а Брининг није имао јасан став о томе шта треба да се уради. Износи, после великог колебања, свој план као предлог сујетним и неискреним банкарима, они га одбијају, након чега прихвата њихов савет да се ништа не чини, иако је већ (свима) јасно да су ти банкари лажљиви и да су само гледали како да нанесу штету својим конкурентима. Није имао снаге са се избори са људима за које се већ осведочио да не говоре истину и да немају добре намере. А када се покаже да банкари нису били у праву, да је дошло до јуриша на банке и великвидности целог банкарског сектора, Брининг се као мало дете дури и одбија да се састане са њима. А он је сâм крив што им се није супротставио када је за то имао прилику.

Треба имати у виду да је канцелар Брининг био звезда немачке политичке сцене тог времена. Како се у књизи наводи, један од дугогодишњих посланика немачког парламента, окорели конзервативац из Источне Пруске, изјавио је како је Брининг први прави немачки канцелар још од Бизмарковог доба. Какви су били политички квалитети новог Бизмарка, сведоче претходни пасуси овог приказа и бројни пасуси саме књиге.

То баца нешто другачије светло на Хитлеров успон. Није реч о томе да је Хитлер био изузетно даровит политичар, онакав каквим га приказује аутор ове књиге, тврдећи да је поседовао изузетан стратешки политички осећај, да је антиципирао будућа догађања далеко унапред и да је стрпљиво чекао прилику да надмудри своје противнике. Далеко је уверљивије то да је Хитлер био одлучан, бескрупулозан и идеолошки доследан политичар, са јасним циљем и јаком склоношћу ка ризику. Он је коцкарски играо на једну једину карту и то му се исплатило. У овој књизи се налази и објашњење његовог успеха. Није Хитлер био политички дилетант и шарлатан, био је озбиљан и одлучан политичар, али кључ није био у њему него пре свега у његовим политичким такмацима – они су били неозбиљни и фундаментално неспособни политичари и због тога је Хитлер, у датом политичком окружењу, освојио власт.

Опет се показало да је у сваком надметању, политичком, тржишном или спортском, једино битна релативна снага – колико си бољи од противника.⁵

На самом крају, у покушају да изнесе универзални закључак, аутор тврди да само онда када је домаће бирачко тело спремно да прихвати губитак суверености зарад сарадње са другим земљама, међународни уговори могу да буду делотворни и да издрже проверу времена. Сазнајна вредност тог тривијалног закључка, индукцијом изведеном из случаја Версајског мировног уговора, минимална је, а сам закључак није ваљана основа ни за какву академску расправу. Но, они који доносе политичке одлуке, нарочито у рату, без читања било какве литературе овог типа, одавно су тужну историју Версајског мировног уговора веома добро спознали. Зато су и решили да се воља немачке нације сломи и ароганција домаћег бирачког тела елиминише – учинили би то и атомском бомбом, као у Јапану, да је било потребно – па су се после тога међународни уговори свели на техничка решења. После свега тога, разлика између данашње Немачке и Немачке из времена које се описује у овој књизи таква је да се те две земље не могу ни поредити.

ЛИТЕРАТУРА

- [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].

⁵ Бројне Хитлерове историографске биографије, укључујући и најбоље (Kershaw 2008), занемарују тај угао посматрања успона националсоцијализма и будућег вође Рајха.

Др Самир АЛИЧИЋ*

Цветковић Ђорђевић, Валентина. 2020. *Negotiorum gestio* у римском праву с освртом на српско право. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 122.

Тешко је пронаћи правни институт толико особен и толико карактеристично и типично „римски“ односно, ако читалац више воли, „европскоконтинентални“, као што је *negotiorum gestio* – пословодство без налога, односно незвано вршење туђег посла. Њему нема пандана у другим античким правима, али ни у савременим правима која нису заснована на римском. Англосаксонски и шеријатски правни системи не познају такву установу. Ван романског правног подручја, ситуација коју ми означавамо као пословодство без налога по правилу се третира као једнострана добročина чинидба, односно поклон. Правницима који нису образовани на принципима римског права и који не разумеју концепте као што су *pietas* и *bona fides* није увек лако ни објаснити зашто би неко ко чини услугу другоме а да то од њега није изричито захтевано уопште имао право на накнаду. Но, у земљама римског, односно европскоконтиненталног правног система институт *negotiorum gestio* је природни и неизбежни институт облигационог права у практично свим националним законодавствима, са тенденцијом да постане и наднационални. Наравно, важности тог института у законодавству и судској пракси одговара и велика пажња коју му посвећује правна наука.

Пословодство без налога одавно постоји у законодавству Србије. У питању је живи институт, па чак и ако је са модерним средствима комуникације број случајева његове примене нешто смањен, и даље се

* Ванредни професор, Департман за правне науке Државног универзитета у Новом Пазару, Србија, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Босна и Херцеговина, salivic@np.ac.rs.

јавља у судској пракси и није постао мртво слово на папиру. Међутим, у домаћој науци пословодство без налога није привукло онолико пажње колико би се очекивало. Посвећено му је релативно мало наслова, посебно у новијој литератури.

Ту празнину у великој мери попуњава књига *Negotiorum gestio у римском праву с освртом на српско право* Валентине Цветковић Ђорђевић, ванредне професорке Правног факултета Универзитета у Београду. Са чисто тематског аспекта, ауторка је избегла замку у коју многи романисти падају – да термин „римско право“ користи само за период његовог развоја до Јустинијана, а да његову каснију примену назове „римском правном традицијом“ или неким сличним термином. Као што се из наслова може наслутити, књига се састоји из две основне целине: прве, у којој је обрађен институт *negotiorum gestio* у римском праву уопште, које је синоним за европскоконтинентални правни систем чији континуирани развој траје од почетака римске историје до данас, и друге, која је посвећена пословодству без налога у праву Србије, које је једна грана римског (европскоконтиненталног) права на исти начин као што су, рецимо, енглеско и америчко право гране англосаксонског, или саудијско и иранско право гране шеријатског права. У методолошком смислу, ово дакле није књига из историје римског права, која проучава искључиво његов развој у прошлости. Она заправо представља тумачење института позитивног права телеолошким методом, односно истражују се њихово изворно значење, настанак и развој у римском праву, кроз које су добили савремену форму.

Након предговора (стр. 7–8) и увода (стр. 9–11), следи део посвећен римском праву уопште (стр. 13–96). Ауторка се најпре бави местом које институт *negotiorum gestio* заузима у систематици облигационог права (стр. 13). Следи део посвећен коренима тог института, његовом настанку и развоју у римском праву (стр. 15–28). У наредном поглављу ауторка се бави развојем теорије о квазиконтрактној природи пословодства без налога, од Јустинијанове квадрипартиције, преко средњовековних и модерних аутора, до савремене литературе (стр. 29–40). Тема четвртог, и на неки начин централног и кључног поглавља књиге, јесу услови за примену института пословодства без налога, узимајући у обзир различита решења у теорији, законодавству и пракси од римског доба до данашњих дана (стр. 41–92). У петом поглављу анализира се питање пословодства без налога када је једна од страна пословно неспособно лице (стр. 93–96).

Последња два поглавља књиге посвећена су праву Србије. Шесто поглавље бави се институтом *negotiorum gestio* у Аустријском грађанском законнику из 1811. и Српском грађанском законнику из 1844. године (стр. 97–99). Седма глава књиге посвећена је решењима важећег Закона о облигационим односима (стр. 101–108).

На крају је дат закључак којим су сумирани резултати истраживања (стр. 109–114).

На основу опсежне анализе извора и литературе, ауторка закључује да бројна питања ипак морају остати отворена, међу којима и то колико је у римском праву тужба по основу пословодства без налога била на почетку широко примењивана. Без децидног одговора, имајући у виду садашње стање извора, остају и бројни проблеми настанка и примене две форме тужбе због незваног вршења туђег посла у римском праву, које су касније спојене у јединствену тужбу: преторске тужбе *in factum concepta* и цивилне *in ius concepta*, с тим што се извесна предност даје теорији према којој је цивилна тужба настала касније.

Иако појам *negotiorum gestio* није могуће прецизно дефинисати, ауторка са сигурношћу закључује да је заједничка карактеристика која повезује различите ситуације које потпадају под тај институт да постоји предузимање посла у туђем интересу, који пак не мора бити нужно и туђ посао.

Много пажње посвећено је питању, које су постављали још средњовековни правници, да ли је чињеница да је посао предузет без одобрења објективно посматрано у туђем интересу довољна да би постојало пословодство без налога или је неопходно и да је незвани вршилац туђег посла имао субјективну намеру да посао предузме у корист господара посла. Ауторка закључује да су мишљења римских правника о том питању била подељена, а да је у савременом праву постала доминантна субјективна теорија, чија је основна сврха да се пословодство без налога стриктно разграничи од правно неоснованог обогаћења. Такво стриктно разликовање било је страном класичном римском праву, у којем су се та два института развијала у тесној међусобној вези.

Институт пословодства без налога ушао је у право Србије рецепцијом из аустријског права у Српски грађански законик, чија су решења презета у важећи Закон о облигационим односима. Иако, генерално гледано, институт пословодства без налога у српском праву одговара класичном *negotiorum gestio* и према томе највећи део правила која га регулишу припада римском праву, због посредног пута рецепције настале су мање разлике у односу на класична решења. ЗОУ познаје институте

необходно и корисно пословодство, мада је значај те поделе мањи него у АГЗ, из којег је преузета. Осим тога, накнадно одобрење господара посла у ЗОО има ретроактивно дејство, што у класичном римском праву није случај.

Писана јасним и концизним стилем, заснована на методолошки рафинираној анализи бројних извора и обимне литературе на разним језицима, књига *Negotiorum gestio у римском праву с освртом на српско право* представља прави пример софистицираности и високог нивоа савремене романистичке науке те модел на који се млађи романисти могу угледати. Због актуелности тематике, поготово имајући у виду да је у току рад на доношењу новог Грађанског законика, ова књига ће бити занимљива не само романистима, компаратистима и цивилистима већ и широј стручној јавности, укључујући и судије, адвокате и друге правнике-практичаре.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Анали Правног факултета у Београду објављују текстове на српском и енглеском језику.

Аутори задржавају ауторско право на своме делу. Међутим, услов за објављивање у *Аналима Правног факултета у Београду* јесте да аутори издавачу дозволе да објави дело, да гарантују право да ће *Анали* бити наведени као изворни издавач у случају поновног објављивања и да неискључиво уступе овлашћење на умножавање те овлашћење да се текст учини доступним јавности и да се дистрибуира у свим облицима и медијима. Објављени текстови се дистрибуирају под условима лиценце „Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY)“.

Предајом текста, аутор изјављује да текст није ни објављен ни прихваћен за објављивање те да неће бити предат за објављивање било ком другом медију. Аутор такође изјављује да је носилац ауторског права, да је обавештен о правима трећих лица и да је испунио захтеве који произлазе из тих права.

Пријем свих текстова биће потврђен електронском поштом. Редакција ће размотрити подобност свих радова да буду подвргнути поступку рецензирања. Подобни текстови шаљу се на двоструку анонимну рецензију.

Информације о уредничкој политици *Анала Правног факултета у Београду* видети на: ojs.ius.bg.ac.rs/index.php/anali/about/editorialPolicies#open%20AccessPolicy.

Ако желите да предате свој рад *Аналима Правног факултета у Београду*, молимо вас да пратите следећа упутства.

Ако предајете рад на енглеском језику, молимо вас да пратите посебно упутство које је доступно на: ojs.ius.bg.ac.rs/index.php/anali/information/authors.

Рукопис треба да буде уређен на следећи начин:

1. насловна страна,
2. апстракт и кључне речи,
3. рукопис и списак литературе,
4. додаци, табеле и слике.

1. НАСЛОВНА СТРАНА

Насловна страна рукописа треба да садржи следеће податке:

- наслов текста,
- име, презиме, годину рођења и афилијацију свих аутора,
- пуну адресу за кореспонденцију и адресу електронске поште.

Ако је текст коауторски, молимо вас да доставите тражене податке за сваког аутора.

2. АПСТРАКТ И КЉУЧНЕ РЕЧИ

Тексту претходи апстракт који је строго ограничен на 150 речи. Апстракт не сме да садржи неодређене скраћенице или референце.

Молимо вас да наведете пет кључних речи које су прикладне за индексирање.

Радови на српском језику треба да садрже апстракт и кључне речи и на српском и на енглеском језику. У том случају, апстракт и кључне речи на енглеском језику треба да се налазе иза списка литературе.

3. РУКОПИС И СПИСАК ЛИТЕРАТУРЕ

Због анонимног рецензирања, имена аутора и њихове институционалне припадности не треба наводити на страницама рукописа.

Текстови морају да буду написани у следећем формату:

- величина странице: А4,
- маргине: 2,5 cm,
- фонт: Times New Roman,
- размак између редова у главном тексту: 1,5,
- размак између редова у фуснотама: Easy,
- величина слова у главном тексту: 12 pt,
- величина слова у фуснотама: 10 pt,
- нумерација страница: арапски број у доњем десном углу странице.

Друге ауторе треба наводити по имену и презимену када се први пут помињу (Петар Петровић), а затим само по презимену (Петровић). Не треба наводити „професор“, „др“, „г.“ нити било какве титуле.

Све слике и табеле морају да буду поменуте у тексту, према редоследу по којем се појављују.

Све акрониме треба објаснити приликом првог коришћења, а затим се наводе великим словима.

Европска унија – ЕУ,

The United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL

Бројеви од један до девет пишу се словима, већи бројеви пишу се цифрама. Датуми се пишу на следећи начин: 1. јануар 2012; 2011–2012; тридесетих година 20. века.

Фусноте се користе за објашњења, а не за навођење литературе. Просто навођење мора да буде у главном тексту, са изузетком закона и судских одлука.

Поднасловe треба писати на следећи начин:

1. ВЕЛИКА СЛОВА

1.1. Прво слово велико

1.1.1. Прво слово велико курсив

Цитирање

Сви цитати, у тексту и фуснотама, треба да буду написани у следећем формату: (аутор/година/број стране или више страна).

Домаћа имена која се помињу у реченици не треба понављати у заградама:

- Према Милошевићу (2014, 224–234)...
- Римски правници су познавали различите класификације ствари (Милошевић 2014, 224–234)

Страна имена која се помињу у реченици треба да буду транскрибована, а у заградама их треба поновити и оставити у оригиналу. У списку литературе страна имена се не транскрибују:

- Према Коциолу (Koziol 1997, 73–87)...
- О томе је опсежно писао Коциол (Koziol 1997, 73–87).
- Koziol, Helmut. 1997. *Österreichisches Haftpflichtrecht*, Band I: Allgemeiner Teil. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Домаћа дела се цитирају писмом којим су штампана. У списку литературе дело штампано латиницом наводи се само латиницом, а дело штампано ћирилицом наводи се ћирилицом и латиницом, при чему се латинична референца ставља у заграде:

- Према Милошевићу (2014, 347–352)...
- Милошевић, Мирослав. 2014. *Римско право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду – Досије студио. (Milošević, Miroslav. 2014. *Rimsko pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerzитета у Beogradу – Dosije studio.)
- Вукадиновић (Vukadinović 2015, 27) истиче да јемац испуњава туђу, а гарант своју обавезу.
- У литератури се наводи (Vukadinović 2015, 27)...
- Vukadinović, Radovan. 5–6/2015. О правном regulisanju posla bankarske garancije u novom Грађанском законик. *Pravni život* 64: 17–36.

Пожељно је да у цитатима у тексту буде наведен податак о броју стране на којој се налази део дела које се цитира.

Исто тако и / Исто / Као и Константиновић (1969, 125–127);

Према Бартош (1959, 89 фн. 100) – *тамо где је фуснота 100 на 89. страни*;

Као што је предложио Бартош (1959, 88 и фн. 98) – *тамо где фуснота 98 није на 88. страни*.

Пре броја стране не треба стављати ознаку „стр.“, „р.“, „ф.“ или слично.

Изузетно, тамо где је то прикладно, аутори могу да користе цитате у тексту без навођења броја стране дела која се цитира. У том случају аутори могу, али не морају да користе неку од назнака као што су: *видети, посебно видети, видети на пример и др.*

(видети, на пример, Бартош 1959; Симовић 1972)

(видети посебно Бакић 1959)

(Станковић, Орлић 2014)

Један аутор

Цитат у тексту (Т): Као и Илај (Ely 1980, број стране), тврдимо да...

Навођење у списку литературе (Л): Ely, John Hart. 1980. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Т: Исто као и Аврамовић (2008, број стране), тврдимо да...

Л: Аврамовић, Сима. 2008. *Rhetorike techne – вештина беседништва и јавни наступ*. Београд: Службени гласник – Правни факултет Универзитета у Београду. (Avramović, Sima. 2008. *Rhetorike techne – veština besedništva i javni nastup*. Beograd: Službeni glasnik – Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

Т: Васиљевић (2007, број стране),

Л: Васиљевић, Мирко. 2007. *Корпоративно управљање: правни аспекти*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (Vasiljević, Mirko. 2007. *Korporativno upravljanje: pravni aspekti*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

Два аутора

Т: Као што је указано (Daniels, Martin 1995, број стране),

Л: Daniels, Stephen, Joanne Martin. 1995. *Civil Injuries and the Politics of Reform*. Evanston, Ill.: Northwestern University Press.

Т: Као што је показано (Станковић, Орлић 2014, број стране),

Л: Станковић, Обрен, Миодраг Орлић. 2014. *Стварно право*. Београд: Номос. (Stanković, Obren, Miodrag Orlić. 2014. *Stvarno pravo*. Beograd: Nomos.)

Три аутора

T: Као што су предложили Сесил, Линд и Бермант (Cecil, Lind, Bermant 1987, број стране),

Л: Cecil, Joe S., E. Allan Lind, Gordon Bermant. 1987. *Jury Service in Lengthy Civil Trials*. Washington, D.C.: Federal Judicial Center.

Више од три аутора

T: Према истраживању које је спровео Тарнер са сарадницима (Turner *et al.* 2002, број стране),

Л: Turner, Charles F., Susan M. Rogers, Heather G. Miller, William C. Miller, James N. Gribble, James R. Chromy, Peter A. Leone, Phillip C. Cooley, Thomas C. Quinn, Jonathan M. Zenilman. 2002. Untreated Gonococcal and Chlamydial Infection in a Probability Sample of Adults. *Journal of the American Medical Association* 287: 726–733.

T: Поједини аутори сматрају (Варади *et al.* 2012, број стране)...

Л: Варади, Тибор, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, Владимир Павић. 2012. *Међународно приватно право*. 14. издање. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (Varadi, Tibor, Bernadet Bordaš, Gašo Knežević, Vladimir Pavić. 2012. *Međunarodno privatno право*. 14. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

Институција као аутор

T: (U.S. Department of Justice 1992, број стране)

Л: U.S. Department of Justice. Office of Justice Programs. Bureau of Justice Statistics. 1992. *Civil Justice Survey of State Courts*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office.

T: (Завод за интелектуалну својину Републике Србије 2015, број стране)

Л: Завод за интелектуалну својину Републике Србије. 2015. *95 година заштите интелектуалне својине у Србији*. Београд: Colorgraphx. (Zavod za intelektualnu svojinu Republike Srbije. 2015. *95 godina zaštite intelektualne svojine u Srbiji*. Beograd: Colorgraphx.)

Дело без аутора

T: (*Journal of the Assembly* 1822, број стране)

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.

Цитирање више дела истог аутора

Клермонт и Ајзенберг сматрају (Clermont, Eisenberg 1992, број стране; 1998, број стране)...

Баста истиче (2001, број стране; 2003, број стране)...

Цитирање више дела истог аутора из исте године

T: (White 1991a, page)

L: White, James A. 1991a. Shareholder-Rights Movement Sways a Number of Big Companies. *Wall Street Journal*. April 4.

Истовремено цитирање више аутора и дела

(Grogger 1991, број стране; Witte 1980, број стране; Levitt 1997, број стране)

(Поповић 2017, број стране; Лабус 2014, број стране; Васиљевић 2013, број стране)

Поглавље у књизи

T: Холмс (Holmes 1988, број стране) тврди...

L: Holmes, Stephen. 1988. Precommitment and the Paradox of Democracy. 195–240. *Constitutionalism and Democracy*, ed. John Elster, Rune Slagstad. Cambridge: Cambridge University Press.

Поглавље у делу које је издато у више томова

T: Шварц и Сајкс (Schwartz, Sykes 1998, број стране) тврде супротно.

L: Schwartz, Warren F., Alan O. Sykes. 1998. Most-Favoured-Nation Obligations in International Trade. 660–664, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. II, ed. Peter Newman. London: MacMillan.

Књига са више издања

T: Користећи Гринов метод (Greene 1997), направили смо модел који...

Л: Greene, William H. 1997. *Econometric Analysis*. 3. ed. Upper Saddle River, N.J.: Prentice Hall.

T: (Поповић 2018, број стране),

Р: Поповић, Дејан. 2018. *Пореско право*. 16. издање. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. (Popović, Dejan. 2018. *Poresko pravo*. 16. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

Навођење броја издања није обавезно.

Поновно издање – репринт

T: (Angell, Ames [1832] 1972, 24)

Л: Angell, Joseph Kinniaut, Samuel Ames. [1832] 1972. *A Treatise on the Law of Private Corporations Aggregate*. Reprint, New York: Arno Press.

Чланак

У списку литературе наводе се: презиме и име аутора, број и година објављивања свеске, назив чланка, назив часописа, година излажења часописа, странице. При навођењу иностраних часописа који не нумеришу свеске тај податак се изоставља.

T: Тај модел користио је Левин са сарадницима (Levine *et al.* 1999, број стране)

Л: Levine, Phillip B., Douglas Staiger, Thomas J. Kane, David J. Zimmerman. 1999. *Roe v. Wade and American Fertility*. *American Journal of Public Health* 89: 199–203.

T: На то је указао Васиљевић (2018, број стране)

Л: Васиљевић, Мирко. 2/2018. Арбитражни уговор и интеркомпанијскоправни спорови. *Анали Правног факултета у Београду* 66: 7–46. (Vasiljević, Mirko. 2/2018. Arbitražni ugovor i interkompanijskopравни sporovi. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 66: 7–46.)

T: Орлић истиче утицај упоредног права на садржину Скице (Orlić 2010, 815–819).

Л: Orlić, Miodrag. 10/2010. Subjektivna deliktна odgovornost u srpskom pravu. *Pravni život* 59: 809–840.

Цитирање целог броја часописа

Т: Томе је посвећена једна свеска часописа *Texas Law Review* (1994).

Л: *Texas Law Review*. 1993–1994. *Symposium: Law of Bad Faith in Contracts and Insurance*, special edition 72: 1203–1702.

Т: Осигурање од грађанске одговорности подробно је анализирано у часопису *Анали Правног факултета у Београду* (1982).

Л: *Анали Правног факултета у Београду*. 6/1982. *Саветовање: Нека актуелна питања осигурања од грађанске одговорности*, 30: 939–1288. (*Анали Правног факултета у Београду*. 6/1982. *Savetovanje: Neka aktuelna pitanja osiguranja od građanske odgovornosti*, 30: 939–1288.)

Коментари

Т: Смит (Smith 1983, број стране) тврди...

Л: Smith, John. 1983. Article 175. Unjust Enrichment. 195–240. *Commentary to the Law on Obligations*, ed. Jane Foster. Cambridge: Cambridge University Press.

Т: Према Шмаленбаху (Schmalenbach 2018, број стране), јасно је да...

Л: 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.

Т: Перовић (Perović 1980, број стране) тврди да...

Л: Perović, Slobodan. 1980. Član 45. Predugovor. 221–224. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, ur. Slobodan Perović, Dragoljub Stojanović. Gornji Milanovac: Kulturni centar – Kragujevac: Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu.

Чланак у часопису или дневним новинама без аутора

Т: објављено у *Политици* (2019)

Л: *Политика*. 2019. Србија снажно посвећена европском путу. Март 2019. (*Politika*. 2019. *Srbija snažno posvećena evropskom putu*. Mart 2019)

T: Као што је објављено у часопису *Newsweek* (2000)...

L: *Newsweek*. 2000. MP3.com Gets Ripped. 18 September.

Чланак у часопису или дневним новинама са аутором (ауторима)

T: У *Времену* је објављено (Švarn, Georgijev 2018) да...

L: Švarn, Filip, Slobodan Georgijev. 2018. Razgraničenje je model u skladu sa politikom etničkog čišćenja. *Vreme*. Avgust 2018.

T: (Mathews, DeBaise 2000)

L: Mathews, Anna Wilde, Colleen DeBaise. 2000. MP3.com Deal Ends Lawsuit on Copyrights. *Wall Street Journal*. 11 November.

Необјављени рукопис

T: (Аврамовић, Тодоровић 2017)

L: Аврамовић, Павле, Ненад Тодоровић. 2017. Стицање без основа у римском праву. Необјављен рукопис. Универзитет у Нишу, Правни факултет, август. (Avramović, Pavle, Nenad Todorović. 2017. Sticanje bez основа u rimskom pravu. Neobjavljen rukopis. Univerzitet u Nišu, Pravni fakultet, avgust.)

T: (Daughety, Reinganum 2002)

L: Daughety, Andrew F, Jennifer F. Reinganum. 2002. Exploiting Future Settlements: A Signaling Model of Most-Favored-Nation Clauses in Settlement Bargaining. Unpublished manuscript. Vanderbilt University, Department of Economics, August.

Радни документ

T: (Стојановић, Савић 2017)

L: Стојановић, Огњен, Мартин Савић. 2017. Правна природа уговора о кредиту. Радни документ. Институт за право и финансије, Београд. (Stojanović, Ognjen, Martin Savić. 2017. Pravna priroda ugovora o kreditu. Radni dokument. Institut za pravo i finansije, Beograd.)

T: (Eisenberg, Wells 2002)

Л: Eisenberg, Theodore, Martin T. Wells. 2002. Trial Outcomes and Demographics: Is There a Bronx Effect? Working paper. Cornell University Law School, Ithaca, NY.

Нумерисани радни документ

Т: (Томић, Павловић 2018)

Л: Томић, Јанко, Саша Павловић. 2018. Упоредноправна анализа прописа у области радног права. Радни документ бр. 7676. Институт за упоредно право, Београд. (Томић, Јанко, Сања Павловић. 2018. Uporედnopravna analiza propisa u oblasti radnog права. Radni dokument br. 7676. Institut za uporedno право, Beograd.)

Т: (Glaeser, Sacerdote 2000)

Л: Glaeser, Edward L., Bruce Sacerdote. 2000. The Determinants of Punishment: Deterrence, Incapacitation and Vengeance. Working Paper No. 7676. National Bureau of Economic Research, Cambridge, Mass.

Лична кореспонденција/комуникација

Т: Као што тврди Дамњановић (2017),

Л: Дамњановић, Вићентије. 2017. Писмо аутору, 15. јануар. (Damjanović, Vićentije. 2017. Pismo autoru, 15. januar.)

Т: (Welch 1998)

Л: Welch, Thomas. 1998. Letter to author, 15 January.

Стабилни интернет протокол (URL)

Т: Према Заводу за интелектуалну својину Републике Србије (2018),

Л: Завод за интелектуалну својину Републике Србије. 2018. Годишњи извештај о раду за 2017. годину. <http://www.zis.gov.rs/o-zavodu/godisnji-izvestaji.50.html>, последњи приступ 28. марта 2018. (Zavod za intelektualnu svojinu Republike Srbije. 2018. Godišnji izveštaj o radu za 2017. godinu. <http://www.zis.gov.rs/o-zavodu/godisnji-izvestaji.50.html>, poslednji pristup 28. marta 2018.)

Т: According to the Intellectual Property Office (2018)
Л: R.S. Intellectual Property Office. 2018. Annual Report for 2017. <http://www.zis.gov.rs/about-us/annual-report.106.html>, last visited 28 February, 2019.

У штампи

T: (Богдановић 2019, број стране)

Л: Богдановић, Лука. 2019. Економске последице уговарања клаузуле најповлашћеније нације у билатералним инвестиционим споразумима. *Номос*, том 11, у штампи. (Bogdanović, Luka. 2019. Ekonomске posledice ugovaranja klauzule najpovlašćenije nacije u bilateralnim investicionim sporazumima. *Nomos*, том 11, у štampi.)

T: (Spier 2003, број стране)

Л: Spier, Kathryn E. 2003. The Use of Most-Favored-Nations Clauses in Settlement of Litigation. *RAND Journal of Economics*, vol. 34, in press.

Прихваћено за објављивање

T: У једном истраживању (Petrović, прихваћено за објављивање) посебно се истиче значај права мањинских акционара за функционисање акционарског друштва.

Л: Petrović, Marko. Prihvaćeno za objavljivanje. Prava manjinskih akcionara u kontekstu funkcionisanja skupštine akcionarskog društva. *Pravni život*.

T: Једна студија (Joyce, прихваћено за објављивање) односи се на Колумбијски дистрикт.

Л: Joyce, Ted. Forthcoming. Did Legalized Abortion Lower Crime? *Journal of Human Resources*.

Судска пракса

Ф(услуге): Врховни суд Србије, Рев. 1354/06, 6. 9. 2006, Paragraf Lex; Врховни суд Србије, Рев. 2331/96, 3. 7. 1996, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије* 4/96, 27; CJEU, case C-20/12, Giersch and Others, ECLI:EU:C:2013:411, пара. 16; Opinion of AG Mengozzi to CJEU, case C-20/12, Giersch and Others, ECLI:EU:C:2013:411, пара. 16.

T: За референце у тексту користити скраћенице (BCC Рев. 1354/06; CJEU C-20/12, или Giersch and Others; Opinion of AG Mengozzi) конзистентно у целом чланку.

Л: Не треба наводити судску праксу у списку коришћене литературе.

Закони и други прописи

Ф: Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС* 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014, чл. 2, ст. 1, тач. 3; Regulation (EU) No. 1052/2013 establishing the European Border Surveillance System (Eurosur), OJ L 295 of 6/11/2013, Art. 2 (3); Directive 2013/32/EU on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast), OJ L 180 of 29/6/2013, 60, Art. 6 (3).

Т: За референце у тексту користити скраћенице (ЗКП или ЗКП РС; Regulation No. 1052/2013; Directive 2013/32) конзистентно у целом чланку.

Л: Не треба наводити прописе у списку коришћене литературе.

4. ПРИЛОЗИ, ТАБЕЛЕ И СЛИКЕ

Фусноте у прилозима нумеришу се без прекида као наставак на оне у остатку текста.

Нумерација једначина, табела и слика у прилозима почиње са 1 (једначина А1, табела А1, слика А1 итд., за прилог А; једначина Б1, табела Б1, слика Б1 итд., за прилог Б).

На страни може бити само једна табела. Табела може заузимати више од једне стране.

Табеле имају кратке наслове. Додатна објашњења се наводе у напоменама на дну табеле.

Треба идентификовати све количине, јединице мере и скраћенице за све уносе у табели.

Извори се наводе у целини на дну табеле, без унакрсних референци на фусноте или изворе на другим местима у чланку.

Слике се прилажу у фајловима одвојено од текста и треба да буду јасно обележене.

Не треба користити сенчење или боју на графичким приказима. Ако је потребно визуелно истаћи поједине разлике, молимо вас да користите шрафирање и унакрсно шрафирање или друго средство означавања.

Не треба користити оквир за текст испод или око слике.

Молимо вас да користите фонт Times New Roman ако постоји било какво слово или текст на слици. Величина фонта мора бити најмање 7.

Графици не садрже било какву боју.

Наслови слика су наведени и на засебној страници са двоструким проредом под називом – Легенда коришћених слика.

Слике не могу бити веће од 10 cm x 18 cm. Да би се избегло да слика буде значајно смањена, објашњења појединих делова слике треба да буду постављена у оквиру слике или испод ње.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34(497.11)

АНАЛИ Правног факултета у Београду : часопис за правне и друштвене науке = 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

Факултетски научни часопис *Анали Правног факултета у Београду* излази од 1953. године (ISSN: 0003-2565) као потомак часописа *Архив за правне и друштвене науке* који је излазио од 1906. године.

Главни уредници *Архива за правне и друштвене науке* били су: Коста Кумануди и Драгољуб Аранђеловић (1906–1911), Коста Кумануди (1911–1912), Чедомиљ Митровић (1920–1933), Михаило Илић (1933–1940), Ђорђе Тасић (1940–1941) и Јован Ђорђевић (1945).

Главни уредници *Анала Правног факултета у Београду* били су: Михајло Константиновић (1953–1960), Милан Бартош (1960–1966), Војислав Бакић (1966–1978), Војислав Симовић (1978–1982), Обрен Станковић (1982–1985), Дејан Поповић (1996), Миодраг Орлић (1997–2004), Данило Баста (2004–2006), Сима Аврамовић (2006–2012), Миролjub Лабус (2013–2015) и Мирко Васиљевић (2016–2018).

У часопису се објављују научни чланци, критичке анализе, коментари судских одлука, прилози из међународног научног живота и прикази књига. Часопис излази и у електронском облику (eISSN: 2406-2693).

Радови објављени у часопису подлежу анонимној рецензији двоје рецензената, које одређује редакција.

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

Часопис излази тромесечно.

ISSN 0003-2566



БУЛЕВАР КРАЉА АЛЕКСАНДРА 67
11000 БЕОГРАД
СРБИЈА
011 30 27 600
anali@jus.bg.ac.rs
anali.rs