

ANALI

PRAVNOG FAKULTETA U BEOGRADU

ANNALS
BELGRADE LAW REVIEW

- 1 Nebojša PORČIĆ
THE RIGHT OF SHIPWRECK IN MEDIEVAL SERBIA
- 33 Saša ILIĆ
SOCIALIST BANKING: THE CONTINUOUS EVOLUTION OF THE BANKING SECTOR IN YUGOSLAVIA (1944/45–1991/92)
- 77 Peter TECHET
HANS KELSEN'S PURE THEORY OF LAW AS CRITIQUE OF THE "AUTHORITARIAN" UNDERSTANDING OF LAW AND JURISPRUDENCE
- 101 Nikola ILIĆ
THE KLOBUCHAR BILL: IS SOMETHING ROTTEN IN THE US ANTITRUST LEGISLATIVE REFORM?
- 123 Maja STANIVUKOVIĆ, Sanja ĐAJIĆ
PRAVO RODITELJA NA POVRATAK U ZEMLJU POREKLA U SVETLU HAŠKE KONVENCIJE O GRAĐANSKOPRAVNIM ASPEKTIMA MEĐUNARODNE OTMICE DECE I EVROPSKE KONVENCIJE ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I OSNOVNIH SLOBODA
- 159 Dalibor PETROVIĆ, Dejan PAVLOVIĆ
PODRIVANJE ANONIMNOSTI U DOBA INTERNETA
- 189 Dragana KOLARIĆ
ANALIZA DOSADAŠNJE PRIMENE ZAKONA O SPREČAVANJU NASILJA U PORODICI
- 225 Goran DAJOVIĆ
MOGUĆNOST REGULATIVNE FUNKCIJE SUDSKE VLASTI
- 271 Ivana ĐOKIĆ
OD NASLEDIVOSTI DO NENASLEDIVOSTI ZAKONSKE DUŽNOSTI IZDRŽAVANJA RAZVEDENOG SUPRUŽNIKA
- 301 Dušan S. RAKITIĆ
O POREKLU OBAVEZNOG BLAGOSLOVA ZA IZBOR PROFESORA BOGOSLOVSKIH FAKULTETA – NACIONALNI I UPOREDNI PLAN

UREDNIŠTVO /

GLAVNI I ODGOVORNI UREDNIK /

Marija Karanikić Mirić,
Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija

UREDNIK VEB SAJTA /

Boris Begović,
Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija

ČLANOVI REDAKCIJE /

Dušan Popović (Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija),
Bojan Milisavljević (Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija),
Vojislav Stanimirović (Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu,
Srbija), Ljubinka Kovačević (Pravni fakultet Univerziteta u
Beogradu, Srbija), Danilo Vuković (Pravni fakultet Univerziteta u
Beogradu, Srbija), Vanja Bajović (Pravni fakultet Univerziteta u
Beogradu, Srbija), Svetislav Kostić (Pravni fakultet Univerziteta u
Beogradu, Srbija)

ČLANOVI MEĐUNARODNOG UREĐIVAČKOG ODBORA /

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), Eleanor Fox (New York
University School of Law, USA), Kenneth Einar Himma (University
of Washington, USA), Herbert Hovenkamp (University of
Pennsylvania, 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),
Ralf Michaels (Max Planck Institute for Comparative and
International Private Law, Hamburg, Germany), Slobodan Milacic
(University of Bordeaux, France), Paul du Plessis (The
University of Edinburgh, Scotland), Vesna Rijavec (University
of Maribor, Slovenia), Željko Šević (Sohar University, Oman),
Gerhard Thür (Institute for the Study of Ancient Culture, Austria)

SEKRETARI /

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

TEHNIČKI SEKRETAR /

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

IZDAVAČ /

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

LEKTOR I KOREKTOR /

Irena Popović Grigorov, Vuk Tošić

TEHNIČKI UREDNIK /

Jovan Đorđević

DIZAJN KORICA /

City Image

SLOG I PRELOM /

DOSIJE
STUDIO

ŠTAMPA /

Birograf

TIRAŽ /

300

SEKUNDARNE PUBLIKACIJE U KOJIMA SE INDEKSIRA ČASOPIS /

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

ANALI

PRAVNOG FAKULTETA U BEOGRADU

ANNALS
BELGRADE LAW REVIEW

- 1 Nebojša PORČIĆ
THE RIGHT OF SHIPWRECK IN MEDIEVAL SERBIA
- 33 Saša ILIĆ
SOCIALIST BANKING: THE CONTINUOUS EVOLUTION OF THE BANKING SECTOR IN YUGOSLAVIA (1944/45–1991/92)
- 77 Peter TECHET
HANS Kelsen'S PURE THEORY OF LAW AS CRITIQUE OF THE "AUTHORITARIAN" UNDERSTANDING OF LAW AND JURISPRUDENCE
- 101 Nikola ILIĆ
THE KLOBUCHAR BILL: IS SOMETHING ROTTEN IN THE US ANTITRUST LEGISLATIVE REFORM?
- 123 Maja STANIVUKOVIĆ, Sanja ĐAJIĆ
PRAVO RODITELJA NA POVRATAK U ZEMLJU POREKLA U SVETLU HAŠKE KONVENCIJE O GRAĐANSKOPRAVNIM ASPEKTIMA MEĐUNARODNE OTMICE DECE I EVROPSKE KONVENCIJE ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I OSNOVNIH SLOBODA
- 159 Dalibor PETROVIĆ, Dejan PAVLOVIĆ
PODRIVANJE ANONIMNOSTI U DOBA INTERNETA
- 189 Dragana KOLARIĆ
ANALIZA DOSADAŠNJE PRIMENE ZAKONA O SPREČAVANJU NASILJA U PORODICI
- 225 Goran DAJOVIĆ
MOGUĆNOST REGULATIVNE FUNKCIJE SUDSKE VLASTI
- 271 Ivana ĐOKIĆ
OD NASLEDIVOSTI DO NENASLEDIVOSTI ZAKONSKE DUŽNOSTI IZDRŽAVANJA RAZVEDENOG SUPRUŽNIKA
- 301 Dušan S. RAKITIĆ
O POREKLU OBAVEZNOG BLAGOSLOVA ZA IZBOR PROFESORA BOGOSLOVSKIH FAKULTETA – NACIONALNI I UPOREDNI PLAN

SADRŽAJ

ČLANCI

- 1** **Nebojša Porčić**
The Right of Shipwreck in Medieval Serbia
- 33** **Saša Ilić**
Socialist Banking: The Continuous Evolution of the Banking Sector in Yugoslavia (1944/45–1991/92)
- 77** **Peter Techet**
Hans Kelsen’s Pure Theory of Law as Critique of the “Authoritarian” Understanding of Law and Jurisprudence
- 101** **Nikola Ilić**
The Klobuchar Bill: Is Something Rotten in the US Antitrust Legislative Reform?
- 123** **Maja Stanivuković, Sanja Đajić**
Pravo roditelja na povratak u zemlju porekla u svetlu Haške konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece i Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda
- 159** **Dalibor Petrović, Dejan Pavlović**
Podrivanje anonimnosti u doba interneta
- 189** **Dragana Kolarić, Saša Marković**
Analiza dosadašnje primene Zakona o sprečavanju nasilja u porodici

- 225 Goran Dajović**
Mogućnost regulativne funkcije sudske vlasti
- 271 Ivana Đokić**
Od nasledivosti do nenasledivosti zakonske dužnosti izdržavanja razvedenog supružnika
- 301 Dušan S. Rakitić**
O poreklu obaveznog blagoslova za izbor profesora bogoslovskih fakulteta – nacionalni i uporedni plan

PRIKAZI

- 329** Gilbert, Richard J. 2020. *Innovation Matters: Competition Policy for the High-Technology Economy*. Cambridge, Mass. & London: The MIT Press, 324.
(Boris Begović)
- 341** Mišćenić, Emilia, Silvija Petrić. 2020. *Nepoštenost valutne klauzule u CHF i HRK/CHF kreditima (Unfairness of Currency Clause in CHF and HRK/CHF Loans)*. Zagreb: Narodne novine, 388.
(Mateja Đurović)
- 345** Spaić, Bojan. 2020. *Priroda i determinante sudijskog tumačenja prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 190.
(Mila Đorđević)

SEĆANJA

- 351 Dobrosav Milovanović, Dragoljub Kavran (1933–2021)**
- 355 Andreja Katančević, Marko Petrak (1972–2022)**

VARIA

- 359 Uputstvo za autore**

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

- 1** **Nebojša Porčić**
The Right of Shipwreck in Medieval Serbia
- 33** **Saša Ilić**
Socialist Banking: The Continuous Evolution of the Banking Sector in Yugoslavia (1944/45–1991/92)
- 77** **Peter Techet**
Hans Kelsen’s Pure Theory of Law as Critique of the “Authoritarian” Understanding of Law and Jurisprudence
- 101** **Nikola Ilić**
The Klobuchar Bill: Is Something Rotten in the US Antitrust Legislative Reform?
- 123** **Maja Stanivuković, Sanja Đajić**
The Right of the Parent to Return to its Country of Origin in the Light of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction and the European Convention on the Protection of Human Rights
- 159** **Dalibor Petrović, Dejan Pavlović**
Anonymity in the Age of the Internet
- 189** **Dragana Kolarić, Saša Marković**
Analysis of the Implementation of the Law on Prevention of Domestic Violence

- 225 **Goran Dajović**
The Possibility of Regulatory Function of Judicial Power
- 271 **Ivana Đokić**
From Inheritability to Non-inheritability of the Legal Duty of Spousal Support
- 301 **Dušan S. Rakitić**
On the Origin of Mandatory Blessing for the Election of Professors at Faculties of Theology – National and Comparative Perspective

BOOK REVIEWS

- 329 Gilbert, Richard J. 2020. *Innovation Matters: Competition Policy for the High-Technology Economy*. Cambridge, Mass. & London: The MIT Press, 324.
(Boris Begović)
- 341 Mišćenić, Emilia, Silvija Petrić. 2020. *Nepoštenost valutne klauzule u CHF i HRK/CHF kreditima (Unfairness of Currency Clause in CHF and HRK/CHF Loans)*. Zagreb: Narodne novine, 388.
(Mateja Đurović)
- 345 Spaić, Bojan. 2020. *Priroda i determinante sudijskog tumačenja prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 190.
(Mila Đorđević)

IN MEMORIAM

- 351 **Dobrosav Milovanović**, *Dragoljub Kavran* (1933–2021)
- 355 **Andreja Katančević**, *Marko Petrak* (1972–2022)

VARIA

- 359 **Guidelines for Authors**

Nebojša PORČIĆ, PhD*

THE RIGHT OF SHIPWRECK IN MEDIEVAL SERBIA

The paper represents the first attempt to specifically and comprehensively explore the right of shipwreck (ius naufragii) in medieval Serbia. In the opening section, the wider comparative context is established through an overview of the presence of this legal custom in Europe and the Mediterranean during the ancient and medieval periods. This is followed by a discussion of the available information on its presence in Serbia, which spans the period from the early 14th to the mid-15th century and includes examples both of its exercise and of regulations by which it was abolished in regard to communities focused on maritime trade – Venice and Dubrovnik. The final section is dedicated to the examination of its status as a regal right of Serbian medieval rulers and the circumstances and mechanisms of its abolition regarding Venetian and Dubrovnik ships.

Key words: *Right of shipwreck (ius naufragii). – Middle Ages. – Serbia. – Dubrovnik. – Venice.*

* Associate Professor, University of Belgrade Faculty of Philosophy, Serbia, nebojsa.porcic@fbg.ac.rs.

1. RIGHT OF SHIPWRECK IN EUROPE AND THE MEDITERRANEAN

Right of shipwreck (*ius naufragii*) is the name applied to a legal custom whereby everything that is washed ashore or floats near the shore after a shipwreck – the ship and its parts, cargo, personal belongings, and, in certain historical circumstances, even the crew and passengers themselves – becomes the property of the inhabitants or the lord of that shore.¹ The existence of the custom can be followed already from the late centuries of the second millennium BCE, first among the peoples of the ancient Middle East, and then among the ancient Greeks (Matysik 1950, 29–37; Rougé 1966b, 1467–1479; Purpura 2002, 276–281; Villalba Babiloni 2018, 235–236). Its inception is believed to be connected with the notion that the shipwreck in itself represented divine judgment against the ship and its occupants, branding them as unworthy of help and legal protection, especially if they were foreigners.² With the growing frequency and importance of long-distance maritime traffic and trade in the Mediterranean, this custom became an impediment and a source of insecurity, not only aggravating the consequences of shipwrecks from natural causes, but also encouraging coastal populations to deliberately cause wrecks or even attack ships sailing near their shores with the intention of attributing their loss to shipwreck. Moreover, with the organization or inclusion of coastal communities into political entities, the right of shipwreck came to be considered as a right of the entity that ruled the coastline. In such circumstances, efforts by the greatest seafaring peoples of the ancient world – the Phoenicians and the Greeks – to abolish or limit this damaging custom assumed the shape of bilateral agreements with those entities.

When all Mediterranean shores fell under the dominion of Rome, efforts were made to legally regulate issues relating to the fate of shipwrecked individuals and objects with the intention to preserve the lives and property of what were now Roman subjects or citizens (Schiappoli 1938, 138–140;

¹ For this reason, along with the usual Latin name and its translations centered around the noun “shipwreck” (English: right of (ship)wreck; French: *droit de naufrage/bris*; Italian: *diritto di naufragio*; Spanish: *derecho del naufragio*), in some settings, especially in Central, Northern and Eastern Europe, this legal custom is designated as “coastal” or “beach” right (German: *Strandrecht*; Swedish: *strandrätt*; Polish: *prawo nadbrzeżne*; Russian: *береговое/прибрежное право*; Latin: *ius litoris*).

² The appearance of this notion could have been facilitated by frequent attacks on coastal communities by seaborne raiders. Still, even in these early times, shipwreck survivors were also treated according to the opposite principle of hospitality, again motivated by religious perceptions (Schiappoli 1938, 137–138).

Matysik 1950, 38–51; Rougé 1966a, 335–343; Purpura 2002, 281–290; Villalba Babiloni 2018, 236–241).³ The main principle on which these efforts were based was the inalienability of property involved in a shipwreck. Depending on the circumstances, its appropriation was viewed as an act of robbery or theft in extraordinary circumstances, potentially also entailing the crimes of fraud and concealment of stolen property. Moreover, it was not possible to justify the transfer of ownership as an act of finding lost property, because it was considered that shipwrecked objects were not willfully abandoned (*animus dereliquendi*). Still, it seems that even in Roman law there were glimpses of the old custom. For example, it appears that as late as the 3rd century CE, Roman tax collectors in certain areas used the fact that pre-Roman authorities exercised the right to shipwrecked objects in order to seize them and auction them off in favor of the imperial treasury.⁴ Also, sanctions for crimes against shipwrecked property were considerably reduced after one year had elapsed from the event, and in the Late Roman Empire this one-year period became the statute of limitations for requesting the return of such property. These details, as well as literary testimonies, indicate that the right of shipwreck had remained deeply embedded in the social and economic conditions of life in the ancient Mediterranean, ready for the right circumstances to impose itself again as a valid norm in the regulation of maritime traffic.

Those circumstances began to appear in the 5th and 6th century, when the western half of the Roman Empire fell under the rule of barbarian tribes. In the period that followed, a general decline of maritime trade, coupled with the rise of feudalism – which entailed political fragmentation and the strengthening of local potentates whose status was based on possession of land – led to the vast proliferation of the exercise of the right of shipwreck, not only in the western Mediterranean but also along the European coasts of the Atlantic and the northern seas, as well as on navigable rivers (Matysik 1950, 52–217; Niitemaa 1955; Melikan 1990). As feudalism became the backbone of the Western political system, right of shipwreck entered into official documents as a regal right of princes who could exercise it for their own benefit (usually in tacit cooperation with the “private initiative”

³ References to a number of concrete regulations, as well as some of their texts, are presented in Marlasca Martínez (2005, 465–468) and Penna (2012, 243–244).

⁴ This conclusion, however, has not been universally accepted. Gianfranco Purpura, for example, maintains that available information does not indicate adoption of the customs related to the right of shipwreck, but refers to disputes regarding payment of duties in cases when bad weather forced ships carrying goods to make unplanned stops at ports where duties were charged (Purpura 2002, 284–285).

of coastal populations, but sometimes also in competition with them) or transfer it to a feudal subordinate.⁵ These developments were undoubtedly encouraged by the great potential of the right of shipwreck to generate revenue. A particularly striking testimony in that respect comes from the French region of Brittany, known for its rocky coast and powerful storms, where the right of shipwreck was deeply rooted and jealously maintained. In 1235, a document regarding a dispute that concerned, among other matters, the possession of the right to appropriate remains from shipwrecks, recorded that a local count often boasted of having “a stone more precious than any precious stone, which brings him 100.000 *solidi* every year, by which he meant a rock upon which ships would break” (La Borderie 1892, 102, all quotes from primary sources translated by the author).⁶

The attractiveness of appropriating objects from shipwrecks during the Middle Ages is strongly reflected in its resurgence in the Eastern Mediterranean, where the political and legal traditions of Rome were carried on by the Byzantine Empire (Laiou 2001, 180–187; Penna 2012, 241–253; see also Matysik 1950, 57–59, 85–86; Nicol 1989, 191–192, 199–200, 214). These traditions included the Roman concept of inalienability of property in case of shipwreck. Thus, the Byzantine–Rus’ treaties of 911 and 944/5 specifically stipulated that the Rus’ would not inflict damage on Byzantine ships that suffer wreck – which was evidently the case previously – but that they would instead help them. However, the treaty of 911 also stated that such a practice existed on the part of the Byzantines as well. In fact, although the stipulations of Roman law regulating shipwrecks had remained in force, coastal communities in the Byzantine Empire evidently had no qualms about exploiting the opportunities for material gain offered by such events. It is perhaps in that light that one should interpret the appearance in the Early Byzantine collection of maritime regulations known as the Rhodian Sea Law of several provisions establishing relatively generous rewards for help in salvaging property from shipwrecks – from one tenth to one half of the value of salvaged property depending on the complexity of the salvage effort (Laiou 2001, 180).⁷ Moreover, similar provisions are later frequently

⁵ Thus, according to Rose Melikan, already by the end of the reign of King Henry II (1189) the royal right of shipwreck along the coast of England had almost entirely been transferred to feudatories with possessions in coastal areas (Melikan 1990, 172).

⁶ General remarks about the right of shipwreck in medieval Brittany are presented in Everard (2000, 213–215).

⁷ The Greek text with English translation and commentary is provided by Walter Ashburner (Ashburner 1909, 37–38, 117–119), who also discusses issues regarding the name of the collection and the time and manner of its composition (idem, lx–

encountered in those areas of the former Western Roman Empire where Roman legal traditions were best preserved and where even Byzantine rule managed to survive sporadically all the way to the early 13th century. Such examples are recorded in collections of maritime law, local statutes and legal practice of Italian cities such as Pisa, Genoa, Venice, Trani and Ancona, but also of communities on the eastern Adriatic coast, such as Dubrovnik (Ragusa), Korčula (Curzola), Mljet (Melita), Zadar (Zara), Split (Spalato) and others (Ashburner 1909, cclxxxviii–ccxciii; Matysik 1950, 132–134).⁸ Nevertheless, it is clear that inhabitants of Byzantine coastal regions still frequently chose illegal, but much more lucrative, looting over legally regulated and stimulated assistance. By the time when Emperor Andronikos I (1183–1185) decided to take decisive and harsh measures to suppress the phenomenon, court circles were allegedly already convinced that “the evil is incurable and absolutely immutable”, because numerous edicts issued to that end by previous emperors had produced no effect, “as if the cresting waves of this tempestuous evil had washed from them the imperial red ink” making it seem like the imperial scribes had “written on water” (Choniates 1975, 326; cf. translation in Choniates 1984, 179–180).

The measures undertaken by Andronikos might have been linked to the fact that by his time suppression of the “incurable evil” had become an important international issue, since the most profitable, if not the greatest part of maritime traffic in Byzantine waters had passed into the hands of foreigners, primarily Italian merchants from Pisa, Genoa, and Venice (Laiou 2001, 183–184; Penna 2012, 108–109, 149, 156, 247–259). While provisions of Roman law guaranteeing the inviolability of shipwrecked property applied to Byzantine subjects, with respect to foreigners it seems that Byzantium had also adopted the concept that appropriation of remains from shipwrecks was a regal right. Having that right at his disposal, the emperor could also limit or abolish it with regard to individual foreign communities. Thus, provisions of that sort were inserted into numerous Byzantine imperial documents granting commercial privileges to such communities – the Pisans in 1111,

cxiv). More recent works on the Rhodian Sea Law are referred to by Dafni Penna (Penna 2012, 245).

⁸ Thus, in the oldest section of the Statute of Korčula, traditionally dated to 1214, established a reward of one-quarter of the value of salvaged property. A practical example is offered by the shipwreck of a Venetian ship near Dubrovnik in 1168, when the reward to the inhabitants of Dubrovnik for assistance in salvaging part of the cargo amounted to one-third of its value (Matysik 1950, 187–188). It should be noted that in some of the listed places, the mentioned rewards refer to sailors salvaging cargo from their own ship and/or to the way that the ship’s owner, crew and passengers should share the value of objects of unknown or enemy origin recovered from the sea and/or the seashore.

the Genoese in 1169 and 1192, and the Venetians in 1219, 1268, 1277, and 1285.⁹ The transition from the status of subject to that of foreigner in this respect is perhaps best illustrated by the case of Dubrovnik. When the city reverted to Byzantine rule in 1192, its inhabitants received permission from Andronikos' successor Isaac II that "after a shipwreck, they can go to recover [their property]" (Resti 1893, 65–66; Bogišić, Jireček 1904, LXIII), which meant protection of shipwrecked property within the Byzantine legal system. However, in the early 13th century, during the deep crisis of the Byzantine Empire, Dubrovnik shifted its allegiance to Venice, meaning that its citizens became foreigners in Byzantine lands. Accordingly, in 1243, when Michael II Angelos, member of a branch of the Byzantine imperial family that had established a separate state in the region of Epirus, gave Dubrovnik guarantees that in case of shipwreck in his land its citizens would "not lose" the property that was salvaged,¹⁰ this was a ruler's decision to restore to foreigners the objects that would otherwise under the given circumstances have become his own property.

While in Byzantium practical exercise of the right of shipwreck pushed back the Roman legal tradition that opposed it, in the West the trend was running in the other direction. There, communities that were oriented toward sailing displayed an early tendency to limit the right of shipwreck by negotiating bilateral agreements with potentates who exercised it. In that they enjoyed the support of the church, which considered the custom unjust and unchristian, calling instead for providing assistance to fellow Christians in distress (Schiappoli 1938, 142–143).¹¹ It is not entirely by accident that the earliest known example where these efforts succeeded again comes from Italy – in 836, the Byzantine governor of Naples, Amalfi and Sorrento, acting together with local church dignitaries, concluded an agreement with the neighboring Lombard duke Sicard, who, among other things, promised that in the event that a vessel from these towns suffered a shipwreck in his territory "the objects found in it will be restored to those to whom they belonged and belong, while the men will be returned to

⁹ Venetians were present in Byzantine markets much earlier, but it is possible that in matters of shipwreck they were long treated as Byzantine subjects due to their long-standing formal recognition of Byzantine supreme rule (Laiou 2001, 181). On the other hand, the early appearance of regulations concerning shipwreck in privileges for the Pisans and Genoese might have been influenced by the history of maritime conflicts between them and the Byzantines (Penna 2012, 241–242).

¹⁰ The most recent edition of the document, which had previously been dated differently, is offered in Stefec (2014, 338–343, 366).

¹¹ On the other hand, such solidarity was not deemed fit for non-Christians (Muslims) or for pirates, who were viewed as enemies of Christendom regardless of their creed.

their land sound and uninjured” (Bluhme 1868, 220). Better conditions for limiting the right of shipwreck in the West began to appear from the 11th century, when the growing authority of the church, led by the Roman Papacy, and increasing interest in the study and application of Roman law coincided with the great upsurge of long-distance maritime trade. In that context, it is often emphasized how the Third Lateran Council, convened in 1179 by Pope Alexander III, resolved that “those who, driven by damned cupidity, despoil shipwrecked Christians – whom in accordance with the rules of the faith they ought to help – should be subjected to excommunication unless they return what they have seized” (Latin quote in Schiappoli 1938, 144–145). Nevertheless, similar resolutions in which motives from Christian ethics are linked to the Roman law principle of inviolability of shipwrecked property are encountered frequently in ecclesiastic declarations both before and after that date (Schiappoli 1938, 145–149).

The clear and consistent condemnation of the right of shipwreck by the church, formulated at the highest level, certainly encouraged communities active in maritime and riverine traffic to request its abolition or limitation in the lands where they sailed and traded. The lead was again taken by the Italian cities. Beginning in 983, and especially after the late 11th century, the Roman-German emperors, acting as overlords of the riverine navigation routes in Northern Italy, granted Venice privileges which, among other things, prohibited their subjects from inflicting damage on shipwrecked Venetian citizens. Moreover, during the 12th and 13th century Venice succeeded in inserting such clauses not only into treaties with Byzantine emperors, but also with other Eastern Mediterranean political actors, such as the states founded there by the Crusaders, the kings of Armenia and Muslim rulers, who had likewise adopted the concept of a regal right to appropriation of shipwrecked objects (Matysik 1950, 87–95; Giannone 1959, 288–290; Lane 1973, 6; Laiou 2001, 180–187). The same *modus operandi* was employed by Pisa, Genoa and maritime centers along the French and Spanish coasts, spreading the suppression of the right of shipwreck in the western Mediterranean. Not infrequently, its abolition was reciprocal (Matysik 1950, 123–128) – such examples include treaties concluded by Pisa with Rome (1174), the Muslim ruler of the Baleares (1184), and Zadar (1188), as well as the 1292 agreement between the king of Aragon and the sultan of Egypt (Ashtor 1983, 20). Finally, from the 13th century the struggle against the right of shipwreck was joined in earnest by the autonomous urban centers along the coast and riverbanks of Germany, many of which would later become members of the association known as the Hanseatic League. Their activities proved highly important in limiting this custom in the Baltic, North Sea and the British Isles (Matysik 1950, 97–122; Niitemaa 1955).

Yet, in spite of efforts directed against it by the church and increasingly influential merchant circles, the right of shipwreck proved to be very resilient in the West as well. In addition to material reasons, this resilience was bolstered by the fact that, by virtue of its inclusion among regal rights, the exercise of this custom, especially toward foreigners, grew into a symbol of sovereign power. Thus, for example, the German City of Hamburg, one of the founders of the Hanseatic League, repeatedly petitioned popes and Roman-German emperors to suppress the exercise of the right of shipwreck by lay and ecclesiastic lords along the coast of the North Sea and the Elbe River, but insisted on its enforcement along the shores under its own rule (Rohmann 2019, 209–213, 220). Weighing the reprimands by the church and the need to satisfy the merchants and, on the other hand, the revenues and status that came with the exercise of the right of shipwreck, different rulers arrived at different solutions depending on local traditions, personal inclinations, and, especially, their royal ideology. Frederick II of Hohenstaufen, Roman-German Emperor (1220–1250) and King of Sicily (1198–1250), who drew inspiration for his role as monarch from the Roman imperial idea, forbade completely and under pain of death the exercise of the right of shipwreck in his Mediterranean kingdom, except against pirate and enemy vessels (Giannone 1959, 292–293; Mignone 2019, 28–30). However, after the French prince Charles of Anjou, coming from a setting where feudal legal concepts were more firmly rooted, captured the Kingdom of Sicily from Frederick's heirs, the old custom was restored as a regal right to appropriate everything that remained uncollected upon the expiry of an irrationally brief period of three days after the shipwreck had occurred – in that form the right of shipwreck was applied even to ships engaged in the crusade led by Charles's own brother, King Louis IX of France, in 1270 (Giannone 1959, 293–296). Different approaches can also be followed in England – whereas under King Henry II (1154–1189) the right of shipwreck could be exercised if there were no survivors from the ship, his son Richard I (1189–1199) allowed shipwrecked property to be claimed by the legal heirs of the owners; yet, Richard's nephew Henry III (1216–1272) returned to his grandfather's interpretation, prescribing that right of shipwreck came into force if there were no survivors, neither men nor animals or, as specified somewhat later, neither dog nor cat nor cock (Matysik 1950, 150–154; Niitemaa 1955, 58–59). Due to these contradictions, the right of shipwreck remained in existence even after the medieval period of European history had ended. In the 16th century, while popes continued to condemn the “unjust custom” and threaten excommunication (Schiappoli 1938, 149–157), at the court of King Henry II of France (1547–1559) it was still said that “whatever is thrown ashore belongs by the law of all nations to princes who rule the shores” (according to Verzijl 1972, 84). In fact, the right of shipwreck was rescinded

only in the 17th and 18th centuries, when European states one by one finally renounced its exercise towards all entities, both domestic and foreign (S. Matysik 1950, 217–233; Verzijl 1972, 85–86).

2. HISTORICAL SOURCES ABOUT THE RIGHT OF SHIPWRECK IN MEDIEVAL SERBIA

The right of shipwreck was evidently a deeply rooted and long enduring phenomenon that left numerous and varied traces throughout Europe and the Mediterranean. Several of those traces refer to its presence in medieval Serbia. However, although relevant information has long since been published in collections of source material and noted in numerous scholarly works, treatment of the topic in historiography has remained limited to passing remarks about individual mentions of the right of shipwreck or cases of its exercise, without any attempt to gather and process them as testimonies about one and the same phenomenon in the history of medieval Serbia and its law.¹²

The earliest recorded – and at the same time best documented – case of exercise of the right of shipwreck in medieval Serbia refers to the disaster that befell a Venetian galley probably in 1308 or early 1309. The wreck apparently occurred somewhere inside or immediately outside the Bay of Kotor, in the maritime region of Zeta, which had been a part of the Serbian state ruled by the Nemanjić dynasty since the last decades of the 12th century. The main testimony about this event comes from a letter addressed by the Doge Pietro Gradenigo of Venice to the King Stefan Uroš Milutin of Serbia (1282–1321), dated 10 May 1309 (Ljubić 1868, 239; Valentini 1967, 8–9). The doge first states that he had been notified by members of the Venetian noble houses of Contareno and Barbo, the owners of the wrecked vessel,¹³ that the Serbian ruler had acted upon the doge's earlier request for restitution of the "property salvaged from the shipwreck" by sending his envoys to "the bishop of Saint Michael, who held the objects and goods

¹² One can single out as characteristic examples the complete absence of the right of shipwreck from the synthetic work of Teodor Taranovski (Taranovski 1931, 1935) and its limitation to two passing mentions without any wider contextualization in the lexicographic volume on the Serbian Middle Ages, edited by Sima Ćirković and Rade Mihaljčić (Ćirković, Mihaljčić 1999, 174, 806).

¹³ At this time Venetian long-distance maritime trade still used private galleys built and equipped by individual families or groups of business associates for their own needs, but in 1329 the city authorities decreed the use of state-owned ships whose services were auctioned to interested merchants (Lane 1973, 129–131).

recovered from the shipwreck” with the order to restore that property to the envoy of the stricken Venetians. According to the doge, the Venetian envoy, with the assistance of “the illustrious lord your son”, reached an agreement with the “abovementioned bishop” – this was, in fact, the head of the Zeta bishopric of the autocephalous Serbian Orthodox archbishopric, whose main seat was in the monastery of Saint Michael on Prevlaka, southwest of the city of Kotor¹⁴ – whereby instead of restitution the bishop was supposed to pay as compensation for everything that had been salvaged a sum of 4,000 Venetian *solidi grossi*. However, after pausing to express his gratitude to the Serbian ruler for the steps he had taken, the doge went on to inform him about the subsequent unfavorable turn of events. The bishop had given to the Venetian representative as compensation some cattle whose value was estimated at 1,200 *grossi*, but, when sold, barely yielded 700 *hyperpyra* of Serbian money minted in the mine at Brskovo, “which is of much less value than our Venetian *grossi*.”¹⁵ Stressing that “our Venetians” had thereby suffered no small damage, the doge finally appealed to the Serbian king to prevent the “accrual of damage upon damage for unjust reasons” by ensuring that the remaining part of the settlement is paid to the envoy of the affected Venetians Oliverio Cuppo, in Venetian *grossi* or in goods that are fairly estimated to be of corresponding value in that currency.

According to a note recorded alongside the preserved transcript of the letter, on the same day a similar letter was composed for the “illustrious and magnificent lord, the son of the most serene lord King Uroš”, namely, to Milutin’s son Stefan, the future King Stefan Dečanski of Serbia (1321–1331). In 1309, Stefan governed the maritime areas of the Serbian state on behalf of his father, and his involvement in the negotiation of the compensation agreement was already mentioned in the letter sent to Milutin. Moreover, preserved under the same date is also a transcript of the doge’s letter to the third significant political actor in the region where the shipwreck occurred – the authorities of Kotor, at the time an autonomous commune under the supreme rule of the Serbian king (Sindik 1950).¹⁶ Except for explicitly locating the shipwreck in the area of Kotor (*super Catarum*), the

¹⁴ The monastery and its estate, known as the Metoch of Saint Michael, have been a frequent topic of research (Stjepčević 1930, 325–335; Božić 1957, 83–121; Janković 1985, 164–169).

¹⁵ A source from the very same year (1309) establishes the ratio of value between the Venetian silver *grosso* and the corresponding coinage of King Milutin on the neutral Hungarian market at 1 to 1.125 (Ivanišević 2001, 41).

¹⁶ It is worth noting that the doge addressed his letter to the “consuls of Kotor”. A collegium of consuls performing the role of judges and communal advocates is recorded in Kotor in the 12th century, but there is no mention of them later, their

text of this letter presents almost identically the complications regarding compensation of damage by the bishop of Zeta and calls on the Kotorans to intercede so that the Venetian envoy Cuppo would receive the remainder of the compensation in Venetian *grossi* or items of corresponding value “in order that our subjects, who have been greatly damaged by the event, should not suffer additional damage” (Ljubić 1868, 239–240; Valentini 1968, 9–10).

However, a later source testifies that the Venetian requests from 1309 did not result in a favorable resolution. When an ambassador sent by Milutin came to Venice in July 1318, the current doge, Giovanni Soranzo, used the opportunity to submit to him a memorandum on the damages incurred by Venetian subjects “in the realm of the lord king” (Ljubić 1868, 299; Valentini 1968, 17–18). First on the list was the case of the Contareno and Barbo galley “laden with goods and grain, which quite some time ago due to unfavorable weather ran aground without breaking up near the port and district of Kotor, which belong to the state of the lord king,¹⁷ and was subsequently completely looted by the men of Kotor, subjects of the lord king.” The memorandum claimed that the robbery inflicted damage of over 8,000 *hyperpyra* and that the envoy of the affected merchants, Oliverio Cuppo, had reached an agreement by which the damage “not counting expenses (*ultra expensas*)” was established at 4,000 Venetian *grossi*. He immediately received 800 *hyperpyra* in cattle, but more than 200 *hyperpyra* was stolen from him by his escort, and the rest was taken from him before he left the kingdom. As a result, the doge concluded, his subjects had remained gravely damaged ever since, and he therefore called on the Serbian ruler to keep his promise and settle that damage, “so as to preserve the love and fraternity between the lord king and his subjects and the lord doge and his subjects, because the lord doge cannot withhold from them what is their right.”

After this Venetian demand there is no more information that can be linked to the case of the Contareno and Barbo galley, and its conclusion remains unknown. Still, the expressed readiness of the Serbian ruler to mitigate the consequences of an exercise of the right of shipwreck, even if only formal or insincere in the given case, was followed up in the ensuing decades by

functions being taken over by judges (Gogić 2018, 94–96, 263–264). Therefore, it seems likely that the doge’s letter uses the term as a generic name for a judicial official.

¹⁷ Use of the preposition “near” (*apud*) seems to reflect the existence of some doubt as to whether the site of the shipwreck was located within the boundaries of the Kotor district. The doubt might well not have been caused by lack of information about the precise location of the site, but by uncertainty regarding its legal status, because the Kotor commune considered the lands of the Metoch of Saint Michael as part of the communal district (Božić 1957, 92–95; Antonović 2003, 199–209).

several examples of positive legal regulations promulgated to that end. The first such example is contained in a charter dated 25 March 1326, by which Milutin's son Stefan regulated the issues of protection and damage compensation for merchants from neighboring Dubrovnik, who represented the most important such group active in the Serbian realm (Porčić 2007, 20–22; 2017, 199–200). After first dealing with damages on land, Stefan also addressed maritime traffic: "Should it happen unto them that their vessel is wrecked at sea near to my land, may none of my nobles, neither great nor petty, lay hands on that vessel. If any damage is done unto them there, they shall receive payment from the surrounding villages or the nearby town. If they do not make payment unto them, I shall pay them from my treasury". Also, the sanction of that document, which, as the text expressly states, applies to damages on land and against vessels, stipulates that perpetrators shall "receive my wrath and punishment and pay unto me 500 *hyperpyra*".

At the time when Stefan issued this charter, Dubrovnik was subject to Venetian rule, and it could be surmised that its stipulations also applied to Venetians. Nevertheless, about 15 years later, when another Venetian vessel was wrecked near the Serbian shore, in order to get compensation, the Venetian authorities again had to address the Serbian ruler, Stefan's son Stefan Dušan (1331–1355). This time it is not the letter from the Venetian doge that was preserved, but the Serbian king's reply.¹⁸ At first, Dušan notifies the doge that "concerning shipwrecks that occur in the ports of our region, it is established in our royal law and in our lineage (*in nostra propagine*) that any and all property or goods from the said shipwrecks duly belong to our royal person", but then immediately goes on to add that he will not abide by that with regard to the doge and Venice, "expecting without doubt a similar attitude from Your Dignity". Hence, he invited the doge to send him trusted men to whom he would "without delay provide duly accounted restitution for what was perpetrated in the shipwreck that recently occurred in our region and for the property that was seized".

The Serbian rulers' renunciation of the right of shipwreck toward both of their main maritime "neighbors" – Venice and its subject Dubrovnik – was finally legally unified on 20 September 1349. On that day, after negotiations with three Dubrovnik and one Venetian envoy, Stefan Dušan, by that time already bearing the title of emperor, issued his "Great Charter" to Dubrovnik (Ječmenica 2012, 38–43; Porčić 2017, 249–253), which, when considered

¹⁸ The letter was written "in our royal court on May 22". The year is not stated, nor can it be reliably established. The available transcript is from 1341, but it appears that the letter must have been written earlier, probably in 1340 (Mitrović, Kisić Božić 2018, 14–15; Porčić, Isailović 2019, 226–228).

in the context of his legislative activity in general, can be viewed as a sort of codification of legal norms present in relations between Serbia and Dubrovnik. Acting also on behalf of his underage son and heir to the throne, King Uroš, the Serbian emperor declared that “[i]f a Venetian or Dubrovnik ship should be wrecked, whatever ends up in my land and the king’s, none of it should be seized – it should remain free.” A possible incentive for introducing this provision into the Great Charter is revealed in one of the articles of a separate agreement on payment of the emperor’s outstanding debts to inhabitants of Dubrovnik, which was penned that same day: “And I am also indebted to them 1,600 Venetian *hyperpyra* for the vessel that was wrecked in Zeta and taken by my lady the empress” (Ječmenica 2012, 49–50; Porčić 2017, 254–255). Although the immediate circumstances of that case are not known, the mention of shipwreck and compensation in conjunction with the fact that Dušan’s spouse, the Empress Jelena, is known to have been granted by her husband certain rights and possessions on the Zeta coast (Ćirković 1970, 75), indicate beyond doubt that this was another instance of the exercise of the right of shipwreck.¹⁹

Together with the rest of the dispositive part of Dušan’s Great Charter of 1349, the provision about shipwreck was repeated in practically unaltered form in the confirmation of Dubrovnik’s privileges issued by his heir Emperor Uroš on 25 April 1357 (Černova 2013, 80–87; Porčić 2017, 274–277).²⁰ However, already in the following year the political and legal context in which these documents were produced was seriously disrupted when Venice, having suffered defeat in the war against Hungary, was forced to renounce all of its possessions on the eastern Adriatic coast, including Dubrovnik. On the other hand, even before the Nemanjić dynasty ended with the death of Uroš in 1371, the Serbian empire began to dissolve into a number of practically independent political entities ruled by regional lords. Yet, regardless of

¹⁹ Conversely, it is unclear whether right of shipwreck was applied in another case, which was brought to the attention the Serbian emperor during the 1349 negotiations, only this time by the Venetian envoy. The case concerns “damage” inflicted upon “a Venetian on some vessel (*in quadam navi*) in the area of Valona” by Jelena’s brother and Dušan’s lieutenant in the coastlands of southern Albania, Despot Jovan Komnenos Asen. Although researchers have frequently claimed that this was an example of exercise of the right of shipwreck (Solovyev 1934, 180–187; Božilov 1985, 180; Porčić 2017, 61), the text of the source provides no clear indication in that direction, and it is entirely possible that this damage, for which 1,120 *hyperpera* were given in compensation to the Venetian authorities by an envoy of the Serbian emperor in the spring of 1350, resulted from some other form of suspicious or wrongful appropriation (Ljubić 1872, 176, 178).

²⁰ The only differences are the absence of the title of king, which in 1357 was not borne by anyone, and in a change of the word order in the last section.

changed circumstances, Dušan's Great Charter remained the cornerstone for regulating relations between Dubrovnik and the new rulers, thus offering a strong stimulus for the inclusion of provisions concerning the right of shipwreck into documents issued to Dubrovnik by those rulers. The earliest examples of such provisions appear among members of the Balšić family, which controlled significant parts of the Adriatic coastlands of the former Nemanjić state in Zeta and Albania. In a charter issued on 24 April 1385, the then-current head of the family, Balša II, stipulated that in the event that a Dubrovnik vessel is shipwrecked "in my land, no one is allowed to seize or keep something", threatening violators of this or other stipulations of the charter with a fine of 500 *hyperpyra* and the legal status of traitor (Rudić 2012, 102–103). Soon after, on 27 January 1386, his nephew and successor Đurađ II expressed the same principle in more detail: "Should it occur that one of your [Dubrovnik] vessels is wrecked at sea or on a river in my land, may none of my nobles, neither great nor petty, lay hands on that vessel, but instead may the men of that vessel and the property that can be recovered from the sea be free. Should anyone seize something from them, I will make payment from my treasury." (Premović 2016, 146–148)

Already in January 1387 provisions about the right of shipwreck also found their way into charters issued to Dubrovnik by the most powerful Serbian regional lord, Prince Lazar, and his neighbor, son-in-law and subordinate Vuk Branković (Mladenović 2003, 191–200; Šuica, Subotin-Golubović 2010, 100–104). Expressly formulated as confirmations, or renewals, of corresponding regulations from the Nemanjić period, these examples are especially interesting because they involve rulers whose possessions were situated far from the seacoast, suggesting that inclusion of provisions dealing with right of shipwreck might have been simply a reflection of the high regard for the Nemanjić legal heritage and of the tendency to imitate it even when there was no practical justification. Nevertheless, at that time Prince Lazar also had grounds to claim some sort of tangible supreme authority over the Serbian coastland because Đurađ II Balšić, just like Vuk Branković, was married to one of his daughters. For that reason, the provisions contained in Lazar's and Vuk's documents are formulated somewhat differently – whereas the prince states "Should a Dubrovnik vessel be wrecked in the coastland, in my lordship (*vladanije*), the law applied by earlier lords and by the Emperor Stefan [Dušan] is the law that should also be applied now," Vuk's document replaces "in my lordship" with "regarding whatever ends up in my land".²¹

²¹ Contrary to the solution from Vuk's charter, which practically copied the relevant phrase from the great charter of Emperor Dušan, Lazar's choice of the term *vladanije*, which was not used by the Nemanjićs, does in fact appear more as an attempt to describe a concrete legal and political situation than as a mere

The same stipulations are repeated in charters issued to Dubrovnik in December 1405 by the heirs of Prince Lazar and Vuk Branković – Lazar’s son Stefan, who had in the meantime assumed the title of despot (Mladenović 2007, 43–51; Veselinović 2011, 155–161) and Vuk’s widow Mara, Stefan’s sister, with her three sons.²² Although at that point neither of the two families had any tangible political presence in the coastland, while their mutual relations were hostile, the formulations from 1387 practically remained unchanged, except that the late founders of each family’s power were expressly named among the “earlier lords”, alongside Emperor Dušan. However, subsequent developments eventually led to a situation in which provisions against the right of shipwreck again gained practical meaning. First, the Lazarevićs and the Brankovićs agreed to a reconciliation whereby Despot Stefan accepted his nephew Đurađ Branković as his closest associate and successor in the Serbian despotate, and then the last ruler of the Bašić lordship, Baša III, bequeathed his possessions in the coastland to Despot Stefan. Therefore, when Dubrovnik asked Đurađ Branković, the new ruler of the Serbian despotate, to confirm the city’s old privileges in December 1428, there again existed a unified Serbian state, which encompassed part of the Adriatic coast. This permitted Đurađ to not only repeat the provision concerning right of shipwreck, but also to make it more precise by stating that it referred to shipwrecks occurring “in my region” (Miklosich 1858, 352–355; Stojanović 1929, 11–21). The provision was inserted in that same form into another confirmation of Dubrovnik’s privileges issued by Đurađ on 17 September 1445 (Miklosich 1858, 433–437; Stojanović 1929, 11–21). This, however, proved to be the last mention of the right of shipwreck in documents issued by rulers of medieval Serbia before it disappeared under the tide of Ottoman conquest.

Meanwhile, the relations between Serbian rulers and Venice, which generated the majority of the earliest testimonies about the right of shipwreck in medieval Serbia, offer no clear evidence of this phenomenon after 1357. Of course, the Venetians continued to sail the Adriatic despite having been expelled from its eastern shore in 1358. Thus, it is recorded that in November 1385 they sent nobleman Francesco Cornaro as ambassador

performative imitation of Nemanjić models. The nature of Lazar’s *vladanije* in the coastland and his relationship with Đurađ II Bašić are discussed by Miloš Blagojević (Blagojević 1985, 97–114). Other opinions on the matter are referenced by Srđan Rudić (Rudić 2021, 74). A comparative analysis of these documents in view of the hierarchic relationship between the two rulers is offered by Marko Šuica (Šuica 2010, 217–232).

²² For the Branković charter it is still necessary to refer to older editions (Miklosich 1858, 269–272; Stojanović 1929, 151–154).

“to the authorities (*regimina*) of Sclavonia” with the task of “negotiating the recovery of goods and objects from a *chocha* (type of vessel) that had recently suffered shipwreck in those parts” (Ljubić 1874, 225).²³ Since Venetians used the term Sclavonia for all Slav-inhabited areas in the eastern Adriatic hinterland (Dinić 1978, 34–35; Zett 1998, 215–219), it cannot be ascertained whether this referred to any of the “authorities” from the former territory of the Serbian empire, especially since fragmentation into autonomous local entities also spread through the part of the Adriatic coastland belonging to Hungary following the death of the powerful King Lajos I in 1382. In fact, Venice exploited this situation to launch a campaign for the restoration of its presence on the eastern Adriatic shore. By 1420 it again controlled large parts of Dalmatia, as well as of the Zeta coastland where it soon came into direct contact with the rulers of the Serbian despotate. However, although those contacts produced several agreements and treaties, the right of shipwreck is not mentioned in their texts.

The “authorities of Sclavonia” with whom Venice intended to negotiate about the 1385 shipwreck may also have included the King Tvrtko I of Bosnia (1353–1391). Having begun its southward expansion in the first half of the 14th century, by the last years of Tvrtko’s rule, Bosnia controlled parts of the Adriatic coast in Dalmatia and the Bay of Kotor. Also, in 1377 Tvrtko assumed the title of king of the Serbs and Bosnia, starting to present himself as the successor and continuator of Nemanjić traditions (Ćirković 1964b, 343–357). In spite of that, charters issued by him and subsequent Bosnian kings to Dubrovnik did not adopt provisions concerning right of shipwreck from the legacy of Serbian-Dubrovnik relations. Such provisions are also absent from charters issued to Dubrovnik by Bosnian regional lords, who already from the late 14th century ruled with increasing autonomy over large parts of the Bosnian state. Therefore, it is especially interesting that the last example of exercise of the right of shipwreck encountered in this research refers to them, all the more so because it also features a reversal of the usual casting of roles in which seafaring parties such as Venice and Dubrovnik were the ones requesting abolition of that right from the lords of the Adriatic coasts and hinterlands. In March 1457, an envoy of the Bosnian magnate Duke (*herceg*) Stefan Vukčić Kosača conveyed to the authorities in Venice a protest by his master against the actions of their representatives in Dalmatia after a vessel sailing in the duke’s service, whose crew included both Stefan’s and Venetian subjects, ran aground on a reef in the area of Split

²³ At the same time, two noblemen were entrusted with receiving and cataloging the goods that were going to be returned, while captains of warships were ordered to organize the transportation of the restored items to Venice.

(Ljubić 1891, 104–105). Since the vessel was empty, the sailors stripped it of rigging and used a boat to get to the island of Hvar, thinking they would be safe there. However, first the Venetian count of Hvar took the rigging from them and sold it for personal gain, and then the Venetian count of Split sent men who broke up the grounded ship and brought the timber to him. Although Stefan stressed that he is not so much upset about the vessel, “for that is but a small matter”, as about the “shaming and low esteem” of his lordly status, the authorities in Venice replied that the counts of Split and Hvar would be reprimanded and ordered to recompense the value of everything taken from the shipwreck.

3. SHIPWRECK AS A LEGAL ISSUE IN MEDIEVAL SERBIA

Even though the earliest source found in this research attesting to the presence of the right of shipwreck in medieval Serbia dates to the early 14th century, it seems likely that this custom was already known and applied much earlier. This is suggested primarily by King Dušan’s reply to the Venetian doge, which states that the right to property salvaged from shipwreck was “established” as a regal right “in our lineage” (*nostris regalis iuris ac in nostra propagine constitutum esse*). That statement clearly indicates the long duration and deep roots of the custom, but also shows that there was a moment in which the Serbian rulers took the right of shipwreck for themselves, either by “importing” it into the Serbian state or, far more likely, by “appropriating” a custom that already existed in its coastal areas. When exactly this occurred cannot be determined, but it almost certainly predates the case of the shipwreck of the Contareno and Barbo galley in 1308/9, since already on that occasion the Venetians addressed their request for restitution of the seized property directly to the Serbian ruler, King Milutin, while the subsequent procedure of restitution clearly demonstrates the central role of the mechanisms of royal power – both in the form of envoys sent from the royal court and in the involvement of Milutin’s son Stefan, as the ruler’s resident governor of the region in question. In any case, the regal nature of the right of shipwreck is unequivocally expressed already in the charter of Stefan Dečanski from 1326, in which the ruler first prohibits the appropriation of objects from a shipwreck “near to my land” by any “of my nobles, neither great nor petty”, and then also prescribes punishment and provides for compensation from his own treasury.

Later developments did not bring into question the regal nature of the right of shipwreck either. This seems completely understandable with regard to the rulers of the Serbian despotate, but it might be unusual for the period

immediately after the dissolution of the Nemanjić state, when the role of supreme authority was taken over by regional lords of non-royal rank and titles. The Balšićs, for example, repeat the stance expressed in the charter of Stefan Dečanski, proclaiming that without the consent of the bearer of supreme authority the right of shipwreck can be exercised by “no one” (1385) or “none of my nobles, neither great nor petty” (1386), as well as that the compensation of damages suffered by foreigners on those grounds is the ruler’s responsibility. For Prince Lazar it can even be said that the regal nature of the right of shipwreck displays a tendency to rise to the level of a theoretical principle, considering that the nature of his authority in the area where that right was practically applicable was, if not completely theoretical, then at best indirect. At first glance, it may seem that such pretensions are lacking only on the part of Vuk Branković, as he very specifically commits to restituting only that property from maritime shipwrecks that “ends up” in his land. However, if this formulation can be used to discern any legal position at all,²⁴ it is perhaps the idea of the ruler’s supreme right to property of a specific legal status that is found within the borders of his authority, even if the event by which that property had acquired its specific status occurred outside his borders. In fact, when all things are considered, the obviously strong presence of the concept of the regal nature of the right of shipwreck – maintained in these unusual, and moreover unfavorable circumstances for its survival – at the very least clearly shows that through its association with rulers from the Nemanjić dynasty this concept had become an inseparable part of the image of a sovereign ruler, which the Nemanjić’s epigons from the ranks of regional lords strove so wholeheartedly to emulate.

In addition to the regal nature of the right of shipwreck, information about its presence in medieval Serbia also confirms the phenomenon of its transfer to the immediate lords of the shores onto which the wreckage was deposited, just like in the feudal West. After the shipwreck of 1308/9, salvaged objects were appropriated by just such local landholders – the bishop of Zeta and, as the affected Venetians later claimed, the “men of Kotor”, i.e., the citizens of the Kotor commune.²⁵ Likewise, in the case of the shipwreck that occurred “in Zeta”, whose consequences were being settled in 1349, the objects were appropriated by Empress Jelena, as a holder of rights and lands in that area. In both instances, there is an impression that these landholders had every intention of keeping the appropriated goods and that they would have faced

²⁴ The entire phrase “whatever ends up in my land” is apparently directly borrowed from the great charter of emperor Dušan.

²⁵ On the claims of the Kotor commune to the lands of the Metoch of Saint Michael, along whose shores the shipwreck had evidently occurred, see above, notes 14 and 17.

no interference from the ruler in that respect, had it not been for the claim made by the original owners.²⁶ Moreover, the very prohibitions addressed to “nobles great and petty”, which are contained in the provisions abolishing the right of shipwreck under the Nemanjićs and the Balšićs, seem to indicate that when the right was being exercised in the usual manner – its immediate exercisers (and beneficiaries) were frequently members of that social group.²⁷

Thus, in medieval Serbia the right of shipwreck was a regal right that could be granted to the ruler’s subjects whose landed possessions met the natural preconditions for its implementation. However, as can be seen from the sources presented above, as well as from comparative examples throughout Europe and the Mediterranean, it could also be abolished or limited. Abolition or limiting of its exercise to the detriment of the ruler’s own subjects who suffered shipwreck – which sometimes served as the first step in the centuries-long processes of its gradual renunciation in Western countries, and was a naturally accepted part of the legacy of Roman law in Byzantium – finds no mention in Serbia. Instead, available sources mention abolition exclusively within the context of relations with two foreign actors – Venice and Dubrovnik – which belonged to the group of communities dedicated to maritime trade, whose interests were the main driving force behind the process of suppression of right of shipwreck across the continent. Still, although limited to foreigners and mariners,²⁸ these testimonies reflect and at least partially elucidate the application of two basic approaches

²⁶ In the case from 1308/9, it can even be deduced that the “restitution” requested by the Venetians was no longer possible, because in subsequent negotiations they were only offered compensation. The probable explanation seems to be that the cargo of grain from the vessel – which, as it turned out, ran aground without damage to the hull – was relatively quickly used up or “processed” in a manner that made it difficult to retrieve.

²⁷ With regard to this, attention can also be drawn to the behavior of the representatives of Venetian authority in Hvar and Split toward the grounded vessel and mariners in the service of Duke Stefan – the former essentially applied the right of shipwreck on the territory entrusted to him with regard to the ship’s crew and the latter with regard to the wreck, which, as far as can be ascertained, had run aground within the boundaries of the district of Split.

²⁸ Given that the Serbian medieval state also encompassed (to a varying extent) the banks of navigable rivers and lakes, there is a noticeable lack of information regarding the exercise of the right of shipwreck on those waterways – only Đurađ II Balšić mentions the possibility of a vessel being wrecked “on a river in my land”, doubtlessly because he was the lord of the area around the Bojana river, whose short but navigable course linked the Adriatic Sea with the area of the city of Skadar (Shkodra).

to the abolition of this right – through ad hoc and general agreements – while presence of the third, legislative, approach, which is encountered in Byzantium and some Western countries, cannot be confirmed.

For the ad hoc approach, meaning agreements on restitution or compensation for property seized on one particular occasion, a relatively richly documented example is offered by the wreck of the Contareno and Barbo galley in 1308/9. Since at that time there was evidently no general agreement about the right of shipwreck between Serbia and Venice (if there was, the Venetians would have certainly mentioned it in their appeals), what actually occurred was not a restriction or suppression of that right, but an act of sovereign royal grace wherewith this right was set aside in that particular case due to some higher interest in meeting the request of the damaged party. In fact, judging by the course of the case and its epilogue – as far as they can be established from available sources, which come exclusively from the Venetian side – it appears that the interest was not particularly strong. Although the source states that the Serbian king ordered (*mandavit*) the restitution of seized property, the conditions of restitution then became the subject of separate negotiations and agreements between Oliverio Cuppo, the envoy of the affected Venetians, and the bishop of Zeta, as the immediate beneficiary of this exercise of the right of shipwreck. According to that agreement, Cuppo consented to the restitution of 4,000 *grossi*, which at best amounted to little more than half of the damage, even though it is stated that the damage was inflicted by “robbery and spoliation” (*derobacione et spoliacione*).²⁹ Moreover, he also agreed to immediately receive only a smaller share of the compensation (30%), and even that in the form of cattle, subsequently discovering that sale of the cattle at the market barely managed to fetch half of the estimated amount and then also losing those earnings to theft and robbery – all this despite the Serbian ruler’s order to make restitution and the direct involvement of the ruler’s son to that effect.

In addition to the procedure itself, in this unsuccessful and even somewhat farcical attempt to mitigate the consequences of the exercise of the right of shipwreck, three more points of wider significance can be singled out. The first is the marked presence in the Venetian requests of the motif of “adding damage to damage”, which constituted one of the most widespread arguments in criticisms leveled against the right of shipwreck as an “unjust custom” that brings further misfortune to those already struck by adversity. Secondly, in the description of the agreement on compensation recorded in 1318, the established sum of 4,000 *grossi* is described as the amount “above/

²⁹ The total damage from those causes – not from the shipwreck itself – was estimated at 8,000 “or more” *hypepyra*, amounting to around 7,100 “or more” *grossi*.

without expenses” (*ultra expensas*), which raises the question of whether the difference between the total value of seized goods and the established sum of compensation might have been calculated – partly or in whole – as the expense for rewarding those who assist in the salvage of shipwrecked property, as established in Byzantine law. Although the text of the source does not provide enough grounds for such a conclusion, it has already been mentioned that provisions regarding such rewards were widespread in the Adriatic at this time.³⁰ Finally, the words with which the Venetian memorandum of 1318 ends the section dedicated to this event deserve special attention. After another appeal to the Serbian ruler to perform the promised compensation, it is added that this would be necessary for the conservation of “love and fraternity” between the subjects of the two sides, because otherwise the doge would not be able to “curtail” his subjects “of their right”. This was, in fact, a nicely worded threat of resorting to reprisals, another “unjust” medieval legal custom according to which a community or an individual who suffers damage at the hands of members of another community had the right to compensate the damage by seizing property belonging to any member of that community (Ćirković, Mihaljčić 1999, 249; Porčić 2008). Although reprisals were not used lightly, due to the general insecurity they brought into trading activities and the danger of escalation into more serious conflicts, they represented a powerful means of forcing a settlement of damage. As such, they also played a significant role in the suppression of the right of shipwreck in Europe and the Mediterranean, and their mention in this example fits perfectly into that pattern.³¹

The example of the Contareno and Barbo galley shows especially well the shortcomings of the ad hoc approach. Essentially, its effectiveness was completely dependent on the goodwill and ability of the ruler to renounce in a given case – in the interest of foreigners – something that was from his viewpoint a completely legal and legitimate regal right, which had, moreover, usually been legally and legitimately granted to one of his subjects. Much greater security was offered by the regulation of this matter through generally applicable long-term agreements. Although sometimes the right of shipwreck was the only topic addressed in the agreement and

³⁰ See above, at note 8.

³¹ It would seem justified to suppose that the threat of reprisals was in fact the reason why the Venetians in their 1318 memorandum, singled out the Kotorans as the main culprits in the spoliation of the Contareno and Barbo galley, although in 1309, soon after the event, they claimed that the seized goods were held by the bishop of Zeta. Due to their relatively intensive and widespread trading activities, the Kotorans were an infinitely better target for the application of the mechanism of reprisals than the bishop of Zeta and his subordinates.

the treaty document that recorded it, far more often provisions on this matter were included in agreements of wider scope. Regarding the content of the provisions themselves, the range of possible solutions began with a simple guarantee of security for shipwrecked persons and property or, alternately, a prohibition on inflicting damage upon them. This in turn could be supplemented by the establishment of mechanisms for compensating the damages that were nevertheless inflicted and, finally, by stipulation of sanctions against perpetrators and/or rewards for those who assist in salvage.

In Serbian practice, the best example in terms of content is offered by the earliest provision of this type – in the charter of Stefan Dečanski to Dubrovnik from 1326. In that document, after prohibiting the nobles “great and petty” from “laying hands on” wrecked Dubrovnik vessels, the Serbian king first imposed upon the closest villages or towns the obligation to compensate damage according to the principle of collective responsibility of the nearest settlement, known in medieval Serbia as *priselica* (Blagojević 1971, 165–166, 175–188), and then, in the event that this did not produce the desired effect, he committed to providing compensation from his own treasury. In addition, although it was understood that the ruler, if forced to compensate from his treasury, would in due course exact compensation for himself from the village, town, or the culprits themselves, the charter also prescribed sanctions for the perpetrators – 500 *hyperpyra* and royal disfavor expressed by the term “wrath and punishment”.³² In fact, since the provision on the right of shipwreck in the Great Charter of Stefan Dušan is much briefer, being limited to a ban on the seizure of shipwrecked objects and an affirmation of existing property rights (“none of it should be seized – it should remain free”), it seems likely that the “law” about shipwreck, which is called upon in all of the charters issued by the Lazarevićs and the Brankovićs from 1387 onward, as “the law applied by earlier lords and by the Emperor Stefan [Dušan]”, actually refers to the solution recorded in the charter of Stefan Dečanski. This is also indicated by the provisions on shipwreck in Balšić charters – the one from 1385, just like Dušan’s, limits itself to a ban on seizing shipwrecked objects, but the one from 1386 repeats (in part even literally) the content of the provision promulgated 60 years earlier by Dečanski, except that it leaves out the section about the application of *priselica*. Moreover, the case of the shipwreck on the Zeta coast, whose remains were appropriated by Empress Jelena, which constitutes the

³² The meaning of this expression has been discussed in Taranovski (1931, 37–38) and Mošin (1954, 30–32).

only available practical example, was obviously resolved according to that “law” – of course, “Emperor Stefan” most likely did not apply *priselica* or the prescribed sanctions against his wife and her possessions, but he did undertake the obligation to pay the affected inhabitants of Dubrovnik, presumably from his own treasury, a compensation in the amount of 1,600 “Venetian *hyperpyra*”.

Even before Dušan’s Great Charter of 1349 expressly established that the provision on shipwrecks applied to both Venetian and Dubrovnik ships, this regal right of the Serbian ruler had already been abolished with regard to Venetian ship in his letter from circa 1340. This case offers a good example of the transformation of what apparently began as an attempt to obtain compensation for damage sustained in one particular shipwreck, like the attempt in 1309, into a permanent abolition of the right of shipwreck in regard to a single foreign community. The manner in which this was carried out is especially interesting – the Serbian ruler first let the doge of Venice know with absolute clarity that he possessed the sovereign right of shipwreck in his country, but then simply stated that he would not exercise that right with regard to Venetian ships, offering also to compensate “without delay” the damage in the case at hand. In that way, the whole act was removed from the religious and moral-ethical discourse about the “unjust custom”, which “accrues damage upon damage” and clearly marked as an expression of the ruler’s sovereign will. Moreover, the Serbian ruler confidently expressed his expectation that the Venetian doge would also conduct himself in the same manner. In addition to providing the only example identified herein of an effort on the Serbian part to introduce the principle of reciprocity into the regulation of the right of shipwreck, this declaration by the most powerful Serbian medieval king (and subsequent emperor) shows to what extent the right of shipwreck was understood as a “lordly matter” that the rulers freely enjoyed and, when needed, used to honor each other. It is precisely this context that clarifies the reaction of Duke Stefan Vukčić Kosača when he complained in 1457 to the Venetian authorities because of the exercise of the right of shipwreck against his vessel by the Venetian counts of Hvar and Split, “not because of the vessel, for that is but a small matter not worthy of such a thing”, but because he had been shamed and disrespected by not being treated as a lord.³³

³³ This case is discussed in the context of Stefan’s relations with Venice by Sima Ćirković (Ćirković 1964a, 230).

4. CONCLUSION

The ancient legal custom known as the right of shipwreck can be observed in medieval Serbia from the early 14th to the mid-15th century. Available information from historical sources shows that, just like in many other European and Mediterranean countries of the time, it constituted a regal right, which could be exercised by the ruler in favor of his treasury or transferred to those of his subordinates whose landed possessions met the natural preconditions for its implementation. On the other hand, its presence in Serbia is also marked by strong expressions of the general trend toward suppression of this “unjust custom”, which was encouraged by the influence of religious and moral principles, Roman law, and, especially, the need to create the best conditions possible for increasingly profitable and important commercial activity. In the Serbian case, the only visible promoters of this trend were the foreign actors engaged in maritime traffic and trade along the Adriatic coast of the Serbian state – Venice and Dubrovnik. In contacts with them, the Serbian kings and emperors of the Nemanjić dynasty developed legal mechanisms, by which the exercise of this custom with regard to ships belonging to these two communities was formally abolished, again displaying many features characteristic of such processes in the wider continental context. Once established, these mechanisms remained in force even after the role of supreme authority on the territory of medieval Serbia was assumed by regional lords, and also later, under the Serbian despots. Consequently, the right of shipwreck can be considered as another long-enduring phenomenon that testifies to the participation of medieval Serbia in the wider historical phenomena and processes of the period, as well as to the specific ways in which that participation was manifested, recommending it as a worthy subject for further research.

REFERENCES

Primary Sources:

- [1] Ashburner, Walter. 1909. *Νόμος Ροδίων Ναυτικός. The Rhodian Sea-Law*. Oxford: Clarendon Press.
- [2] Bluhme, Fridericus. 1868. *Monumenta Germaniae historica. Leges IV. Leges Langobardorum*. Hannover: Societas Aperiendis Fontibus Rerum Germanicarum Medii Aevi.

- [3] Bogišić, Valtazar, Constantinus Jireček. 1904. *Liber statutorum civitatis Ragusii compositus anno 1272*. Zagreb: Jugoslavenska akademija znanosti i umjetnosti.
- [4] Černova, Marija Aleksandrovna. 2013. Hrisovul carja Stefana Uroša Dubrovčanam [Chrysobul of Emperor Stefan Uroš to the citizens of Dubrovnik]. *Stari srpski arhiv* 12: 79–90.
- [5] Choniates, Nicetas. 1975. *Nicetae Choniatae Historia. Pars Prior: Praefationem et textum continens*. Jan Louis van Dieten. Berlin: De Gruyter.
- [6] Choniatēs, Nicetas. 1984. *O City of Byzantium, Annal of Niketas Choniatēs*. trans. H. J. Magoulias. Detroit: Wayne State University Press.
- [7] Ječmenica, Dejan. 2012. Hrisovulja cara Stefana Dušana Dubrovčanima sa dva prateća akta [Chrysobul of Emperor Stefan Dušan to the citizens of Dubrovnik with two accompanying acts]. *Stari srpski arhiv* 11: 33–58.
- [8] La Borderie, Arthur de. 1892. Nouveau recueil d'actes inédits des ducs de Bretagne et de leur gouvernement (XIIIe et XIVe siècles). *Bulletin et mémoires de la Société archéologique du département d'Ille-et-Vilaine* 21: 91–193.
- [9] Ljubić, Sime. 1868. 1872. 1874. 1891. *Listine o odnošajih između južnoga Slavenstva i Mletačke republike* [Documents on relations between South Slavs and the Venetian Republic], Vol. I, III, IV, X. Zagreb: Jugoslavenska akademija znanosti i umjetnosti.
- [10] Miklosich, Franz von. 1858. *Monumenta serbica spectantia historiam Serbiae, Bosnae, Ragusii*. Vienna: Guilelmum Braumüller.
- [11] Mitrović, Katarina, Milica Kisić Božić. 2018. Pismo kralja Stefana Dušana mletačkom duždu Frančesku Dandolu [Letter from King Stefan Dušan to the Venetian Doge Francesco Dandolo]. *Stari srpski arhiv* 17: 9–22.
- [12] Mladenović, Aleksandar. 2003. *Povelje kneza Lazara* [Charters of Prince Lazar]. Belgrade: Čigoja.
- [13] Mladenović, Aleksandar. 2007. *Povelje i pisma despota Stefana* [Charters and letters of Despot Stefan]. Belgrade: Čigoja.
- [14] Porčić, Nebojša, Neven Isailović. 2019. *Dokumenti vladara srednjovekovne Srbije i Bosne u venecijanskim zbirkama* [Documents of the rulers of medieval Serbia and Bosnia in Venetian collections]. Belgrade: Arhiv Srbije.

- [15] Porčić, Nebojša. 2007. Povelja kralja Stefana Dečanskog Dubrovčanima [Charter of King Stefan Dečanski to the citizens of Dubrovnik]. *Stari srpski arhiv* 6: 19–34.
- [16] Porčić, Nebojša. 2017. *Dokumenti srpskih srednjovekovnih vladara u dubrovačkim zbirkama. Doba Nemanjića* [Documents of Serbian medieval rulers in Dubrovnik collections. The Nemanjić period]. Belgrade: Balkanološki institut Srpske akademije nauka i umetnosti.
- [17] Premović, Marijan. 2016. Povelja Đurđa II Stracimirovića Balšića Dubrovčanima [Charter of Đurađ II Stracimirović Balšić to the citizens of Dubrovnik]. *Stari srpski arhiv* 15: 143–155.
- [18] Resti, Junius. 1893. *Chronica ragusina Junii Restii item Joannis Gundulae*. ed. Speratus Nodilo. Zagreb: Jugoslavenska akademija znanosti i umjetnosti.
- [19] Rudić, Srđan. 2012. Povelja duke dračkog Balše II Dubrovčanima [Charter of Balša II, Duke of Drač, to the citizens of Dubrovnik]. *Stari srpski arhiv* 11: 101–106.
- [20] Stefec, Rudolf S. 2014. Beiträge zur Urkundentätigkeit epirotischer Herrscher in den Jahren 1205–1318. Nea Rhome. *Rivista di ricerche bizantinistiche* 2: 249–370.
- [21] Stojanović, Ljubomir. 1929. *Stare srpske povelje i pisma* [Old Serbian charters and letters] I–1. Belgrade: Srpska kraljevska akademija.
- [22] Šuica, Marko, Tatjana Subotin-Golubović. 2010. Povelja Vuka Brankovića Dubrovniku [Charter of Vuk Branković to Dubrovnik]. *Stari srpski arhiv* 9: 99–109.
- [23] Valentini, Giuseppe. 1967. *Acta Albaniae Veneta saeculorum XIV et XV. Tomus 1*. Palermo: Centro internazionale di studi albanesi.
- [24] Veselinović, Andrija. 2011. Povelja despota Stefana Lazarevića Dubrovčanima [Charter of Despot Stefan Lazarević to the citizens of Dubrovnik]. *Stari srpski arhiv* 10: 151–164.

Secondary Sources:

- [1] Antonović, Miloš. 2003. *Grad i župa u Zetskom primorju i severnoj Albaniji u XIV i XV veku* [Town and district in the Zeta littoral and northern Albania in the 14th and 15th centuries]. Belgrade: Istorijski institut.

- [2] Ashtor, Eliyahu. 1983. *Levant Trade in the Later Middle Ages*. Princeton: Princeton University Press.
- [3] Blagojević, Miloš. 1971. Obrok i priselica [*Obrok and priselica*]. *Istorijski časopis* 18: 165–188.
- [4] Blagojević, Miloš. 1/1985. „Vladanije“ kneza Lazara u Primorju [The vladanije of Prince Lazar in the Littoral]. *Zbornik Filozofskog fakulteta u Beogradu* 15: 97–114.
- [5] Božić, Ivan. 1957. Selo Bogdašići u srednjem veku [The village of Bogdašići in the Middle Ages]. *Istorijski časopis* 7: 83–121.
- [6] Božilov, Ivan. 1985. Familijata na Asenevci (1186–1460). Genealogija i prosopografija [The Asen family (1186–1460) Genealogy and prosopography]. Sofija: B'lgarska Akademija na Naukite.
- [7] Ćirković, Sima, Rade Mihaljčić. 1999. Leksikon srpskog srednjeg veka [Lexicon of the Serbian Middle Ages]. Belgrade: Knowledge.
- [8] Ćirković, Sima. 1964a. Herceg Stefan Vukčić Kosača i njegovo doba [*Herceg Stefan Vukčić Kosača and his age*]. Belgrade: Naučno delo.
- [9] Ćirković, Sima. 1/1964b. Sugubi venac (prilog istoriji kraljevstva u Bosni) [The Double Wreath (A Contribution to the History of Kingship in Bosnia)]. *Zbornik Filozofskog fakulteta u Beogradu* 8: 343–370.
- [10] Ćirković, Sima. 1970. Zeta u državi Nemanjića [Zeta in the Nemanjić state]. *Istorija Crne Gore* II/1. Titograd: Redakcija za istoriju Crne Gore.
- [11] Dinić, Mihailo. 1978. O nazivima srednjovekovne srpske države: Sklavonija, Srbija, Raška [On the names of the medieval Serbian state: Sclavonia, Serbia, Rascia]. 33–43 in *Srpske zemlje u srednjem veku: istorijsko-geografske studije*. Belgrade: Srpska književna zadruga.
- [12] Everard, Judith A. 2000. *Brittany and the Angevins. Province and Empire 1158–1203*. Cambridge: Cambridge University Press.
- [13] Giannone, Pietro. 1959. Ricerche e documenti sul ius naufragii nell'Italia Meridionale al tempo dei primi sovrani angioini. 283–306 in *Studi in onore di Riccardo Filangieri*, Vol. 1. Naples: L'arte tipografica.
- [14] Gogić, Miljan. 2018. *Političko i društveno uređenje Kotora u drugoj polovini XII i XIII vijeku* [Political and social organization of Kotor in the second half of the 12th and 13th centuries]. Unpublished doctoral dissertation manuscript. University of Belgrade – Faculty of Philosophy.

- [15] Ivanišević, Vujadin. 2001. *Novčarstvo srednjovekovne Srbije* [The money of medieval Serbia]. Belgrade: Stubovi kulture.
- [16] Janković, Marija. 1985. *Episkopije i mitropolije srpske crkve u srednjem veku* [Episcopates and metropolitanates of the Serbian church in the Middle Ages]. Belgrade: Istorijski institut u Beogradu, Narodna knjiga.
- [17] Laiou, Angeliki E. 2001. Byzantine Trade with Christians and Muslims and the Crusades. 157–192 in *The Crusades from the Perspective of Byzantium and the Muslim World*, edited by Angeliki E. Laiou, Roy Parviz Mottahedeh. Washington D.C: Dumbarton Oaks.
- [18] Lane, Frederic Chapin. 1973. *Venice. A Maritime Republic*. Baltimore: Johns Hopkins University Press.
- [19] Marlasca Martínez, Olga. 2005. Prohibición de apropiarse de los despojos de un naufragio: diferentes etapas históricas. *Ivs Fvgit* 12: 463–480.
- [20] Matysik, Stanisław. 1950. Prawo nadbrzeżne (ius naufragii): studium z historii prawa morskiego [Right of shipwreck (*ius naufragii*): A study of the history of maritime law]. Toruń: Towarzystwo Naukowe w Toruniu.
- [21] Melikan, Rose. 1990. Shippers, Salvors, and Sovereigns: Competing Interests in the Medieval Law of Shipwreck. *Journal of Legal History* 11: 163–182.
- [22] Mignone, Alfonso. 2019. La costituzione navigia di Federico II. L'abolizione dello ius naufragii. *Acqua marina* 16/4: 24–31.
- [23] Mošin, Vladimir. 1954. Sankcija u vizantijskoj i u južnoslavenskoj diplomaciji [The sanction in Byzantine and South Slavic diplomacies]. *Anali Istorijeskog instituta u Dubrovniku* 1: 27–51.
- [24] Nicol, Donald. 1989. *Byzantium and Venice: A Study in Diplomatic and Cultural Relations*. New York: Cambridge University Press.
- [25] Niitemaa, Vilho. 1955. *Das Strandrecht in Nordeuropa im Mittelalter*. Helsinki: Suomalainen Tiedeakatemia.
- [26] Penna, Dafni. 2012. *The Byzantine Imperial Acts to Venice, Pisa and Genoa, 10th–12th Centuries. A Comparative Legal Study*. Den Haag: Eleven International Publishing.
- [27] Porčić, Nebojša. 2008. Slučaj Urso Perkluzo [The Case of Urso Percluso]. *Istorijski časopis* 56: 371–387.

- [28] Purpura, Gianfranco. 2002. Ius naufragii, sylai e lex Rhodia. Genesi delle consuetudini marittime mediterranee. *Annali dell'Università di Palermo* 47: 275–292.
- [29] Rohmann, Gregor. 2019. The Making of Connectivity: How Hamburg Tried to Gain Control over the Elbe (13th–16th Centuries). 207–243 in *Merchants, Pirates, and Smugglers: Criminalization, Economics, and the Transformation of the Maritime World (1200–1600)*, edited by Thomas Heebøll-Holm, Philipp Höhn, Gregor Rohmann. Frankfurt am Main: Campus Verlag.
- [30] Rougé, Jean. 1966a. *Recherches sur l'organisation du commerce maritime en Méditerranée sous l'empire romain*. Paris: S.E.V.P.E.N.
- [31] Rougé, Jean. 1966b. Le droit de naufrage et ses limitations en Méditerranée avant l'établissement de la domination à Rome. 1467–1479 in *Mélanges d'archéologie et d'histoire offerts à André Piganiol*, Vol. III, edited by Raymond Chevalier. Paris: S.E.V.P.E.N.
- [32] Rudić, Srđan. 2021. *Balšići – gospodari Zete* [The Balšićs – lords of Zeta]. Belgrade: Centar za napredne srednjovekovne studije.
- [33] Schiappoli, Domenico. 1938. Il "Ius naufragii" secondo il diritto della chiesa, *Rivista del diritto della navigazione* 4: 137–157.
- [34] Sindik, Ilija. 1950. *Komunalno uređenje Kotora: od druge polovine 12. do početka 15. stoleća* [Communal organization of Kotor: From the second half of the 12th to the beginning of the 15th century]. Belgrade: Srpska akademija nauka, Naučna knjiga.
- [35] Soloviev, Alexandre. 1934. Un beau-frère du tsar Douchan. *Revue internationale des études balkaniques* 1: 180–187.
- [36] Stjepčević, Ivo. 1930. Prevlaka. *Bogoslovska misao* 18: 318–389.
- [37] Šuica, Marko. 2010. Odnos kneza Lazara i Vuka Brankovića u svetlu dubrovačkih isprava iz 1387. Godine [The relationship between Prince Lazar and Vuk Branković in the light of Dubrovnik documents from 1387]. *Stari srpski arhiv* 9: 217–232.
- [38] Taranovski, Teodor. 1931. Istorija srpskog prava u nemanjićkoj državi [History of Serbian law in the Nemanjić state] II. Belgrade: Izdavačka knjižarnica Gece Kona.
- [39] Verzijl, Jan Hendrik Willem. 1972. *International Law in Historical Perspective IV: Stateless Domain*. Leyden: Sijthoff.

- [40] Villalba Babiloni, Teresa Encarnacion. 2018. Delitos marítimos cometidos tras un naufragio y su responsabilidad penal derivada. 235–241 in *PHICARIA. VI Encuentros Internacionales del Mediterráneo. Navegar el Mediterráneo*, edited by María Milagrosa Ros-Sala. Mazarrón: Universidad Popular de Mazarrón.
- [41] Zett, Robert. 1998. Über der Namen Slavonien. *Radovi Zavoda za slavensku filologiju* 32: 215–219.

Article history:

Received: 31. 1. 2022.

Accepted: 9. 3. 2022.

UDK 336.71(497.1)"1944/1945"; 336.71(497.1)"1991/1992"

CERIF: S 180, H 250

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22102A

Saša ILIĆ, PhD*

**SOCIALIST BANKING: THE CONTINUOUS EVOLUTION
OF THE BANKING SECTOR IN YUGOSLAVIA
(1944/45–1991/92)**

The article explores the influence of the ideological and political frameworks and changes in the physiognomy of social, economic and internal political relations, as well as the foreign policy orientation, on the structure of the banking sector in socialist Yugoslavia. The attempt is to determine the appearance and the important features of the banking sector, the sequence of reforms that marked this field of economic life in the second half of the 20th century, as well as the effectiveness of the observed changes. The overview is provided of the characteristics of the different phases that the Yugoslav banking system, starting with the development of the socialist banking system, planned organization and rigid centralization, through various phases of decentralization, central plan weakening and introduction of market elements, to the shaping (and reshaping) of the self-management banking system and its repercussions on the country's economic unity.

Key words: *Banking. – Centralization. – Decentralization. – Planned economy. – Socialist market economy. – Contractual economy.*

* Research Associate, Archives of the National Bank National Bank of Serbia, Serbia, sasa.ilich@gmail.com.

1. INTRODUCTION

The “short twentieth century”, despite being characterized as such and “shortened” by nearly a quarter by Hobsbawm Hobsbawm (2002), concentrated in itself a multitude of social, economic and political tensions and conflicts at the national, interstate and even global level. Its experience is marked by economic crises, the crumbling of institutions, social upheavals, ideological passions and conflicts generated by them, many local armed skirmishes and especially the world wars, but, at the same time, by remediation of problems, overcoming of crises, a technological breakthrough of untold proportions, building of new models of social, political and economic systems, processes of cooperation and integration. There is no doubt that both the crises and the upswings influenced certain business techniques, organizations and work mechanisms to be redefined, changed and adapted.

The impact of the world wars on institutions and politics of most states was manifold (Eloranta and Harrison 2010, 151–153), but what was specific to Yugoslavia, in addition to the immense human and material losses, was the introduction of a new, experience-wise weak, yet in terms of ideological passion and conviction in the mission, emphasized social and political system. Adding to its specificity, this system, imposed by the Communist Party of Yugoslavia (CPY), underwent radical changes in a short period of time, transforming from a copy of the Soviet model into a specific Yugoslav model which, in the political sense, maneuvered between the East and the West, and, economically, between a centrally planned and a market economy.

During the early post-war period, socioeconomic relations implied mimicking the Soviet Union (USSR) model. A socialist economy implied the almost complete abandonment of private business (minor exceptions were made in Yugoslavia in regard to services, trades and agriculture), almost the entire labor force was employed to work for various state entities and all natural resources became state-owned. The economy was planned in the sense that products and inputs (labor, capital, materials, energy, etc.) used by any company and institution were managed in accordance with the instructions of the central planning body. The plans were created, with great fanfare, for a period of one or more (usually five) years, as a means of forced accumulation and of spending the largest part of the gross domestic product (GDP) for investments and industrialization, whose ultimate goal was essentially military strengthening at the expense of people’s consumption and living standard. This is the model sought to be copied by Yugoslavia –

the first country in the East that legalized a Five-Year Plan¹ in April 1947 (Petranović 1988, 45, 76, 78, 94–95; Crouzet 2001, 248; Hanson 2003, 10–12; Berend 2009, 180, 195; Ilić 2020a, 147–150).

Barely a year after the adoption of the plan, a rift occurred between Yugoslavia and the USSR, which was soon followed by the cutting of all ties. In its first reaction, the government radicalized internal political and socioeconomic relations (Stalinization and the purge of the CPY, forced buy up and collectivization, forced exploitation of human and material resources, harsh austerity measures, etc.) so that, starting 1950, a new course began to take shape: the country's moving closer to the West, as well as new social relations defined by the country's own vision of socialism – self-management. Over the following years and decades, depending on the circumstances, the foreign policy course slightly changed direction, with phases of moving closer – to a lesser or greater extent – to the East or the West, while in principle keeping to the middle path (non-alignment policy), just as self-management was modified, but without endangering it.²

The circumstances of the described political, social and ideological environment influenced the creation of the banking system, its structure and business practices, as well as the operation of the central bank. Frequent changes and adaptations of the system to the requirements of the policies or the visions of the ideological creators of socioeconomic relations inevitably led to patterns of solutions based on trial-and-error learning. Seeking *one's own path* became the paradigm of socialist Yugoslavia, and the continuous transition of the social and economic system was its constant, which some economic theoreticians took pride in. The changes were seen as the expansion of the independence of labor organizations and of the democratic rights of the working class (Čolanović 1979, 13), though the leadership was concerned that not every element of the new system would be proved in practice (Kardelj 1953, 15). Its own solutions and various ideological

¹ Law on the Five-Year Plan for the Development of the National Economy of the FPRY, *Official Gazette of the FPRY* 36/1947.

² The plan was assessed as unfeasible already in January 1949 when the CPY Central Committee revised the economic policy and set more modest goals, but it was formally amended (extended until the end of 1952) only by the Law on the Prolongation of the Execution of the Law on the Five-Year Plan for the Development of the National Economy of the FPRY (*Official Gazette of the FPRY* 71/1950), on 29 December 1950. The 1948 circumstances revealed the plan's weaknesses – construction without economic calculation, unselective investment, excessive investment, etc., so further development was mainly focused on key facilities (Petranović 1988, 264).

amalgams were a feature of Yugoslavia, which was, according to Neuberger (Neuberger 1959, 361), one of the “world’s most interesting economic laboratories”, while the field in which the most experiments were conducted was that of money (Horvat 1970, 81).

The development Yugoslavia’s economy was not conceived frontally, through the equal strengthening of all sectors and especially not freely, through independent action of economic entities, instead, certain branches of the economy were to be given advantage in phases, until the expected balance had been established, following which the next cycle would be planned. This was a model for the economy’s development in relatively short investment cycles, which was to be properly designed by economic policy (Čobeljić 1959, 53–67).³ Such dynamics, however, did not ensure the long-term stability of the system, which made it impossible to predict the business framework and the entire economy was in a state of chronic instability (Horvat 1969, 5). Therefore, the banking sector,⁴ in adapting itself to the vigorous development of the economy, was almost constantly in some stage of reorganization, continuously evolving (Golijanin 1979, 116), while frequent changes contributed to decisions that were sometimes forced.

Banking and the central bank of socialist Yugoslavia have been the subject of a number of papers addressing – both broadly and narrowly – the history of the organization of the economy, finance and financial institutions, or analyzing the elements of the banking sector. The authors were mostly economists, while the historical perspective is much less prevalent, which is due not only to the poor interest of historians, but also to the inaccessibility of archival sources due to the retention period (30 years) and limited accessibility of the central bank’s archives prior to the establishment of the National Bank Archive (2005).⁵

The aim of this paper is to attempt to determine – through the analysis of literature, normative acts and primary archival sources – the frequency and scope of changes in the entire banking sector of socialist Yugoslavia and especially of some of its most important pillars (the National Bank), the “longevity” of these changes, the innovations introduced into banking through the planned market relations model and, to a certain degree,

³ Theoretical propositions in: Stojanović, Čobeljić (1966).

⁴ Banking includes the banking system, banking practice and general issues related to the credit system and credit practices (Golijanin 1983, 18).

⁵ See Vučković (1956); Ugričić (1967); Horvat (1970); Golijanin (1979; 1983); Perišin (1975); Lampe and Jackson (1982); Gaćeša (2001); Hofman (2004); Mitrović *et al.* (2004); Ilić (2021).

the effects achieved by the changes in banking. It is also the intention to determine the phases shaped by the changes in banking and their correlation with the state's economic and political trends, which would, to some extent, offer a proposal for the periodization of the Yugoslav social banking system.

2. CENTRALIZATION AND CONCENTRATION OF BANKING (1944/45–1954)

The first phase in the organization of the postwar banking sector is embodied in the creation of socialist banking, which included the nationalization of private banks, and the consolidation and centralization of the system. Nationalization was carried out by means of confiscation and liquidation, where the assets of private institutions were appropriated and liabilities taken over (which provided a material basis for the establishment of socialist banks)⁶ and through nationalization, as the ultimate form of disempowering the private sector. Consolidation led to the establishment of a mono-banking system,⁷ while centralization implied not only the concentration of decision-making powers in the center of the state and economic power, but also operation according to plan that was imposed by the law.

⁶ The State Administration for National Goods and territorial (federal republics) administrations were entrusted with the management of assets (commercial, industrial, construction, banking and other companies placed under state control). Confiscated and sequestered assets were handed over for administration to the appropriate federal and republic ministries (Petranović 1988, 86). Based on the Decree on the Revision of Licenses and Liquidation of Private Credit Enterprises (*Official Gazette of the FPRY* 51/1946), the operating licenses of private banks first underwent revision. In this process, all the banks already in liquidation, the banks to which the finance minister would not issue a new operating license, as well as all banking and insurance operations of private credit companies that also engaged in other activities, were selected for liquidation.

⁷ A monobanking or *one-level* banking usually (but not necessarily) means that there is one bank in a country, i.e., a central bank, which also takes over all commercial banking operations. Thus, in addition to the monopoly on issuing money, it also has a monopoly on all banking and foreign exchange operations. This, however, does not rule out the existence of other financial organizations which, in conditions of a planned economy, concentrate certain specialized banking activities, such as all savings, investments, financing of agriculture, foreign trade crediting, etc. The key feature of monobanking is the crucial role of the state planning body (Sherif, Borish, Gross 2003, 13–14; Eichengreen 2007, 134; Moiseev 2015, 66–67).

In conditions of the USSR's political supremacy, when private businesses throughout the East were mainly declared illegal, and the rights of individuals to produce for the market were restricted, commercial banks were replaced by the Soviet *one-level* banking, consisting of so called monobanks with a specialized function, stock exchanges were closed, and the practice of financial reporting was modified to suit the needs of the bureaucracy (Eichengreen 2007, 134). Yugoslavia went through a similar phase, but the dynamics of its further development made it different from the primary model.⁸

Increased state control and nationalization (etatization) of the National Bank were carried out even before the Second World War (Kršev 2008). The Bank did, however, remain a joint stock company with protected private shareholders' interest. In addition to the National Bank, which enjoyed a special, privileged status, the prewar banking network of the Kingdom of Yugoslavia also included two other privileged banks (Craftsmen's Bank and Agrarian Bank), two state banks (Mortgage Bank and Postal Savings Bank), 61 self-management banks (mostly municipal savings banks), and over 700 private banks (Tatić 1989, 94).

The last stage of the war and the early post-war period were marked by the presence of some of the old state, semi-state and private banks and savings banks, as well as elements of the monetary and banking systems established during the war, whose tone was set by the occupation, puppet and quisling regimes and their central banks.⁹ Issuers of securities of the new authorities also emerged: the Monetary Institute of Slovenia, which, starting March 1944, issued vouchers, and the partisan government (the Finance Commission of the National Committee for the Liberation of Yugoslavia, NCLY), which issued dinars printed in Moscow and exchanged them for occupation money

⁸ Authors differ in their interpretation of how long Yugoslav banking was in the monobanking phase. Huszti (Huszti 1981, 71, 73) does not consider the Yugoslav banking system as being one-level already in the early 1960s, while Sherif, Borish and Gross (2003, 13–14) consider that, despite the many experiments, the monobanking system lasted until 1971, while in the countries of the East it remained largely in force until the collapse of the socialist systems.

⁹ During the war, there were seven active economic regions whose monetary systems were established by: the Germany's Reichsbank, the Bank of Italy, the Hungarian National Bank, the Bulgarian National Bank, the National Bank of Albania, the Serbian National Bank, and the Croatian State Bank.

from April to end of June 1945,¹⁰ as well as new socialist banks, founded with the property and staff of the nationalized banks and the central bank.¹¹

Socialist banks were set up concurrently with the liquidation of the old ones. Following the Monetary Institute, founded in the first half of 1954 for the purpose of crediting and servicing payment operations, were the Commercial Bank of Serbia, the Commercial Bank of Vojvodina (soon after merged with the bank of Serbia), Land (i.e. regional) Bank for Croatia, the Commercial Bank of Bosnia and Herzegovina, the Macedonian Commercial Bank, and the Commercial Bank of Montenegro.¹² Operating at the same time in London was the National Bank of the Kingdom of Yugoslavia which, in November 1945, transferred authority to the new government (Vučković 1956, 420–421, 436; Neuberger 1959, 361; Mitrović *et al.* 2004, 84–92, 151–170; Hadži-Pešić 1995, 7, 13; Hofmann 2004, 27–28; Ilić 2020a, 89–90).¹³

After the war, seven financial organizations (with 45 branches) continued to operate, which, under the Law on the Organization and Operation of the Credit System of 26 October 1945 (*Official Gazette of the DFY* 87/1945), were

¹⁰ Law on Withdrawal and Replacement of Occupation Banknotes, *Official Gazette of the Democratic Federal Yugoslavia (DFY)* 20/1945; Law on the Exchange Rates for the Withdrawal of Occupation Banknotes and the Settlement of Obligations, *Official Gazette of the DFY* 23/1945; Law on the Exchange Rates for the Withdrawal of Occupation Banknotes and the Settlement of Obligations in the Territory of Croatia, *Official Gazette of the DFY* 44/1945.

¹¹ For an example of the assignment of the National Bank staff to the Commercial Bank of Serbia, see: National Bank Archive (ANB), National Bank of Yugoslavia 1945–1992 (1/III), Organs (ORG), Book of Minutes from Management Board sittings 1945–1946, Minutes from the first sitting, 14 February 1945.

¹² On the founding and beginning of operations of the land (i.e., regional) commercial banks and the Industrial Bank see: ANB, 1/III, Historical Archive, folders 372, 373.

¹³ ANB, 1/III, Historical Archive, folder (f.) 372, Status of the National Bank, confidentially VII No. 275, 19 December 1945. Looking to confirm continuity and thus establish business relations with foreign countries and unblock Yugoslavia's claims against foreign correspondent banks, in the early months the new authorities did not encroach on the legal form of the National Bank, which formally had the status of a joint stock company and was under the "administration" of the governor in London, Dobrivoje Lazarević (by decree of the king's regents, merchant Tanasije Zdravković was appointed to his place on 27 November 1945). Even though the prewar Law on the National Bank had not been repealed, the essence of the institution was gradually changed by adopting bylaws and was fully legally redefined in 1946.

federal (pan-Yugoslav) by nature: the National Bank,¹⁴ the State Mortgage Bank, the Privileged Agrarian Bank,¹⁵ the Savings Bank, the Craftsmen's Bank, and the State Insurance and Reinsurance Institute. At the same time, the six aforementioned republic commercial crediting institutes¹⁶ were founded using the assets of the former National Bank branches and certain private banks, while the State Industrial Bank of Yugoslavia (also with federal status¹⁷) was founded on 12 May 1945, using the capital of the General Yugoslav Banking Corporation (Bankverein), as shown by Aleksić (2002; 2021), which was fully in the service of the occupying forces during the war, and loans at the disposal of the State Administration for National Goods (DUND).

Sixty-one savings banks also continued to operate, mainly as local credit companies, but their relatively large number led to different crediting terms, impeded the creation of a single liquidity stock and hindered planning due to poor record-keeping and control. In order to switch to stronger centralization, decrees were passed on 25 September 1946, stipulating the buying up (nationalization) of the shares of semi-state federal banks (the National Bank, the Industrial Bank, the Craftsmen's Bank, and the Cooperative and

¹⁴ A Law of 15 January 1946 amended the law on the National Bank of the Kingdom of Yugoslavia from 1930 and 1940, and the name National Bank of the FPRY was introduced (*Official Gazette of the FPRY* 6/1946).

¹⁵ Under the Law on the Organization and Operation of the Crediting System of 26 October 1945, it was declared a federal credit institution and renamed Cooperative and Agricultural Bank. AJ, Ministry of Finance of the FPRY (12), f. 566, Audit Report of the Cooperative and Agricultural Bank. Gnjatović (2011) wrote about the nationalization of this bank.

¹⁶ ANB, 1/III, Historical Archive, f. 373, the abolishment of National Bank branches and handover to the republic banks and the Industrial Bank (1945); ANB, 1/III, Analyses and Research (AIS), f. 123. Some private banks were actually confiscated, using the term *liquidate*. For example, under the Decision on the Liquidation of Danube Bank in Belgrade and Transfer of its Property to the Commercial Bank of Serbia (*Official Gazette of the DFY* 27/1945), the Danube Bank was placed in liquidation, with all its assets (assets and liabilities) being transferred to the Commercial Bank of Serbia. However, the legal ground was a decision of the Anti-Fascist Council for the National Liberation of Yugoslavia (AVNOJ) on the transfer of enemy property to the state. On the other hand, certain banks were placed liquidation and their assets were transferred to state banks without citing any legal basis, such as in the case of the Saving Bank of the Danube Banovina (Decision on the Liquidation of the Saving Bank of the Danube Banovina in Novi Sad, *Official Gazette of the DFY* 55/1945).

¹⁷ Decision on the Founding of the State Industrial Bank, Belgrade, *Official Gazette of the DFY* 33/1945. For more on the operations of the All-Yugoslav Banking Society during the Second World War and plunder of Jewish property see: Aleksić 2021, 355–372.

Agricultural Bank) and ordering the merging of the republics' loan institutes and federal banks (including the Postal Savings Bank) with the National Bank of the FPRY, within a short period of time.¹⁸ The State Mortgage Bank (the then State Investment Bank – SIB) was exempt from the fusion, thus at the beginning of 1947, there were two state banks (the National Bank and the SIB) operating in the country, along with some twenty or so local savings banks, mainly in Slovenia. Such a state was not a result of the banking sector's independent development and the economy's requirements, but rather a product of the CPY Central Committee Politburo meeting on 22 September 1946, at which it was assessed that the existing system of banks copied the capitalist model and that changes were needed, so centralization was strengthened by setting up two large organizations – the National Bank (with head offices in every republic), which was, in addition to its money-issuing function, also tasked with short-term loans, and the SIB, for long-term and investment loans (Vučković 1956, 437; Golijanin 1979, 118–119; Perak 1981, 32; Petranović 1995, 171–172, 179–180; Hofmann 2004, 29–30; Ilić 2021, 140).

In spite of the fact that the Yugoslav banking system's activities were restricted to collecting savings and lending mostly to private real sector,¹⁹ the private sector barely survived the first years of communist rule, and it was eradicated by 1947 (Horvat 1970, 81; Lampe, Jackson 1982, 553–554). The new government immediately placed under its control the existing 819 banks that operated at the end of the war and, based on the AVNOJ decisions of November 1944 and provisions of the Law on Confiscation (*Official Gazette of the DFY* 40/1945), 95 banks were soon confiscated, and 720 banks were liquidated by 1947, in line with the Decree on the Revision of Licenses and Liquidation of Private Credit Enterprises and its amendments

¹⁸ Decree on the buy up of shares of the National Bank of the FPRY, the Industrial Bank of Yugoslavia, the Craftsmen's Bank of the FPRY, Cooperative and Agricultural Bank of the FPRY and Decree on merging credit companies in the state sector, *Official Gazette of the FPRY* 78/1946. On the shares of the National Bank and federal credit companies see: ANB, 1/III, Historical Archive, f. 374. and f. 375. On the merger of commercial republic banks, the Industrial Bank, the Postal Savings Bank, the Craftsmen's Bank, the Cooperative and Agricultural Bank, and the Commercial Bank for Istria: (1946–1947): ANB, 1/III, Historical Archive, f. 399–407; ANB, 1/III, AIS, f. 66. Pursuant to the decree on the merger of credit companies, the names of the republic credit companies were supplemented to include the name of the National Bank of the FPRY head office for the given republic, and the National Bank of the FPRY– Main Head Office in Belgrade. The National Bank branches were subordinate to the republic head offices, while the Main Head Office, the republic head offices and branches comprised a single business, administrative, accounting entity.

¹⁹ On the private sector see Arts. 28–31 of the Law on the Organization and Operation of the Credit System, *Official Gazette of the DFY* 87/1945.

and supplements (*Official Gazette of the FPRY* 51/1946, 44/1947, 96/1947). As a consequence of the shutting down of private banks, the financial center relocated from Zagreb to Belgrade. By decision of the Finance Minister of 11 November 1946, four *active* private banks from Belgrade – the Export Bank, the Adriatic-Danubian Bank, The Belgrade Merchant Bank, and the Belgrade Cooperative – were merged into the Yugoslav Export and Credit Bank, only for it to also be nationalized on 30 November 1948 (Vučković 1956, 436; Golijanin 1979, 117; 1983, 41; Lampe, Jackson 1982, 553–554; Pijevac, Milošević, Boričić 2000, 190–199; Ilić 2021, 141).

The nationalization of the companies of statewide and republic importance, which also included banks and insurance companies, was carried out in December 1946.²⁰ It was a preparatory step for the introduction of planned economy and it established administrative monopoly and state intervention in all areas of economic as well as social life. There was strong concentration of authority in the state apparatus and state bodies gained the power to intervene “using political means and the force of revolutionary pressure in the economy and in the sector of socioeconomic relations” (Marjanović *et al.* 1968, 247–248), which is an indicator that the party and the state had almost entirely merged.

The dissolution of previous economic relations and the creation of a starting point for building socialist practices in the domain of money, as well for the establishment of the country’s economic unity, began already during the monetary reform and the exchange of occupation money, although, due to a huge spike in prices, the first results were quite devastating (Ilić 2020b). Further socialist relations went in the direction of creating a single liquidity stock (as a financial basis for economic reconstruction and construction and for the introduction of planned economy), centralizing internal payment operations, and full control of the money in circulation, which was achieved by the Decree on Merging Credit Companies in the State Sector of 25 September 1946.²¹ A single payment operations system was established under the auspices of the National Bank, the responsibility for budget execution was transferred from the state financial bodies to the National Bank, all cash flows in the country were integrated, a general credit plan was created, and the concentration of banks, savings institutions and insurance companies

²⁰ Law on the Nationalization of Private Economic Enterprises, *Official Gazette of the FPRY* 98/1946. The nationalization of all remaining credit and insurance companies, as well as that of all other private companies of lesser and local importance, was completed by amendments to the same law, in April 1948 (*Official Gazette of the FPRY* 35/1948).

²¹ *Official Gazette of the FPRY* 78/1946.

was initiated (Vučković 1956, 420–423). The centralized payment operations and the introduction of cashless payments²² enabled significant savings and broadened the possibilities for controlling cash flows. An important new function assigned to the National Bank involved short-term lending to the economy. For the sake of a more efficient coordination of activities, in early 1947 the National Bank began collecting (through competent state bodies) information on companies and authorized persons.²³ Still, certain non-economic measures copied from Soviet experiences, such as automatic invoice collection (1947–1951), which featured the sellers' disregard for the buyers' solvency, which caused market disruptions and changed "the rules of the game", and led to the introduction of new solutions (it was only in 1951 that automatic payment was replaced by the contract based voluntarily of payment). In time, a system for controlling the use of cash was established, first through the so-called cash plan, territorially conceived credit plans, buy up, trade, wages, budget expenditures, etc., based on the principle of costs and on the balance sheet principle, which enabled the monitoring of the effective amount of money in circulation, at least until the economic reforms of 1952 and the abandonment of this system (Vučković 1956, 423–425; Petrović 1954, 104–122).²⁴

Following its nationalization, the National Bank became a state bank in the true sense of the word, which also meant that over the following decades, as a higher planning body, it would be used to exerted influence on the execution of plans of the socialist economy and financing, and on the setting of financial policy principles.²⁵ However, in spite of the proclaimed

²² AJ, FPRY Ministry of Industry (17)-114–115, Daily press review, 23 December 1946; ANB-18, f. 1, M. Ugričić, *National Bank payment operations with regard to special banks* (manuscript).

²³ AJ, Ministry of Electric Power Industry (11)-9–34, National Bank memo to the Federal Electric Power Industry General Directorate, No. 1923, 4 February 1947.

²⁴ At the end of 1947 the National Bank focused its attention on regulating issues related to payment operations: AJ, Ministry of Agriculture and Forestry (4)-62–439, No. 38944/I, 5 November 1947; AJ, Central Directorate of the Federal Motor Industry (108)-3–11, writ of the Head Office for PR Serbia, 25 August 1949. On the problems related to the "cash plan" see: AJ-108–17–30, acts 11377, 21 August 1949, and 11551, 8 August 1949.

²⁵ Until the end of the socialist period, the National Bank continued to have close ties with the state and remained its instrument. Given the specific personal and real union between the state and the CPY/League of Communists of Yugoslavia (LCY), the party set the main tone for the National Bank's policy. Prior to new regulations and courses in the development of banking being discussed in professional circles, in public or in parliament on, matters were discussed in the economic policy commissions of the LCY Central Committee Presidency, which did not necessarily ignore the role of National Bank experts, whose analyses, methodology and

monolith stance and the illusion of the incontestability of the ultimate goal of social development, the path through the Yugoslav social and economic experiment was not one-way, nor was it devoid of straying and of the adoption of feasible as opposed to desirable solutions.²⁶

The concentration of power gave the National Bank a wide range of tasks and powers. It took over the all working capital loans to all branches of the economy; acting as a business deposit bank it collected available funds belonging to the people and economy and approved consumer loans; it took over from the Finance Ministry the money-issuance function (until then all banknotes were issued by the state); it was entrusted with the tasks of cash and accounting execution of the budget and the foreign exchange control service; it became a statistics authority and was in charge of the organization and execution of payment operations in the country and abroad.²⁷ Thus, from its usual “the bank of banks” role, it came into direct contact with the economy and expanded its branch network to almost every town in

projections, as leading economic system ideologists Vladimir Bakarić stated, were not doubted. AJ, Central Committee of the League of Communists of Yugoslavia (507), XXIV G-k. 4/2, 8 December 1975; XXIV A-k-6/1, 6 October 1969; XXIV A-k-6/3, 29 January 1970; XXIV A-k-6/4, 6 February 1970.

²⁶ Original background provided in: ANB, Legacy of Miodrag Ugričić (18), f 1, *Banking in FPR Yugoslavia* and *From a Banks' Bank to an Objectified Body of the Society* manuscripts (6 October 1952); ANB 1/III, ORG, minutes from sittings, management decisions, etc.

²⁷ In September 1945, under the provisions of the Foreign Exchange Law (*Official Gazette of the DFY* 68/1945), competencies regarding foreign payments were divided between this Ministry's Banking and Currency Department, the Foreign Trade Administration, and the National Bank, although they were controlled by the Finance Ministry. In order to simplify payment operations with foreign countries, it was necessary to centralize them and to ensure regular reporting. However, due to the blockade of the East, the changes did not take place until 1952, when the parity of the dinar against gold and the dollar was changed (from 50 to 300 dinars for 1 dollar), the planning of imports and exports by volume and structure was abolished and free exchange within the bounds of the defined balance of payments was introduced (import-export licenses were abolished), while the acquired foreign currency was not handed over in its entirety to the National Bank for buy up, with a part of it retained by exporters. A non-market innovation was also introduced – coefficients (application of multiple exchange rates that were to prevent exporters benefiting from the disparity between domestic and foreign prices, which long remained an instrument of the foreign trade policy. (Vučković 1956, 425–426). AJ, Black Metallurgy Head Administration (106)-101–128, Submission of applications for the purchase of foreign exchange, 11 March 1947; AJ, 11–9–34, No. 9385, 20 June 1946; AJ, 12, d. 583, f. 140, 2 December 1949. and f. 901, Issues related to payment operations with foreign countries, 30 January 1950; ANB-1/III, Historical Archive, f. 389, National Bank report for 1953. On financial interventions in the economy through the financing of an increase in the working capital of companies, see: AJ, 106–106, Correspondence with the NBY, 1947.

the country, while the SIB, as a specialized bank, took over the long-term operations of fused banks (Vučković 1956, 437; Golijanin 1979, 118–119; 1983, 43; Ilić 2021, 141–142).²⁸

However, the process of consolidation was temporarily interrupted already in 1948. Decrees of 14 August 1948²⁹ enabled the establishment of state banks for crediting agricultural cooperatives (in the territories of the republics) and communal banks and local savings banks. Communal banks were founded in almost all major centers and started issuing loans for municipal public utilities, companies and citizens, based on the money of the local economy, socio-political organizations and people, while traditional savings operation³⁰ developed in Slovenia. However, these banks exhibited a lack of financial discipline, engaged in unplanned lending to the local economy, and completely illegal lending to people's committees, which resulted in their over-indebtedness to the National Bank and in an increase in money circulation (Ugričić 1967, 167–168). At the same time, the National Bank was given a role in the drafting of the cash plan as a monetary instrument of the economic plan (1948) and the credit plan,³¹ which included the planning of the total mass of loans and all sources of funding, while, due to the external circumstances, all international payment operations were transferred to it (1949) (Vučković 1956, 437–438; Neuberger 1959, 362; Golijanin 1979, 119; Hofmann 2004, 65–72).³²

²⁸ Since the development of investment facilities was mostly financed from non-refundable budget funds, the SIB was entrusted with the operations and controlling the earmarked utilisation of funds. In addition, the SIB was also tasked with performing services related to domestic state loans, conversion of pre-war domestic debts, etc. For this reason the network of SIB branches increased from 17 to 31 (Vučković 1956, 437; Golijanin 1979, 119). On SIB see: ANB, 1/III, Historical Archive, f. 375.

²⁹ Basic Decree on State Banks for Lending to Agricultural Cooperatives, Decree on Communal Banks and Local Savings Banks, *Official Gazette of the FPRY* 71/1948.

³⁰ As many as 89 communal banks had been founded by May 1949, and almost all the existing city savings banks were transformed into communal banks. ANB, 1/III, Historical Archive, f. 377, Founding of communal banks, 1948.

³¹ For the correspondence, regulations, plans, execution, and other material related to the credit plan see: ANB, 1/III, AIS, f. 66.

³² During the centralization phase the National Bank gained some competencies regarded as atypical for a central bank, such as lending to companies, executing investments and payment operations with foreign countries. ANB, 18, f. 1, Banking in the FPR of Yugoslavia manuscript; AJ, Economic Council of the FPRY (40)-35–80, National Bank of the FPRY (analysis), 27 April 1951 and Principles of the reorganization of the banking apparatus [1950]. The effects of the reforms were analyzed and the plans for the reorganization of the banking sector and credit

The partial deconcentration of the banking system was short-lived and already in 1952, contrary to the decentralization motto, banking was fully centralized. Prior to the changes, the banking system consisted of the National Bank with 437 central offices, branches and other business facilities, 31 SIB branch offices, 57 communal banks (there were 85 in July 1949), 49 state banks for loans to agricultural cooperatives, and 8 local savings banks (a total of 582). Pursuant to the government decision of 20 March 1952, all communal banks were abolished (with the exception of savings banks), while the SIB and state banks for loans to agricultural cooperatives were merged with the National Bank,³³ and consequently Yugoslavia's entire banking rested in its hands (there were 459 National Bank branch offices at the end of 1952 and another three were founded in 1953). In addition to becoming a "universal bank", in Ugričić (1967, 168), opinion, the National Bank also gained the function of social record-keeping and control (Vučković 1956, 438–439; Neuberger 1959, 362–363;³⁴ Ugričić 1967, 168–169; Hofmann 2004, 83–84; Ilić 2021, 142).³⁵

The centralist development phase was concluded with the complete concentration of banking activities, which chronologically corresponds to the rise in political liberalism and the establishment of Yugoslavia's security following the enormous pressure from the East. It was a phase of rich internal dynamics and turbulence, which is evident from the legislation. By the end of 1952, there were more than 200 federal regulations governing some of the banking elements and credit issues (that's not counting the regulations on general economic issues), and as many as twenty or so³⁶ that directly influenced the structure, organization and functioning of the National Bank, federal banks and the banking sector, while changes were often extensive.

system were highlighted at a conference of the National Bank governor and management, 19–20 June 1948. ANB, 1/III, ORG, Minutes from the governor's meetings with general directors of head offices 1948–1953.

³³ Decision on Merging the State Investment Bank of the FPRY and state banks for loans to agricultural cooperatives with the National Bank of the FPRY and on abolishing communal banks, *Official Gazette of the FPRY* 15/1952.

³⁴ Neuberger believes that this situation "represents a rare opportunity to study the 'one big bank' model of economic theory in actual operation" (Neuberger 1959, 362).

³⁵ ANB, 1/III, Historical Archive, f. 378.

³⁶ The banking sector was changed through laws, decrees, resolutions, orders, and decisions (*Official Gazette of the DFY* 4/1945, 7/1945, 9/1945, 33/1945, 87/1945; *Official Gazette of the FNRJ* 6/1946, 14/1946, 68/1946, 78/1946, 24/1947, 26/1947, 39/1947, 93/1947, 71/1948, 100/1948, 98/1949, 103/1949, 22/1951, 15/1952).

3. THE COURSE OF THE DECENTRALIZATION (1954–1965)

The decentralization implied a changed legal framework for planning. The modified planned economy was no longer embedded into the *plan* enforced by the law, but into the *social plan*, i.e., a more elastic plan of basic proportions – first an annual one (established by the law only twice)³⁷ only to then be made official as the annual *federal social plan* (1954).³⁸ Starting in the mid-1950s and for the following decade, there were annual federal social plans or social plans,³⁹ while a five-year planning period was again introduced, in parallel, starting 1957, only this time in the form of a *social plan for the economic development of Yugoslavia*.⁴⁰ Finally, in the mid-1980s, a new form of social planning was unveiled – the Long-term social plan for Yugoslavia for the period 1986–2000 (*Official Gazette of the SFRY* 39/1985), however, the state had disintegrated long before the final date of the plan. As noted by Čalić (2013, 238–239), instead of the strictly defined goals of the First Five-Year Plan from the self-management phase, the introduced social plans only provided a general orientational framework,⁴¹ while, after 1952, the new economic system introduced the principle of entrepreneurial risk and certain competition rules.⁴²

³⁷ Law on the Social Plan of the FPRY for 1952 and Law on the Social Plan of the FPRY for 1953, *Official Gazette of the FPRY* 17/1952, 62/1952.

³⁸ Federal social plan for 1954, *Official Gazette of the FPRY* 13/1954, 57/1954 – amended.

³⁹ *Official Gazette of the FPRY* 14/1956, 54/1956, 54/1957, 50/1958, 52/1959, 53/1960, 52/1961; *Official Gazette of the SFRY* 52/1963, 5/1965.

⁴⁰ Gradually dropped was first the word *economic*, followed by the word *development*, so only *Social Plan of Yugoslavia* remained. Social plans were made for the following periods: 1957–1961, 1961–1965, 1966–1970, 1971–1975, 1976–1980, 1981–1985 and 1986–1990 (*Official Gazette of the FPRY* 53/1957, 53/1960; *Official Gazette of the SFRY* 28/1966, 35/1972, 71/1973 – amended, 33/1976, 17/1981, 75/1985).

⁴¹ Social plans were far more elastic than plans regulated by the law. They laid out the results of the previous period, with corresponding statistics, state general economic and political goals, provided framework guidelines for economic development with only growth predictions, gave a framework plan for distribution, predicted investment volume, personal consumption and the social standard, etc. Social plans were dominated by the words “it is predicted” and “it is expected”, while the presented figures were mostly conditional and expressed in percentages and in the form of indices.

⁴² The basis of the new economic system was the harmonization of the plan and the market instruments, with a powerful party in power. The plan defined the macroeconomic policy (tax policy, interest rates, foreign exchange rate, money issue, control of inflation), whereas the market was expected to influence prices and greater freedom of economic initiative, as well as to determine the responsibility of

Discussions on reorganizing the banking system and on setting up special banks⁴³ began already in 1953. It had turned out that consolidation had not yielded the expected results, thus, the process of narrowing the scope of the National Bank activities and of the decentralization of banking was soon launched. This was done under the veil of decentralization, formally with the aim of founding independent communal (municipal) banks where local authorities would have greater influence, for the purpose of financial support to companies (labor collectives), which were increasingly gaining independence, and for the purpose of regulating relations between banks by means of economic instruments, (Ugričić 1967, 169–170). The Decree on Banks and Savings Banks of 26 January 1954 once again enabled the founding of (district and city) communal banks, local savings banks, as well as cooperative savings banks, and left the possibility open to establish other banks by a decision of the federal government, which opened the door to the establishment of a multi-bank system, while under the Decree on Loans for Investments in Agriculture and the Decree on Loans for Working Capital and other Short-Term Loans, the National Bank remained the main creditor of the economy, but not of the communal banks, which could operate solely on the basis of collected funds.⁴⁴

Further development of the multi-bank system followed in 1955 as a response to the reorganization of the municipalities and districts,⁴⁵ which were to be enabled to carry out a local economic and credit policy. At the

work organizations. The division was to make the most of both systems in order to efficiently utilize the modest resources. However, the system was frequently disrupted by state and political interventions and price control (Piljak 2013, 226).

⁴³ ANB, 1/III, ORG, Minutes from the governor's meetings with general directors of head offices 1948–1953 (minutes of 9 June 1953); ANB, 1/III, Historical Archive, f. 379. Theoretical and program papers by economic (financial) experts on the further development of banking in the FPRY in the 1950s were published by the following journals: *Finansije – Časopis za teoriju i praksu iz oblasti finansija* [Finance – a magazine for the theory and practice in the field of finance] (Belgrade), *Glasnik Narodne banke FNRJ – Časopis za pitanja bankarstva* [Gazette of the National Bank of the FPRY – Magazine for banking issues] (Belgrade), *Ekonomaska politika – Nedeljni privredni list* [Economic policy – Weekly economic paper] (Belgrade), *Sveopći privredni list u FNRJ* [General economic paper in the FPRY] (Zagreb), *Ekonomist – Organ Društva ekonomista Srbije* [Economist – a body of the Association of Economists of Serbia] (Belgrade), etc.

⁴⁴ All three decrees in: *Official Gazette of the FPRY* 4/1954.

⁴⁵ In line with the General Law on the Organization of Municipalities and Districts, a municipality was conceived as a self-management commune, i.e. “a basic political and territorial organization of self-managing working people and a basic socioeconomic community of the residents of their area” (*Official Gazette of the FPRY* 26/1955).

same time, in conditions of commodity production and the operations of moderated market mechanisms,⁴⁶ the credit function of banks needed to be redefined, so loan assessment was not to be done automatically, but individually. Such a credit function was better suited by a territorially decentralized structure (a communal banks system), but also by one that would include specialized organizations. To that end, on the basis of decrees passed between January 1954 and mid-1955, the scope of operations and the network of communal and cooperative banks was expanded, and federal specialized banks were established – the Yugoslav Bank for Foreign Trade (YBFT), the Yugoslav Agricultural Bank (YAB), and the Yugoslav Investment Bank (YIB) – which gradually took over the job of granting loans to the economy (Ugričić 1967, 170–171).

The system established by 1955 was an original solution. The Yugoslav authorities believed that the new credit and money market was free and that it was proof of the debureaucratization of entire economic life (Popović 1954, 16–17). The new system included a central bank (which was not only a bank of banks, but still a creditor of major economic organizations, bodies and organizations of the federation, republics and autonomous units and an international payment operations agent), specialized banks for certain branches of the economy, communal banks tasked with working with local economies, cooperative savings banks for the cooperative sector, and local (city) savings banks tasked with lending to citizens from funds collected through personal savings. Internal payment operations were performed by all banks with accounting done by the National Bank (until 1959 when the central bank was entrusted with fully carrying out the operations of the new Social Accounting Service, SAS, with only a few exceptions).⁴⁷ Execution of the budget and loans of the federal state, republics, autonomies and local administrations was entrusted to the National Bank and communal banks, depending on territorial jurisdiction. Investment funds were entrusted to the YIB and communal banks, while the National Bank, communal banks and savings banks collected savings deposits (it was for this reasons that the

⁴⁶ Already in the first half of the 1950s certain economists drew attention to the need to introduce a freer market (Čobeljić, Mihailović and Đurović 1954, 31–70).

⁴⁷ Law on Social Accounting, *Official Gazette of the FPRY* 43/1959. The new payment operations body was tasked with record-keeping and control of the use and disposal of social funds, keeping records of developments in the economy and control of the fulfillment of obligations of users of social assets to the social community, as well as with conducting certain passive and neutral banking operations (maintaining giro accounts, organizing and performing payment transactions), but not the active ones (approving loans).

Postal Savings Bank was founded in early 1961). This development led to a significant increase in the number of bank branch offices (Ugričić 1967, 171; Perak 1981, 32).⁴⁸

The banking system, which developed in this manner in the second half of the 1950s, was legalized in 1961 by the legislation on banks and on crediting and other banking activities (*Official Gazette of the FPRY* 10/1961). However, these regulations opened new avenues for the development of the banking system. It was defined that crediting and banking activities were to be carried out by the National Bank of the FPRY (as the bank of issue) and business banks, which included the three specialized banks (YIB, YAB and YBFT, with the possibility of founding new ones), by the existing communal banks, as well as by the new commercial banks of the republics and autonomous provinces (which were established under republic and provincial laws), while savings banks were incorporated into communal banks. The National Bank was no longer a direct creditor of the economy, but rather carried out this activity by way of the republic and provincial banks. It also assumed all internal payment operations and – of the activities regarded as atypical for a central bank – it continued crediting the military industry, the federal bodies and organizations and commodity reserves. The new regulations established the principle of territoriality for the republic, provincial and communal banks, in other words, the possibility of crediting clients only in their area (Ugričić 1967, 172–174; Mitrović *et al.* 2004, 197).⁴⁹

The system established in 1961 was interrupted already in June 1962, when the plenum of the Central Committee of the League of Communists of Yugoslavia concluded that the numerous changes in the banking sector were among the causes of the economic slowdown. New “thorough” changes, which were to modernize the banking system and reduce the interference of political factors in the investment and crediting policy, were recommended as a *remedy*. The first change, which occurred already in July 1962, was the adoption of the Law on Amendments and Supplements to the Law on Social Accounting (*Official Gazette of the FPRY* 30/1962) under which the SAS, as an organizational unit, was reorganized into an independent organization attached to the National Bank, in the main and republic head offices, and just three years later, in line with the new amendments and supplements, it became fully independent (*Official Gazette of the SFRY* 12/1965). The investment initiatives and decision-making of specialized banks was decentralized in the course of 1963 by transferring a part of the responsibility

⁴⁸ On the establishment of the National Bank and organization of banking in Yugoslavia up to 1960 see also: ANB, 1/III, Historical Archive, f. 397–398.

⁴⁹ ANB, 1/III, ORG, f. 14, Minutes from management sittings, 1961–1962.

from the federal state to the republics (republic head offices of the YIB and the YAB were abolished, activities were transferred to republic banks). The so-called “right to money”, which was a source of great future difficulties, was established that same year. This was a practice according to which the main instrument for regulating of the credit potential of business banks was the predetermined credit volume and purpose, rather than the level of liquidity, which transformed money from an economic category (commodity with a price) into a non-economic category, i.e., a commodity that serves to achieve previously set goals (Ugričić 1967, 174–176; Mitrović *et al.* 2004, 195–197).⁵⁰

Even after the abolishment of the central-planning directives that defined the overall allocation of resources, in the early 1950s the state continued making many investment decisions, appropriating most of the income of companies and controlling the banking system.⁵¹ However, following the economic boom in the 1950s, industrial growth in Yugoslavia slowed down considerably in the early 1960s, and in March 1961 the federal parliament decided to abolish the last remnants of state control and to transfer to the companies the right to disposal of profits. It was believed that it was in the interest of workers, whose companies increasingly directed the market forces, to increase productivity. However, contrary to the expectations of economic system creators, instead of reinvesting the profit, they used it for their own consumption. Workers were more interested in the short-term increase of their own consumption than in hazy goals for the future and living beyond one’s means led to a growing trade deficit and to the decline of production (Lampe, Jackson 1982, 577; Eichengreen 2007, 152–153; Čalić 2013, 280–281).

Disruptions in economic developments led to discussions among the republics on the allocations of resources, market liberalization, monetary control and banking sector reform. Two opposing forces emerged: the wealthier republics (Slovenia and Croatia) demanded the strengthening of the republics at the expense of the federation and more internal competition,

⁵⁰ Changes in field of crediting were initiated by Governor Nikola Miljanić. The National Bank’s credit relationship with commercial banks had the form of a framework liquidity credit that the bank used to regulate credit potential in line with the stipulated credit terms and purposes, with regular revisions (first quarterly, then semi-annual). One of the instruments of credit regulation was the defining of types, conditions for approval and purposes of short-term loans, which were clearly defined in advance, while the credit itself was linked to certain “objective” criteria, such as trade (Hofmann 2004, 141).

⁵¹ On the elements of control formally or informally carried out by the state and the ruling party see: Cvikić, Žebec Šilj 2018.

while Serbia insisted on greater state control for the sake of a more efficient economic policy and encouragement of the development of poor areas. At a rally in Split in May 1962, Josip Broz Tito reacted sharply to the challenges of nationalism and separatism on the one hand, and to those of unitarism and statism on the other. Nevertheless, the trend of further political federalization and economic liberalization continued, especially after the 8th Congress of the LCY, in December 1964 (Čalić 2013, 281–282).

The beginning of the reform process in 1965 was an important turning point in the further development of Yugoslavia's economy, but it also had implications in social developments. This was when the so-called *socialist market economy*⁵² was created, a phenomenon which, although semantically and logically an oxymoron, actually stands for an economic system different from any other and is, therefore, an extremely interesting topic for study and analyses.

4. SOCIALIST MARKET BANKING (1965–1991/92)

The practice of self-management led, among other things, to the companies operating in moderate market conditions and their departure from the plan logic. In a wave of reforms starting 1965, prices were additionally liberalized (almost half of them were formed by the market) and attempts were made at limited liberalization of foreign trade.⁵³ Citing Włodzimierz Brus,⁵⁴ Berend states that central planning had become obsolete, while the most important accomplishment of the reform was the reorganizing of the banking system, “commercial banks were opened, and the national bank became the central

⁵² Horvat was very critical on this issue. He referred to the fact that work on the long-term program for economic development, which began in 1958, was never completed, thus that proper medium-term planning was not possible. This is the reason why economic organizations were not capable of creating development programs, therefore, instead of a planned market economy, a “spontaneous market economy” emerged (Horvat 1984, 134).

⁵³ The reform was based on the 19th century liberal principles (*laissez-faire*). The underlying idea was that of spontaneous adaptation of the economy and of the spontaneity of structural changes. The plan lost all social relevance, which was seen by some authors as an origin of the reform's failure (Čobeljić 1988, 43).

⁵⁴ It seems that the assessments of former senior party official in Poland and later political emigrant W. Brus (born Benjamin Zylberberg, 1921–2007) is overemphasized because the role of the party and the state apparatus attached to it remained significant, but it certainly convincingly paints a picture of the departure from the central plan concept and of one of the variants of seeking out the ideal solution in the context of self-management socialism.

bank in a market economy” (Berend 2009, 206–207). Still, informal party and state control retained some of the key elements of the Soviet-like economy, the most important of which was that the country’s only source of credit funding was the central bank (Berend 2009, 206). There were also other forms of control that Čobeljić refers to as society’s planned action, i.e., an intervention by social forces, while the parallel existence of market and planned elements was to form a complementary whole (Čobeljić 1976, 141–150).

Reforms also changed the banking sector, i.e., the function and role of banks in the economic system. Under the Law on Banks and Credit Operations and the Law on the National Bank of Yugoslavia of March 1965 (*Official Gazette of the SFRY* 12/1965),⁵⁵ the role of the banks in the process of financing production increase grew, an attempt was made to limit the role of the state in funding investments, the way was paved for the deterritorialization of business banks in terms of their establishment and operations (they could carry out their activities throughout Yugoslavia) and conditions were created for the consolidation of banks and for downsizing the network of bank organizations (Golijanin 1983, 50–51). Partly due to economic reform measures and partly under the influence of autonomous factors, prices quickly rising, increasing the cost of living. The dinar first depreciated against the dollar, then it was denominated (as of 1 August 1965, 100 old dinars was worth 1 new dinar), while credit and monetary policy measures had increasingly shifted from developmental to stabilization goals (Hofmann 2004, 160–165).

The Yugoslav experiment with market socialism was soon brought into question. The 1965 reform followed a declining phase of an economic cycle that was accompanied by a rise in inflation, unemployment and external deficit. Faced with a choice between going back to a controlled economy or further decentralization of power, the authorities decided to continue the reform process. Investments were decentralized, banking was commercialized and the corporate income tax that was used to finance state investment funds was abolished. Workers’ councils elected company managements in cooperation with the local administration, income was divided between the investment fund and the wage fund, and significant differences in salaries were allowed in the hope of boosting work efforts. Decentralization also applied to the planning of long-term investments, with the belief that rational investing would be encouraged by the prospects

⁵⁵ In line with the 1963 Constitution, the name National Bank of Yugoslavia was introduced at this time. Minor changes were introduced to the Law on the NBY three more times by 1971 (*Official Gazette of the SFRY* 47/1966, 55/1968, 27/1971).

of larger future wage funds. However, salaries and other personal income increasingly kept funneling the money supply from companies to employees, so, gradually, work organizations face liquidity constraints, while individuals became increasingly wealthier. Hopes that economic growth would start by mid-1966 fell through, which the inadequate monetary and credit policy and foreign trade policy contributed to in part. The National Bank's restrictiveness in approving loans to business banks – brought about by credit potential assessments, which had previously been practically nonexistent – only aggravated the situation and intensified the effect of production slowdown, while the companies' debts kept increasing. The National Bank's actions confirm that, as a state instrument, it did not pursue an independent credit and monetary policy, but rather adapted to the requirements of politics (Andrijašević 1975, 192–193; Čobeljić 1976, 217–224; Lampe, Jackson 1982, 577; Golijanin 1983, 53; Horvat 1984, 125–129; Eichengreen 2007, 152–153).⁵⁶

The introduction of self-management did not mean that centralization of accumulation in social and political communities (SPC)⁵⁷ had ceased (it still stood at almost 80%), while progressive decentralization did not weaken their role, but rather distributed it. The reduction in federation funds actually strengthened the funds of the republics and municipalities, while funds of the organizations of associated labor strengthened only gradually. The National Bank still played a powerful role. It was only in the 1960s that a more decisive withdrawal of SPCs from the process of concentration and distribution (allocation) of accumulation began, followed by the liquidation of state capital over the following decade – first at the federal level, and then in lower SPCs. A consequence was reduced intervention by the National Bank and the weakening of federal banks, but this did not mean that the funds of the economy had grown strong enough and that it was capable of directly deciding on how they would be used. Business banks, which had grown in the meantime (and organized their systems), concentrated immense funds (from the SPC funds, the noncommercial sectors, insurance, foreign loans, household savings) and gained a dominant role in allocating

⁵⁶ State intervention in organizing banking and especially the central bank is not typical only of socialist economies, nor is it unknown in market systems. According to De Soto (De Soto 2009, 647–649), the establishment of a central bank is not the spontaneous result of a market process or of banking development, it is imposed by the state with a certain goal. Central banks are a result of government aspirations, so the factor of government influence is also known to exist in systems far more liberal than the socialist ones.

⁵⁷ Social and political communities were municipalities, republics, provinces and the federation.

funds for the financing of investments in fixed assets and working capital (three quarters of banking potential was in the hands of only six banks). Still, such developments did not strengthen the position of self-management companies (organizations of associated labor) and basically distanced banking from the self-management premises, so the quest for a model of a better credit and monetary system led to further transformation (Vratuša 1979, 511–512).

Under the 1965 regulations, business banks were economic organizations which, based on SPC plans, performed credit and other banking operations utilizing the shared resources of the social reproduction budget fund, in accordance with the common interest, but with considerable independence in performing their activities. They were divided according to their function into investment banks, communal banks and savings banks, which was to mark the switch to specialized banking across the board. However, the possibility of mixed operations remained, which basically led to the establishment of the system of mixed banks, in new circumstances.⁵⁸ Social management via SPC assemblies (from municipal to federal) was introduced in business banks for the first time, and, after a decade of administrative decentralization, the process of consolidating business banks through merger began (Ugričić 1967, 178–181; Mitrović *et al.* 2004, 201).

According to Horvat, until 1965, the authorities managed to adapt reforms to the development of self-management and of the society as a whole (Horvat 1984, 240–242). During the *golden age* of Yugoslavia's economy there was no significantly noticeable surge in inflation or unemployment, and new horizons opened up. However, this was interrupted by the 1965 reform because, instead of an elaboration of the planned market system in the spirit self-management (full freedom of action for all self-management entities and the existence of a coordination mechanism that prevents activities contrary to the general aims),⁵⁹ a disguised para-state alternative was introduced, self-managerial in its form, but essentially interventionist, characterized by many agreements and arrangements between companies, but carried

⁵⁸ The Belgrade United Bank was established already on 17 December 1965, and it included all short-term loans, investment loans for permanent working assets and capital assets, housing and communal loans, foreign currency and consumer loans to citizens, which made it a fully mixed bank (Ugričić 1967, 179).

⁵⁹ Or in the spirit of moving toward a full market economy (including privatization in the foreseeable future) and true democratization for which, as Gligorov believes (Gligorov 2017, 397), there was grounds in the constitutional and other legal changes from the early 1960s, and even in the 1958 party platform (although it is hard to imagine the circumstances under which the LCY would voluntarily relinquish power).

little weight. This not only resulted in self-management companies losing autonomy to various administrative mechanisms, but also in a serious economic decline, which, in a complex multinational community, soon started producing negative political repercussions.

The liberalization of the foreign trade and foreign currency systems, the increased shares of the economic organizations' and the citizens' in the distribution of the national product, and the aggravation of market conditions due to the increased sensitivity of economic entities, paved the way for a stronger impact of monetary factors. Still, the bank basic interest rate did not become an effective instrument of monetary policy. Due to nonfinancial factors, in conditions in which the demand for money constantly exceeded the supply, a *cheap money policy* was pursued, thus the strict system of the National Bank's discount operations prescribed by the law in practice turned into an inexhaustible source of lending to commercial banks for all kinds of purposes (mostly at the encouragement of local authorities), so, already starting 1967, the National Bank loans to business banks can be regarded as a unique form of a fiscal right to loans (Mitrović *et al.* 2004, 200–201).

The hopes that the socialist market economy would be effective proved to be unrealistic. The balance of payments slipped into deficit, investments dropped, prices increased, and the growth of industrial production between 1964 and 1968 was three times lower than before (18% compared to 54%).⁶⁰ Growth slowdown led to unemployment (solved by sending domestic workers abroad, which later produced positive economic effects) and to an increase in regional (republic) inequality, which not only had economic, but also social and political consequences (Čalić 2013, 282–282).

The system established by the reforms did not last long. During the process of constitutional changes, starting in the late 1960s, economy and banking were given a new framework. Amendments to the 1971 Constitution (workers' amendments) enabled the reestablishment of a universal bank type under the name business bank, which could be jointly established by business enterprises, non-commercial social entities and SPCs (without voting rights in bank operations), and the abolishment of investment and commercial banks. However, the NBY underwent the biggest changes in the process of creating a system of national banks of the republics and provinces, which marked its actual degradation (Golijanin 1983, 54; Gaćeša 2001, 584–585; Mitrović *et al.* 2004, 181, 201).

⁶⁰ The reform triggered a huge price increase. Comparing price index growth (by cycle) for the period 1955–1970: cycle 1955–1958: index 100.0; 1958–1960: 100.7; 1961–1964: 108.7; 1965–1970: 148.3. (Andrijašević 1975, 52).

Soon after the adoption of the Law on the National Bank of Yugoslavia and on the Uniform Monetary Operations of the National Banks of the Republics and the National Banks of the Autonomous Provinces of May 1972 (*Official Gazette of the SFRY* 23/1974), republic and provincial laws on national banks were also passed.⁶¹ The SFRY Constitution of 1974 confirmed the changes that were made, but also established the concept of social agreement in the economy as the basis for the so-called contractual economy (*Official Gazette of the SFRY* 9/1974). Under this system, which remained in effect, with minor modifications, almost until the dissolution of socialist Yugoslavia, the NBY was formally still the foundation of the uniform monetary system, only now it was managed by a collective body, the Board of Governors, consisting of governors of the national banks of the republics, provinces and the NBY, which could pass most decisions only by consensus.⁶² The central bank was federalized because the national banks of the republics and provinces were not only established by the federal units' special laws, but they also had their independent assignments for which they were accountable solely to their own parliaments. The Constitution did not confirm the NBY's exclusive right (as prescribed in the 1971 amendments) to the currency issuing function, while its functions in the field of regulating relations in the monetary system, monetary and foreign currency policy and regulating money circulation were significantly reduced. What remained of the exclusive NBY operations were some foreign currency operations (buying and selling and intervening in the interbank market and handling foreign currency reserves) and some financial functions for the needs of the Yugoslav People's Army and the country's defense, while external borrowing was carried out on the basis of a special law, and the issuance of money based on SFRY Parliament decisions.

⁶¹ Law on the National Bank of Bosnia and Herzegovina, *Official Gazette of the SR of BH* 4/1972; Law on the National Bank of Montenegro, *Official Gazette of the SR of Montenegro* 13/1972; 20/1973; Law on the National Bank of Croatia, *Official Gazette of the SR Croatia* 40/1973; Law on the National Bank of Macedonia, *Official Gazette of the SR of Macedonia* 45/1972; Law on the National Bank of Slovenia, *Official Gazette of the SR Slovenia* 3/1973; Law on the National Bank of Serbia, *Official Gazette of the SR of Serbia* 18/1973; Law on the National Bank of Kosovo, *Official Gazette of the SAP of Kosovo* 12/1973; Law on the National Bank of Vojvodina, *Official Gazette of the SAP of Vojvodina* 26/1972, 3/1973.

⁶² An additional hindrance to a rational pursuit of monetary policy was the fact that Board's decisions had to be approved in the Federal Executive Council (FEC) and in the SFRY Parliament, thus the Board of Governors could only make decisions on monetary policy instruments, but not on the actual policy. For examples of the federal government's influence see: AJ, Federal Executive Council (130)-928-1413, K.B. 16, 5 May 1954; AJ-130-758-1225, 01 No. 180, 21 April 1960, 01 No. 130, 20 January 1965, 01 No. 500, 12 March 1966, 01 No. 1057, 8 April 1968, 17 No. 801, 10 April 1970, 17 No. 209/9, 10 September 1970; AJ-130-4544, doc. 26.6 confidentially No. 422-8/80, 29 April 1980. Also see: Hofmann 2004, 178-221.

It is for this reason that, starting 1972, there could be no discussion of a central bank as a unified bank of issue, but rather of a central banking system consisting of the NBY and eight banks of the republic and provinces (Mitrović *et al.* 2004, 201–204).⁶³

As a consequence of the 1974 Constitution and of the contractual economy,⁶⁴ during the period from 1976 to 1985, the so-called self-management banking system took shape, which, placed enterprises under its control, as their financial service. State capital was withdrawn from the business banks and SPCs could no longer be their founders. However, founders gained equal voting rights regardless of their equity stakes, they owned the total income generated by bank operations, and they were joint and several guarantors for all liabilities (not only with their equity stake but also with all their other assets) (Mitrović *et al.* 2004, 202). A series of regulations on banking and on the credit system, passed in 1976–1978, strived to strengthen the function of self-management enterprises and to enable their self-financing and association of work and income, with the aim of the rational utilization of funds.⁶⁵ The setting up of internal banks, as the basic unit of the banking and credit system, was enabled, while enterprises

⁶³ For the sphere of activities and the functioning of a federal unit national bank demonstrated on the example of the National Bank of Vojvodina see: Gaćeša 2001, 612–637.

⁶⁴ The contractual economy model was based on the belief that the economy could function based on voluntary agreements between economic factors and that cooperation could replace competition. However, instead of harmony, in conditions where every one of the 65,000 Yugoslav bearers of social planning (42,067 organizations of associated labor, 953 banks and associations of insurance, 1,863 work communities, etc.) drafted its own plan and harmonized it with other labor and social organizations, led to a period of non-coordination and actual nonexistence of a market and a plan. (Mecinger 1988, 175–178). What followed, as a sign of this economic system's weakness, was a decline in productivity, weakening of financial discipline, inflation growth and institutional politicization of the economy, while the absence of macroeconomic policy led to the complete disappearance of a central influence on the country's economy.

⁶⁵ Eight federal regulations were passed between late 1976 and mid-1977, directly or indirectly influencing the structure and operation of banks: the Monetary System Act and the Law on the National Bank of Yugoslavia and on the Uniform Monetary Operations of the National Banks of the Republics and the National Banks of the Autonomous Provinces (*Official Gazette of the SFRY* 49/1976), the Law on the Fundamentals of the Banking and Credit System and Law on the Social Accounting Service (*Official Gazette of the SFRY* 2/1977), Law on Foreign Exchange Operations and Credit Relations with Foreign Countries, the Law on Foreign Trade in Goods and Services and Law on Performing Economic Activities Abroad (*Official Gazette of the SFRY* 15/1977), as well as the Decree on the Establishment and Operations of Representative Offices of Foreign Companies in Yugoslavia (*Official Gazette of the SFRY* 30/1977).

and other legal entities were free to establish also other “self-management financial organizations” (banks, specialized banks, savings and credit organizations), as well as basic and united banks (Gaćeša 2001, 586–587).

Therefore, starting in late 1977, the banking organization consisted of the following: a system of central banks (NBY and eight banks of the republics/provinces); business banks (internal and united banks, specialized financial organizations, savings and credit organizations, etc.); lending funds (for export operations,⁶⁶ economically underdeveloped areas and associated labor), while consortiums and associations of banking organizations also emerged. The SAS was a special financial institution – an independent organization for the execution of internal payment operations, control of the adequate use of social funds, and statistical and information work, while financial organizations also included insurance companies (insurance communities), although their role in the market was very modest. Finally, the regulations enabled the setting up and operation of representative offices of foreign banks and other financial institutions (Golijanin 1979, 134).

The Law on the National Bank of Yugoslavia and on Uniform Monetary Operations of the National Banks of the Republics and Provinces was passed in 1976 and amended and supplemented three times over the following twelve years.⁶⁷ Under Amendment 35 to the SFRY Constitution (*Official Gazette of the SFRY* 70/1988), the NBY and national banks of the republics and provinces were defined as institutions of a uniform monetary system that implement a common monetary and foreign currency policy, which led to the passage of a new Law on the National Bank of Yugoslavia and on Uniform Operations of the National Banks of the Republics and Provinces of 17 June 1989.⁶⁸ In the process of harmonizing with this law, a new NBY Statute was adopted, which came into effect on 5 January 1990, at a time when political passions and growing nationalism brought into question not only the survival of the banking system, but also that of the state.

As the founders of the internal banks lacked adequate regulations for quite some time, these banks were established in various ways and had different statuses (Gaćeša 2001, 646–654).⁶⁹ At the same time, in accordance with

⁶⁶ It was on its foundations that the Yugoslav Bank for International Economic Cooperation – the YUBIEC bank, was established in 1979.

⁶⁷ *Official Gazette of the SFRY* 49/1976, 41/1981, 26/1984, 71/1986.

⁶⁸ For the law, amendments and supplements see: *Official Gazette of the SFRY* 34/1989, 88/1989, 61/1990, 63/1990.

⁶⁹ Only 11 internal banks were established in the first year of the Law on the Fundamentals of the Banking and Credit System (1977), but by 1981 their number had increased to 164 (Golijanin 1983, 67).

the 1977 Law on Fundamentals of the Banking and Credit System (*Official Gazette of the SFRY 2/1977*), in order to meet the broader needs in pooling labor and resources that exceeded the scope of operation of the internal banks (for example, business operations with legal and physical persons who are not internal bank members), the establishment of basic banks, as organizations for all banking operations, was enabled, which could then form a united bank in order to achieve aims that exceed the scope of operation of a basic bank or with the aim of performing banking operations of common interest.⁷⁰ United banks were the highest level of financial integration and were conceived as a source of funding of the largest developmental and joint investment ventures. Finally, united banks and basic banks that comprised them could enter into agreements with other financial organizations and form consortiums. Nine united banks⁷¹ were established in Yugoslavia by the mid-1980s, once again by applying the ideal formula of the Yugoslav federation – one in each republic and province and two in Serbia (the name of one was locally defined – Beogradska banka, and the other had a Yugoslav prefix – Jugobanka).

In regard to business banks, the last major change in the banking sector came just before the breakup of Yugoslavia. The Law on Banks and Other Financial Organizations (*Official Gazette of the SFRY 10/1989, 40/1989*) envisaged the transformation of banks into joint stock (shareholding) companies, which was a full turnaround toward market economy in the finance sector, but subsequent political events thwarted the effects of such decisions.

Changes in the 1970s led to a situation in which the NBY did not function as a unified bank of issue, but as part of a complex central bank system (federalism of credit and monetary regulation), which was a practice unknown in the rest of the world. The aggravation of the economic situation, which became evident in the early 1980s and soon after also chronic, was not beneficial to the stability of banking system. The increase in the balance of payments deficit, economic growth stagnation (only 0.6% in 1980–1988) and halved industrial production growth (2.4% in the period 1980–1988, from the previous 5%), the increase in unemployment and inflation, which

⁷⁰ By mid-1978 161 basic banks were formed (of which 132 were joined into united banks), and their number went up to 165 by the end of 1982 (Golijanin 1979, 134; 1983, 68).

⁷¹ Belgrade United Bank, Belgrade; Ljubljana Bank – United Bank, Ljubljana; Commercial Bank – United Bank, Sarajevo; Yugo-Bank [Jugobanka] – United Bank, Belgrade; Vojvodina Bank – United Bank, Novi Sad; Commercial Bank – United Bank, Skopje; United Bank of Kosovo, Priština; Investment Bank – United Bank, Titograd; and United Bank of Croatia, Zagreb (Golijanin 1983, 71–72; Gaćeša 2001, 656).

turned into hyperinflation (at end of 1988 it stood at approximately 250%, and in 1989 it was over 2,600% per year), the sharp increase in foreign debt and the incapacity of its timely servicing, all led to the increased closing up of the federal units, i.e., to the creation of a kind of national (republic and provincial) economies. Inter-republic and inter-regional investments became a rarity (3%–4% of total investments). Autarchic tendencies in the domain of loans and money strengthened the role of the political factors of the federal units and further weakened that of the federal state, while measures for the protection of the unified monetary system, prescribed by the NBY, were not consistently implemented by the republic and provincial national banks. Enormous external borrowing was a particularly serious issue, along with an economically inefficient use of these funds, and the widespread abuse, which was made possible by the 1977 Law on Foreign Exchange Operations and Credit Relations with Foreign Countries (*Official Gazette of the SFRY* 15/1977), whose starting point was the principle that foreign currency is an integral part of every labor organization's income.⁷²

The 1970s were a turning point that paved the way for the system's collapse. Even though domestic decision-makers were not the only ones responsible for it – there were also the global changes in the system of values brought on by the post-industrial society (the decreasing importance of industrial progress) and the changed international circumstances due to the policy of détente – the accountability of the state authorities should not be diminished, because they allowed for the industry to remain underfunded, technologically backward and bureaucratized, and for the contractual economy, which was built on privileges, to be incapable of change. The failure to adapt to the challenges of the post-industrial and globalization era led to a decline in the demand for Yugoslav products, so the foreign trade balance became substantially negative.⁷³

In the 1980s the country faced an even greater economic, but also political, social and psychological crisis, the gravest thus far, resulting in loss of orientation, insecurity and fear of the future, while the failure of a large

⁷² For many years, Yugoslavia borrowed far too easily in the financial market, but the situation became alarming when the debt crisis broke out. The USA significantly increased interest rates in 1979 so large debtors (like Yugoslavia) were forced to spend a considerable part of their income on loan repayment. The federal government's powerlessness made the situation even more complicated because it lost control over the borrowing of the republics, so they increasingly fell under control of their creditors (from the international financial market), and Yugoslavia was faced with the situation of de facto sovereign default in 1981.

⁷³ From 1975 to 1980 alone, the negative balance increased by more than two and a half times, from 61.6 to 166.1 billion dinars (Federal Statistical Office 1989, 299).

number of reforms and economic misery facilitated the loss of legitimacy and confidence. Inflation grew, rooted in the investment strategy that had been financed by foreign loans in the second half of the seventies, in the absence of domestic accumulation, thus triggering high external debt growth. Adding to this was the increase in real interest rates in the global market and the rapidly diminishing borrowing opportunities for over-indebted countries, and Yugoslavia faced difficulties importing raw and processed materials. Impeded importing disrupted the normal flow of production and the securing of funds for servicing external debts, so foreign exchange reserves were increasingly being used. At the same time, the price competitiveness of Yugoslav exports fell. The dinar was devaluated and exchange rates were adjusted. The increasingly slow economic growth became negative in 1983, so shortages and strong austerity measures followed. By 1984, economic decline, rising inflation, a growing budget deficit, a drop in the living standard and other accompanying misfortunes had created an army of more than a million unemployed people and increased social tensions. The republics became increasingly unyielding and further distanced themselves from one another, depriving the increasingly conservative federal state of the last remnants of its governing powers. Social, political and (increasingly) national differences gained momentum, while the ideas and benefits of socialism melted away at an increasing rate (Hofmann 2004, 265–266; Čalić 2013, 328–329, 347, 420–421).

The system in which the NBY could not essentially control the banks of the republics provinces, to which it was to approve loans and which in turn led to the expansion of money and loans in the country, resulted in constant inflation, against which restrictive monetary measures could not be taken because of the lack of consensus of the executive authorities. An absurd situation was created in 1983 when the NBY – by that time practically without any powers in the sphere of monetary policy – at the request of foreign creditors became the guarantor of all foreign liabilities (of all loans in the country and negative exchange rate differences) (Mitrović *et al.* 2004, 206–207; Jović 2009, 156). This was the price of the executive authorities establishing full control of the NBY, with the most noticeable effect being the constant weakening of the dinar and inflation growth, and the fatal consequence of which was the (con)federalizing of powers, thanks to which the national banks of the republics and provinces were able to undermine the unified monetary system.⁷⁴

⁷⁴ On inflation in the early 1980s, growing credit indebtedness as well as on relations with the central authorities see: AJ-130-5988, doc. 38.3 No. 422-17, 10 December 1984; AJ-130-5656, doc. 28 No. 422-5/83, 14 February 1983; AJ, Presidency of the SFRY (803)-113, shorthand notes from the 81st sitting, 4 June 1981; Federal Statistical Office 1986, 164–170.

Until the end of 1986, decisions in the NBY Board of Governors were passed by consensus, which led to the adoption of compromise solutions in which rational criteria did not have priority. Due to the Board's inefficiency, responsibility was transferred to the Federal Government, which is why the two thirds majority principle was introduced in late 1986. Several reforms (economic and stabilization programs) were attempted during the 1980s, aimed at slowing down and ending the crisis and creating a solid foundation for the economic, as well as the political system. Such processes also included the 1988 constitutional changes (amendments), which pushed the country's economic system closer to the real market concept and facilitated integration of the Yugoslav economic system into Western European relations,⁷⁵ however, for entirely different reasons, the necessary change and modernization of the political system did not suit the political and provincial authorities, and even the federal government was not ready for a reform (Čobeljić, Rosić 1989, 382–382; Mitrović *et al.* 2004, 203–204; Hofmann 2004, 252–257, 320, 326, 350–351).

In the meantime, the federal government, headed by Ante Marković, attempted to implement a program of comprehensive reforms against the increasingly noticeable financial frivolousness caused by the restrictive credit and monetary policy. A program aimed at rehabilitating the economic and financial system was adopted at end of 1989. The initial results were more than encouraging.⁷⁶ However, the divergent goals of the republics, which were inspired by nationalism and operated within the framework of political intolerance, first led to the break-up of the LCY in early 1990,⁷⁷

⁷⁵ Equality of social and private property and private initiative's legal illimitability were established (*Official Gazette of the SFRY* 70/1988), which practically suspended self-management.

⁷⁶ Monthly inflation was reduced from 56% in November 1989 to 2.4% in March 1990 only to soon turn into deflation. The dinar was denominated at a ratio of 10,000 old dinars for 1 new dinar, pegged to the Deutsche mark (7:1) and gained convertibility. The parliament began adopting transitional legislation aimed at the accession to the European Economic Community. Imports were liberalized, and there was partial deregulation and opening up of the money, capital and labor markets. In six months, reforms increased foreign currency reserves from 5.8 to 8.7 billion dollars (July 1990), and the external debts was reduced by 2 billion dollars (Federal Executive Council 1990, 7–8).

⁷⁷ At the 14th extraordinary congress of the LCY, which suspended its work due to the break-up of the party, a decision was to be taken on abolishing the contractual economy. The Declaration entitled "New Project for Democratic Socialism and Yugoslavia" envisaged the introduction of a market economy and the existence of different forms of ownership (i.e., the privatization of for-profit activities) (*Communist*, 1990).

and then also to the suppression of the reform effects. In the further disintegration of the federation, their accomplices were the national banks of the republics and provinces, which increasingly abused their position and power. Business intolerance and particularity became apparent, while arbitrary violation of financial discipline and breaches of integrity of the country's foreign exchange and monetary system became a commonplace.⁷⁸ Following the "assault" on the foreign exchange reserves, carried out by the republics starting in the summer of 1990, with the aim to get their hands on as much cash as possible, the culmination was Serbia's raid on the monetary system in December 1990 (Mitrović *et al.* 2004, 207–212; Hofmann 2004, 249–262, 265–284; Turnock 2005, 236; Čalić 2013, 367–368).⁷⁹

Raids on the monetary system also continued in 1991. The process of the joint state's political and economic disintegration practically led to the liquidation of domestic payment operations and to the interruption of the flow of goods and capital in the country, to the termination of internal convertibility, decrease in foreign exchange reserves, loss of trust in banks, and increasing financing of the budget deficit from the primary issue. In the process of the break-up of the country, which starting in mid-1991 included a civil war, between October 1991 and June 1992, the republics withdrew, one

⁷⁸ The analysis of materials from just eight sittings of the NBY Board of Governors (September – December 1990) revealed a series of great irregularities, inconsistencies and difficulties: breaches in spending, unauthorized issuance of money orders for payments in foreign countries, disagreement of the republics regarding the use of primary issue and, in general, frequent rifts in voting along with mutual accusations and finger-pointing by Board members, multiple breaches of monetary frameworks by banks and irregularities in implementing monetary and credit policy measures, unauthorized issuance of money or approval of loans from the primary issue over the agreed quotas, violation of NBY decisions on bankruptcy of banks and on unauthorized breaches of the primary issue and other irregularities not only in business banks, but also by the national banks, failure to transferring to the NBY part of the income from the interest on investments from the primary issue, loss of control of all monetary and credit aggregates, the fact that 45% of banks in the country were credit unworthy, and sluggishness in bank restructuring. In short, as the Governor of the National Bank of Bosnia and Herzegovina put it, everyone advocated for "their own region and for keeping the acquired positions". ANB, 1/III-ORG, Board of Governors, minutes from the sittings, 1990, f. 147–153, sittings 386–394, 7 September – 26 December 1990.

⁷⁹ On Serbia's raid on the monetary system by withdrawing 18.24 billion dinars from the primary issue: ANB, 1/III-ORG, Board of Governors, minutes from sittings, 1991, f. 154, Minutes from the extraordinary sitting of 7 January 1991; *NIN* 1999.

after another, from the unified financial and monetary system of the SFRY,⁸⁰ a system that had undergone the most comprehensive changes throughout the entire epoch of the socialist Yugoslavia.⁸¹

5. CONCLUSION

The banking sector in socialist Yugoslavia began its transformation into a system of socialist relations immediately following the Second World War. Acts on nationalizing the private sector (confiscation, nationalization), setting up of socialist banks, consolidation and centralization, launched the system of a centrally planned economy. The logic of this system placed great importance in the central bank, which became a pillar of banking as a whole, with the contribution of complex external circumstances deriving from the split with the countries of the East, and the establishment of the nations' own vision of socialism – self-management.

At the time of the declaration of the new social system, the Yugoslav banking system underwent full centralization when all the banks in the country (except for a few savings banks) became part of the National Bank (1952). However, since the fusion failed to yield the expected results, in the spirit of decentralization and moderate market elements, the process of separating communal banking operations from the National Bank began starting 1954 and was soon followed by the establishment of specialized banks.

A new wave of decentralization followed in the early 1962, when the banking system was branched out into the National Bank and business banks, which consisted of communal and newly-founded commercial banks of the republics and provinces. However, the new system was not even fully operational when changes began, first in 1962, by strengthening the

⁸⁰ For details on the National Bank business policy and results see the annual reports of the National Yugoslavia for the years 1981–1991.

⁸¹ In addition to the above mentioned, the instability of the banking system was also reflected in the changes to the internal organization of the Yugoslav central bank. It underwent as many as twelve major internal organizational changes during the period between 1945 and 1989 (*Official Gazette of the DFY* 7/1945; *Official Gazette of the FPRY* 26/1947, 4/1954, 10/1961, 12/1965; ANB 1/III, ORG, Management decisions, Decision No. 110, 13 December 1966, and Decision No. 4, 19 January 1970; *Official Gazette of the SFRY* 23/1972, 49/1976; ANB 1/III, ORG, Management decisions, Decision No. 69, 15 November 1978, and Decision No. 46, 2 April 1985; *Official Gazette of the SFRY* 34/1989).

internal payment operations system through the Social Accounting Service, and then in 1964, when the banks of the republic and provinces were given considerable powers as specialized banks.

The decline in economic growth in the early 1960s led the solution being sought through economic reform (1965), which once again changed the banking system framework. The strengthening of market elements led to the creation of so-called socialist market banking, which strengthened the role of banks in crediting and limited (actually modified) state intervention, albeit mostly at the federal level.

The collapse of the reform brought about new changes, which spilled over from the sphere of political decentralization to banking. Hence, the constitutional changes from the early 1970s resulted in the confederalization of the central bank (the so-called system of the NBY and national banks of the republics and provinces). At the same time, business banks once again gained strength, spreading their network, and placing under control companies from the real sector, as their financial services, which was aided by the withdrawal of all state deposits from the banking system. Despite the fact that the 1980s brought a crisis, these banks increasingly moved toward full market operations, until political circumstances interrupted this transition within the framework of the Yugoslav community.

Economic stagnation was the first sequel the trend of political confederalization in the 1980s, followed by economic downfall which was accompanied by a balance of payments and budget deficit, inflation, an enormous external debt, and overall crisis. These conditions led to the economic autarchization of the republics, whose political sphere was being increasingly permeated by nationalism. Handing over responsibility to the central bank (regarding the servicing of the foreign debt) without the existence of adequate powers only speeded up the loss of cohesion and led to attacks on the uniform monetary system. Attempts at new changes in the banking sphere (but also in the overall economic, financial and social sphere) were thwarted by the further disintegration of the joint state, which slipped into civil war in 1991, marking the end of the unified financial and monetary system of socialist Yugoslavia.

The history of the banking system of socialist Yugoslavia, in many respects specific, remains open for numerous economic and historiographical studies and research. Among other things, it is the author's belief that it would be sensible to analyze the effects of each of the reform processes that impacted banking, to establish the difference between the principles and techniques proclaimed by the reforms and the achieved practice, with special emphasis on determining the impact of the external (political) factor on the planned

market system, to examine the resilience and sustainability of the banks following the failure of the self-management socialist system and the dissolution of the joint state, what legacy Yugoslavia left to the banking of successor countries, etc.

* * *

Proposal for the periodization of the history of the banking system of socialist Yugoslavia:

1. Centralization phase (1944/45–1954)

- period of reconstruction and nationalization of banks (1944–1946)
- period of concentration (1947–1952)
- period of a unified bank (1952–1954)

2. Decentralization phase (1954–1965)

- period of introduction of the multi banking system (1954–1955)
- period of decentralization in accordance with the establishment of a new communal system (1956–1961)
- period of increased decentralization and introduction of business banks (1961–1965)

3. Socialist market banking phase (1965–1991/92)

- period of reform and the establishment of socialist market banking, accompanied by a reduction of the role of SPCs and the opening up of possibilities for inter-Yugoslav banking (1965–1971)
- period of the establishment and functioning of the system of national banks and business banks as special organizations of associated labor, and harmonization of the monetary and credit system and banking system with the constitution (1971–1976)
- period of the functioning of a complex system of national banks in conditions of an aggravated political situation and growing social and political tensions (1976–1989)
- period of initial transformation of banks into joint stock (shareholding) companies (1989–1991/92).

REFERENCES

Sources

- [1] Archives of the National Bank of Serbia (ANB): National Bank of Yugoslavia 1945–1992 (1/III) [collection in the process of archival processing]; Legacy of Miodrag Ugričić (18).
- [2] Archives of Yugoslavia (AJ): Ministry of Agriculture and Forestry (4); Ministry of Electric Power Industry (11); Ministry of Finance (12); Ministry of Industry (17); Economic Council of the FPRY (40); Black Metallurgy Head Administration (106); Head Directorate of the Federal Motor Industry (108); Federal Executive Council (130); Presidency of the SFRY (803).

Legal acts

- [1] *Official Gazette of the SR Croatia* (1973).
- [2] *Official Gazette of the SR of Makedonia* (1972).
- [3] *Official Gazette of the SR of Serbia* (1973).
- [4] *Official Gazette of the DFY* (1945).
- [5] *Official Gazette of the FPRY* (1946–1952, 1954, 1956–1961).
- [6] *Official Gazette of the SAP of Kosovo* (1973).
- [7] *Official Gazette of the SAP of Vojvodina* (1972–1973).
- [8] *Official Gazette of the SFRY* (1963, 1965–1966, 1972–1973, 1976, 1981, 1984–1986, 1988–1990).
- [9] *Official Gazette of the SR of Bosnia and Herzegovina* (1972).
- [10] *Official Gazette of the SR of Montenegro* (1972–1973).
- [11] *Official Gazette of the SR of Slovenia* (1973).

Literature

- [1] Aleksić, Vesna S. 2002. *Banka i moć: socijalno-finansijska istorija Opšteg jugoslovenskog bankarskog društva a.d. 1928–1945* [Bank and power: Socio-financial history of Opšte jugoslovensko bankarsko društvo AD 1928–1945]. Belgrade: Stubovi kulture.
- [2] Aleksić, Vesna S. 2021. From Affiliation to Nazification: The Political Destiny of a “Grossbank” in Yugoslavia 1918–1945. Belgrade: Institute of Economic Sciences.

- [3] Andrijašević, Jovan. 1975. *Tržište i tržišne strukture u privredi Jugoslavije* [Market and market structures in Yugoslavia's economy]. Belgrade: Institute of Social Sciences, Economic Research Center.
- [4] Berend, Ivan T. 2009. *Ekonomska istorija Evrope u XX veku: Ekonomski modeli od laissez-faire do globalizacije* [Economic history of Europe in the 20th century: Economic models from *laissez-faire* to globalization]. Belgrade: Arhipelag.
- [5] Crouzet, François. 2001. *A History of the European Economy, 1000–2000*. Charlottesville: University Press of Virginia.
- [6] Cvikić, Sandra, Ivana Žebec Šilj. 2018. Društveni utjecaj centralno planirane ekonomije u socijalističkoj Hrvatskoj – primjer Vukovara [Social influence of centrally planned economy in socialist Croatia – the example of Vukovar]. 407–411 in *Ekonomska teorija u periodu 1958–2018* [Economic theory during the 1958–2018 period], edited by Božo Drašković, Jelena Minović and Aida Hanić. Belgrade: Institute of Economic Sciences.
- [7] Čalić, Mari-Žanin. 2013. *Istorija Jugoslavije u 20. veku* [The history of Yugoslavia in the 20th century]. Belgrade: Clio.
- [8] Čobeljić, Nikola, Ilija Rosić. 1989. *Privredni razvoj i privredni sistem Jugoslavije* [Economic development and Yugoslavia's economic system]. Belgrade: Savremena administracija.
- [9] Čobeljić, Nikola, Radmila Stojanović. 1966. *Teorija investicionih ciklusa u socijalističkoj privredi* [Theory of investment cycles in socialist economy]. Belgrade: Economic Research Institute.
- [10] Čobeljić, Nikola, Kosta Mihailović, and S. Đurović. 3–4/1954. Problem našeg tržišta s naročitim osvrtom na tržište poljoprivrednih proizvoda [The problem of our market with special reference to the market of agricultural products]. *Ekonomist, organ Saveza društava ekonomista Jugoslavije* 7: 31–70.
- [11] Čobeljić, Nikola. 1959. *Politika i metodi privrednog razvoja Jugoslavije 1947–1956* [Politics and methods of Yugoslavia's development 1947–1956]. Belgrade: Nolit.
- [12] Čobeljić, Nikola. 1976. *Privreda Jugoslavije: rast, struktura i funkcionisanje* [Yugoslav economy: Growth, structure and functioning]. Belgrade: Savremena administracija and Economic Research Institute.
- [13] Čobeljić, Nikola. 1988. Plan i tržište – otvoreni problemi i pokušaj sinteze [Plan and market – Open issues and attempted synthesis]. 21–60 in *Plan i tržište u jugoslovenskom ekonomskom sistemu: Zbornik*

- radova* [Plan and market in the Yugoslav economic system: Collection of works], edited by Nikola Čobeljić. Belgrade: Serbian Academy of Arts and Sciences and the “Svetozar Marković” University in Kragujevac.
- [14] Čolanović, Branko. 1979. *Joint Ventures in Yugoslavia*. Belgrade: Association of Publicists.
- [15] Eichengreen, Barry. 2007. *The European Economy Since 1945: Coordinated Capitalism and Beyond*. Princeton: Princeton University Press.
- [16] Eloranta, Jari, Mark Harrison. 2010. War and disintegration, 1914–1950. 133–155. *The Cambridge Economic History of Modern Europe: 1870 to the Present*, Vol. 2, edited by Stephen Broadberry and Kevin H. O’Rourke. Cambridge: University Press.
- [17] Gaćeša, Nikola L. (ed.). 2001. *Istorija bankarstva u Vojvodini* [The history of banking in Vojvodina]. Novi Sad: Matica srpska and Vojvođanska banka.
- [18] Gligorov, Vladimir. 2017. Korist i troškovi – ključna tema sporenja [Benefit and costs – the key issue of contention]. 383–413 in *Jugoslavija u istorijskoj perspektivi* [Yugoslavia in a historical perspective], edited by Latinka Perović, Drago Roksandić, Mitja Velikonja, Wolfgang Hopken, Florian Bieber. Belgrade: Helsinki Committee for Human Rights in Serbia.
- [19] Gnjatović, Dragana. 11–12/2011. Nacionalizacija Privilegovane agrarne banke posle Drugog svetskog rata [Nationalization of the Privileged Agrarian Bank after the Second World War]. *Bankarstvo* 40: 10–23.
- [20] Golijanin, Milan. 1979. *Monetarni sistem i monetarno-kreditna politika Jugoslavije* [Yugoslav monetary system and monetary and credit policy]. Zagreb: Izdavačko instruktivni biro.
- [21] Golijanin, Milan. 1983. *Bankarstvo Jugoslavije: Teorija, organizacija i poslovanje* [Yugoslav banking: theory, organization and operation]. Belgrade: Privredni pregled.
- [22] Hadži-Pešić, Jovan. 1995. *Novac Jugoslavije 1944–1992* [Yugoslav money 1944–1992]. Belgrade: National Bank of Yugoslavia.
- [23] Hanson, Philip. 2003. *The Rise and Fall of the Soviet Economy: An Economic History of the USSR from 1945*. New York: Routledge.
- [24] Hobsbawm, Eric. 2002. *Doba ekstrema: Istorija Kratkog dvadesetog veka 1914–1991* [The Age of Extremes: The Short Twentieth Century, 1914–1991]. Belgrade: Dereta.

- [25] Hofmann, Gordana. 2004. *Narodna banka 1944–1991* [The National Bank 1944–1991]. Belgrade: European Center for Peace and Development.
- [26] Horvat, Branko. 1969. *Privredni ciklusi u Jugoslaviji* [Economic cycles in Yugoslavia]. Belgrade: Institute of Economic Sciences.
- [27] Horvat, Branko. 1970. *Privredni sistem i ekonomska politika Jugoslavije: Problemi, teorije, ostvarenja, propusti* [Yugoslavia's economic system and economic policy: Problems, theories, achievements and oversights]. Belgrade: Institute of Economic Sciences.
- [28] Horvat, Branko. 1984. *Jugoslavenska privreda 1965–1983: Prognoze i kritike* [Yugoslav economy 1965–1983: Forecasts and critiques]. Ljubljana, Zagreb: Cankarjeva založba.
- [29] Huszti, Ernő. 1–2/1981. Main Trends in the Development of Socialist Banking Systems and Organization: Relations Between the Functions of Issuing (Central) and Credit Banks. *Acta Oeconomica* 26: 71–91.
- [30] Ilić, Saša. 2020a. *Stranci „gastarbajteri“: Strana stručna radna snaga u privredi Jugoslavije 1945–1950. godine* [Foreign “guest workers”: Foreign skilled workforce in the Yugoslav economy 1945–1950]. Belgrade: Archives of Yugoslavia.
- [31] Ilić, Saša. 2/2020b. *Krah politike zarada i cena u leto 1945. godine* [The collapse of the policy of wages and prices in the summer of 1945]. *Tokovi istorije* 28: 107–138.
- [32] Ilić, Saša. 2021. Bankarstvo socijalističke Jugoslavije do uvođenja socijalističke tržišne privrede (1944/45–1965) [Banking system of socialist Yugoslavia until the introduction of socialist market economy (1944/45–1965)]. 137–150 in *Značaj institucionalnih promena u ekonomiji Srbije kroz istoriju* [Importance of institutional changes in Serbia's economy through history], edited by Jelena Minović, Milica Kočović De Santo, Aleksandar Matković. Belgrade: Institute of Economic Sciences.
- [33] Jović, Dejan. 2009. *Yugoslavia: A State that Withered Away*. West Lafayette: Purdue University Press.
- [34] Kardelj, Edvard. 1953. *O osnovama društvenog i političkog uređenja FNRJ* [On the fundamentals of the social and political organization of the FPRY]. Belgrade: Kultura.
- [35] *Komunist*. 1990. Novi projekt za demokratski socijalizam i Jugoslaviju [New project for democratic socialism and Yugoslavia]. 19 January 1990.

- [36] Kršev, Boris N. 3–4/2008. Nacionalizacija Narodne banke Kraljevine Jugoslavije [Nationalization of the National Bank of the Kingdom of Yugoslavia]. *Tokovi istorije* 16: 28–45.
- [37] Lampe, John R., Marvin R. Jackson. 1982. *Balkan Economic History: From imperial Borderlands to Developing Nations*. Bloomington: Indiana University Press.
- [38] Marjanović, Jovan, Đorđe Knežević, Branko Petranović, Aleksandar Jovanović. 1968. *25 godina socijalističke Jugoslavije* [25 years of socialist Yugoslavia]. Belgrade: PTT Printing and Publishing Company.
- [39] Mecinger, Jože. 1988. Sjaj i beda društvenog planiranja [The splendor and misery of social planning]. 175–184 in *Plan i tržište u jugoslovenskom ekonomskom sistemu: Zbornik radova* [Plan and market in the Yugoslav economic system: Collection of works], edited by Nikola Čobeljić. Belgrade: Serbian Academy of Arts and Sciences and the “Svetozar Marković” University in Kragujevac.
- [40] Mitrović, Andrej, Veroljub Dugalić, Dragana Gnjatović, Ile Kovačević, Gordana Hofman. 2004. *Narodna banka 1884–2004* [The National Bank 1884–2004]. Belgrade: Yugoslav Review.
- [41] Mitrović, Momčilo. 1988. *Društveno-ekonomske promene i organizacija upravljanja privredom u Srbiji 1944–52. godine* [Socioeconomic changes and the organization of managing the economy in Serbia 1944–52]. Belgrade: Institut za istoriju radničkog pokreta Srbije.
- [42] Moiseev, Sergei Rustamovitch. 2015. *История центральных банков и бумажных денег* [Istoriia tsentral'nykh bankov i bumazhnykh deneg; History of central banks and paper money]. Moscow: Central Bank of the Russian Federation.
- [43] Neuberger, Egon, 3/1959. Centralization vs. Decentralization: The Case of Yugoslav Banking. *The American Slavic and East European Review* 18: 361–373.
- [44] *NIN*. 1999. Operacija u Narodnoj banci [Operation in the National Bank]. No. 2549, 4 November.
- [45] Perak, M. 1981. *Poštanska štedionica 1921–1981: 60 godina u službi napretka* [Postal Savings Bank 1921–1981: 60 years in the service of progress]. Belgrade: Postal Savings Bank.
- [46] Perišin, Ivo. 1975. *Novac, kredit i bankarstvo u sistemu samoupravljanja* [Money, credit and banking in the self-management system]. Zagreb: Informator.

- [47] Petranović, Branko (ed.). 1995. *Zapisnici sa sednica Politbiroa Centralnog komiteta KPJ (11. jun 1945–7. jul 1948)* [Minutes from the CPY Central Committee Politburo sittings (11 June 1945–7 July 1948)]. Belgrade: Archives of Yugoslavia and Official Gazette of the FRY.
- [48] Petranović, Branko. 1988. *Istorija Jugoslavije 1918–1988, treća knjiga: Socijalistička Jugoslavija 1945–1988* [The history of Yugoslavia 1918–1988, Vol 3.: Socialist Yugoslavia 1945–1988]. Belgrade: Nolit.
- [49] Petrović, Vojislav J. 1954. *Razvitak privrednog sistema FNRJ posmatran kroz pravne propise, I, Period od početka Narodnooslobodilačke borbe do donošenja Ustava FNRJ* [The development of the FPRY economic system viewed through legal regulations, I, Period from the beginning of the National Liberation Struggle until the adoption of the Constitution of the FPRY]. Belgrade: Economic Institute of the FPRY.
- [50] Petrović, Vojislav J. 1957. *Razvitak privrednog sistema FNRJ posmatran kroz pravne propise, IV, Period od donošenja osnovnog Zakona o upravljanju državnim preduzećima do prelaska na novi privredni sistem (sredina 1950 do kraja 1953 god.)* [The development of the FPRY economic system viewed through legal regulations, IV, Period from adoption of the basic Law on the Management of State Companies until the transition to a new economic system (mid-1950 until end of 1953)]. Belgrade: Economic Institute of the FPRY.
- [51] Pijevac, Komnen, Miladin Milošević, Vukman Boričić. 2000. *Vodič kroz fondove Kraljevine Jugoslavije* [Guide through the collections of the Kingdom of Yugoslavia]. Belgrade: Archives of Yugoslavia.
- [52] Piljak, Milan. 2013. Reforme jugoslovenskog ekonomskog sistema 1945–1965 [Reforms of the Yugoslav economic system 1945–1965]. 219–239 in *Istorijska tribina: Istraživanja mladih saradnika Instituta za noviju istoriju Srbije, Zbornik radova* [Historical forum: Research of young associates of the Institute for Serbia's recent history Serbia, Collection of works], edited by Zoran Janjetović. Belgrade: Institute for Recent History of Serbia.
- [53] Popović, Milentije. 1–2/1954. Povodom diskusije o privrednom sistemu [Regarding a discussion on the economic system]. *Naša stvarnost* 2.
- [54] Federal Statistical Office. 1986. *Jugoslavija 1945–1985: Statistički prikaz* [Yugoslavia 1945–1985: Statistical Review]. Belgrade: Federal Statistical Office.
- [55] Federal Statistical Office. 1989. *Jugoslavija 1918–1988: Statistički godišnjak* [Yugoslavia 1918–1988: Statistical Yearbook]. Belgrade: Federal Statistical Office.

- [56] Federal Executive Council. 1990. *Program daljih reformi jugoslovenskog društva: Vreme promena* [Program of further reform of the Yugoslav society: Times of change]. Belgrade: Information Secretariat.
- [57] Sherif, Khaled, Michael Borish, Alexandra Gross. 2003. *State-Owned Banks in the Transition: Origins, Evolution, and Policy Responses*. Washington: World Bank.
- [58] Soto, Jesús Huerta de. 2009. *Money, Bank Credit, and Economic Cycles*. Auburn: Ludwig von Mises Institute.
- [59] Tatić, Dušan (ed.). 1989 Banks. 94–96. *Pravna enciklopedija* [Law encyclopedia], A–N], Vol. 1. Belgrade: Savremena administracija.
- [60] Turnock, David. 2005. *The East European Economy in Context: Communism and Transition*. London and New York: Routledge.
- [61] Ugričić, Miodrag. 1967. *Novčani sistem Jugoslavije* [The monetary system of Yugoslavia]. Belgrade: Textbook Publishing Company of the FR of Serbia.
- [62] Vratuša, Anton (ed.). 1979. *Enciklopedija samoupravljanja* [Encyclopedia of self-management]. Belgrade: Savremena administracija and Publishing Center Komunist.
- [63] Vučković, Miloš. 1956. Novac, kredit, banke. [Money, credit, banks]. 420–442 in *Razvoj privrede FNRJ* [Development of the economy of the FPRY], edited by Vladimir Cerić, Nikola Čobeljić, Sergije Đurović, Miloš Macura, Kosta Mihajlović, Himlija Hasanagić. Belgrade: Nolit.

Article history:

Received: 17. 11. 2021.

Accepted: 7. 2. 2022.

UDK 340.12 Kelzen H.

CERIF: S 115

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22103A

Péter TECHET, PhD, Dr.phil., LL.M, MA*

HANS KELSEN'S PURE THEORY OF LAW AS CRITIQUE OF THE "AUTHORITARIAN" UNDERSTANDING OF LAW AND JURISPRUDENCE

In this paper, I analyse Hans Kelsen's understanding of jurisprudence and law – by contrasting the normative-dogmatic understanding, which I will call "authoritarian". By establishing the primacy of politics and rejecting the prescriptive function of jurisprudence, Hans Kelsen enabled a democratic concept of law (and of jurisprudence), and at the same time a critical and political approach. Kelsen defines the law from a dynamic perspective, which justifies the constant changeability of the law – and in this respect the primacy of democratic politics over dogmatic jurisprudence. The normative basis for Kelsen's understanding of jurisprudence is his relativism, which is based on a moral position on the autonomy of the individual.

Key words: *Hans Kelsen. — Jurisprudence. — Democracy. — Pure Theory of Law. — Relativism.*

* Hans Kelsen Research Centre, Institute for Political Sciences and Philosophy of Law, Albert-Ludwig-University Freiburg (Germany) / Centre for Legal History Research, University of Zurich Faculty of Law, Switzerland, peter.techet@jura.uni-freiburg.de.

1. INTRODUCTION

The subject of jurisprudence (law) leads many scholars to believe that the description of law can and should influence politics and judicial decision-making. The boundaries between science and politics or between jurisprudence and law are therefore blurred. If the law is not a human labour – insofar as a constantly and arbitrarily changeable and changing phenomenon (as the main thesis of legal positivism claims)¹ – but considered as part (i.e., as a derived content) of a higher “order” (“morality”, “justice”, “state”, “people’s spirit”, etc.), jurisprudence gains the sovereignty of interpretation over the possible contents of the law. Accordingly, jurisprudence would have the task of being capable to decide whether the content of law is “legal”. This understanding of legal sciences runs counter to both scientific knowledge and the democratic purpose (Dreier 2018, 55), because on the one hand it does not “merely” describe the law, but prescribes and evaluates it, and, on the other hand, it negates the power of democratic politics to shape and interpret the law.

In my paper, I argue that Hans Kelsen’s Pure Theory of Law offers an alternative to this “authoritarian” understanding of jurisprudence. Kelsen aimed to grasp the law in terms of its *form and function*, without wanting to stipulate its content. The Pure Theory of Law is by no means the “doctrine of a pure law”. It takes the “impurity”, the constant changes and the changeability of positive law as the basis of scientific knowledge, and it concentrates not on the content but rather on the form of law, which allows for the recognition of its *specifica differentia* in regard to other social phenomena and especially other normative standards. Kelsen defined the law as a content-free form of a specific way of thinking and functioning. Jurisprudence, as a non-political description of legal forms and functions, and law, as a democratically determined content, can be combined in the Pure Theory of Law – but they cannot be brought together in a common task (i.e., in a scientifically “well-founded” legal prescription). However, Kelsen’s understanding of jurisprudence is not “democratic” solely because it would support only democracy (i.e., it would recognize only democratic law as law), but it makes a democratic way of legal thinking possible (through scientific arguments) without advocating for a political ideology.

In this paper, I describe Kelsen’s understanding of jurisprudence and, more specifically, of law as the possible basis for an anti-authoritarian, critical legal policy. Kelsen understood science as pure knowledge of an object

¹ This opinion is expressed in the most radical way (ultimately negating the scientific nature of jurisprudence) in Kirchmann 1990, 23.

"created" using the method. (1) Accordingly, he refused to pre-determine the law through jurisprudence: this understanding, of course, diminishes the importance of jurisprudence, because it should "only" analyse the law as a form and not evaluate its content, or control its practice. (2) Because the Pure Theory of Law refrains from pre-determining the law, it allows judges to determinate what the law is. According to the logic of the Pure Theory of Law, it arises in a dynamic, step-by-step process (*Stufenbaulehre*) in which the law is applied and established at the same time at every level (up to the first and the last). These dynamic aspects are clearly expressed in the so-called realistic Kelsen reading of the Nanterre and Genoa schools, therefore, I will also briefly refer to those schools. (3). This understanding of jurisprudence also allows politics to be recognized as part of the law. (4) The Pure Theory of Law does provide an apolitical description of legal application, but its anti-ideological-critical approach is therefore a prerequisite for critical (in this term: political) legal studies. (5.) Finally, I try to answer the question whether and why Kelsen's idea of jurisprudence can serve as a basis for a pluralist, democratic society.

2. KELSEN'S UNDERSTANDING OF SCIENCE

Kelsen's main scientific achievement is the Pure Theory of Law, which he put forth, on the one hand, to set up a comprehensive theory of positive law (Kelsen 2008a, 15, 50), and, on the other hand, to "clean up" the earlier legal thinking of all ideological, historical, political (etc.) elements (Kelsen 2008a, 3, 29, 47). His academic interest was devoted to the question of how the law can be grasped from a *purely* legal perspective (Jestaedt 2014a, 4). By starting from the Kantian hypothesis that knowledge determines the object, and not vice-versa (Jestaedt 2010, 189), he took a cognitive reductionist position (Kelsen 2008a, 35): What he described was not the law in all its aspects, but the law (i.e., norm) as the subject of scientific investigation. Kelsen distinguished the subject of Pure Theory of Law not only from "being", but also from values that belong to the "ought" (Kelsen 1967a, 84). As Matthias Jestaedt sums up (Jestaedt 2008, XXXII), the demarcation from "being" excludes a positivism with reference to facts (*legal positivism without naturalism*), while the demarcation from the "ought" (as value) overcomes natural law (*normativism without moralism*).

Kelsen wanted to keep science (as pure knowledge) and politics (as active ideology) separate, because "political convictions – and what would political will be without political conviction – are as little objective and as relative in their values as religious ones" (Kelsen 2013a, 134, translated by author).

Kelsen was convinced that science should remain neutral in relation to values because these have different contents. In this respect, it is unscientific *per se* to recognize something as “right”, “good”, “moral”, or “beautiful” – these terms are not the result of knowledge but rather an ideological component (and consequence) of subjective will. According to Kelsen, science should not pursue anything other than pure knowledge. It is not authorized or able to determine the end purpose: “[t]he scientific statement must not imply that something is an end” (Kelsen 1971, 352).

He understood science as a method; in this respect, he noted a “methodological contradiction between scientific-causal and political-normative ways of thinking” (Kelsen 2013a, 124, translated by author). In contrast to “Platonic” science, which strives for ideals, Kelsen proclaimed

“[t]hat knowledge is only sought for the sake of knowledge, and that this knowledge is not directed towards an external purpose, that its result must not be determined by the needs of will and action. [...] Therefore, science is above all natural science.” (Kelsen 1933a, 103, translated by author)

The purpose of science is therefore to describe its subject without making value judgements and thereby justifying political actions.

3. JURISPRUDENCE AS PURE KNOWLEDGE

Kelsen’s understanding of science is also expressed in his Pure Theory of Law, which refrains from any evaluation and determination of the content of the law. Such a jurisprudence cannot and does not determine the content of the law in advance – it focuses on the form and functional logic in or according to which the different legal contents are possible:

“The view that it is possible to achieve new law through mere cognitive interpretation of applicable law [...] is rejected by the Pure Theory of Law. [...] [I]t cannot decide between the possibilities it has indicated; it must leave this decision to the judicial body that is responsible, according to the legal system, for applying the law” (Kelsen 2017, 607–608, translated by author).

Because Kelsen kept jurisprudence and judicial application separate, as well as conceptualizing judicial decision-making (the so-called “application of law”) as the creation of law, his formalistic-relativistic legal theory allows the law-concretizing actors (legislation and “application of law”) to shape the content of the law. The Pure Theory of Law withdraws into the role of an observer of the legal form and the logic of legal functions.

The purely descriptive point of view gains a certain explosiveness – or difficulty – especially in jurisprudence, because legal *norms* are its objects.² Although legal science is a normative science, i.e., it describes the norms, it should not want to have a normative effect on the law (Lepsius 2013a, 42). Its normativity is not a normative prescription of what the law should be, but a pure description of the legal norms as they are. In the case of the legal norm, its existence is expressed normatively (and not in terms of “being”, even if Kelsen had tied the norm more closely to “will” in his later work). The possible confusion between the mere description of the norm and the normative determination of legal content stems from the special form of existence of the object to be described. However, jurisprudence does not stipulate what should be legal, it only describes what the legal norm sets as to be “ought”, and it analyses the functional logic and structure in which the norms exist as “ought”.

The Pure Theory of Law is normative with regard to its object (it deals with norms) (Kelsen 2017, 139), and in its method (no causality) (Kelsen 2008b, 161), but not – like the doctrine of natural law or “order thinking” – in its function (Bobbio 2014, 49). Because the norms are not statically prescribed (for example in the form of a “higher order”), legal science can either generate a static through dogmatic – then it would already act in a normative and law-generating manner (Lepsius 2012, 43), or, as Kelsen did, it can describe the dynamics without determining the result. The Pure Theory of Law does not aim to prescribe the correct behaviour for anyone through its findings, it can “only” describe which behaviour is likely to be expected by law, i.e., which behaviour corresponds to the legal regulations. The task of jurisprudence is therefore (in contrast to judicial application) to list possible meanings of the norms, but it cannot and should not control the judgements. If jurisprudence provided more than the descriptions of the given legal situation, it would impose obligations on the people – as if it were itself a legal authority.

Oliver Lepsius comments critically that “the legal scholars [grant] themselves a law-generating competence” (Lepsius 2008, 18, translated by author). Legal science thereby asserts a claim to authority (Jestaedt 2014b, 8) – above all against democratic legal policy and free judicial decision-making. Such an “authoritarian” understanding of jurisprudence ultimately amounts to the supremacy of jurisprudence over judicial application. The idea that jurisprudence should dominate judicial decision-making – or that judges should follow jurisprudence – is highly problematic in terms of democratic politics, because the law would then not appear as a variable product of

² On the normative character of jurisprudence, see Jestaedt 2017, 255.

democratic politics but as a normative “knowledge” of an extra-political actor such as jurisprudence. A normative understanding of jurisprudence does not tolerate pluralistic democracy because it does not understand positive law as a product of (democratic) politics but as a necessary (and eternally valid) derivative of a “higher” order or a dogmatically prefabricated system.

Carl Schmitt was therefore right – although he meant his statement affirmatively and not critically – when pointing out that “[t]he great times of jurisprudence are by no means democratic or constitutional times in the sense of the liberal concept of democracy or the rule of law” (Schmitt 1936, 16, translated by author). In contrast to Kelsen, Schmitt attributed a normative function to jurisprudence because – in the spirit of the German Historical School³ – he preferred a “scientific law” instead of a scientific description of the law. Jurisprudence à la Schmitt tries to determine the law through systematization and dogmatization and to make it dependent on the path that judges and legal politics should follow. “Scientific law” is contrary to legal positivism, according to which the law is the product of political will.

Schmitt repeated this understanding of jurisprudence even after the Second World War as critique of positivism, which, according to him, grants jurisprudence a purely technical role (Schmitt 1950, 14). Schmitt wanted to use jurisprudence to inhibit political dynamics, i.e., jurisprudence should not only describe the law but also prescribe and substantively determine it: “The scientific jurist is not [...] a mere function of a somehow ‘posited’ ought and its positing of positions” (Schmitt 1950, 30, translated by author). Such an understanding of jurisprudence negates the relationality and fluidity of law, and it takes over the tasks of the politics.

Schmitt’s jurisprudence concept tried to uphold the autonomy of the law, i.e., not as a mere technique of legislation (von Bogdandy 2020, 7, 27). In his texts on (European) jurisprudence, he in fact wrote against the “nihilistic mechanization” of jurisprudence.⁴ Legal positivism – the Pure Theory of Law as well as its radical-realistic reading – has to repeatedly confront the reproach of nihilism.⁵ However, relativism – both as a political idea of a pluralistic democracy and as a prerequisite for free scientific discourse (see Chapter 5) – is misunderstood as nihilism; jurisprudence – like other sciences – cannot and should not take over task from politics – i.e., from

³ As a requirement for a scientifically based judicial application and a practice-oriented jurisprudence, see i.a. Savigny 1814, 126.

⁴ It is how Schmitt described the purpose of the lecture he gave in Bucharest in 1944; quoted in: Mehring 2017, 858.

⁵ Against these reproaches see Sénac 2013, 108; Dreier 2019, 62.

social debates and struggles – of setting values. This is also the problem with legal dogmatics, because it forgets the original political conflicts; in this respect, the relative, controversial political solutions would be elevated to objective ones (Lepsius 2019, 125).

Both the concept of "scientific law" and that of normative jurisprudence are based on the idea of setting meta-juristic boundaries ("state", "people", "order", "nature of matter", etc.) to positive law. In this case, jurisprudence would have the task of "recognizing" the meta-positive legal framework and context. Jurisprudence would thus assume the function of legal policy and practice. Kelsen unveiled this power strategy, therefore, pure knowledge should reveal the ideological component: "Knowledge has always torn the veil that the will puts on things" (Kelsen 1933b, 79, translated by author). Accordingly, he showed that political ideologies or interests are behind any attempts of dominating positive law normatively: certain power circles can hide their own, bare power interests by calling them "natural law", "state purpose", "popular spirit", or "historical right" (Kelsen 1928, 34).

The meta-juristic justification of law is – in terms of both its legal and jurisprudential understanding – fundamentally anti-political, in regard to the formation of democratic wills (Lepsius 2013b, 177). The idea that the law can be recognized and established in advance comes close to the natural law ideal of a uniform and eternal law (Lahusen 2011, 18). Only legal positivism – especially in its dynamic version, i.e., the Pure Theory of Law – understands law as a constantly changing and changeable function, whose content can only be determined by legal and political practice.

If the law does not arise in democratically procedural and formalized "struggles" of a pluralistic society, but has to correspond to a "higher order" or a dogmatically closed system, jurisprudence is burdened with a task – namely the knowledge of the "correct" law – which contradicts the pluralistic nature of democracy. A non-positivistic jurisprudence denies the power of the legislation and the jurisdiction to create the law, as if only jurisprudence were capable (and called) to normatively recognize the "objective" (and accordingly only "correct") legal content. This notion empowers jurisprudence to decide political questions under the mantle of an "objective", "scientific" approach and to present their decisions as the only "correct" ones. This makes jurisprudence a *participant* in law instead of just remaining an *observer* of law (Lahusen 2011, 35, 39). However, jurisprudence is not a source of law but a descriptive discourse about law as an "acting" one (Guastini 2006, 93).

Therefore, Kelsen emphasizes the difference between the task of the judicial bodies, which is to create law, and that of legal science, which neither creates nor approves law but “only” describes it (Kelsen 2017, 142). Kelsen understands the scientific task as a pure description, to the extent that it also acts as a deconstruction of the veiled, pseudo-objective, ideological “jurisprudence” (Kelsen 2017, 144, 205). The Pure Theory of Law thus reveals how jurisprudence can be used as an instrument for political purposes by legal scholars presenting their opinions as “scientific” and therefore “objective” statements. Kelsen opened “the veil of his own discipline behind which it can politicize undisturbed” (Jestaedt 2006, 2, translated by author).

For this reason, the result of jurisprudence is, on the one hand, never permanent (because of the relativity of scientific knowledge), and on the other hand (as a democratic-political expectation) may never be normative-prescriptive: “Jurisprudential interpretation must carefully avoid the fiction that a legal norm always allows for only one, the ‘correct’ interpretation” (Kelsen 2017, 608, translated by author). From a purely scientific point of view, the only “correct” law cannot be determined. The “correctness” of the law is never an epistemological but an axiological opinion – insofar being ideologically and politically determined.

As critique, however, it can be noted that Kelsen used binary logic when contrasting jurisprudence (as knowledge) with judicial decision-making (as will). He only differentiated between knowledge of the law and its creation, as if other forms of normative (but not law-creating) statements were not possible (Jestaedt 2017, 257). However, normativity does not necessarily mean the creation of law. That is why Matthias Jestaedt pleads for the pluralization of the concept of normativity with regard to jurisprudence (Jestaedt 2017, 260). While jurisprudence cannot and may not establish (legal) norms, it can nevertheless evaluate and criticize them based on other normative standards. Whether and how jurisprudence is normative cannot be answered one-dimensionally (with the dichotomy of “either knowledge or creation”), because normativity – both within jurisprudence and with regard to law – exhibits a high degree of variability.

4. DYNAMICS OF THE LAW

By rejecting the question of what a norm – both generally and individually – should contain, the Pure Theory of Law rejects scientific relevance over political influence, and, on the other hand, it allows the freedom of judicial decision-making. As Horst Dreier writes: “The de-politicization of

jurisprudence corresponds to the insight into the political, namely – the law-creating, law-producing character of the application of law at every stage" (Dreier 2019, 64, translated by author). By keeping jurisprudence and judicial application separate, the Pure Theory of Law also proves the political character of the judicial decision-making.

The fact that the legislation is politically determined is hardly called into question. But the idea that the courts and the administrative bodies do not simply apply the norms – insofar as they exercise political power – emerges most clearly and radically in Kelsen's legal theory. It dynamically eliminates the static difference between the creation and the application of law. The indeterminacy of the norm is the reason why law is (re)produced not only in the legislature but also in the "application of the law". The legal system is not materially ("only" procedurally) closed, it is dynamically open to multiple results (Lepsius 2013a, 43). The validity of the lower norm is indeed derived from the validity of the higher norm, but its content does not stem automatically from the content of the higher norm; the content of the law presupposes a decision about it (Luzzati 1990, 129). As Oliver Lepsius writes as a critique of a materially closed, dogmatic legal system, "[t]he act of subsumption creates freedom of design [...] [o]ne can therefore hardly speak of a principle of decreasing or increasing ties in the hierarchy of norms" (Lepsius 2012, 55, translated by author).

Kelsen built the indeterminacy of the norm – i.e., the "political" (law-setting) character of the application of the law – into the functional logic of the legal system (*Stufenbaulehre*). The idea that the law is gradually becoming more and more specific within the legal system (but at the same time always new), or that each level is simultaneously the application and creation of the law, originally came from Kelsen's student Adolf Julius Merkl.⁶ With his theory, Merkl revealed the productive and creative character of the "application of law", which consequently contributes to the creation of law through legal concretization:

"[The judge] himself does not have the right to know or to recognize what is right [...], he all the more has to determine decisively through his knowledge what should be right, whereby he exercises not so much a function of recognition but one of will, whereby he proceeds productively rather than receptively." (Merkl 1933a, 97, translated by author)

Kelsen borrowed Merkl's idea (Kelsen 1923, XV), so he was able to prove the political character of judicial action (Kelsen 1925, 233., Kelsen 1968a, 620), because the "application of law" is not (only) an act of knowledge but

⁶ Merkl 1993a; Merkl 1993b; Merkl 1993c.

(also) one of will (Kelsen 2008a, 108). This is why Kelsen advocated the view that the judiciary represented a political power. In his famous dispute with Carl Schmitt about the “guardian of the constitution”, he also demonstrated the political character of judicial activity (Kelsen 2008c, 67). He accused Schmitt of adhering to an outdated concept of an apolitical justice. Kelsen clearly stated that “there is only a quantitative, not a qualitative difference between the political character of legislation and that of the judiciary” (Kelsen 2008c, 67, translated by author).

However, because the Pure Theory of Law developed into a static status-quo way of thinking in the earlier Viennese Kelsen Orthodoxy of the post-war period (Bezemek, Somek 2018, 139), “Kelsen’s Pure Theory of Law lost one of its most precious elements: its cheerful agnosticism towards the methods of interpretation, which is inevitably carried across to their application” (Bezemek, Somek 2018, 140, translated by author). The circumstance that the Pure Theory of Law does not offer a method for knowing the “correct law” turns out to be one of the main findings of Kelsen’s legal theory. The indeterminacy of the norm or the non-cognitivist theory of interpretation – which is *strictu sensu* not a doctrine of interpretation because it does not provide an objective method for the knowledge of law – forms its dynamic elements, which have been lost in a static reading of Kelsen.

Therefore, Kelsen did not advocate mechanical application of the law (Dreier 2019, 11). His theory does not promise to be able to determine the “correct” law through one jurisprudential method or dogmatic: “There is absolutely no method [...] by which only one of several linguistic meanings of a norm can be identified as correct”. (Kelsen 1968b, 1366, translated by author) It is not the task of jurisprudence to restrict the work of judges through methodology or dogmatic, as if the “correct” law could be found scientifically and objectively (Kelsen 2008a, 105). The lack of a classical doctrine of interpretation is often misunderstood as a deficiency of the Pure Theory of Law, as if jurisprudence should present a methodology for defining the law instead of describing the open-ended process of legal concretization (without aiming to foreshadow its result).

The power of the judiciary is also demonstrated in the fact that judgements can exceed the normative predetermined method (Jestaedt 2018, 245). As long as the act of legal concretization – regardless of whether at the level of legislation or the judicial decision-making process – is not annulled by a higher instance appointed to do so, it remains part of the legal system (regardless of its content). Judgements are therefore to be regarded as normative not because of their “correctness” but because of their legal force (*Rechtskraft*).

Instead of underpinning the illusion of a "correct" law or a purely cognitive judicial application, the Pure Theory of Law paints an ideology-free (albeit disillusioning) picture of what judges do (in reality) and how they are making law by applying it. It therefore proves – as Robert Walter actually criticizes (Walter 1993, 195) – to be decisionist. Olivier Jouanjan recognizes it as well: "the normativist flower grows into a purely decisionist fruit" (Jouanjan 2000, 73, translated by author). The decision plays an important role in Kelsen's legal theory (Kelsen 1925, 234; Kelsen 2008a, 92), albeit not as a political means for helping a pre- and over-normative "order" to break through, but as a logical (system-immanent) consequence of gradual legal concretization.

Kelsen deconstructed substantive legal thought; he did not understand law as substance but as form and relation (Kelsen 1964, 54). The non-cognitive dynamics of law comes to the fore particularly in the realistic Kelsen reading (Chiassoni 2012, 246). The dynamic aspects of the Pure Theory of Law are emphasized in this sense especially in the Nanterre (Michel Troper, Éric Millard)⁷ and Genoa (Riccardo Guastini, Pierluigi Chiassoni) schools.⁸ The realistic reading places the non-cognitivist, anti-ideological and anti-metaphysical – in this sense realistic – character of Kelsen's legal theory in the foreground, which therefore also overcomes the formalism and cognitivism of classical legal positivism (Jouanjan 2000, 68). This radically non-cognitivist position can thus capture the *genuinely political character* of the application of the law (Guastini 2013, 530).

The dynamic reading of the Kelsenian legal positivism rejects the idea of classical application theory by deconstructing the norm as *one* single meaning (Troper 1978, 294; Tarello 1980, 61; Guastini 2004, 27). It proves that the idea of the only correct method (i.e., the idea of the *a priori* content of the norms) is in fact the *ex post facto* legitimization of the judicial decision. Because it is always made as a choice among several (Guastini 2019, 14), or even perhaps any number of meanings (Troper 2006, 305), there is not an only legally possible one, i.e., the legal methodology does not explain the production, but rather the *presentation* of the judicial decisions (Tarello 1974, 396; Guastini 2011, 411).

⁷ For a brief description of the realistic Kelsen reading of the Nanterre School, see i.a. Troper 2006.

⁸ For an introduction to the Kelsen reading of the Genoa School, see i.a. Beltrán, Ratti 2011.

Michel Troper in particular deserves great credit for developing the Pure Theory of Law where Kelsen stopped or did not remain consistently radical – so that he could avoid a complete deconstruction of the “application of law”. Troper radicalizes Kelsen’s theory – according to which the norm is the object of an interpretation – by understanding the norm not as the object to be interpreted but as a result of the interpretation. That means that the text is interpreted, and the norm arises as the product of a completely open-ended (because not cognitive) interpretation (Troper 1994, 89, 99). If the norm can only be “found” (but not discovered) in the interpretation, any interpretation is by definition and *qua officio* lawful – at least in the last instance. This approach reveals at the same time the ideology (i.e., the political will) behind the interpretation and jurisdiction (Troper 1978, 294, 301). The justification of a judgement therefore only serves as an *ex post* justification: “Motivation seeks to create illusion” (Troper 1978, 295, translated by author). Judicial application is “a political game” (Millard 2006, 732, translated by author). Kelsen’s theory denies the dogmatic, jurisprudential bondage of judicial decision-making, thereby opening the door to a political judiciary.

However, the question arises as to whether and how such an overvaluation of the judicial application – not only for the judiciary but also for the administration, which (for Kelsen) was also a law-making actor (Kelsen 1929, 7) – can be democratically legitimized.

The “application of law” (as a non-cognitivist act, insofar actually as law-making) is detached from jurisprudence – especially in the realistic Kelsen reading – but at the same time from democratic control as well. If judges interpret the law freely (and by doing so, they set it as well), it can cause a democratic-political legitimacy problem. José Luis Martí believes that the realistic consequences of Kelsen’s theory would undermine both legal certainty (because of the non-cognitivist theory of interpretation) and democracy (because of the overvaluation of the judge’s will as the source of the law) (Martí 2002, 269, 276).

While this critique may be true to some extent, it fails to recognize that the Pure Theory of Law is descriptive, rather than normative. It is not the fault of Kelsen if the judiciary disregards democracy and the requirement of legal certainty – but it is Kelsen’s great achievement that he revealed the reality (the possible consequences and rulings) of the “application of the law”. The Pure Theory of Law uncovered the *real* power in the process of the “application of law”, i.e., Kelsen created the basis for a political critique of judicial law-making by describing how it functions despite ideological veils.

Kelsens was aware of the possible dangers of judicial superiority, especially with regard to the constitutional jurisdiction. As is known, he was not only the creator of the idea of judicial review, but he was also constitutional judge in Austria during the interwar period, and this is reflected in his theories, i.e. the Pure Theory of Law was shaped by Kelsen's own experiences as a judge (Techet 2021). He dealt with the issue that the "application of law" is always somehow related to law-making power, but that it must remain within the framework of the law (i.e., of the "will of the people", expressed in the parliament).

There is a contradiction between the real possibility of a political, law-making judicial review and the democratic requirement that the meaning of the constitution may only be changed in the parliament or by referendum. Kelsen thought that the strict interpretation of the words or the omission of general, overly abstract terms could provide the primacy of the democratic legislature and the constitution-making power. (Kelsen 1928a, 241) However, this argument only applies if a strict, reserved interpretation based on the wording is possible. The realistic Kelsen reading proves (Troper 2006, 305; Guastini 2019, 14) the impossibility of a strict, "objective" interpretation. The possibility of "judicial self-restraint" is actually rooted in naïve legal positivism (in the sense of *Gesetzespositivismus*), which may be necessary for democratic ideals, but which clearly contradicts the Pure Theory of Law and its skepticism towards the idea of the only correct application/method. Therefore, the contradictions between judicial power and democracy cannot be resolved theoretically. Nevertheless, the Pure Theory of Law helps us to better see the possible power of the judges, i.e., the real function of the "application of the law".

5. LAW AND POLITICS

Kelsen enabled politics to determine the law or to change it at any time (Dreier 2017, 24). The Pure Theory of Law does not strive to anticipate the autonomous decisions of the individual. In this respect, jurisprudence, as Kelsen understood it, cannot take on the task of setting norms instead of politics and judicial application: "The academic jurist who describes the law does not identify with the legal authority setting the legal norm" (Kelsen 2017, 158, translated by author). Kelsen reduced the influence and effect of jurisprudence: for the sake of its scientific nature, it must forego the influence it strives to exert on politics and society (Jestaedt 2014a, 7).

For Kelsen, however, purity does not refer to the object but to the cognition (method), which, of course, can only grasp one aspect of the “impure” reality. In a democracy in particular, the law is a dynamic, constantly changing and changeable phenomenon that cannot be perpetuated or suspended (Dreier 2010, 17). Kelsen’s understanding of science is not directed against politics but against the politicization of (or by) jurisprudence. A legal science that refrains from making value decisions is *apolitical but not anti-political* – it enables people to act autonomously (Dreier 2019, 62). The self-limitation of science complements political freedom. This self-restriction enables autonomous judgements as to whether someone submits or opposes the legal norms (Bobbio 2014, 21).

The Pure Theory of Law reveals politics in and of the law because of its endogenous dynamics.⁹ From a legal perspective, Kelsen was only able to grasp these endogenous dynamics of law – but he was also aware of its exogenous dynamics, e.g. from “external”, political-social changes (Kelsen 2013b, 371). However, he did not link the legal-theoretical knowledge of endogenous dynamics to the factuality of the “political”; instead, he tried to “legalize” politics and limit its intensity, e.g. through constitutional jurisdiction (Ehs 2017, 139).

The condition that the law is objectively indeterminate and consequently politically determined is also a basic prerequisite for any critical legal study that analyses the law in terms of power and politics. A legal doctrine according to which the law is derived from “higher” “values” (and equated with these) not only deprives it of the legislation and the “application of the law”, but it justifies it as an eternally absolute value. Moral (etc.) criticism of the law is only possible if law and morality (or other “higher values”) are separated:

“By presenting the law as a branch of morality and leaving in the dark whether it means the self-evident requirement that the law should be shaped morally, or whether it means that the law as a component of morality, actually has a moral character – one tries to give law the absolute value that morality claims.” (Kelsen 1933b, 77, translated by author)

Kelsen’s legal doctrine invalidates meta-juristic categories (“state”, “people”, “order”), which prescriptive jurisprudence usually utilizes, as illegal and anti-political (anti-democratic) contents. With its *“modest” understanding of jurisprudence* and its *political understanding of law*, the Pure Theory of Law does not promise to establish any “order”, as this is

⁹ On the endogenous dynamic see Lepsius 2016, 12; Lepsius 2017, 157.

a genuinely political task. However, it "frees" jurisprudence of ideology (Chiassoni 2012, 240, 248) and the people from absolute legal obedience (Millard 2006, 727).

Kelsen's jurisprudential understanding thus leaves room for political or moral criticism of the law – admittedly not as jurisprudential findings, but rather as political or moral opinions (Kelsen 2017, 159). Therefore, the Pure Theory of Law, especially in its realistic reading, represents "a theory of resources for the political practice of law" (Millard 2006, 733, translated by author). This is contrary to the usual accusation that legal positivism requires and justifies blind obedience to the law (Hinghofer-Szalkay 2018, 365).

6. RELATIVISM AND AUTONOMY AS "IDEALS" OF THE PURE THEORY OF LAW

Kelsen accused (Platonic) idealism of confusing knowledge with will, which obscures the pure intellect. The idea that science necessarily leads to justice (or to other ideals), or that knowledge should serve action, legitimizes absolutist claims and ultimately religiously obscured mysticism (Kelsen 1933a, 115). Science can never claim to answer the "ultimate questions" of life. Kelsen therefore emphasized

"[t]hat rational science can never give a positive answer to the question of the nature of justice. [...] There is no such thing as absolute justice, it cannot be conceptually determined. This ideal is an illusion." (Kelsen 1933a, 117, translated by author)

In his work on Platonic justice, Kelsen wrote: "there are only interests, conflicts of interest and their solution through struggle or compromise" (Kelsen 1933a, 117, translated by author). In a pluralist society, the conflicts cannot be resolved scientifically – in the sense of recognizing the only "correct" answer.

The mixing of politics and science therefore not only misconstrues scientific research, but it also endangers democratic politics, which presupposes a value relativism. Both democracy and science require a method that allows different positions. Therefore, in his scientific as well as his legal and democratic theories, Kelsen concentrated on the method (instead of the content); his method does not promise eternity and correctness but rather "only" a limited description (instead of a normative determination) in jurisprudence (Kelsen 2017, 144, 205), "only" peace by law (Kelsen 1933b, 70), and "only" compromise in politics (Kelsen 2006a,

196). The scepticism towards definitive answers explains the links between Kelsen's ideas of science, democracy and legal concepts. Just like in science, there can be no absolute justice or rightness in democracy, and no single "correct" legal solution exists in the law.

Compromise presupposes the acceptance of the nescience about justice and truth. The eternal search for ideals would only deepen conflicts between people or pave the way for absolutist politics: "Belief in the absolute, in absolute truths and absolute values, inevitably leads to political absolutism, to autocracy" (Kelsen 2006b, 242). Democracy is therefore the method (Kelsen 2006a, 223) that allows and protects different opinions – on the one hand, through the constant changeability (i.e., temporality) of power relations (Lepsius 2013b, 175), and on the other hand, through protection of the respective minority, which can always become majority (Kelsen 2006a, 193).

However, the descriptive understanding of jurisprudence and law is not entirely free of ideology. It is also based on an ideological and political "meta-jurisprudence" (as a worldview). The freedom of values and the autonomy of the individual represent political ideals to which Kelsen feels obligated (Bobbio 2014, 50; Carrino 1987, 107, 130).

The democratic (i.e., relativistic) method presupposes – similar to science – the criticism of one's own opinion and tolerance towards other ones: "Anyone who considers absolute truth and absolute values to be inaccessible for human knowledge must not only consider their own opinion, but also someone else's contrary opinion to be at least possible" (Kelsen 2006a, 226, translated by author). Kelsen considered the prerequisite to be a certain human character – the democratic type – that is not only altruistic (Kelsen 2013a, 123) but also recognizes the "Other" in itself:

"The kind of personality that recognizes itself in the Other, he does not perceive the Other a priori as something alien, not as an enemy, but as the same and therefore as a friend; it does not perceive its ego as something unique, absolutely incomparable and unrepeatable. [...] It is the type of the relatively diminished sense of self, the type of the sympathetic, peace-loving, nonaggressive person; the person whose primary aggression instinct is not so much turned outwardly but inwardly, and it expresses a tendency towards self-criticism and an increased disposition for a feeling of guilt and a sense of responsibility." (Kelsen 1967b, 45, translated by author)

Kelsen's "idealism" not only presupposes relativism (self-criticism), it also demands individual autonomy and responsibility: if the value decisions are not prescribed but autonomous, it is up to the individual to make decisions, which they were previously handed down by religion and other idealistic

philosophies. As Kelsen wrote in 1960: "All those who do not accept this responsibility, who wish to leave the choice on God, nature or reason, feel abandoned by relativism" (Kelsen 2017b, 751, translated by author). While the theological (and then the philosophical) *total* justification of law was already being questioned in the (early) modern era, Kelsen also deconstructed the absolute power of jurisprudence over the meaning of law. He relegated jurisprudence to the role of pure description. The law is never eternally absolute in a democratic-relativistic society, it can be changed through democratic compromises.

Of course, Kelsen was well aware that altruism, tolerance, self-criticism and rational thinking – as prerequisites for neutral science and pluralistic democracy – are ideals rather than realities:

"Because for most people, perhaps for all of humanity, the solution to a problem does not necessarily lie in a term, not in a word, in the answer to a question of reason. That is why humankind will probably never be satisfied with the answer of the Sophists, but will always – be it through blood and tears – seek the path that Plato walked: the path of religion." (Kelsen 1933a, 117, translated by author)

The contrast between relativism (as ideal) and the antagonisms and absolutist claims (as reality) shows that Kelsen's "value-free" conceptions do not come entirely without normativity (Festl 2019, 323). However, his "relativistic idealism" does not lead to the suppression of other ideals; Kelsen's "idealism" merely expresses the expectation of also recognizing other ideals.

7. CONCLUSION

What are the consequences of Kelsen's understanding of jurisprudence and law for democracy? The law is located at the intersection of science and politics: it arises in a political process, but science can describe it. If jurisprudence is confused by a political conviction, i.e., if jurisprudence conveys an ideology, it does not only affect knowledge but it is also contrary to democratic purpose. That is why Kelsen emphasized that democracy does not mean an absolute content but a relativistic method in which different ideals and goals remain possible: "Democracy is [...] a discussion. That is precisely why the result of the process [...] is a compromise" (Kelsen 2006b, 241). Accordingly, it is not the goal of jurisprudence to relieve people of the burden of decision-making – as if science could justify and enforce values.

If both science and democracy are understood as methods, jurisprudence and democracy can be combined: jurisprudence conveys different opinions about the law – and at the same time it creates the basis for a society in which legal policy entails discussion and compromise.

REFERENCES

- [1] Beltrán, Jordí Ferrer, Giovanni Battista Ratti (eds.). 2011. *El realismo jurídico genovés*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcel Pons.
- [2] Bezemek, Christoph, Alexander Somek. 1/2018. Die Wiederentdeckung Weltösterreichs. *Der Staat* 57: 135–147.
- [3] Bobbio, Norberto. 2014. *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*. Torino: Giappichelli.
- [4] Bogdandy, Armin von. 2020. The Current Situation of European Jurisprudence in the Light of Carl Schmitt's Homonymous Text. Four critical topics in a misleading but insightful perspective. *MPIL Research Paper Series* 2020 (08).
- [5] Carrino, Agostino. 1987. *Kelsen e il problema della scienza giuridica*. Napoli, Roma: ESI.
- [6] Chiassoni, Pierluigi. 1/2012. Il realismo radicale della teoria pura del diritto. *Materiali per una storia della cultura giuridica* 42: 237–262.
- [7] Dreier, Horst. 1/2010. Der freiheitliche Verfassungsstaat als riskante Ordnung. *Rechtswissenschaft* 1: 11–38.
- [8] Dreier, Horst. 2017. Der Preis der Moderne. Hans Kelsens Rechts- und Sozialtheorie. 3–27 in *Hans Kelsens politische Philosophie*, edited by Elif Özmen. Tübingen: Mohr.
- [9] Dreier, Horst. 2018. Rechtswissenschaft als Wissenschaft – Zehn Thesen. 1–65. *Rechtswissenschaft als Beruf*, ed. Horst Dreier. Tübingen: Mohr.
- [10] Dreier, Horst. 2019. *Kelsen im Kontext. Beiträge zum Werk Hans Kelsens und geistesverwandter Autoren*. Tübingen: Mohr.
- [11] Ehs, Tamara. 2017. Das politische Moment der Verfassungsgerichtsbarkeit. 133–147 in *Hans Kelsens politische Philosophie*, edited by Elif Özmen. Tübingen: Mohr.
- [12] Festl, Michael G. 2019. *Scheitern an der Kontingenz. Politisches Denken in der Weimarer Republik*. Frankfurt – New York: Campus.

- [13] Guastini, Riccardo. 2004. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: A. Giuffrè.
- [14] Guastini, Riccardo. 2006. *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*. Torino: Giappichelli.
- [15] Guastini, Riccardo. 2011. *Interpretare e argomentare*. Milano: A. Giuffrè.
- [16] Guastini, Riccardo. 2013. Conoscere il diritto. Un inventario di problemi. *Diritto & Questioni pubbliche* 13: 513–536.
- [17] Guastini, Riccardo. 2019. *Prima lezione sull'interpretazione*. Modena: Mucchi.
- [18] Hinghofer-Szalkay, Stephan G. 2/2018. Richterliche Rechtsnormvernichtung im Notstand. Verfassungsgerichtsbarkeit und Notverordnung. *Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs* 8: 357–370.
- [19] Jestaedt, Matthias. 2006. Einleitung. 1–2 in *Hans Kelsen im Selbstzeugnis. Sonderpublikation anlässlich des 125. Geburtstages von Hans Kelsen am 11. Oktober 2006*, edited by Matthias Jestaedt. Tübingen: Mohr.
- [20] Jestaedt, Matthias. 2008. Hans Kelsens Reine Rechtslehre. Eine Einführung. XI–LXVI in Hans Kelsen. *Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 1. Auflage 1934*. Tübingen: Mohr.
- [21] Jestaedt, Matthias. 2010. La science comme vision du monde: science du droit et conception de la démocratie chez Hans Kelsen. 171–220 in *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*, edited by Olivier Jouanjan. Paris: PUF.
- [22] Jestaedt, Matthias. 2014a. Postulat einer streng wissenschaftlichen Erkenntnis des Rechts. 3–12 in *Hans Kelsen: Die Aktualität eines großen Rechtswissenschaftlers und Soziologen des 20. Jahrhunderts. Ergebnisse einer internationalen Tagung an der Akademie von Athen am 12. April 2013 aus Anlass von Kelsens 40. Todestag*, edited by Nikitas Aliprantis, Thomas Olechowski. Wien: Manz.
- [23] Jestaedt, Matthias. 1/2014b. Wissenschaft im Recht. Rechtsdogmatik im Wissenschaftsvergleich. *Juristen Zeitung* 69: 1–12.
- [24] Jestaedt, Matthias. 2017. Rechtswissenschaft als normative Disziplin. 254–261 in *Handbuch Rechtsphilosophie*, edited by Eric Hilgendorf, Jan C. Joerden. Stuttgart: J.B. Metzler.
- [25] Jestaedt, Matthias. 2018. Vom Beruf der Rechtswissenschaft – zwischen Rechtspraxis und Rechtstheorie. 227–255 in *Rechtswissenschaft als Beruf*, edited by Hors Dreier. Tübingen: Mohr.

- [26] Jouanjan, Olivier. 1/2000. Faillible droit. *Revue européenne des sciences sociales* 38: 65–78.
- [27] Kelsen, Hans. 1923. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. 2nd ed. Tübingen: Mohr.
- [28] Kelsen, Hans. 1925. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Springer.
- [29] Kelsen, Hans. 1928. *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*. Charlottenburg: Pan.
- [30] Kelsen, Hans. 1/1928a. La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle). *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger* 45: 197–257.
- [31] Kelsen, Hans. 1929. *Justiz und Verwaltung*. Wien: Springer.
- [32] Kelsen, Hans. 1–2/1933a. Die platonische Gerechtigkeit. *Kant-Studien* 38: 91–117.
- [33] Kelsen, Hans. 1933b. Methode und Grundbegriff der reinen Rechtslehre. *Annalen der kritische Philosophie* 3: 69–90.
- [34] Kelsen, Hans. 1964. Gott und Staat (1922). 29–55 in *Aufsätze zur Ideologiekritik*, edited by Ernst Topitsch. Neuwied am Rhein, Berlin: Luchterhand.
- [35] Kelsen, Hans. 1967a. Die Idee des Naturrechts (1927). 73–113 in *Demokratie und Sozialismus. Ausgewählte Aufsätze*, edited by Norbert Leser. Wien: Volksbuchhandlung.
- [36] Kelsen, Hans. 1967b. Staatsform und Weltanschauung (1933). 40–59 in *Demokratie und Sozialismus. Ausgewählte Aufsätze*, edited by Norbert Leser. Wien: Volksbuchhandlung.
- [37] Kelsen, Hans. 1968a. Was ist die Reine Rechtslehre? (1953). 611–629 in *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, edited by Hans Klecatsky, René Marcic, Herbert Schambeck. Wien et al.: Europa.
- [38] Kelsen, Hans. 1968b. Zur Theorie der Interpretation (1934). 1363–1373 in *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, edited by Hans Klecatsky, René Marcic, Herbert Schambeck. Wien et al.: Europa.
- [39] Kelsen, Hans. [1951] 1971. Science and Politics. 350–375 in Hans Kelsen, *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*. Los Angeles: UP California.

- [40] Kelsen, Hans. [1929] 2006a. Vom Wesen und Wert der Demokratie. Zweite Auflage. 149–228 in *Verteidigung der Demokratie. Abhandlungen zur Demokratietheorie*, edited by Matthias Jestaedt, Olivier Lepsius. Tübingen: Mohr.
- [41] Kelsen, Hans. [1937] 2006b. Wissenschaft und Demokratie. 238–247 in *Verteidigung der Demokratie. Abhandlungen zur Demokratietheorie*, edited by Matthias Jestaedt, Olivier Lepsius. Tübingen: Mohr.
- [42] Kelsen, Hans. 2008a. *Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 1. Auflage 1934*. Tübingen: Mohr.
- [43] Kelsen, Hans. 2008b. Hauptprobleme der Staatsrechtlehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze (1911). 2–878 in *Hans Kelsen Werke*, Vol. 2, edited by Matthias Jestaedt. Tübingen: Mohr.
- [44] Kelsen, Hans. [1930] 2008c. Wer soll der Hüter der Verfassung sein? 58–105 in *Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie*, edited by Robert Christian van Ooyen. Tübingen: Mohr.
- [45] Kelsen, Hans. [1913] 2013a. Politische Weltanschauung und Erziehung. 112–145 in *Hans Kelsen Werke*, Vol. 3, edited by Matthias Jestaedt. Tübingen: Mohr.
- [46] Kelsen, Hans. [1914] 2013b. Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung. 360–438 in *Hans Kelsen Werke*, Vol. 3, edited by M. Jestaedt. Tübingen: Mohr.
- [47] Kelsen, Hans. 2017. *Reine Rechtslehre. Studienaufgabe der 2. Auflage 1960*. Tübingen, Wien: Mohr, Verlag Österreich.
- [48] Kirchmann, Julius von. 1990. *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (1848). Freiburg: Haufe.
- [49] Lahusen, Benjamin. 2011. *Rechtspositivismus und juristische Methode. Betrachtungen aus dem Alltag einer Vernunftthe*. Göttingen: Velbrück.
- [50] Lepsius, Oliver. 2008. Themen einer Rechtswissenschaftstheorie. 1–51 in *Rechtswissenschaftstheorie*, edited by Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius. Tübingen: Mohr.
- [51] Lepsius, Oliver. 2012. Kritik der Dogmatik. 39–62 in *Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?*, edited by Gregor Kirchhof, Stefan Magen, Karsten Schneider. Tübingen: Mohr.

- [52] Lepsius, Oliver. 2013a. Funktion und Wandel von Staatsverständnissen. 37–58 in *Verabschiedung und Wiederentdeckung des Staates im Spannungsfeld der Disziplinen*, edited by Andreas Voßkuhle, Christian Bumke, Florian Meinel. Berlin: Duncker & Humblot.
- [53] Lepsius, Oliver. 2/2013b. Rechtswissenschaft in der Demokratie. *Der Staat* 52: 157–186.
- [54] Lepsius, Oliver. 2016. *Relationen. Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft*. Tübingen: Mohr.
- [55] Lepsius, Oliver. 2017. Normpluralismus als Ausdruck der Funktionsrationalität. *Rechtsgeschichte / Legal History* 25: 152–161.
- [56] Lepsius, Oliver. 2019. Über die Notwendigkeit der Historisierung und Kontextualisierung für die Verfassungsdogmatik. 119–154 in *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik*, edited by Florian Meinel. Tübingen: Mohr.
- [57] Luzzati, Claudio. 1990. Discretion and “Indeterminacy” in Kelsen’s Theory of Legal Interpretation. 123–137 in *Hans Kelsen’s Legal Theory. A diachronic point of view*, edited by Letizia Gianformaggio. Torino: Giappichelli.
- [58] Martí, José Luis. 2002. El realismo jurídico: ¿Una amenaza para el liberalismo y la democracia? *Isonomía – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 17: 259–282.
- [59] Mehring, Reinhard. 4/2017. Carl Schmitts Schrift “Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft”. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 77: 853–875.
- [60] Merkl, Adolf Julius. [1916] 1993a. Das Recht im Lichte seiner Anwendung. 85–146 in *Gesammelte Schriften*, Vol. I/1, edited by Dorothea Mayer-Maly, Wolf-Dietrich Grussmann, Herbert Schambeck. Berlin: Duncker & Humblot.
- [61] Merkl, Adolf Julius. [1918] 1993b. Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechtes. 227–252 in *Gesammelte Schriften*, Vol. I/1, edited by Dorothea Mayer-Maly, Wolf-Dietrich Grussmann, Herbert Schambeck. Berlin: Duncker & Humblot.
- [62] Merkl, Adolf Julius. [1931] 1993c. Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus. 437–492 in *Gesammelte Schriften*, Vol. I/1, edited by Dorothea Mayer-Maly, Wolf-Dietrich Grussmann, Herbert Schambeck. Berlin: Duncker & Humblot.

- [63] Millard, Éric. 2006. Quelques remarques sur la signification politique de la théorie réaliste de l'interprétation. 725–734 in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, edited by Éric Millard, Denys de Béchillon, Pierre Brunet, Véronique Champeil-Desplats. Paris: Economica.
- [64] Savigny, Friedrich Carl von. 1814. *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Mohr und Zimmer.
- [65] Schmitt, Carl. 1/1936. Die geschichtliche Lage der deutschen Rechtswissenschaft. *Deutsche Juristen-Zeitung* 41: 15–21.
- [66] Schmitt, Carl. 1950. *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*. Tübingen: Int. Univ.-Verlag.
- [67] Sénac, Charles-Édouard 2013. La théorie réaliste de l'interprétation est-elle une théorie anarchiste? 103–118 in *Droit et anarchie*, edited by Chloé Bertrand, Raphaël Brett, Flore Pulliero, Noé Wagener. Paris: L'Harmattan.
- [68] Tarello, Giovanni. 1974. *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Mulino.
- [69] Tarello, Giovanni. 1980. *L'interpretazione della legge*. Milano: A. Giuffré.
- [70] Techet, Péter. 4/2021. "Historical turn" in der Hans Kelsen-Forschung? Wechselwirkungen zwischen Rechtstheorie und Rechtsgeschichte. *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 76: 1329–1369.
- [71] Troper, Michel. 1978. La motivation des décisions constitutionnelles. 287–302 in *La motivation des décisions de justice*, edited by Chaïm Perelman, Paul Foriers. Bruxelles: Bruylant.
- [72] Troper, Michel. 1994. *Pour une théorie juridique de l'état*. Paris: PUF.
- [73] Troper, Michel. 8/2006. Une théorie réaliste de l'interprétation. *Revista opinião jurídica* 4: 301–318.
- [74] Walter, Robert. 1993. Die Interpretationslehre im Rahmen der Wiener Schule der Rechtstheorie. 19–27 in *Zwischen Austromarxismus und Katholizismus. Festschrift für Norbert Leser*, edited by Anton Pelinka, Alfred Pfabigan, Michael Potacs, Georg Rundel. Wien: Braumüller.

Article history:

Received: 5. 10. 2021.

Accepted: 2. 12. 2021.

Nikola ILIĆ, PhD*

THE KLOBUCHAR BILL: IS SOMETHING ROTTEN IN THE US ANTITRUST LEGISLATIVE REFORM?

“Every reform movement has a lunatic fringe.”

Theodore Roosevelt

An intense public debate is currently taking place in the US. The main subject of this debate is tech giants and the antitrust law reform. The fundamental dilemma is whether giant corporations, such as Apple, Google, Amazon, Microsoft, and Facebook, fit the traditional antitrust law or not. Senator Klobuchar proposed the new bill (the Competition and Antitrust Law Enforcement Reform Act) in 2021, and Congress is currently between a rock and a hard place. If Congress decides to support the New Brandeis movement and enact the bill, it could harm the tech giants and make the US start lagging behind China. If it decides otherwise, it could cause considerable dissatisfaction among US voters. This paper analyses the bill in detail and explores the possible outcomes. The conclusions suggest that enactment of the bill could have overwhelmingly adverse economic consequences for the competitiveness of US markets, innovation, and consequently for consumer welfare.

Key words: *Antitrust law. – Federal Trade Commission. – Competition and Antitrust Law Enforcement Reform Act of 2021. – Tech giants.*

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

1. INTRODUCTION

On February 4, 2021, Amy Klobuchar, Senator and ardent supporter of Louis Brandeis,¹ formally introduced to Congress the Competition and Antitrust Law Enforcement Reform Act.² In her own words, this bill is “the first step to overhauling and modernizing” the antitrust law, so it can “effectively promote competition and protect American consumers”.³

This bill, along with by Klobuchar’s statement, vividly depicts a deep dissatisfaction with the current US antitrust law. Senator Klobuchar and other Neo-Brandeisians⁴ rightfully point out that many US industries have been highly concentrated, especially in the past decade. That is particularly the case in the information technology industry, where large corporations have taken over their potential rivals before becoming a real competitive threat. According to Neo-Brandeisians, these corporations with considerable market power currently fly below the US antitrust law radar most of the time (especially during mergers and acquisitions), which further leads to a decrease in consumer welfare. Additionally, that raises many concerns related to the considerable political power of large corporations and their potentially adverse influence on employment and wages, economic inequality, or innovation.

This paper will tackle these concerns and their importance for US antitrust law reform. Nevertheless, the initial hypothesis is Klobuchar’s statement that the new bill will improve the US antitrust law to “effectively promote competition and protect American consumers”. The paper aims to challenge

¹ Louis Dembitz Brandeis (1856–1941) was a lawyer and associate justice of the US Supreme Court, from 1916 to 1939. He believed that companies with significant market power harm the American economy and culture. For more details on his life, professional career, and legacy, see Urofsky (2005) and Berk (2009).

² The bill is fully available at: <https://www.congress.gov/> (last visited 31 January, 2022).

³ This statement is available at: <https://www.klobuchar.senate.gov> (last visited 31 January, 2022).

⁴ The New Brandeis movement emerged in the late 2010s, following Brandeis’ ideas, suggesting that concentrated market power decreases market competitiveness and consumer welfare. Some of the most prominent supporters of this movement are Lina Khan, a legal scholar, currently serving as chair of the Federal Trade Commission (FTC), Timothy Wu, a White House official with responsibility for technology and competition policy, as well as, Amy Klobuchar, a lawyer and a politician, currently serving as the US Senator. For more details on the New Brandeis movement, see Khan (2018; 2019), Begović (2018), Kraffert (2020), and Devlin (2021).

this hypothesis by analysing the bill's most significant provisions and by explaining whether their application could lead to an increase in consumer welfare.

The structure of the paper is consistent with its aim. The second section analyses the most important provisions of the new bill and juxtaposes them to the current antitrust statutes. The third section describes the hypothetical application of the bill's provisions in several actual cases involving the US tech giants to assess its potential economic consequences. The fourth section further analyses these consequences, i.e., the relationship between the number of competitors in a market and the competitive constraints and public policy concerns such as the tech giants' political power, economic inequality, and innovation. The concluding remarks will follow in the fifth section, putting the initial hypothesis to the final test.

2. NEW ANTITRUST BILL PROVISIONS

The newly proposed Competition and Antitrust Law Enforcement Reform Act does not represent a simple fine-tuning but rather a fundamental alteration to the existing US antitrust law. This is evident at first glance. In general, based on their subject matter, all new provisions may be divided into four major sections: mergers and acquisitions, monopolization, relevant market definition, and enforcement resources. Since these are the supporting pillars of the current US antitrust law, by analysing these sections of new provisions one could also in parallel identify the contours of the new emerging antitrust policy.

2.1. Revised Standard for Merger Control

The first set of new provisions relates to mergers and acquisitions. In essence, the new bill strengthens prohibitions against certain types of mergers. In particular, the Klobuchar Bill amends the Clayton Antitrust Act to forbid all acquisitions that "create an appreciable risk of materially lessening competition" instead of acquisitions where "the effect of such acquisitions may be substantially to lessen competition", as before the amendments.⁵ Moreover, the Klobuchar Bill explicitly defines the standard

⁵ Klobuchar Bill, § 4(b)(1); Section 7 of the Clayton Act (15 USC § 18).

of “materially lessening” as “more than a *de minimis* amount.”⁶ Therefore, the bill introduces higher legal standards. In other words, the FTC and the DOJ would get a valid legal ground to challenge almost any merger in the US since almost all acquisitions may generate the risk of lessening competition to “more than a *de minimis* amount.”⁷ In this way, the Klobuchar Bill sets new and stricter standards for assessing mergers and acquisitions.

Besides setting the bar (too) high, the new bill also shifts the burden of proof to the merging parties. Namely, for certain types of mergers, the proposed bill shifts the obligation from the government to the merging companies to prove that they are not in violation of the law or that the merger in question does not produce an appreciable risk of materially lessening competition. Those “specific” mergers include mergers that significantly increase market concentration, acquisitions of competitors or nascent competitors by a dominant firm, and mega-mergers valued at more than \$5 billion.⁸ In its essence, this is tailor-made provision for tech giants because it is almost impossible for any tech corporation to acquire another company without falling into the net of the shifting-burden-of-proof provision. In this way, the new bill implicitly presumes that all the large tech mergers are illegal. That effectively means that all tech giants in the US could face an insurmountable obstacle in proving that their acquisitions do not generate a risk of lessening competition to “more than a *de minimis* amount”.

Moreover, even if these large companies would settle with the antitrust authorities and provide sufficient evidence that the merger does not create an appreciable risk of materially lessening competition, they would have to comply with additional antitrust provisions. Namely, the new bill amends the HSR Act and introduces harsh post-settlement requirements,⁹ obliging the merging parties to report data to the antitrust authority during the five years following the acquisition. Among other obligations, the parties must submit a report providing information on “the pricing, availability, and quality of any product or service, or inputs thereto, in any market, that was covered by the settlement”. During the same period, it must also report on the resulting efficiencies of any divestitures or conditions established

⁶ Klobuchar Bill, § 4(b)(3).

⁷ In addition, the Klobuchar Bill clarifies that mergers may create monopsony (a market structure where buyers or employers, due to the lack of competition on the demand-side of the market, have the power to lower the prices they pay) and monopoly – not only monopoly as before the amendments.

⁸ Klobuchar Bill, § 4(b)(3).

⁹ Klobuchar Bill, § 5; Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976 (15 USC § 18a).

through the settlement. In this way, large companies in the US would be on the antitrust radar, blinking all the time, and the FTC would be provided additional time to (re)assess the mergers and acquisitions.

2.2. Revised Harmful Conduct

In addition to amending the standard for mergers and acquisitions, the Klobuchar Bill also revises the Clayton Antitrust Act standards for exclusionary conduct. In particular, the bill prohibits a firm within the relevant market from engaging in “exclusionary conduct that presents an appreciable risk of harming competition”.¹⁰ Moreover, the bill defines exclusionary conduct as “conduct that materially disadvantages an actual or potential competitor or tends to limit their ability or incentive to compete”.¹¹ In this way, the Klobuchar Bill makes a sharp U-turn and shifts the focus of antitrust law from protecting consumers to protecting competitors.

This U-turn may have multiple consequences, especially in the case of predatory pricing. Namely, consumers benefit from aggressive price competition (price war) when that does not enable a defendant to raise prices at a later time (after squeezing out competitors from the market). In that sense, the bill outlaws all practices by dominant firms that harm their actual or potential competitors, even when these practices and the established low prices are highly beneficial to consumers. In that way, the bill overturns the Supreme Court’s decisions in several landmark cases. For instance, the new provisions are contrary to the decision in the *Brooke Group case*, stating that predatory pricing implies prices “below any measure of the costs to the defendant”, which do not enable it to recoup its investment or otherwise makes “no economic sense”.¹² In other words, the price war, in general, is permitted because it increases consumer welfare.

In essence, the new exclusionary conduct provisions radically alter the existing antitrust law, overturn the relevant case law, and in some cases protect competitors instead of consumers. On top of that, the Klobuchar Bill creates an explicit presumption that exclusionary conduct presents “an appreciable risk” whenever a given company has a relevant market share of 50% or more or otherwise has significant market power.¹³ Once again – a tailor-made provision for tech giants. Due to this provision, those large

¹⁰ Klobuchar Bill, § 5; Section 7 of the Clayton Act (15 USC § 12).

¹¹ Klobuchar Bill, § 9 (a).

¹² *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 US 209 (1993).

¹³ Klobuchar Bill, § 9 (c) (1).

corporations may be sued (and fined) for abuse of dominance whenever they engage in any conduct that “materially disadvantages [...] actual or potential competitors or tends to limit the ability or incentive [...] potential competitors to compete”, regardless of the consequences for consumer welfare. It seems that Senator Amy Klobuchar and other Neo-Brandeisians are not interested in economic effects of the conduct but rather in the (presumed) risk of harming competition.

To put it simply, large corporations materially disadvantaging their actual or potential competitors (or tending to limit their abilities or incentives to compete) produces appreciable risk of harming competition. The appreciable risk equals a violation of antitrust law. Therefore, large corporations materially disadvantaging their competitors must be violating antitrust law. That is a textbook example of a correct syllogism based on a false proposition.

The only way for tech giants to avoid violation of exclusionary conduct provisions, and the accompanying civil penalties,¹⁴ is to invoke the exception.¹⁵ The Klobuchar Bill provides the exception to the abovementioned syllogism “if a defendant establishes, by the preponderance of the evidence, that distinct procompetitive benefits of the exclusionary conduct in the relevant market eliminate the risk presented by the exclusionary conduct”. In other words, the new bill presumes that tech giants are harming competition (by competing in the relevant market), and it shifts the burden of proof to an undertaking to rebut this presumption. In essence, contrary to all other fields of law, case law, and common sense, the Klobuchar Bill presumes that large corporations violate the antitrust law, and these corporations must prove otherwise. Moreover, it is not enough to prove the absence of harm to competition. Large corporations (falling under Section 9 of the Bill) must prove they eliminated the risk of harming competition. In practice, that standard of proof could be the nearest equivalent to *probatio diabolica*.

2.3. Eliminated Definition of Relevant Market

The relevant market is one of the basic concepts and practical analytical tools, enabling delineation of a commerce segment within which antitrust law assesses companies’ behaviour and its consequences for consumer

¹⁴ Klobuchar Bill, 26A (f); A civil penalty, in general, is a non-criminal remedy for a law violation, and it differs from (treble) damages compensation. This legal remedy will be further analysed in the following subsection when considering the increased enforcement resources under the Klobuchar Bill.

¹⁵ Klobuchar Bill, § 9 (c) (2).

welfare (Robertson 2019). Accordingly, courts in the US require antitrust plaintiffs to prove that the challenged conduct is harmful to competition in a relevant market (Gleklen *et al.* 2021). In other words, it is almost impossible to assess whether a given behaviour harms competition and decreases consumer welfare without a properly defined relevant market. This is especially the case with large tech giant corporations, usually participating in many different (two-sided) markets. In this sense, it comes as a surprise that the Klobuchar Bill eliminates the market definition requirement.

Under the new bill, “establishing liability under the antitrust laws does not require the definition of a relevant market”.¹⁶ Definition of the relevant market is to be applied solely if it is necessary “to establish a presumption or to resolve a claim”, under provisions that explicitly refers to the terms “relevant market”, “market concentration”, and/or “market share”.¹⁷ Since Sections 1 and 2 of the Sherman Antitrust Act and Section 7 of the Clayton Antitrust Act do not contain those terms, there would be no need to define the relevant market to establish liability in the majority of antitrust cases. It seems that those terms are intentionally added solely to the sections of the new bill that shift the burden of proof from the antitrust authorities to the defendant.¹⁸ In other words, on one side, the US antitrust authorities are not obliged to define a relevant market to demonstrate a defendant’s liability in antitrust cases, while on the other side, the defendant is obliged to provide such a definition to rebut the presumption of appreciable risk or to resolve a claim.

This radical solution – practically eliminating the definition of the relevant market from the US antitrust law – would be highly unusual, to say the least. Not only would this be contrary to solutions in other well-developed antitrust systems worldwide, it would also be contrary to the established domestic case law stating that “without a definition of that market, there is no way to measure the [defendant’s] ability to lessen or destroy competition”.¹⁹ Furthermore, the suggested solution would be inconsistent with the *American Express case*, requiring consideration of competitive benefits and harms to both sides of a two-sided market,²⁰ etc.

¹⁶ Klobuchar Bill, § 13 (a).

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Klobuchar Bill, § 4 (b), 26A.

¹⁹ *Walker Process Equip. v. Food Mach. & Chem.*, 382 US 172, 177 (1965).

²⁰ *Ohio v. American Express Co.*, 138 S. Ct. 2274, 585 US (2018). Also, in antitrust law theory, many authors emphasize the significance of both sides of a two-sided market when considering the competitive harms and benefits of given conduct. See, for instance, Jean-Charles, Tirole 2003; Hovenkamp 2020.

2.4. Increased Enforcement Resources

In addition to all these draconian provisions, Senator Klobuchar also proposed an increase in enforcement resources “to enable the agencies to fulfil their missions by bringing enforcement actions against the richest, most sophisticated companies in the world”,²¹ and introduction of civil penalties for antitrust law violations.

The Klobuchar Bill authorizes a significant increase in the budgets of the antitrust law enforcement agencies. These are primarily the Justice Department’ Antitrust Division, the Federal Trade Commission, and state enforcement agencies.²² That is one of the explicitly declared purposes of the new bill and the clear intention of the proponent. The only thing not so clear is why these agencies need an increased budget to “bring enforcement actions against the richest, most sophisticated companies in the world”, since the Klobuchar Bill shifts the burden of proof from the agencies to these companies and sets stricter legal standards for assessing their conduct? As already demonstrated, in most mergers and exclusionary conduct cases, these companies would have to rebut an explicit presumption of an antitrust law violation.

Besides increasing the annual budgets of existing agencies, the Klobuchar Bill would also establish new ones. The most significant would be the Office of the Competition Advocate within the Federal Trade Commission. The Office would provide recommendations concerning administrative actions that may harm or improve competition and publish reports on various topics, including “market competition and its impact on the United States, local geographic areas, and different demographic and socioeconomic groups”.²³ Moreover, the new bill would establish a Data Centre (within the Office) responsible for preparing and publishing “in a manner that is easily accessible to the public”, a concentration database, a merger enforcement database, and other databases.²⁴ Furthermore, the bill would also establish a Division of Market Analysis, for conducting investigations of markets or industry sectors, “to analyze competitive conditions and dynamics affecting such markets or industry sectors, including the effects that market

²¹ This observation is available at: <https://www.klobuchar.senate.gov> (last visited 31 January, 2022).

²² Klobuchar Bill, § 15.

²³ Klobuchar Bill, § 8 (e).

²⁴ Klobuchar Bill, § 8 (g).

concentration, mergers and acquisitions, certain types of agreements, and other forms of business conduct have on competition, consumers, workers and innovation”.²⁵

Furthermore, the bill would authorize the FTC and the Department of Justice to commence a civil action against any market participant for violations of Sections 1 and 2 of the Sherman Antitrust Act and the new Section 26A of the Clayton Antitrust Act (prohibiting exclusionary conduct).²⁶ Under the Klobuchar Bill, these authorities may seek civil penalties (fines) for market participants up to the greater of (a) 15% of the defendant’s total prior year US revenues, or (b) 30% of the defendant’s revenues in line of commerce affected by the unlawful conduct while the conduct persisted.²⁷ Given that private plaintiffs are entitled to seek treble damages,²⁸ the new solution could result in payments many times exceeding the profits earned by anti-competitive conduct (Gleklen *et al.* 2021). These extremely high fines could deter market participants from violating the antitrust law. However, considering the thin line between legal and illegal conduct under the Klobuchar Bill, these fines could also significantly discourage market participants from pro-competitive behaviour.

The proposed substantial fines and increased enforcement resources provide irrefutable evidence of a wave of populism currently sweeping the US antitrust law. In essence, these proposals presume, without any valid ground, that large companies and industry concentration are harmful to the US economy. Moreover, the bill’s proponent seems determined to fight this “evil” by all available means and, at the same time, to achieve some other public policy goals such as the protection of demographic and socioeconomic groups, workers, and innovation.

However, before further examining populism in the US antitrust law, the proposed public policy goals, and their importance for the antitrust law reform, it is necessary to analyse more closely the possible economic consequences of the Klobuchar Bill application, because these economic consequences could enable better understanding of the declared public policy goals and whether they might be accomplished by the application of the bill or not. Of course, since the new bill has recently been introduced,

²⁵ Klobuchar Bill, § 8 (h).

²⁶ Klobuchar Bill, § 10 (b); § 26A (f).

²⁷ Klobuchar Bill, § 26A (f) (1) (2).

²⁸ 15 US Code § 15 states that “[...] any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue [...] and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney’s fee”.

the only possible option is to conduct an *ex-ante* impact assessment analysis or analyse the economic consequences in hypothetical application cases. To make these cases realistic and obtain credible results, the best way to conduct an *ex-ante* impact assessment analysis is to apply the proposed provisions to the existing antitrust cases.

3. APPLICATION OF THE NEW BILL

The application of the Klobuchar Bill to actual cases is not a simple matter of subsumption. In the first place, the tech giant antitrust cases are extremely complex and require meticulous analysis of facts before applying the law. Secondly, even if the facts of the case were evident, the new bill contains entirely new legal standards that are yet to be interpreted and specified through legal practice. Therefore, this analysis is limited only to some of the fundamental issues in the most prominent US antitrust cases. These are issues concerning exclusionary conduct in *FTC v. Microsoft* and *FTC v. Google* cases and the issue concerning mergers in the recent *FTC v. Facebook* case. Antitrust authorities handled all these cases under the current antitrust law with considerable difficulties. Nevertheless, the question is – what would have been the decisions in these cases (and their consequences for the American consumers) if the competent authorities had applied the Klobuchar Bill’s provisions?

3.1. *FTC v. Microsoft*

The FTC began an inquiry into whether Microsoft was abusing its monopoly in the PC operating system market in 1992 and ended up with a settlement on 2 November 2001.²⁹ Faced with several charges and liability under the antitrust law, Microsoft eventually proposed to share its application programming interface (API) with the competitors and appoint a panel of three independent professionals who would have access to Microsoft’s systems and records for five years, to ensure compliance (Elzinga, Evans, Nichols 2001).

Interestingly, Friedman (1999) had criticized this case at the time, claiming that it sets a dangerous precedent foreshadowing increasing government regulation in the IT industry, which may impede technological

²⁹ *United States v. Microsoft Corporation*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

progress. Bearing in mind the provisions of the Klobuchar Bill, it seems Friedman could be right after all. Namely, under that Bill, Microsoft would have had to rebut a presumption that its conduct (materially disadvantaging an actual or potential competitor or tending to limit its ability or incentive to compete) creates an appreciable risk of harming competition. In other words, Microsoft would have been liable for exclusionary conduct under the Klobuchar Bill's provisions unless it had proved otherwise.

In the highly likely case of Microsoft not being able to rebut the established presumption, the antitrust authorities would have a valid legal ground to impose remedies and civil penalties. That would probably result in the divestiture of Microsoft, as initially requested, and payment of considerable fines. In any event, Microsoft would very likely end up losing its business structure and market power, while consumers worldwide would not have the best PC operating system at the time. That could also impede technological progress because relatively small competitors could not materialize economies of scale and scope to such an extent and create the significant network effects that Microsoft did. In other words, consumers could have ended up with low-quality products and higher prices because the causality relationship between the number of competitors in a market and increased competitive constraints is usually fragile or does not exist at all (Shapiro 2018; Brayan, Hovenkamp 2020; Devlin 2021, 119–125).

3.2. *FTC v. Google*

The FTC launched an investigation into this case in 2012, following the recommendation of the US Senate Subcommittee on Antitrust, Competition Policy, and Consumers Rights.³⁰ The FTC primarily investigated whether Google had abused its dominant position by protecting the Google Search platform and gaining substantial revenue by providing advertising services. During the investigation, the FTC failed to provide strong evidence on Google's conduct that caused a decrease in consumer welfare. Eventually, in January 2013, the FTC terminated its investigation without filing a complaint,

³⁰ The initial recommendation is available at: <https://www.fairsearch.org/wp-content/uploads/2011/12/Google-FTC-Letter-12-19-11.pdf> (last visited 31 January, 2022). This case should be distinguished from the other antitrust cases against Google, including the most recent one where the DOJ filed a civil antitrust lawsuit to stop Google from allegedly unlawfully maintaining monopolies and harming competition through anticompetitive practices in the search and search advertising markets.

and Google voluntarily made a commitment to permit all rival websites to prevent Google from displaying their content and removed restrictions on the use of its advertising platform for five years (Bergqvist 2021).

Ten years later, it is evident that this case, as well as the previous one, has been initiated mainly due to political pressure and not concerns for consumer welfare. However, instead of reducing that political pressure, the Neo-Brandeisians have decided to increase it even more and propose the new bill. Under the Klobuchar Bill, the FTC would undoubtedly be more successful in taking on Google and similar companies. It would not have had to initiate an investigation, collect the evidence on the exclusionary conduct, determine the relevant market, nor provide conclusive proof of a decrease in consumer welfare. Google's liability and violation of the Competition and Antitrust Law Enforcement Reform Act would be presumed, and the company would have the opportunity to try to rebut this presumption.

Nevertheless, even in a hypothetical application of the Klobuchar Bill, it seems very likely that Google would not have been able to rebut the presumption of its liability, i.e., antitrust law violation. That is not because Google was necessarily harming competition in the relevant market, but rather because it is almost impossible to prove that it did not materially disadvantage any actual or potential competitor (or tend to limit their ability or incentive to compete). Even if it would have succeeded in proving it did not do that, it would still have to prove that its conduct does not create a *risk of harming* competition. In other words, Google could be held liable under the Klobuchar Bill even if it did not harm competition in a relevant market. The established liability could further lead to Google's divestiture, civil penalties, and possibly a somewhat lower market power and industry concentration.

3.3. *FTC v. Facebook*

FTC v. Facebook is the most recent tech giant antitrust case in the US. The FTC filed a complaint in December 2020,³¹ requesting a permanent injunction and other relief against Facebook to prevent the alleged anticompetitive conduct and unfair methods of competition. Within the complaint, the FTC argued that Facebook illegally maintained the personal

³¹ The timeline of the case and all the submissions are available at: <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/191-0134/facebook-inc-ftc-v> (last visited 31 January, 2022).

social networking monopoly through a years-long course of anticompetitive conduct. Interestingly, the anticompetitive conduct included, among others, the acquisitions of Instagram in 2012 and of WhatsApp in 2014, which were both previously assessed and approved by the FTC (Begović, Ilić 2021).

Under the new Klobuchar Bill, Facebook could have been liable for the antitrust law violation on (at least) two different grounds. First, Facebook's exclusionary conduct (materially disadvantaging an actual or potential competitor or tending to limit its ability or incentive to compete) could generate an appreciable risk of harming competition unless Facebook proved otherwise.³² The application of these provisions and the corresponding establishing-liability mechanism would be almost the same as in the mentioned cases of Microsoft and Google. Secondly, Facebook's acquisitions of Instagram and WhatsApp would not have been approved due to the presumed appreciable risk of lessening competition.

Namely, if the Klobuchar Bill had been applicable at the time of Facebook acquiring its up-and-coming rivals Instagram and WhatsApp, these acquisitions would most likely have been prohibited. As already mentioned, the bill forbids acquisitions that "create an appreciable risk of materially lessening competition" or risk of lessening competition for "more than a de minimis amount".³³ Moreover, the bill presumes that all acquisitions of competitors or nascent competitors by a dominant company automatically create the risk lessening competition, i.e., that these mergers are illegal *per se* unless the merging parties prove otherwise.³⁴

Therefore, under the new bill, Facebook could have acquired Instagram and WhatsApp only upon proving that these mergers would not have created the risk of lessening competition "more than a de minimis amount". Similar to the mentioned exclusionary conduct standard, it would not be relevant whether these mergers were harmful to competition and consumer welfare, but whether they create the (presumed) risk of harming competition, which is an extremely high standard to meet. Moreover, to rebut this presumption, Facebook would have to define a relevant market (even though the FTC itself failed to do so successfully in the most recent case,³⁵ and under the new bill it would not have to). Finally, even if Facebook, under the heavy burden

³² Klobuchar Bill, § 9.

³³ Klobuchar Bill, § 4.

³⁴ Klobuchar Bill, § 4.

³⁵ For more details on the definition of the relevant market in *FTC v. Facebook* case see Begović, Ilić (2021).

of proof, were to settle, the FTC could oblige Facebook to report data on its business during the next five years to (re)assess “the competitive impact of the acquisition”³⁶

Based on the Facebook example, it seems evident that under the new bill tech giants would face practically insurmountable obstacles if they would try to acquire their actual or potential competitors. The Klobuchar Bill set the revised standards for clearing mergers and acquisitions so high it is hard even to imagine a hypothetical example of a tech giant acquiring any company without also violating antitrust law.

4. NEW COMPETITION POLICY AND ITS ECONOMIC CONSEQUENCES

The newly emerging competition policy in the US is shaped under the strong influence of the New Brandeis movement and it is to be implemented through a set of bills, including the Competition and Antitrust Law Enforcement Reform Act as the crucial one. Therefore, to analyse in detail the possible economic consequences of the new competition policy and the new bill, it is necessary to explain the policy’s origins and its content in the first place.

The New Brandeis movement consists primarily of academics and stakeholders, whose fundamental idea is that tech giants, industry concentration, and market power are harmful to consumers and the US economy. One could find many academic papers claiming that level of competition in the US has plummeted and that the antitrust law enforcement in the country is too lax (Baker 2019; Philippon 2019). Most of these papers single out tech giants, including Google and Facebook, as the main culprits of the competition decline and ineffectiveness of the US antitrust law. Moreover, Autor *et al.* (2017), Basu (2019), Locker, and Eeckhour (2019), claim that the increased industrial concentration, along with a considerable increase in profit margin, and the share of capital in the national income distribution, is a clear signal of raising market power and decreasing competition in the US market. Accordingly, these authors advocate significant amendments to the antitrust law, more vigorous law enforcement, and reconsidering the well-established antitrust policy aims.

³⁶ Klobuchar Bill, § 5.

Besides academics, the most relevant stakeholders are (populist) politicians. Some of them previously had an academic carrier, like Lina Khan, a 31-year-old legal scholar, recently appointed FTC Chair by US President Biden. The President also promoted Timothy Wu, who strongly advocated filing the antitrust lawsuit and breaking-up Facebook in 2010, as the White House official responsible for technology and competition policy. In addition to the executive branch power, the New Brandeis movement also has many ardent supporters in Congress, including Senator Klobuchar, who formally proposed the Competition and Antitrust Law Enforcement Reform Act aiming to “overhaul and modernize” antitrust law.

According to these academics and politicians, the main goal of the newly emerging competition policy (and the new bill) is to decrease the market power of tech giants and the level of industry concentration while increasing competition in the US markets. Furthermore, some Neo-Brandeisians claim that the new competition policy should address the main concerns related to the political power of tech giants and certain public policy goals, such as fostering innovation, increasing employment rate, and decreasing economic inequality. To achieve all these policy goals, the New Brandeis movement suggests a radical reform of US antitrust law, which, among other things, implies enactment of the Competition and Antitrust Law Enforcement Reform Act.

It is important to emphasize that Neo-Brandeisians blame current US antitrust law and large corporations for the increased market power and industry concentration for many years now. Also, over the years they have persistently claimed that market power and industry concentration are inextricably intertwined with the core social problems, such as median-wage stagnation and increasing economic inequality, sluggish pace of innovation, slow productivity growth, etc. In other words, Neo-Brandeisians have gradually shaped the current public opinion in the US on large corporations and their role in the American economy. According to this opinion, the new competition policy and antitrust law reforms could be a universal solution for some of the burning problems in the US economy. It seems that a considerable majority of the US voters share this opinion and strongly supports suggested reforms. Therefore, it would be reasonable to assume that politicians could cause considerable dissatisfaction among US voters if they do not enact the Klobuchar Bill.

So far, it seems everything is going smoothly for the New Brandeis movement and its supporters. On 20 January 2022 the Senate Judiciary Committee voted 16 to 6, on a bipartisan basis, to advance the Klobuchar Bill and set it on a path to be adopted by the full Senate (Feiner 2022; MacCarthy 2022). Due to analysis in this paper, the enactment and application of the

bill would put US tech giants and other large companies in an unenviable position. The original intentions behind the Klobuchar Bill and the possible consequences of its application are already explained. Yet, Neo-Brandeisians should, at some point, answer the three fundamental questions: Is market power harmful to consumers? Does market power correlate with industry concentration? Does industry concentration correlate with competitive constraints? So far, it seems that the Neo-Brandeisians presume the affirmative answers to these three questions in the same way as they presume that tech giants violate the antitrust law – without any valid evidence.

Nonetheless, the debate concerning industrial concentration in the US economy is far from settled. For instance, Shapiro (2018) explains in detail that industrial concentration does not imply market concentration, while Brayan and Hovenkamp (2020) further argues that even relevant market concentration is not an indicator of competition in that market. In other words, they suggest that, while market power could be harmful to the US consumers, it could also be beneficial due to the increased dynamic market efficiency, i.e., innovation fostering. At the same time, the level of industry concentration does not say a lot about market concentration because tech giants from one industry may participate in different relevant markets. Moreover, market concentration could be beneficial, i.e., it could significantly increase competitiveness due to the materialization of economies of scale and scope, innovative products and services, or simply – increased productivity. Therefore, the three fundamental questions raised above do not have binary answers. The increased market power and industry concentration may at the same time be both beneficial and harmful for the US economy, depending on the evaluation criteria and specific features of the case. On one side, if the criterion is consumer welfare – a well-defined standard (Crane 2019, 769) that was initially associated with Bork (1978) – the current antitrust law seems like a sound basis that could be polished further (Devlin 2021, 135).³⁷ On the other side, if the evaluation criterion were to be company size, i.e., market power, political power, employment and wages, inequality, or any similar goal (Steinbaum, Stucke 2020; Eeckhout 2021), then the attempted radical reform of the antitrust law could be necessary. However, it is not that difficult to answer the question of whether antitrust law is the right tool for achieving all these different goals. One may achieve all these goals (if needed) through taxation, regulation, and many other ways, without significantly lessening incentives for tech giants and other market participants to

³⁷ For instance, Gilbert (2020, 2–4) suggests further amending antitrust law to foster innovation while keeping consumer welfare maximization as the main criterion; Crane (2019, 760) also notes that there is “not an obvious replacement in sight” for the consumer welfare standard.

compete. Also, Gilbert (2020, 235) states that, among other deficiencies, “these ill-defined goals [increase] the risk that courts and antitrust agencies will have too much discretion to respond to political pressures, corporate lobbying, and personal biases”. On top of that, the introduction of brand-new legal standards and concepts could significantly raise the overall cost of regulation and create considerable uncertainty for market participants.

Even if Congress enacts the Klobuchar Bill and the tech giants refrain from materially disadvantaging competitors and acquiring nascent firms, it will not automatically translate into the accomplishment of the populist political goals, such as a decrease in the tech giants’ market and political power. On the contrary, market power and prices could increase due to the many small companies that do not feel competitive pressure from tech giants and cannot materialize economies of scale and scope or create considerable network effects. Also, the fact that these small companies do not have significant political power individually does not mean they will not form well-organized interest groups to protect these economic inefficiencies. Furthermore, diversified technological progress is not a guarantee for the productive efficiency of small firms and competitiveness at the global level. It is more likely that the most sophisticated and innovative technical solutions in the US would come from abroad, where tech giants still can materialize economies of scale and scope, create network effects, be more productive and invest more in research and development. In other words, the Klobuchar Bill and the newly emerging antitrust policy may make the US start lagging behind China and other countries because small companies and restricted tech giants cannot outperform Huawei and similar global competitors. Moreover, if American tech giant companies fall behind competitors from other countries once, they would have great difficulty catching up and becoming competitive globally. That is a sound reason for Congress to be extremely cautious when considering the Klobuchar Bill and other similar amendments to the current antitrust law that would imply significant deviations from the safe course.

5. CONCLUDING REMARKS

The Klobuchar Bill, if enacted, could radically reform the US antitrust law that has been enforced and meticulously developed over the past two centuries. In the first place, it could greatly revise legal standards for mergers and acquisitions and exclusionary conduct. Those standards, in conjunction with the proposed civil penalties and shifted burden of proof, i.e., presumed

antitrust law violations, could strongly disincentivize the US tech giants and other large companies to improve their business and increase consumer welfare.

The hypothetical application of the new bill to the facts of some of the solved and ongoing cases confirms this conclusion. In all analysed cases, tech giants would be liable for antitrust law violations under the Klobuchar Bill. For instance, under the new statute, it could be illegal to commence a price war or acquire a nascent innovative competitor, even when that is highly beneficial for consumers. In that sense, the new statute would probably reduce the industry concentration and market power. However, that would not automatically mean that consumers and the US economy would be better off. On the contrary, a significant reduction in industry concentration and market power could cause a decrease in consumer welfare because relatively small companies would not materialise economies of scale and scope nor create considerable network effects. In that way, due to the enactment of the Klobuchar Bill, the US consumers may end up paying higher prices for lower quality goods, and the US economy, in the long run, may start lagging behind China and other developed countries.

Due to these findings, this paper cannot confirm the initial hypothesis that the enactment of the new bill will improve the US antitrust law to “effectively promote competition and protect American consumers”. On the contrary, the Klobuchar Bill effectively supports the reduction of market power and market concentration (and accomplishment of other populist public policy goals), even when that decreases consumer welfare, i.e., harms American consumers. Moreover, it seems that using standard antitrust policy as a tool for accomplishing populist goals could be even more harmful to the US economy than market power and industrial concentration.

All the findings in this paper, including the rejection of the constructed hypothesis, suggest that one should be extremely cautious when considering radical amendments to the current antitrust law and deviating from the well-established consumer welfare standard.

REFERENCES

- [1] Autor, David, Dorn Lawrence, Christina Patterson, John Reenen. 5/2017. Concentration and the Fall of the Labor Share. *American Economic Review* 107: 180–185.
- [2] Baker, Jonathan. 2019. *The Antitrust Paradigm: Restoring a Competitive Economy*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2019.

- [3] Begović, Boris, Nikola Ilić. 2021. FTC v. Facebook or Breaking Up Dominant Digital Platforms in the Time of Covid–19: Motives, Rationale, and Possible Alternatives from a Competition Law Perspective. 85–109 in *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC)*, 5, edited by Aleksandar Erceg, Dubravka Akšamović. Osijek: Faculty of Economics and Faculty of Law.
- [4] Begović, Boris. 10–12/2018. Populizam u pravu konkurencije: anatomija, dijagnostika i moguće posledice. *Pravo i privreda* 56: 31–55.
- [5] Bergqvist, Christian. 2021. Revisiting FTC’s 2013 Google Decision. Kluwer Competition Law Blog, <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2021/03/28/revisiting-ftcs-2013-google-decision/> (last visited 31 January, 2022).
- [6] Berk, Gerald. 2009. *Louis D. Brandeis and the Making of Regulated Competition, 1900–1932*. Cambridge: Cambridge University Press.
- [7] Boris Begović. 1/2022. Gilbert, Richard J. 2020. Innovation Matters: Competition Policy for the High-Technology Economy. Cambridge, Mass. & London: The MIT Press. *Annals of the Faculty of Law in Belgrade* 70: 343–355.
- [8] Bork, Robert H. 1978. *The Antitrust Paradox*. New York: Basic Books.
- [9] Crane, A. Daniel. 4/2019. A Premature Postmortem on the Chicago School of Antitrust. *The Business History Review* 93: 759–776.
- [10] Delvin, Alan. 2021. *Reforming Antitrust*. Cambridge: Cambridge University Press.
- [11] Eeckhout, Jan. 2021. *The Profit Paradox: How Thriving Firms Threaten the Future of Work*. Princeton & Oxford: Princeton University Press.
- [12] Elzinga, Kenneth, David Evans, Albert Nichols. 2001. United States v. Microsoft: Remedy or Malady? *George Mason Law Review* 9 (633).
- [13] Feiner, Lauren. 2022. Senate Committee Votes to Advance Major Tech Antitrust Bill. CNBC Tech blog, <https://www.cnbc.com/2022/01/20/senate-committee-votes-to-advance-major-tech-antitrust-bill.html> (last visited 31 January, 2022).
- [14] Friedman, Milton. 2013. The Business Community’s Suicidal Impulse. Policy Forum. Cato Institute.
- [15] Gilbert, Richard. 2020. *Innovation Matters: Competition Policy for the High-Technology Economy*. Cambridge, Mass. & London: The MIT Press.

- [16] Gleklen, Jonathan, Scott Lent, Gregory Louer, Wilson Mudge. 2021. Analysis of the Proposed Competition and Antitrust Law Enforcement Reform Act of 2021. Arnold & Porter Podcast, <https://www.mondaq.com/unitedstates/antitrust-eu-competition/1041218/analysis-of-the-proposed-competition-and-antitrust-law-enforcement-reform-act-of-2021> (last visited 31 January, 2022).
- [17] Hovenkamp, Herbert. 8/2020. Antitrust and Platform Monopoly. *The Yale Law Journal*, 130: 1952–1981.
- [18] Khan, Lina. 3/2018. The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate. *Journal of European Competition Law & Practice* 9: 131–132.
- [19] Khan, Lina. 4/2019. Comment on Daniel A. Crane: A Premature Postmortem on the Chicago School of Antitrust. *Business History Review*, 93: 777–779.
- [20] Kraffert, Florian. 1/2020. Should EU Competition Law Move Towards a Neo-Brandeis approach? *European Competition Journal* 16: 55–96.
- [21] MacCarthy, Mark. 2022. Two Ways to Improve Senator Klobuchar's Needed Antitrust Legislation. Brookings, Techtank, <https://www.brookings.edu/blog/techtank/2022/02/08/two-ways-to-improve-senator-klobuchars-needed-antitrust-legislation/> (last visited 31 January, 2022).
- [22] Philippon, Thomas. 2019. *The Great Reversal: How America Gave Up on Free Markets*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press.
- [23] Robertson, Victoria. 2019. The Relevant Market in Competition Law: A Legal Concept. *Journal of Antitrust Enforcement* 00: 1–19.
- [24] Rochet, Jean-Charles, Jean Tirole. 4/2003. Platform Competition in Two-Sided Markets. *Journal of the European Economic Association* 990–1029.
- [25] Steinbaum, Marshall, Maurice Stucke. 2/2020. The Effective Competition Standard: A New Standard for Antitrust. *University of Chicago Law Review* 87: 595–623.
- [26] Urofsky, Melvin. 1/2005. Louis D. Brandeis: Advocate Before and On the Bench. *Journal of Supreme Court History* 30: 31–46.

Article history:
Received: 31. 1. 2022.
Accepted: 9. 3. 2022.

Dr Maja STANIVUKOVIĆ*

Dr Sanja ĐAJIĆ**

**PRAVO RODITELJA NA POVRATAK U ZEMLJU POREKLA
U SVETLU HAŠKE KONVENCIJE O GRAĐANSKOPRAVNIM
ASPEKTIMA MEĐUNARODNE OTMICE DECE
I EVROPSKE KONVENCIJE ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I
OSNOVNIH SLOBODA**

U fokusu ovog rada je pravo na povratak u zemlju porekla roditelja koji se u stranoj zemlji primarno stara o detetu. Pravna prepreka ostvarenju prava roditelja koji se primarno stara o detetu da se preseli iz inostranstva u zemlju porekla i da sa sobom povede i dete postoji u Haškoj konvenciji o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece čija mehanička primena sprečava roditelja da samostalno promeni boravište deteta čime se otvara pitanje poštovanja prava roditelja i deteta.

Praksa Evropskog suda za ljudska prava i Ustavnog suda Republike Srbije sadrži smernice za tumačenje odredaba Haške konvencije o otmici deteta u sve češćim situacijama kada se kao otmičar javlja roditelj koji se primarno stara o detetu i koji se bez saglasnosti drugog roditelja preselio sa detetom u svoju zemlju porekla. Procenom najboljeg interesa deteta može se prevazići tenzija između prava roditelja da se vrati u zemlju porekla i Haške konvencije o otmici deteta.

* Redovni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Srbija, M.Stanivukovic@pf.uns.ac.rs.

** Redovni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Srbija, sdjajic@pf.uns.ac.rs.

Ključne reči: *Promena boravišta deteta. – Otmica deteta. – Prava deteta. – Pravo na porodični život. – Pravo na povratak u svoju zemlju.*

1. UVOD

U fokusu ovog rada je pravo na povratak u zemlju porekla roditelja koji se u stranoj zemlji primarno stara o detetu. Pravo na povratak u zemlju porekla je ljudsko pravo zagantovano brojnim međunarodnim instrumentima, ali pravo na napuštanje strane zemlje može biti ograničeno pravima drugih lica. Autorke polaze od pretpostavke da postoji pravna prepreka ostvarenju prava roditelja koji se primarno stara o detetu da se preseli iz inostranstva u zemlju porekla i da sa sobom povede i dete. Reč je o Haškoj konvenciji o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece¹ (u daljem tekstu: Haška konvencija o otmici) koja, u sadejstvu sa propisima zemlje u kojoj roditelj i dete imaju uobičajeno boravište, sprečava roditelja da samostalno promeni boravište deteta.² Cilj Haške konvencije o otmici – hitan povratak deteta u zemlju iz koje je nezakonito odvedeno – u skladu je sa najboljim interesima deteta (Tobin 2019, 387). Međutim, Haška konvencija o otmici se u praksi sudova država članica često primenjuje mehanički, na način koji ograničava ljudska prava roditelja koji se stara o detetu da se vrati u zemlju porekla i koji istovremeno može da ugrozi najbolji interes deteta *in concreto*.

Promena boravišta deteta kao nužna posledica preseljenja u drugu zemlju često izaziva sporove između roditelja. Tipična situacija u kojoj se pitanje promene boravišta deteta postavlja pred sudovima javlja se kada je nadležni sud u državi u kojoj dete uobičajeno boravi odlučio o vršenju roditeljskog prava, posle razvoda braka ili prestanka vanbračne zajednice, poverivši dete privremeno ili stalno na staranje jednom roditelju koji stiče pravo i obavezu da se primarno stara o detetu (primarni roditelj, *primary caregiver*), dok drugi roditelj jeste dobio određena prava i obaveze (na

¹ Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Haška konvencija o otmici usvojena je 25. oktobra 1980, a stupila je na snagu 1. decembra 1983. godine. SFRJ je ratifikovala tu konvenciju (*Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori* 7/91).

² U unutrašnjem pravu mogu biti propisani različiti uslovi koji moraju da se ispune da bi roditelj mogao da se preseli sa detetom u inostranstvo (na primer, saglasnost drugog roditelja ili, u slučaju da takve saglasnosti nema, odluka suda).

primer, pravo na viđanje, obavezu izdržavanja, pravo na zajedničko vršenje roditeljskog prava), ali ne i obavezu da se svakodnevno fizički stara o detetu. Ubrzo potom, primarni roditelj želi da se preseli sa detetom u drugu zemlju. Jedan od glavnih motiva za preseljenje je povratak u zemlju porekla.

Roditelj može pokušati da ostvari svoju želju na dva načina: zakonitim preseljenjem ili nezakonitim odvođenjem (otmicom) deteta. U interesu roditelja je da izbegne da bude proglašen otmičarem jer ta kvalifikacija često povlači i krivičnu, a ne samo građanskopravnu i moralnu odgovornost, ali se primarni roditelj ponekad odlučuje na taj ekstremni korak zbog mnogobrojnih pravnih prepreka koje mu stoje na putu ako želi da promeni boravište deteta na zakonit način.³

Postojanje tenzije između prava roditelja na povratak u zemlju porekla i obaveza države članice da vrati nezakonito odvedeno dete na osnovu Haške konvencije o otmici ispituje se istraživanjem prakse Evropskog suda za ljudska prava i Ustavnog suda Republike Srbije. Ta praksa sadrži smernice za tumačenje odredaba Haške konvencije o otmici u sve češćim situacijama kada se kao otmičar javlja primarni roditelj koji se preselio sa detetom u svoju zemlju porekla.

U poglavlju 2 ukratko se navode sadržina, ciljevi i ograničenja osnovnog prava građana na povratak u zemlju porekla. U poglavlju 3 se razrađuju ključne odredbe Haške konvencije o otmici i objašnjava tenzija koja postoji između prava na povratak u zemlju porekla i Haške konvencije. Zatim se u poglavlju 4 analizira sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava i Ustavnog suda Srbije u predmetima o primeni Haške konvencije o otmici, koji impliciraju i pravo primarnog roditelja na povratak u zemlju porekla. Na kraju se izvodi zaključak o načinu na koji se može prevazići uočena tenzija između osnovnog prava na povratak u zemlju porekla i obaveza iz Haške konvencije o otmici.

³ Videti Evropski portal E-justice gde se nalazi i sledeća rečenica – savet: „Avoid becoming an ‘abducting’ parent by knowing how to move across borders with your children in a lawful way“ (u prevodu: Potrudite se da ne postanete roditelj „otmičar“ tako što ćete saznati kako da se preselite u inostranstvo sa detetom na zakonit način). https://e-justice.europa.eu/content_lawful_removal_of_the_child-289-en.do?clang=en, poslednji pristup 30. septembra 2021.

2. PRAVO NA POVRATAK U ZEMLJU POREKLA

Pravo na povratak u zemlju porekla je ljudsko pravo zagantovano brojnim međunarodnim instrumentima: članom 13 Univerzalne deklaracije o pravima čoveka i građanina,⁴ članom 12, stav 4 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima⁵ i članom 3 Protokola br. 4 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima i osnovnim slobodama.⁶ Ustav Republike Srbije takođe jemči to pravo u članu 39 (Sloboda kretanja). Pravo na povratak nije bezuslovno. Na primer, u članu 12, stav 4 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima predviđeno je da ono može biti ograničeno zakonom ako je to potrebno radi zaštite nacionalne bezbednosti, javnog reda, javnog zdravlja, morala ili prava i slobode drugih lica.

Pravo primarnog roditelja na povratak u zemlju porekla ograničeno je pravima deteta i drugog roditelja. Preseljenje deteta sa roditeljem u drugu zemlju, posebno ako je ona veoma udaljena od zemlje u kojoj je dete prethodno boravilo i u kojoj i dalje boravi drugi roditelj, ima direktne posledice na ostvarivanje prava deteta garantovanog članom 9, stav 3 i članom 10, stav 2 Konvencije o pravima deteta⁷ da redovno održava lične odnose i da ima neposredan kontakt sa roditeljima. To pravo deteta se odnosi na održavanje kontakta sa oba roditelja, a ne samo sa roditeljem koji se stara o detetu. Države članice Konvencije o pravima deteta dužne su da preduzmu mere da roditelj koji se stara o detetu ne uskrati pravo detetu da održava lične odnose i kontakt sa drugim roditeljem (Tobin 2019, 333). Preseljenje može biti suprotno najboljim interesima deteta koji su prvenstveni na osnovu člana 3 Konvencije o pravima deteta, i to zbog toga što će se pokidati njegove veze sa prijateljima i rodbinom u zemlji u kojoj je do tada boravilo. Takođe, preseljenjem se utiče i na pravo drugog roditelja na porodični

⁴ Universal Declaration of Human Rights, GA Res 217A (III), UNGAOR, 3rd Sess, Supp No 13, UN Doc A/810 (1948), 71.

⁵ International Covenant on Civil and Political Rights, U. N. T. S. Vol. 999, p. 171 and Vol. 1057, p. 407. Usvojen je 16. decembra 1966. godine u Njujorku, a stupio je na snagu 23. marta 1976. godine. SFRJ je ratifikovala Međunarodni pakt 2. juna 1971. godine (*Službeni list SFRJ* 7/71).

⁶ Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the first Protocol thereto. Council of Europe, ETS No. 46. Usvojen je 16. decembra 1963, a stupio je na snagu 2. maja 1968. godine. Državna zajednica SCG je ratifikovala Evropsku konvenciju i prateće protokole (*Službeni list SCG – Međunarodni ugovori* 9/2003).

⁷ Convention on the Rights of the Child, U.N.T.S. Vol. 1577, p. 3. usvojena je 20. novembra 1989. u Njujorku, a stupila je na snagu 2. septembra 1990. godine. SFRJ je ratifikovala konvenciju (*Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori* 15/90).

život na osnovu člana 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima, jer mu se otežava održavanje kontakta sa detetom. Na primer, umesto fizičkog kontakta, roditelj koji ostaje u ranijoj zemlji boravka održavaće kontakt sa detetom putem sredstava komunikacije na daljinu (telefon, internet) koji ne omogućavaju uspostavljanje istog stepena bliskosti.

Pravo deteta i roditelja da se presele u drugu zemlju, uključujući i zemlju porekla, regulisano je članom 10, stav 2 Konvencije o pravima deteta: „Strane ugovornice će poštovati pravo deteta i njegovih roditelja da napuste svaku zemlju, uključujući i sopstvenu, kao i da uđu u svoju zemlju.“ Istim članom je predviđeno da se pravo na napuštanje bilo koje zemlje može ograničiti samo zakonom, i to, između ostalog, radi zaštite sloboda i prava drugih. Osim što se tom odredbom, koja je inspirisana članom 12, stav 4 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, roditeljima i detetu garantuje sloboda kretanja, njen cilj je i da omogući deci koja su geografski razdvojena od roditelja, usled razvoda ili iz drugih razloga, da održe veze sa oba roditelja (Tobin 2019, 359).

3. HAŠKA KONVENCIJA O OTMICI I PROMENJENE DRUŠTVENE PRILIKE

3.1. Haška konvencija o otmici

Kako se ističe u doktrini, Haška konvencija o otmici direktno je povezana sa pitanjem preseljenja deteta jer preseljenje predstavlja zakonito odvođenje deteta iz mesta uobičajenog boravišta, a otmica je njegovo nezakonito odvođenje iz tog mesta (Medić 2015, 124). Prema Konvenciji, odvođenje deteta iz države njegovog uobičajenog boravišta smatra se nezakonitim: a) ako predstavlja povredu prava na staranje koje je dobilo lice ili institucija u toj državi po pravu te države u trenutku koji neposredno prethodi odvođenju i b) ako su se u vreme odvođenja prava na staranje ostvarivala ili bi se ostvarivala da nije došlo do odvođenja.⁸ U najvećem broju slučajeva, lice čije je pravo na staranje povređeno je drugi roditelj, a institucija koja vrši određena prava na staranje može biti državni organ starateljstva ili, u mnogim državama *common law* sistema, sud. Pravo na staranje može se steći pre svega *ipso jure*, prema pravu uobičajenog boravišta deteta, ali takođe i na osnovu sudske odluke, odluke organa uprave ili na osnovu sporazuma roditelja koji ima pravno dejstvo po pravu te države.⁹

⁸ Haška konvencija o otmici, čl. 3, st. 1.

⁹ Haška konvencija o otmici, čl. 3, st. 2.

Za zakonitost odvođenja merodavno je pravo države u kojoj je dete imalo uobičajeno boravište neposredno pre odvođenja. Ako se utvrdi da je po tom pravu odvođenje bilo nezakonito, a od dana odvođenja do dana pokretanja postupka pred nadležnim sudom proteklo je manje od godinu dana, sud države u koju je dete dovedeno ima obavezu, predviđenu u članu 12 Haške konvencije o otmici, da naloži hitan povratak deteta u zemlju uobičajenog boravišta. Ako se pak utvrdi da odvođenje nije bilo nezakonito, Konvencija o otmici se ne primenjuje i nadležni sud nije dužan da naloži povratak deteta u zemlju uobičajenog boravišta. Predviđeni su određeni izuzeci od obaveze da se naloži povratak deteta i ako je odvođenje bilo nezakonito, i to u članovima 13 i 20 Konvencije. Prema članu 13, stav 1, tačka b), sud nije dužan da naloži povratak kada lice koje se suprotstavlja povratku dokaže da postoji ozbiljna opasnost da bi povratak izložio dete fizičkoj opasnosti ili psihičkoj traumi ili bi ga na drugi način doveo u nepodnošljiv položaj. Prema članu 20, povratak se može odbiti ako bi to predstavljalo kršenje osnovnih principa zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda države čiji sud odlučuje.

U proceni da li je odvođenje deteta iz države uobičajenog boravišta bilo nezakonito najveći značaj ima pojam „pravo na staranje“. Posebno, u slučajevima kada dete odvodi primarni roditelj, postavlja se pitanje da li drugi roditelj ima „pravo na staranje“ (*rights of custody, le droit de garde*) u smislu člana 3, stav 1 Konvencije i, samim tim, da li je preseljenje deteta u drugu zemlju bez njegove saglasnosti povreda njegovog prava na staranje ili samo povreda njegovog prava na viđanje (*rights of access, le droit de visite*). Za povredu prava na viđanje u Konvenciji nije predviđena sankcija, dok povreda prava na staranje povlači obavezu za organe države članice da donesu odluku na osnovu člana 12 konvencije kojom se naređuje hitan povratak deteta u zemlju uobičajenog boravišta (Schuz 2013, 149). Pravo na staranje i pravo na viđanje definisani su posebno, kao autonomni pojmovi u članu 5 Haške konvencije o otmici.¹⁰ Prema članu 5, izraz „pravo na staranje“ obuhvata pravo na određivanje mesta boravka deteta, ali ne i izraz „pravo na viđanje“. Prema tome, za odgovor na pitanje da li roditelj koji zahteva povratak deteta zbog otmice ima pravo staranja u smislu Konvencije, veoma je bitno kako su regulisana njegova ovlašćenja u merodavnom pravu. Prvo se utvrđuje da li po pravu države uobičajenog boravišta taj roditelj ima određena ovlašćenja koja se odnose na staranje o ličnosti deteta ili po merodavnom pravu o svim pitanjima, uključujući i mesto boravka deteta, samostalno odlučuje drugi roditelj, a zatim se na osnovu toga izvodi zaključak o tome da li roditelj –

¹⁰ Članom 5 Haške konvencije predviđeno je: „U smislu ove konvencije izraz: a) ‘pravo na staranje’ uključuje prava koja se odnose na staranje o ličnosti deteta, a posebno pravo na određivanje mesta boravka deteta; b) ‘pravo na viđenje’ uključuje pravo da se dete za određeni period vremena odvede van mesta stalnog boravka.“

podnosilac zahteva – ima pravo na staranje u smislu člana 3, stav 1 Haške konvencije koje je povređeno odvođenjem/zadržavanjem deteta od drugog roditelja (Schuz 2013, 147).

3.2. Ograničenja prava roditelja koji se stara o detetu da promeni boravište deteta

U uporednom pravu se mogu uočiti određene razlike u pravnom regulisanju prava roditelja koji se stara o detetu da promeni boravište deteta i prava drugog roditelja da učestvuje u donošenju odluke o promeni njegovog boravišta.¹¹ U ovom radu se ne možemo detaljnije baviti tim razlikama već ćemo samo, pomoću nekoliko primera, ukazati na opšti trend.¹²

Prema pravu mnogih evropskih kontinentalnih država, roditelj kome je dete povereno na samostalno staranje može da donese odluku o preseljenju bez saglasnosti drugog roditelja. Na primer, prema nemačkom pravu, roditelj koji se samostalno stara o detetu ima pravo da odredi boravište deteta.¹³ Prema nemačkom pravu, preseljenje sa detetom u inostranstvo bez saglasnosti drugog roditelja zakonito je ako roditelj samostalno vrši roditeljsko pravo. Saglasnost drugog roditelja se zahteva samo u slučaju kada roditelji zajednički vrše roditeljsko pravo.¹⁴ Kad roditelji koji zajednički vrše roditeljsko pravo ne mogu da se saglase o preseljenju deteta, porodični

¹¹ Konvencija o pravima deteta, član 9, stav 1: „Strane ugovornice će obezbediti da dete ne bude odvojeno od svojih roditelja protiv njihove volje, osim kada nadležne vlasti, uz sudski nadzor, odrede u skladu sa važećim zakonom i postupkom, da je takvo odvajanje neophodno u najboljem interesu deteta. Takva odluka može biti neophodna u određenom slučaju, kao npr. ako roditelji zlostavljaju ili zanemaruju dete ili žive odvojeno pa se mora doneti odluka o mestu stanovanja deteta.“

¹² Detaljno o pravnom regulisanju prava na preseljenje deteta i novinama u uporednom pravu videti u Novaković 2020 138–172; Medić 2015.

¹³ *Bürgerliches Gesetzbuch*, čl. 1626, st. 1. Pravo roditelja koji samostalno vrši roditeljsko pravo da donosi bitne odluke bez saglasnosti drugog roditelja predviđeno je i pravom Austrije (*Kindschafts- und Namensrecht-Änderungsgesetz* 2013) (BGBl I 2013/15, paragraf 162). Roditelj koji samostalno vrši roditeljsko pravo dužan je da o svojoj nameri preseljenja iz Austrije u inostranstvo unapred obavesti drugog roditelja, koji tada može da izjavi da se protivi preseljenju i da pokrene postupak pred sudom za promenu odluke o vršenju roditeljskog prava. Sud u postupku odlučivanja može doneti privremenu meru kojom se zabranjuje odlazak roditelja i deteta dok se spor ne reši. *Außerstreitgesetz*, čl. 107, st. 3.

¹⁴ Isto je predviđeno i u pravu Holandije i Švedske. O uslovima za zakonito preseljenje roditelja sa detetom u inostranstvo po pravu država EU videti veb-sajt evropske mreže sudija https://e-justice.europa.eu/289/EN/movingsettling_abroad_with_children, poslednji pristup 30. septembra 2021.

sud može, na zahtev jednog od roditelja, dodeliti jednom od roditelja pravo da odluči o promeni boravišta.¹⁵ Sud odlučuje šta je u najboljem interesu deteta, uzimajući u obzir konkretne okolnosti slučaja i legitimne interese svih učesnika u postupku.¹⁶

Osim toga, kada roditelj najavi preseljenje u inostranstvo, roditelj sa kojim dete ne živi, ali koji zajednički vrši roditeljsko pravo, može od porodičnog suda tražiti, na osnovu člana 1671, stav 1 Građanskog zakonika Nemačke, da se njemu dodeli samostalno vršenje roditeljskog prava ili pravo da on odluči o boravištu deteta. Sud će tada doneti odluku tražene sadržine ako je to u najboljem interesu deteta, s tim što će voditi računa i o mišljenju deteta ukoliko je ono dostiglo uzrast od 14 godina.

U sistemima u kojima roditelj koji samostalno vrši roditeljsko pravo može sam da odluči o promeni boravišta deteta, drugi roditelj nema „pravo na staranje“ u smislu Haške konvencije te se preseljenje deteta u drugu zemlju neće smatrati nezakonitim odvođenjem u smislu Haške konvencije o otmici. Ipak, u Nemačkoj i drugim kontinentalnim državama Evrope slučajevi kada roditelj samostalno vrši roditeljsko pravo su retki. Po pravilu, roditelji i posle razvoda braka ili prestanka vanbračne zajednice i dalje zajednički vrše roditeljsko pravo, što ima za posledicu da primarni roditelj u većini slučajeva ne može sam da donese odluku o preseljenju.¹⁷

Nasuprot tom sistemu nalaze se prava kao što je naše, u kojima jedan od roditelja posle razvoda, na osnovu sudske odluke, po pravilu samostalno vrši roditeljsko pravo, ali je zakonom izričito predviđeno da „roditelj koji ne vrši roditeljsko pravo ima pravo i dužnost... da o pitanjima koja bitno utiču na život deteta odlučuje zajednički i sporazumno sa roditeljem koji vrši roditeljsko pravo“.¹⁸ Roditelj koji odlučuje o pitanjima koja bitno utiču na život deteta ima „pravo na staranje“ u smislu Konvencije jer na osnovu samog zakona ima pravo da odlučuje o promeni boravišta deteta.¹⁹ Odvođenje deteta iz zemlje bez saglasnosti tog roditelja ili odluke suda predstavljalo bi povredu njegovog prava na staranje i smatralo bi se nezakonitim odvođenjem.

¹⁵ *Bürgerliches Gesetzbuch*, čl. 1628.

¹⁶ *Bürgerliches Gesetzbuch*, čl. 1697a.

¹⁷ Osim toga, u praksi se pokazuje da sudovi sve češće nisu voljni da dozvole preseljenje roditelju koji se primarno stara o detetu ukoliko roditelji na osnovu zakona, sudske odluke ili sporazuma zajednički vrše roditeljsko pravo. Schuz 2021, 28.

¹⁸ Porodični zakon, čl. 78, st. 3. Slično pravilo sadrži i argentinsko pravo. Videti Dželetović 2021, 69.

¹⁹ Porodični zakon, član 78, stav 4. U pravu Evropske unije se smatra da lice ima pravo staranja (*rights of custody*), koji god termin da se koristi u nacionalnom pravu, ukoliko na osnovu sudske odluke, zakona ili sporazuma koji ima pravno dejstvo

U trećoj grupi pravnih sistema nije predviđeno zakonsko pravo roditelja da spreči promenu boravišta, ali se to pravo može naknadno konstituisati sudskom odlukom, tako što roditelj koji nema pravo staranja može zatražiti od suda da donese odluku ili privremenu meru kojom se roditelju koji se stara o detetu zabranjuje da odvede dete iz te zemlje ili da ga odvede bez saglasnosti drugog roditelja. Te zabrane – *ne exeat orders* – posebno su zastupljene u *common law* jurisdikcijama. Vrhovni sud SAD je 2010. godine većinom glasova odlučio da roditelj čija je saglasnost potrebna za izvođenje deteta iz zemlje na osnovu *ne exeat order* ima „pravo na staranje“ u smislu Haške konvencije o otmici.²⁰ Shodno tome, odvođenje deteta iz zemlje protivno takvoj zabrani mora se, po američkom pravu, smatrati nezakonitim odvođenjem u smislu konvencije.²¹ Na taj način, roditelj koji radi zaštite prava na viđanje deteta izdejstvuje od suda zabranu odvođenja deteta u inostranstvo stiče pravno sredstvo kojim može da ostvari povratak deteta u svoju zemlju (Silberman 2011, 738). Sud je, između ostalog, istakao značaj prava roditelja da odluči o tome u kojoj će zemlji dete imati boravište jer „malo je odluka koje su toliko značajne kao što je odluka o jeziku kojim dete govori, identitetu koji će pronaći i kulturi i tradiciji koje će postepeno upiti“.²²

Možemo zaključiti da je opšti trend u uporednom pravu da se ograniče prava primarnog roditelja da promeni boravište deteta bez saglasnosti drugog roditelja, bilo tako što će oba roditelja i posle razvoda braka zadržati zajedničko pravno ili faktičko vršenje roditeljskog prava, bilo tako što će roditelj kome nije povereno pravo na staranje imati pravo veta u odnosu na preseljenje deteta (Schuz 2013, 72).

Prema tome, ako primarni roditelj pokuša da se sa detetom doseli u zemlju porekla kršenjem prava o preseljenju strane države u kojoj su on i dete u tom trenutku imali uobičajeno boravište, može biti optužen za otmicu deteta i primoran odlukom suda zemlje porekla da se sa detetom vrati u stranu zemlju iz koje je došao (Silberman 2011, 742). Takođe, izlaže se riziku da mu

po pravu države u kojoj dete ima uobičajeno boravište lice koje je titular roditeljskog prava ne može bez njegovog pristanka da odluči o mestu boravka deteta. *Council Regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019 on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction, OJ L 178, 2.7.2019*, preambula, pasus 18.

²⁰ *Abbott v. Abbott*, 560 U.S. 1(2010). U ovom predmetu, majka, državljanka SAD, dovela je dete u SAD bez saglasnosti oca, suprotno čileanskom pravu koje je ocu davalo pravo da bude konsultovan ukoliko bi majka kojoj je bilo povereno pravo na staranje odlučila da se odseli iz Čilea.

²¹ Detaljno o odlukama koje su prethodile zauzimanju stava Vrhovnog suda SAD videti Medić 2015, 127–130.

²² *Abbott v. Abbott*, 560 U.S. 1 (2010), 7.

zbog otmice bude oduzeto pravo na staranje o detetu u zemlji uobičajenog boravišta.²³ S druge strane, ako želi da na zakonit način ostvari preseljenje, moraće da vodi dugotrajan i skup sudski postupak – sudski maraton²⁴ – u zemlji u kojoj je stranac protiv drugog roditelja, uz rizik da mu sud u državi uobičajenog boravišta zabrani da napušta zemlju ili promeni odluku o staranju o detetu i dodeli ga drugom roditelju. Praktično, roditelj koji želi da se vrati u zemlju porekla biće stavljen pred neprijatan izbor. Moraće da bira između prava na povratak u sopstvenu zemlju i prava na porodični život sa detetom o kome se do tada starao i da se bori pred sudom za ostvarenje oba prava uz velike finansijske i emocionalne žrtve i sa neizvesnim ishodom.²⁵ U takvoj situaciji i prava deteta će biti ugrožena jer će, ako mu se uskrati pravo na preseljenje, morati da se rastane od roditelja koji se o njemu do tada starao.

3.3. Promenjene društvene prilike

Kada je Haška konvencija o otmici usvojena, pre četrdeset i više godina, smatralo se da će njena osnovna namena biti da spreči roditelje kojima nije bilo dodeljeno pravo na staranje (u to vreme, obično očeve) (Silberman 2011, 736) da bez saglasnosti roditelja koji se stara o detetu odvedu dete u zemlju porekla u kojoj bi, pred sudom države porekla, izdejstvovali promenu odluke o staranju u sopstvenu korist.²⁶ Praksa je pokazala da je daleko veći broj slučajeva u kojima je otmičar u stvari roditelj koji se primarno stara o detetu i koji ne može da pribavi saglasnost drugog roditelja za preseljenje deteta u drugu zemlju. Ta druga zemlja je, po pravilu, zemlja porekla otmičara.

²³ Da je taj rizik realan, potvrđuju i činjenična stanja u predmetima koji se pojavljuju pred Evropskim sudom za ljudska prava, gde sud uobičajenog boravišta često menja odluku o staranju i poverava dete na staranje ocu, nakon što je majka, po mišljenju suda nezakonito, odvela dete u svoju zemlju. Videti, na primer, odluke u predmetima *X v. Latvia*, Application no. 27853/09, ECtHR Grand Chamber, Judgment (Merits and Just Satisfaction) of 26 November 2013; *Voica v. Romania*, Application no. 9256/19, Judgment of 7 July 2020; *Shagalova and Shagalov v. Norway*, Application no. 19954/20, Decision on inadmissibility of 21 January 2021.

²⁴ Case C-376/14 PPU (*C v. M*), CJEU, Opinion of Advocate General, 24 September 2014, pasus 23.

²⁵ Kako se ističe, što je regulativa o preseljenju u zemlji uobičajenog boravišta stroža i što je manja verovatnoća da će pred sudom strane države uspeti da ostvare pravo na preseljenje u svoju zemlju, roditelji koji se staraju o detetu se češće odlučuju na očajnički korak da pokušaju da nezakonito odvedu dete. Medić 2015, 125.

²⁶ Explanatory Report by Elisa Pérez-Vera, 429. <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=2779>, poslednji pristup 30. septembra 2021.

Primećeno je da se u ulozi roditelja otmičara koji po svaku cenu želi da se sa detetom vrati u zemlju porekla nalazi, po pravilu, majka deteta²⁷ (Schuz 2021, 4). Istaknuti su brojni socijalni i ekonomski faktori koji motivišu majke da posegnu za nezakonitim odvođenjem, kao što su nemogućnost ostvarivanja egzistencije u stranoj državi, traženje utočišta od porodičnog nasilja bivšeg partnera, pomoć porodice i društvene veze u državi porekla,²⁸ i upozoreno je da suviše rigidna i neizdiferencirana primena obaveza iz Haške konvencije o otmici može dovesti do uskraćivanja ljudskih prava majci i detetu.²⁹ Osnovni cilj konvencije je da zaštiti decu od štetnih posledica međunarodne otmice,³⁰ koje se ogledaju u tome da je dete istrgnuto iz porodične i društvene sredine u kojoj je ukorenjeno. Međutim, kada je u pitanju preseljenje deteta sa

²⁷ Prema statistici iz 2015. godine, majke se javljaju kao otmičari u 73% slučajeva, a u 83% slučajeva otmičar se samostalno ili zajedno sa drugim roditeljem stara o detetu. Tobin 2019, 371.

²⁸ „...[Z]načajan broj otmica koje su izvršile majke privlači pažnju na sudbinu žena koje se nastanjuju u državi porekla muškarca i u njoj zasnivaju porodicu mada tamo ne raspolažu sopstvenom mrežom društvenih i ekonomskih veza. Ako dođe do rastanka ovog para, majci je otvoreno vrlo malo puteva za ostvarivanje pristojne egzistencije za sebe i za dete, dok povratak u sopstvenu zemlju porekla obećava laku integraciju pod okriljem porodice i ranijeg životnog miljea. [...] Daleko od toga da majka kao izvršilac otmice uvek to radi iz egoističnih pobuda, da bi naškodila drugom roditelju, nego često zbog toga što je razoružana, pa i beznađežna u svom položaju samohrane majke koja podiže dete u stranoj zemlji. Pri primeni Konvencije koja u prvi plan stavlja interese deteta ne mogu se zatvarati oči pred ovakvim situacijama. Haška konvencija o otmici predstavlja isključivo instrument zaštite dece od otmice i za slučaj otmice, a ne sredstvo namenjeno za sankcionisanje ponašanja roditelja koji je izvršilac otmice.“ Bucher 2009, 490; Mondekova 2013, 15–17.

²⁹ „Praktična posledica povratka deteta u državu iz koje su otišli sastoji se redovno u tome da dete i roditelj otmičar tamo moraju da čekaju donošenje konačne odluke o vršenju roditeljskog prava, pre no što im bude dopušteno da se vrate u državu u kojoj su potražili utočište jer će, kao što je očekivano, vršenje roditeljskog prava biti dodeljeno majci i ujedno regulisano komplementarno pravo oca na viđanje deteta. [Fusnota: Često se, nažalost, sreću sudske odluke koje doduše dodeljuju pravo na vršenje roditeljskog prava majci, ali uz rezervu da ona ne sme da napusti teritoriju države koja je u pitanju i da odvede dete, kako bi se obezbedilo pravo oca na viđanje deteta i na održavanje kontakata sa detetom. Poznato je, međutim, da u praksi otac često nije zainteresovan da ostvari pravo na staranje o detetu, već se služi Konvencijom kao polugom da još više pogorša odnose sa majkom i da joj uskrati mogućnost da vodi sopstveni život. Definitivno, Konvencija od 1980. godine u takvom slučaju štiti dominantnu ulogu oca, na štetu slobode kretanja majke koja međutim nosi glavni teret podizanja deteta. Tako Konvencija indirektno doprinosi konsolidaciji stanja koje majka teško može podneti, a na taj način negativno utiče i na život deteta.]“ Bucher 2009, 492.

³⁰ Haška konvencija o otmici, Preambula.

roditeljem koji se stara o njemu, to štetno dejstvo se ne mora manifestovati istom jačinom jer porodična sredina ostaje većim delom nepromenjena, pošto je dete i pre odlaska u drugu zemlju živelo sa tim istim roditeljem.³¹

4. ODLUKE EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA I USTAVNOG SUDA SRBIJE O PRIMENI HAŠKE KONVENCIJE I PRAVO NA POVRATAK U ZEMLJU POREKLA

4.1. Evropski sud za ljudska prava

O nizu spornih pitanja koja se javljaju u kontekstu primene Haške konvencije o otmici dece izjasnio se Evropski sud za ljudska prava. Iako taj sud odlučuje isključivo o povredi Evropske konvencije o ljudskim pravima, prilikom odlučivanja uzima u obzir i ostale merodavne međunarodnopravne izvore (Hašku konvenciju o otmici i Konvenciju o pravima deteta), često razmatrajući njihov položaj u odnosu na Evropsku konvenciju. Postoji više odluka Evropskog suda za ljudska prava kojima se može ilustrovati odnos Haške konvencije o otmici dece i Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava, ali su za potrebe ovog rada odabrane samo najvažnije. Te odluke pružaju i informacije o zaštiti prava i interesa primarnog roditelja koji odvodi dete, o čijim pravima i interesima ne postoje odredbe u Haškoj konvenciji o otmici dece.

*4.1.1. Nojlinger i Šuruk protiv Švajcarske*³²

Među najvažnijim odlukama o primeni Haške konvencije o otmici u kontekstu Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava ističe se presuda u predmetu *Nojlinger i Šuruk*,³³ u kojem je prvo odlučivalo Veće čiji je stav

³¹ U prilog tome može se navesti i izveštaj izvestioca prilikom donošenja Haške konvencije o otmici: „Mada su problemi koji mogu da proistekne iz kršenja prava na viđanje, naročito ako dete u inostranstvo odvede roditelj koji se stara o njemu, bili predmet rasprave na Četrnaestoj sednici, preovladalo je shvatanje da takve situacije ne mogu da se stave u istu kategoriju kao nezakonita odvođenja koja Konvencija treba da spreči.“ Explanatory Report by Elisa Pérez-Vera, 445.

³² *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, Application no. 41615/07, ECtHR Grand Chamber, Judgment (Merits) of 6 July 2010 (u daljem tekstu: *Nojlinger i Šuruk*, presuda Velikog veća).

³³ Evropski sud za ljudska prava je o sličnim zahtevima odlučivao i pre ove odluke: *Maumousseau and Washington*, App. no. 39388/05, Judgment (Merits) of 6 December 2007; *Bianchi v. Switzerland*, App. no. 7548/04, Judgment (Merits

Veliko veće preinačilo. Činjenica da se o odnosu dva međunarodna ugovora izjasnilo Veliko veće svedoči o posebnom značaju te presude, u kojoj je Veliko veće postavilo i standarde za primenu Haške konvencije o otmici. U ranijoj praksi Evropski sud je obično odbijao predstavke roditelja koji su izvršili otmicu podnete na osnovu člana 8 Evropske konvencije i smatrao je da se pravična ravnoteža između interesa roditelja i deteta postiže strogom primenom hitnog postupka za povratak deteta propisanog Haškom konvencijom. Rizik odvajanja od roditelja koji je oteo dete nije se prihvatao kao argument za primenu člana 13, stav 1, tačka b Haške konvencije o otmici i najbolji interes deteta nije igrao veliku ulogu u tumačenju tog izuzetka (Fawcet, Shúilleabháin, Shah 2016, 13–46). Odluka u predmetu *Nojlinger i Šuruk* promenila je praksu Suda.

Tužioci, majka i sin, državljani Švajcarske,³⁴ osporavali su odluku švajcarskog suda, donetu na osnovu Haške konvencije o otmici, kojom je naložen povratak deteta iz Švajcarske u Izrael. Tužioci su smatrali da bi izvršenjem te odluke bilo povređeno, između ostalog, njihovo pravo na porodični život iz člana 8 Evropske konvencije i da je zbog restriktivnog tumačenja izuzetaka od obaveze da se naloži povratak propisanih članom 13 Haške konvencije povređen član 6 Evropske konvencije.

Majka se, kao švajcarska državljanka, doselila u Izrael, gde je stekla državljanstvo i stupila u brak sa državljaninom Izraela. Ubrzo posle rođenja sina nastupili su problemi u braku, između ostalog i zbog toga što se otac deteta priključio radikalnom verskom pokretu. Iz straha da bi dete moglo da bude odvedeno u inostranstvo u versku zajednicu kojoj je pripadao otac bez njenog znanja, majka je od izraelskog suda zatražila donošenje *ne exeat order*. Sud je zahtev usvojio, a dve nedelje kasnije doneo je i odluku kojom se dete privremeno poverava majci na staranje (*temporary custody*), a ocu dodeljuje ograničeno pravo na viđanje deteta,³⁵ dok vršenje roditeljskog prava (*guardianship*) ostaje zajedničko. Usledili su predlog socijalnih službi o odvojenom životu roditelja, prijava majke podneta protiv oca zbog nasilja u porodici, zabrana ocu da bez nadzora viđa dete i, konačno, razvod braka. Odlukom o razvodu nije se promenila prethodna odluka o zajedničkom

and Just Satisfaction) of 22 June 2006; *Monory v. Romania and Hungary*, App. no. 71099/01, Judgment of 5 April 2005; *Eskinazi and Chelouche v. Turkey* (dec.), App. no. 14600/05, Decision on Inadmissibility of 6 December 2005; *Karadžić v. Croatia*, App. no. 35030/04, Judgment of 15 December 2005 itd.

³⁴ Dečak je, osim švajcarskog, imao i državljanstvo Izraela. *Nojlinger i Šuruk*, presuda Velikog veća, pasus 17.

³⁵ Jednom u dve nedelje na dva sata pod nadzorom izraelske službe socijalnog staranja. *Nojlinger i Šuruk*, presuda Velikog veća, pasus 34.

vršenju roditeljskog prava. Majka je potom napustila Izrael i dvogodišnjeg sina krišom prenela preko granice, bez znanja granične policije i oca i suprotno odluci izraelskog suda da dete ne sme biti odvedeno iz zemlje. Skoro godinu dana kasnije, uz pomoć Interpolove potrage, majka i sin su pronađeni u Švajcarskoj. Otac je pokrenuo postupak za povratak deteta u Izrael pred švajcarskim sudovima. Švajcarski sudovi su prvobitno odbili zahtev za povratak, pozivajući se na izuzetak iz člana 13, stav 1, tačka b) Haške konvencije (opasnost da bi povratak izložio dete fizičkoj opasnosti, psihičkoj traumi ili ga na drugi način doveo u nepodnošljiv položaj),³⁶ ali je Savezni sud u poslednjem (trećem) stepenu naložio da se dete vrati u Izrael.

Smatrajući da bi im izvršenje te odluke povredilo pravo na porodični život, majka je u svoje ime i u ime svog sina pokrenula postupak protiv Švajcarske pred Evropskim sudom za ljudska prava. Veće Evropskog suda je ustanovilo da to pitanje pripada polju primene člana 8 Evropske konvencije jer bi posledica povratka deteta u Izrael moglo da bude razdvajanje deteta od majke, čime bi njihov odnos bio promenjen upravo zbog postupanja švajcarskih državnih organa. Veće je izdalo i privremenu meru kojom je odložio izvršenje odluke o povratku do okončanja postupka.³⁷ Tumačenje člana 8 Veće vezuje za Hašku konvenciju o otmici dece i Konvenciju UN o pravima deteta i načelno zaključuje da u oba instrumenta postoji standard „najboljeg interesa deteta“. Centralno pitanje za Veće u prvostepenom postupku bio je izuzetak iz člana 13 Haške konvencije o otmici deteta. Majka je navela da postoji više prepreka zbog kojih ona ne može da se vrati u Izrael, te bi dete moralo da se vrati samo, što bi ga izložilo psihičkoj traumi usled razdvajanja od majke i stavilo u nepodnošljiv položaj.³⁸ Prema mišljenju Veća, navedene prepreke

³⁶ Švajcarskim zakonom iz 2007. godine kojim je sprovedena Haška konvencija o otmici predviđeno je da će povratak dovesti dete u nepodnošljiv položaj ako: a) poveravanje deteta roditelju koji je tražio povratak očigledno nije u najboljem interesu deteta; b) roditelj otmičar, imajući u vidu sve okolnosti, nije u prilici da se stara o detetu u zemlji u kojoj je dete imalo uobičajeno boravište neposredno pre odvođenja ili ako se to ne može razumno zahtevati od tog roditelja i v) poveravanje deteta u hraniteljsku porodicu očigledno nije u najboljem interesu deteta. *Loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes*, član 5.

³⁷ *Nojlinger i Šuruk*, presuda Velikog veća, pasus 5.

³⁸ Majka je navela više razloga zbog kojih ne bi mogla da se vrati u Izrael: pretnje smrću koje joj uputio bivši suprug, krivični postupak zbog otmice deteta i moguća zatvorska kazna, drugi postupci koje bi njen bivši suprug mogao da vodi protiv nje, verski fanatizam oca, zbog čega ne bi mogla ravnopravno da učestvuje u vaspitavanju deteta i dr. *Nojlinger and Shuruk v. Switzerland*, Application no. 41615/07, ECtHR Chamber, Judgment (Merits) of 8 January 2009, pasusi 85–92 (u daljem tekstu: *Nojlinger i Šuruk*, presuda Veća).

za povratak majke u Izrael nisu bile nepremostive, tako da je zaključilo da se od majke sasvim opravdano može očekivati da se sa detetom vrati u Izrael³⁹ i da je povratak u Izrael u najboljem interesu deteta jer bi mu omogućio da odrasta u okruženju u kome bi mogao da održava kontakt sa oba roditelja, te da je obaveza majke da postigne sporazum sa ocem o obrazovanju, boravištu i staranju o detetu.⁴⁰ Odluka je doneta tesnom većinom sa četiri glasa prema tri, a sudije koje su ostale u manjini su u izdvojenim mišljenjima kritikovale stav većine, između ostalog i zbog propusta da se adekvatno zaštititi interes majke.

U postupku pred Velikim većem stav Evropskog suda se promenio. Iako se Veliko veće složilo sa ocenom iz prvostepene presude da je odvođenje deteta bilo nezakonito u smislu Haške konvencije o otmici te da je odluka švajcarskog suda opravdano zasnovana na toj konvenciji i zbog toga i doneta na osnovu zakona (što je inače prvi korak u ispitivanju dozvoljenosti ograničenja prava na privatnost i porodični život), radi postizanja opravdanog cilja (zaštita prava i interesa drugih, u ovom slučaju oca i deteta), nije se složilo sa prvostepenim Većem da je odluka o povratku deteta srazmerna zaštiti interesa oca i deteta. Iako je odluka opravdano zasnovana na Haškoj konvenciji o otmici, nacionalni sud i Veće Evropskog suda pogrešili su u proceni o tome da li bi povratak deteta, čak i na osnovu te konvencije, bio u njegovom najboljem interesu i da li su interesi majke, garantovani članom 8, adekvatno zaštićeni prilikom izvršenja te odluke. Pošto je Evropska konvencija instrument javnog poretka, svaku primenu drugih pravnih instrumenata, čak i kada je reč o međunarodnim ugovorima kao što je Haška konvencija o otmici, treba uskladiti sa garancijama iz Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava. Pri primeni Haške konvencije o otmici treba zaštititi interese oba roditelja i onaj interes deteta koji je za njega najbolji.

Veliko veće je pozivanjem na član 8 Evropske konvencije najavilo odstupanje od rigidnog i formalističkog pristupa postupku povratka deteta koji je do tada preovlađivao u praksi sudova država članica: „Iz člana 8 sledi da se ne može naložiti povratak deteta po automatizmu ili mehanički kada su ispunjeni uslovi za primenu Haške konvencije. Najbolji interes deteta,

³⁹ „S ovim u vezi Sud smatra da je neophodno ispitati da li se i za majku može predvideti mogućnost povratka u Izrael. Sud ukazuje na to da je majka samostalno odlučila 1999. godine da se nastani u Izraelu i da je potom tamo zasnovala porodicu sa ocem svog deteta. Živela je tamo šest godina tako da je u Izraelu sigurno, bar u određenoj meri, izgradila društveni život. Bila je zaposlena u multinacionalnog kompaniji za koju sada radi u Lozani. Pošto nije iznela nikakve druge razloge zbog kojih ne bi mogla da živi u Izraelu, Sud smatra da se od nje može očekivati da se vrati u tu zemlju.“ *Nojlinger i Šuruk*, presuda Veća, pasus 88.

⁴⁰ *Nojlinger i Šuruk*, presuda Veća, pasus 90.

iz perspektive ličnog razvoja, zavisi od više individualnih činilaca, naročito uzrasta i zrelosti deteta, prisustva ili odsustva roditelja, njegovog okruženja i iskustva [...]. Iz ovih razloga najbolji interes deteta se mora utvrđivati u svakom konkretnom slučaju. To je prvenstveno zadatak nacionalnih organa koji su u boljem položaju jer mogu ostvariti neposredan kontakt sa zainteresovanim licima. U tom cilju oni uživaju određeno polje slobodne procene koje je, ipak, podvrgnuto evropskom nadzoru, gde Sud kontroliše, na osnovu Konvencije, odluke koje su ovi organi doneli prilikom vršenja ovih ovlašćenja.⁴¹

Ako je odlučivanje o povratku deteta oslobođeno formalizma i ne mora automatski dovesti do usvajanja zahteva za povratak, sud koji odlučuje treba da proceni da li je u najboljem interesu deteta da se vrati u zemlju uobičajenog boravišta, ne samo zbog vremena koje je eventualno proteklo od dolaska u novu zemlju zbog čega je dete moglo da stekne bliske veze u novoj sredini, već i zato što je sprečenost roditelja koji se stara o detetu da se vrati zajedno sa njim takođe jedan od faktora prilikom odlučivanja o najboljem interesu deteta. Jer se u takvim situacijama uvek se nameće procena o tome šta je važnije: interes deteta da održi redovne porodične veze i sa drugim roditeljem ili interes deteta da se ne razdvaja od roditelja koji se do tada starao o njemu. Evropski sud zaključuje da bi izvršenje švajcarske odluke o povratku bilo nesrazmerno cilju zaštite interesa oca i deteta i da bi ono predstavljalo povredu prava deteta i majke ako bi majka bila prinuđena da se vrati u Izrael.

Evropski sud je u predmetu *Nojlinger i Šuruk* formulisao i načela za primenu člana 8 Evropske konvencije u slučajevima koji zahtevaju primenu Haške konvencije o otmici.⁴² Stav Suda je delom zasnovan na uobičajenim načelima koja primenjuje i u drugim predmetima, kao što je pravilo o sistemskom tumačenju Evropske konvencije, iz čega proističe da se u predmetima odvođenja dece član 8 Evropske konvencije tumači u svetlu Konvencije o pravima deteta i Haške konvencije o otmici. Nadalje, Evropski sud ima nadležnost da preispituje rad nacionalnih državnih organa i proverava da li su oni vodili računa o garancijama iz Evropske konvencije, a naročito o članu 8 prilikom tumačenja i primene Haške konvencije. Obaveza je nacionalnih organa da vode računa o različitim interesima, interesu deteta i oba roditelja i javnom interesu, tako da se uspostavi pravična ravnoteža između ovih interesa, ali da tom prilikom najveću zaštitu treba pružiti najboljem interesu deteta. Prema mišljenju Evropskog suda, najbolji interes deteta ima dva elementa: prvi, održanje porodičnih veza kad god je to moguće

⁴¹ *Nojlinger i Šuruk*, presuda Velikog veća, pasus 138.

⁴² *Nojlinger i Šuruk*, presuda Velikog veća, pasusi 131–140.

i drugi, odrastanje u sigurnom okruženju koje roditelj nema pravo da mu uskrati pozivanjem na član 8.⁴³ Pravo deteta da se razvija na odgovarajućem mestu ima prevagu nad interesom roditelja čak i kada se taj interes zasniva na pravu tog roditelja na porodični život. Nacionalni postupak za povratak deteta u državu uobičajenog boravišta na osnovu Haške konvencije o otmici ne sme biti automatski niti mehanički jer i sama Haška konvencija poznaje niz izuzetaka koji mogu otkloniti donošenje odluke o povratku. Iako nacionalni organi uživaju polje slobodne procene, jer su u najboljem položaju da se upoznaju sa konkretnim okolnostima slučaja, njihova odluka je podvrgnuta kontroli Evropskog suda koji ima i dodatno ovlašćenje da proveri da li je u postupku posvećeno dovoljno pažnje svim okolnostima koje su važne za donošenje konačne odluke o povratku deteta na osnovu Haške konvencije o otmici.

Na ovom mestu treba podsetiti da su u vreme kada je majka sa detetom napustila Izrael oba roditelja zajednički vršila roditeljsko pravo, da je majka imala privremeno pravo na staranje, otac ograničeno pravo na viđanje deteta i da je na snazi bila *no exeat order*. Evropski sud je zato zaključio da je odvođenje bilo nezakonito. Međutim, u proceni da li je ograničenje prava deteta i majke iz člana 8 Evropske konvencije opravdano i srazmerno zaštiti interesa oca, Evropski sud uzima u obzir celokupnu porodičnu situaciju, uzrast deteta i njegov odnos sa majkom. U proceni najvažnijeg od svih interesa, najboljeg interesa deteta, Evropski sud insistira na njegovoj proceni iz perspektive ličnog razvoja deteta koji obuhvata više ličnih faktora, naročito „uzrast i zrelost deteta, prisustvo ili odsustvo roditelja, okruženje i njegova iskustva“.⁴⁴ U konkretnom slučaju, Evropskom sudu je bilo jasno da razdvajanje deteta od majke „ne bi bilo u interesu deteta, jer je prvi tužilac [majka] verovatno jedino lice sa kojim ono [dete] ima blizak odnos“.⁴⁵ Još jedan važan faktor je okolnost što je odvedeno dvogodišnje dete švajcarskog državljanstva koje se dobro uklopilo u novu sredinu u kojoj živi neprekidno od dolaska⁴⁶ (do izricanja privremenih mera dve godine, a do odlučivanja pred Velikim većem pet godina). Protekom vremena, prema mišljenju Evropskog suda, slabi značaj i funkcija Haške konvencije o otmici.⁴⁷ Uklapanje u novu

⁴³ *Nojlinger i Šuruk*, presuda Velikog veća, pasus 136.

⁴⁴ *Nojlinger i Šuruk*, presuda Velikog veća, pasus 138.

⁴⁵ *Nojlinger i Šuruk*, presuda Velikog veća, pasus 149.

⁴⁶ *Nojlinger i Šuruk*, presuda Velikog veća, pasus 147.

⁴⁷ *Nojlinger i Šuruk*, presuda Velikog veća, pasus 145.

sredinu je važan faktor za odbijanje povratka na osnovu člana 12 Haške konvencije o otmici,⁴⁸ tako da je izvršenje odluke o povratku posle dužeg vremena ne samo bespredmetno već i štetno po najbolje interese deteta.

Pojedinim sudijama Velikog veća privukla je pažnju argumentacija Veća u delu koji se odnosi na obavezu majke, da se zbog deteta vrati u Izrael uprkos značajnim preprekama i po nju nepovoljnim okolnostima.⁴⁹ Mišljenje sudija se ovde oslanja ne samo na pravo na porodični život već i na slobodu kretanja: „Haška konvencija se bavi nezakonitom otmicom dece i konstituiše obaveze za države članice da obezbede hitan povratak dece u državu iz koje su odvedena. Ona se ne može tumačiti na način koji bi obavezao roditelja ili neko drugo lice koje je odgovorno za otmicu da se i ono vrati u tu zemlju. Takva obaveza, po mom saznanju, ne postoji ni po drugim propisima Švajcarske. Kada bi se Haška konvencija primenjivala na takav način, to bi u stvarnosti značilo da bi lice moglo biti ‘osuđeno’ da živi van zemlje porekla dugi niz godina što bi podrazumevalo niz komplikacija, i to samo zato što se smatra da je u najboljem interesu deteta da ima kontakt sa drugim roditeljem. Po mom mišljenju to je suprotno pravu na poštovanje, između ostalog, privatnog života koje je zajemčeno članom 8 Evropske konvencije kao i pravu na slobodu kretanja iz člana 2 Protokola br. 4. [...] Prema tome, smatram da za donošenje odluke na osnovu Haške konvencije nije uopšte relevantno ispitivati da li su motivi određenog lica da ne živi u nekoj zemlji opravdani što je u osnovi ove odluke i smatram da je nepravilno ulaziti u ispitivanje tih motiva, jer samo to lice ima pravo da o tome odluči.“⁵⁰

Nojlinger i Šuruk je jedna od najvažnijih odluka Evropskog suda za ljudska prava o primeni i tumačenju Haške konvencije o otmici, ne samo zato što je promenila raniju praksu Suda već i zato što je potvrdila primat člana 8 Evropske konvencije, ponudila tumačenje standarda najboljeg interesa

⁴⁸ *Nojlinger i Šuruk*, presuda Velikog veća, pasusi 145–146. Evropski sud je zauzeo stav da bi se na konkretan slučaj mogla primeniti njegova dotadašnja praksa u vezi sa proterivanjem stranaca, prema kojoj se, kada se procenjuje srazmernost mere proterivanja koja se odnosi na dete koje se uklopilo u sredinu u zemlji domaćinu, mora uzeti u obzir najbolji interes i dobrobit deteta, a naročito ozbiljnost poteškoća sa kojima će se dete verovatno suočiti u zemlji odredišta, kao i čvrstina društvenih, kulturnih i porodičnih veza i sa zemljom domaćinom i sa zemljom odredišta. Mora se uzeti u obzir i ozbiljnost poteškoća sa kojima će se članovi porodice koji bi pratili proterano dete verovatno suočiti u zemlji odredišta.

⁴⁹ Veće je smatralo da ne postoje prepreke za majku da se sa detetom vrati u Izrael i da se zbog toga od nje može i očekivati da se vrati. Videti pasus 88 presude Veća u prevodu na srpski jezik u fusnoti br. 41.

⁵⁰ Mišljenje sudije Lorencena kojem se pridružila sudija Kalajđijeva, *Nojlinger i Šuruk*, presuda Velikog veća, 54.

deteta koje može otkloniti primenu odluke o povratku donete na osnovu Haške konvencije o otmici i omogućila zaštitu prava na porodični život roditelja koji je odveo dete i njegovo pravo da se ne vrati u zemlju iz koje je otišao, a da pri tome ne bude lišen bliskog odnosa sa detetom. Evropski sud tretira odluku o povratku deteta istovremeno i kao odluku o povratku roditelja koji se primarno stara o detetu, zbog čega ta odluka zavređuje posebnu i odvojenu procenu o eventualnoj povredi njegovih prava u svetlu člana 8 Evropske konvencije.⁵¹

4.1.2. *X protiv Letonije*⁵²

Procena najboljeg interesa deteta i roditelja u kontekstu odvođenja deteta u zemlju porekla majke našla se ponovo na dnevnom redu Velikog veća Evropskog suda tri godine posle presude u predmetu *Nojlinger i Šuruk*. Evropski sud je od donošenja te presude bez većih problema i u redovnim postupcima pred većima prihvatao primenu utvrđenih načela.⁵³ Slično je bilo i u predmetu *X protiv Letonije*, u kojem je Veće utvrdilo povredu člana 8 Evropske konvencije, ali se na zahtev tužene države pitanje našlo i pred Velikim većem.

Povod spora bila je odluka letonskog suda o povratku deteta u Australiju koju je majka osporila pred Evropskim sudom za ljudska prava na osnovu članova 6 i 8 Evropske konvencije. Za vreme boravka u Australiji, gde je, osim letonskog, stekla i australijsko državljanstvo,⁵⁴ dobila je dete iz vanbračne veze koju je zasnovala dok je formalno bila u braku sa drugim muškarcem. Identitet oca nije bio službeno utvrđen. Posle pogoršanja odnosa sa vanbračnim partnerom, ona se sa trogodišnjim detetom vratila

⁵¹ „Majka bi pretrpela nesrazmerno ograničenje svog prava na poštovanje porodičnog života ako bi bila prinuđena da se vrati sa sinom u Izrael. Prema tome, došlo bi do povrede člana 8 Konvencije u pogledu oba tužioca ako bi se izvršila odluka o povratku drugog tužioca u Izrael.“ *Nojlinger i Šuruk*, presuda Velikog veća, pasus 151.

⁵² *X v. Latvia*, Application no. 27853/09, ECtHR Grand Chamber, Judgment (Merits and Just Satisfaction) of 26 November 2013 (u daljem tekstu: *X protiv Letonije*, presuda Velikog veća).

⁵³ *Šneersona and Kampanella v. Italy*, Application no. 14737/09, Judgment (Merits and Just Satisfaction) of 12 July 2011; *B. v. Belgium*, Application no. 4320/11, Judgment (Merits and Just Satisfaction) of 10 July 2012.

⁵⁴ Pojedini autori navode da se majka odrekla letonskog državljanstva prilikom prijema u australijsko državljanstvo. Kao izvor navode presudu Velikog veća, pasus 9. Videti *Beaumont et al.* 2015, 40. Međutim, Veliko veće u pasusu 9 navodi da je majka bila državljanka Letonije koja je 2007. godine takođe stekla i australijsko državljanstvo.

u Letoniju. Mesec dana kasnije, vanbračni partner je pokrenuo postupak pred sudovima u Australiji za utvrđivanje očinstva. Sud je utvrdio očinstvo (na osnovu imejl poruka, fotografija i njegove izjave) i doneo odluku o zajedničkom vršenju roditeljskog prava. U roku od mesec dana pokrenut je postupak za povratak deteta u Australiju preko centralnog izvršnog organa Letonije. Letonski sudovi su naložili povratak deteta u Australiju i to u vrlo kratkom roku, odbivši majčine argumente da postoji ozbiljna opasnost da dete bude izloženo psihičkoj traumi zbog razdvajanja od majke. U žalbenom postupku majka se oslonila i na mišljenje veštaka o mogućim traumama za dete o kojem se starala isključivo majka i pre dolaska u Letoniju. Dete je govorilo isključivo letonski i jedino je sa majkom imalo blizak odnos. Majka se pozivala i na loše odnose sa ocem deteta, istoriju zlostavljanja i krivične postupke koji su bili u toku protiv njega. Navela je i da je povratak u Australiju za nju naročito težak jer tamo nema zaposlenje, a samim tim ni prilode za staranje o sebi i detetu.⁵⁵ Žalbeni sud je te argumente odbio kao nedokazane, uz obrazloženje da predmet postupka ne obuhvata odlučivanje o poveravanju deteta na staranje već samo njegov povratak na osnovu Haške konvencije, te da zato nije u obavezi da procenjuje opasnost od psihičke traume za dete, dok se o razlozima majke protiv povratka u Australiju nije izjasnio. Odredio je rok za predaju deteta ocu od svega dve nedelje pod pretnjom prinudnog izvršenja uz pomoć javnog izvršitelja. Majka je zatražila privremenu meru odlaganja izvršenja, ali pre nego što je održano ročište otac se pojavio u Letoniji i prilikom posete odveo je dete (trogodišnju devojčicu) u Estoniju, odakle se sa njom vratio u Australiju. Par meseci kasnije, sud u Australiji dodelio je ocu samostalno pravo na staranje o detetu. Majka je dobila pravo na viđanje deteta pod nadzorom socijalnog radnika. Sud joj je zabranio da komunicira sa detetom na letonskom do njegove jedanaeste godine, kao i da komunicira sa medijima, službama za staranje o deci, školom i roditeljima dece koja pohađaju iste ustanove kao i njeno dete.⁵⁶ Da bi bila u mogućnosti da viđa dete, majka se preselila u Australiju.⁵⁷

Pred Evropskim sudom za ljudska prava majka je tražila da se utvrdi odgovornost Letonije zbog odluka o povratku deteta koje, prema njenom mišljenju, nisu na adekvatan način procenile najbolji interes deteta niti su nadležni organi uzeli u obzir sve okolnosti prilikom donošenja odluke. Prvi put posle predmeta *Nojlinger i Šuruk*, Veliko veće je bilo u situaciji

⁵⁵ *X v. Latvia*, Application no. 27853/09, ECtHR Chamber, Judgment (Merits and Just Satisfaction) of 13 December 2011, pasus 20 (u daljem tekstu: *X protiv Letonije*, presuda Veća).

⁵⁶ *X protiv Letonije*, presuda Velikog veća, pasus 32.

⁵⁷ *X protiv Letonije*, presuda Velikog veća, pasus 33.

da preispita načela ustanovljena u ranijoj odluci. Veliko veće je većinom glasova (devet prema osam) utvrdilo povredu procesnog dela člana 8 zbog propusta letonskih sudova da detaljno ispituju sve relevantne okolnosti u svetlu najboljeg interesa deteta, a naročito argumente o izuzetku iz člana 13, stav 1, tačka b) Haške konvencije o otmici, koji su važni za procenu najboljeg interesa deteta. Propust letonskog suda da uzme u obzir nalaz psihologa o traumatskim posledicama odvajanja od majke bio je glavni osnov da se utvrdi da je došlo do povrede pozitivne procesne obaveze iz člana 8 Evropske konvencije,⁵⁸ ali je dodatni osnov bio i propust letonskih sudova da razmotre navode majke o tome da li je bila u mogućnosti da pođe za svojom ćerkom u Australiju i da sa njom tamo ostane u kontaktu.⁵⁹ Kritika letonskih sudova zasnovana je na nekoliko proklamovanih načela iz presude *Nojlinger i Šuruk*, od propusta da se različiti interesi jednako odmere, do načina vođenja postupka, utvrđivanja i zaštite najboljeg interesa deteta, čak i rokova koji uprkos razlozima hitnosti moraju biti utvrđeni imajući u vidu osetljivost situacije i položaj trogodišnjeg deteta u dramatičnoj borbi roditelja za roditeljska prava. Sudovi u Letoniji morali su pažljivije da procene da li je za dete zaista bilo najbolje da po hitnom postupku bude vraćeno naknadno pronađenom ocu i oduzeto od majke sa kojom je, sasvim jasno i bez nalaza veštaka, moralo imati blizak odnos. Veliko veće je uvelo i jedan novi zahtev: kada donose odluku da se dete vrati u zemlju uobičajenog boravišta, sudovi moraju da utvrde da li su u toj zemlji preduzete odgovarajuće mere obezbeđenja, a u slučaju da postoji rizik od povratka, da li su preduzete konkretne mere zaštite.⁶⁰ Međutim, pobeda pred Evropskim sudom za tužiteljku je bila uzaludna jer je stigla suviše kasno.

Činjenice u ovom predmetu još drastičnije pokazuju nezavidan položaj roditelja za kog nacionalni sudovi ustanove da je nezakonito odveo dete u zemlju porekla. Teret koji su majci nametnuli australijski i letonski sudovi

⁵⁸ Izveštaj Letonije o izvršenju presude koji je dostavljen Komitetu ministara Saveta Evrope. https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=Ž09000016805c5240, poslednji pristup 30. septembra 2021.

⁵⁹ *X protiv Letonije*, presuda Velikog veća, pasus 117.

⁶⁰ Polazeći od mogućnosti da sudovi odbiju povratak deteta u slučajevima kada postoji ozbiljan rizik da bi povratak izložio dete fizičkoj opasnosti ili psihičkoj traumi ili ga na drugi način doveo u nepodnošljiv položaj, zakonodavac Evropske unije sugeriše sudovima država članica da pre nego što odluče da odbiju povratak razmotre da li su preduzete odgovarajuće mere kako bi se dete zaštitilo od ozbiljnog rizika koji se navodi u članu 13, stav 1, tačka b) Haške konvencije iz 1980. godine. Council Regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019 on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction, OJ L 178, 2. 7. 2019, preambula, pasusi 44–45.

zajedno stavili su je u skoro nemoguć položaj i pred vrlo težak izbor. Da bi zadržala kontakt sa detetom i umanjila traumu koju dete trpi od odvajanja prognoziranu u psihološkom veštačenju, ona se pod vrlo teškim i praktično kaznenim uslovima koje joj je nametnuo australijski sud preselila u zemlju u kojoj nije imala zaposlenje, bez izvesnosti o budućem načinu života i merama koje bi sudstvo Australije moglo preduzeti protiv nje. Vredi podsetiti da je majka neposredno pre odvođenja samostalno vršila roditeljsko pravo, dok otac u tom trenutku nije zvanično ni bio roditelj, pa tako nije ni mogao da uživa pravo na staranje niti pravo na viđanje deteta. U svom mišljenju uz presudu, sudija Pinto Albuquerki je smatrao da upravo zbog tih okolnosti nije ni došlo do nezakonitog odvođenja niti je moglo biti reči o nezakonitom zadržavanju. Drugim rečima, nije uopšte bilo mesta za primenu Haške konvencije o otmici.

4.1.3. Zaključci o odnosu između Haške konvencije o otmici dece i člana 8 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava

U svojoj praksi Evropski sud se bavi tumačenjem odredaba merodavne konvencije polazeći od standarda najboljeg interesa deteta koji dozvoljava da se uzmu u obzir sve okolnosti koje mogu biti od značaja za donošenje odluke o tome da se naredi povratak deteta u zemlju u kojoj je imalo uobičajeno boravište u trenutku preseljenja. Iako Evropski sud načelno ima stav i dobru volju da tumači član 8 Evropske konvencije u svetlu obaveza država iz Haške konvencije o otmici dece, nesaglasnosti su moguće, čak i predvidljive, zbog različitih pretpostavki na kojima su zasnovane te dve konvencije. Dok je Haška konvencija proceduralnog karaktera i polazi od oborive pretpostavke da je povratak u zemlju uobičajenog boravišta u najboljem interesu deteta, praksa Evropskog suda polazi od nezavisne procene najboljeg interesa deteta koja obuhvata procesnopravne i materijalnopravne garancije iz oblasti ljudskih prava (Keller, Heri 2015, 273–274). Prednost koju Evropski sud pruža garancijama iz člana 8 Evropske konvencije moguće je ostvariti na više načina, na primer: priznanjem statusa višeg prava Evropskoj konvenciji (instrument javnog poretka), proverom poštovanja procesnih garancija iz člana 8 u postupku odlučivanja o povratku deteta, drukčijim tumačenjem standarda najboljeg interesa deteta na koji se oslanja i Haška konvencija o otmici ili drukčijim tumačenjem izuzetaka iz člana 13 Haške konvencije o otmici u odnosu na tumačenje nacionalnih sudova. Bez obzira na mehanizam pružanja prioriteta članu 8, iz opšteg režima primene i tumačenja Evropske konvencije, a naročito u stvarima odvođenja dece, jasno je da primena Haške konvencije o otmici zahteva od nacionalnih organa država članica Evropske konvencije o ljudskim pravima njenu primenu u svim fazama postupka ili,

rečeno jezikom presude u predmetu *Nojlinger i Šuruk*, nacionalni sudovi su dužni da sprovedu „temeljno ispitivanje celokupne porodične situacije i čitavog niza činilaca... i da sprovedu uravnoteženu i razumnu procenu interesa svih lica pri tome vodeći računa o tome šta bi bilo najbolje rešenje za oteto dete u kontekstu zahteva za njegov povratak u zemlju porekla“.⁶¹ Uprkos raširenom stavu u teoriji da je u predmetu *X protiv Letonije* Evropski sud ublažio uslove koje član 8 nameće nacionalnim organima u primeni Haške konvencije o otmici (Fawcett, Shúilleabháin, Shah 2015, 13–15; Kvisberg 2019, 91; Beaumont *et al.* 2015, 43),⁶² posebno u delu koji se odnosi na temeljno ispitivanje svih relevantnih okolnosti (Keller, Heri 2015, 285), stav iz presude *Nojlinger i Šuruk* o standardu procene položaja deteta u svetlu člana 13, stav 1, tačka b) Haške konvencije ponovo je potvrđen u odluci *M. K. protiv Grčke*⁶³ iz 2018. godine (Celis Aguilar 2020, 239). Uostalom, odluka u predmetu *X protiv Letonije* ukazuje na značaj stručne psihološke procene stanja deteta i njegovog odnosa sa roditeljem otmičarom koju su nacionalni organi dužni da uzmu u obzir u postupku na osnovu Haške konvencije. Evropski sud se i dalje kreće u okviru izuzetaka predviđenih Haškom konvencijom o otmici – zahtev da se položaj deteta i celokupne porodične prilike temeljno ispitaju u smislu izuzetka iz člana 13, stav 1, tačka b) radi zaštite prava i interesa deteta, ne bi smeo da se tumači kao derogiranje Haške konvencije o otmici deteta.

U okolnostima kada je postalo pravilo da je otmičar roditelj koji se primarno stara o detetu, postavlja se i zahtev da se odlučivanju pristupi imajući u vidu individualnu situaciju i konkretne činjenice radi ciljnog i evolutivnog

⁶¹ *Nojlinger i Šuruk*, presuda Velikog veća, pasus 139.

⁶² U predmetu *X protiv Letonije* Evropski sud je zaista napravio jednu ogradu od odluke u predmetu *Nojlinger i Šuruk* („U ovim okolnostima Sud smatra da je potrebno da razjasni da njegovi nalazi u pasusu 139 presude *Nojlinger i Šuruk* ne propisuju načela za primenu Haške konvencije od strane nacionalnih sudova.“ *X protiv Letonije*, presuda Velikog veća, pasus 105). Ipak, Evropski sud se i dalje oslanja na odluku u predmetu *Nojlinger i Šuruk*, dok je, prema mišljenju pojedinih sudija, standard „efektivnog ispitivanja okolnosti“ iz predmeta *X protiv Letonije* u suštini isti kao standard iz presude *Nojlinger i Šuruk*: „U svetlu *Nojlingera i Šuruka*, ovakvi procesni nedostaci u domaćem postupku dovoljni su da se ustanovi povreda člana 8, pošto nije sprovedeno ‘produbljeno’, odnosno, u novom žargonu Velikog veća ‘efektivno’ ispitivanje koje zahteva član 8. U suštini, Veliko veće je ponovo primenilo test iz *Nojlingera i Šuruka*.“ Mišljenje sudije Pinta de Albuquerkija uz presudu Velikog veća u predmetu *X protiv Letonije*, str. 46. O tome svedoči i sama odluka u letonskom predmetu jer se i ovde Veliko veće bavilo okolnostima koje je nacionalni sud propustio da uzme u obzir, što je i dovelo do povrede člana 8.

⁶³ „Nacionalni sudovi moraju se posvetiti temeljnom ispitivanju celokupne porodične situacije i čitavog niza činilaca.“ *M. K. v. Grèce*, Requête no 51312/16, Arrêt, 1er février 2018, pasus 75.

tumačenja Haške konvencije.⁶⁴ Kao poseban kriterijum, nezavisno od najboljeg interesa deteta koji nesumnjivo podrazumeva održavanje bliske veze sa roditeljem, javlja se i mogućnost roditelja da napusti zemlju porekla. Odluka o povratku deteta indirektno nalaže i roditelju otmičaru da se vrati sa detetom jer u suprotnom može da izgubi blisku vezu sa detetom. Dok je u predmetu *Nojlinger i Šuruk* Evropski sud raspravljao o tom problemu ne zauzimajući jasan stav, u predmetu *X protiv Letonije* stav Evropskog suda je nešto jasniji, verovatno delom i zbog očigledno lošeg položaja majke prouzrokovanog preseljenjem u Australiju.

4.1.4. Praksa Suda na osnovu člana 3 Protokola br. 4

U kontekstu prakse Evropskog suda mora se pomenuti i član 3 Protokola br. 4 uz Evropsku konvenciju (Zabrana proterivanja sopstvenih državljana i pravo svakog da se vrati u svoju zemlju).⁶⁵ Na prvi pogled izgleda da je ta odredba merodavna za odluke o povratku deteta i roditelja koji su državljani države suda koji odlučuje o povratku na osnovu Haške konvencije o otmici. Međutim, sudeći po praksi, pripremnim radovima i komentarima uz tu odredbu, moglo bi se reći da to pravo nikada nije ispunilo obećanje koje pruža u svom tekstu.⁶⁶ Praksa je vrlo skromna: od stupanja na snagu Protokola br. 4 do danas doneto je svega sedamdeset odluka, koje su većinom odluke o delimičnoj ili potpunoj nedopuštenosti zahteva, a tek u malom broju slučajeva sadrže meritorna razmatranja. Što je još važnije, do danas nijednom odlukom Evropskog suda nije utvrđena povreda člana 3 Protokola br. 4.

Pravo na povratak u svoju zemlju iz člana 3 Protokola broj 4, na osnovu pripremnih radova, nije bezuslovno⁶⁷ i ne odnosi se na mere privremenog karaktera.⁶⁸ U predmetu *Voica protiv Rumunije*, tužiteljka se pozivala,

⁶⁴ Mišljenje sudije Pinta de Albuquerque uz presudu Velikog veća u predmetu *X protiv Letonije*, 42.

⁶⁵ Protokol br. 4, član 3 (Zabrana proterivanja sopstvenih državljana): „1. Niko ne može biti proteran, bilo pojedinačnom bilo kolektivnom merom, s teritorije države čiji je državljanin. 2. Niko ne može biti lišen prava da uđe na teritoriju države čiji je državljanin.“

⁶⁶ Zabrana proterivanja je apsolutna. U predmetu *Slivenko protiv Letonije* Evropski sud je to i potvrdio: „Član 3 Protokola br. 4 garantuje apsolutnu i bezuslovnu slobodu državljaninu od proterivanja.“ *Slivenko and Others v. Latvia*, Application no. 48321/99, ECtHR Grand Chamber, Decision on Admissibility of 9 October 2002, pasus 77.

⁶⁷ Explanatory Report to Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the first Protocol thereto, 16 September 1963, pasus 28 (u daljem tekstu: Explanatory Report).

između ostalog, i na primenu članova 2 i 3 Protokola br. 4, jer su odluke rumunskih sudova ograničile njeno pravo da živi u Rumuniji. Evropski sud je odlučio da zahtev razmotri samo u svetlu člana 8 Evropske konvencije, bez nekog posebnog obrazloženja osim uobičajenog, da je sam gospodar kvalifikacije, odnosno da ima ovlašćenje da kvalifikuje pravno pitanje koje se postavlja u datom slučaju, a time i povredu Evropske konvencije.⁶⁹ Majka, državljanka Francuske i Rumunije, poreklom Rumunka, preselila se u Rumuniju sa dva dečaka, od tri i šest godina, posle odluke francuskog suda kojom je sud rastavljenim, ali još uvek nerazvedenim roditeljima dodelio zajedničko vršenje roditeljskog prava i utvrdio da će boravište dece biti sa majkom, koja je u to vreme živela u Francuskoj. Otac je dobio pravo na viđanje. Tom odlukom sud je odredio da roditelji imaju obavezu da se međusobno informišu u slučaju da promene boravište,⁷⁰ kako bi se na odgovarajući način organizovalo vršenje roditeljskog prava. Sud je takođe naložio roditeljima da se konsultuju u stvarima koje se odnose na dobrobit dece.⁷¹ Dok je trajao postupak po žalbi protiv te odluke, majka je od svog poslodavca dobila trogodišnji ugovor o radu u Rumuniji. Dva meseca pre preseljenja obavestila je oca o nameri da napusti Francusku i da povede decu sa sobom, ali otac nije odgovorio na tu poruku.⁷² Kada se preselila, obavestila je oca o novoj adresi. Otac je, zatim, u postupku po žalbi pred francuskim sudom uložio zahtev za povratak dece u Francusku. Majka je sa svoje strane podnela zahtev istom sudu da odobri promenu boravišta dece i da joj poveri samostalno vršenje roditeljskog prava.⁷³ Apelacioni sud u Parizu odbio je oba zahteva. Zahtev oca je odbijen iz dva razloga: zbog toga što nije pokrenuo postupak za povratak dece na osnovu Haške konvencije o otmici i što nije tražio da deca budu povrena njemu. Zahtev majke je odbijen zbog toga što preseljenje u Rumuniju nije samo po sebi predstavljalo opravdan razlog za promenu odluke o zajedničkom vršenju roditeljskog prava. Otac

⁶⁸ Explanatory Report, pasus 26.

⁶⁹ *Voica v. Romania*, Application no. 9256/19, Judgment of 7 July 2020, pasusi 42–43.

⁷⁰ Preporuka Komiteta ministara Saveta Evrope o sprečavanju i rešavanju sporova povodom preseljenja deteta sadrži i predlog da roditelj koji ima nameru da se preseli sa detetom prethodno o tome obavesti drugog roditelja. U pojedinim državama (Danska) to je i zakonska obaveza roditelja koji ima nameru da se preseli. Recommendation CM/Rec(2015)4 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member States on preventing and resolving disputes on child relocation adopted on 11 February 2015 and explanatory memorandum, načelo 4(2) i pasusi 54–58 objašnjenja uz Preporuku.

⁷¹ *Voica v. Romania*, pasus 7.

⁷² *Voica v. Romania*, pasus 13.

⁷³ *Voica v. Romania*, pasus 16.

je potom pred rumunskim sudom pokrenuo postupak za povratak dece i rumunski sudovi su zahtev usvojili. U toku trajanja postupka, majka je nekoliko puta omogućila ocu da vidi dečake u Rumuniji i u Francuskoj. Kada je Apelacioni sud u Parizu konačno doneo odluku po žalbi, dve godine posle donošenja prvostepene odluke, potvrdio je odluku da roditelji zajednički vrše roditeljsko pravo, ali je smatrao da majka više nije podobna da se stara o deci jer je jednostrano promenila boravište dece i odvela ih u Rumuniju, te je tako sprečila oca da viđa decu. Stoga je Apelacioni sud preinačio odluku o poveravanju dece i odredio da će deca nadalje boraviti kod oca u Francuskoj, te je dozvolio da majka viđa decu, ali samo u Francuskoj. Oba roditelja moraju da se saglase pre svakog odvođenja dece van Francuske.⁷⁴ Mada je Evropski sud u tom predmetu ispitivao način na koji je rumunski sud primenio član 13, stav 1, tačka b) Haške konvencije o otmici, nije utvrdio povredu člana 8 Evropske konvencije, ali treba napomenuti da se majka u ovom predmetu nije pozvala na psihičku traumu koju bi deca pretrpela zbog odvajanja od nje niti na nepodnošljiv položaj u kome bi se našla već je svoju argumentaciju zasnovala na riziku od porodičnog nasilja, koju ni rumunski ni francuski sud nisu prihvatili.

Kada je u pitanju zabrana proterivanja, postavilo se pitanje da li pod tu zabranu spada i ekstradicija (situacija analogna onoj sa kojom se suočava roditelj koji je prinuđen da napusti zemlju u slučaju da je naložen povratak deteta). Stav Evropskog suda je da odluke o ekstradiciji ne pripadaju polju primene te odredbe jer nisu trajnog karaktera. Osnov za takav stav Evropski sud nalazi u objašnjenju, iznetom još u pripremnim radovima⁷⁵ i potvrđenom u docnijim uputstvima o primeni člana 3 Protokola br. 4,⁷⁶ da postupak ekstradicije ne pripada polju primene te odredbe. Pozivajući se na analogiju sa postupkom ekstradicije, i zbog privremenog karaktera odluke o povratku deteta, Evropski sud je u dva navrata, u predmetima *A. B. protiv Poljske*⁷⁷ i *Stecikevič protiv Ukrajine*,⁷⁸ našao da se ta odredba ne primenjuje na odluke o povratku deteta koje su donete na osnovu Haške konvencije o otmici.⁷⁹

⁷⁴ *Voica v. Romania*, pasus 35.

⁷⁵ Explanatory Report, pasus 21.

⁷⁶ Guide on Article 3 of Protocol No. 4 of the European Convention on Human Rights, ažuriran 30. aprila 2021, pasusi 27, 33.

⁷⁷ *A. B. c. Pologne*, Requête no 33878/96, Décision finale sur la recevabilité, 13 mars 2003.

⁷⁸ *Stetsykevych v. Ukraine*, Application no. 40033/14, ECtHR Committee, Decision on Inadmissibility of 12 November 2015.

⁷⁹ Isti stav je zauzeo i Ustavni sud Nemačke: povratak deteta na osnovu Haške konvencije ne predstavlja ekstradiciju i njime nije povređeno pravo deteta na slobodu kretanja i izbor mesta boravišta garantovano nemačkim Ustavom. *Bundes-*

Pravo, koje bi po svom tekstu moglo da bude prilika za zaštitu, pokazalo se kao sasvim beskorisno u okolnostima o kojima je reč u ovom radu. Vrata za njegovu primenu su ne samo zatvorena već praktično i zaključana kasnije usvojenim tumačenjima o polju primene te odredbe.⁸⁰ Međutim, dok je s jedne strane razumljiva analogija sa postupkom ekstradicije, ta analogija nam istovremeno ilustruje paradigmu postupka za povratak dece. Osim primese kaznene prirode koju ima ekstradicioni postupak, možda je i veći problem stav Evropskog suda da je mera „privremena“, kada se zna da je reč o detetu, jer protok vremena može da bude odlučujući u razvoju deteta i za njegovo vezivanje za okruženje. U tom kontekstu je teško braniti privremeni karakter odluke o povratku deteta, a samim tim i privremeni karakter odlaska roditelja koji se stara o tom detetu iz svoje zemlje porekla.

4.2. Ustavni sud Srbije

Ustavni sud Srbije se u nekoliko navrata i sam našao u prilici da odlučuje o povredama prava roditelja i deteta usled primene Haške konvencije o otmici. Za potrebe ovog rada odabran je predmet koji najbolje ilustruje suprotstavljene interese o kojima je reč u ovom radu.⁸¹ Majka srpskog državljanstva rodila je u braku sa hrvatskim državljaninom devojčicu u Zagrebu. Dete je rođenjem steklo srpsko i hrvatsko državljanstvo. Nepunih godinu dana kasnije, Ministarstvo pravde Srbije je, u svojstvu centralnog izvršnog organa na osnovu Haške konvencije o otmici, pokrenulo postupak pred sudom u Srbiji radi povratka deteta u Republiku Hrvatsku. Postupak je pokrenut na zahtev oca, koji se kasnije pojavio kao podnosilac ustavne žalbe.

verfassungsgericht 2BvR 1075/96, 15 August 1996. <https://www.incadat.com/es/case/573>, poslednji pristup 30. septembra 2021.

⁸⁰ Isključenjima i izuzecima iz pripremnog izveštaja Uputstvo za primenu člana 3 Protokola br. 4 i doktrina dodali su i nove. U Uputstvu za primenu navode se okolnosti koje ne predstavljaju formalno ili materijalno ograničenje tog prava, ali koje se ne smatraju „proterivanjem“ u smislu člana 3 Protokola br. 4. Te dodatne okolnosti van domašaja zabrane proterivanja i uskraćivanja ulaska u svoju zemlju obuhvataju odluku o proterivanju stranca usled čega i maloletno dete koje je domaći državljanin dužno da napusti zemlju, odbijanje zahteva za odobrenje prebivališta ili oduzimanje prebivališta stranom državljaninu koji je supružnik domaćeg državljanina i, konačno, odluka nacionalnog suda, koja je doneta na osnovu Haške konvencije o otmici, o povratku deteta u državu čije državljanstvo nema, uključujući i troškove izvršnog postupka u vezi sa tom odlukom. Uputstvo, pasus 32.

⁸¹ Odluka Ustavnog suda Srbije broj UŽ-8276/2014, objavljena u *Sl. glasniku RS* 81/2016 od 5. oktobra 2016. <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/> (u daljem tekstu: Presuda Ustavnog suda), poslednji pristup 30. septembra 2021.

Majka je u Hrvatskoj boravila privremeno, na osnovu dozvole za privremeni boravak. Ubrzo po rođenju deteta, ona je sa detetom napustila bračni dom i smestila se u sigurnu kuću u Zagrebu, pozivajući se na porodično nasilje. Pokrenula je postupak za razvod braka. Rešenjem suda u Zagrebu povereno joj je privremeno staranje o detetu, do okončanja brakorazvodnog postupka, a ocu je dato pravo da viđa dete tri puta nedeljno po tri časa, uz nadzor socijalnog radnika. Majka se nedelju dana po donošenju rešenja preselila sa detetom u Srbiju, bez saznanja i saglasnosti oca deteta. U odluci Ustavnog suda ne pominju se odredbe hrvatskog prava na osnovu kojih su prvostepeni sud u Mionici i drugostepeni sud u Valjevu zaključili da je odvođenje deteta iz Hrvatske bilo nezakonito, odnosno da je otac imao pravo na staranje (a ne samo pravo na viđanje) neposredno pre odvođenja deteta iz Hrvatske,⁸² ali su domaći sudovi naložili povratak deteta u Hrvatsku. Doduše, drugostepeni sud je utvrdio da izreka prvostepene odluke kojom se naređuje povratak deteta nije u skladu sa članom 1, tačka a) Haške konvencije o otmici, budući da je privremenom merom suda u Zagrebu odlučeno da će dete živeti sa majkom, a da će otac imati pravo na viđanje. Ta okolnost je drugostepeni sud navela na zaključak da majka zbog te privremene mere ne može da vrati dete ocu, pa pošto je cilj Haške konvencije da se obezbedi što hitniji povratak deteta, sud je preinačio dispozitiv i odlučio da majka, umesto da vrati dete ocu, ima obavezu da obezbedi povratak deteta u mesto njegovog poslednjeg prebivališta.⁸³ Na osnovu takvog opisa dispozitiva rešenja, čini se da je drugostepeni sud obavezao majku da se i sama vrati sa detetom u Hrvatsku jer kako bi drukčije organizovala povratak malog deteta u Hrvatsku. Tako formulisan dispozitiv se kasnije odrazio na izvršenje rešenja, budući da je izvršni sud odbio predlog da se izvršenje sprovede oduzimanjem deteta od dužnika i predajom izvršnom poveriocu. Predmet se pred Ustavnim sudom našao tri godine kasnije, zbog obustave izvršenja rešenja o povratku. Sudovi su pokušali da prinudno izvrše rešenje korišćenjem raznih sredstava: novčane kazne i plenidbe i pokušaja javne prodaje pokretnih stvari zatečenih u roditeljskom domu gde je majka stanovala sa detetom. U međuvremenu, Ministarstvo pravde, u svojstvu centralnog izvršnog organa, obavestilo je sud da je pravnosnažnom odlukom suda u Zagrebu dete povereno na staranje majci, ali usledilo je još nekoliko neuspešnih pokušaja izvršenja.

⁸² Naprotiv, iz delova odluke drugostepenog suda koji se navode u odluci Ustavnog suda, čini se da je drugostepeni sud odlučivao o zakonitosti promene boravišta deteta primenom odredaba srpskog porodičnog prava.

⁸³ Domaći sudovi dosledno upotrebljavaju pojam prebivališta umesto pojma uobičajenog boravišta koji je relevantan za primenu konvencije.

Tokom jednog od ročišta za izvršenje, majka je navela da u Republici Srbiji ima posao koji ne može da napusti radi boravka u Zagrebu i da ne zna od čega bi u Zagrebu živela.⁸⁴

Mada se ustavna žalba odnosila na pravo na pravično suđenje, Ustavni sud je iskoristio tu priliku da se u uvodnom delu presude „osvrne na osnovne principe Haške konvencije i njen položaj u pravnom sistemu Republike Srbije“.⁸⁵ Konstatovao je da „Haška konvencija o otmici, između ostalog, insistira na uspostavljanju ranijeg faktičkog stanja koje je postojalo pre protivpravnog odvođenja... deteta i njegovom vraćanju u mesto njegovog ‘uobičajenog boravka’,“ Ali, prema mišljenju Suda, „ovom osnovnom cilju Haške konvencije suprotstavljen je jedan drugi cilj, a to je zaštita ‘najboljeg interesa deteta’ što proizlazi iz Preambule Haške konvencije prema kojoj su ‘države ugovornice u snažnom uverenju da je interes dece od prvorazrednog značaja u odnosima koji se tiču roditeljskog prava’. Međutim, kako je princip ‘najboljeg interesa deteta’ širok pojam koji se procenjuje u svakom konkretnom slučaju, Haška konvencija je predvidela situacije u kojima nadležni organ države kojoj je upućen zahtev može odbiti izdavanje naloga za povratak deteta uprkos tome što je utvrđeno da se radi o nezakonitom odvođenju ili zadržavanju.“⁸⁶ Sud dalje nabraja izuzetke iz člana 13, stav 1 Haške konvencije o otmici i zaključuje: „Dakle, neće biti u ‘najboljem interesu deteta’ izdavanje naloga za njegov povratak u državu ‘uobičajenog boravka... ako postoji ozbiljna opasnost da ono time bude izloženo fizičkoj opasnosti ili psihičkoj traumi.“⁸⁷

Takođe, ukoliko se dete posle nezakonite otmice integrisalo u novu sredinu, „cilj Haške konvencije – povratak deteta u jurisdikciju iz koje je nezakonito odvedeno radi odlučivanja o pravu na staranje, ne može više da bude postignut i u tom slučaju više ne važi pretpostavka da je zemlja uobičajenog boravka u najboljoj poziciji da reši spor.“⁸⁸ Naime, ako dete živi u stabilnoj porodičnoj sredini, tada će sa aspekta zaštite njegovih najboljih

⁸⁴ Činjenica da roditelj koji je oteo dete nema sredstava za život u državi iz koje je dete odvedeno ili da nema dozvolu boravka može predstavljati osnov za pozivanje na izuzetak da bi povratak izložio dete ozbiljnom riziku ili ga stavio u nepodnošljiv položaj. Schuz 2021, 18.

⁸⁵ Odluka Ustavnog suda, 17–24.

⁸⁶ Odluka Ustavnog suda, 18.

⁸⁷ Odluka Ustavnog suda, 19.

⁸⁸ Iako je konstatovao da u tom predmetu nije bila reč o povredi prava oca na staranje, Ustavni sud nije dalje komentarisao nedostatak tog bitnog uslova za aktiviranje obaveze da se naredi povratak deteta na osnovu Haške konvencije o otmici.

interesa u nekim slučajevima biti najbolje da i ostane u novoj sredini, pri čemu integracija podrazumeva ne samo fizički odnos sa novom zajednicom/ sredinom, već i psihičku stabilnost i sigurnost deteta u njoj...“⁸⁹

Ustavni sud se pozvao na niz odluka Evropskog suda za ljudska prava donetih u materiji otmice dece, a posebno se zadržao na odluci *Nojlinger i Šuruk*, čije je činjenično stanje i zaključke detaljno naveo. Zaključak Ustavnog suda je da su sudovi pogrešili što su obustavili izvršenje rešenja o povratku deteta navodeći formalne razloge (dete nije imalo pasoš Republike Srbije, a otac je odbio da majci preda pasoš koji je izdala Republika Hrvatska), ali Ustavni sud ostavlja mogućnost da nadležni sud u ponovnom postupku odluči da se dete neće vraćati u Hrvatsku, ako majka koja se suprotstavlja povratku dokaže da su ispunjeni uslovi za primenu izuzetka iz člana 13, stav 1, tačka b) Haške konvencije o otmici – izlaganje deteta psihičkoj traumi i dovođenje u nepodnošljiv položaj.⁹⁰ Stoga Ustavni sud ukida drugostepeno rešenje o izvršenju i poziva nadležni sud da u ponovnom postupku odluči o prigovoru oca protiv prvostepenog rešenja o obustavi izvršenja.

U predmetu pred Ustavnim sudom Srbije ponavlja se obrazac koji je već viđen u predmetu *Nojlinger i Šuruk* pred Evropskim sudom: samohrana majka kojoj je odlukom suda u mestu uobičajenog boravišta dodeljeno privremeno pravo na staranje o detetu odlučuje da u stresnoj situaciji razvoda braka sa detetom potraži utočište u svojoj zemlji porekla, u svojoj društvenoj i porodičnoj sredini. Haška konvencija o otmici se pokazala kao ozbiljna prepreka preseljenju. U ovom slučaju, nevolje majke su dodatno otežane mehaničkim i nedovoljno pažljivim tumačenjem odredaba kojima se određuju granice međunarodnih obaveza naše zemlje. Domaći sudovi su naložili da se dete vrati u Hrvatsku da bi se ostvarilo pravo drugog roditelja na viđanje deteta, a ne pravo na staranje, kao što to zahteva Haška konvencija u članovima 3 i 12. Takođe, čini se da su bili spremni i da obavežu majku, domaću državljanu, da se, radi dobrobiti deteta, i sama preseli u stranu zemlju i da se u toj zemlji stara o detetu. Na taj način su se direktno umešali u porodični život majke i deteta u većoj meri nego što je to neophodno da bi se ispunile međunarodne obaveze Srbije. Ustavni sud je dao sudovima smernice o tome kako treba tumačiti Hašku konvenciju u svetlu obaveza iz člana 8 Evropske konvencije. Čak i kada je utvrđeno da je po pravu uobičajenog boravišta deteta preseljenje deteta u našu zemlju bez saglasnosti drugog roditelja bilo nezakonito, u samoj Haškoj konvenciji postoje izuzeci sadržani u članovima 13 i 20, koji obavezuju sud da prilikom odlučivanja o zahtevu za povratak proceni da li je u najboljem interesu konkretnog deteta da se

⁸⁹ Odluka Ustavnog suda, 19.

⁹⁰ Odluka Ustavnog suda, 27.

naloži njegov povratak. Takođe, članom 8 Evropske konvencije sprečava se mehaničko donošenje odluke o povratku jer se zahteva da sud, osim najboljeg interesa deteta, koji je najvažniji, uvaži i interese oba roditelja.

5. ZAKLJUČAK

U ovom radu se ukazuje na tenziju između osnovnog ljudskog prava roditelja na povratak u svoju zemlju i stvarne ili potencijalne primene Haške konvencije o otmici i na preispitivanje primene te konvencije na osnovu standarda Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o pravu na porodični život. Prikazane odluke pokazuju da je povratak primarnog roditelja u zemlju porekla često uzrok otmice deteta, da se roditelji retko pozivaju na pravo na povratak u svoju zemlju kao osnovno ljudsko pravo u postupcima primene Haške konvencije o otmici i da sudovi retko uzimaju u obzir to pravo kada odlučuju o predmetima koji se odnose na tu konvenciju. Ipak, odluke Evropskog suda, upućuju na zaključak da tumačenje vremesne Haške konvencije o otmici evoluiru u skladu sa promenjenim društvenim prilikama. Ako se danas najveći broj otmica dece odnosi na slučajeve kada dete iz zemlje uobičajenog boravišta odvodi roditelj koji se primarno stara o njemu, i to sa ciljem da ostvari povratak u zemlju porekla, tada u odlučivanju da li da naloži povratak deteta u zemlju uobičajenog boravišta zamoljeni sud treba, između ostalih okolnosti, da uzme u obzir i mogućnost da se roditelj otmičar iz objektivnih razloga ne može vratiti u tu zemlju i da u svetlu te mogućnosti, odnosno nemogućnosti povratka roditelja, proceni da li bi odvajanje od roditelja koji se do tada starao o njemu predstavljalo psihičku traumu za dete i stavilo ga u nepodnošljiv položaj u smislu člana 13, stav 1, tačka b) Haške konvencije o otmici. Kao što zahteva Evropski sud za ljudska prava, odluka o povratku ne sme biti mehanički doneta, već podrazumeva uzimanje u obzir čitavog niza činilaca, uključujući i ovaj. Uzimanjem u obzir najboljeg interesa deteta prilikom odlučivanja o povratku deteta, može se prevazići tenzija koja postoji između prava roditelja da se preseli u svoju zemlju i Haške konvencije o otmici.

LITERATURA

- [1] Beaumont, Paul, Katarina Trimmings, Lara Walker, Jayne Holliday. 2015. Child Abduction: Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights. *International and Comparative Law Quarterly* 64: 39–63.

- [2] Bucher, Andreas. 2009. La dimension sociale du droit international privé. *Recueil des cours* 341: 9–535.
- [3] Celis Aguilar, Maria Mayela. 2020. The Controversial Role of the ECtHR in the Interpretation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, with Special Reference to Neulinger and Shuruk v. Switzerland and X v. Latvia. *ACDI Anuario Colombiano de Derecho Internacional (Colombian Yearbook of International Law)* 13: 209–250.
- [4] Draškić, Marija. 2006. Pravo na poštovanje porodičnog života u praksi Evropskog suda za ljudska prava. 93–134. *Novo porodično zakonodavstvo – zbornik sa savetovanja Vrnjačka Banja*. Kragujevac: Pravni fakultet.
- [5] Draškić, Marija. 1/2012. Obavezno lišenje roditeljskog prava prilikom odlučivanja suda o vršenju roditeljskog prava: sporno stanovište Vrhovnog suda Srbije. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 60: 366–381.
- [6] Dželetović, Mirna. 2021. Pravni položaj deteta u situacijama njegovog nezakonitog odvođenja u zemlji i inostranstvu, doktorska disertacija. Novi Sad: Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.
- [7] Fawcett, James, Máire Ní Shúilleabháin, Sangeeta Shah. 2016. Right to Respect for Family Life and the Rights of the Child: International Child Abduction. *Private International Law*. Oxford Private International Law Series. Oxford.
- [8] Keller, Helen, Corina Heri. 2015. Protecting the best interests of the child: International child abduction and the European Court of Human Rights. *Nordic Journal of International Law* 84: 270–296.
- [9] Kovaček Stanić, Gordana. 2/2002. Praksa Evropskog suda za ljudska prava o poštovanju porodičnog života. *Evropsko zakonodavstvo* 9–12.
- [10] Kvisberg, Torun E. 6/2019. Child abduction cases in the European Court of Human Rights changing views on the child's best interests. *Oslo Law Review* 90–106.
- [11] Lamont, Ruth. 2/2012. Free movement of persons, child abduction and relocation within the European Union, *Journal of Social Welfare and Family Law* 34: 231–244.
- [12] Marjanović, Sanja. 2017. Međunarodna otmica dece – novine u međunarodnom privatnom pravu Srbije. *Tematski zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu – Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru* 7: 131–145.

- [13] Medić, Ines. 2015. International Child Relocation. 111–133. *Private International Law in the Jurisprudence of European Courts – Family at Focus*, ed. Mirela Župan. Osijek: Faculty of Law Osijek.
- [14] Mondeková, Anna. 2013. The Hague Convention on Parental Child Abduction: Implications of the „Missing“ Primary Carer. Master thesis. Budapest: Central European University.
- [15] Novaković, Uroš. 2020. *Preseljenje deteta i roditelja koji vrši roditeljsko pravo – relocation slučajevi*. Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet.
- [16] Ponjavić, Zoran, Vlašković, Veljko. 2014. Space for the child’s best interests inside the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. *Revija za evropsko pravo* 16: 45–67.
- [17] Silberman, Linda J. 2011. The Hague Convention on Child Abduction and Unilateral Relocations by Custodial Parents: A Perspective from the United States and Europe – Abbott, Neulinger, Zarraga. *Oklahoma Law Review*, 63: 733–749.
- [18] Schuz, Rhona. 2013. *The Child Abduction Convention: A Critical Analysis*. Hart Publishing.
- [19] Schuz, Rhona. 2021. The Hague Child Abduction Convention and Re-relocation disputes. *International Journal of Law, Policy and The Family* 00: 1–36.
- [20] Tobin, John., 2019. *The UN Convention on the Rights of the Child, A Commentary*. Oxford: Oxford University Press.

Maja STANIVUKOVIĆ, PhD

Full Professor, University of Novi Sad Faculty of Law, Serbia

Sanja ĐAJIĆ, PhD

Full Professor, University of Novi Sad Faculty of Law, Serbia

THE RIGHT OF THE PARENT TO RETURN TO ITS COUNTRY OF ORIGIN IN THE LIGHT OF THE HAGUE CONVENTION ON THE CIVIL ASPECTS OF INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION AND THE EUROPEAN CONVENTION ON THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS

Summary

This article examines the right of return to the country of origin of a parent who has been granted the rights of custody over a child in the country in which that parent and the child temporarily reside. A legal obstacle to realization of the right of return of the parent to its country of origin exists in the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction which is often applied mechanically and works to prevent the parent from relocating with the child.

Case law of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court of Serbia provides guidelines for interpretation of the Hague Abduction Convention in quite frequent situations when a parent who is a primary caregiver acts as an abductor. The standard of the best interest of the child can overcome the tension between the right of parent to return and the Hague Abduction Convention.

Key words: *Change of child's habitual residence. – Child abduction. – Rights of the child. – Right to family life. – Right to return to the country of origin.*

Article history:

Received: 30. 8. 2021.

Accepted: 2. 12. 2021.

UDK 342.738:077

CERIF: S 123

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22106A

Dr Dalibor PETROVIĆ*

Dr Dejan PAVLOVIĆ**

PODRIVANJE ANONIMNOSTI U DOBA INTERNETA

Nakon rane faze razvoja interneta koja je počivala na anonimnoj komunikaciji u virtuelnim zajednicama, u poslednje dve decenije dešava se dramatičan preokret. Širenje upotrebe digitalnih platformi za umrežavanje, s jedne strane, i vrlo labave politike privatnosti na internetu, s druge strane, sve više sužavaju mogućnost anonimne upotrebe interneta.

Polazeći od takvih trendova, u radu se bavimo transformacijom uloge onlajn anonimnosti iz pravne i društvene perspektive sa ciljem da identifikujemo ključne faktore i aktere koji podstiču deanonimizaciju interneta.

U prvom delu rada pokazujemo da je anonimnost pratilac modernizacije savremenih društava, ali i da ona može nositi različite izazove po njihovu slobodu i bezbednost. U drugom delu rada analiziramo fenomen anonimnosti na internetu kroz različite pro et contra perspektive, obraćajući posebnu pažnju na identifikaciju ključnih aktera koji dovode do sveopšte deanonimizacije, kao jedne od suštinskih karakteristika organizacije i javnog i privatnog života u XXI veku.

* Vanredni profesor, Saobraćajni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, d.petrovic@sf.bg.ac.rs.

** Docent, Fakultet političkih nauka Univerziteta u Beogradu, Srbija, dejan.pavlovic@fpn.bg.ac.rs.

Ključne reči: *Pravo na anonimnost. – Privatnost. – Digitalne platforme. – Regulacija. – Nadzor.*

1. UVOD

Danas će malo ko sporiti da je za prosečnog korisnika digitalnih tehnologija anonimnost na internetu praktično nedostižna. Svedoci smo brzog razvoja i množenja tehnologija usmerenih na identifikovanje korisnika interneta. Uvode se nove metode autentifikacije, verifikacije i nadzora, tako da se lica mogu digitalno i biometrijski identifikovati, označiti, pratiti i locirati u realnom vremenu. Pametni telefoni prepoznaju lica ili otisak prsta i sa njima povezuju brojne druge podatke koji su uskladišteni na personalnim uređajima ili na raznim serverima.

Uopšte uzev, nakon terorističkog napada 11. septembra 2001. godine u Njujorku, dakle upravo u vreme snažnog prodora interneta u sve sfere društvenog života, ideja ljudskih prava i sloboda neprekidno ustupa pred interesima nacionalne bezbednosti. Na delu je paradoks da sigurnosne mere koje su zamišljene da zaštite vrednosti liberalne demokratije značajno doprinose urušavanju istih tih vrednosti (Posner 2006, 1). Čini se da bezbednost kao vrednost trenutno uživa primat u odnosu na slobodu i autonomiju, zbog važnosti uloge države u zaštiti fizičke sigurnosti ljudi i imovine. U prilog tako pesimistične tvrdnje dovoljno je ukazati na brojne primere sekuritizacije različitih društvenih sfera nakon terorističkih napada u Sjedinjenim Američkim Državama, Francuskoj i Španiji, a sličan efekat je imala i migrantska kriza 2015. godine. Izvršna grana vlasti je u mnogim državama dobila šira ovlašćenja sa ciljem zaštite sigurnosti građana – od dužine trajanja pritvora, do presretanja komunikacije¹ i zamrzavanja imovine lica za koja se sumnja da pomažu terorističkim mrežama.² To stanje je izraz komunitarističke percepcije države i ideje društvenog ugovora (Chandler 2009, 126). Kada razmatramo traženje odgovarajuće ravnoteže između pojedinih ljudskih prava, uključujući privatnost i anonimnost, i interesa nacionalne bezbednosti, ovaploćene u raznorodnim invazivnim sigurnosnim merama, čini se da se da sve tri grane vlasti u mnogim državama olako daju prednost ovom drugom (Gross 2004, 30–36; Froomkin 2009, 441).

¹ Najpoznatiji primer je američki Zakon o patriotizmu iz 2001. godine (*Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism [USA Patriot] Act*).

² Videti rezolucije Ujedinjenih nacija 1267 (1999) i 1333 (2000) o osnivanju Komiteta za sankcije Saveta bezbednosti i sprovođenju postupka zamrzavanja imovine lica za koje se sumnja da finansiraju Al Kaidu.

Istovremeno, na vrednosnom nivou se takođe dešava transformacija percepcije anonimnosti. Iako je u periodu kada je internet tek nastajao doživljavana kao jedna od njegovih blagodeti, budući da se smatralo da anonimnost oslobađa pojedince i podstiče konstruktivnu javnu debatu, ona je vremenom proterana u sferu ilegalnog. Posebno je zanimljivo to što se, s jedne strane, o privatnosti široko diskutuje, dok je, s druge strane, anonimnost, čini se, postala njena neželjena blizakinja koje se roditelji, oličeni u državama i korporacijama, spremno odriču zarad koristi koje im njen izgon donosi. Tako prognana, anonimnost se sve više smešta u sferu tamnog, mračnog, tzv. dubokog interneta (eng. *deep internet*).³ To praktično znači da je na delu jedna vrsta kriminalizacije anonimnosti, zbog čega svaki zahtev za anonimnom upotrebom interneta automatski izaziva podozrenje bezbednosnih službi, a sve češće i samih korisnika interneta.

Imajući takve trendove u vidu, u radu se bavimo transformacijom uloge anonimnosti u informacionom društvu iz pravno-sociološke perspektive sa ciljem da identifikujemo ključne faktore i aktere koji podstiču deanonimizaciju interneta. Jednostavnije rečeno, u analizi koja sledi pokušaćemo da odgovorimo na pitanje kome to i zbog čega smeta anonimni internet i koji su to makro i mikro faktori koji utiču na to da se anonimnost na internetu boji pretežno tamnim tonovima.

U radu zastupamo tri ključne teze. Prva, anonimnost je gradivni element koji je ugrađen u temelje modernih demokratskih društava. Druga, anonimnost kao takva nije inherentno ni dobra ni loša već zavisi od društvenog konteksta u kome se ispoljava i ciljeva koje sebi postavlja. Treća, ključni društveni akteri (*države, korporacije, mediji i korisnici interneta*) podstiču gušenje anonimnosti na internetu, a samim tim i u svakodnevnom životu.

U skladu sa tim, u radu najpre problematizujemo sam fenomen anonimnosti, baveći se njenom ulogom u razvoju modernih društava. S jedne strane, pokazaćemo da je anonimnost pratilac modernizacije savremenih

³ Obično se kao *deep web* označavaju stranice koje traže prethodnu prijavu korisnika, čime se obezbeđuje dodatna anonimnost određenih sadržaja koji se na toj stranici nalaze. To znači da je pristup tim informacijama uslovno moguć, ali je bez prijave pristup ograničen na manju količinu informacija ili nema. Tipični primeri su *Facebook* i *JSTOR*. Sa druge strane, dark veb je specifičan po tome što je njegovim mrežama (kao što su *Tor [The Onion Router]*, *I2P [Invisible Internet Project]* i *Freenet*) moguće pristupiti isključivo putem posebnih pretraživača. *Tor* je tehnologija čija je osnovna funkcija obezbeđivanje anonimnosti na internetu oslanjanjem na slanje podataka putem više servera i enkripciju na svakom od njih. Pokazalo se da je koristan za skrivanje identiteta opozicionih onlajn korisnika za vreme Arapskog proleća 2010. godine i Snoudenovih (*Edward Snowden*) akcija 2013. godine, ali ima i široku primenu za obavljanje čitavog spektra kriminalnih aktivnosti na crnim internet tržištima (Knorr 2020, 520; Bernal 2020, 32–35).

društava, ali da ona, isto tako, može nositi različite izazove po njihovu slobodu i bezbednost. U tom smislu ovaj članak ne pledira da ubedi čitaoca u bezuslovno pozitivne posledice anonimnog delanja već da ukaže na to da preterano insistiranje na njenim štetnim posledicama može biti pogubno po slobodu mišljenja i izražavanja u demokratskim društvima. Pažnju ćemo zatim posvetiti onlajn anonimnosti i aktuelnim raspravama o domašajima anonimnosti na internetu, ukazujući na njene specifičnosti u odnosu na tradicionalno shvaćenu anonimnost. U nastavku ispitujemo njene društveno konstruktivne, odnosno pozitivne, a potom i negativne učinke. Poslednje poglavlje, pre nego što iznesemo naša zaključna razmatranja, posvećujemo analizi aktera i faktora koji dovode do proterivanja anonimnosti u sferu internet podzemlja (eng. *internet underground*), koje se najčešće naziva dubokim ili mračnim (eng. *dark*) internetom.

2. POJAM ANONIMNOSTI

Iako je pojam anonimnosti višeznačan te mu se može prići iz različitih naučnih perspektiva, njegovo određenje naizgled ne izaziva kontroverze. Moguće da zbog toga nema mnogo radova koji se iz pravne ili sociološke perspektive bave fenomenom anonimnosti, posebno domaćih autora.⁴ Tek je širenjem upotrebe interneta aktuelizovano i pitanje anonimnosti, ali se autori ipak daleko manje interesuju za tu temu nego za temu privatnosti na internetu.

U dostupnoj literaturi anonimnost se najčešće deskriptivno definiše kao nemogućnost identifikacije u određenom stepenu ili kontekstu (Wallace 1999, 23). Tako Marks (Marx 1999, 100–101) ističe da je anonimnost jedan pol na veoma širokoj skali mogućnosti identifikacije koja se zasniva na sedam osnovnih dimenzija: 1. vlastito ime; 2. adresa; 3. pseudonimi koji mogu biti povezani sa nečijim imenom ili lokacijom (recimo, matični broj); 4. pseudonimi koji mogu biti povezani sa drugim vrstama identifikacije (na primer, identifikacioni broj u nekom sistemu); 5. prepoznavanje obrazaca ponašanja (recimo, životni stilovi); 6. društvena kategorizacija (pol, klasa, rasa, etnicitet itd.) i 7. simboli podobnosti ili nepodobnosti (posedovanje određenih znanja, artefakata ili veština kao izvora kategorizacije). Nekoliko godina kasnije isti autor (Marx 2004, 143–144) proširuje broj dimenzija

⁴ Jedan od retkih tekstova objavljenih u Srbiji na ovu temu, pod naslovom „Internet i pravo na anonimnost“, nalazimo u zborniku *Sloboda izražavanja na internetu*, koji je uredila Jelena Surčulija (2010), ali i ovde je reč o stranom autoru Dirku Voorhovu (Voorhoof 2010).

na devet, ali ovoga puta ih predstavlja putem ključnih pitanja identifikacije – o kome je reč, koje karakteristike ima, gde se nalazi, kada je bio aktivan, ko je još povezan, šta koristi, šta se desilo, u šta veruje i koje su njegove karakteristike.

Slično tome, Vestin (Westin 1967, 39–40), jedan od utemeljivača prava na privatnost kao pravne discipline, zapaža da se anonimnost javlja kada je pojedinac u javnom prostoru ili čini dela u javnosti, ali izmiče identifikovanju i nadzoru. Zbog toga je za osećaj anonimnosti ključno da osoba smatra da neće biti identifikovana i obavezana da se ponaša u skladu sa važećim društvenim normama.

Supstancijalno, anonimnost se može odrediti kao nepovezivost nečijih osobnosti u bilo kom kontekstu, odnosno anonimnost je stanje u kojem drugi nisu u mogućnosti da uspostave vezu između nečije pojavnosti i njegovih drugih karakteristika (Wallace 1999, 24). Drugim rečima, za razumevanje anonimnosti je ključno da se ona odvija u određenom društvenom kontekstu, odnosno da podrazumeva određeni društveni odnos. Zbog toga anonimnost nije isto što i neimenovanost, nepoznatost ili izolovanost, jer je za anonimnost neophodno da postoje akteri koji neće biti u stanju da identifikuju osobu koja je u interakciji sa njima. Sličnog mišljenja je i Marks (Marx 1999, 2) koji zapaža da je, iako to može zvučati cinično, anonimnost zapravo krajnje društveni fenomen, budući da bez publike ona i ne postoji.

U određivanju pojma anonimnosti posebno je važno uspostaviti relaciju sa privatnošću. Iako su privatnost i anonimnost blisko povezani koncepti, ne može se govoriti o njihovom potpunom poklapanju. Anonimnost u određenoj meri i određenim slučajevima obezbeđuje privatnost, ali je svakako ne garantuje. Recimo, kada neko prisustvuje skupu anonimnih alkoholičara u procesu rehabilitacije, svakako ne uživa privatnost. Klasičan koncept privatnosti polazi od toga da svaki pojedinac ima pravo da bude ostavljen na miru, odnosno pravo da kontroliše pristup u svoju privatnu sferu, bilo da govorimo o njenoj fizičkoj ili simboličkoj demarkaciji. Međutim, pojavom digitalnih tehnologija i relativizacijom fizičkog prostora, privatnost je postala fluidna, a mogućnost njenog narušavanja sve suptilnija. Upravo su digitalne tehnologije i odgovorne za jednu vrstu zamućivanja razlike između anonimnosti i privatnosti, čineći ih izmešanim i pre svega poroznim usled intenziviranja upotrebe tehnologija nadzora. Zbog toga, Asenbaum (Asenbaum 2018, 461) zapaža da razumevanje anonimnosti treba da bude jasno odvojeno od koncepta privatnosti jer, u protivnom, neće biti moguće sagledati njene osobnosti, koje su ključne za svako demokratsko društvo. Na tom tragu, on smatra da je problem u tome što najveći broj definicija anonimnosti polazi od njene subjektivne strane. Naime, anonimnost se određuje u odnosu na to ko vrši identifikaciju subjekta. Na taj način se ona

shvata pasivno, kao puka negacija identiteta, odnosno stepen nemogućnosti da publika utvrdi identitet komunikatora, umesto da se ona shvata aktivno, kao akcija samih komunikatora. To je upravo posledica mešanja pasivnog koncepta privatnosti koja dolazi iz ljudskopravaške tradicije, kao odbrane prava na privatnost. Nasuprot tome, Asenbaum se zalaže za definisanje anonimnosti u tradiciji javnosferske teorije, poput one Jirgena Habermasa, smatrajući da je ona inherentno komunikativna. Anonimnost nije rezultat sakrivanja već, upravo suprotno, pokazivanja, razmene mišljenja i kreiranja identiteta. Kako ističe Asenbaum, inherentno oslobađajući efekat anonimnosti kao posledica nemogućnosti identifikacije takođe je konceptualizovan kao negativna sloboda, odnosno sloboda da se bude zaštićen od spoljne sankcije, što je isto posledica mešanja koncepta anonimnosti sa konceptom privatnosti. Međutim, prema njegovom mišljenju, anonimnost treba razumeti i kao pozitivnu slobodu, slobodu izražavanja i kreiranja identiteta, a ne kao suprotnost identitetu. Ona je preduslov za kreiranje identiteta, kao rezultat i negativnih i pozitivnih sloboda, odnosno „anonimnost predstavlja kontekstom uslovljeno ispoljavanje identiteta tako što se lična osećanja izražavaju u javnoj sferi, uz isključivanje pojedinih aspekata pravno utvrđene i fizički ukorenjene ličnosti“ (Asenbaum 2018, 462).

Osim u smislu mogućnosti identifikacije, anonimnost se može sagledavati i u odnosu na njenu svrhu, odnosno ciljeve. Tako Valas (Valas 1999, 29) ističe da se ona može grupisati u tri opšte kategorije:

1. anonimnost radi sprovođenja akcije anonimne osobe (akciona anonimnost);
2. anonimnost radi prevencije ili zaštite anonimne osobe od akcija drugih (uzvratna anonimnost) i
3. anonimnost radi sprovođenja procesa (procesna anonimnost).

Bilo koji slučaj anonimnosti može predstavljati svaki od tih tipova, bilo odvojeno, bilo zajedno, što znači da oni nisu međusobno isključivi već je samo neki dominantniji od druga dva. Takođe, ovde se anonimnost određuje vrednosno neutralno, što znači da se ne prejudicira da li će se ona koristiti u pozitivne ili negativne svrhe.

Uzimajući rečeno u obzir, za potrebe ovog rada anonimnost ćemo odrediti *interakciono* i *dualno*, kao anonimnost *od* i kao anonimnost *za*. Drugim rečima, smatramo da nema anonimnosti van interakcije, kao što anonimnost može podjednako da bude nemogućnost identifikacije *od* drugih subjekata i mogućnost uzimanja željenog identiteta *za*-rad ostvarivanja određenih individualnih ili društvenih ciljeva.

Stoga, anonimnost kao takva nije inherentno ni dobra ni loša već zavisi od društvenog konteksta u kome se ispoljava i ciljeva koje sebi postavlja. Recimo u kontekstu zatvorenog i represivnog društva anonimnost može imati važnu svrhu u formulisanju ideja čiji je cilj demokratizacija društva, ideja koje je zbog straha od sankcija moguće izneti jedino anonimno. S druge strane, u otvorenim i demokratskim društvima, gde se mišljenja uglavnom mogu nesputano iznositi, anonimnost nekada može da ude kontraproduktivna, recimo, može da podupire populističke ideje i demagoški diskurs u kojem onaj koji te ideje i diskurs promoviše za to ne preuzima odgovornost.⁵ Međutim, kao što i, recimo, tehnologija, može biti upotrebljena i u destruktivne svrhe, ali to ne dovodi u pitanje njenu modernizacijsku ulogu, isto tako i anonimnost ne može na sebe preuzeti teret uzročnika društvene destrukcije. Drugim rečima, iako ona može biti oruđe koje se koristi za nanošenje štete drugima, njena upotreba sa tim ciljem nije proizvod njenih inherentnih osobenosti već najčešće simptom društvenih poremećaja koje uzorkuju neki širi procesi.

3. DEBATA O ANONIMNOSTI

3.1. Anonimnost iz pravne i društvene perspektive

U prilog anonimnom izražavanju moguće je izneti brojne istorijske i uporednopravne argumente. O anonimnosti možemo govoriti u kontekstu slobode izražavanja, kao i prava na privatnost i autonomiju ličnosti. Sloboda izražavanja je neophodan alat građana koji žele aktivno da učestvuju u demokratskom društvu, da se informišu o javnim poslovima, sporovima i izborima. Dobro poznati argument milovske tradicije počiva na ideji da je sloboda izražavanja *conditio sine qua non* otkrivanja istine. Anonimni govor promoviše demokratsko samoupravljanje tako što uključuje u javnu debatu i one koji se, u suprotnom, ne bi čuli, naročito glasove i stavove onih koji imaju manju moć i uticaj, čineći tako javni diskurs, kao i sistem upravljanja, demokračnijim. Možemo očekivati i kreativnija rešenja društvenih problema ako se mogu čuti i nekonvencionalni predlozi. Specijalni izvestilac Ujedinjenih nacija za promociju i zaštitu prava na slobodu mišljenja i izražavanja (La Rue 2013, par. 49) veoma jasno ukazuje na vezu između anonimnosti i efektivne slobode izražavanja: „Ograničavanje anonimnosti ima odvrćajuće dejstvo

⁵ Recimo, lažne vesti koje kruže internetom često zapravo plasiraju anonimni ili pseudonimni izvori, posebno stvarajući konfuziju u vreme velikih društvenih kriza, poput pandemije Covid-19.

(eng. *chilling effect*), obeshrabruje slobodu izražavanja informacija i ideja. Ono, takođe, može izazvati isključivanje pojedinaca iz vitalnih društvenih sfera, podrivajući njihova prava na izražavanje i informaciju, povećavajući društvene nejednakosti. Pored toga, ograničavanje anonimnosti omogućava sakupljanje i skladištenje velike količine podataka od strane privatnog sektora, čime se značajno podiže nivo opterećenja i odgovornosti korporacija u pogledu zaštite privatnosti i bezbednosti takvih podataka.“

Anonimni govor doprinosi autonomiji i samoostvarenju ličnosti, tako što pruža mogućnost licu da istražuje nove ideje, načine izražavanja, pa čak i nove identitete (Lidsky, Cotter 2007, 1568–1569). Vestin (Westin 1967, 39–40) smatra da stanje anonimnosti osobi pruža mogućnost da se slobodnije izrazi jer zna da se stranac neće zadržavati u njegovom životu niti na njega može da vrši neki uticaj („fenomen stranca“). Nas, u stvari, zarad očuvanja brojnih ljudskih prava, zaista interesuju naša vidljivost i izloženost onima koji ne odobravaju kako se izražavamo i delujemo (Cohen 2008, 190). Mnogi ljudi ne bi izneli svoje stavove, ne bi se odlučili na uzbuđivanje, ne bi osporavali uvrežena mišljenja ili se konfrontirali predstavnicima vlasti ukoliko nisu u prilici da ostanu anonimni. Građani bi se teže priključivali kontraverznim organizacijama, kao što bi se ustručavali da diskutuju o osetljivim temama (Strossen 2001, 2106). Istorija obiluje primerima da su ljudi i organizacije koji su bili kritični prema državnim vlastima ili drugim moćnim licima i organizacijama doživljavali drakonske sankcije, bili lišavani života, slobode, imovine i slično. Odličan primer su brojna anonimna filozofska dela koja su tokom istorije osporavala religijske dogme. Anonimno pisanje ima dugu tradiciju i važnu ulogu u izražavanju ideja. U Engleskoj su anonimno pisali Defo (*Daniel Defoe*), Swift (Jonathan Swift), u Francuskoj Volter, dok su u Sjedinjenim Američkim Državama (SAD) čak i Federalistički spisi Hamiltona (*Alexander Hamilton*), Medisona (*James Madison*) i Džeja (*John Jay*) originalno bili objavljeni pod pseudonimom *Publius*, kao pisma uredniku. Čak je i predsednik Vrhovnog suda Maršal (*Chief Justice John Marshall*) pod pseudonimom *Prijatelj Republike* branio u javnosti pojedine odluke Vrhovnog suda SAD. Postoje dokazi da su mnogi američki predsednici i kongresmeni objavljivali svoje političke radove nepotpisani ili pod pseudonimom (Note 1961, 1085). Poseban i razumljiv motiv da budu anonimni imali su autori čija su dela osporavala politički *status quo*, ekonomske uslove rada, društvene norme i slično. Tomas Pejn (*Thomas Paine*) je 1776. godine objavio uticajni pamflet „Common Sense“ u prilog nezavisnosti od Velike Britanije pod pseudonimom *An Englishman* (Heins 2010, 66). Ta dela su imala neprocenjiv značaj za demokratizaciju i konstitucionalizaciju SAD, ali i šire.

Anonimnost je kasnije igrala značajnu ulogu u borbi za druge ciljeve, pre svega za građanska prava i prava žena, dok je danas važan štit za političke disidente. Kao što će se videti u raspravi koja sledi, mogućnost anonimnog delovanja na internetu posebno je danas važan segment političke borbe u mnogim autokratskim društvima.

Ipak, pravo na anonimnost nije kao takvo prihvaćeno u ustavima većine država sveta (Cobb 2007, Martin, Fargo 2015). Ne nalazimo takvu garanciju ni u Ustavu Republike Srbije. Neobično je što se u našem Ustavu ne navodi izričito ni pravo na poštovanje privatnosti, ali je pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života garantovano u čl. 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, koja je sastavni deo pravnog poretka Republike Srbije. Osim toga, prema stavu Ustavnog suda RS, pravo na privatnost je sastavni deo ustavnog prava na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti, garantovanih čl. 23 Ustava.⁶

U uporednom ustavnom pravu anonimnost uživa određen stepen zaštite kao element drugih prava i sloboda, pre svega slobode izražavanja i prava na privatnost, kao i slobode uopšte. Primetan je trend da se pravo na anonimnost sužava, s obzirom na to da interesi sigurnosti i nacionalne bezbednosti u konkretnim slučajevima odnose prevagu nad anonimnošću. Za to pitanje važna je i uloga kompanija koje pružaju usluge telekomunikacija. U ovoj sferi se poklapaju interesi državnog i privatnog sektora, pa su zakonska rešenja usmerena na obezbeđivanje uslova da se po potrebi može utvrditi identitet internet korisnika. Od internet provajdera se traži da sakupljaju i čuvaju podatke neophodne za identifikovanje korisnika, a u pojedinim državama vlasti imaju pravo da dobiju te podatke bez sudskog odobrenja ili nadzora (Ker.

U komparativnom pregledu značajni su nam normativni okviri i sudska praksa evropskih država i SAD. U Evropi je primetno traženje kompromisa između potrebe delotvorne primene zakona i poštovanja ljudskih prava garantovanih, *inter alia*, Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950)⁷ i Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima (1966).⁸ Državama potpisnicama je naloženo da je neophodno obezbediti pravo svakoga da na mišljenje, primanje i saopštavanje ideja bez mešanja javne vlasti i bez obzira na granice. Važno je, takođe, obezbediti i

⁶ Ustavni sud Republike Srbije, Odluka o ustavnoj žalbi podnosioca X, UŽ-3238/2011, 8. mart 2012.

⁷ *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori* 9/2003, 5/2005, 7/2005 – ispr. i *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori* 12/2010 i 10/2015.

⁸ *Službeni glasnik SFRJ* 7/1971–73

pravo na privatnost. Ta prava i slobode, koji su povezani sa anonimnošću kao garantom efektivnosti, moraju biti primarni, a mogu biti ograničena kada za to postoje zakonska osnova, legitimni ciljevi i odgovarajuća mera proporcionalnosti između invazivnosti mera ograničenja i ciljeva kojima se teži.⁹

U Irskoj se trenutno vodi vrlo interesantan sudski postupak sa potencijalno veoma značajnim posledicama u oblasti zaštite prava na anonimnost na internetu. Jedna škola je od kompanije Fejsbuk zatražila da otkrije identitet korisnika Instagram naloga, a sudija Visokog suda Irske obratio se Sudu pravde Evropske unije tražeći odluku o prethodnom pitanju, u skladu sa čl. 267 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.¹⁰ Od Suda se očekuje da odgovori na pitanje da li prava na privatnost, zaštitu podataka i slobodu izražavanja garantovanih Poveljom o ljudskim pravima Evropske unije (Evropska povelja) podrazumevaju i pravo da se na internet anonimno postavljaju sadržaji, pod uslovom da nisu protivni javnom poretku. Od Suda se zahteva i stav o uslovima pod kojima se, u skladu sa *GDPR* i Evropskom poveljom, kompanije koje vode platforme za društveno umrežavanje mogu prinuditi da razotkriju identitet inače anonimnih korisnika.¹¹

U SAD postoji jasna linija precedenata kojima je utvrđeno da Prvi amandman¹² štiti pravo na anonimnost, uključujući i sferu interneta. Garantuje se pravo da se govori i piše anonimno, kao i da se anonimno učestvuje u grupnim aktivnostima. Vrhovni sud SAD je to pravo razvio kao derivat zaštite slobode govora, okupljanja, štampe, religije i peticije (Note 1961, 1084). Sasvim je logično da sudska tumačenja prava na privatnost ili anonimnost, koja nisu izričito garantovana Ustavom SAD, izazivaju više kontroverzi i protivljenja političkih grana vlasti i dela javnog mnjenja nego što je to slučaj sa u Ustavu izričito nabrojanim pravima, na primer slobodom štampe ili religije (Heins 2010, 56). U slučaju *NAACP v. Alabama* Vrhovni sud SAD je smatrao da bi obaveza otkrivanja članstva udruženja podrila

⁹ Uporedi sa preambulom i čl. 15 Konvencije Saveta Evrope o visokotehnološkom kriminalu (tzv. Budimpeštanska konvencija o visokotehnološkom kriminalu), *Službeni glasnik RS* 19/2009, koja je stupila na snagu 1. jula 2004. godine.

¹⁰ [Eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT), poslednji pristup 30. avgusta 2021.

¹¹ GDPRhub. The High Court – 2021 IEHC 287. 2021. https://gdprhub.eu/index.php?title=The_High_Court_-_2021_IEHC_287, poslednji pristup 30. avgusta 2021. godine.

¹² „Kongres ne može da donosi nikakav zakon o ustanovljenju državne religije, kao ni zakon koji zabranjuje slobodno ispovedanje vere, a ni zakon koji ograničava slobodu govora ili štampe ili pravo naroda na mirne zborove i na upućivanje peticije vladi za ispravljanje nepravdi.“

to udruženje jer bi članovi bili podložni ekonomskoj odmazdi, otkazima, fizičkim pretnjama i drugim aktima netrpeljivosti i nasilja.¹³ Vrhovni sud je dve godine kasnije proširio pravo na anonimno udruživanje oborivši lokalnu regulativu koja je dobrotvornim organizacijama nalagala da predaju spiskove svojih članova kao uslov za poreske olakšice.¹⁴ Iste godine je Vrhovni sud bio suočen sa pitanjem da li Prvi amandman štiti i pravo da se govori anonimno. Naime, sud je oborio kalifornijski zakon koji je zabranjivao anonimne pamflete. U svom obrazloženju Sud je naveo da su anonimni pamfleti, brošure i knjige igrali važnu ulogu u progresu čovečanstva, tako što su progonjene grupe bile u mogućnosti da kritikuju opresivne prakse i zakone ili anonimno ili nikako.¹⁵ U neposrednom kontekstu interneta američki sudovi takođe prepoznaju da sposobnost da se slobodno govori u velikoj meri zavisi od anonimnosti. Primera radi, Vrhovni sud Nju Džersija je smatrao da anonimni onlajn govornik uživa zaštitu Prvog amandmana da ostane neidentifikovan.¹⁶

Nasuprot izrečenom, iako je, dakle, jasan doprinos anonimnog izražavanja kvalitetu i kvantitetu ideja koje se nude u javnom prostoru, očigledno je i da se anonimnost može zloupotrebiti da se drugome nanese ozbiljna šteta. Lice može poželeti da se zaštiti anonimnošću ukoliko iznosi neistinu. Pod velom anonimnosti mogu se klevetati, vređati, uznemiravati ili povređivati nečija svojinska i autorska prava. Poseban problem je zloupotreba anonimnosti sa ciljem ugrožavanja pravnog poretka i nacionalne bezbednosti. Kao što sloboda izražavanja može biti ograničena „ako je to neophodno radi zaštite prava i ugleda drugih, čuvanja autoriteta i nepristrasnosti suda i zaštite javnog zdravlja, morala, demokratskog društva i nacionalne bezbednosti Republike Srbije“ (Ustav RS, čl. 46, st. 2), tako je racionalno očekivati da ni anonimnost ne može niti treba da uživa apsolutnu zaštitu. U tom smislu je ilustrativan primer slučaja u kome Vrhovni sud SAD 2010. godine nije zaštitio pravo da se potpiše referendumski inicijativa bez mogućnosti da potpisi inicijatora budu obnarodovani.¹⁷ U državi Vašington dozvoljeno je osporiti zakon na referendumu ukoliko 4% glasača potpiše peticiju. Potpisnik mora da ostavi ime i adresu. Prema Zakonu o javnim ispravama, svako lice ima pravo na prepis ili kopiju tih podataka da bi moglo da utvrdi da li su potpisi validni. Potpisnici inicijative za referendumski opoziv zakona su protivnici istopolnih brakova i zbog svog potpisa su bili maltretirani, ali taj tretman nije

¹³ *NAACP v. Alabama*, 357 U.S. 449 (1958) at 463

¹⁴ *Bates v. Little Rock*, 361 U.S. 516 (1960)

¹⁵ *Talley v. California*, 362 U.S. 60 (1960)

¹⁶ *Dentrite International v. Doe No. 3*, 342 N.J. Super. 134 (App. Div. 2001). U ovoj presudi je kao precedent citirana *Talley v. California* u delu o značaju anonimnosti.

¹⁷ *Doe v. Reed*, 561 U.S. 186 (2010).

bio dovoljno visokog intenziteta da bi ubedio sud da njihove identitete treba zaštititi od javnosti. Određene interesne grupe već decenijama zagovaraju ideju da bi američka vlada trebalo da nadzire aktivnost na internetu na način na koji to čini sa radio i televizijskim programom, ali FCC (*Federal Communications Commission*) ima vrlo usku nadležnost nad internetom. U literaturi se sreće i stav da iz perspektive publike anonimni govor ima manju vrednost jer adresant poruke nju ne može adekvatno da protumači ako ne zna ko je autor (Lidsky, Cotter 2007, 1539).

S druge strane, iz perspektive društvene teorije na fenomen anonimnosti među prvima su ukazali sociolozi koji su se bavili razvojem modernog načina života u urbanom okruženju. Iako neki od njih, poput Zimela, ne zauzimaju *a priori* negativan stav već anonimnosti prilaze kao neizbežnoj, pa čak i oslobađajućoj karakteristici urbanog nasuprot ruralnom životu (Simmel 2012), ipak kod mnogih klasičnih sociologa poput Tenisa ili Virta dominira negativna perspektiva anonimnosti (Vujović 1988, 32–37).

U nešto savremenijim sociološkim radovima daleko više se raspravlja o štetnim aspektima individualizma (Bauman, Gidens, Bek) nego što se fokus usmerava na samu anonimnost. Međutim, i u tom kontekstu, ponekad se otvara slično pitanje koje se otvara i u odnosu na posledice procesa individualizacije, odnosno u kojoj meri pojedinac treba da bude podređen zajednici. U tom smislu Tejlor (Taylor 1991, 9) prvu nelagodnost i razlog za brigu nalazi u individualizmu, kao fokusiranosti na sebe i izostanku brige za druge i društvo, gde se insistiranje na anonimnosti smatra pogrešnim jer se njime narušava odgovarajuća ravnoteža između interesa društva i anonimnosti i autonomije pojedinca. Takođe, postoje čak i tvrdnje da je privatnost prevaziđena, nepotrebna, pa čak i štetna, i da treba da prihvatimo potpunu otvorenost i izloženost jer „ako nisi ništa skrivio, nemaš se čega ni bojati“ (Brin 1998).

3.2. Pro et contra anonimnosti na internetu

Ono što važi za anonimno izražavanje uopšte primenjivo je i na anonimnost na internetu. Perspektive su različite i suprotstavljene. Upravo zato taj fenomen i izaziva kontroverze i predstavlja podlogu za brojne zloupotrebe osnovnih ljudskih prava i sloboda. Kao dvosekli mač, anonimnost na internetu može pomoći uzbunjivačima da ostanu slobodni, posebno u autokratskim društvima, ali isto tako može pomoći delinkventima da izbegnu kaznu (Sarda *et al.* 2019, 561).

Najneposrednija korisnost anonimnosti na internetu vidi se u njenom doprinosu razvoju javnog diskursa podrškom slobodi govora i uopšte izražavanja (Akdeniz 2002, 224). Razvoj internet servisa i aplikacija koji korisniku pružaju slobodu stvaranja onlajn sadržaja revolucionisao je granice govora na način da svaki korisnik može brzo, lako i bez značajnih troškova da dopre do svojih adresata na globalnom nivou. To je fenomen koji Manuel Kastels (2014) naziva masovna samokomunikacija i definiše je kao novi obrazac masovne komunikacije koji se zasniva na visokoj autonomnosti budući da je ona samoprodukovana, samousmerena i samoodabrana.

Žardin (Jardine 2018) ističe da se, u kontekstu (ne)demokratičnosti političkih sistema, motivi za internet anonimnost mogu široko grupisati u dve kategorije: motivi koji su povezani sa mogućnostima koje anonimnost pruža i motivi koji se tiču neposrednih političkih potreba. Ovi prvi su najviše zastupljeni u veoma otvorenim i liberalnim političkim uređenjima, dok su motivi koji proističu iz političkih potreba najčešći u autoritarnim režimima. Drugim rečima, u otvorenim društvima su mogućnosti za anonimnu upotrebu interneta, recimo putem *Tor* pretraživača, široko dostupne, ali ne predstavljaju proizvod nužde već su ishod ličnih afiniteta pojedinaca. S druge strane, u autokratskim režimima su mogućnosti za onlajn anonimnost veoma sužene jer se države aktivno trude da suzbiju upotrebu tehnologija anonimnosti. Zbog toga, aktivisti koji koriste internet kao svoje polje govora sve češće bivaju progonjeni, hapšeni i osuđivani na stroge kazne zbog svojih aktivnosti, bilo da je reč o izborima u Zimbabveu ili Belorusiji, političkim prilikama u Tajvanu, Egiptu ili Hong Kongu.

O mahom pozitivnim efektima onlajn anonimnosti na političku participaciju govore različiti autori (Akdeniz 2002; Cooper 2020; Papacharissi 2004), kao što to pokazuju i neka istraživanja (Perbawani, Rahavu, Anshari 2018, 208). Politički aktivni građani često koriste anonimnost kao efikasno sredstvo za izbegavanje pravnih ili društvenih posledica za iznesene stavove, dok anonimnost na društvenim medijima može doprineti porastu političke participacije. Iako, naravno, kako ističe Papakarisi (Papacharissi 2004, 267), anonimnost može olakšati govor mržnje, ona je isto tako blagotvorna za slobodnu razmenu misli i komunikaciju oslobođenu ograničenja fizičkog sveta.

Upravo na tom tragu možemo pomenuti još jedan važan aspekt anonimne upotrebe interneta koji se tiče prevazilaženja strukturalnih ograničenja koja determinišu interakciju u realnom svetu. Polje dostupnih interakcija je na internetu daleko šire nego u realnom okruženju gde je komunikacije ograničena i mikrolokacijom pojedinaca i njegovom strukturalnom pozicijom u društvu (Petrović 2013, 170). Za razliku od komunikacije u svakodnevnom, fizičkom okruženju, komunikacija na internetu se odvija u daleko labavijim

strukturalnim okvirima gde je praktično jedina struktura koju je nemoguće neutralisati povezana sa kulturom, odnosno jezikom kojim se komunicira. Naravno, postoje i restrikcije koje nameću pre svega autoritarne države, a koje se odnose na tehničku (ne)mogućnost da se nekim prostorima na internetu uopšte pristupi, kao što je nemogućnost da iz Kine ili Rusije koristite Fejsbuk i neke druge digitalne platforme.

S druge strane, oni koji strahuju od anonimnosti na internetu ukazuju na štetu koja može proizaći iz situacija kada zlonamerna lica pod plaštom anonimnosti i bez straha od odgovornosti šire laži i druge štetne sadržaje ili masovno krše autorska prava. Nove informacione tehnologije su, poput Platonovog prstena moći,¹⁸ u određenoj meri otežale pravnu zaštitu lica i imovine od prevaranata, klevetnika, nasilnika ili terorista. Recimo, anonimnost i enkripcija su jedan od osnovnih, ali i ključnih alata redovne komunikacije terorističkih organizacija (Lewis 2005, 112).

Anonimnost na internetu pruža mogućnost da se bez odgovornosti prema brojnoj publici odašilju sadržaji poput govora mržnje ili dezinformacija koje mogu imati veoma štetne posledice. Delovanje protivnika vakcinacije u doba pandemije kovida 19 možda je i ponajbolji primer za to. Šuler (Suler 2004, 321–322), koji je se bavio uzrocima nasilne komunikacije na internetu, tvrdi da je onlajn anonimnost jedan od ključnih faktora koji stvara tzv. efekat onlajn dezinhibiranosti. Taj efekat se, prema mišljenju tog autora, odnosi na stanje u kome ljudi, pod dejstvom različitih faktora u komunikaciji na internetu govore ili čine stvari koje inače, u regularnoj oflajn komunikaciji, ne bi govorili ili činili. Reč je o čitavom spektru ponašanja na internetu koji se kreće od benigne dezinhibiranosti, kad su ljudi otvoreniji i iskreniji nego u realnosti, do toksične dezinhibiranosti, kada se ljudi ponašaju neuporedivo lošije u odnosu na svoje svakodnevno ponašanje u realnosti.

¹⁸ Platon u *Državi II* pripoveda o lidijskom pastiru Gigu koji pronalazi prsten moći koji nosioca može učiniti nevidljivim. Ovaj to koristi da se ubaci u dvorac i počini brojna nedela, a na kraju ubija kralja i preuzima kraljevstvo. „Nema čoveka koji bi se uzdržao da ne uzme tuđe, ako bi mogao neopažen da uzme nešto sa tržnice; ili bi išao po kućama i legao sa kim želi po svom nahodjenju; ubijao bi, ili oslobađao iz zatvora koga poželi, i u svakom pogledu bio poput boga među ljudima“ (Platon 1993, 359–360).

4. RAZUMEVANJE ANONIMNOSTI NA INTERNETU

4.1. Specifičnosti onlajn anonimnosti

Čini se da je pitanje anonimnosti dobilo značaj tek sa pojavom interneta. Mogućnost da se na mreži bude neko drugi već od njenih prvih dana inspirisalo je mnoge i na ozbiljne debate (Turkle 1995) i na šaljive opservacije na ovu temu.¹⁹ Tehnooptimisti su bili uvereni da će javna sfera na internetu koja je oslobođena rasnih, verskih, etničkih, socioekonomski ili rodni obeležja identiteta dati ključni doprinos demokratizaciji društva (Akdeniz 2002; Papacharissi 2004), pa čak i da će pomoći da se ponovo uspostavi davno izgubljeni duh zajednice (Rheingold 2000).

Sve do pojave platformi za društveno umrežavanje, poput Fejsbuka, dakle negde do sredine dvehiljaditih, anonimna komunikacija na internetu je pre bila standard nego izuzetak, dok se iznošenje ličnih podataka na mrežu smatralo krajnje neobičnim, pa i nepoželjnim (Petrović 2008, 104–106). Ipak, pojavom platformi za društveno umrežavanje anonimnost sve više ustupa mesto javnom identifikovanju, bilo da je reč o dobrovoljnoj ili iznuđenoj identifikaciji korisnika interneta, da bismo danas došli u situaciju da je gotovo potpuno suzbijena mogućnost anonimne komunikacije na internetu.

Međutim, pre nego što dublje uđemo u debatu o konsekvencama onlajn anonimnosti, treba uspostaviti vezu između oflajn i onlajn anonimnosti. Naime, za razliku od anonimnosti u fizičkom okruženju, anonimnost na internetu se ne može poistovetiti sa nepostojanjem identiteta jer, kako zapaža Vorhov, povezivanje na internet, odnosno učestvovanje u komunikaciji putem interneta, neizbežno podrazumeva neku vrstu samoidentifikacije (Voorhoof 2010, 76). Zbog toga neki autori smatraju da bi, umesto anonimnosti, ispravnije bilo govoriti o pseudonimnosti, odnosno o onlajn identitetu koji nije neposredno povezan sa oflajn identitetom (Froomkin 1999, 114). Stvari dodatno komplikuje mogućnost postojanja višestrukih onlajn identiteta i istog onlajn identiteta koji deli više lica (recimo u onlajn društvenim pokretima). Osim toga, važno je napomenuti: da bismo uopšte mogli govoriti o anonimnosti na internetu, neophodno je da kumulativno budu ostvarena dva uslova: 1. da određenu onlajn anonimnu akciju nije moguće povezati sa

¹⁹ Čuvena je karikatura Pitera Stajnera (*Peter Steiner*), koja se 1993. godine pojavila u magazinu *Njujorker* (*The New Yorker magazine*), na kojoj su prikazana dva psa od kojih je jedan za računarom i obraća se drugom psu rečima: „Na internetu niko ne zna da si pas.“

realnim identitetom aktera i 2. da dve anonimne akcije koje je učinio isti akter nije moguće povezati jednu sa drugom (Clark, Gauvain, Adams 2009, 400). Ukoliko je ispunjen samo prvi uslov, reč je o pseudonimnosti.

Dalje, važno je razlikovati jaku i slabu anonimnost na internetu. Slaba anonimnost je samo privid anonimnosti, dok jaka anonimnost znači da tragovi aktivnosti na internetu ne mogu ili vrlo teško mogu biti povezani sa osobom u realnom svetu. Recimo, jaka anonimnost je nužna uzbunjivačima ili disidentima koji se bore protiv represivnog režima, ali njoj pribegavaju i oni koji se bave polulegalnim ili ilegalnim aktivnostima na internetu. Prosečan korisnik interneta, koji je po pravilu na niskom nivou digitalne pismenosti, teško može odmaći dalje od slabe anonimnosti. Zanimljivo je to što se čini da većina njih i nema potrebu da sakrije svoj identitet na internetu niti misli da je to preterano važno (Electronic Frontier Foundation 2015, 3–6).

U onlajn prostoru važno je odrediti i šta se smatra identitetom aktera. Posredstvom „kolačića“ moguće je utvrditi IP adresu uređaja sa koga je poslata neka poruka, ali to ne znači automatski da pouzdano možemo znati ko je autor poruke, odnosno akter. Situacija postaje značajno komplikovanija ako se koriste mreže anonimnosti, u kojima se pomoću više proksi-servera sakriva izvorni pošiljalac poruke. Čak i ako bi postojale tehnološke pretpostavke da se identifikuju svi u lancu slanja poruke, sve do originalnog pošiljaoca, ostaje veliki politički problem da bi pravne norme i tehnologija mogli biti zloupotrebjeni u nedemokratske svrhe (Clark, Gauvain, Adams 2009, 402–405). Očigledno je da će uvek postojati pritisak istražnih organa da zarad efikasne i efektivne krivične istrage sužavaju prostor anonimnosti, što predstavlja svojevrsan oportunitetni trošak na strani zaštite anonimnosti uzbunjivača, disidenata i drugih lica kojima bi identifikacija ugrozila život, sigurnost ili neka druga prava.

4.2. Prilog razumevanju deanonimizacije interneta

Čini se da se u proteklih desetak godina osnažila jedna vrsta kampanje protiv anonimnosti na internetu. Stiče se utisak da je na delu jedan vid kriminalizacije anonimnosti koji praktično dovodi do toga da svaki zahtev za anonimnom upotrebom interneta automatski izaziva podozrenje ne samo bezbednosnih službi već sve češće i samih korisnika interneta. Planski ili ne, anonimnost se sve više gura u sferu mračnog interneta, čija je negativna slika pre svega proizvod onih koji kreiraju sliku javnog mnjenja. Jedno istraživanje koje je sprovedeno u Velikoj Britaniji pokazuje da se u više od 800 članaka o mračnom internetu, koji su u periodu 2001–2017. objavljeni u listovima *Daily Mail*, *Daily Mirror*, *Daily Telegraph*, *The Guardian*, *The Sun* i

The Times, on predstavlja u izrazito negativnom svetlu, pri čemu se ističe da je anonimnost jedna od njegovih glavnih karakteristika i da je ona povezana sa kriminalnim i antisocijalnim aktivnostima (Sarda *et al.* 2019, 562).

4.2.1. Ključni akteri koji podstiču deanonimizaciju interneta

Osnovno pitanje na koje ovde želimo da odgovorimo jeste kome to smeta anonimni internet i zbog čega se on boji pretežno tamnim tonovima. Kao ključne aktere koji iz različitih motiva suzbijaju anonimnost na internetu za potrebe ove analize identifikujemo: države, korporacije, mejnstrim medije i same korisnike interneta. Ne treba izostaviti ni same *digitalne tehnologije* koje su osnovno sredstvo za deanonimizaciju njihovih korisnika. Iako se na ovom mestu nećemo detaljno baviti ulogom tehnologije kao jednog od aktera deanonimizacije interneta, u filozofskim studijama o tehnologiji otvoreno je pitanje da li tehnologije, osim funkcionalne, poseduju i inherentnu moralnu vrednost i da li takva vrednost može biti namerno usađena u tehničke sisteme (Feenberg, 1999). S jedne strane, postoje tvrdnje o vrednosnoj neutralnosti tehnologije koje ne isključuju mogućnost da ona ima značajan uticaj na društvene, moralne i političke aspekte života, ali negiraju da su negativne ili pozitivne posledice tog uticaja funkcija tog sistema. Naime, prema tom viđenju, tehnologija može biti samo instrument ljudske namere, a moralnost i politika su inherentni ljudima, a ne njihovim alatima. Tom stavu se suprotstavlja tvrdnja da su pojedine tehnologije u neposrednoj korelaciji sa konkretnim društvenim, etičkim i političkim vrednostima (Flanagan, Howe and Nissenbaum 2008, 347–348). U tom smislu, u većinu digitalnih proizvoda i usluga unapred je ugrađena mogućnost nadzora potrošača, dakle to postaje njihova primarna svrha (Zubof 2020), dok su, s druge strane, alati kao što su *Tor* i *Signal* dizajnirani upravo radi obezbeđivanja privatnosti i anonimnosti i pomažu da se te vrednosti usade i rasprostrane (Coleman 2019, 570).

Smatramo da je najplodnije viđenje Endrjua Finberga (Feenberg 2000, 228), koji tehnologiju vidi kao dvostrani fenomen – s jedne strane, ona je operator, dok je, s druge strane, ona objekt. Dakle, tehnologija nije samo efikasna sprava ili efikasan postupak već ona u sebi sadrži i različite društvene (ekonomske, političke, kulturne) kontekste koji su ukorenjeni u njenom dizajnu. U tom smislu digitalne tehnologije danas treba gledati kao poprište borbe različitih i suprotstavljenih interesa ključnih aktera. Neki od tih aktera, o kojima će biti reči u nastavku, imaju interes da se digitalne tehnologije razvijaju tako da sve više sužavaju mogućnost njihove anonimne upotrebe, dok su s druge strane akteri koji insistiraju na ugrađenim opcijama za anonimnost (poput različitih organizacija), ali i oni koji samostalno razvijaju alternativne tehnologije, poput pomenutog Tora ili Signala. *Države*

su, naravno, jedan od ključnih aktera od kojeg treba poći u analizi pritisaka koji vode deanonimizaciji interneta. U tom kontekstu ne može se na isti način govoriti o autoritarnim državama i onima koje imaju dugu demokratsku tradiciju. Međutim, bilo da govorimo o jednim ili drugima, izvesno je da je u korenu svake državne vlasti težnja da se kontrolišu dominantni diskursi u javnoj sferi. Na to su ukazivali mnogi autori, kao što su Gramši (2018), Fuko (1997), Kastels (2014). To koliko će se određeno društvo odupreti tim impulsima države zavisi od brojnih faktora poput demokratske tradicije, snage institucija, političke kulture i političkog sistema pojedinih država. Recimo, ako govorimo o SAD, tu je, kao što smo istakli u prethodnoj raspravi, pravo na anonimnost zagarantovano Prvim amandmanom njihovog Ustava, dok je Četvrtim amandmanom zagarantovano pravo da se nadzor vrši pod jasno definisanim okolnostima. Međutim, Snoudenova (*Edward Snowden*) otkrića pokazala su da, kada je reč o korisnicima interneta, državne agencije koje se bave nadzorom imaju sklonost da zaobiđu to ustavno pravo i da svakog, bilo da postoji pravni osnov ili ne, podvrgnu nadzoru (Coleman 2019, 569). U zemljama kao što je Kina taj nadzor je daleko direktniji i otvoreniji, a zakoni kojima se ta oblast uređuje retki su i lako ih je zaobići (Fry 2015, 499).

Prilično je jasno zašto *korporacijama* anonimnost na internetu nije u interesu. Bilo koja aktivnost koje se odvija onlajn, od kuće ili sa mobilnog uređaja, prati se, deponuje, kupuje i prodaje među tehnološkim džinovima kao što su Gugl (*Google*), Fejsbuk (Facebook) i Majkrosoft (*Microsoft*), a postoje i stotine manje poznatih trgovaca informacijama koji pomažu oglašivačima da izgrade zastrašujuće detaljne digitalne profile korisnika tako što prikupljaju podatke iz različitih izvora, uključujući i baze podataka raznih onlajn platformi (Moore 2010, 1). Možda je ponajbolje o tome pisala Zubof (2019, 261) obrazlažući kako, pre svega, internet kompanije, a zavaljujući trgovini sa njima i sve ostale kompanije, zarađuju ogroman novac upravo na osnovu mogućnosti identifikovanja osnovnih karakteristika, želja i potreba korisnika interneta. Imajući to u vidu, potpuno je razumljivo zbog čega Fejsbuk insistira na tzv. politici stvarnih imena (eng. *real name policy*) koju je ta kompanija uvela još 2015. godine (Haimson, Hoffmann 2016). U prilog tome govori i izjava koju je u to vreme dala sestra osnivača Fejsbuka Rendi Zakerberg (*Randi Zuckerberg*), direktor marketinga u kompaniji, koja se jasno založila za proterivanje anonimnosti sa mreža, obrazlažući to tvrdnjom da se ljudi ponašaju mnogo bolje kada koriste svoja stvarana imena (Witzleb *et al.* 2014, 296). Ipak, taj udar na anonimnost izazvao je revolt velikog broja korisnika, posebno u grupaciji seksualnih manjina (LGBTQIA), koji su to okarakterisali kao nepoštovanje osnovnih ljudskih prava (Haimson, Hoffmann 2016). Iako su u narednim godinama bili prisiljeni da odustanu

od krute politike stvarnih imena, Fejsbuk nijednog trenutka nije odustao od svoje namere da najveći broj svojih korisnika, na ovaj ili onaj način, identifikuje.

Tradicionalni mediji, kao treći akter deanonimizacije interneta, u njemu su, od njegovih samih početaka, videli rivala koga je valjalo zauzdati budući da je vrlo brzo postalo jasno da će internet ugroziti tradicionalne medije kao osnovno sredstvo informisanja. Dva su osnovna načina na koje tradicionalni mediji podrivaju anonimnost na internetu – direktno i indirektno. S jedne strane, oni insistiraju na svojoj kredibilnosti tako što ruše kredibilitet izvora na internetu koji su često upravo anonimni, odnosno neproverljivi. Posebno je u tom smislu izražena kampanja čiji je cilj fenomen tzv. lažnih vesti na internetu (*fake news*). Iako su mnoga istraživanja pokazala da je građansko novinarstvo sve važniji segment informisanja (Radojković 2015), tradicionalni mediji su uporni u tome da uruše verodostojnost interneta kao izvora informisanja, insistirajući na tome da je on izvor lažnih vesti, a kao jedan od ključnih uzroka njihovog plasiranja ističe se nepostojanje jasnog identiteta onih koji te vesti kreiraju i plasiraju (Wang, Pang, Pavlou 2018, 1; Radojković 2015, 309). S druge strane, indirektno podrivanje anonimnosti na internetu posledica je senzacionalističkog izveštavanja, u kojem se insistira na njegovim negativnim aspektima, što smo mogli videti na primeru izveštavanja britanskih medija o dark webu. Uopšte uzev, mediji su prezasićeni tekstovima u kojima se ukazuje na opasnosti koje vrebaju na internetu, a često se kao glavni protagonisti nelegalnih radnji ističu nepoznati ljudi na internetu koje korisnici neoprezno dodaju za prijatelje ili ulaze u nekakve privatne ili poslovne aranžmane sa njima.

I sami *korisnici* interneta svojim delovanjem često podstiču onlajn deanonimizaciju. Ako se još i može reći da Fejsbukova politika stvarnih imena na neki način prisiljava korisnike da se identifikuju, postavlja se pitanje zašto bi to korisnici radili na Tviteru, koji nema takvu politiku. Naime, jedno istraživanje o Tviteru (Peddinti, Ross, Cappos 2017, 84–87) pokazuje da većina korisnika, iako nije na to primorana, ima profile koje je lako povezati sa njihovim stvarnim identitetima (recimo, najveći broj koristi svoja prava imena i prezimena). Dakle, politike identifikacije korisnika digitalnih platformi nam ne mogu poslužiti kao jedino objašnjenje za široko rasprostranjenu praksu javnog ogoljavanja sopstvene intime na tim platformama. Prema našem sudu, potreba za neanonimizovanim, odnosno javnim delovanjem na internetu delom je posledica: 1. makrofaktora – odnosno težnje ljudi da unesu red u svoje okruženje u kontekstu života u rizičnom društvu i 2. mikrofaktora – odnosno potrebe da se kontekstualizuje interpersonalna interakcija na internetu.

4.2.2. Mikro i makro faktori koji podstiču deanonimizaciju interneta

Kada je reč o makrofaktorima, pritisci za deanonimizaciju koju sami korisnici interneta vrše jedni na druge deo su njihove implicitne strategije za kontrolisanje društvenih rizika sa kojima se susreću. Na ekspanziju rizičnog društva ukazao je još Urlih Bek (Bek, 2001) sredinom osamdesetih godina XX veka, tvrdeći da se savremeno društvo kreće ka stanju permanentnih rizika kojima su pojedinci sve izloženiji (od mogućnosti da izgube posao do mogućnosti da se razbole od zagađenja ili nastradaju u terorističkom napadu). Pojačavanje rizika posledica je radikalizacije modernizacije u drugoj polovini XX veka, odnosno individualizacijskih procesa zahvaljujući kojima se pojedinci iskorenjuju iz ukorenjujućih struktura industrijskoga društva, poput nacije, klase, vere, i bivaju sve više prepušteni sopstvenom menadžmentu kontrolisanja rizika koji ih okružuju. Međutim, prepuštenost samima sebi kod velikog broja pojedinaca izaziva stanje permanentne anksioznosti, koja ih nagoni da se vrate ukorenjujućim silama predmodernog društva, koje su često oličene i tribalističkim modelima zajedništva (Maffesoli 1996), gde se svi članovi plemena dobro poznaju i kao takvi svi su izloženi sudu javnosti. Te tribalističke tendencije se najbolje vide u eho komorama koje se obrazuju na internetu, odnosno grupacijama istomišljenika koji se sve više udaljavaju jedni od drugih (Flaxman, Sharad, Rao 2016). Svi ti procesi snažno utiču na pojedinca da se na mrežama deanonimizuje jer svako ko je anonimn može biti potencijalni uništitelj zajednice.

Na mikronivou, u kontekstu odvijanja interperosnalne interakcije, komunikatorima je važno da onoga sa kojim stupaju u interakciju mogu da smeste u neki sociokulturni i geografski kontekst, što je u onlajn komunikaciji često nemoguće (Cushman, Cahn 1985, 49–50). Zbog toga, a opet u kontekstu pomenutih rizika, rastu pritisci da se ljudi sa kojima se stupa u kontakt na internetu samoidentifikuju ne bi li se tako predupredili mogući neželjeni ishodi interakcije na internetu.

4.2.3. Otpori deanonimizaciji interneta

Nasuprot akterima koji vrše pritisak da se internet deanonimizuje stoje akteri koji imaju njima suprotstavljene interese. Kao ključne možemo da izdvojimo različita profesionalna i udruženja građana, nezavisna regulatorna tela i različite vladine i nevladine međunarodne organizacije koje aktivno rade na odbrani prava na anonimnu upotrebu digitalnih tehnologija. Posebno u akademskoj zajednici i među organizacijama civilnog društva danas postoji strah da regulatorni odgovor na realne ili zamišljene pretnje po javnu

bezbednost i nacionalnu sigurnost suštinski ugrožavaju našu posvećenost autonomiji ličnosti, privatnosti, jednakosti, slobodi izražavanja, kretanja ili udruživanja (Coleman 2019, 569).

Osim kolektivnih aktera, postoje i individualni akteri, poput nezavisnih novinara, aktivista, uzbunjivača ili hakera, koji u saradnji ili nezavisno tragaju za praktičnim rešenjima za problem nadzora, usput stvarajući i uslove za anonimno delovanje i osiguranje privatnosti.

Naročito su značajna nastojanja Saveta Evrope da se omogući zaštita ljudskih prava i poštovanje vladavine prava u informacionom društvu. Shodno preporukama te međunarodne organizacije, javne politike država članica moraju biti usmerene na očuvanje i proširenje zaštite, a naročito se mora voditi računa o pravu na privatnost života i korespondencije prilikom korišćenja interneta i drugih informaciono-komunikacionih tehnologija, uključujući i pravo korisnika da ne otkrivaju svoj identitet.²⁰ Takođe, Savet Evrope insistira na tome da je sloboda izražavanja i informisanja jednaka na internetu kao na ostalim forumima i podrazumeva da svako ima pravo da sebe izrazi i bude primalac informacija onlajn. U to spadaju, *inter alia*, politički govor, religijski pogledi, mišljenja i stavovi koji mogu da uvrede, šokiraju ili uznemire druge.²¹ To, ipak, ne znači da se ne uzimaju u obzir reputacija i privatnost drugih, pa se tako može ograničiti izražavanje kojim se izazivaju diskriminacija, mržnja i nasilje. Ta ograničenja, prema rasprostranjenoj jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava, moraju biti predviđena zakonom, usko skrojena i pod nadzorom sudova. Ne smeju biti arbitrerna, a moraju imati legitiman cilj, kao što su nacionalna bezbednost, teritorijalni integritet i javna bezbednost, sprečavanje nereda ili kriminala, zaštita zdravlja ili morala, ili zaštita prava i sloboda drugih.²²

Korišćenje profila pod pseudonimom predstavlja i priliku i izazov za ljudska prava, pa Savet Evrope preporučuje da države članice sarađuju sa privatnim sektorom i građanskim društvom sa ciljem unapređenja prava na slobodu izražavanja korisnika na internetu. Jedan od važnih aspekata te inicijative jeste potreba da korisnici imaju punu informaciju o svojim izborima u pogledu onlajn identiteta. Taj stav je jasno iskazan u 7. principu

²⁰ Council of Europe, Recommendation CM/Rec (2007)16 of the Committee of Ministers to member states on measures to promote the public service value of the Internet, Strasbourg 2016.

²¹ Vidi slučaj *Handyside v. The United Kingdom*, 5493/72, Svet Evrope, Evropski sud za ljudska prava, par. 49.

²² Uporedi čl. 10, stav 2 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, kao i precedente *Lingens v. Austria*, par. 42–47, *Castells v. Spain*, par. 38–39, *Engel and Others v. the Netherlands*, par. 98.

Deklaracije o slobodi komunikacije na internetu: „U cilju obezbeđivanja zaštite od onlajn nadzora i jačanja slobode izražavanja informacija i ideja države članice treba da poštuju volju korisnika interneta da se ne objavi njihov identitet. To ne sprečava države članice da preduzimaju mere i saraduju da bi otkrile lica odgovorna za krivična dela...“²³ Pravo da se koristi pseudonim na internetu zaslužuje zaštitu, i iz ugla slobode izražavanja i prava da se primaju informacije i iz ugla prava na privatnost. Savet Evrope je svestan i potrebe za temeljnom zaštitom uzbunjivača. U novom medijskom ambijentu zaštita identiteta izvora informacija mora se proširiti i na korisnike onlajn platformi za društveno umrežavanje, naročito u situacijama kada bi otkrivanje identiteta moglo da izazove odmazdu, kao u slučajevima političkog i ljudskopravnog aktivizma.²⁴

5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Širenje nadzora bez presedana gotovo da ne ostavlja nikakvu nadu da će stanje anonimnosti kakvo smo nekada poznavali biti makar približno ostvarljivo. Zbog toga će u godinama koje su pred nama pitanje prava na anonimnost verovatno postati jedno od centralnih pitanja povodom koga će koplja lomiti različiti zainteresovani akteri. Jedan moguć i po slobodu izražavanja opasan scenario je da u budućnosti internet bude detaljno i strogo regulisan, uz obavezu svakog korisnika da koristi isključivo svoj pravi identitet, tako da će sve što neko napiše ili izgovori na internetu biti deanonimizovano. Na drugoj strani spektra nalazio bi se scenario potpuno neregulisanog interneta, kakav je bio rani internet, koji je nekada, u globalnim okvirima gledano, koristila tek šačica entuzijasta, tehnogikova i hakera. Međutim, današnji internet nije ni nalik ranom internetu. On je integrisan u sve sfere savremenog života i ako bude ostavljen bez ikakve regulacije, to bi moglo, u krajnjem ishodištu, da ima nesagledive posledice, nalik povratku u Hobsovo prirodno stanje rata sviju protiv svih. Međutim, važno je naglasiti da onlajn anonimnost kao takva nije inherentno ni dobra ni loša već ona zavisi od društvenog konteksta u kome se ispoljava i ciljeva koje sebi postavlja. Zbog toga bi bilo koje regulatorno rešenje koje bi anonimnost kao takvu, *a priori*, proglasilo za nepoželjnu na internetu bilo veoma štetno,

²³ Council of Europe, Declaration on freedom of communication on the Internet, adopted by the Committee of Ministers on 28 May 2003.

²⁴ Council of Europe, Recommendation CM/Rec (2011)7 of the Committee of Ministers to member states on a new notion of media, Strasbourg, 21. 9. 2011, par. 73.

pa čak i opasno jer bi nas dovelo u situaciju ugrožavanja osnovnih ljudskih prava i sloboda. Rečju, ukidanje anonimnosti na internetu u praksi bi značilo ukidanje mogućnosti za anonimno delovanje generalno.

Neupitno je da će države i korporacije nastaviti da forsiraju transparentan internet u kome će malo šta moći da se sakrije. Mediji će, da bi sebe zaštitili od odgovornosti za stavove koji se iznose na njihovim portalima, nastaviti da zagovaraju individualizaciju odgovornosti za ono što je objavljeno, što će povratno otvarati vrata zakonodavcima da donose sve restriktivnije propise o anonimnoj komunikaciji na internetu. Osim toga, u potrazi za publikom, na tragu tabloidnog i senzacionalističkog izveštavanja, mediji će nastaviti da boje anonimni internet mračnim tonovima. Čak će i mnogi korisnici digitalnih tehnologija, koji su često skloni da izjave da ih digitalni nadzor ne zabrinjava jer nemaju ništa da kriju, davati dodatni impuls deanonimizaciji interneta. Povrh toga, rizici koji se oko nas nagomilavaju i opasnosti koje se nad nama nadvijaju stvaraće okvir u kome će se na anonimnost gledati sa podozrenjem jer se iza nje mogu kriti potencijalni teroristi, prevaranti ili pedofili.

U takvim okolnostima jedino još različita profesionalna i udruženja građana, retka nezavisna regulatorna tela i poneka međunarodna organizacija mogu predstavljati branu potpunoj deanonimizaciji ne samo interneta već generalno života u XXI veku. Međutim, ako zvanične institucije i organizacije civilnog društva ne uspeju da zaustave gušenje anonimnosti na internetu, a sve su manji izgledi za to, onda će poslednje nade biti položene u ruke tehnogikova, hakera i entuzijasta poput Edvarda Snoudena ili Žulijana Asanža (Julian Assange), koji će biti spremni da rizikuju sopstvene živote zarad odbrane univerzalnih vrednosti na kojima počivaju demokratska društva u kojima verujemo da zaslužujemo da živimo.

LITERATURA

- [1] Akdeniz, Yaman. 1/2002. Anonymity, Democracy, and Cyberspace. *Social Research: An International Quarterly* 69: 223–237.
- [2] Asenbaum, Hans. 3/2018. Anonymity and Democracy: Absence as Presence in the Public Sphere. *American Political Science Review* 112: 459–472.
- [3] Bek, Urlih. 2001. *Rizično društvo*. Beograd: Filip Višnjić.
- [4] Bernal, Paul. 2020. *What do we now and what should we do about Internet privacy*. London: SAGE.

- [5] Brin, David. 1999. *Transparent Society*. Basic Books.
- [6] Chandler, Jennifer. 2009. Privacy versus National Security. 121–138. *Lessons from the Identity Trail*, eds. Ian Kerr, Valerie Steevens, Carole Luckock. Oxford: Oxford University Press.
- [7] Clark, Jeremy, Philippe Gauvin, Carlisle Adams. 2009. Exit Node Reputiation for Anonymity Networks. 399–416. *Lessons from the Identity Trail*, eds. Ian Kerr, Valerie Steevens, Carole Luckock. Oxford: Oxford University Press.
- [8] Cobb, Neil. 3/2007. Governance through Publicity: Anti-Social Behaviour Orders, Young People, and the Problematization of the Right to Anonymity. *Journal of Law and Society* 34: 342–373.
- [9] Cohen, Julie E. 2008. Privacy, Visibility, Transparency, and Exposure, *U. Chi. L. Rev.* 75: 181–201.
- [10] Coleman, Gabriella. 7/2019. How has the fight for anonymity and privacy advanced since Snowden’s whistle-blowing? *Media, Culture & Society* 41: 565–571.
- [11] Cooper, Christopher A. 3/2020. Public servants, anonymity, and political activity online: bureaucratic neutrality in peril? *International Review of Administrative Sciences* 86: 496–512.
- [12] Cushman, Donald P, Dudley D. Cahn. 1985. *Communication in interpersonal relationships*. Albany, NY: SUNY Press.
- [13] Electronic Frontier Foundation. 2015. Anonymity and Encryption – Comments submitted to the United Nations Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression. <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Communications/EFF.pdf>, poslednji pristup 23. jula 2021.
- [14] Feenberg, Andrew. 1999. *Questioning Technology*. New York: Routledge.
- [15] Feenberg, Andrew. 2/2000. Constructivism and Technology Critique: Replies to Critics. *Inquiry* 43: 225–237.
- [16] Flanagan, Mary, Daniel Howe, Helen Nissenbaum. 2008. Embodying Values in Technology: Theory and Practice. 322–353. *Information Technology and Moral Philosophy*, eds. Jeroen van den Hoven, John Weckert. Cambridge: Cambridge University Press.
- [17] Flaxman, Seth, Sharad Goel, Justin M. Rao. 2016. Filter Bubbles, Echo Chambers, and Online News Consumption. *Public opinion quarterly* 80: 298–320.

- [18] Froomkin, Michael. 2/1999. Legal Issues in Anonymity and Pseudo-anonymity. *The Information Society: An International Journal* 15: 113–127.
- [19] Froomkin, Michael. 2009. Anonymity and the Law in the United States. 441–464. *Lessons from the Identity Trail*, eds. Ian Kerr, Valerie Steevens, Carole Luckock. Oxford: Oxford University Press.
- [20] Fry, James. D. 2015. Privacy, Predictability and Internet Surveillance in the US and China: Better the Devil You Know. *University of Pennsylvania Journal of International Law* 37: 419–501.
- [21] Fuko, Mišel. 1997. *Nadzirati i kažnjavati: nastanak zatvora*. Novi Sad: Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića.
- [22] Gramši, Antonio. 2018. *Intelektualci, kultura, hegemonija*. Novi Sad: Mediterran Publishing.
- [23] Gross, Emanuel. 1/2004. The Struggle of a Democracy against Terrorism – Protection of Human Rights: The Right to Privacy versus the National Interest – the Proper Balance. *Cornell Int. Law Journal* 37: 27–93.
- [24] Haimson, Oliver L, Anna Lauren Hoffmann. 6/2016. Constructing and Enforcing. „Authentic“ Identity Online: Facebook, Real Names, and Non-Normative Identities. *First Monday* 21(6), <https://journals.uic.edu/ojs/index.php/fm/article/view/6791/5521>, poslednji pristup 22. jula 2021.
- [25] Heins, Marjorie. 2010. The Right to be let Alone: Privacy and Anonymity at the U.S. Supreme Court. *Revue française d études américaines* 123: 54–72.
- [26] Jardine, Eric. 2/2018. Tor, what is it good for? Political repression and the use of online anonymity-granting technologies. *New media & society* 20: 435–452.
- [27] Kastels, Manuel. 2014. *Moć komunikacija*. Beograd: Clio.
- [28] Knorr, Lidija. 2/2020. www: kritički potencijali anonimnog dijela interneta. *Jahr–European Journal of Bioethics* 11: 517–529.
- [29] La Rue, Frank. 2013. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue to the U.N. Human Rights Council [A/HRC/14/23]. Geneva: United Nations.
- [30] Lidsky, Lyrissa Barnett, Thomas Cotter. 2007. Authorship, Audiences, and Anonymous Speech. *Notre Dame Law Review* 82: 1537–1604.
- [31] Lewis, James A. 2005. The Internet and Terrorism.. *Proceedings of the ASIL Annual Meeting* 99: 112–115.

- [32] Maffesoli, Michel. 1996. *The Time of the Tribes: The Decline of Individualism in Mass Society*. London: SAGE Publications.
- [33] Martin, Jason A, Anthony L. Fargo. 2/2015. Anonymity as a Legal Right: Where and Why It Matters. *North Carolina Journal of Law and Technology* 16: 311–376.
- [34] Marx, Gary T. 2/1999. What's in a Name? Some Reflections on the Sociology of Anonymity. *The information society* 15: 99–112.
- [35] Marx, Gary T. 1/2004. Internet Anonymity as a Reflection of Broader Issues Involving Technology and Society. *Asia-Pacific Review* 11: 142–166.
- [36] Moore, Adam D. 2010. *Privacy Rights – Moral and Legal Foundations*. Pennsylvania State University Press.
- [37] Note. 1961. The Constitutional Right to Anonymity: Free Speech, Disclosure and the Devil. *Yale Law Journal* 70: 1084–1128.
- [38] Papacharissi, Zizi. 2/2004. Democracy Online: Civility, Politeness, and the democratic Potential of Online Political Discussion Groups. *New media & Society* 6: 259–283.
- [39] Peddinti, Sai Tea, Keith W. Ross, Justin Cappos. 3/2017. User Anonymity on Twitter. *IEEE Security & Privacy* 15: 84–87.
- [40] Perbawani, Pulung S., Rahayu Rahayu, Irham Nur Anshari. 2/2018. Online Political Participation and Netizen Anonymity in Indonesia's Digital Democracy. *PCD Journal* 6: 185–212.
- [41] Platon. 1993. *Država*. Beograd: BIGZ.
- [42] Petrović, Dalibor. 2013. *Društvenost u doba interneta*. Novi Sad: Akademska knjiga.
- [43] Petrović, Dalibor. 2008. *U međumrežju*. Beograd: ISIFF i SF
- [44] Posner, Richard. 2006. *Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency*. New York: Oxford University Press.
- [45] Radojković, Mirosljub. 2015. Da li će građansko novinarstvo zameniti profesionalno? 305–314. *Politički identitet Srbije u globalnom i regionalnom kontekstu*, ur. Vesna Knežević Predić. Beograd: Fakultet političkih nauka Univerziteta u Beogradu.
- [46] Rheingold, Howard. 2000. *The Virtual Community, revised edition: Homesteading on the Electronic Frontier*. MIT press.
- [47] Sardá, Thais, Simone Natale, Nikos Sotirakopoulos, Mark Monaghan. 4/2019. Understanding online anonymity. *Media, Culture & Society* 41: 557–564.

- [48] Simmel, Georg. 2012. *The Metropolis and Mental Life*. 37–45. London: Routledge.
- [49] Strossen, Nadine. 2001. Protecting Privacy and Free Speech in Cyberspace Symposium: The Unwanted Gaze, by Jeffrey Rosen. *Georgia Law Journal* 89: 2103–2115.
- [50] Suler, John. 3/2004. The Online Disinhibition Effect. *Cyberpsychology & behavior* 7: 321–326.
- [51] Taylor, Charles. 1991. *The Malaise of Modernity*. Toronto: House of Anansi Press.
- [52] Turkle, Sherry. 1995. *Life on the Screen: Identity in the age of Internet*. New York: Simon & Schuster.
- [53] Voorhoof, Dirk. 2010. Internet i pravo na anonimnost. 73–83. *Sloboda izražavanja na internetu*, ur. Jelena Surčulija. Beograd: Centar za razvoj interneta.
- [54] Vujović, Sreten. 1988. *Sociologija grada*. Beograd: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva.
- [55] Wallace, Kathleen A. 1999. Anonymity. *Ethics and Information technology* 1: 21–31.
- [56] Wang, S. A., M. S. Pang, P. A. Pavlou. 2018. ‘Cure or Poison?’ Identity Verification and the Spread of Fake News on Social Media. *Identity Verification and the Spread of Fake News on Social Media (September 14, 2018)*. *Fox School of Business Research Paper* (18–040).
- [57] Westin, Alan. 1967. *Privacy and Freedom*. New York: Ig Publishing.
- [58] Witzleb, Normann, David Lindsay, Moira Paterson, Sharon Rodrick. 2014. *Emerging Challenges in Privacy Law: Comparative Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press.
- [59] Zubof, Šošana. 2021. *Doba nadzornog kapitalizma*. Beograd: Clio.

Dalibor PETROVIĆ, PhD

Associate Professor, University of Belgrade Faculty of Transport and Traffic Engineering, Serbia

Dejan PAVLOVIĆ, PhD

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

ANONYMITY IN THE AGE OF THE INTERNET

Summary

While in its early phases the Internet had been based on anonymous communication within virtual communities, the past two decades have brought about a reversal. The proliferation of digital networking platforms, on one hand, and loose internet privacy policies, on another, have been narrowing the space for anonymous use of the Internet.

Based on these trends the paper deals with the transformation of the role of online anonymity in the socio-legal perspective. In the first part we demonstrate that anonymity accompanies the modernization of contemporary societies, but there are also various freedom and security challenges. In the second part of the paper, we analyze internet anonymity as a phenomenon, assessing both arguments in favor and against it. We are particularly interested in identification of the stakeholders who advocate overall deanonymization, as one of the crucial characteristics of public and private life in contemporary society.

Key words: *Right to anonymity. – Privacy. – Digital platforms. – Regulations. – Surveillance.*

Article history:

Received: 30. 8. 2021.

Accepted: 2. 12. 2021.

Dr Dragana KOLARIĆ*

Dr Saša MARKOVIĆ**

ANALIZA DOSADAŠNJE PRIMENE ZAKONA O SPREČAVANJU NASILJA U PORODICI

U analizi koja je predmet ovog rada proučavaćemo podatke o primeni Zakona o sprečavanju nasilja u porodici u periodu 2018–2020. Primenom statističke metode, analize sadržaja, komparativne i formalnogičke analize, u radu su analizirani podaci Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srbije, javnog tužilaštva i suda koji se odnose na nasilje u porodici.

Afirmativni efekti primene Zakona o sprečavanju nasilja u porodici trebalo bi da budu prevencija – smanjenje događaja nasilja u porodici, smanjenje broja krivičnih dela nasilja u porodici, buđenje svesti o prijavljivanju nasilja, bolja saradnja nadležnih državnih organa u sprečavanju i suzbijanju nasilja u porodici, uticaj na dosledniju primenu odredaba drugih zakona usmerenih na suprotstavljanje nasilju u porodici.

Identifikovano je da nadležni državni organi nejednako primenjuju zakonske odredbe, zbog čega žrtve nasilja u porodici nemaju iste mogućnosti da ostvare pravo na zaštitu. Kao ključni uzrok opisanog problema potvrđena je različita praksa postupanja nadležnih organa u suprotstavljanju nasilju u porodici.

* Redovna profesorka, Kriminalističko-policijski univerzitet u Beogradu, Srbija; sudija Ustavnog suda Republike Srbije, Srbija, dragana.kolaric@kpu.edu.rs.

** Vanredni profesor, Kriminalističko-policijski univerzitet u Beogradu, Srbija, sasa.markovic@kpu.edu.rs.

Ključne reči: *Nasilje u porodici. – Sprečavanje. – Hitne mere. – Mogući učinilac. – Žrtva.*

1. UVOD

Analizom Zakona o sprečavanju nasilja u porodici¹ uočili smo da dominiraju tri funkcije: *sprečavanje* nasilja u porodici, *zaštita žrtava* nasilja i, konačno, *podrška žrtvama* pretrpljenog nasilja. Kao prethodno pitanje pojavljuje se terminološko objašnjenje ključnog pojma koji se upotrebljava u nazivu ZSNP. To je „sprečavanje“.

Sprečavanje je isto što i prevencija. Pod prevencijom, u izvornom i uobičajenom značenju, podrazumevamo postupanje čiji je cilj da se izbegne ili spreči nastanak neke pojave (Ignjatović 2008, 14). Dakle, sve što se preduzima sa tim ciljem može se označiti terminom prevencija. Zakon predstavlja jedan vid kontrole, pokušaja države da se izbori sa negativnom pojavom – nasiljem u porodici. Izraz prevencija posmatraćemo isključivo kao delovanje pre događaja koji se želi izbeći.²

Naziv ZSNP upućuje na to da je reč o zakonu čiji je cilj prevencija nasilja u porodici (Kolarić 2021, 184). Međutim, uzimajući u obzir ovlašćenja pojedinih državnih organa, jasno je da postoje i određene represivne mere: dovođenje, zadržavanje i izricanje i sprovođenje hitnih mera. Kada je u pitanju karakter hitnih mera, u teoriji postoji stav da su to „kvazikazne“ koje, za razliku od krivičnih sankcija koje izriče sud u krivičnom postupku, policija izriče kvaziučiniocu u pojednostavljenoj kvaziproceduri (Ristivojević 2018, 137–141). One zaista podsećaju na krivičnu sankciju – meru bezbednosti zabrane približavanja ili komunikacije sa oštećenim, pa se postavljalo pitanje opravdanosti dupliranja sankcija u pravnom poretku (Ristivojević 2018,

¹ Zakon o sprečavanju nasilja u porodici – ZSNP ili Zakon, *Službeni glasnik RS* 94/2016.

² U krivičnom zakonodavstvu (koje predstavlja skup krivičnopravnih propisa koji važe u jednoj zemlji) važi pravilo da ono stupa na scenu *post delictum* i zbog toga ima sva obeležja represivnog delovanja. Međutim, i pored izraženog represivnog karaktera, krivično pravo gleda i u budućnost uticajem na učinioca da ubuduće ne vrši krivična dela (specijalna prevencija) i uticajem na ostala lica da se uzdrže od vršenja krivičnih dela (generalna prevencija). Dakle, izraz prevencija ima dvostruko značenje: osim delovanja pre događaja, prevencija podrazumeva i potiskivanje nepoželjnih ponašanja preduzimanjem aktivnosti posle njihovog izvršenja sa namerom da se ona u budućnosti ne ponavljaju. Upor. Ignjatović 2008, 14; Stojanović 2019, 6.

137–141). U svakom slučaju, hitne mere su mere *sui generis*, koje po svojoj prirodi predstavljaju ograničavanje određenih sloboda i prava (ne mogu biti krivične sankcije *sui generis* jer nisu propisane Krivičnim zakonikom,³ tako da su nazvane kvazikrivične sankcije). Sve to dovodi u pitanje preventivnu dimenziju ZSNP. Kao srednje rešenje nametnulo se posmatranje Zakona kao normativnog teksta zasnovanog na konceptu *pre-crime* (Kolarić, Marković 2021, 266). Pod njim se podrazumeva trend savremenih krivičnopравниh sistema da se sve više fokusiraju na sprečavanje konkretnih krivičnih dela koja još nisu izvršena i možda nikada i ne bi bila izvršena (Lazić, Nenadić 2017, 493). Kriminologija se bavi tim pristupom koji nadležnim državnim organima daje šire nadležnosti u odnosu na one koje imaju u tradicionalnom konceptu *post-crime*. Dok, s jedne strane, krivično pravo reaguje nakon izvršenog dela i počiva na logici zaključivanja i delovanja na osnovu činjenica, novi koncept počiva na logici preventivnog zaključivanja i delovanja na osnovu predviđanja/pretpostavki. Pravnim normama se usredsređujemo na pretpostavljeni zločin koji treba da se desi i postupamo kao da se već desio (Lazić, Nenadić 2017, 493). Očigledno, nalazimo se između onoga što prevencija izvorno označava i krivičnog prava kao izrazito represivne grane prava.

Trend snažnog jačanja pravnog položaja žrtve uočljiv je u mnogobrojnim zemljama pod uticajem prakse Evropskog suda za ljudska prava, Direktive o uspostavljanju minimalnih standarda prava i zaštite žrtava krivičnih dela za države članice EU (Ivičević Karas 2020, 147) i međunarodnih ugovora koje donosi Savet Evrope (Marković 2020, 289). I naš zakonodavac nastoji da uspostavi sistem prevencije, multiresorne saradnje i da unapredi sistem mera zaštite i podrške žrtvama nasilja. Teško je ne primetiti da zakonodavac, insistirajući na prevenciji, u prva tri člana više puta, u različitim formulacijama, stavlja do znanja da je osnovna opredeljenost zakonodavca prevencija. Ta temeljna teza provejava i u obrazloženju ZSNP,⁴ iako zbog pojedinih odredaba postoje drugačija gledišta. Naime, očigledno je da se veliki broj primedaba stručne javnosti odnosi upravo na represivne mere koje su policijski službenici dužni i ovlašćeni da preduzmu prema mogućem učiniocu nasilja u porodici. Naravno, i neki najrepresivniji zakoni imaju preventivno dejstvo, što pokazuje da je podela na represivna i preventivna sredstva relativnog

³ Krivični zakonik – KZ, *Službeni glasnik RS* 85/05, 88/05 – ispr. 107/05 – ispr. 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 i 35/19.

⁴ Predlog Zakona o sprečavanju nasilja u porodici sa obrazloženjem, 2016, internet stranica Narodne skupštine. http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2675-16.pdf, poslednji pristup 14. jula 2021.

karaktera.⁵ Jedan od ciljeva represije je usmerenost ka budućnosti, odnosno delovanje na učinioca i uticanje na druge da ne čine kaznena dela. Sistemski zakoni namenjeni suzbijanju kaznenih dela po svojoj prirodi su represivni, ali je njihov krajnji cilj – prevencija. Policijsko hapšenje, zadržavanje i mere za obezbeđenje prisustva okrivljenog u krivičnom postupku po Zakoniku o krivičnom postupku⁶, krivične sankcije propisane Krivičnim zakonikom, kao i lišenje slobode, prekršajne sankcije i mere po Zakonu o prekršajima⁷ imaju i preventivnu svrhu i na planu generalne i na planu specijalne prevencije. U pomenutim zakonskim tekstovima ne postoji problem da se deluje represivnim merama jer se one preduzimaju *post delictum* prema okrivljenom, što je generički pojam za osumnjičenog, okrivljenog, optuženog i osuđenog, pa je primena represivnih mera opravdana.

Međutim, lišenje slobode – dovođenje i zadržavanje⁸ mogućeg učinioca radi vođenja postupka i izricanje hitnih mera jesu mere represije. Zakonodavac je nastojao da odredbama ZSNP uspostavi efikasan sistem kako bi se sprečilo nasilje u porodici. Propisuje niz mera i radnji koje preduzimaju nadležni državni organi (nadležni policijski službenici, javno tužilaštvo, sud, centar za socijalni rad) sa ciljem otkrivanja neposredne opasnosti od nasilja u porodici, kao i aktivnosti nakon što je takva opasnost otkrivena. Mogli bismo da prepoznamo „sukob“ između naziva ZSNP, onoga što dominira u prvih nekoliko članova (sprečavanje) i mera koje se mogu preduzeti po ZSNP (represija). Naime, ako je reč o tipičnim preventivnim merama i aktivnostima, kao što su mere koje se odnose na obrazovanje, podizanje životnog standarda, suzbijanje nekih negativnih društvenih pojava (alkoholizam), ne postoji nikakva smetnja da se takva sredstva aktiviraju pre nego što se nedozvoljeno ponašanje dogodi (*ante delictum*), to je čak i poželjno i očekuje se takva reakcija od društvene zajednice. Ali ako je reč o lišenju slobode koje zakonodavac naziva dovođenje i zadržavanje u nadležnoj organizacionoj jedinici policije radi vođenja postupka (procene

⁵ Krajnji cilj krivičnog prava, kao osnovnog sredstva u suzbijanju kriminaliteta, osim izražene represivne komponente, jeste prevencija. Svrha kazne je, između ostalog, uticaj na učinioca da ubuduće ne vrši krivična dela i na druga lica da se uzdrže od činjenja krivičnih dela.

⁶ Zakonik o krivičnom postupku – ZKP, *Službeni glasnik RS* 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14, 35/19, 27/21 – odluka US, 62/2021 – odluka US.

⁷ Zakon o prekršajima – ZP, *Službeni glasnik RS* 65/13, 13/16, 98/16 – odluka US, 91/19 i 91/19 – dr. zakon.

⁸ Upor. predmete *Ostendorf protiv Nemačke*, aplikacija br. 15598/08, odluka od 7. juna 2013, i *M. A. protiv Kipra*, aplikacija br. 41872/10, odluka od 23. jula 2013.

rizika i eventualnog donošenja naređenja o izricanju hitnih mera), onda treba pronaći legitimitet za takve radnje. Dakle, ovde se sve pomera u jednu fazu pre, kada još ništa nije ni izvršeno ni pokušano.⁹

Razlika između pomenutih zakonskih tekstova (KZ, ZKP, ZP) i ZSNP postoji u pogledu vremena kada deluju nadležni državni organi. Kada je reč o merama koje se preduzimaju prema mogućem učiniocu, zbog neposredne opasnosti od nasilja u porodici koja proizilazi iz njegovog ponašanja i drugih okolnosti koje pokazuju „da je on spreman u vremenu koje neposredno predstoji da *prvi put* učini nasilje“,¹⁰ u pravnom sistemu Republike Srbije treba pronaći opravdanost za takva ovlašćenja, pogotovo imajući u vidu da već postoji mogućnost izricanja mera zaštite prema odredbama Porodičnog zakona.¹¹

Legitimitet za ZSNP vidimo u retkom podnošenju tužbi u parničnom postupku po PZ, nedovoljno efikasnoj saradnji nadležnih državnih organa, ali i potrebi brzog reagovanja i zaštite žrtve. Zbog toga je PZ zasnovan na za nas novom konceptu *pre-crime*. Ceo postupak, od trenutka dovođenja, sa procenom rizika, može trajati najduže osam časova. Ako uporedimo te odredbe sa odredbama PZ, možemo prihvatiti da je taj postupak brži jer se mogući učinilac i žrtva odmah razdvajaju i brzo se donosi naređenje po kome hitne mere traju 48 časova, a postoji i mogućnost da ih sud, na predlog tužioca, produži još 30 dana. Ali moramo voditi računa o tome da se i ovde greške i propusti ne pretvore u glavne slabosti ZSNP.

U savremenim demokratskim društvima privatna sfera pojedinca predstavlja osnovno pravo građana koje se sastoji od više posebnih prava. Pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života podrazumeva da svako ima pravo na poštovanje svog privatnog života, doma i prepiske (čl. 8, st. 1 Evropske konvencije o ljudskim pravima). U doktrini se ističe da je privatnost neophodan uslov da se procesi koji doprinose društvenoj posebnosti i civilizovanosti odvijaju u skladu s ljudskim dostojanstvom (Ilić 2020, 132). U krivičnom pravu, na primer, zaštita se ne sme postaviti tako da se neke inkriminacije odnose na učinioca kao izvor opasnosti po zaštitni objekat i gde se već najraniji spoljni znaci njegove opasnosti po zaštićeno dobro obuhvataju kriminalnom zonom. To bi delimično značilo

⁹ U krivičnom pravu je pravnodogmatski i kriminalnopolitički sporno čak i kažnjavanje pripremljenih radnji. I tu se veoma retko i izuzetno pribegava krivičnopravnoj zaštiti tzv. udaljenih ugrožavanja zaštitnog objekta. Osnovni kriterijumi su vrednost zaštitnog objekta i intenzitet njegovog ugrožavanja.

¹⁰ ZSNP, čl. 3, st. 2.

¹¹ Porodični zakon – PZ, *Službeni glasnik RS* 18/05, 72/11 – dr. zakon i 6/15.

i posredno uvođenje odavno kompromitovanih i odbačenih predeliktних mera (Stojanović 2019, 216–221). To je u skladu sa *ultima ratio* shvatanjem krivičnog zakonodavstva. Međutim, u ZSNP, koji je očigledno *prima ratio*, zakonodavac je pošao od činjenice da je ponašanje pojedinca u situacijama nasilja u porodici relevantno i za druge i da izlazi van njihove privatne sfere.

Vreme u kome živimo zahteva od svakog od nas temeljno preispitivanje sopstvenog života jer pravila ponašanja, mišljenja i suđenja kakva su važila u prošlosti više nisu aktuelna, a u granicama takvih razmišljanja o prošlosti, sadašnjosti i budućnosti čovečanstva, pre svega hrišćanskog, pitanje porodice, porodičnog vaspitanja, odnosa polova u porodici i njihovog pojedinačnog i zajedničkog odnosa prema deci najsavremenije je moguće pitanje (Bugarski 2018, 96). Jedno od ontološki najvažnijih pitanja u tim odnosima jeste stav prema nasilju u porodici. Proaktivno zakonodavstvo o nasilju u porodici dobija sve veću podršku u mnogim zemljama (Marković 2018, 417).

2. PRAKTIČNA PRIMENA ZAKONA O SPREČAVANJU NASILJA U PORODICI

U čl. 2 ZSNP istaknut je cilj da se na opšti i jedinstven način urede organizaciju i postupanje državnih organa i ustanova i time omogući delotvorno sprečavanje nasilja u porodici i hitna, blagovremena i delotvorna zaštita i podrška žrtvama nasilja u porodici.

Cilj ovog istraživanja je da utvrdimo da li je praktična primena ZSNP ostvarila cilj koji je zakonodavac istakao u čl. 2, a odnosi se na delotvorno i blagovremeno sprečavanje nasilja u porodici. Osnovna pitanja koja se nameću su da li je praktična primena ZSNP dovela do smanjenja događaja nasilja u porodici i smanjenja broja podnetih krivičnih prijava za nasilje u porodici i da li je ZSNP ujednačio postupanje nadležnih državnih organa.

U radu ćemo, nakon analize podataka Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srbije¹², Ministarstva pravde¹³ i Republičkog javnog tužilaštva¹⁴ koji se odnose na ZSNP, primenom statističke metode, analize sadržaja, komparativne i formalnoličke analize doneti određene zaključke.

Postupak koji se vodi po ZSNP jeste poseban, specifičan „policijsko-sudski postupak“ koji se sastoji iz dve celine koje povezuju postupanje javnog tužioca. Prvo, imamo postupanje nadležnog policijskog službenika (NPS) koji može doneti naređenje kojim se izriče jedna ili obe hitne mere. Bez njega nema onog dela postupka koji možemo nazvati sudski. Sud razmatra da li će na predlog javnog tužioca produžiti policijsku odluku, delimično ili u celini, a ima mogućnost i da odbije predlog javnog tužioca. Javni tužilac, dakle, nakon postupka pred NPS, ima mogućnost da predlaže produženje jedne ili obe hitne mere koje je izrekao NPS, ali je moguće da takav predlog postavi za samo jednu hitnu meru pa je sud, kao što smo ranije istakli, vezan predlogom javnog tužioca. Moguće je i da sud produži jednu hitnu meru, a da odbije da produži drugu. Odluka suda je podložna žalbenom postupku. Iz toga zaključujemo da je postupak u policiji nezavisan od sudskog postupka, dok je, s druge strane, sudski zavisn od policijskog. Iako je u čl. 20, st. 6 propisano da se na postupak odlučivanja o produžavanju hitne mere shodno primenjuje zakon kojim se uređuje parnični postupak, ako ovim zakonom nije drugačije određeno, vidimo da se ovde neka pravila parničnog postupka ipak ne primenjuju. Tako je, na primer, članom 191 Zakona o parničnom postupku predviđeno da „parnični postupak pokreće se tužbom“, a čl. 4 da „sud odlučuje o tužbenom zahtevu po pravilu na osnovu usmenog, neposrednog i javnog raspravljanja“. Međutim, u tom postupku se ne podnosi tužbeni zahtev, a ne vodi se ni usmena rasprava. Naime, jasno je da je teško u kratkom periodu zakazati, održati usmenu raspravu i doneti odluku. Verovatno je zato u ovom zakonu istaknuto da sud donosi rešenje o predlogu bez održavanja ročišta, nakon razgledanja spisa, u roku od 24 časa od prijema predloga da se hitna mera produži.

Nadležni policijski službenik donosi naređenje kojim se izriče hitne mere (mera privremenog udaljenja učinioca iz stana i mera privremene zabrane učiniocu da kontaktira sa žrtvom nasilja i prilazi joj) licu koje je dovedeno

¹² Podaci o ukupnom broju događaja nasilja u porodici evidentirani su u jedinstvenom informacionom sistemu MUP-a. Ta evidencija se elektronski vodi od 1. januara 2018. Ministarstvo unutrašnjih poslova, dopis br. 072/1-217/21-1, 2. 3. 2021.

¹³ Ministarstvo pravde RS (2021), dopis br. 7-00-00085/2021-32, 5. 5. 2021.

¹⁴ Републичко јавно тужилаштво РС (2021), допис ПИ. бр. 29/21, 6. 5. 2021.

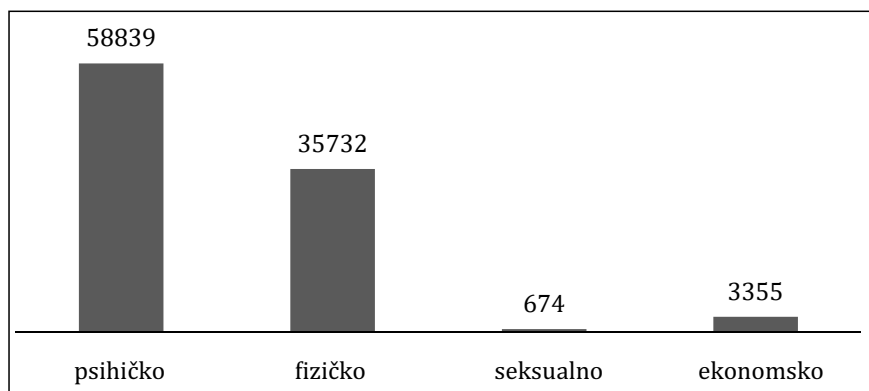
i zadržano, kada procena rizika ukazuje na to da postoji neposredna opasnost od nasilja u porodici. U toj fazi postupka hitne mere traju 48 časova. Policija je, dakle, u nadležnost dobila nova ovlašćenja. Hitne mere sud može produžiti na predlog javnog tužilaštva na još 30 dana. ZSNP, očigledno, daje šire nadležnosti i javnom tužilaštvu. Prateći obrazloženje ZSNP i mnogobrojne javne rasprave iz perioda kada je trebalo da bude usvojen, u kojima se insistiralo na shvatanju hitnih mera kao isključivo preventivnih mera sa ciljem sprečavanja nasilja u porodici i zaštite žrtava, kao i slovo Ustava u kojem se ističe da je javno tužilaštvo samostalan državni organ koji goni učinioce krivičnih i drugih kažnjivih dela i preduzima mere za zaštitu ustavnosti i zakonitosti,¹⁵ postavlja se pitanje da li je ZSNP proširio nadležnost javnog tužilaštva jer predviđa da javno tužilaštvo, osim represivne, ima i preventivnu ulogu – nadležno je za sprečavanje nasilja u porodici. Pri tome, treba imati u vidu da je javno tužilaštvo, kao što smo već pomenuli prema PZ, ovlašćeno da podnosi tužbe za određivanje mera zaštite u parničnom postupku.

U ovom delu ćemo uraditi istraživanje koje se odnosi na: faktore rizika koji su najčešće uzimani u obzir prilikom procene rizika, hitne mere mere koje su izrečene, to jest odnos između prijavljenih događaja nasilja u porodici, izrečenih i produženih hitnih mera u periodu 2018–2020. Važnim elementom za zaključna razmatranja smatramo i analizu uloge javnog tužilaštva u postupku po ZSNP, kao što ćemo i, u kontekstu aktivnosti tog državnog organa u suprotstavljanju nasilju u porodici, utvrditi odnos između broja predloga za produženje hitnih mera i tužbi podnetih po PZ.

Nasilje u porodici, u smislu ZSNP, jeste „akt fizičkog, seksualnog, psihičkog ili ekonomskog nasilja učinioaca prema licu sa kojim se učinilac nalazi u sadašnjem ili ranijem bračnom ili vanbračnom ili partnerskom odnosu ili prema licu sa kojim je krvni srodnik u pravoj liniji, a u pobočnoj liniji do drugog stepena ili sa kojim je srodnik po tazbini do drugog stepena ili kome je usvojitelj, usvojenik, hranjenik ili hranitelj ili prema drugom licu sa kojim živi ili je živio u zajedničkom domaćinstvu“. Dakle, moraju biti ispunjena dva uslova. Prvi je ostvarivanje nekog od alternativno propisanih oblika nasilja u porodici: fizičko, seksualno, psihičko ili ekonomsko nasilje, a drugi je postojanje određene veze između učinioca i same žrtve (sadašnji ili raniji bračni ili vanbračni ili partnerski odnos ili srodstvo po krvi u pravoj liniji, u pobočnoj liniji do drugog stepena ili tazbinsko srodstvo do drugog stepena, odnos usvojioca i usvojenika, hranioca i hranjenika ili odnos prema licu sa kojim živi ili je živio u zajedničkom domaćinstvu).

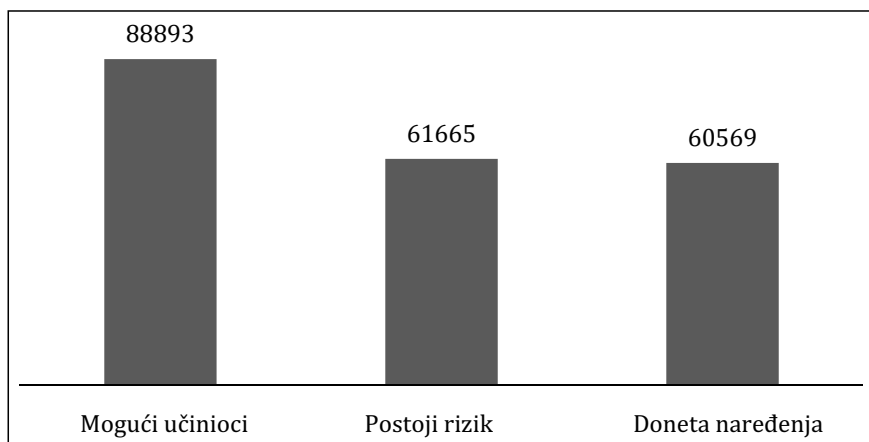
¹⁵ Vid. Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS* 98/2006, čl. 156.

Grafikon 1.
Oblici nasilja u porodici prema ZSNP, 2018–2020.



Iz grafikona 1 vidimo da je u Srbiji u periodu 2018–2020. ukupno evidentirano 58.839 slučajeva u kojima dominira psihičko nasilje. Prema toj tipologiji, koja u suštini predstavlja nabranje krminoloških vrsta nasilja (Ristivojević 2017), najmanje je seksualnog nasilja.

Grafikon 2.
Prijavljeni mogući učinioci, 2018–2020.



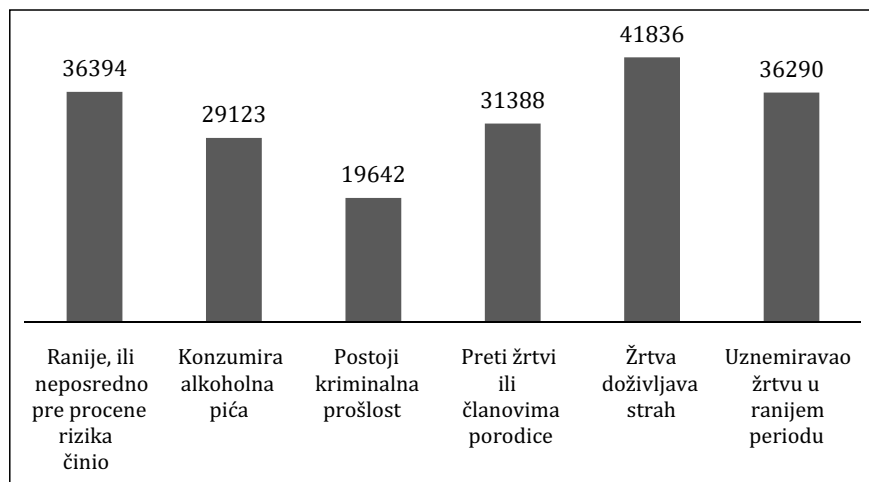
Grafikon 2 pokazuje da je u analiziranom periodu bilo ukupno 88.893 prijavljenih za koje se smatra da su mogući učinioci¹⁶ nasilja u porodici po ZSNP. Nakon procene rizika, ustanovljena je neposredna opasnost od nasilja u porodici u 61.665 slučajeva. Ukupno je doneto 60.569 naređenja kojima su

¹⁶ O pojmu mogućeg učinioca vid. Kolarić, Marković 2019, 71; 2018, 57–58.

izrečene hitne mere. Postavlja se pitanje odakle razlika između broja mogućih učinilaca kod kojih je utvrđeno da postoji neposredna opasnost od nasilja u porodici i broja naređenja kojima su izrečene hitne mere. Naime, hitne mere se mogu izreći samo licu koje je dovedeno u nadležnu organizacionu jedinicu policije. Ukoliko lice ne može biti dovedeno jer nije dostupno nadležnim državnim organima iz različitih razloga (u inostranstvu je, u bolnici, krije se i sl.), procenjuje se rizik, ali se hitne mere ne mogu izreći.

Rizik se procenjuje u svakom događaju nasilja u porodici o kome postoji saznanje. Prema čl. 3, pojam tog rizika se određuje kao neposredna opasnost od nasilja u porodici, koja postoji kada iz ponašanja mogućeg učinioca i drugih okolnosti proizilazi da je on spreman da to nasilje učini prvi put ili da ga ponovi u vremenu koje neposredno postoji. Pri proceni rizika od nasilja u porodici, kada se utvrdi rizik i dođe do relevantnih saznanja, u drugoj fazi – fazi analize rizika, utvrđuju se faktori rizika koji su propisani ZSNP i na kraju se, u trećoj fazi, vrednuje rizik i zaključuje da li postoji neposredna opasnost od nasilja u porodici.

*Grafikon 3.
Najčešći faktori rizika, 2018–2020.*



Prema grafikonu 3, najčešće zastupljen i utvrđen faktor rizika je strah žrtve, njena percepcija. Kao što sud uzima u obzir, kada određuje mere zaštite, da li žrtva ima strah od tuženog, sa posebnom pažnjom taj faktor razmatra i NPS (Kolarić, Marković 2019, 177–178). Prilikom izbora mera zaštite po PZ, sud mora da uzme u obzir i maksimalno uvaži mišljenje same žrtve o nivou opasnosti koja joj preti jer je upravo žrtva ta kojoj se zaštita pruža, tako da je njena subjektivna procena, zasnovana na iskustvu, ključni faktor prilikom izbora mere zaštite koja će u konkretnom slučaju biti

određena. Nema razlike ni u izricanju i produžavanju hitnih mera. Tako, u periodu 2018–2020. od ukupno 88.893 slučaja, pri čemu je postojanje rizika od nasilja u porodici procenjeno kod 61.665 mogućeg učinioca, žrtve su se izjasnile u 41.836 ili u 67% slučajeva da osećaju strah od mogućeg učinioca nasilja u porodici.

Sledeći, po broju dominantan faktor rizika jeste da je mogući učinilac ranije ili neposredno pre procene rizika činio nasilje. Za potrebe procene rizika taj uslov se tumači u najširem smislu. Nije neophodno da je mogući učinilac osuđen za neko kazneno delo. Dovoljno je uvidom u policijske ili druge evidencije (sudske – kaznene, centra za socijalni rad i sl.) utvrditi da je u prethodnom periodu bio prijavljen za nasilje u porodici. Prema podacima MUP-a, u periodu 2018–2020. od ukupno 61.665 lica za koja je procenjeno da su izložena riziku od nasilja u porodici u neposrednoj budućnosti, taj faktor rizika evidentiran je kod 36.394 lica ili u 59% slučajeva.

Zakonodavac u čl. 16 eksplicitno pominje pretnju ubistvom ili samoubistvom kao faktor rizika, ali je MUP na obrascu na kojem radi procenu rizika dodao i faktor rizika koji se sastoji u pretnji upućenoj žrtvi ili članovima porodice (Kolarić, Marković 2019, 180). U periodu 2018–2020. od ukupno 61.665 lica za koja je procenjeno da su izložena riziku od nasilja u porodici, taj faktor rizika evidentiran je kod 31.388 lica ili u 50% slučajeva. Posebna pažnja se mora posvetiti onim slučajevima nasilja u porodici u kojima se dođe do saznanja da mogući učinilac upućuje kvalifikovanu pretnju. U praksi ima primera koji dovode do zaključka da nadležne institucije nisu preduzele efikasne i efektivne mere da spreče nasilje i zaštite žrtve iako su imale saznanja da je učinilac pretio žrtvi lišenjem života. Posledice su bile tragične: trostruko ubistvo desetak dana nakon izricanja i produžavanja hitnih mera. Mogući učinilac je lišio života suprugu (žrtvu nasilja kojoj je bila neposredno upućena pretnja) i njene roditelje kod kojih je boravila sa zajedničkom maloletnom decom (Kolarić, Marković 2019, 180). Hitne mere su samo jedna u nizu mera koje su predviđene zakonskim propisima. U slučajevima u kojima je učinjeno krivično delo sa elementima nasilja koje se goni po službenoj dužnosti, nakon izricanja hitnih mera, ako su ispunjeni uslovi za određivanje pritvora, policija treba da uhapsi osumnjičenog i da ga uz krivičnu prijavu dovede javnom tužiocu. U pomenutom slučaju su postojali elementi bića krivičnog dela ugrožavanje sigurnosti. Postavlja se pitanje da li bi nastupila posledica smrti tri lica da je policija uhapsila osumnjičenog i sud odredio pritvor. Veliki značaj u takvim slučajevima ima i Grupa za koordinaciju i saradnju koja bi morala da sačini plan zaštite žrtve, koji bi, zavisno od procene opasnosti po žrtvu, uključivao i fizičku zaštitu kada se osumnjičeni nađe na slobodi. Taj faktor rizika je veoma čest u praksi. U slučaju kvalifikovane pretnje da će se napasti na život ili telo, to

jest stavljanja u izgled žrtvi da će primenom fizičkog nasilja doći do takve posledice čiji ishod može biti lišenje života ili povreda tela mogu postojati i elementi bića nekog krivičnog dela i o tome policija i tužilaštvo moraju da vode računa.

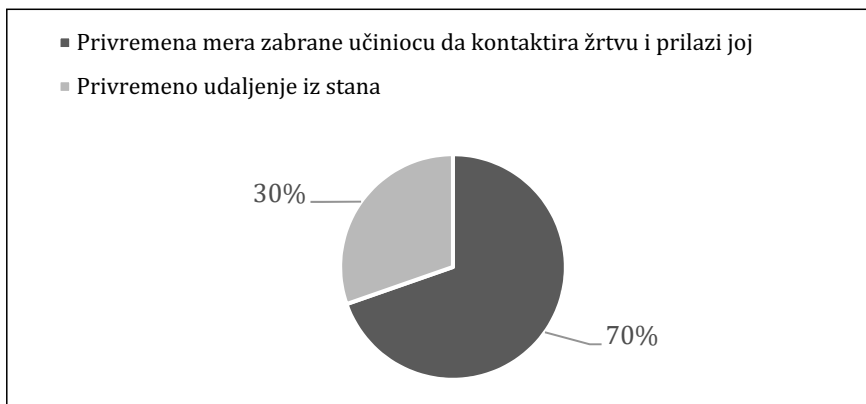
Iz tabele 1 vidimo da su u posmatrane tri godine izrečeno ukupno 86.773 hitne mere. Naređenjem se mogu izreći obe ili jedna hitna mera. Zbog toga se broj naređenja kojim su izrečene hitne mere i broj hitnih mera ne poklapaju.

Tabela 1.
Brojno stanje i kretanje hitnih mera prema vrsti
izrečene hitne mere, 2018–2020.

	2018.	2019.	2020.	Ukupno
Broj naređenja	19.171	20.887	20.511	60.659
Broj naređenja kojim su izrečene obe hitne mere	8.035	9.083	9.036	26.154
Broj izrečenih hitnih mera	27.230	29.978	29.565	86.773
Hitna mera privremenog udaljenja učinioca iz stana	8.113	9.130	9.082	26.325
Hitna mera zabrane mogućem učiniocu da kontaktira žrtvu nasilja i prilazi joj	19.117	20.848	20.483	60.448

Kako se pokazalo u dosadašnjoj praksi, mera privremenog udaljenja učinioca iz stana nije se nikada samostalno izricala već uvek uz meru privremene zabrane učiniocu da kontaktira žrtvu nasilja i prilazi joj. Logično je da je, ako učinioca nasilja udaljimo iz porodičnog stana, domaćinstva ili stambenog objekta u kojem žrtva ima boravište ili prebivalište, neophodno da mu zabranimo i mogućnost kontakta i prilaska žrtvi nasilja u porodici. U skoro svim slučajevima u kojima su donosili naređenje NPS su izricali privremenu meru zabrane kontakta i prilaska žrtvi (tabela 1).

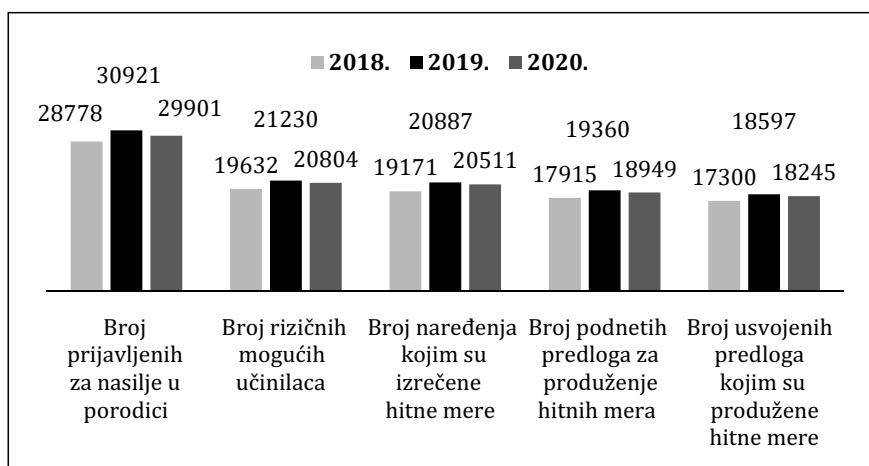
*Grafikon 4.
Vrste izrečenih hitnih mera, 2018–2020.*



Zastupljenost i odnos dve hitne mere prema ukupnom broju izrečenih mera prikazan je u grafikonu 4.

Grafikon 5 pokazuje odnos između broja prijavljenih za nasilje u porodici, broja lica kod kojih je utvrđeno da postoji rizik, broja naređenja koja je donela policija, broja predloga za produženje hitnih mera koje je podneo javni tužilac i broja predloga koje je usvojio sud.

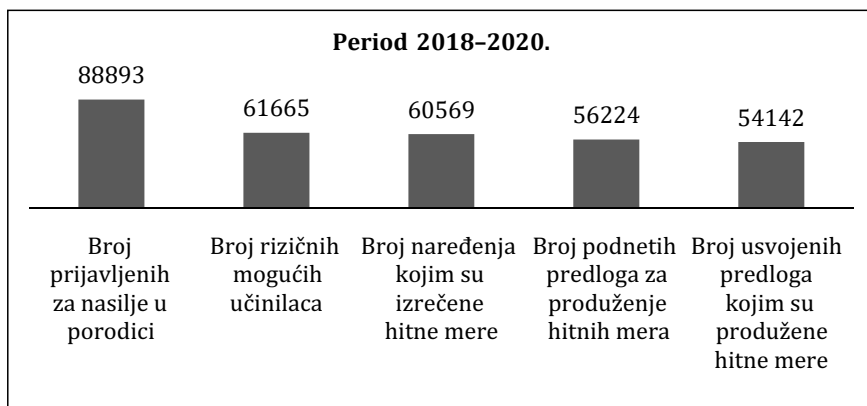
*Grafikon 5.
Odnos između broja prijavljenih za nasilje u porodici i broja predloga javnog tužilaštva za produženje hitnih mera koje je usvojio sud na godišnjem nivou, 2018–2020.*



Zaključujemo da je 2019. godine bilo najviše prijavljenih događaja nasilja u porodici, odnosno najviše izrečenih i produženih hitnih mera. Rast prijavljenih događaja, u odnosu na 2018, bio je za 7%, nakon čega je u 2020. došlo do blagog pada, ali je broj prijavljenih događaja nasilja u porodici i dalje ostao veći za oko 4% u odnosu na 2018. godinu. Ako uporedimo prve dve godine analiziranog perioda sa trećom, videćemo da je 2020. godine za jedan procenat porastao broj produženih hitnih mera u odnosu na broj prijavljenih događaja. Naime, 2018. i 2019. je u 60%, a 2021. godine u 61% prijavljenih događaja došlo do produženja hitnih mera.

Grafikon 6.

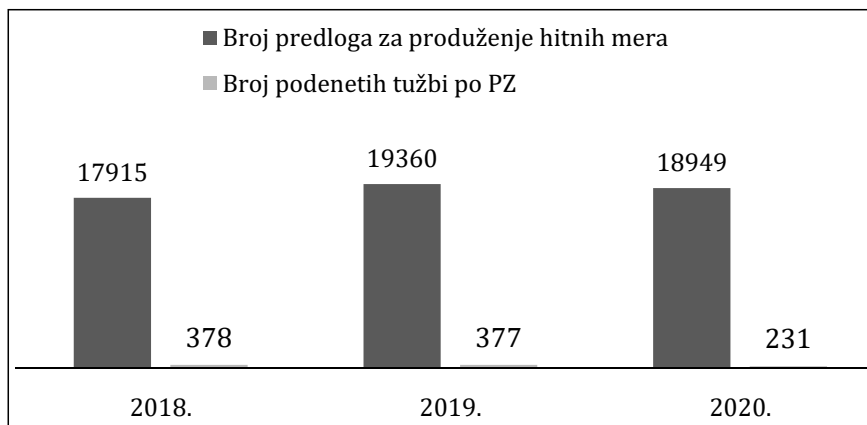
Odnos između broja prijavljenih za nasilje u porodici, broja predloga javnog tužilaštva za produženje hitnih mera i broja predloga koje je usvojio sud, 2018–2020.



Grafikon 6 nam pokazuje da je od ukupnog broja prijavljenih za nasilje u porodici (88.893) procenom rizika utvrđeno da ono postoji u 61.665 slučajeva. Pritom je doneto 60.569 naređenja. Tužilac je dao predlog za produženje hitnih mera u 56.224 slučaja. Sud je je usvojio predloge u 54.142 slučaja.

Prvo, uočavamo da je broj prijavljenih za nasilje u porodici značajno veći od broja u kojem je procenom rizika utvrđeno da je on pozitivan. Naime, u 69% prijavljenih događaja utvrđen je rizik od nasilja u porodici. I drugo, tužilac je, nakon vrednovanja procene rizika NPS, u 93% slučajeva predložio produženje hitnih mera. Zahvaljujući tim podacima, jedna od glavnih primedbi na primenu ZSNP u praksi ne može da opstane, to jest nisu tačne tvrdnje da se u svakom prijavljenom slučaju nasilja u porodici određuju i produžavaju hitne mere. Sud je od 60.569 donetih naređenja produžio hitne mere u 89% slučajeva, odnosno od prijavljena 88.893 događaja, u 61% su doneta sudska rešenja kojim su produžene hitne mere.

Grafikon 7.
Odnos predloga OJT za produženje hitnih mera i tužbi za određivanje mera zaštite prema PZ, 2018–2020.



U grafikonu 7 je prikazan odnos broja predloga za produženje hitnih mera i broja tužbi za određivanje mera zaštite od nasilja u porodici koje podnose osnovna javna tužilaštva (OJT). Nakon sprovedenog istraživanja utvrđeno je da je sud primio samo 6.300 tužbi za određivanje mera zaštite od nasilja u porodici po PZ i to: 2.479 2018, 2.161 2019. i 1.660 2020. godine. Zanimljivo je, imajući u vidu ulogu tužilaštva, da su 2018. godine osnovna javna tužilaštva podnela 378 tužbi za određivanje mera zaštite, 2019. 377, dok je u 2020. bio značajan pad jer je podneta samo 231 tužba.¹⁷ Centri za socijalni rad u još manjem procentu podnose tužbe nego javno tužilaštvo (Marković 2019, 1085–1087). Zaključujemo da je najveći broj tužbi, preko 80%, podnet od članova porodice koji su žrtve nasilja i njihovih punomoćnika.

Ako pogledamo broj tužbi koje su sva ovlašćena lica ukupno podnela za određivanje mera zaštite 2018–2020. godine i broj koji je podnelo samo javno tužilaštvo, videćemo da te brojke opadaju iz godine u godinu, pri čemu su 2020. godine bile značajno manje. Razloge možemo da prepoznamo u jednostavnijem i bržem postupku koji se sprovodi po ZSNP. Takođe, javni tužilac u parnici za zaštitu od nasilja u porodici jeste stranka koja *može* podneti tužbu, dok prilikom produženja hitnih mera on ima obavezu podnošenja predloga za produženje hitnih mera ako utvrdi da postoji rizik

¹⁷ Ministarstvo pravde, dopis br. 7-00-00128/2021-32 od 29. 6. 2021. i 7-00-0055/2021-32 od 5. 5. 2021. Napomena: Republičko javno tužilaštvo je dostavilo drugačiji podatak za 2018. godinu, pa je tako u dopisu PI br. 29/21 od 6. maja 2021. navedeno da su osnovna javna tužilaštva podnela ukupno 297 tužbi za određivanje mera zaštite od nasilja u porodici, što je za 81 manje u odnosu na podatak koji nam je dostavilo Ministarstvo pravde. Ostali podaci se potpuno poklapaju u oba dopisa.

od neposredne opasnosti od nasilja u porodici, uz pretnju disciplinske odgovornosti. Međutim, ima elemenata za prihvatanje ZSNP kao jedne karike u lancu zaštite koja se odvija na više koloseka, naravno, ako su ispunjeni uslovi za vođenje i drugih postupaka, gde se hitno i brzo razdvajaju žrtva i mogući učinilac do donošenja presude u parnicama za zaštitu od nasilja u porodici. Mere zaštite traju godinu dana i mogu se produžiti neograničen broj puta ako je zahtev za produženje podnet u vreme njihovog trajanja. Hitne mere traju najduže 32 dana (48 časova policija i još 30 dana sud) i ne mogu se ponovo produžavati, osim ako policija ne dođe do novih saznanja o nasilju u porodici kada se radi nova procena, odnosno sprovodi se postupak u celini.

Na ovom mestu skrećemo pažnju na to da neujednačeno delovanje nadležnih državnih organa, u ovom slučaju osnovnih javnih tužilaštava, u porodičnopravnoj zaštiti žrtava nasilja u porodici, to jest prilikom podnošenja tužbi za određivanje mera zaštite, dovodi do nejednakog pristupa prema žrtvama te to postupanje treba što pre ujednačiti. Određena osnovna javna tužilaštva preuzimaju uloge u parničnim postupcima koji se vode zbog porodičnopravne zaštite žrtava nasilja u porodici, dok u ostalim te aktivnosti nema uopšte ili u veoma malom broju. Tako su 2018. godine, prema podacima Republičkog javnog tužilaštva (RJT), najviše tužbi podnela OJT u Zrenjaninu 77, OJT u Leskovcu 59, OJT u Šapcu 39, OJT u Vrbasu 35, OJT u Sremskoj Mitrovici 21 i OJT u Čačku 20. Tokom 2019. najviše je podnelo OJT u Leskovcu 97, OJT u Zrenjaninu 92, OJT u Vrbasu 73, OJT u Čačku 21, OJT u Gornjem Milanovcu 19, a 2020. godine OJT u Leskovcu 68, OJT u Valjevu 53, OJT u Vrbasu 26, OJT u Zrenjaninu i OJT u Sremskoj Mitrovici po 20. Zanimljivo je to što je OJT u Valjevu prve tužbe podnelo u avgustu 2020, a te iste godine je bilo drugo po broju podnetih tužbi, odmah iza OJT u Leskovcu. Analizirajući podatke RJT zaključujemo da mnoga osnovna javna tužilaštva, od kojih su neka i najveća u Srbiji, nisu podnosili tužbe za određivanje mera porodičnopravne zaštite od nasilja u porodici (npr. OJT u gradovima Beograd, Novi Sad, Niš, Kraljevo, Kragujevac, Pančevo itd.).¹⁸

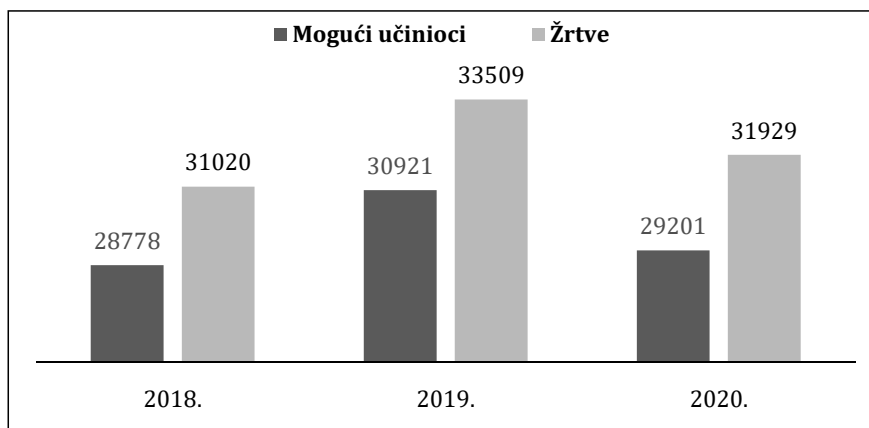
2.1. Mogući učinioci

U Zakonu o sprečavanju nasilja u porodici koristi se nov pojam „mogući učinilac“. Postavlja se pitanje šta znači termin „mogući učinilac“ nasilja u porodici. On se može definisati, imajući u vidu odredbe ZSNP, kao lice od

¹⁸ Republičko javno tužilaštvo, dopis PI br. 29/21 od 6. maja 2021.

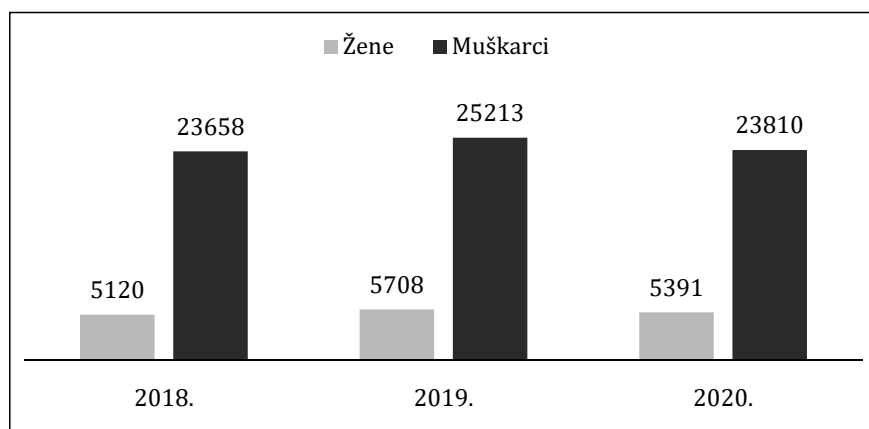
kojeg pretil opasnost da prvi put učini nasilje, ali i ono lice koje je već učinilo nasilje u porodici i postoji opasnost da ga ponovi (Kolarić, Marković 2019, 14–16).

*Grafikon 8.
Broj žrtava i mogućih učinilaca nasilja u porodici, 2018–2020.*



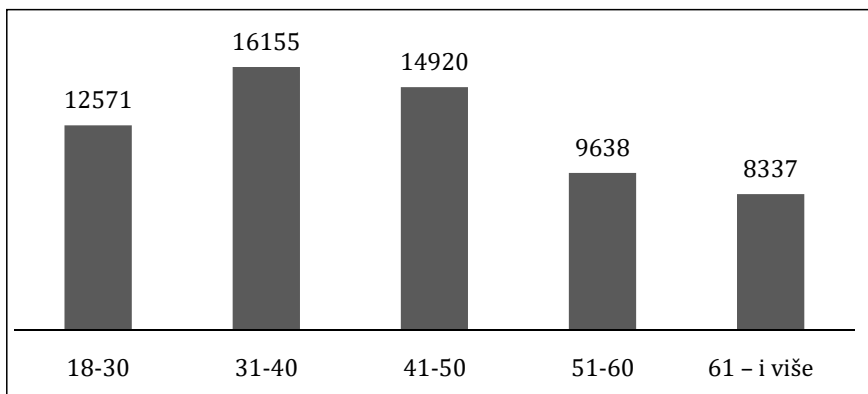
Iz grafikona 8 zaključujemo da je manji broj mogućih učinilaca nasilja u porodici nego žrtava, što se objašnjava mogućnošću da u jednom događaju nasilja u porodici bude više žrtava. Kao što vidimo, 2019. godine je vidno povećan broj i jednih i drugih u odnosu na preostale dve posmatrane godine. Obično u početku primene nekog zakona dolazi do progresije, rasta svih brojki, pa u jednom trenutku imamo eskalaciju, a onda sledi opadanje.

*Grafikon 9.
Brojno stanje i kretanje mogućih učinilaca prema polu, 2018–2020.*



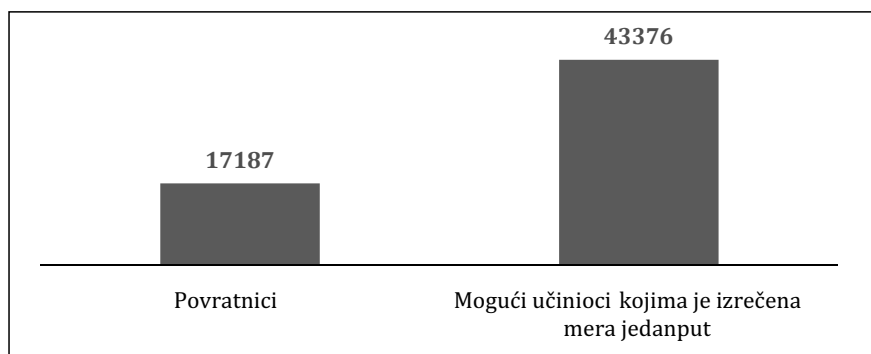
Grafikon 9 pokazuje polnu strukturu mogućih učinilaca. U trogodišnjem periodu bilo je ukupno 88.900 mogućih učinilaca nasilja u porodici, i to 72.681 ili 81% muškog pola. Žena mogućih učinilaca bilo je 16.291.

*Grafikon 10.
Starosna struktura mogućih učinilaca, 2018–2020.*



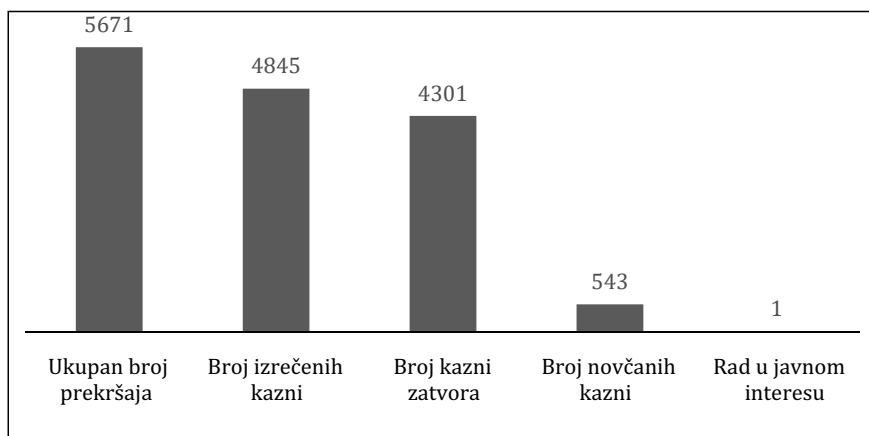
Iz grafikona 10 vidimo da su mogući učinioци najčešće starosti od 31 do 40 godina života. Zatim slede oni koji pripadaju kategoriji od 41 do 50 godina. Možemo zaključiti da među mogućim učinioциma dominiraju muškarci starosti od 31 do 50 godina života.

*Grafikon 11.
Povratnici – mogući učinioци, 2018–2020.*



Iz grafikona 11 vidimo da broj povratnika – mogućih učinilaca¹⁹ iznosi čak 39% od ukupnog broja mogućih učinilaca evidentiranih u posmatrane tri godine. Postavlja se pitanje koji su razlozi. Efikasnost ZSNP se može posmatrati i kroz broj povratnika. Za odgovor na postavljeno pitanje važan nam je i podatak o tome koliko je mogućih učinilaca gonjeno za prekršaj iz čl. 36, st. 1 ZSNP, to jest koliko je ukupno bilo prekršaja, koje su kazne izrečene i da li su i u kom broju predlagane zaštitne mere propisane Zakonom o prekršajima.

Grafikon 12.
Broj prekršaja iz čl. 36, st. 1 ZSNP, 2018–2020.



Zakonodavac u čl. 36, st. 1 propisuje da će se lice koje prekrši hitnu meru kazniti kaznom zatvora do 60 dana.

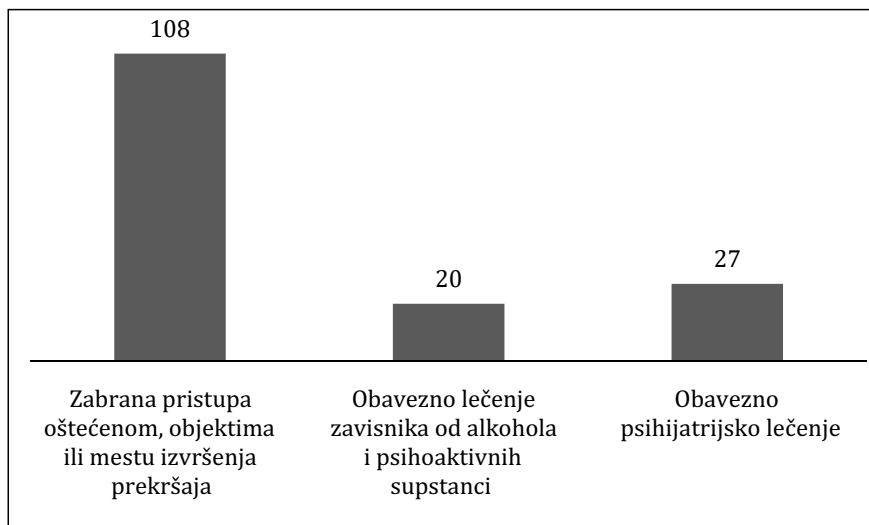
Grafikon 12 nam pokazuje da je u periodu 2018–2020. bio ukupno 5.671 prekršaj. Izrečena je 4.301 kazna zatvora i 543 novčane kazne. U tim slučajevima izrečene hitne mere nisu dovoljno uticale na lica da akt nasilja ne čini ponovo, odnosno da se ne približavaju i ne kontaktiraju sa žrtvom i da ne pristupaju stanu iz kojeg su privremeno udaljeni. Da li je moguće preduzeti i druge mere u tim slučajevima? Nadležni organi mogu da preduzmu i druge mere da bi sprečili novo nasilje. Podnosilac zahteva za pokretanje prekršajnog postupka ima mogućnost da predloži zaštitne mere propisane Zakonom o prekršajima. Takođe, javni tužilac ili centar za socijalni rad mogu da podnesu tužbe za određivanje mera zaštite prema odredbama PZ. Zakon o prekršajima, između ostalih, propisuje zaštitnu meru „zabrana pristupa oštećenom, objektima ili mestu izvršenja prekršaja“, koja se izriče

¹⁹ Iako „povratnik – mogući učinilac“ zvuči kao pravni *no sense*, koristićemo zakonsku terminologiju.

radi sprečavanja učinioca da ponovi prekršaj ili da nastavi da ugrožava oštećenog (žrtvu). Ta mera se izriče na pismeni predlog podnosioca zahteva za pokretanje prekršajnog postupka ili na usmeni zahtev oštećenog, istaknut pri saslušanju u prekršajnom postupku. Sud mora da odluči o predlogu podnosioca zahteva, a ako to ne učini, učiniće bitnu povredu odredaba prekršajnog postupka (čl. 247, st. 2).

Na teritoriji pojedinih policijskih uprava (PU), prilikom podnošenja zahteva za pokretanje prekršajnog postupka iz čl. 36, st. 1, podnosilac zahteva, kada su za to ispunjeni uslovi, obavezno traži izricanje zaštitne mere „zabrana pristupa oštećenom, objektu ili mestu izvršenja prekršaja“ shodno čl. 61 Zakona o prekršajima. Prema podacima Ministarstva unutrašnjih poslova, u dvogodišnjem periodu (od 1. juna 2017. do 1. juna 2019), od ukupno 59 zaštitnih mera „zabrana pristupa oštećenom, objektima ili mestu izvršenja prekršaja“, na teritoriji PU Valjevo izrečeno je 35. U istom periodu, ta zaštitna mera je izrečena na teritoriji PU Beograd 16 puta, Novi Sad 6 i Šabac 1. Pri tome, u PU Valjevo kažnjena su 93 lica, što znači da je prema 38% lica određena zaštitna mera, u PU Beograd su kažnjena 234 lica, a zaštitna mera određena za 7%, u PU Novi Sad su kažnjena 282, a zaštitna mera određena za 2% kažnjenih za prekršaj iz čl. 36, st. 1.²⁰ Razmena dobre prakse je veoma važna i u slučaju primene ZSNP.

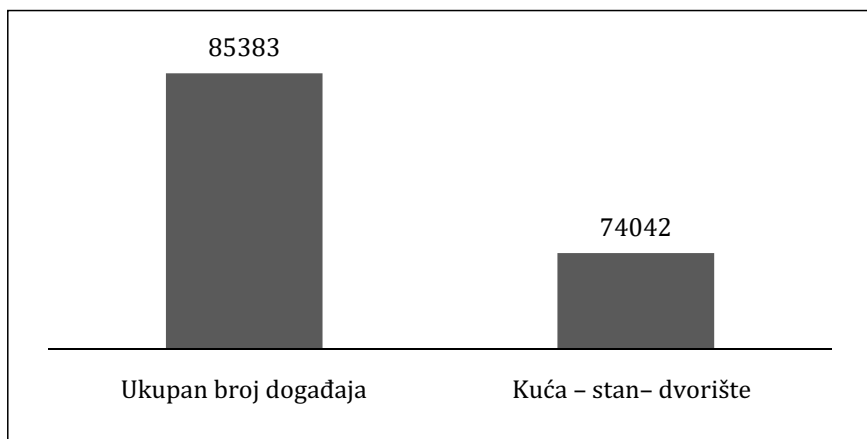
Grafikon 13.
Vrste izrečenih zaštitnih mera prema Zakonu o prekršajima
za prekršaj iz člana 36. ZSNP, 2018–2020.



²⁰ Dopis Ministarstva unutrašnjih poslova 0.513 broj 235–50619/19–1 od 17. 6. 2019.

Iz grafikona 13 vidimo da je, od ukupno izrečenih 155 zaštitnih mera, u posmatranom periodu, zabrana pristupa oštećenom izrečena 108, obavezno lečenje alkoholičara i narkomana 20 i obavezno psihijatrijsko lečenje 27 puta. Prekršajni sud u Valjevu je izrekao 75 ili gotovo polovinu od ukupnog broja zaštitnih mera. Od tog broja, 73 su zaštitne mere zabrane pristupa oštećenom, što iznosi 70% od ukupnog broja izrečenih mera. Ako tome dodamo da se zaštitna mera zabrane pristupa oštećenom ne može izreći bez pisanog predloga podnosioca zahteva ili usmenog zahteva oštećenog istaknutog na usmenoj raspravi i da je cilj izricanja te mere sprečavanje učinioca da ponovi prekršaj ili da nastavi da ugrožava oštećenog, možemo zaključiti da su podnosioci zahteva za pokretanje prekršajnog postupka malo koristili tu zakonsku mogućnost.

*Grafikon 14.
Mesto izvršenja događaja nasilja u porodici, 2018–2020.*



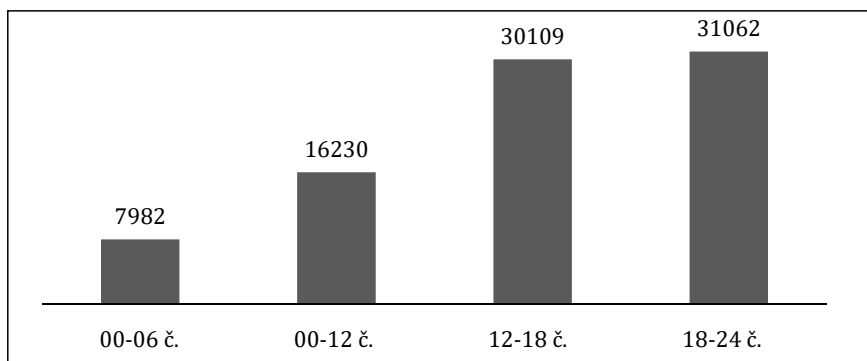
Iz grafikona 14 vidimo da kao mesto izvršenja događaja nasilja u porodici najviše dominira stan ili kuća (dvorište). Nasilje u porodici se najčešće vrši na mestu koje nije javno. Zato, prikupljanjem saznanja, procenom rizika i proaktivnim delovanjem na mogućeg učinioca, policija treba da predvidi i spreči vršenje nasilja u porodici.

Izneti podaci mogu da budu značajni zbog eventualne primene Zakona o javnom redu i miru jer je njime predviđena određena vrsta prekršaja koji za posledicu imaju narušavanje javnog reda, a može se desiti da izvršilac i oštećeni budu članovi porodice. Zakonom o javnom redu i miru iz 2016. godine, kao i prethodnim²¹ iz 1992. godine, propisani su određeni prekršaji

²¹ Zakon o javnom redu i miru – ZJRM, *Službeni glasnik RS* 51/92, 53/93, 67/93, 48/94, 85/05, 101/05 – prestao da važi.

koji se čine oblicima nasilja (upor. čl. 9 ZJRM iz 2016. i čl. 6 ZJRM iz 1992. godine), ali se često dešava da se, i kada postoje elementi bića krivičnog dela, osumnjičeni za nasilje u porodici prekršajno gone. Kao problem u ovim situacijama uočavamo to što se osuđeno lice za prekršaj, ako se odnosi na isto ponašanje i suštinski iste činjenice, ne može goniti za krivično delo „nasilje u porodici“ (Kolarić 2018, 73–74). Takođe, lica koja su ranije osuđivana za prekršaje sa elementima nasilja učinjene prema članovima porodice sud u krivičnom postupku tretira kao da su neosuđivana, pa im se to čak može smatrati olakšavajućom okolnošću prilikom donošenja presude u krivičnom postupku.²² Tako, kada se protiv učinioca koji je više puta vršio nasilje prema članovima porodice i koji je prekršajno osuđivan pokrene krivični postupak zbog novog nasilja u porodici, sud njegov raniji život i činjenicu da je neosuđivan u krivičnom postupku, po pravilu, smatra olakšavajućim okolnostima. Inače, interesantno je da je novi ZJRM²³ definisano „javno mesto“²⁴ pri čemu se prekršaji iz tog zakona mogu učiniti samo na javnom mestu. Na taj način oštećeni, u velikom broju događaja nasilja u porodici koji nisu učinjeni na javnom mestu (praksa pokazuje da su u ranijem periodu sankcionisani u prekršajnom postupku), mogu biti upućeni na privatne tužbe u krivičnom postupku (uvreda, uništenje i oštećenje tuđe stvari i sl.), a ako se utvrdi da postoje svi elementi zakonskog opisa bića krivičnog dela iz čl. 194 KZ, javni tužilac će preuzeti krivično gonjenje.

*Grafikon 15.
Vreme izvršenja nasilja u porodici, 2018–2020.*



²² Kada je u pitanju raniji život učinioca, važna okolnost koja se uzima u obzir prilikom odmeravanja kazne jeste odnos učinioca prema društvenim i moralnim normama koji je ispoljio u svom životu pre izvršenja krivičnog dela, a naročito da li je vršio krivična dela ili nije. S tim u vezi, ranija neosuđivanost se po pravilu smatra olakšavajućom okolnošću (Stojanović 2019, 320).

²³ Zakon o javnom redu i miru, *Službeni glasnik RS* 6/2016, 24/2018.

²⁴ Javno mesto je prostor dostupan neodređenom broju lica čiji identitet nije unapred određen, pod istim uslovima ili bez posebnih uslova. Vid. ZJRM, čl. 3, st. 1, tač. 3.

Iz grafikona 15 vidimo da se nasilje u porodici najviše vrši između 12 i 24 časa. To je podatak od značaja za policijske uprave zbog organizacije dežurstava NPS. Logično je da u tom periodu treba predvideti veći broj policijskih službenika.

U nekim državama koje su mnogo ranije od nas počele da se bave tim problemom postoje specijalizovani timovi sastavljeni od zamenika javnih tužilaca, policije (visokoobrazovanih stručnjaka koji imaju dugogodišnje iskustvo u policijskom radu), psihologa, pravnika i drugih stručnih lica iz centara za socijalni rad. Ti timovi se bave samo tom vrstom posla – suprotstavljanjem nasilju u porodici, imaju svoj budžet, dovoljno materijalnih resursa i potpunu samostalnost u radu – odnosno članovi tima direktno odgovaraju samo javnom tužiocu. Obuka je kontinuirana i stalna. Zavisno od procene rukovodioca tima (zamenika javnog tužioca), primenjuju se i represivne mere ukoliko su neophodne za sprečavanje nasilja, a svim nadležnima se izdaju nalozi sa merama koje treba da preduzmu za zaštitu žrtava (npr. policiji da vrši obezbeđenje žrtve i objekta gde stanuje).

Tumačeći ZSNP, možemo zaključiti da je načelnik policijske uprave odgovoran za organizovanje rada i postupanja nadležnih policijskih službenika na području policijske uprave, odnosno za efikasnost i efektivnost suprotstavljanja policije nasilju u porodici.

Postupanje nadležnih institucija treba da bude koordinirano, to jest delovanje jednog organa/ustanove treba da se nadovezuje na rad druge. Kao primer dobre prakse u poboljšanju delotvornosti, primenom koordiniranog postupanja u sprečavanju nasilja u porodici i zaštiti žrtava može poslužiti način organizovanja i rada policije u Sjedinjenim Američkim Državama. U mnogim policijskim upravama napravljene su posebne specijalizovane jedinice koje se bave nasiljem u porodici i koje su, osim posebne specijalizacije za ta krivična dela, umesto tradicionalnog reaktivnog primenili proaktivan pristup rešavanja problema nasilja u porodici, to jest primenili su multisektorski pristup rešavanju problema.²⁵ Tako organizovane specijalizovane jedinice pružaju mogućnost razvoja i poboljšanja dobre prakse i trening službenika, što na kraju dovodi do povećanja efikasnosti, efektivnosti, kohezije među službenicima i poboljšanja radnog morala. U mnogim okruzima i gradovima

²⁵ Na primer, Policijska uprava Ostin u Teksasu, gde su na jednom mestu smeštene, osim policijske jedinice koja se bavi suzbijanjem nasilja u porodici, sve ostale vladine i nevladine organizacije koje pružaju podršku, zaštitu i pravnu pomoć i podršku žrtvama nasilja u porodici. U timu su i advokati koji besplatno daju pravne savete i zastupaju žrtve nasilja pred sudom. Taj tim je dostupan žrtvama nasilja u Ostinu od 1997. godine. Vid. Marković 2018, 394.

u pojedinim saveznim državama SAD²⁶ primenjeni su programi – modeli rada povezivanja policije sa lokalnom zajednicom da bi se obezbedili dobro koordinirani multisektorski odgovori policije, sudova, službi za pomoć žrtvama-svedocima i socijalnim službama na nasilje u porodici. Nakon promena državnih zakona, službe za pomoć žrtvama, zdravstveni radnici, škole, službe za socijalno staranje o deci, tužioci, sudije i drugi okupili su se da bi zajedno inicirali programe prevencije i intervencije. Zaključili su da policija ne može sama smanjiti stopu nasilja i da su zajednička multisektorska prevencija i rana efikasna intervencija verovatno ključ za prekid „ciklusa nasilja“ (Roberts, Swanger 2002, 114). Takođe, jedan od načina suzbijanja nasilja u porodici u SAD jeste i primena novih tehnologija. Naime, žrtve nasilja su dobijale mobilne telefone ili narukvice, odnosno priveske, koji su bili bežično povezani sa policijskim upravama, pri čemu se pritiskom na „panik“ taster odmah uspostavlja linija sa dežurnom službom policije. Pritiskom na „panik“ taster, na policijskom monitoru bi se očitao i položaj gde se žrtva nalazi, tako da je policija znala gde treba da interveniše. To je umnogome doprinelo prevenciji i smanjenju nasilja nad žrtvama nasilja u porodici (Roberts, Swanger 2002, 117).

Kod nas sve nadležne institucije treba da pruže pomoć i podršku žrtvi nasilja u porodici u svakom kontaktu sa njom. Žrtvu treba upoznati sa odredbama ZSNP. Tako, na primer, policija može žrtvama da pruži informacije da će biti obaveštene o izricanju i produženju hitnih mera, da mogu da podnesu i krivičnu prijavu za nasilje u porodici ako postoje obeležja krivičnog dela, da mogu samostalno ili posredstvom punomoćnika da podnesu tužbu za izricanje mera porodičnopravne zaštite, da za to imaju ovlašćenje i javni tužilac i centar za socijalni rad. Taj centar ili odgovarajuće nevladine organizacije žrtve mogu da smeste u „sigurne kuće“, upute ih da se radi zaštite javne nadležnom policijskom službeniku ili javnom tužiocu koji predsedava Grupom za koordinaciju i saradnju radi preciziranja mera koje će biti određene u individualnom planu zaštite i sl.

2.2. Svojstva žrtava

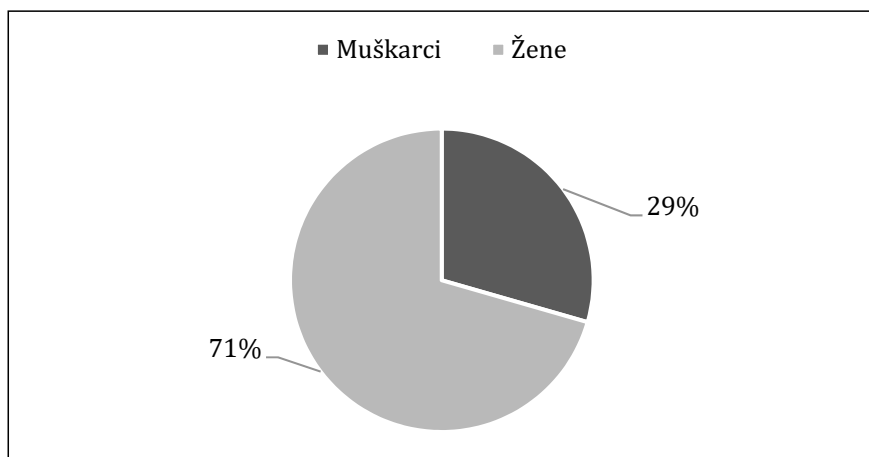
Položaj žrtava krivičnih dela menjao se tokom istorije. U tom smislu u teoriji se prepoznaju tri perioda (Ignjatović 2020, 319). Rano doba civilizacije, kada je žrtva držala *ius puniendi* u svojim rukama, potom sledi razdoblje

²⁶ *Baltimore County*, Maryland; *Quincy*, Massachusetts; *Duluth and Minneapolis*, Minnesota; *Boulder and Denver*, Colorado; *Memphis*, Tennessee; *Milwaukee*, Wisconsin; *Lincoln*, Nebraska; *Seattle*, Washington. Vid. Marković 2018, 394.

kada javna vlast oduzima pravo na kažnjavanje od aktera kriminalnog događaja i treće razdoblje, koje se povezuje sa završetkom Drugog svetskog rata, kada postaje jasno da krivične nauke, pre svega kriminologija, treba da obrate veću pažnju na mesto i položaj žrtava kriminaliteta (Ignjatović 2020, 319). Kao što smo već primetili, ZSNP je zasnovan na modernom *pre crime* konceptu koji je izvorno nastao u kriminologiji, krivičnoj nauci koja sve više pažnje posvećuje položaju žrtve. Period pružanja podrške žrtvama se predano i ubrzano razvija od početka XXI veka i povezan je sa intenzivnim naporima međunarodne zajednice (Kovaček Stanić, Samardžić 2014, 95–100) da žrtvama pojedinih krivičnih dela, u našem slučaju nasilja u porodici, pruži hitnu, blagovremenu i delotvornu zaštitu.

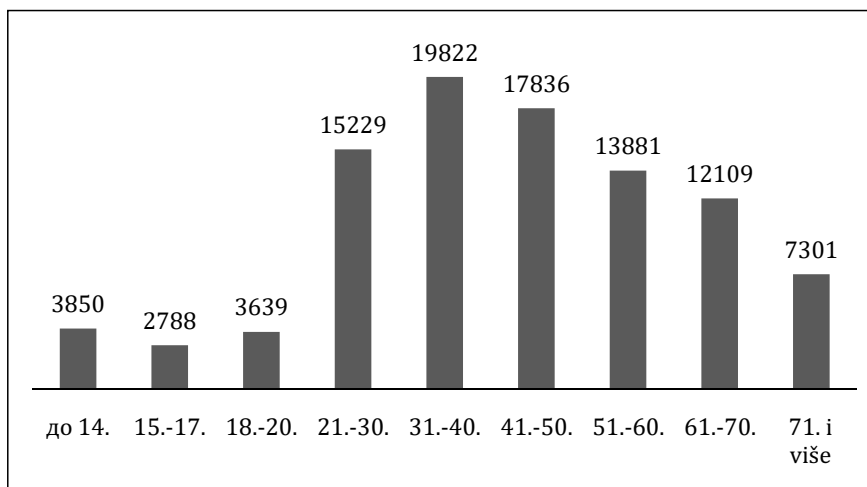
Zakon o sprečavanju nasilja u porodici koristi termin žrtva, ali ne sadrži određene žrtve nasilja u porodici. Na osnovu njegovih odredaba možemo zaključiti da je žrtva nasilja u porodici lice kome pretili „neposredna opasnost od nasilja“.

Grafikon 16.
Polna struktura žrtava, 2018–2020.



Posmatrajući polnu strukturu žrtava na prethodnom grafikonu, uočavamo da je u posmatranom periodu evidentirano ukupno 96.458 žrtava nasilja, i to 29% muškog i 71% ženskog pola.

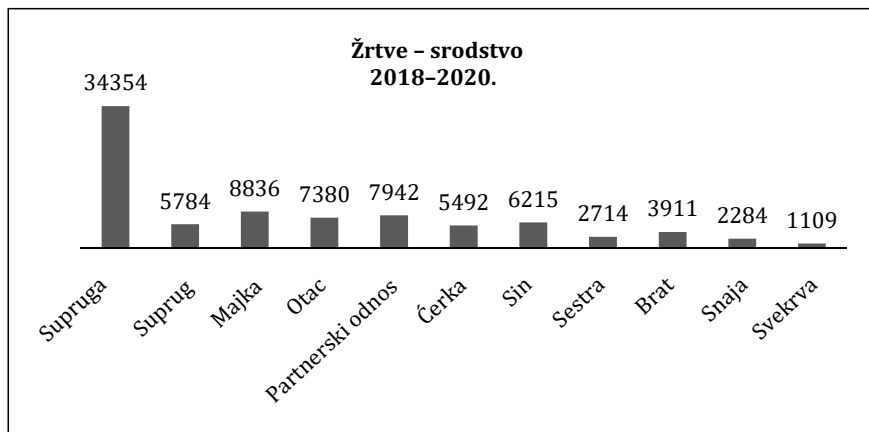
Grafikon 17.
Starosna struktura žrtava, 2018–2020.



Prema starosnoj strukturi, maloletnih žrtava je bilo 6.638 ili 6,88%. Do 14 godina starosti evidentirano je 3.850 žrtava, od 15 do 17 godina 2.788, od 18 do 20 godina 3.639, od 21 do 30 godina 15.229, od 31 do 40 godina 19.822, od 41 do 50 godina 17.836, od 51 do 60 godine 13.881, od 61 do 70 godine 12.109 i preko 71 godine 7.301 žrtva. Ranije smo zaključili da su mogući učinioci najčešće muškarci starosti od 31 do 50 godina života, dok iz dva prethodna grafikona vidimo da su žrtve najčešće žene istih godina života.

Najveći broj žrtava su supruge i to u 34.354 slučaja, majke – 8.836 slučajeva, očevi – 7.380, a partnerski odnos postoji u 7.942 slučaja. Čerke su bile manje puta žrtve od sinova i to u 5.492 slučaja, a sinovi u 6.215 slučajeva. Slično primećujemo i u odnosu prema sestri i bratu. Naime, sestre se pojavljuju kao žrtve u 2.714, a braća u 3.911 slučajeva. Snaje su zastupljene u 2.284 slučaja, a svekrve 1.109. Brojke koje se odnose na rođake, babe, tašte, tasta, zetove, dede, svekare, unuke, hranjenike, usvojenike, usvojioce, hranitelje nismo prikazivali. Takođe, uvek postoji određeni mali broj nespecificiranih i ostalih.

*Grafikon 18.
Brojno stanje žrtava prema srodstvu sa mogućim učiniocem,
2018–2020.*



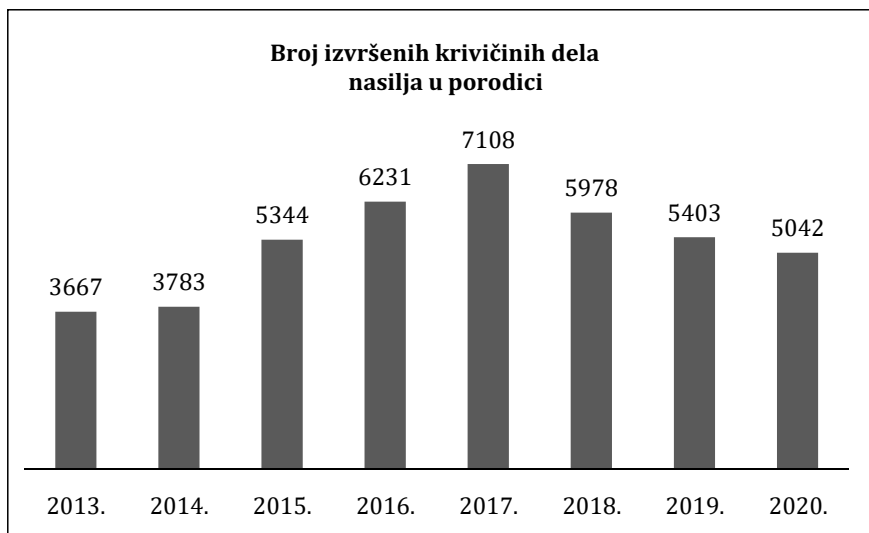
3. UTICAJ ZAKONA O SPREČAVANJU NASILJA U PORODICI NA BROJNO STANJE I KRETANJE KRIVIČNIH PRIJAVA ZA KRIVIČNO DELO NASILJE U PORODICI

Period od inkriminisanja krivičnog dela nasilje u porodici u krivičnom zakonodavstvu Srbije možemo podeliti na dva dela: prvi koji obeležava trend rasta broja krivičnih dela nasilje u porodici i drugi koji obeležava pad. Zanimljivo je da je vrh krive koji deli ta dva perioda obeležen početkom primene ZSNP. Postepen rast broja izvršenih krivičnih dela nasilja u porodici uočavamo do 2014. godine (Marković 2018, 193), onda uočavamo nagli skok koji traje do 2017. kada je evidentirano maksimalnih 7.108 krivičnih dela. Zatim, od 2018. godine dolazi do naglog pada. Smatramo da je prekid decenijskog trenda rasta broja krivičnih dela nasilja u porodici prvi pozitivan efekat novog strateškog usmerenja rada policije i drugih nadležnih državnih organa u toj oblasti. Suzbijanje nasilja u porodici je zamenjeno merama za njegovo sprečavanje, što je u skladu sa *ultima ratio* shvatanjem krivičnog prava. Krivično pravo i njegove odredbe, iako veoma korisne u suprotstavljanju kriminalitetu, imaju ograničeni karakter, što uostalom proizilazi iz osnovnih karakteristika krivičnog prava koje ukazuju na to da je ono akcesornog, fragmentarnog i supsidijarnog karaktera. Štiti pravna dobra koja su već konstituisana i određena drugim granama prava, i to samo od određenih oblika napada na njih. Normativna regulativa bračnih i porodičnih odnosa primarno podrazumeva primenu odgovarajućih

ustavnopravnih, porodičnopravnih, građanskopravnih i administrativnih propisa. Supsidijarno, brak i porodica štite se i krivičnim pravom (Stojanović, Delić 2013, 94).

U periodu 2013–2020. policija je evidentirala ukupno 42.556 izvršenih krivičnih dela nasilja u porodici.

Grafikon 19.
Brojno stanje i kretanje krivičnih dela nasilje u porodici,
2013–2020. (podaci MUP-a, 2021)



Na osnovu grafikona 19 možemo da utvrdimo da prekretnicu označava početak primene ZSNP. Godine 2017. imamo eskalaciju krivičnih dela nasilja u porodici, i to čak 7.108 slučajeva, sledi period značajnog opadanja, tako da je 2018. bilo 5.978 krivičnih dela, a trend smanjenja se nastavio 2019. godine sa 5.403 slučaja i 2020. sa 5.042 slučaja nasilja u porodici.

Što se tiče broja osuđenih lica za krivično delo nasilje u porodici vidimo da je on značajno manji od broja učinjenih krivičnih dela i podnetih krivičnih prijava. Jedan od razloga je i činjenica da veliki broj krivičnih prijava biva odbačen zbog nedostatka dokaza. Naime, u velikom broju slučajeva uspeh u krivičnom postupku javnog tužioca zavisi od oštećenog, koji je najčešće u ulozi privilegovanog svedoka i ne mora da svedoči pred organom postupka. Ne treba zanemariti ni činjenicu da se značajan broj postupaka okončava oslobađajućom presudom zato što oštećeni, koristeći svoje pravo i posle svedočenja u predistražnom postupku, na glavnom pretresu uskratiti svedočenje, a javno tužilaštvo prethodno nije prikupilo dovoljno materijalnih

dokaza da utemelji optužnicu. Javni tužilac u takvim i sličnim situacijama prilikom dokazivanja nasilja u porodici mora imati u vidu da se krivično delo nasilja u porodici goni po službenoj dužnosti i da gonjenje ne zavisi isključivo od saradnje sa oštećenim (prilivegovanim svedokom), a treba imati u vidu i stav sudija Vrhovnog kasacionog suda Republike Srbije, usvojen na sednici Krivičnog odeljenja od 15. marta 2017. godine, da se „u procesnoj situaciji kada privilegovani svedok, shodno odredbi čl. 94 ZKP koristi svoje pravo da ne svedoči, može (se) koristiti kao dokaz na kome se može zasnovati presuda – iskaz svedoka koji svedoči o onome što mu je privilegovani svedok rekao o krivičnopravnom događaju koji je predmet krivičnog postupka, jer svedok na taj način samo svedoči o činjenicama koje je svojim čulima opazio, a odredbama ZKP nije propisano da se ovakav iskaz ne može koristiti u postupku“ (Sinanović 2017, 91–108). Možemo da zaključimo da je kvalitet dokaza dostavljenih uz krivičnu prijavu veoma važan i da se ne sme svoditi samo na iskaze oštećenih.

Podatke o broju osuda za 2020. godinu još uvek nemamo, ali vidimo da je manji broj osuda 2019. nego 2018. godine. Očekujemo da će taj broj 2020. godine biti manji nego 2019.

Tabela 2.
Broj podignutih optužnica i osuda za nasilje u porodici
(podaci Republičkog zavoda za statistiku)

Član 194 KZ	2015.	2016.	2017.	2018.	2019.
Optuženja	2.104	2.386	3.077	3.385	2.984
Osude	1.778	2.065	2.713	2.974	2.627

4. ZAKLJUČAK

I pored brojnih kritika koje su u prethodnih nekoliko godina upućene pravnotehničkim manjkavostima, nomotehnici zakonadvca i neprihvatljivosti pojedinih pojmova u ZSNP ističemo nekoliko njegovih pozitivnih efekata.

Uspostavljeni su koordinacija nadležnih državnih organa i multisektorski pristup rešavanju problema nasilja u porodici na teritoriji cele Srbije.²⁷

²⁷ I pre tog zakona u pojedinim područjima je bila razvijena takva saradnja. Koordinirana zaštita i saradnja na nivou lokalne zajednice nadležnih državnih organa (predstavnik tužilaštva, područnih policijskih uprava, centra za socijalni

Omogućeno je hitno reagovanje i razdvajanje žrtve i mogućeg učinioca. Na hitnost postupanja svih nadležnih organa i ustanova, pre svega policije, radi zaštite žrtava jasno ukazuje veliki broj članova ZSNP u kojima se, u različitim jezičkim i gramatičkim oblicima, koriste termini: „hitne mere“, „hitnost“, „odmah“, „brzo“, „bez odlaganja“, „neodložno“, „blagovremeno“. Tako se termin hitne mere koristi 44 puta u 39 članova Zakona (Stevanović, Subošić, Kekić 2018, 158).

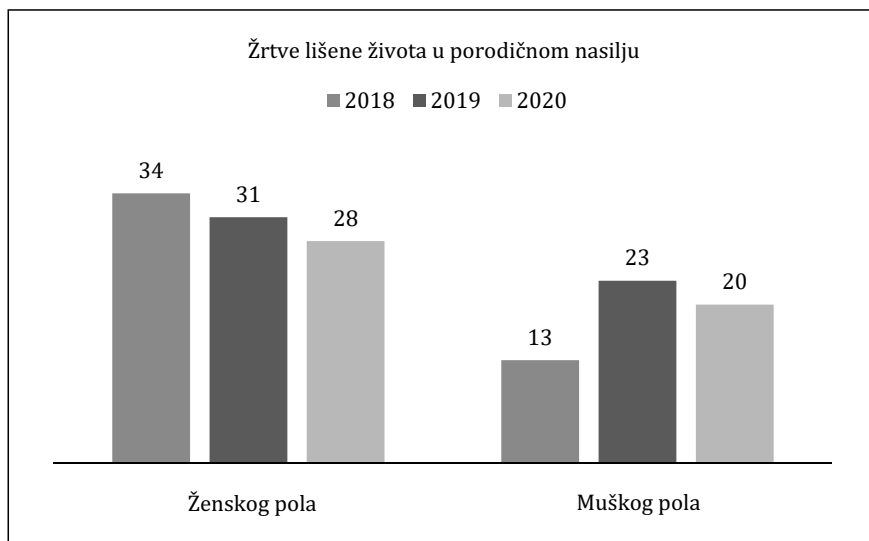
Broj evidentiranih krivičnih dela nasilja u porodici počeo je da se smanjuje početkom primene ZSNP. Takođe, opada i broj osuda za krivično delo nasilja u porodici. To utiče i na kvotu kriminaliteta za nasilje u porodici koja je na najnižem nivou u poslednjih šest godina bila 2020. godine.

Međutim, pažnju izaziva zabrinjavajuća brojka koja se odnosi na broj lica lišenih života u porodičnom nasilju. Naime, broj tih lica je ostao na sličnom nivou i nakon početka primene ZSNP.

Na grafikonu 20 je pokazano da se broj žena lišenih života smanjuje od 2018. godine, kada je života lišeno 47 lica (34 žena i 13 muškaraca), što je isto kao i 2017. kada je, takođe, lišeno života 34 žena i 13 muškaraca. Tokom 2019. godine u 48 zasebnih događaja evidentirane su 53 žrtve koje je života lišio član porodice, i to 31 žena i 22 muškarca, a 2020. godine 28 žena i 20 muškaraca. Prethodnih godina broj žrtava lišenih života u porodičnom nasilju kretao se u sličnim okvirima: najveći broj je bio 2013. (73 žrtve porodičnog nasilja koje su ubijene – 42 žene i 31 muškarac), a najmanje 2014. (43 žrtve – 28 žena i 15 muškaraca). Tokom 2015. godine u porodičnom nasilju je lišeno života 47 lica (35 žena i 12 muškaraca), a 2016. godine 54 lica (38 žena i 16 muškaraca).

rad i suda), u Zrenjaninu, na primer, postoji već deset godina, po uzoru na Dulut model. Zrenjaninski model zaštite od nasilja u porodici nastao je 2007. godine. Saradnja se realizuje na sastancima koji se održavaju jedanput nedeljno i kojima prisustvuju predstavnici Osnovnog javnog tužilaštva, Policijske uprave, Centra za socijalni rad, suda. Razmatrajući zajednički svaku prijavu događaja nasilja u porodici, predstavnici tih institucija na osnovu sveobuhvatne analize procenjuju da li će biti pokrenut krivični, prekršajni postupak i/ili parnični postupak. Ali to nije sve. Radi prevencije i zaštite od nasilja u porodici u Zrenjaninu je 2. jula 2014. potpisan sporazum o saradnji institucija u zaštiti žrtava nasilja u porodici i žena u partnerskim odnosima na području grada Zrenjanina. Dakle, saradnja je negde bila uspostavljena, ali imajući u vidu da je ona bila sporadična, pokazala se potreba za planskom, efikasnijom i efektivnijom saradnjom među institucijama na celom području Srbije (Kolarić, Marković 2019, 42).

Grafikon 20.
Polna struktura žrtava lišenih života u porodičnom nasilju



U slučajevima upućene kvalifikovane pretnje, kada imamo i sve elemente krivičnog dela, veliki značaj ima Grupa za koordinaciju i saradnju. Individualni plan zaštite bi mogao da obuhvati i fizičku zaštitu žrtve kada se osumnjičeni nađe na slobodi. Uočili smo da žrtve veoma retko ili uopšte ne prisustvuju sastancima na kojima se razmatraju predmeti nasilja u porodici, procenjuje njihova bezbednost i utvrđuju mere zaštite. Da li zamenik javnog tužioca koji predsedava Grupom za koordinaciju i saradnju daje mogućnost žrtvi da odluči da li će učestvovati u izradi plana? Prema odredbama ZSNP, „u izradi individualnog plana zaštite i podrške žrtvi učestvuje i žrtva, ako to želi i ako to dozvoljava njeno emotivno i fizičko stanje“. Teško je prihvatljivo da žrtve masovno odbijaju da učestvuju u izradi individualnih planova. Reč je o njihovoj bezbednosti, pa im je prevashodni interes da se zaustavi postojeće nasilje i spreči mogućnost njegovog ponavljanja. Verovatnije je da se ne pozivaju na sastanke. Zakonska procedura se sprovodi, ali suština i efekti mera iz planova pokazuju da se nakon nekoliko meseci od izricanja hitnih mera u određenom broju slučajeva nasilje ponavlja uz teške posledice. Efektivnost preduzetih mera se ne proverava iako je odredbama ZSNP predviđeno da se „individualnim planom zaštite i podrške žrtvi određuju izvršioc i konkretnih mera i rokovi za njihovo preduzimanje, kao i plan praćenja i procene delotvornosti planiranih i preduzetih mera“.

Takođe, mere porodičnopravne zaštite treba da budu više zastupljene, što zahteva veću aktivnost javnog tužilaštva i CSR. Cilj izricanja i produženja hitnih mera nije samo da se učiniocu nasilja odrede određene zabrane koje će

sprečiti nasilje u porodici u naredna 32 dana već da se nadležnim organima omogući dovoljno vremena da razmotre slučaj i donesu odgovarajuće mere trajnijeg karaktera. Nekada će to biti krivične sankcije, nekada porodičnopravne mere. Već smo utvrdili da javna tužilaštva neujednačeno postupaju u primeni PZ, mada se može dogoditi da istovremeno postoje i jedne i druge mere. Slično je primećeno u slučaju kršenja hitnih mera kada postoji prekršaj i postoji mogućnost da se u zahtevu za pokretanje prekršajnog postupka predloži izricanje zaštitnih mera po Zakonu o prekršajima.

U čl. 5 ZSNP, posmatrano legislativno-tehnički, izražen je prioritet odredaba ZSNP u odnosu na druge zakone. Dakle, on je *lex specialis za temu koju uređuje, odnosno primenjuje se prioritarno* na sprečavanje nasilja u porodici i u postupcima protiv učinilaca krivičnih dela određenih tim zakonom i na pružanje zaštite i podrške žrtvama nasilja u porodici i žrtvama krivičnih dela određenih tim zakonom. Taj zakon se, dakle, primarno primenjuje, dok se sekundarno, ako tim zakonom nije drugačije određeno, primenjuju Krivični zakonik, Zakonik o krivičnom postupku, Zakon o parničnom postupku (ZPP), Porodični zakon i Zakon o policiji.

Odredba čl. 5 je posebno važna sa stanovišta postupanja policije u slučajevima kada postoji osnov sumnje da je učinjeno krivično delo propisano Krivičnim zakonikom ili prekršaj iz oblasti Zakona o javnom redu i miru, a istovremeno je došlo do nasilja u porodici u smislu čl. 3, st. 3 Zakona.

Da li osnovi sumnje da je učinjeno krivično delo odgađaju primenu odredaba tog zakona? Dakle, ako su ispunjeni uslovi da se izvrši hapšenje i zadržavanje i eventualno određivanje pritvora po ZKP, s jedne strane, i postupanje po ZSNP (dovođenje i zadržavanje mogućeg učinioca u nadležnoj organizacionoj jedinici policije i donošenje naređenja o primeni hitnih mera), s druge strane, postavlja se pitanje čemu dati prednost ili postoji mogućnost primene oba zakonska teksta (Kolarić, Marković 2019, 84).

U čl. 15 je eksplicitno navedeno da nadležni policijski službenik mogućem učiniocu koji je doveden u nadležnu organizacionu jedinicu policije *mora* da pruži priliku da se izjasni o svim bitnim činjenicama, da prikupi potrebna obaveštenja od drugih policijskih službenika, da *odmah* proceni rizik neposredne opasnosti od nasilja u porodici i da, pod uslovima određenim ZSNP *izrekne hitnu meru za sprečavanje nasilja u porodici*.

Trebalo bi, ako pratimo tekst ZSNP, u svakom slučaju događaja nasilja u porodici pribegavati primeni najpre tog zakonskog teksta, hitno, blagovremeno i delotvorno razdvojiti žrtvu i mogućeg učinioca, što taj zakon omogućava i, ako su ispunjeni uslovi, tek onda ući u postupak po ZKP i KZ. Nažalost, iako je jedan od ciljeva ZSNP bilo ujednačeno postupanje nadležnih državnih organa, i dalje beležimo da strategije nisu iste.

LITERATURA

- [1] Bugarski, Tanja. 1/2018. Borba protiv nasilja u porodici u praksi nadležnih organa u Novom Sadu. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 52: 95–123.
- [2] Đurđev, Dušanka, Gordana Kovaček Stanić. 2/2014. Novine koje donosi Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 48: 93–115.
- [3] Ignjatović, Đorđe. 2008. Prevencija kriminaliteta kao svrha krivičnog zakonodavstva. 13–29. *Kazneno zakonodavstvo i prevencija kriminaliteta*, ur. Leposava Kron. Palić: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja.
- [4] Ignjatović, Đorđe. 2020. Viktimizacija u 21. veku. 319–345. *Oštećeno lice i krivičnopravni instrumenti zaštite*. Zlatibor: Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu.
- [5] Ilić, Goran. 2020. Uzimanje DNK uzoraka i pravo na privatnost u krivičnom postupku. 131–147. *Kaznena reakcija u Srbiji X deo*, ur. Đorđe Ignjatović. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- [6] Ivičević Karas, Elizabeta. 2020. Posebno ranjive kategorije žrtava kaznenih djela u hrvatskom kaznenom procesnom pravu – normativni okvir i praksa. 145–161. *Žrtva krivičnog dela i krivičnopravni instrumenti zaštite*, ur. Bejatović, Stanko. Beograd: Misija OEBS-a u Srbiji.
- [7] Kolarić, Dragana. 2018. Ustavnosudska zaštita u krivičnoj stvari – osvrt na zaštitu prava koja čine 'tvrdo jezgro' ljudskih prava. 47–82. *Organizacija pravosuđa i efikasnost sudske zaštite*, ur. Stanko Bejatović. Zlatibor: Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu.
- [8] Kolarić, Dragana. 2021. Jedan osvrt na primenu Zakona o sprečavanju nasilja u porodici u Republici Srbiji. 182–198. *Kaznena reakcija u Srbiji XI deo*, ur. Đorđe Ignjatović. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- [9] Kolarić, Dragana, Saša Marković. 1/2018. Pojedine nedoumice u primeni Zakona o sprečavanju nasilja u porodici. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 66: 45–72.
- [10] Kolarić, Dragana, Saša Marković. 2019. *Komentar Zakona o sprečavanju nasilja u porodici*. Beograd: Službeni glasnik.

- [11] Kolarić, Dragana, Saša Marković. 3/2021. Posamezni učinki uporabe Zakona o preprečevanju nasilja v družini kot enega izmed vidikov kriminalistično-strateškega nasprotovanja nasilja v družini v Republiki Srbiji. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo* 72: 264–279.
- [12] Lazić, Radovan, Svetlana Nenadić. 2017. Javno tužilaštvo pred izazovima Zakona o sprečavanju nasilja u porodici. 491–503. *Reformski procesi i Poglavlje 23 (godinu dana posle) – krivičnopravni aspekti*, ur. Stanko Bejatović. Zlatibor: Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu.
- [13] Marković, Saša. 2018. *Sprečavanje i suzbijanje nasilja u porodici*. Beograd: Službeni glasnik.
- [14] Marković, Saša. 2019. Strategija suprotstavljanja nasilju u porodici. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 53: 1081–1099.
- [15] Marković, Saša. 2020. Krivično delo nasilje u porodici i zaštita žrtava nasilja u porodici. 285–299. *Oštećeno lice i krivičnopravni instrumenti zaštite*. Zlatibor: Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu.
- [16] Ristivojević, Branislav. 2017. Nasilje u porodici i nad porodicom. *Nova srpska politička misao*. Jun 2017. <http://www.nspm.rs/kuda-ide-srbija/nasilje-u-porodici-i-nasilje-nad-porodicom.html>, poslednji pristup 14. jula 2021.
- [17] Ristivojević, Branislav. 2018. Da li je Zakon o sprečavanju nasilja u porodici zakazao. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 52: 137–153.
- [18] Roberts, R. Albert, Karel Kurst-Swanger. 2002. Police Responses to Battered Women, Past, Present, and Future. *Handbook of Domestic Violence Intervencion Strategies, Policies, Programs, and Legal Remedies*, ed. Albert R. Roberts. New York: Oxford University Press.
- [19] Sinanović, Biljana. 2/2017. Zaštita prava žrtava nasilja u porodici u krivičnom postupku i postupku za sprečavanje nasilja u porodici. *Bilten Vrhovnog Kasacionog suda*: 91–108.
- [20] Stevanović, Obrad, Dane Subošić, Dalibor Kekić. 2018. Specifične karakteristike Zakona o sprečavanju nasilja u porodici. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 52: 153–169.
- [21] Stojanović, Zoran. 2019. *Krivično pravo – opšti deo*. Beograd: Pravna knjiga.
- [22] Stojanović, Zoran, Nataša Delić. 2013. *Krivično pravo – posebni deo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Pravna knjiga.

Dragana KOLARIĆ, PhD

Full Professor, University of Criminal Investigation and Police Studies,
Serbia

Judge, Constitutional Court of the Republic of Serbia, Serbia

Saša MARKOVIĆ, PhD

Associate Professor, University of Criminal Investigation and Police
Studies, Serbia

**ANALYSIS OF THE IMPLEMENTATION OF THE LAW ON
PREVENTION OF DOMESTIC VIOLENCE**

Summary

In this paper we examine data related to the implementation of the Law on Prevention of Domestic Violence, between 2018 and 2020, provided by the Ministry of Interior of the Republic of Serbia, the Public Prosecutor's Office, and the courts.

The positive effects of the implementation of the Law on Prevention of Domestic Violence should be preventive – reducing incidents, reducing the number of crimes, raising awareness regarding the reporting of violence, better cooperation between state authorities in prevention and suppression of domestic violence, more consistent implementation of provisions of other laws directed at fighting domestic violence.

It has been noted that the competent state authorities implement legal provisions unequally, which causes the victims of domestic violence not to have the same possibilities in exercising their right to protection. A key cause of this issue has been varying practices by competent authorities in fighting domestic violence.

Key words: *Domestic Violence. – Prevention. – Urgent Measures. – Possible Perpetrator. – Victim.*

Article history:

Received: 14. 7. 2021.

Accepted: 2. 12. 2021.

Dr Goran DAJOVIĆ*

MOGUĆNOST REGULATIVNE FUNKCIJE SUDSKE VLASTI**

Oni aspekti stvari koji su za nas najvažniji prikriveni su jednostavnošću i svakodnevnosti. To ne možemo da primetimo — zato što nam je uvek pred očima.

(Vitgenštajn, par. 129)

Rasprava se sastoji iz dva dela. U njima se, respektivno, zastupaju dve osnovne teze. Prva je da sudske presude u razvijenim pravnim sistemima mogu da budu „izvori“ opštih pravila koja na obavezujući način regulišu odlučivanje sudova, a onda, sledstveno, i drugih pravnih subjekata, čak i ako nisu formalno priznate kao izvori prava. Druga je da one to treba da budu iz više razloga, od kojih su najvažniji predvidljivost i jednakost. U prvom delu rasprave se razmatraju koncepti podele vlasti, vrsta državnih funkcija i sudske vlasti. Zatim se izlažu razlozi zbog kojih sudska vlast može da vrši regulativnu funkciju i u pravnom sistemu u kojem joj ona nije formalno priznata. Najzad, kao ilustracija kako funkcioniše sistem u kojem sudovi vrše regulativnu funkciju, opisuje se primena

* Vanredni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, gorand@ius.bg.ac.rs.

** Osnovne ideje iz ove rasprave izložio sam na konferenciji „Sudstvo kao vlast“, koja je održana u Beogradu, 29. i 30. novembra 2019. godine, na Fakultetu političkih nauka, u organizaciji Centra za pravosudna istraživanja (CEPRIS), Centra za studije konstitucionalizma Fakulteta političkih nauka i Srpskog udruženja za pravnu i socijalnu filozofiju (IVRS). Zahvaljujem se Miodragu Jovanoviću, Danilu Vukoviću, Sofiji Mandić i drugim učesnicima i učesnicama konferencije na korisnim komentarima koje su tom prilikom izneli.

doktrine stare decisis u Sjedinjenim Američkim Državama, a u dodatku se analizira nekoliko odluka Ustavnog suda Srbije koje ukazuju na postojanja slične prakse u našem pravnom sistemu.

Ključne reči: *Podela vlasti. – Sudska vlast. – Regulativna i adjudikativna funkcija. – Precedent.*

1. UVODNE NAPOMENE

Jedan od povoda za nastanak ovog članka je ideja koja je bila u opticaju u diskusijama o promenama Ustava Srbije u oblasti pravosuđa, 2018. godine. Reč je o predlogu iz prvog radnog teksta amandmana prema kojem se „zakonom uređuje ujednačavanje sudske prakse“. To je bio pokušaj anonimnih pisaca nacрта amandmana da se u Ustav uvede sudska praksa kao formalni izvor prava, ali na pogrešan način, budući da se u javnosti s pravom podozrevalo da bi zakonom, koji se u Ustavu pominje, bilo formirano *nesudsko* telo koje bi se bavilo tim ujednačavanjem.¹ Domaća i inostrana stručna javnost je negativno ocenila taj predlog² i on se u potonjim verzijama nacрта amandmana više nije pojavljivao. Međutim, sama činjenica da se takav predlog pojavio, stvara potrebu da akademski pravnici ukažu na razloge zbog kojih je on naopak, a naročito da se što je moguće jasnije obrazloži koji bi predlog u pogledu statusa sudske prakse i, uopšte, sudskih presuda, kao izvora prava, bio moguć i poželjan.

Prema tome, tema sudske prakse i sudskih presuda³ kao izvora prava je, nesumnjivo, relevantna za domaću praksu. S druge strane, i u našoj pravnoj teoriji postoje zapažene analize uloge sudova u stvaranju prava.⁴ Međutim, cilj ove rasprave nije parohijalan, to jest vezan za domaću praksu i teoriju. Naprotiv, cilj je da se raščiste nedoumice i nesporazumi kada je u pitanju mogućnost, ali i poželjnost stvaranja prava od strane sudske vlasti, *generalno*

¹ Akcionim planom za sprovođenje Nacionalne strategije za reformu pravosuđa (tačka 2.7) predviđeno je formiranje takozvane sertifikacione komisije koja bi vršila tu nadležnost. <https://www.mpravde.gov.rs/files/Akcioni%20plan%20za%20sprowadjenje%20Nacionalne%20strategije%20reforme%20pravosudja%201.pdf>, poslednji pristup 22. novembra 2021.

² Up. Dajović (ur.) 2019, 27, 45, 85.

³ U nastavku rasprave, naglasak će biti na sudskim presudama, kao precedentima jer je sudska praksa, kao što će se argumentovati, „jaka verzija“ doktrine precedentna.

⁴ Još je znameniti Živojin Perić na samom izmaku 19. veka pisao o granicama sudske vlasti, a od radova iz druge polovine 20. veka up. Košutić 1973. U novije vreme Spaić 2018 i Zec 2020.

uzev.⁵ U tom smislu, teze u prilog kojih će se argumentovati su opšteg karaktera: (1) sudska vlast u razvijenom pravnom sistemu *može* da vrši regulativnu funkciju vlasti⁶, i to na specifičan način, (2) da li će sudska vlast tu mogućnost da iskoristi zavisi od nje same i (3) sudska vlast u razvijenom pravnom sistemu *treba* da vrši regulativnu funkciju vlasti.

Dakle, glavna teza je da sudska vlast nije (ili, preciznije, ne treba da bude) vezana samo za funkciju presuđivanja ili, kako to u nastavku rasprave nazivam, za adjudikativnu funkciju. Preciznije rečeno, teza je da (neke) njene presude ne (treba da) dejstvuju isključivo *inter partes*. Ipak, tako šturo formulisana, ona je suviše neodređena. Jer ako sudska vlast vrši još neku funkciju osim funkcije rešavanja sporova, kakva je to tačno funkcija? I u kom smislu, na koji način i s kojim domašajem sudska vlast tu funkciju (treba da) obavlja? Da bi se na ta pitanja odgovorilo, u ovom *prvom delu* rasprave najpre će se učiniti izvesna konceptualna razjašnjenja. Naime, potrebno je utvrditi sadržaj pojmova koji su „u igri“, a to su pojmovi podele vlasti, funkcije državne vlasti i sudske vlasti. To je razlog zbog kojeg se o podeli i vrstama (funkcijama) državne vlasti uopšte govori u prvom, a o sudskoj vlasti u drugom odeljku.

Sudska vlast donosi odluke na osnovu zakona i drugih opštih pravnih akata i one su obavezujuće za strane u sporu. Ta teza zvuči trivijalno, ali postaje netrivialna čim se funkcija sudske vlasti veže isključivo i samo za nju. Naime, sudovi odista ne bi nigde i nikad vršili regulativnu funkciju ukoliko se prihvata ideja da oni samo primenjuju pravo, silogistički podvođeci činjenice slučaja pod opšta pravila iz tekstova važećih opštih pravnih akata. Ipak, kao što je dobro poznato, teorijski je odavno napuštena Monteskejeova ideja o ništavnosti ili „nevidljivosti“ sudske vlasti, ili Blekstonova ideja da sudije nikad ne stvaraju već uvek primenjuju pravo (Hart 1958, 610). Zbog toga je konceptualno moguće da sudovi koji rešavaju sporove primenom prava, u (nekim) svojim presudama navode tvrdnje koje ne predstavljaju puko ponavljanje normi iz nekog opšteg pravnog akta, a koje (mogu da) imaju normativno dejstvo i na buduće slične slučajeve i mogu se podvesti pod

⁵ Iako je povod za pisanje ovog teksta bio, da tako kažem, lokalnog karaktera, argumenti i zaključci koji će se izložiti to nisu. Tvrdnja je da se oni odnose na razvijeni pravni sistem ili barem na razvijeni kontinentalni pravni sistem. Kako se ti zaključci mogu uklopiti u osobeni institucionalni i pravni okvir konkretnog pravnog sistema, pa i pravnog sistema Srbije, mora da bude predmet posebnog priloga.

⁶ U nastavku teksta insistiraću na takvom nazivu za funkciju *stvaranja* prava jer koncept stvaranja prava, zajedno s korelativnim konceptom primene prava, u teoriji proizvodi beskrajne kontroverze. Inače, termin „regulativna funkcija“ kod nas je, primera radi, koristio Slobodan Jovanović (up. Jovanović 1990, 188). On nije neuobičajen ni u stranoj literaturi, naročito u kulturama u kojima su sudske presude precedenti (up. Duxbury 2013, 4).

pojam opštih pravila ili standarda. Argument u prilog takve konceptualne mogućnosti, koji se tiče prirode tumačenja i primene prava, biće iznet u trećem odeljku.

Međutim, da li su ti opšti preskriptivni iskazi koji se mogu naći u obrazloženjima sudskih odluka važeće pravo? To, naravno, nije nužno. Ipak, nije konceptualno nemoguće reći da sudovi, rešavajući sporove, primenjuju ali u isto vreme, izričući takve iskaze, dopunjuju i razvijaju važeće pravo, *čak i u sistemima u kojima takva funkcija sudova nije formalno priznata*. Kada kažem da „nije formalno priznata“, to znači da sudska presuda nije izvor prava⁷ prema izričitom slovu nekog važećeg propisa, recimo ustava. Da li će neki pravni akt (međunarodni ugovor, zakon, podzakonski akt, sudska presuda itd.) biti izvor prava, to zavisi od njegovog važenja. A u skladu s Hartovom idejom o prirodi prava, važenje pravnih akata se utvrđuje na osnovu kriterijuma koji su sadržani u pravilu priznanja. Primera radi, u našem pravu bi pravilo priznanja (barem kada je reč o sudovima) moglo biti opisano odredbom Ustava koja propisuje, da se „sudske odluke... zasnivaju na Ustavu, zakonu, potvrđenom međunarodnom ugovoru i propisu donetom na osnovu zakona“ (čl. 145 st. 1 i 2 Ustava), odnosno ustavnim odredbama kojima se propisuje hijerarhiju pravnih akata u Republici Srbiji (čl. 194 i 195 Ustava). I u tom slučaju može se govoriti o formalno ili izričito priznatim izvorima prava. Međutim, pošto je, po svojoj prirodi, pravilo priznanja socijalno pravilo, koje postoji ukoliko je efikasno, ukoliko se vrši, jasno je da odredbe pisanog ustava koje su deo pravila priznanja ne moraju nužno da čine važećim *sve* norme pravnog sistema niti *sve važeće norme* nužno moraju biti važeće u skladu s tim ustavnim odredbama (Dajović 2010, 260). Drugim rečima, moguće je, kao što je to odista slučaj u nekim pravnim sistemima, da postoje i drugi kriterijumi važenja koji su deo pravila priznanja, a koji nisu izričito „opisani“ u formalno važećim pisanim pravnim aktima. Najpoznatiji takvi primeri su ustavne konvencije u Velikoj Britaniji ili opštepriznato ovlašćenje Vrhovnog suda da kontroliše ustavnost zakona u SAD i da tako utiče na važeće pravo.

Iz svega toga proizilazi da odgovor na pitanje da li će regulativna vlast sudova biti uspostavljena zavisi od njih samih, to jest od njihove prakse, a ne nužno od toga da li je ona formalnopravno priznata. U prilog te teze, u trećem odeljku će se izneti još jedan konceptualni argument – onaj koji se tiče prirode samog prava.

⁷ Izvori prava su, prema uvreženom shvatanju, pravni akti u kojima pravni subjekti „pronalaze“ opšte norme koje su velike premise u pravnom rasuđivanju i odlučivanju. Ili, u kontekstu ove rasprave, izvori prava su „skladišta“ opštih normi koje su sudije pravno obavezane da koriste kao osnove za svoje pojedinačne odluke.

Najzad, na kraju rasprave sledi kratak opis jednog pravnog sistema u kojima delovi sudskih presuda određenih sudova odista predstavljaju obavezujuće opšte norme koje su potonji sudovi dužni da primene u budućim sličnim slučajevima. Reč je o pravnom sistemu SAD. Taj opis je koristan jer može da ukaže na pravce u kojima bi konceptualna mogućnost regulativne funkcije sudske vlasti mogla da se pretvori u stvarnost i u pravnim sistemima u kojima ona to (još) nije. *Prvi deo* rasprave završava se ekskursom o ustavnom sudstvu, koje ne spada u sudsku vlast, kako se ona shvata u raspravi. Ipak, biće opisano nekoliko odluka Ustavnog suda Srbije, iz kojih se može steći uvid u značaj i domašaje vršenja regulativne funkcije od (para)sudskih organa u našem pravnom poretku.

2. KONCEPTUALNA POJAŠNENJA

2.1. Tri funkcije vlasti

Svaka politička zajednica mora da obavi izvesne zadatke kako bi opstala i napredovala. Primera radi, ona mora da očuva unutrašnju i spoljašnju bezbednost, da organizuje proizvodnju ili trgovinu dobara, da hrani i leči svoje članove itd. Da bi obavila te zadatke, ona mora, u okviru sebe, da uspostavi *vlast*, kao vrstu moći, to jest sposobnosti da se ljudi (ako treba i prinudom) privole na ponašanja na koja možda dobrovoljno ne bi pristali, koja je priznata ili legitimna (Hejvud 2005, 15).

U političkoj zajednici u nastajanju, vlast nužno izdaje pojedinačne naredbe članovima zajednice i rešava njihove sporove. Ona, drugim rečima, mora da obavlja, nazovimo to provizorno, upravnu⁸ i adjudikativnu funkciju. U literaturi je konstatovano da za postojanje jedne zajednice nije konceptualno nužno da vlast u njoj obavlja i regulativnu funkciju, to jest da unapred uspostavlja opšta pravila na osnovu kojih upravlja ili rešava sporove (Jovanović 1990, 37).

Takav „protorežim“ Džozef Raz naziva poretkom „apsolutne diskrecije“. Sistem apsolutne diskrecije sastojao bi se od jednog ili više donosilaca odluka, kojima se članovi „zajednice“ obraćaju za rešavanje sporova. Onaj ko donosi odluku poseduje autoritet da na konkluzivan način odluči o ishodu spora. Pri tome, ne postoje pravne ili običajne norme koje donosioci odluka moraju da primenjuje niti su obavezni da slede vlastite precedente. Oni zasnivaju svoje odluke na određenim razlozima za koje misle da su značajni, ali koji su to

⁸ U smislu upravljačke, a ne u smislu savremene upravne funkcije.

razlozi i u kojem pravcu će oni usmeriti konačnu odluku, to je stvar njihove apsolutne diskrecije (Raz 1979, 111–114, 173–175; Raz 1999, 137–141).⁹ U sistemu apsolutne diskrecije ne može se govoriti o postojanju pravnog sistema jer ne postoje opšte pravne norme kojima se reguliše ponašanje ni onih koji odlučuju ni onih koji im se pokoravaju. Rečju, u njemu nijedan „organ“ ne vrši regulativnu funkciju, koja se sastoji u donošenju, menjanju ili dopunjavanju opštih pravila ponašanja u zajednici.

Ipak, treba naglasiti da takvi režimi u čistom obliku nigde ne postoje, premda su neke empirijske inkarnacije političkih zajednica (i nekad i sad) bile manje ili više blizu takvom režimu. Jer, istorijski posmatrano, ne postoje političke zajednice u kojima ponašanje nije regulisano opštim pravilima (makar ona bila i religiozna ili običajna) ili, konceptualno gledano, u kojem ne postoji barem jedno običajno pravilo (prihvaćeno makar od dela zajednice) da su neko lice ili grupa „ovlašćeni“ da svojim naredbama ili „presudama“ upravljaju zajednicom, odnosno rešavaju sporove u njoj. U tom smislu, zajednica (makar i kao celina, u slučaju običaja) obavlja i regulativnu funkciju. Prema tome, svaka politička zajednica, obavlja svoje „poslove“, tehnički gledano, na tri načina ili putem tri funkcije koje se moraju vršiti, kako bi zajednica opstala: regulativne, upravne i adjudikativne.

Već je spomenuto da vlast u svakoj političkoj zajednici mora, na neki način, da bude priznata, da bi bila vlast.¹⁰ To znači da su odluke koje ona donosi autoritativne – obavezujuće na način da se ne mogu dovoditi u pitanje, da se ne mogu pobijati kontrarazlozima i da obično za njihovo kršenje sledi primena nekog oblika sankcije. Vlast može biti priznata iz različitih razloga. Međutim, kada se to priznanje uspostavlja na osnovu onoga što Hart naziva pravilom priznanja, može se reći da vlast postaje pravna vlast i da se u zajednici pojavljuje začetak onoga što nazivamo pravnim sistemom. Stoga, ostavljajući po strani istorijska i empirijska razmatranja, svrha rasprave nalaže da se pažnja posveti upravo zajednicama u kojima je uspostavljen zreo pravni sistem (u Hartovom smislu reči), to jest savremenim državama.

U savremenom pravnom poretku obavljanje tri funkcije vlasti poprima nove forme. Prvo, pojavom zrelog pravnog sistema, u političkoj zajednici se menja priroda regulativne funkcije. Radi se o funkciji donošenja opštih

⁹ Sebok pominje da je sličan sistem imao na umu Lon Fuller, kada je govorio o režimu nekontrolisane upravljačke diskrecije, kao opozitu njegovoj internoj moralnosti prava. Fuller je, tokom godina, imenovao kontrast između pravnog sistema i sistema apsolutne diskrecije različitim terminima, kao kontrast između razuma i volje, adjudikature i arbitrarnosti, prava i „menadžerskog upravljanja“ (Sebok 1998, 162).

¹⁰ Barem od jednog dela članova te zajednice koji je politički dominantan.

pravila na osnovu kojih se izdaju pojedinačne „naredbe“ i na osnovu kojih se rešavaju sporovi. Tu funkciju preuzima određena institucija u političkoj zajednici, a pravila koje ona donosi počinju jasno da se razlikuju i odvajaju od običajnih, moralnih ili verskih pravila. Naravno, u zajednici i dalje postoje upravna i adjudikativna funkcija, s tom razlikom što se one (ovo naročito važi za adjudikativnu funkciju) sada vrše u skladu s unapred donetim pravilima. Rečju, bez regulativne funkcije zajednica nije pravna, u savremenom smislu te reči,¹¹ kao što ni bez upravne i adjudikativne zajednica uopšte nije zajednica.

Najzad, u savremenim državama, tri opisane funkcije postaju državno-pravne funkcije i obično se nazivaju zakonodavna, izvršna i sudska, kako se zovu i organi koji dominantno obavljaju svaku od njih. Štaviše, kada govorimo o funkcijama ili granama državne vlasti, često se isti termin („vlast“) koristi da označi, kako jedinu državno-pravnu funkciju, tako i organ koji je obavlja. Na primer, isti termin – sudska vlast, koristi se da označi adjudikativnu funkciju i da označi sudove, kao organe vlasti koji tu funkciju obavljaju (Troper 2013, par. 5). Drugim rečima, *razlikuje se organsko od funkcionalnog značenja termina „vlast“*. Kako se savremeni model organizacije i vršenja osnovnih funkcija državne vlasti pojavio i kako on u praksi funkcioniše, tema je sledećeg pododeljka, posvećenog podeli vlasti.

2.2. Podela vlasti

Podela vlasti je jedna vrsta konstitucionalizovanog modela organizacije vlasti. Teorijsko uobličjenje tog modela najčešće se pripisuje Monteskejue. Naime, posmatrajući ustrojstvo vlasti u Velikoj Britaniji njegovog vremena i diveći se slobodi koju su uživali njeni građani, za razliku od ostalih ondašnjih Evropljana, Monteskje se zapitao na koji način se u državi ta sloboda može postići i garantovati. Imajući u vidu, pre svega, slobodu u granicama zakona i prava koju Englezi imaju, Monteskje je shvatio, tako barem glasi konvencionalno shvatanje, da zakone treba da donosi jedna, a da ih izvršava druga vlast, koje su međusobno specijalizovane i nezavisne (Troper 2013, par. 8). Na taj način bi jedna drugu uravnotežavale, a izbeglo bi se da se u rukama jednih istih ljudi stekne i moć donošenja i moć izvršavanja zakona, što je za Monteskjea bila sama definicija tiranije.

¹¹ Ipak, iako možda zvuči suvišno, treba napomenuti da se ta funkcija, *kao funkcija državne vlasti*, pojavljuje tek u savremenim državama jer adjudikativnu funkciju je država mogla da vrši i na osnovu pravila koje nije sama donela.

Međutim, problem sa specijalizacijom i potpunom nezavisnošću tri grane vlasti je, najpre, u tome što ona u praksi nije izvodljiva bez ozbiljnih problema u funkcionisanju države kao celine. I drugo, što je zakonodavna vlast, koja izražava volju države (dok egzekutivna i sudska vlast tu volju samo sprovode), *po prirodi svoje funkcije* nadmoćna nad druge dve vlasti (Troper 2013, par. 21–23, 35).

Iz tih razloga, Troper smatra da Monteskje nije zagovarao model podele vlasti, prema kojoj tri osnovne funkcije vlasti treba da budu u rukama tri različita *specijalizovana* i *nezavisna* organa vlasti.¹² Posmatrajući organizaciju vlasti u ondašnjoj Velikoj Britaniji, on je uvideo da je zakonodavno telo sastavljeno od dva doma koja se međusobno sputavaju i ne mogu da funkcionišu jedan bez drugog (od kojih je jedan zasnovan na demokratskom, a drugi na aristokratskom principu). S druge strane, oba doma su ograničena učesćem izvršne vlasti u zakonodavnom procesu – pravom veta i pravom predlaganja zakona. Dakle, nisu ograničene sámom izvršnom vlašću (u funkcionalnom smislu) jer ona, kao takva, ne može da ograniči zakonodavnu, budući da samo izvršava njenu volju, već sputane njenim delanjem *u vršenju same zakonodavne funkcije* (Troper 2013, par. 25).

Na osnovu takvih empirijskih uvida, Monteskje zaključuje da je najbolja predohrana protiv arbitrarne vlasti da se različite vlasti ne nađu u jednim istim rukama (Troper 2013, par. 27). Rečju, da bi postojala podela vlasti, dovoljno je da ne postoji stapanje, jedinstvo, sjedinjenje (funkcije) vlasti u jednim rukama. I stoga je poželjno ovo „uključivanje“ aktera jedne vlasti u vršenje druge vlasti (Claus 2005, 420).

Državna vlast koja poštuje takav princip organizacije vršenja sopstvenih funkcija (princip podele) neće biti arbitrarne već potčinjena pravu i na taj način bezopasna po slobodu svojih građana. Prema tom principu, dakle, bitno je da različite funkcije državne vlasti ne obavlja jedan isti organ. Reč je o čisto negativnom principu, koji ne zahteva da različite grane vlasti obavezno i isključivo budu poverene različitim i odvojenim organima.¹³ Jer,

¹² Međutim, postoje autori koji upravo takvu grešku spočitavaju Monteskejue (Claus 2005, 419, 420). Kako u fokusu članka nisu vrline i mane Monteskjeovih ideja o podeli vlasti nego kratak opis suštine tog modela u praksi, na razlozima za i protiv tačnosti njegovih uvida neću se zadržavati.

¹³ „Separation of power, then, was less significant in what it bestowed on the designated actors than in what it denied to other actors. Seating the primary exercise of a power in one actor did not give that actor *carte blanche* in the exercise of the power, it just denied the primary exercise of that power to others“ (Claus 2005, 424–425). U nastavku teksta ću pojedine citate navoditi na engleskom, i to u onim slučajevima kada bi se u prevodu izgubile nijanse izvornog značenja, koje su bitne za poentu zbog koje se citat koristi.

takav princip će biti zadovoljen i ako jedna grana vlasti, uz to što primarno vrši jednu funkciju, bude uključena i u vršenje druge funkcije vlasti (Troper 2013, par. 31).

Kako su se te ideje ovaplotile u praksi, najbolje se može videti na primeru ustava SAD iz 1787. godine. Naime, dok je u Velikoj Britaniji organizacija vlasti, koja je nadahnula Monteskeja, nastajala dugo i postepeno, a ne odjednom i promišljeno, američki očevi osnivači imali su nameru da Monteskejev teorijski model postane konstitucija nove nacije.¹⁴ Oni su imali jasnu predstavu o tome da je najbolja predohrana protiv tiranije da se svekolika državna vlast ustavom podeli na tri relativno jednake i relativno razdvojene grane, koje će biti u međusobnom balansu, tako da zakonodavna i izvršna vlast pretežno, ali uvek i uz asistenciju one druge, obavljaju svoje funkcije (Ervin 1970, 108).

Prema tome, u Americi nije uspostavljeno potpuno preklapanje između organa koji je specijalizovan za vršenje određene funkcije i same funkcije. Naime, ideja podele vlasti, onako kako ju je shvatio i izložio Monteskeje i kako su je u delo sproveli tvorci američkog ustava, ne podrazumeva potpunu specijalizaciju i nezavisnost međusobno odvojenih državnih organa, u smislu da se svaki od njih bavi jedino i isključivo „svojom funkcijom“. U tom smislu, Tomas Džeferson je primetio da „ovlašćenja vlade treba da budu tako podeljena i uravnotežena između nekoliko organa vlasti, da nijedan od njih ne može da prekorači svoje granice, a da ne bude efektivno kontrolisan i ograničen od drugih (organa)“.¹⁵

U skladu s rečenim, za podelu vlasti biće dovoljno učinjeno ako se vlast, na neki način, rasporedi među više različitih organa, koji se međusobno ograničavaju. Budući da se raspodela nadležnosti između državnih organa vrši ustavnim odredbama, nije neobično što u članu 16 francuske Deklaracije o pravima čoveka i građanina iz 1789. godine stoji: „Država u kojoj... nije utvrđena podele vlasti nema ustav.“¹⁶ To znači da nije u pitanju samo ideal – Deklaracijom se ne opisuje *dobar* ustav, ustav koji je dostojan da se zove

¹⁴ Da o tome nema sumnje, svedoči Džejs Medison, koji kaže: „The oracle who is always consulted and cited on this subject is the celebrated Montesquieu. If he be not the author of this invaluable precept in the science of politics, he has the merit at least of displaying and recommending it most effectually to the attention of mankind“ (Federalist, no. 47, prema Claus 2005, 429).

¹⁵ Up. Wood, Gordon S. 1998. *The Creation of the American Republic*. 2nd ed., 453, prema Claus 2005, 426.

¹⁶ „Toute société dans laquelle... la séparation des pouvoirs (n'est pas) déterminée, n'a point de constitution.“

ustavom. Njome se definiše ustav, *kao takav*. Na taj način, ustav, podela vlasti i vladavina prava postaju deo jedinstvenog političko-institucionalno-pravnog pejzaža, koji obezbeđuje slobodu čoveka i građanina.

A gde je u tom pejzažu mesto sudova i sudske vlasti, kao glavnih nosilaca adjudikativne funkcije? I kako se ta vlast vrši? Na ta pitanja ću pokušati da odgovorim u narednom odeljku, nakon što sumarno iznesem terminološke pouke iz upravo opisanih konceptualnih pojašnjenja.

2.3. Terminologija

Opis nastanka i razvoja ideje i prakse podele vlasti pokazuje da jednu državnu funkciju ne vrši isključivo jedan specijalizovani organ nezavisno od drugih organa, to jest da jedan organ (može da) učestvuje u vršenju više državnih funkcija. Primera radi, zakonodavnu funkciju ne vrši samo zakonodavni organ već se u nju uključuje i izvršna vlast. Ta činjenica nesumnjivo govori u prilog spomenutoj distinkciji između pojma vlasti u funkcionalnom i organskom smislu.

Osim toga, postoji još jedna važna distinkcija koja ide u prilog predloženom pojmovnom okviru. Primera radi, zakonodavna funkcija se ne poklapa s onim što nazivam regulativnom funkcijom. Naime, regulativnu funkciju vrši svaka *vlast* koja opštim pravnim normama unapred reguliše izvesnu oblast društvenih odnosa. A opšte pravne norme kojima se društveni odnosi regulišu nisu samo zakonske norme. Zbog toga treba jasno razlikovati regulativnu funkciju koju vrši zakonodavno telo od regulativne funkcije koju, primera radi, u pojedinim sistemima vrše sudovi.¹⁷

¹⁷ Inače, u našoj pravnoj teoriji, kao što je poznato, uobičajeno se govori o zakonima u materijalnom i formalnom smislu (na primer, Vasić, Jovanović, Dajović 2016, 256 i.d.). Ako se kao zakoni u materijalnom smislu definišu „akti koji sadrže opšte pravne norme kojima se zasnivaju ovlašćenja i obaveze pravnih subjekata“ (Vasić, Jovanović, Dajović 2016, 260), onda bi, primera radi, propisi koje donosi izvršna vlast (na primer, uredbе) mogli ponekad da imaju karakter zakona u materijalnom (ali ne i u formalnom) smislu. I onda bi se *regulativna funkcija generalno* mogla razumeti kao donošenje zakona *u materijalnom smislu*. Međutim, u raspravi se ne promovise takvo shvatanje jer ono, prvo, previše širi konvencionalno značenje reči zakon (koje se uobičajeno vezuje za akte predstavničkog tela) i, drugo, zato što sve opšte norme koje proishode iz vršenja regulativne funkcije nisu zakoni u materijalnom smislu. Najzad, ako se zakonodavna funkcija razume, kao što je u ovom kontekstu slučaj, kao zakonodavna i u organskom i u funkcionalnom smislu, to jest, kao funkcija donošenja propisa koji su zakoni i u materijalnom i u formalnom smislu, onda ima smisla takvu funkciju posmatrati kao podvrstu regulativne funkcije i razmotriti po čemu se ona razlikuje od regulativne funkcije koju (može da) vrši sudska vlast.

Na tom tragu, u anglosaksonskom pravnom sistemu, u kojem sudije formalno stvaraju pravo, povlači se jasna distinkcija između stvaranja prava putem zakona i stvaranja prava u sudskim presudama (Gardner 2001, 217). Obe se smatraju podvrstama regulativne funkcije, a u literaturi se navode, primera radi, sledeće razlike između njih. Prvo, zakonodavac stvara pravo *de novo* i vrlo često je reformski orijentisan u odnosu na postojeće pravo. Sudsko stvaranje prava je precedentnog i evolucionog karaktera jer je uvek u vezi s konkretnim pravnim pitanjem, čije se jasno rešenje ne nalazi u postojećem pravu (ni u zakonima ni u precedentima), ali se na njega naslanja i razvija ga. Drugo, postupak stvaranja zakona je tako udešen da, prilikom njihovog donošenja, zakonodavac ima u vidu širok spektar činjenica, različitih interesa i suprotstavljenih mišljenja, dok sudske procedure idu za tim da se, pre svega, obezbedi ispravna sudska presuda, a ne da se njome razrešavaju složena šira moralna i društvena pitanja, koja nadilaze okvire konkretnog spora. Iz toga proizilazi i sledeća razlika, a to je da zakonodavac sam odlučuje o pitanjima i odnosima koja će urediti zakonom, dok je sud strogo ograničen materijom konkretnog spora u kojem treba da presudi. Najzad, zakonske odredbe su formulisane u obliku kanonizovanih opštih pravila i u skladu s pravilima nomotehnike. Opšti preskriptivni iskazi u sudskim presudama su često, kako će se pokazati u nastavku, implicitna pravila ili su oblikovana kao standardi. Sudije, za razliku od zakonodavca, ne očekuju da se svaka njihova reč iz presude tumači, kao što se tumače zakonske odredbe, te stoga u njenom obrazloženju slobodnije i manje precizno formulišu razloge za presudu, koji eventualno postaju precedenti (Duxbury 2013, 12–18; Salmond 1966, 177 i.d.). Iz svih tih razloga, sudsko stvaranje prava ne može se nazvati zakonodavstvom.¹⁸ Ipak, to ne znači da ono nije podvrsta regulativne funkcije.

Da sumiram. Primera radi, zakonodavna vlast u organskom smislu je zakonodavno telo, u savremenoj državi najčešće predstavnički organ, skupština, parlament. Ali zakonodavnu vlast u funkcionalnom smislu ne vrši isključivo zakonodavni organ – u tome, kao što je pokazano, mogu da učestvuju i drugi organi vlasti (na primer, vlada ili šef države ili ustavni sud kao negativni zakonodavac). Nadalje, funkcija regulisanja društvenih odnosa putem opštih obavezujućih pravila ne svodi se na zakonodavnu funkciju – opšta pravna pravila i standarde (mogu da) stvaraju i sudovi i oni se razlikuju

¹⁸ Gardner smatra da ovde nije u pitanju samo verbalna ili razlika u formi. Ona ima značaj za niz teorijskopravnih i moralnih rasprava. Primera radi, on ističe da se retroaktivnost, koja je obično nepoželjna i uglavnom zabranjena, odnosi na zakonodavstvo, ali da ne može da se potegne kao argument protiv sudskog stvaranja prava jer ono predstavlja graduelno razvijanje već postojećeg (neretroaktivnog) prava (Gardner 2001, 217).

od zakonskih pravila i standarda po domašaju, obliku, načinu nastanka itd. Stoga se te dve različite funkcije stvaranja prava obuhvataju zajedničkim višim pojmom regulativne funkcije. Najzad, sudsku vlast u organskom smislu čine sudovi i, u funkcionalnom smislu, njihova glavna delatnost je presuđivanje – kao način rešavanja pojedinačnih sporova. Ali tu „sudsku“ funkciju, kako će se pokazati na samom početku narednog odeljka, niti je nekada vršila niti je danas vrši isključivo sudska vlast u organskom smislu. Stoga se funkcija rešavanja sporova i naziva adjudikativnom, a ne sudskom funkcijom. Prema tome, da bi se lakše napravile pojmovne razlike između onoga što se naziva sudska vlast i sudska funkcija, a što je od značaja za određenje regulativne funkcije sudske vlasti u modernoj državnoj organizaciji, smatram da, prvo, treba jasno razlikovati organsko od funkcionalnog značenja pojma vlasti i, drugo, da je umesno imenovati pomenute funkcije vlasti, kako je i predloženo, kao regulativnu i adjudikativnu, a ne kako je to uobičajeno, kao zakonodavnu i sudsku.

3. SUDSKA VLAST

3.1. Sudska vlast i podela vlasti

Adjudikativnu funkciju nisu uvek obavljali sudovi.¹⁹ U prošlosti, čak i kada je „vlast“ rešavanja sporova bila u rukama sudova, oni su samo po imenu bili slični sudovima kakvi postoje u savremenom pravnom sistemu. Sudovi srednjeg veka su, recimo, imali vlast da donose odluke u sporovima, ali ni po sastavu (načinu postavljanja „sudija“, njihovim svojstvima itd.) ni po načinu odlučivanja (načinu utvrđivanju činjenica, obaveznoj primeni prethodno postojećih pravila itd.) nisu ličili na savremene sudove. Primera radi, organ koji svoje odluke zasniva na takozvanom božjem sudu samo je po nazivu sličan današnjem sudu. Osim toga, adjudikativnu funkciju ni danas ne obavljaju isključivo sudovi (Fuller 1978, 354). Kao što je dobro poznato, u savremenim nacionalnim pravnim sistemima, a i na međunarodnom nivou, čest način rešavanja sporova je arbitraža, a u modernim državama, naročito u privatnim parnicama, porodičnim ili radnim sporovima danas se sve više koristi medijacija.

¹⁹ Nekad su uobičajeni načini „rešavanja“ sporova, primera radi, bili samopomoć ili medijacija (Hasnas 2005, 86), a postoje i mnogo neobičniji načini. Primera radi, u eskimskim zajednicama sporove između njenih članova rešava cela zajednica (selo), i to tako što parničari pevaju pesme pred saplemenicima, svaki o onom drugom, što je moguće duhovitije i podrugljivije, a onda prisutni odlučuju čija je pesma bila bolja i tako rešavaju spor i određuju „pobednika“ (Gluckman 1965, 183 i.d).

Kakve su to karakteristike savremenih sudova i sudskog sistema u celini koje ga čine tako osobenom pojavom u ljudskoj istoriji i koje su od značaja za određivanje funkcija savremene sudske vlasti?

Stvaranje sudske vlasti (u organskom smislu) teklo je postepeno (Tasić 1995, 236). Sudovi kakve danas poznajemo u konstitucionalnim demokratijama nastali su i razvijali se uporedo s idejom podele vlasti. A sama ideja podele vlasti je, kao što je prethodno rečeno, u tesnoj vezi s idejom formalnog ustava i vladavine prava. I to nisu samo napomene o pukim istorijskim činjenicama već se njima skreće pažnja da su upravo te ideje uticale na izgled i način funkcionisanja današnjih sudova.²⁰ Ipak, za položaj sudova u savremenom državnom pravnom poretku od presudnog je značaja kako se na njih reflektuju ideja i praksa podele vlasti.

U praksi je ta ideja prvi put primenjena u Ustavu SAD. Kao što je već spomenuto, misao-vodilja njegovih tvoraca bila je da se sloboda građana najbrže podriva ukoliko „celu“ jednu državnu funkciju vrši jedan isti organ. Stoga su se odlučili na ono što je već opisano kao delimično učešće jedne grane vlasti u obavljanju funkcije druge grane vlasti. Međutim, kada je na „dnevni red“ došla sudska funkcija, očevi osnivači su se opredelili da nju predaju u ruke odvojenoj i nezavisnoj, hijerarhijski organizovanoj organizaciji sudske vlasti (Claus 2005, 429).

Odvojenost i nezavisnost zasnivale su se na tome da prestanak sudijske funkcije (osim izuzetno) nije zavisio od odluka drugih grana vlasti, da njen budžet, takođe, nije bio podložan uticaju druge dve vlasti, da je postojao imunitet sudija tokom vršenja sudijske dužnosti (Troper 2013, par 8). Prema tome, očevi osnivači su smatrali da koncept podele vlasti pretpostavlja postojanje sudske vlasti „bez spoljnog uticaja bilo koje vrste i iz bilo kojeg izvora“ (Ervin 1970, 121). Sudije su na svojoj poziciji ostajale trajno, osim u slučaju „lošeg ponašanja“, koje se utvrđuje u proceduri impičmenta. To je bio jedini, labav i slab institucionalizovani uticaj, koji druge grane vlasti imaju prema sudskoj vlasti (Claus 2005, 429). Hamilton je, primera radi, branio takvo ustavno rešenje prema kojem sudije vrše svoju funkciju „during good behavior“, rečima da je ono „the citadel of the public justice and the public security“ (Hamilton, *The Federalist*, no. 78, prema Ervin 1970, 118). I premda su tvorci američkog ustava bili svesni da podela vlasti „neće stvoriti sudstvo sastavljeno od sudija koji su anđeli“ (Ervin 1970, 127) i koji neće donositi nepravedne ili pogrešne odluke, bili su svesni da takve sporadične presude

²⁰ Kako veli Tasić, „...pravo, ukoliko se više u njemu ostvaruje moralni element i vlada razum, izgrađuje sve više sud. Istinitost ovoga vidimo jasno u razvoju pravne države, jer njegova bitna karakteristika je baš ta da sud dobija sve veću ulogu“ (Tasić 1995, 237).

ne mogu da ugroze njihov fundamentalni naum da individualnu slobodu najbolje štiti nezavisno sudstvo sastavljeno od sudija koji su podložni samo Ustavu i zakonima, a ne bilo kojoj drugoj vlasti.

3.2. Organizacija i način rada sudske vlasti

Činjenica da je funkcija rešavanja sporova poverena posebnim i nezavisnim državnim organima, koji su obavezni i ovlašćeni da je vrše primenjujući važeće pravo novijeg je datuma. Ako izuzmemo engleski *common law* sistem, ona se vezuje za prve pisane Ustave. Tako, u Ustavu SAD, u članu tri, odeljak 1 propisuje da se „Sudska vlast Sjedinjenih Država poverava jednom Vrhovnom sudu i onim nižim sudovima koje Kongres može povremeno da određuje i ustanovljava“, a u sledećem odeljku stoji da se „sudska vlast prostire na sve slučajeve, po zakonu i pravičnosti, koji proističu iz ovog Ustava, zakona Sjedinjenih Država i ugovora koji su zaključeni ili koji će se zaključiti u skladu s njima“.²¹

O tome na koji način savremeni sudovi vrše svoju primarnu, adjudikativnu funkciju, jednu moguću sliku, koju navodim primera radi, dao je Lon Fuller. Ta slika je do izvesne mere preskriptivno „naslikana“ jer je Fuller nastojao da izdvoji elemente adjudikativne funkcije u njenoj idealnoj inkarnaciji. Tako postaje jasno kada se adjudikativna funkcija pretvara u „parazitsku ili pervertiranu formu adjudikacije“ (Fuller 1978, 381). Da bi jedan proces odlučivanja u nekom sporu predstavljao vršenje adjudikature, on, prema Fullerovom mišljenju, mora biti (1) adverzijalan, (2) treba da ga vodi sud koji ga normalno ne inicira, (3) koji je nepristrasan, (4) koji teži da svoju odluku zasnuje na dokazima i argumentima koje prezentuju strane u sporu i (5) koji tu odluku obrazlaže. Najзад, (6) ta odluka mora imati retroaktivno dejstvo²², premda može, uz to, imati i prospektivne efekte (Fuller 1978, 382–391).

Jasno se vidi da su neki od elemenata koje Fuller nabraja, konceptualno nužni (ako se ima u vidu ustavni model podele vlasti i priroda adjudikativne funkcije), poput nezavisnosti, nepristrasnosti i retroaktivnog dejstva sudskih odluka, neki su empirijski kontingentni, ali sveprisutni, kao što je obrazlaganje odluka, ali neki i nisu (na primer, adverzijalnost). Postoji i jedan element koji Fuller izričito ne navodi, ali ga podrazumeva, a on se tiče

²¹ Ustav Republike Srbije proklamuje da „sudska vlast u Republici Srbiji pripada sudovima opšte i posebne nadležnosti“ (čl. 143 Ustava RS).

²² Retroaktivno, u smislu da utvrđuje pravne posledice (prava, obaveze, odgovornosti) u odnosu na pravne činjenice koje su nastupile, a ne koje će tek nastupiti.

vezanosti sudske vlasti zakonima i pravom. Pošto su taj poslednji elemenat i jedan Fulerov, koji se tiče obaveze obrazlaganja sudskih odluka, posebno važni za glavne teze ovog teksta, u nastavku ću vrlo sumarno prikazati njihove karakteristike.²³

3.2.1. *Sudske odluke se donose na osnovu prava*

Iako se smatra trivijalnom i uzima zdravo za gotovo, okolnost da sud donosi odluku u sporu na osnovu prethodno postavljenih opštih obavezujućih pravnih pravila koje se nalaze u formalnim izvorima prava²⁴ tekovina je novijeg datuma. Danas se podrazumeva da sud, prilikom donošenja presude, treba na utvrđeno činjenično stanje da primeni merodavno pravo. U sudskom postupku, sud utvrđuje *konkretno* činjenično stanje i da li se ono podudara s *apstraktnim* činjeničnim stanjem (stanjem koje je apstraktno opisano u pravnom propisu, kao uslov za nastupanje normativne posledice). Jer, apstraktno i konkretno činjenično stanje načelno nisu podudarni. Drugim rečima, sud treba da „podvede“ (ili ne „podvede“) utvrđene konkretne činjenice pod apstraktne pojmove koji te činjenice opisuju u pravnom aktu, odnosno, kako to pravnici kažu, da izvrši pravnu kvalifikaciju činjenica. Rečju, da bi rešio spor, sudija treba da odgovori na dva pitanja: na faktičko i pravno. Faktičko pitanje, provizorno formulisano, glasi: šta se zbilo ili zbiva, to jest kakvo je činjenično stanje stvari na koje treba primeniti merodavno pravo? S druge strane, pravno pitanje je (1) da li za utvrđeno činjenično stanje postoji i, ako postoji, koja se pravna posledica odnosi na to činjenično stanje. Osim toga, treba razumeti (2) značenje teksta merodavnog opšteg pravnog akta, što znači da se on mora protumačiti u kontekstu utvrđenog činjeničnog stanja na koje se primenjuje, i to tako što se upoređuje značenje protumačenih opštih pojmova iz pravnog akta s utvrđenim činjenicama. Konačno, ukoliko pod protumačene pojmove iz norme utvrđeno činjenično stanje može da se podvede, donosi se odluka o pravnim posledicama u konkretnom slučaju (Dajović 2018, 140–141).

²³ Iole informisanom čitaocu može se učiniti da su ovo truizmi koje nema potrebe pominjati, slično ponećemu o čemu je bilo reči u prethodnom poglavlju ili nećemu o čemu će se tek govoriti. Ali ako ti truizmi vode do zaključaka o regulativnoj funkciji sudske vlasti koji se, u najmanju ruku, smatraju spornim, onda ima smisla da se barem spomenu. Uostalom, na smisao takvog postupka ukazuje i Vitgenštajnova sentenca sa samog početka.

²⁴ „Sudske odluke se zasnivaju na Ustavu, zakonu, potvrđenom međunarodnom ugovoru i propisu donetom na osnovu zakona“ (čl. 145, st. 1 i 2 Ustava RS).

3.2.2. Sudske odluke su javne i obrazložene

Da odluka suda ne bi izgledala kao arbitrarna, nije dovoljno samo da je zasnovana na merodavnom pravu i relevantnim činjenicama već i da je obrazloženo zašto je zasnovana na pravu i kako su relevantne činjenice utvrđene. U mnogim nacionalnim pravnim sistemima, obaveza obrazlaganja presude je propisana zakonom. Tako, primera radi, Ustavom Španije (čl. 120, st. 3) sudovi se izričito obavezuju da obrazlože svoju presudu, a u Zakon o građanskom postupku iste države (čl. 357) navodi se da „presude moraju biti jasne i precizne i... moraju navesti razloge za i protiv tuženog i odlučiti po svim osporavanim tačkama koje su bile predmet argumentacije“. Slično tome, i u Srbiji, prema Zakoniku o krivičnom postupku, sud će „navesti kojim razlozima se rukovodio pri rešavanju pravnih pitanja, a naročito pri utvrđivanju da li postoji krivično delo i krivična odgovornost optuženog i pri primenjivanju određenih odredaba zakona na optuženog i njegovo delo“ (čl. 361, st. 1, tač. 7). Uz to, bitna povreda odredaba krivičnog postupka postoji „ako je izreka presude nerazumljiva, protivrečna sama sebi ili razlozima presude, ili ako presuda nema uopšte razloga...“ (čl. 368, st. 1, tač. 11).

U svojoj praksi, Evropski sud za ljudska prava (ESLJP) je na neki način otišao i korak dalje kada je u pitanju pravni „status“ obrazloženja sudske presude. Naime, imajući u vidu princip vladavine prava, koji je osnovno načelo Konvencije, ESLJP je zauzeo stav da poštovanje člana 6 evropske Konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (pravo na pravično suđenje) podrazumeva i *pravo na obrazloženu presudu*. Rezon ESLJP je sledeći. Princip vladavine prava iziskuje da se izbegne arbitrarno presuđivanje. Da bi se ono izbeglo, treba, između ostalog, uspostaviti pravo na obrazloženu presudu. Da bi to pravo bilo efektivno, presuda se mora obrazložiti validnim i dovoljnim (odgovarajućim) razlozima. Razlozi su validni ako se zasnivaju na datom pravnom sistemu i ako su dovoljno jasni da ih (a) javnost razume i (b) da ih stranke razumeju, kako bi mogle da iskoriste pravo na pravni lek. Razlozi su dovoljni (odgovarajući) ako odgovaraju na glavna pravna i faktička pitanja i ako odgovaraju na glavne argumente stranaka.²⁵

U praksi ESLJP se, takođe, često isticalo i preciziralo koje su funkcije obrazloženja presude. Prva funkcija je da istakne razloge na kojima se odluka zasniva. Ti razlozi se tiču rešenja pravnog i faktičkog pitanja koja su

²⁵ „Pravo na obrazloženu presudu je pravo na poznavanje bitnih razloga i jasno i izričito obrazloženih stavova suda o činjeničnim i pravnim pitanjima a na osnovu kojih je presuda doneta. Nije dovoljno da je stranka samo upoznata s odlukom suda, nego je sud dužan da da izloži razloge zbog kojih je doneo baš takvu presudu“ (*Ruiz Torija v. Spain*, 1994, § 29–30). To znači da „presude moraju na adekvatan način da izlože razloge na kojima su zasnovane“ (*Suominen v. Finland*, 37801/97, § 36).

dovela do odluke i ti razlozi su u savremenom pravnom poretku, u osnovi, *racionalni* (Roberts 2011, 235). Druga funkcija je usmerena ka strankama kojih se odluka tiče. Samo odluka u kojoj se ističu razlozi zbog kojih je doneta omogućuje zainteresovanim subjektima da ocene da li je razložno da tu odluku osporavaju žalbom pred višim organom. Treća funkcija je da javnost razume zbog čega je presuda doneta i da se time ojača poverenje javnosti u pravosudne institucije.

Međutim, za temu ove rasprave naročito su značajne sledeće funkcije. Prva od njih je da obrazlaganje sudskih odluka ide za tim da svede na što manju meru donošenje pogrešnih ili nedovoljno dobrih odluka. Ne proističe samo dobro obrazloženje iz logički ispravnog rasuđivanja već i sama obaveza obrazlaganja doprinosi ispravnosti rasuđivanja jer omogućava sudiji da sagleda eventualne propuste u rasuđivanju. Takođe, mogućnost pobijanja odluke pred višom sudskom instancom dodatno motiviše sudove da pruže što uverljivije razloge za sopstvenu presudu i da zakonito i racionalno presuđuju. Najzad i najvažnije, poslednja funkcija obrazlaganja je ujednačavanje sudske prakse. Jasno i razložno obrazloženje doprinosi da se u sličnim situacijama donose iste odluke, što doprinosi uniformnoj primeni prava i većoj pravnoj sigurnosti (Dajović, Spaić 2016, 48).

4. MOGUĆNOST REGULATIVNE FUNKCIJE SUDSKE VLASTI – KONCEPTUALNI POGLED

Nakon izlaganja o položaju i funkcionisanju sudske vlasti u savremenim pravnim sistemima ostaje da se objasni kako u takvom sistemu sudovi, prilikom vršenja adjudikativne funkcije, *moгу* putem sudskih presuda da stvaraju obavezujuća opšta pravila. Ili, preciznije, da u obrazloženjima svojih presuda formulišu iskaze koji su podobni da budu obavezne opšte norme, čak i ako sudske presude nisu formalno, izričito priznate kao izvor prava.

Iz onoga što je rečeno u prethodnom odeljku jasno proizilazi da pravni poredak čine zakonska i druga opšta pravna pravila koja su savremeni sudovi obavezni da primenjuju prilikom rešavanja sporova. To znači da sudije ne donose presude na osnovu razmatranja svih mogućih razloga koji bi se inače mogli razmatrati prilikom rešavanja spora kada pravna pravila ne bi postojala. Stoga je moguće da odluka sudije bude drugačija od odluke koju bi on u istom sporu doneo primenjujući, recimo, moralne norme, a ne važeće pravo.²⁶

²⁶ „Ističe se da naš posao jeste (ili bi trebalo da bude) da zakone koje donose predstavnici naroda samo primenjujemo, a ne i da ih dopisujemo i menjamo. Sudija kojem se dopada svaka odluka koju donese, vrlo verovatno je loš sudija, jer radije

Takav odnos sudija prema važećim pravnim normama, međutim, sam po sebi, ne može da nam pruži odgovor na jedno važno pitanje u vezi sa sudskom vlasti: (1) koliku slobodu sudija (treba da) ima prilikom primene opštih pravila na konkretan slučaj? Ili, drugim rečima, kolike su i kakve tačno granice koje mu zakonodavac (ili drugi normotvorac) postavlja prilikom odlučivanja? Ukoliko je odgovor na to pitanje da se mogućim i poželjnim smatra kako sudije prilikom presuđivanja mogu, a katkad i moraju kao razloge za svoje presude da navode pravila ili principe koji prethodno nisu postojali u formalno priznatim izvorima prava i koja su sami „stvorili“, (2) da li je moguće da ta pravila (ili principi) budu obavezujuća za buduće slične slučajeve, nezavisno od njihovog formalnopravnog statusa u konkretnom pravnom sistemu? Na pitanja (1) i (2) će se odgovoriti u ovom odeljku.

4.1. Preduslov za regulativnu funkciju sudske vlasti – razlog iz prirode rešavanja pravnog pitanja

U prethodnom odeljku sam posebno naglasio dve karakteristike vršenja adjudikativne funkcije od strane savremenih sudova: sudovi presuđuju u skladu s unapred poznatim opštim zakonskim normama i sudovi su obavezni da obrazlože presudu. Ova *druga* karakteristika očigledno ide u prilog ideji da sudovi, prilikom vršenja adjudikativne funkcije, mogu da vrše regulativnu funkciju²⁷ jer u obrazloženjima mogu da navedu normativne razloge koji su ih vodili do presude, a da to nisu već važeće opšte pravne norme. Ali mogu li oni to odista da čine ako odluke donose u skladu s već važećim opštim pravnim normama?

Kao što je dobro poznato, Monteskje je smatrao da ne mogu. Prema njegovom mišljenju, sudska vlast je samo „glasnogovornik zakona“²⁸, vlast koja samo izgovara reči iz zakona.²⁹ I na kontinentu se, iz „opsednutosti idejom

donosi odluke koje mu se dopadaju, nego one na koje ga pravo obavezuje“ (deo izdvojenog mišljenja Nila Gorsuča, sudije Vrhovnog suda SAD, u presudi *A.M. v. Holmes Nos*, 14–2066, 14–2183 [10th Cir. 2016]).

²⁷ Da bih otklonio potencijalnu zabunu, naglašavam da je tema rasprave vršenje regulativne funkcije sudske vlasti, *prilikom njenog vršenja adjudikativne funkcije*. U mnogim pravnim sistemima postoje organi koji se mogu smatrati sudovima ili tribunalima, koji vrše adjudikativnu funkciju, a osim nje, vrše i posebnu regulativnu funkciju. Međutim, oni nisu u fokusu mog interesovanja jer obično (1) nisu deo sistema sudske vlasti u organskom smislu reči i zato što (2) vrše regulativnu funkciju odvojeno od vršenja adjudikativne funkcije.

²⁸ [T]he judges of the nation are... only the mouth that pronounces the words of the law, inanimate beings who can moderate neither its force nor its rigor“ (Montesquieu. 1989 [1748]. *The Spirit of the Laws*, trans. and ed. A. M. Cohler, B. C. Miller, H. S. Stone. Cambridge University Press, 163, prema Duxbury 2013, 9).

podele vlasti“ (Hart 1958, 610), uvrežila sudijska ideologija prema kojoj je posao sudije da primenjuje, a ne da stvara pravo, a to je onda, prirodno, vodilo ka tome da se u teoriji pojavi ono što se, neprecizno, naziva formalizmom u primeni i tumačenju zakona. U skladu s takvom „sudijskom ideologijom“, funkcije i obaveze sudija su ograničene isključivo na primenu prava kakvo ono jeste. Prema jednom pogledu „sa strane“ na takvo shvatanje sudske vlasti, „[o]n this account, the judicial role is minimally interpretive or evaluative; it is almost entirely instrumental. Of course, even judges in this... category must engage in some interpretation or evaluation when determining whether a statute... should apply to a given set of facts. But this interpretation or evaluation is not supposed to be especially reflective or creative. I will call this interpretation of the judicial function ‘instrumentalist.’“ (Edlin 2010, 127).

Međutim, problem s formalizmom je u tome što se njime ne objašnjava na adekvatan način ono što sudije (barem u jednom broju slučajeva) uistinu rade. Danas retko ko osporava da identifikovanje i primena prava zahteva neki oblik vrednovanja koji otvara prostor za sudijsku „kreaciju“. Prvi razlog za to je što u pojedinim slučajevima značenje (norme) nije određeno i što tekst važećih pravnih akata ne pruža jasan ili ne pruža nikakav odgovor na konkretno pravno pitanje. Osim toga, shvatanje značenja pravnog propisa zavisi od društvenih shvatanja o svrhama propisa i od socijalnih i lingvističkih konvencija, a sve one se menjaju, iako tekst propisa ostaje isti (Hart 1994, 128–129; Tamanaha 2010, 178). Stoga se u određenim slučajevima može, zajedno s Kelzenom, konstatovati da su „Zakoni... tako-reći, samo polufabrikat koji se dovršava tek sudskom presudom i njenim izvršenjem... Sud ne formuliše inače već postojeće pravo. Njegov rad se ne sastoji samo u ‘traženju’ i ‘nalaženju’ prava koje postoji pre presude“ (Kelzen 1951, 138–139).

Kada se tim nespornim datostima funkcionisanja savremenih sudova pridoda činjenici da njihove odluke autoritativno i (u slučaju vrhovnih sudova) konačno rešavaju konkretan spor, onda skepticizam prema formalizmu

²⁹ Posebno pitanje je da li je Monteskje, kada je govorio o sudskoj vlasti u Velikoj Britaniji, na osnovu čije prakse je i formirao svoj stav o „ništavnosti“ sudske vlasti, mislio na „vlast“ porote, to jest na vlast koja u sporu rešava faktičko pitanje. Ako jeste, onda je njegov uvid bio ispravan jer „vlast“ porote jeste politički beznačajna, ne utiče na dopunu ili stvaranje prava i tiče se samo stranaka u sporu (Claus 2005, 422, 430). Ipak, ostaje činjenica da on nije razumeo prirodu *common law* ni ulogu engleskih sudova u njegovom nastanku i razvoju, kao ni regulativnu funkciju koju sudovi, igrajući tu ulogu, vekovima vrše (Claus 2005, 420). Svakako da je kritici podložno i to što Monteskje nije uvideo da se doktrina precedenta primenjuje i na sudsko tumačenje autoritativnih tekstova (Claus 2005, 431).

postaje još više opravdan.³⁰ Jer kada odluka suda, koja iz iznetih razloga u jednom slučaju može da bude i ovakva i onakva, manje ili više u skladu s tekstem ili svrhom propisa, jednom postane pravosnažna, nepromenljiva je i predstavlja autoritativno iskazanu volju suda da tekstu pravnog akta pripiše značenje utvrđeno presudom. Institucionalna samostalnost i nezavisnost sudske vlasti, koja je opisana u drugom odeljku, autoritet te volje samo još dodatno osnažuje.

Prema tome, ako se pretpostavi da je tumačenje prava aktivnost koja postoji prilikom svake primene prava³¹, formalizam može ispravno da opiše *samo* ono što se dešava u nespornim, lakim, jednostavnim slučajevima primene prava. Međutim, postoje i slučajevi u kojima dolazi do sporova povodom pravnog pitanja, koji su, kako veli Hart, „nepotpuno pravno regulisani, (i) kod kojih sudija ima neizbežan ‘dopunski’ zadatak da stvara pravo, tako da što se objektivnog prava tiče, mnogi slučajevi mogu da budu rešeni na jedan, ili na drugi način“ (Hart 1994, 274).³² To su takozvani „teški“ slučajevi.

Postoji više razloga za postojanje teških slučajeva³³, od kojih su za ovu raspravu najrelevantnija dva, koja su već nagoveštena. To su jezička neodređenost³⁴ i difizibilnost (oborivost, otklonjivost) pravnih normi.³⁵

³⁰ Taj skepticizam najbolje sažima čuvena fraza biskupa Hodlija: „Ko god ima apsolutnu vlast da tumači bilo koji pisani ili rečju izraženi zakon, to je onaj koji je u svakom pogledu zakonodavac, a ne onaj koji ga je prvi napisao ili izgovorio“ (Hoadly, Benjamin. 1717. *A Sermon Preach'd before the King at the Royal Chapel at St. James's on Sunday March 31.* 3rd ed., 12. London: printed for James Knapton, prema Duxbury 2013, 19).

³¹ Što je ideja koja je daleko od opšteprihvaćene. Zapravo, na drugom mestu zastupa se stav, doduše iz didaktičkih, a ne iz teorijskih razloga, da je tumačenje aktivnost čiji je ishod utvrđivanje normativnog značenja pravnog teksta *u spornim slučajevima* (Vasić, Jovanović, Dajović 2016, 326 i.d.). Ipak, u kontekstu ove rasprave ta teorijska kontroverza nije od značaja jer nijedno od dva stanovišta ne poriče da je, barem u nekim slučajevima, tumačenje „kreativna“ aktivnost koja može da dopunjava i razvija važeće pravo.

³² Slično veli i Raz: „Because of the vagueness, open texture, and incompleteness of all legal systems there are many disputes for which the system does not provide a correct answer. Even if it rules out certain solutions as wrong, there are others which are neither wrong nor right in law“ (Raz 1979, 113).

³³ Razlozi za pojavu teških, spornih slučajeva opširno su opisani u Vasić, Jovanović, Dajović 2016, 329–337, iako se koristi donekle drugačija terminologija u odnosu na ovu koja je spomenuta u tekstu.

³⁴ Dva osnovna oblika jezičke neodređenosti su nejasnost i višeznačnost. Jedan izraz je nejasan kada „postoje neke pojave (*subjects*) koje nesumnjivo obuhvata (pozitivni kandidati), neke pojave koje nesumnjivo ne obuhvata (negativni kandidati) i treća klasa pojava za koje se sa sigurnošću ne može reći da pripadaju prvoj ili drugoj grupi pojava (neutralni kandidati)“ (Alexy, Dreier 1991, 74–75). Stoga takvi izrazi ne dele na klasičan semantički način sve pojave koje denotiraju

U prvom slučaju, do sporova povodom pravnog pitanja dolazi zbog nesavršenosti jezika (bilo prirodnog, bilo pravnotehničkog). U drugom slučaju, jezik pravila koje treba primeniti je određen, ali je krajnji ishod primene u konkretnom slučaju na neki način pogrešan, apsurdan ili nepravičan.³⁶

Najposle, očigledna je činjenica da se iz tih razloga, fenomenološki posmatrano, može uočiti da savremeni sudovi prilikom vršenja adjudikativne funkcije (1) primenjuju pravo, (2) dopunjuju pravo, (3) stvaraju pravo u skladu s postojećim pravom i (4) stvaraju pravo suprotno postojećem pravu (Barber 2000, 142 i.d.)³⁷ te će stoga aktivnosti suda (2) do (4), koje potencijalno mogu sudsku vlast pretvoriti u vršioca regulativne funkcije, biti ukratko ilustrovane.

na dva dela – na one koje su obuhvaćene njegovim značenjem i na one koje nisu. Kod njih postoje i granični slučajevi za koje se ne zna da li se pojam na njih odnosi ili ne (Burns 1991, 3). S druge strane, jedan izraz je višeznačan (polisemičan) kada ima više različitih, premda povezanih značenja (na primer, reči „držati“ – „držati oružje“, „držati stoku“, „držati merdevine“ itd.). Višeznačni izrazi se upravo po toj „povezanosti“ različitih značenja razlikuju od homonima, kod kojih jedna ista reč ima potpuno nepovezana značenja (na primer, „sto“ kao broj i „sto“ kao komad nameštaja).

³⁵ Difizibilnost (*defeasibility*) ili, kako se u tekstu prevodi, „oborivost“ ili „otklonjivost“ pravnih normi jeste karakteristika većine pravnih sistema da oni koji tumače i primenjuju pravo mogu, u određenim konkretnim slučajevima, da *ad hoc* odstupe od primene pravila, uspostavljajući izuzetak od njega, ako bi u takvom slučaju ishod primene pravila bio ozbiljno nepravičan, krajnje nepoželjan ili apsurdan (Schauer 2013).

³⁶ Čini se da je razlog koji je zajednički za oba navedena osnova za sporne slučajeve sama priroda jezika ili, preciznije, odnosa između pojmova i pojava koje pojmovima nastojimo da „obuhvatimo“. Svet nije, poput Legolenda, sastavljen od *pojava* koje su odvojeni „entiteti“ (kao lego kocke), koje onda možemo imenovati, svaku svojim terminom/pojmom. I ta osobina jezika reflektuje se i u jezičkim formulacijama pravila. Kao što Hart primećuje: „[O]dređene faktičke situacije nas *ne čekaju već odvojene jedne od drugih, i označene kao slučajevi opšteg pravila* čija je primena u pitanju; niti pravilo može samo da nam pokaže slučajeve na koje se odnosi“ (Hart 1994, 126).

³⁷ Barberova taksonomija odnosa sudskih odluka prema zakonu je složenija. Ona je u tekstu pojednostavljena i donekle preformulisana i podseća na onu koja je u našoj teoriji prilično poznata, mada ne manje nejasna, na odluke *preter legem*, *secundum legem* i *contra legem* (up. Spaić 2021, 34). Ipak, ovde u prvom planu nije da se preciznije odredi pod kojim uslovima neka odluka spada u neku od ovih „vrsta“, već da se ukaže na različite situacije u kojima sudovi, prilikom odlučivanja, dopunjavaju, menjaju ili stvaraju pravo.

4.1.1. Dopuna prava

Prilikom rešavanja pravnog pitanja u vršenju adjudikativne funkcije, sudovi u obrazloženjima presude izlažu svoje viđenje rešenja tog pitanja, odnosno prava koje primenjuju. Izlaganje postaje više od pukog ponavljanja normi iz izvora prava u onim slučajevima kada, da to formulišem pomalo trivijalno, sudovi koriste „dopunske“, precizirajuće reči u odnosu na reči koje se nalaze u važećoj, recimo zakonskoj, normi da bi obrazložili zbog čega primenjuju tu normu na utvrđeno činjenično stanje u konkretnom sporu. To je naročito slučaj kada je termin koji treba „dopuniti“ nejasan, budući da pojava na koju se odnosi „granična“, to jest da nije jasno da li je termin denotira ili ne.

Primeru radi, članom 348 KZ Srbije propisano je sledeće: „Ko neovlašćeno nosi vatreno oružje, njegove delove, municiju, eksplozivne materije ili minsko-eksplozivna sredstva, kazniće se zatvorom od dve do dvanaest godina.“ Primenjujući tu normu u jednom slučaju, Apelacioni sud u Beogradu u obrazloženju presude navodi: „Radnja neovlašćenog nošenja može se sastojati u tome što okrivljeni neovlašćeno nosi vatreno oružje u dvorištu porodične kuće.“³⁸ Izgleda mi da je na prvi pogled nesporno da zakonska sintagma „nošenje oružja“ ne pokriva sve situacije u kojima doslovno može da se primeni, na primer, kada vlasnik dozvole za držanje vatrenog oružja „nosi oružje“ iz sobe u sobu, a verovatno i kada „nosi oružje“ iz kuće u letnju kuhinju u dvorištu, u kojoj se nalazi ormarić u kojem ga čuva. Čini mi se da je situacija o kojoj se izjasnio Okružni sud granična, to jest da ulazi u takozvano „predvorje“ zakonskog pojma „nošenje oružja“ te da je u tom smislu nejasno da li taj termin označava tu situaciju ili ne.

Stoga navedena rečenica iz obrazloženja presude „dovršava“ značenje zakonske odredbe u konkretnom slučaju, ali istovremeno može da funkcioniše i kao preskriptivni iskaz, kao bilo koja druga pravna odredba koja definiše značenje nekog termina. I da se u tom smislu, u specifičnoj situaciji za koju je nejasno da li je denotirana pojmom „nošenje oružja“, on ubuduće primenjuje, baš kao što ga je primenio sud, koji je do tog iskaza došao tumačenjem i vrednovanjem određenih interesa i ciljeva ili na drugi način.

Iz tog razloga, imajući tu presudu na umu, jasno je da tumačenje prava u slučajevima sporova povodom pravnog pitanja izazvanih jezičkom neodređenošću katkad dodaje pisanom (zakonskom) pravnom tekstu jedan vrlo važan deo – autoritativno protumačeno značenje tog teksta, koje na prvi pogled nije vidljivo iz njegovog doslovnog, jezičkog značenja. Jer, kako kaže

³⁸ Presuda Apelacionog suda u Beogradu Kž. 2441/11 od 20. 6. 2011. (prema Trešnjev 2013, odl. 134).

Gardner, „u tekstu nema propisa bez utvrđenog značenja“ (Gardner 2012, 123–124), a pravno relevantno značenje je ono koje je na osnovu zakonskog teksta ustanovio i tekstu pripisao, autoritativni tumač, to jest sud.

4.1.2. Stvaranje prava u skladu s pravom

Druga situacija u kojoj izloženo viđenje rešenja pravnog pitanja postaje više od pukog „preslikavanja“ normi iz izvora prava postoji kada je sudija, po nuždi, pravni inovator. To se događa u svakom pravnom sistemu u kojem postoji dužnost nadležnog sudije da reši spor koji se pred njim pokrene, a kada važeće pravo ne pruža rešenje za taj spor.³⁹ Reč je o popunjavanju pravnih praznina. Takva „pravotvoračka“ uloga sudije priznaje se i u onim pravnim sistemima u kojima precedent nije priznat kao autoritativno opšte pravilo jer se polazi od pretpostavke da u tim situacijama ne postoji obavezujuće opšte pravilo koje je sud dužan da primeni u konkretnom slučaju, te da je onda „ovlašćen“ da svojom odlukom stvori pravo i prazninu popuni. Na taj način, stvaranje prava od strane suda je u skladu s važećim pravom. Primera radi, u našem pozitivnom pravu ugovor o poklonu nije izričito uređen. Stoga su se, recimo, pravila o opozivu tog ugovora ustalila kroz sudsku praksu, koja se u tim prilikama oslanja na odredbe Srpskog građanskog zakonika ili Opšteg imovinskog zakonika.

Međutim, postoji jedan imanentan problem s konceptom pravnih praznina, odnosno s razlikom između primene i stvaranja prava, koja se na tom konceptu zasniva. Obično se kaže da se sud, kao autoritativni tumač prava, pretvara u njegovog stvaraoca kada svoju odluku ne može da zasnuje na bilo kom konvencionalno prihvatljivom jezičkom značenju pravnog teksta. Ali ta granica je ponekad i sama nejasna. Ilustrovaću rečeno jednim primerom iz naše krivičnosudske prakse.

Član 251 Krivičnog zakonika Srbije (nesavesno pružanje lekarske pomoći) glasi: „(1) Lekar koji pri pružanju lekarske pomoći primeni očigledno nepodobno sredstvo ili očigledno nepodoban način lečenja ili ne primeni odgovarajuće higijenske mere ili uopšte očigledno nesavesno postupa i time prouzrokuje pogoršanje zdravstvenog stanja nekog lica, kazniće se zatvorom od tri meseca do tri godine.“ Nadalje, u članu 253 (neukazivanje lekarske pomoći) stoji: „(1) Lekar koji protivno svojoj dužnosti odbije da ukaže lekarsku pomoć licu kojem je takva pomoć potrebna, a koje se nalazi

³⁹ Ta dužnost je propisana čak i Napoleonovim građanskim zakonikom (čl. 4), kojim se sudijama zabranjuje da se u presudama izjašnjavaju putem opštih odredaba.

u neposrednoj opasnosti za život ili opasnosti nastupanja teške telesne povrede ili teškog narušavanja zdravlja, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do dve godine.“

Kada je odlučivao o odgovornosti stomatologa za delo iz člana 251, Okružni sud u Beogradu je u obrazloženju naveo stav koji ima izgled opšteg (interpretativnog) pravila da „krivično delo nesavesnog pružanja lekarske pomoći može izvršiti i stomatolog“.⁴⁰ Takav stav se ne povezuje s delom iz člana 253 jer se u njemu lekar „pojavljuje“ kao aktivni pružalac pomoći za koju se ne očekuje da je kompetentno može pružiti stomatolog. Ipak, prilikom dela iz člana 251 „lekar“ može biti i stomatolog, što je u suprotnosti s postojećim jezičkim konvencijama (ali i sa sistemskim tumačenjem KZ). Stoga se čini da je Okružni sud izašao iz okvira jezičkog i sistemskog tumačenja i svojim pravilom „stvorio“ novo krivično delo. Treba naglasiti da se to dogodilo u krivičnoj materiji, u kojoj je, zbog principa legaliteta, takvo „dopunsko zakonodavstvo“ izričito zabranjeno.

Ne želim načelno da osporim ispravnost rasuđivanja suda u konkretnom slučaju. Uostalom, stomatolozima *leče* oboljenja zuba i usne duplje te shodno tome mogu i *nesavesno* da leče i time pogoršavaju zdravlje svojih pacijenata. Takođe, moguća su i tumačenja ovog postupka suda, prema kojima nije reč o popunjavanju praznine jer termin „lekar“, uzet u najširem smislu, može da denotira i stomatologe. Ono što je, na kraju krajeva, važno je da navedeni primer ilustruje koliko je granica između tumačenja i stvaranja prava, kao i između neodređenosti pravnog teksta i pravne praznine notorno maglovita, i u mnogim slučajevima podleže proceni i evaluaciji onoga ko donosi odluku. Međutim, kada odluku donosi sud, ona je pravno obavezujuća, nezavisno od toga da li je sud prekoračio svoja ovlašćenja tumača prava i popunio prazninu, koja to u stvari nije (Liebwald 2013, 405; Duxbury 2013, 7). Stoga, nezavisno od činjenice da li je u ovom slučaju reč o stvaranju ili dopuni prava, primer pokazuje koliko je, potencijalno, regulativna funkcija imanentna sudskoj vlasti, čak i u krivičnoj materiji u kojoj je, po prirodi stvari, sud najviše ograničen jezikom zakona.

4.1.3. Stvaranje prava suprotno postojećem pravu

U slučajevima u kojima oceni da bi doslovna primena propisa imala nepravedne ili apsurdne ishode, sud će presudom kreirati opšte pravilo koje je u suprotnosti s postojećim pravom. Već sam objasnio da se u

⁴⁰ Rešenje Okružnog suda u Beogradu Kž 553/09 od 24. 2. 2009. (prema Trešnjev 2013, odl. 118).

pravnoj teoriji takvo postupanje razjašnjava konceptom difizibilnosti (oborivosti, otklonjivosti) pravnih normi.⁴¹ Taj koncept je, u tehničkom smislu, u filozofski diskurs uveo Herbert Hart (Hart 1949, 171, 175). Njegova „suština“ se nahodi u staroj ideji da se opštim pravilom ne mogu urediti sve životne situacije na koje se ono odnosi a da se u isto vreme izbegnu nepoželjni, nemoralni ili nepravični ishodi primene pravila u sve i jednoj regulisanoj situaciji. Stoga treba dopustiti onome ko primenjuje opšte pravilo da u takvim situacijama uspostavi izuzetak od pravila, kao što je to, primera radi, učinio Apelacioni sud države Njujork u čuvenom slučaju *Riggs v. Palmer*,⁴² kada je, suprotno odredbama tada važećeg Zakona o nasleđivanju, lišio unuka prava na nasleđe, stečenog testamentom, iz razloga što je osuđen zbog ubistva svog dede, kao ostavioca.

Kao primer stvaranja prava koje je suprotno jasnom jeziku važećeg pravnog akta, poslužiće jedan skorašnji pravni stav⁴³ Vrhovnog kasacionog suda Srbije (VKS). Naime, u stavu 2 člana 433 Zakonika o krivičnom postupku⁴⁴ stoji: „U korist optuženog žalbu mogu izjaviti i njegov bračni drug, lice s kojim živi u vanbračnoj ili drugoj trajnoj zajednici života, srodnici po krvi u pravoj liniji (...) a rok za žalbu teče od dana kada je optuženom, odnosno njegovom braniocu dostavljen prepis presude.“ VKS je, povodom tog člana, 2018. godine usvojio sledeći pravni stav: „Protiv osuđujuće presude kojom je okrivljeni oglašen krivim zbog krivičnog dela koje se goni po službenoj dužnosti, nije dozvoljena žalba supružnika okrivljenog u korist okrivljenog, kada supružnik u postupku ima svojstvo oštećenog.“⁴⁵

Očigledno je da je stav VKS (ako je supružnik oštećeni, nema pravo na žalbu u korist okrivljenog) suprotan jezički jasnoj zakonskoj odredbi (supružnik može izjaviti žalbu u korist optuženog). Ne postoji jezičko tumačenje kojim bi se značenje važećeg propisa toliko „rasteglo“ da dovede tumača do takvog

⁴¹ Inače, koncept difizibilnosti se ne proučava samo u pravnoj teoriji nego se, u još većoj meri, razmatra u savremenoj logici, teoriji argumentacije i drugim srodnim disciplinama.

⁴² *Riggs v. Palmer*, 115 N.Y. 506 (1889).

⁴³ Iako u tom slučaju nije reč o presudi nego o pravnom stavu, to ne utiče na glavnu poentu, a to je da sud tim stavom menja postojeće pravo. Kada je reč o pravnim stavovima najviših sudova kao potencijalnoj formi vršenja regulativne funkcije sudske vlasti, smatram da ona nije u duhu centralne teze ovog teksta da je regulativna funkcija prirodni „produžetak“ i poželjna posledica vršenja adjudikativne funkcije. Međutim, kako intencija nije da se rasprava vodi o modalitetima vršenja te funkcije u konkretnom pravnom sistemu, na ovom pitanju se neću zadržavati.

⁴⁴ *Sl. glasnik RS* 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – odluka US i 62/2021 – odluka US.

⁴⁵ Pomenuti pravni stav je naveden na osnovu Spaić 2021, 30.

normativnog ishoda.⁴⁶ Stoga se razlozi koje VKS navodi u prilog svom stavu i ne odnose na jezik propisa već na ono što bi pravnici nazvali njegovim „duhom“, a donekle i „sistemom“.

Član 433 ZKP upućuje na to da bračni drug ima pravo da uloži žalbu u korist optuženog bračnog druga bez obzira na to da li je oštećen njegovim delom ili ne. I to ne spori ni VKS. Ipak, suprotno jasnom jezičkom značenju teksta zakona, Sud ustanovljava normu da supružnici koji su oštećeni delom okrivljenog nemaju pravo da ulože žalbu u korist okrivljenog, i to pozivajući se na razloge koji se tiču procesnog položaja oštećenog jer je on „na strani javnog tužioca“. Stoga je njihov pravni interes, rezonuje sud, pretežan u odnosu na njegovo pravo da izjavi žalbu u korist okrivljenog te da izjavljivanje žalbe dovodi do „mešanja procesnih uloga“. I u tom svetlu, razložno zvuči pitanje koje VKS postavlja: „Ukoliko oštećeni izjavi žalbu u korist okrivljenog, [...] da li je na taj način odustao od predloga“ ako je reč o krivičnom delu u kojem se gonjenje preuzima po predlogu, odnosno od „optužnice na osnovu koje je doneta presuda“? (Spaić 2021, 33). Rečju, doslovna primena odredbe člana 433 ZKP, u vezi s kojom je VKS zauzeo pravni stav, dovela bi do apsurdnog ishoda u slučaju kada je supružnik/ca okrivljenog u isto vreme i oštećeni/a. A to je jedna od tipičnih situacija u kojoj je važenje opšte norme „oborivo“ ustanovljenjem izuzetka.

4.2. Razlog iz prirode prava

Preskriptivni iskazi iz obrazloženja sudskih presuda, kojima sudovi dopunjuju ili „stvaraju“ pravo postaju obavezujuće pravne norme i u budućim sličnim slučajevima *samo pod uslovom* da se taj, presudom „dopunjeni“ tekst zakona ili novostvoreni opšti preskriptivni iskaz koji je „precedentni“ sud primenio prihvati i primenjuje od strane potonjih sudova u sličnim slučajevima kao autoritativno pravilo. Tek pod tim uslovom, on jednako postaje pravo kao i sam zakon kojeg dopunjava ili menja. A da li je i kako to uopšte moguće u jednom pravnom sistemu u kojem takva praksa nije

⁴⁶ Iz tog razloga Spaić taj primer koristi kako bi skrenuo pažnju na razliku između tumačenja i *konstrukcije* (Spaić 2021). Iako su njegova zapažanja u tom smislu instruktivna, na njima se neću zadržavati. Kao što sam već skrenuo pažnju, u radu se takve situacije objašnjavaju empirijskom činjenicom da su opšte pravne norme difizibilne (oborive), to jest da sudovi, u slučajevima u kojima bi njihova primena proizvela izrazito nepravilne ili apsurdne posledice, formulišu izuzetke kojima ih zaobilaze. Da li se taj proces može konceptualizovati kao konstrukcija, nije pitanje od suštinskog značaja za temu rasprave.

formalnopravno obavezujuća? Da bi se na to pitanje odgovorilo, potrebno je izložiti nekoliko široko prihvaćenih uvida savremene teorije prava o prirodi prava.

Najveći broj savremenih pravnih teoretičara i filozofa, ili barem onih pozitivističke provenijencije⁴⁷, spremno će prihvatiti „minimalističku“ tezu o prirodi prava, u čijem je središtu ideja da je pravo osobeni sistem opštih pravila čija je svrha da se ponašanje ljudi u društvu usmerava (i ocenjuje) na jednoobrazan način. Takođe, kod mnogih autora ta ideja o „legalnosti“ prava poistovećuje se ili se proširuje i na ideju vladavine prava. Time se početni stav obogaćuje vrednosnom komponentom, oličenom u predvidljivosti i izvesnosti posledica ljudskog delanja, koje proizilaze iz *ex ante* regulisanja društvenih odnosa putem opštih pravnih normi.

Iz ovog bazičnog uvida sledi da pravo, kao sistem pravila, svoju glavnu funkciju može da ostvari samo pod uslovom da se ta pravila u stvarnom životu ovaploćuju u donošenju pojedinačnih normi ujednačene sadržine, zasnovanih na važećim pravnim pravilima i kroz uspostavljene pravilnosti u ponašanju koje se tim pravilima uređuje. To znači da se u istim situacijama jedno opšte pravilo primenjuje na isti način, bilo da se ta norma primenjuje indirektno, to jest donošenjem pojedinačnih normi identičnog sadržaja, bilo da je reč o direktnoj primeni putem istovetnih materijalnih radnji. Kada se, međutim, jedna opšta norma primenjuje na različite načine u istovetnim situacijama, onda se ne ostvaruje osnovna funkcija prava – tada pravo ne usmerava ljudska ponašanja na jednoobrazan, regularan i unapred predvidljiv način. Zato puko postojanje važećih opštih normi, ili formalnih izvora prava, ako sledimo uvreženu terminologiju, nije (jedino) ono po čemu se pravni sistem razlikuje od već spominjanog sistema apsolutne diskrecije nego je to i doslednost u ujednačenoj primeni tih opštih pravnih pravila.

Na značaj dosledne i ujednačene primene prava ukazaću još u narednom, drugom delu rasprave, a na ovom mestu potrebno je naglasiti jednu „pravilnost“ koja mora da postoji kako bi uopšte nastao i postojao pravni sistem. Ona se ogleda u postojanoj primeni kriterijuma pomoću kojeg se određuju sami izvori važećih opštih pravila u konkretnom pravnom sistemu.

Ti kriterijumi za identifikovanje pravila, kao *važećih pravnih pravila* nahode se u fundamentalnoj normi koja ima oblik socijalnog pravila, koje Hart naziva pravilom priznanja. Budući da je u pitanju socijalno pravilo, ono „postoji samo kao složena, ali normalno usaglašena praksa sudova,

⁴⁷ Kako ističe Metju Kremer: „praktično svaki pravni pozitivista... pripisuje pravu funkciju da usmerava ponašanje“ (Kramer 2005, 6).

zvaničnika i privatnih lica u identifikovanju prava, upućivanjem na izvesne kriterijume“ (Hart 1994, 110). To je jedna vrsta socijalne konvencije, koju sudovi i ostali zvaničnici prihvataju, to jest posmatraju je s interne tačke gledišta.⁴⁸ Dakle, postojanje pravila priznanja je pitanje činjenica, a ne stvar saglasnosti s nekim višim pravilom⁴⁹ (Hart 1994, 110).

Zbog čega je ova teorijska napomena o prirodi prava značajna u kontekstu rasprave o funkcijama sudske vlasti? Ona je važna, pre svega, zbog mogućnosti da sudska vlast vrši regulativnu funkciju čak i ako sudska praksa ili sudski precedent ne predstavljaju izvor prava prema pravilima koja su formalno važeća u skladu s pravilom priznanja. Naime, budući da je pravilo priznanja socijalno pravilo, da njegovo postojanje i sadržina zavise od prakse zvaničnika sistema, moguće je da sudovi usvoje i praktikuju pravilo prema kojem se kao obavezujuća i važeća opšta pravila u svim budućim slučajevima koji pod njih potpadaju prihvataju pravila koja se, povodom rešavanja pravnog pitanja, pojavljuju u obrazloženjima postojećih sudskih presuda.⁵⁰ I ne samo da je to moguće već se tako nešto odista i događa, to jest, ujednačenom praksom sudova uvodi se pravilo priznanja (ili jedno od pravila priznanja)⁵¹ prema kojem, primera radi, sudska vlast vrši regulativnu ili čak i ustavnosudsku funkciju.⁵² Najpoznatiji takav slučaj je pravni sistem SAD, u kojem kontrola ustavnosti zakona od strane Vrhovnog suda nije utvrđena Ustavom SAD već faktičkim prihvaćenim pravilom koje se uspostavilo nedugo nakon što je Vrhovni sud osnovan (Dajović 2010, 254, 259; Whittintgton 2015). Osim toga, u SAD postoji duga i neprekinuta debata o obaveznosti samih precedenata, odnosno vezanosti drugih grana vlasti tumačenjima zakona, a naročito ustava, koje daju sudovi. Daleko je od nesumnjive činjenice da

⁴⁸ Kada subjekti pravila posmatraju s „interne“ tačke gledišta, onda oni delaju u skladu s pravilom upravo iz razloga što postoji pravilo (up. Coleman 2001, 82).

⁴⁹ O tome opširnije u Dajović 2014, 394 i.d.

⁵⁰ U kontekstu ove rasprave, misli se, pre svega, na kanonizovane oblike preskriptivnih iskaza u formi opštih pravila koja se nalaze u obrazloženjima sudskih presuda i nastaju ili u procesu tumačenja ili u procesu sudske diskrecije kojom se popunjavaju praznine, a na osnovu kojih se rešava pravno pitanje u konkretnom sporu.

⁵¹ I sam Hart i potonji komentatori nisu govorili o pravilu priznanja isključivo u jednini. Ipak, Hart je insistirao na jednom od tih pravila kao najvišem i krajnjem. Bejlis, s druge strane, ukazuje na to da empirijski nije uvek tako i da je moguće da se pojavi više kriterijuma važenja koje primenjuju različiti državni organi. Naravno, ukoliko ne postoji jedan krajnji i najviši standard već mnoštvo ravnopravnih, to oslabljuje sistemski karakter prava (up. Bayles 1992, 80–81), ali ga u svakom slučaju ne negira. Dobar primer su SAD, u kojima postoji velika teorijska debata, ali i praktična politička borba oko organa koji su merodavni da tumače ustav (up. Rosenfeld 1993; Merrill 1993). O tome će biti više reči u pododeljku 4.1.

⁵² O tome opširnije u Dajović 2010.

su pravila iz precedenata obavezujuća na isti način na koji su to zakonska ili uredbodavna pravila. Ipak, regulativna vlast američkih sudova postoji (postojće) i u slučaju kada je ograničena i na samu sudsku vlast.

Pošto se iz prethodnih redova vidi u kojoj meri je vršenje regulativne funkcije sudstva u SAD instruktivno i korisno za razumevanje regulativne funkcije sudske vlasti uopšte, u narednom odeljku ću, u najkraćem, opisati način na koji sudovi u Americi vrše tu funkciju.

5. REGULATIVNA FUNKCIJA SUDSKE VLASTI – ANGLOSAKSONSKI SISTEM PRECEDENATA, PRIMER SAD

5.1. Doktrina *stare decisis*

U kontinentalnim pravnim sistemima sudske presude, po pravilu⁵³, nisu formalno, izričito priznate kao izvor prava, a to najčešće nisu ni prema praktikovanom pravilu priznanja. Stoga se pouzdaniji empirijski uvid u vršenje regulativne funkcije sudske vlasti može steći ako se osmotri kako je sudovi vrše u Americi, kao tipičnom izdanku anglosaksonskog pravnog sistema, u kojem je značajan deo važećeg prava sudski stvoreno pravo ili takozvani *common law*. Međutim, u ovom odeljku se neću baviti specifičnostima samog *common law* iz dva razloga. Najpre, ono je odviše specifično i, s obzirom na temu rasprave, nema potrebe zalaziti u detaljnije objašnjenje njegovog nastanka i funkcionisanja. I drugo, za ovu raspravu je od prevashodnog značaja ideja koja mu je dala trajnost i čvrstinu – doktrina precedenata ili doktrina *stare decisis*. Zbog toga je interesantnije ispitati način na koji ta doktrina funkcioniše u anglosaksonskom sistemu u celini jer se njena primena odavno proširila izvan granica samog *common law*, te „utisnula“ i u tumačenje i primenu pisanog prava (ustava i zakona) od strane sudske vlasti.⁵⁴

⁵³ U novije vreme u istočnoj i centralnoj Evropi javljaju se izuzeci od tog pravila. U tom smislu, Spaić navodi slučaj organskog zakona o sudovima u Gruziji, prema kojem su „tumačenja Velikog veća Vrhovnog suda obavezna za sudove svih instanci“, ili Zakona o sudovima Litvanije, kojim se proširuje obavezujuće dejstvo interpretativnih precedenata najvišeg suda jer se izričito određuje da će „država i druge institucije, kao i druga lica, primenjivati tumačenja zakona i uredbi koja su sadržane u odlukama i presudama Vrhovnog upravnog suda koji primenjuje (te) iste zakone i uredbe“ (Spaić 2018, 37).

⁵⁴ U Americi inače generalno traje debata „about the role that the common law tradition should play in statutory interpretation. On one side, commentators and jurists including the late Justice Scalia argue that when judges sit as interpret-

Precedent se obično definiše kao „presuđen slučaj koji pruža osnov za odlučivanje u kasnijim slučajevima koji uključuju slične činjenice ili (pravna) pitanja. Precedenti se dele na obavezujuće, koje sud ‘mora’ slediti, i persuazivne, koje je ovlašćen da uzme u obzir i pažljivo razmotri“ (Black’s Law Dictionary 2004, 3728).

Praktikovanje ovih drugih, takozvanih persuazivnih precedenata nema nikakve posledice po eventualno vršenje regulativne funkcije sudova. Sudovi će se, primera radi, u konkretnom slučaju pozvati na neku prethodnu odluku da bi argumentovali u prilog (ili protiv) značenja određenog termina u pravnom propisu koji tumače, ali nisu obavezni da u svojoj presudi tom terminu na kraju pripišu „precedentno“ značenje (Lindquist, Cross 2005, 1162; Salmond 1966, 145). Ukoliko korišćenjem drugih interpretativnih argumenata zaključe da pravnom tekstu treba pripisati drugačije značenje, oni su slobodni da to učine. Rečju, persuazivni precedenti se koriste ravnopravno s drugim interpretativnim argumentima. Oni unapred ne mogu da eliminišu iz argumentacije i rasuđivanja suda ostale interpretativne argumente. Stoga, oni u konačnici ponekad bivaju njima nadjačani.

Stvari stoje sasvim drugačije s prvom vrstom precedenata. Naime, sud ima dužnost da primeni obavezujući precedent. Pravilo prema kojem se sudovi pridržavaju sudskih precedenata se izražava u takozvanoj doktrini *stare decisis* (lat. ostati pri odluci). Smisao te doktrine je da, ako je o nekom pravnom pitanju već doneta zvanična odluka (najčešće su o odluke najviših sudova), odnosno ukoliko je o njemu nadležni sud odlučio u slučaju u kojem se ono postavilo kao sporno, to pitanje taj isti ili neki drugi sud iste jurisdikcije više neće posmatrati kao sporno „osim ako za to ne postoje prešni razlozi u izuzetnim slučajevima“ (Black’s Law Dictionary 2004, 4403).

Ograničenje koje nameće precedent, u skladu s doktrinom *stare decisis*, odnosi se na obavezu svakog nižeg ili istog suda ili suda istoga ranga da odluči na isti način o pravnom pitanju o kojem je precedentni sud već odlučivao, i to čak i u slučaju kada sud koji odlučuje u aktuelnom slučaju smatra da je prethodna odluka pogrešna. Rečju, postoji obaveza suda da donese odluku s kojom se možda suštinski ne slaže samo zato što postoji precedent (Schauer 2012, 126).

ers of statutes they should shed their common law mantles, take a back seat, and acknowledge the primacy of the legislature“. S druge strane, autori poput Eskridža ili sudije Kalabrezija „argue that embedding statutory interpretation into a larger framework that includes common law reasoning creates a balance between stability and dynamism that is appropriate for judicial decision-making“ (o tome opširnije u Solan 2016, 1170).

Prema tome, u pravnom sistemu koji prihvata doktrinu *stare decisis* od sudija se očekuje da slede prethodne odluke svojih kolega samo zato što su one *prethodne*.⁵⁵ Budući da je savremena sudska vlast organizovana hijerarhijski, prethodne odluke koje se slede mogu biti odluke višeg suda u odnosu na sud koji odlučuje i to su takozvani *vertikalni* precedenti. Kod takvih odluka, niži sud je dužan da, kada je reč o rešenju pravnog pitanja, u sličnim slučajevima sledi presude višeg suda. Ipak, u takvim slučajevima dužnost nižih sudova *praktično* proizilazi iz načela hijerarhije, a ne prevashodno iz principa temporalnog prvenstva precedenta. I premda ta hijerarhijska podređenost nije istovetna onoj koja, primera radi, postoji u vojsci, u kojoj niži oficir bespogovorno izvršava naredbe višeg oficira, ipak je zbog mogućnosti da presude nižih sudova kontrolišu viši, ona prisutna i efektivna.

S druge strane, postoje i takozvani *horizontalni* precedenti, kod kojih jedan sud sledi odluke drugog suda istog stepena ili isti sud sledi sopstvene prethodne odluke *samo zato što su prethodne*. Horizontalni precedent⁵⁶ je paradigmatičan slučaj primene doktrine *stare decisis*. Budući da obaveznost vertikalnog precedenta ne proističe nužno iz temporalnog prvenstva već i iz prudencijalnih razloga nižeg suda, jer je hijerarhijski podređen „precedentnom“ sudu, mnogo je veći interes, teorijski i praktični, objasniti horizontalne precedente.

Konačno, iako u anglosaksonskom sistemu precedenti imaju status formalnog izvora prava, u SAD se vode oštre debate o domašaju opštih normi koje sudovi stvaraju putem precedenata, odnosno o tome da li odluke sudova koje sadrže opšte norme (ili principe) obavezuju druge državne organe. Postojanje tog spora već sam nagovestio na kraju prethodnog odeljka. Glavna tačka sporenja je da li je, pre svega, egzekutiva obavezna da sledi dopune i tumačenja prava koja se nalaze u obrazloženjima presuda, kao što je obavezna (kao i svi drugi) da poštuje samu sudsku presudu, to jest, kako bismo kod nas rekli, njenu izreku.⁵⁷

⁵⁵ Kao što Šauer konstatuje, praksa da se prilikom odlučivanja sledi obrazac odluka koje su u sličnoj situaciji doneli prethodni donosioci odluka, postoji u svakom domenu odlučivanja, ali je posebno karakteristična za pravo (up. Schauer 2012, 123).

⁵⁶ „Vremenski prioritet je, sam po sebi, dovoljan osnov za autoritativnost horizontalnog precedenta“ (Schauer, 2012, 124).

⁵⁷ „Kontroverze oko obavezujućeg dejstva tumačenja Ustava od strane Vrhovnog suda rasplamsale su se oko nekoliko kritičnih događaja u istoriji (SAD)... Nakon odluke Suda u predmetu *Dred Scott v. Sandford*, da Kongres nema (ustavno) ovlašćenje da ukine ropstvo u državama-članicama, Abraham Linkoln je zauzeo

To pitanje je, u stvari, sporno od samih početaka sudske kontrole ustavnosti u SAD jer se ni u čuvenom slučaju *Marbury*⁵⁸ ne rešava da li je stav koji je sud u obrazloženju izneo obavezujući za druge federalne organe vlasti. Naime, čuveni pasaż iz presude „[i]t is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is“ ne znači, sam po sebi, da sudsko tumačenje i obrazlaganje prava obavezuje druge grane vlasti.

U slučaju *Marbury*, kako ističe Meril, utvrđeno je jedino da sudovi nisu vezani shvatanjima Kongresa o značenju Ustava. Tom presudom je samo ustanovljeno da sudovi moraju, nezavisno od drugih grana vlasti, da tumače pravo prilikom odlučivanja u konkretnim slučajevima. Ali nije utvrđeno da li je sudsko tumačenje, kada je jednom definitivno uspostavljeno, obavezujuće za ostale grane vlasti.⁵⁹ Drugim rečima, slučaj *Marbury* uspostavlja (samo) autonomiju sudskog tumačenja (Merrill 1993, 51).⁶⁰

stav... da (ta) odluka ne može poslužiti kao ‘političko pravilo’ koje reguliše postupke članova Kongresa i predsednika u razmatranju budućeg zakonodavstva“ (Merrill 1993, 47).

⁵⁸ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

⁵⁹ Ako je situacija s domašajem sudskih presuda u SAD tako kontroverzna kao što je upravo opisano, to je još jedan razlog zbog kojeg je sudsko stvaranje prava neprikladno nazvati zakonodavnom funkcijom, budući da obaveznost sudski stvorenog prava nije (uvek i nužno) ista kao i obavezujuća snaga zakona.

⁶⁰ O ovome opširnije u člancima Rosenfeld 1993 i Merrill 1993. Ipak, sva ta pitanja su kontekstualno previše specifična da bi se njima dalje opterećivao tekst. Valja istaći da se rasprave o obaveznosti sudskih presuda i u anglosakskom sistemu kontinuirano vode, to jest da se ona u praksi ne podrazumeva uvek kao univerzalna. U tom pravcu čini mi se da je kuriozitet rešenje koje vrlo dugo postoji u domaćem zakonodavstvu, u Zakonu o upravnim sporovima. Prema tom rešenju, ukoliko umesto upravnog akta *koji je sud poništio u upravnom sporu*, treba doneti drugi, nadležni organ je prilikom njegovog donošenja „vezan pravnim shvatanjem suda“ (ZUS, *Službeni glasnik RS* 111/2009, čl. 69). Nadalje, Zakonom je takođe propisano da će, ukoliko se organ uprave, prilikom donošenja novog akta, ogluši o to shvatanje a tužilac ponovo podnese tužbu, sud poništiti osporeni akt i sam rešiti upravnu stvar presudom. Jasno je da takva zakonska odredba i formalno otvara prostor da upravni sud vrši regulativnu funkciju u odnosu na upravu. S druge strane, takva mogućnost je drugim procesnim zakonima formalno „zatvorena“ unutar same sudske vlasti, to jest kada je reč o sudovima različitog stepena. Primera radi, Zakonikom o krivičnom postupku (*Sl. glasnik RS* 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014) propisano je da je „prvostepeni sud je dužan da izvede sve procesne radnje i raspravi sva sporna pitanja na koja je ukazao drugostepeni sud u svojoj odluci“ (čl. 462, st. 3 ZKP). Dakle, ni spomena o „vezanosti pravnim shvatanjem“ drugostepenog suda, što je rešenje koje belodano ukazuje na nepostojanje formalne snage sudskih odluka, kao izvora prava, u okviru same sudske vlasti.

5.2. Koji deo presude predstavlja precedent?

U anglosaksonskoj pravnoj teoriji jedno od centralnih pitanja teorije o precedentima jeste kako se on identifikuje. Budući da je, shodno doktrini *stare decisis*, precedent izvor prava u anglosaksonskim sistemima, takav teorijski tretman tog pitanja je sasvim razumljiv. Međutim, pošto je tema ove rasprave da se odredi potencijalni obim regulativne funkcije sudske vlasti generalno, nije neophodno da se zalazi u detalje tih debata. Stoga ću se osvrnuti samo na nekoliko najopštijih napomena, s naglaskom na momente koji su od značaja za glavnu temu.

U *common law* tradiciji smatra se da je precedent deo presude koji sadrži *opšte pravilo ili princip* koji se nalazi u obrazloženju presude. Može se reći da je konceptualna nužnost doktrine *stare decisis* da precedent bude deo presude koji sadrži „generalizacije“, poopštene iskaze. Jer, precedentom se može nazvati samo nešto opšte, što može da reguliše i utiče na buduće slučajeve. Taj deo precedentne presude naziva se *ratio decidendi* ili još i *holding*. Kao što već sami izrazi sugerišu, reč je o razlogu (u vidu apstraktnog pravila ili standarda, a prema mišljenju nekih autora, i principa) koji je opredelio sud da donese presudu kakvu je doneo i koji se ne bi mogao ukloniti iz obrazloženja a da presuda ostane takva kakva jeste (Salmond 1966, 191; Solan 2016, 1230; Cross, Harris 1991; Sunstein 1996, 71). Ostatak obrazloženja naziva se *obiter dicta*.

Sam *ratio decidendi* može biti jasno i određeno pravilo ili opštiji i rastegljiviji standard. Kada je *ratio* u obliku kanonizovanog pravila, tada je i manevarski prostor potonjih sudova uži, a (oba)vezanost budućih sudova precedentom slična kao što je i (oba)vezanost jasnim zakonskim pravilom. S druge strane, ako je formulacija *holding*-a u obliku standarda koji je neodređen, onda konačan ishod budućih slučajeva nije unapred jasno diktiran takvom vrstom precedentu već se taj standard, kao uostalom i svaki standard iz drugih izvora prava, primenjuje u skladu s okolnostima konkretnog slučaja (Lindquist, Cross 2005, 1163).

Budući da je tema rasprave mogućnost i poželjnost regulativne funkcije sudske vlasti *uopšte*, pozabaviću se detaljnije samo teorijom prema kojoj su precedenti pravila, jer je ta situacija „čist“, tipičan primer funkcionisanja doktrine precedentu.⁶¹ Prema teoriji precedentu kao pravila (Alexander,

⁶¹ Prema teoriji po kojoj su precedenti principi, koji su relativno neodređeni i koji se mogu odmeravati s drugim principima (precedentima), prvo, oni ne vezuju potonje sudove na način kako to čine precedenti kao pravila i, drugo, proces odlučivanja

Sherwin 2001, 136–56), precedent je pravilo na isti način kao što su to pisana zakonska pravila. To znači da se reči iz obrazloženja koje precedentni sud koristi da bi utvrdio *holding* „uzimaju ozbiljno“. A to opet znači da je domašaj precedenta (to jest, njegova obavezujuća snaga u konkretnim slučajevima) određen autoritativnim rečima koje je precedentni sud upotrebio da bi formulisao precedentno pravilo (Schauer 2012, 129–30).

Tipičan primer takvog precedenta je ono što Buligin naziva definicionom sentencom (Bulygin 2015, 77–78), a Troper interpretativnim precedentom (Troper, Grzegorzcyk 1997, 126). Reč je o precedentu kojim se tumače izrazi i pojmovi iz nekog opšteg pravnog akta, koji se primenjuje u precedentnom slučaju, a koji se potom koristi kao pravilo na kojem se zasnivaju odluke sudova o značenju tih izraza i pojmova, kada se oni pojavljuju u istom ili sličnom pravnom aktu koji se tumači i primenjuje u potonjim slučajevima. Primera radi, u poznatom slučaju *Smith v. US*,⁶² Vrhovni sud SAD je tumačio značenje izraza „use of firearms“ („korišćenje oružja“) iz američkog federalnog krivičnog zakonika u kontekstu krivičnog dela trgovine drogom. Sud je u tom slučaju doneo odluku da izraz „korišćenje oružja“ obuhvata i upotrebu oružja kao sredstva razmene za drogu. Nakon te presude, takvo tumačenje Vrhovnog suda postalo je kanonizovano pravilo⁶³, u smislu norme-definicije, i za sve potonje slične slučajeve u kojima se primenjuje pomenuti propis.

Međutim, model precedenata kao pravila ne zavisi nužno od sudske „promulgacije“ pravila u kanonizovanoj formi. Zapravo, iako u praksi američkog Vrhovnog suda, to jest u obrazloženjima njegovih presuda, postoje takvi slučajevi (na primer, čuveni slučaj *Miranda v. Arizona*, poznat iz mnogih holivudskih filmova, koji se odnosi na način na koji se uhapšeni obaveštava o svojim pravima), ne mogu se uvek naći pravila u njihovoj kanonizovanoj formi. Razlog za to je tradicija pravosuđa izraslog na praksi *common law*. U

zasnovan na principima notorno je „neuhvatljiv“. Stoga neki autori smatraju da ta teorija u sebi objedinjuje najgore strane dve osnovne vrste odlučivanja u praktičkom diskursu: odlučivanje na osnovu autoritativnih pravila i odlučivanje na osnovu svih razloga koji dolaze u obzir (Alexander, Sherwin 2004, 17).

⁶² *Smith v. United States* (91–8674), 508 U.S. 223 (1993).

⁶³ Kanonizovana forma pravila je „Ako Č (činjenice č1, č2...) onda P (pravna posledica, obaveza ili ovlašćenje)“. Da bi preskriptivni iskaz iz presude mogao da se posmatra ili pretvori u kanonizovano opšte pravilo, mora da ispuni određene uslove. „...[R]ule must be general, covering a range of future cases. It must also be determinate enough to be applied without direct consideration of the questions it was designed to settle“ (Alexander, Sherwin 2001, 20). „For a precept to conform to the essential form of a rule, it must be at least minimally prescriptive, minimally general, definite, and complete“ (Summers 1996/7, 1173 i.d.).

sistemu *common law* sudovi nisu bili skloni da otvoreno stvaraju pravo⁶⁴, formulišući razloge za presudu u kanonizovanoj formi opšteg pravila, već tipično obrazloženje njihove presude sadrži opis činjeničnog stanja, argumente koje su stranke izložile, objašnjenje suda o načinu na koji je rasuđivao prilikom rešavanja pravnog pitanja, referisanje na prethodne slične slučajeve i odluke koje su u njima donošene. I premda se u takvim presudama radi o *implicitnim* a ne o eksplicitnim pravilima (Landes, Posner 1976, 249), ukoliko iz svih elemenata obrazloženja koji su pomenuti, s racionalnim nivoom pouzdanosti, može da se izluči pravilo koje se da preformulisati u kanonizovanu formu, onda se može reći da u presudi postoji *precedentno* pravilo.

Uz to, prema mišljenju Aleksandera, da bi se implicitno pravilo moglo priznati kao precedentno pravilo, njega sam precedentni sud mora shvatiti kao pravilo pravnog sistema koje će regulisati buduće slučajeve na način kako to pravila inače čine. Pravilo koje potonji sud smatra implicitnim, ali ga prethodni sudovi nisu tako razumeli, nije precedentno pravilo.

I drugo, pravila moraju propisati jasne ishode. Stoga, da bi se implicitno pravilo kvalifikovalo kao precedentno, sud koji ga je doneo mora ga shvatiti kao *pravilo* koje pruža odgovor u svim sporovima koje obuhvata, a ne samo kao princip koji treba vagati u odnosu na druge razloge za donošenje odluke (Alexander, Sherwin 2001, 21).

6. DODATAK: BELEŠKA O USTAVNOM SUDSTVU

U kontinentalnim pravnim sistemima, u 20. veku, formirani su specijalizovani sudski organi koji su postali nadležni za kontrolu ustavnosti zakona i drugih propisa niže pravne snage. Ti organi, bez obzira na njihov naziv (ustavni sudovi, ustavni saveti itd.) imali su ovlašćenje, istina ne u istom obimu uvek i svuda, da iz pravnog sistema svojim odlukama „uklone“ neustavne zakone i druge opšte akte, i to u postupku ocene apstraktne ustavnosti koji nije vezivan za nastanak bilo kakvog konkretnog spora.

I dok je takva vrsta kontrole ustavnosti u Americi (i nekim drugim državama) ostala u rukama redovnih sudova, koji se njome bave kada vrše svoju adjudikativnu funkciju, u evropskim zemljama kontrolu ustavnosti počeli su da vrše posebni organi, i to na apstraktan način, bez veze s

⁶⁴ „Unlike enacted law... the rules associated with judicial precedent (in common law) generally have no ‘canonical formulation’, (Perry 1987, 241).

konkretnim sporom. Posledica takvog institucionalnog rešenja bila je da su se pojavili „sudski“ organi koji su imali ograničenu (negativnu) zakonodavnu funkciju jer su svojim odlukama i tumačenjima ustava mogli da utiču na (ne)postojanje važećeg prava. Ta zakonodavna funkcija nije bila vezana za adjudikativnu već je postala samostalna i nezavisno organizovana. Dakle, kada ustavni sudovi postupaju u domenu ustavne kontrole, oni nisu sudska već zakonodavna (preciznije, negativno zakonodavna) vlast u funkcionalnom smislu. Pojedini autori smatraju da je takva funkcija ustavnog sudstva na tragu ideja o podeli vlasti jer se na taj način zakonodavna vlast deli između predstavničkog tela i jednog stručnog, parasudskog organa (Troper 2013, par. 49).

Osim toga, sudska kontrola ustavnosti podrazumeva da sud ne vrši (samo) negativnu zakonodavnu funkciju. Naime, institucionalna uloga organa ustavne kontrole ne podrazumeva samo da sud primenjuju ustav nego da ga on svojim odlukama i „menja“, to jest dopunjava. I to je tako, bez obzira na konkretan institucionalni oblik te kontrole, jer sama priroda ustavnog tumačenja to iziskuje (Raz 2009, 361 i.d.).⁶⁵ U tom smislu, ustavni sudovi vrše i ograničenu ustavotvornu ili, možda preciznije, ustavnorevizijsku funkciju.

Budući da u sistemu u kojem kontrolu ustavnosti obavlja ustavni sud redovni sudovi, *po pravilu*, ne sude direktno na osnovu ustava⁶⁶, kada se govori o sudskoj vlasti, jasno je da ona (u organskom smislu) ne obuhvata ustavno sudstvo niti tumačenje i primenu ustava u konkretnim sporovima (u funkcionalnom smislu). Stoga vlast ustavnog sudstva, odnosno funkcija

⁶⁵ Up. Raz 2009, 361 i.d. „Any constitution that provides for authoritative adjudications regarding its own application cannot but be to some extent a living constitution; ie cannot but contain less law at its inception than it comes to contain later“ (Gardner 2012, 122).

⁶⁶ Kod nas se tumačenjem ustava bavi poglavito ustavni sud, uprkos izričitoj i već pominjanoj odredbi Ustava da sudovi „sude na osnovu *Ustava*, zakona i drugih opštih akata, kada je to predviđeno zakonom, opšteprihvatajenih pravila međunarodnog prava i potvrđenih međunarodnih ugovora“ (čl. 142, st. 2 Ustava RS). Nije mi poznata nijedna presuda bilo kojeg redovnog suda u Srbiji koja je doneta direktno na osnovu Ustava, a da je merodavni zakon u tom slučaju, prema tumačenju suda, ocenjen kao suprotan Ustavu. No, u drugim sistemima s isto ili slično organizovanom kontrolom ustavnosti može da se razvija i takva praksa, u okviru procesa koji italijanski teoretičar Gvastini naziva „poustavljenjem pravnog poretka“. Ipak, i u okviru prakse „poustavljenja“, odlučivanje redovnih sudova direktno na osnovu ustava, a suprotno merodavnim aktima niže pravne snage relativno je sporadično u odnosu na druge vidove prakse „poustavljenja“. O začetima prakse „poustavljenja“ u susednoj Hrvatskoj up. Burazin, Gardašević, Krešić 2021. Zahvaljujem se jednom od recenzenata što mi je skrenuo pažnju na ovu praksu.

kontrole ustavnosti koju ona vrši, nije od primarnog značaja za temu rasprave. Ipak, radi ilustracije glavne poente, opisao slučaj u kojem Ustavni sud Srbije (USS) *vršeći adjudikativnu funkciju u slučaju spora po ustavnoj žalbi* u isto vreme vrši i regulativnu funkciju. U takvim slučajevima on čini upravo ono što tvrdim da može da čini i svaka „redovna“ sudska vlast u razvijenom pravnom sistemu.⁶⁷

Reč je o odluci kojom je utvrđena povreda prava na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti iz člana 23 Ustava RS i prava na poštovanje privatnog života zajemčenog članom 8 Evropske konvencije.⁶⁸ U pitanju je slučaj u kojem je matičar iz jedne opštine u Srbiji odbio da izvrši upis u matične knjige promenu pola podnosioca ustavne žalbe zbog stvarne nenadležnosti. U izreci odluke, USS je utvrdio „da su organi iz člana 6. st. 2. i 4. Zakona o matičnim knjigama stvarno nadležni da odlučuju o zahtevu za upis promene podataka o polu“. Sud je rezonovao da, iako upis promene podataka o polu u matičnoj knjizi rođenih nije izričito regulisan Zakonom o matičnim knjigama, odredbe tog Zakona „treba tumačiti na način da se i upis promene podataka o polu može izvršiti analognom primenom zakonskih odredaba koje uređuju upis činjenice rođenja i svih ostalih podataka, uključujući i pol, koji se u matičnu knjigu upisuje za lice rođeno u zdravstvenoj ustanovi“.

I ne samo da je USS utvrdio povredu ljudskog prava i u izreci (a delom i u obrazloženju) utvrdio *pravilo* prema kojem su matičari „nadležni“ da vrše upis promene podataka o polu u matičnim knjigama na osnovu zahteva koji je snabdeven odgovarajućim medicinskim potvrđama o izvršenoj promeni već je otišao i korak dalje. U obrazloženju presude, USS je ocenio da „do zakonskog regulisanja prava na promenu pola, *ovu odluku valja primenjivati i na druga lica koja bi se našla u istoj pravnoj situaciji*, pa se tako ova odluka odnosi i na ta lica, a ne samo na podnosioca žalbe“. Shodno tome, USS je odlučio i da odluku dostavi nadležnom Ministarstvu kako bi sa svojim stavom „upoznao prvostepene organe koji rešavaju u upravnom postupku u oblasti matičnih knjiga“.

⁶⁷ Na ovom mestu treba raščistiti jednu moguću nejasnoću. Ustavni sud može vršiti regulativnu funkciju prilikom apstraktne kontrole ustavnosti određenog zakona. On to čini uvek kada samo jedno od mogućih značenja pojedinih zakonskih odredaba u svojoj odluci označi kao ono koje je saglasno s ustavnim normama ili principima. Na taj način, nesporno je da Ustavni sud stvara ili dopunjava postojeće pravo (za slučajeve u kojima je to učinio, primera radi, Ustavni sud Hrvatske, up. Burazin, Gardašević, Krešić 2021, 234–237). Međutim, prvi slučaj iz prakse USS koji će biti opisan ne predstavlja takvo vršenje regulativne vlasti već je bliži onome što (mogu da) čine redovni sudovi, budući da u njemu Ustavni sud ne vrši apstraktnu kontrolu ustavnosti već rešava pojedinačni spor po ustavnoj žalbi, dakle, vrši adjudikativnu funkciju.

⁶⁸ Predmet UŽ-3238/2011 od 8. 3. 2012.

Zanimljivo je da je USS taj stav zasnovao na članu Zakona⁶⁹ koji govori o otklanjanju štetnih posledica do kojih je došlo zbog ožalbenog akta (čl. 89, st. 2). Međutim, meni se čini da primereniji pravni osnov za takav stav postoji u članu 87 istog zakona, u kojem izričito stoji da se u slučaju povrede Ustavom zajemčenog ljudskog ili manjinskog prava više lica nekim pojedinačnim aktom, od kojih su samo neka podnela ustavnu žalbu, „odluka Ustavnog suda odnosi i na lica koja nisu podnela ustavnu žalbu, ako se nalaze u istoj pravnoj situaciji“. Taj član Zakona naglašavam iz razloga što se njime izričito i jasno u našem pravnom poretku priznaje obaveznost određenih odluka USS i mimo strana u sporu po ustavnoj žalbi. Istina, u pitanju nisu odluke sudske vlasti, jer Ustavni sud to nije, ali jesu odluke parasudskog organa koji na taj način može da vrši regulativnu funkciju, prilikom vršenja adjudikativne funkcije. A upravo se iz pomenutog primera vidi da USS upravo tako i postupa.

Konačno, pomenuću još jednu odluku USS koja je od *indirektnog* značaja za vršenje regulativne funkcije, budući da ona ilustruje kolika je važnost institucionalnog modela podele vlasti u kojem je vršenje takve funkcije od strane sudske vlasti jedino poželjno. U proleće 2020. godine, predsednik Republike je, uz sasluženje predsednicā vlade i Narodne Skupštine, doneo Odluku o proglašenju vanrednog stanja. Nakon toga, Ustavnom sudu su upućene brojne inicijative za ocenu ustavnosti dotične Odluke. USS je te inicijative rešenjem⁷⁰ odbacio, tvrdeći da nema osnova za pokretanje postupka. Međutim, iako ih je odbacio, USS se upustio u ekstenzivno razmatranje činjeničnih i pravnih pitanja u vezi s pomenutom Odlukom. Na ovom mestu ću ukazati samo na „odgovor“ USS na jednu od primedaba iz inicijativa, onu koja dovodi u pitanje opravdanost postupka troje zvaničnika da od Narodne skupštine preuzme nadležnost za donošenje Odluke.

Naime, iako je donošenje takve odluke primarno nadležnost Narodne skupštine, javnosti je saopštena tvrdnja da ona ne može da se sastane. USS je, međutim, ustvrdio da se ne bavi činjeničnim pitanjima i da je predsednica Narodne skupštine iskoristila poslovničko ovlašćenje i obavestila predsednicu Vlade i predsednika Republike da Narodna skupština ne može da se sastane, te da je na taj način ispunjen Ustavom postavljen uslov da nadležnost za donošenje odluke o proglašenju vanrednog stanja mogu preuzeti troje navedenih funkcionera. Za USS u pomenutom „obaveštenju“ nije bilo ničeg spornog, uprkos tome što je tvrdnja iz obaveštenja predsednice Skupštine bila očigledna neistina jer je Skupština faktički mogla da zaseda, kao što su, uostalom, u to vreme zasedali parlamenti svih evropskih zemalja. Uprkos tome, USS u svom rešenju „rezonuje“ da je „pitanje (ne)mogućnosti da se

⁶⁹ Zakon o ustavnom sudu, *Službeni glasnik RS* 109/07.

⁷⁰ Br. Iuo-42/2020 od 22. 5. 2020 (*Službeni glasnik RS* 77/2020).

Narodna skupština sastane, faktičko, a ne pravno pitanje⁷¹... i da Ustavni sud ne može da ocenjuje organizacione mogućnosti Narodne skupštine da se sastane bez odlaganja u uslovima postojanja opasnosti po život i zdravlje ljudi. Stoga, Ustavni sud nema ustavno, niti drugo pravno 'merilo' na osnovu kojeg bi *mogao dovesti u pitanje* obaveštenje predsednika Narodne skupštine da parlament nije bio u mogućnosti da se sastane". Osim što, dodao bih, ima „ustavno merilo“ koje se nalazi u osnovnim načelima Ustava, a zove se „podela vlasti“. No, čini se da je za Ustavni sud poslovnička odredba bila jača i od tog merila i od notornih činjenica.

Kao što sam prethodno objasnio, osnovni princip svakog stvarnog ustava je podela vlasti. Odlukom o proglašenju vanrednog stanja aktuelni režim je taj princip belodano prekršio. Rešenjem da ustavnost takve odluke ne „razmatra“ i iznetom „argumentacijom“, „čuvar ustava“ nije zaštitio taj osnovni konstitucionalni princip zarad političkog rezona i volju kršitelja Ustava, pretpostavio je samom Ustavu i njegovom temeljnom principu (opširnije o tome vid. Dajović 2020). Zato ta odluka USS ilustruje koliko je za vršenje bilo koje funkcije (para)sudske vlasti važan institucionalni pejzaž u kojem se one vrše. Kada (para)sudski organ nije institucionalno i faktički nezavisan i samostalan, kao što je to slučaj u Srbiji s Ustavnim sudom, onda je preuzimanje regulativne funkcije od strane takvog organa pogubno za podelu vlasti, shodno tome, i za slobode i prava građana. Jer, ne treba imati naročitu imaginaciju da bi se zamislilo, kako u nekoj narednoj pandemiji, drugoj javnoj opasnosti ili čak u svakoj situaciji u kojoj predsednik Narodne skupštine konstatuje da Skupština ne može da se sastane, pa njene nadležnosti preuzmu drugi organi, Ustavni sud, sledeći doktrinu *stare decisis*, nalazi da nema osnova čak ni da pokrene postupak ocene ustavnosti takvih akata. Rečju, primena doktrine precedenata u takvom slučaju izvrgava se u svoju suprotnost: umesto da ojača sudstvo, kao treću, nezavisnu i samostalnu granu vlasti, koja je osnovna brana neustavnom širenju moći drugih grana vlasti, ona ga čini potpornim stubom te moći.

7. ZAKLJUČAK

U savremenim pravnim sistemima položaj sudske vlasti je određen unutar konstitucionalizovanog modela podela vlasti, kao nezavisan i samostalan u odnosu na druge dve grane vlasti. S druge strane, shodno ideji podela

⁷¹ Samo nekoliko pasusa pre u svom rešenju, „iako ne sudi činjenicama i na osnovu činjenica“, USS upravo to čini kada ustvrđuje da je ispunjen ustavni uslov proglašenja vanrednog stanja, ocenjujući „da bi se zarazna bolest COVID-19 mogla smatrati javnom opasnošću koja ugrožava opstanak države ili građana, u smislu člana 200. stava 1 (Ustava)“.

vlasti, sudska vlast vrši adjudikativnu funkciju, primenjujući važeće opšte pravne akte koje donosi druga vlast, poglavito zakonodavna. Međutim, kako „opšta pravila ne rešavaju pojedinačne slučajeve“ jer su zakoni po svojoj prirodi, nužno, nedovršeni, sudska vlast, prilikom rešavanja nekih („teških“) slučajeva izgleda kao da dopunjuje ili stvara pravo. Kažem „izgleda“ jer da li će njene dopune ili kreacije opštih pravila i standarda, koje su sadržane u obrazloženjima presuda u „teškim“ slučajevima postati obavezujuće za sve naredne slične slučajeve, ne zavisi *nužno* od toga da li su one *formalno priznate* kao izvor prava. Štaviše, u kontinentalnim pravnim sistemima, po pravilu, nije *izričito* propisano ovlašćenje (bilo kog) suda da, obrazloženjima svojih presuda, stvara obavezujuće opšte pravne norme.⁷² Međutim, u raspravi je iznet argument (3.2) da to „ovlašćenje“ *može* da proistekne iz konvencije, to jest iz usaglašene prakse sudskih zvaničnika.

Kada je reč o regulativnoj funkciji sudske vlasti, na osnovu analize anglosaksonskog sistema precedenata, pažnja je usmerena ka horizontalnom precedentu, kao paradigmatičnoj „inkarnaciji“ te funkcije, budući da se pošlo od pretpostavke da vertikalni precedent funkcioniše u svakom uređenom pravosudnom sistemu. Razlog za to je jednostavan: ukoliko sudije pravila iz presuda viših i najvišeg suda ne bi uzimali kao obavezujuće nego samo kao razloge koje uzimaju u obzir prilikom presuđivanja, ali koji mogu biti nadjačani drugim razlozima, onda bi samo funkcionisanje pravosuđa moglo da bude ozbiljno ugroženo (Merrill 1993, 44,71). S druge strane, kada je reč o horizontalnom precedentu, konvencija u pravcu poštovanja doktrine *stare decisis*, koju bi sudije i sudovi prihvatili, može da ograničava obavezujuće dejstvo sudski stvorenih opštih pravila samo na sudove. A da li će i pod kojim uslovima to dejstvo postaje *erga omnes* (u odnosu na druge grane državne vlasti), posebno je i kontekstualno uslovljeno pitanje koje se u raspravi ne razmatra.

Najzad, kao što je na samom početku rečeno, u raspravi se iznose dve osnovne teze: prva, da sudska vlast, konceptualno posmatrano, *može* da vrši regulativnu funkciju i u pravnom sistemu u kojem joj ona nije formalno dodeljena i, druga, da postoje jaki normativni razlozi zbog kojih ona *treba* da je vrši. Pošto je prvo pitanje dovoljno pretreseno, u drugom nastavku rasprave, pozabaviću se pitanjem zbog čega sudska vlast *treba* da vrši regulativnu funkciju, da bih potom skicirao jedan mogući model vršenja takve funkcije u savremenom pravnom sistemu.

⁷² Raz navodi da takvo *izričito* ovlašćenje ne postoji ni u anglosaksonskom sistemu (Raz 2009, 278). O tome u Spaić 2018, 31 fn. 14. U slučaju SAD, recimo, iako ne postoji izričit (na primer, ustavni) propis u tom smislu, odluke Vrhovnog suda predstavljaju izvor prava. Stoga, pravilo priznanja u tom sistemu delom referira na pisani ustav, a delom je uspostavljena konvencija koja nema veze s pisanim ustavom (opširnije u Dajović 2010, 259).

LITERATURA

- [1] Alexander, Larry, Emily Sherwin. 2001. *The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*. Durham and London: Duke University Press.
- [2] Alexander, Larry, Emily Sherwin. 2004. Judges as Rulemakers. *University of San Diego Public Law and Legal Theory Research Paper*. Series 15.
- [3] Alexy, Robert, Ralf Dreier. 1991. Statutory interpretation in the Federal Republic of Germany. 73–121. *Interpreting statutes: A comparative study*, eds. Neil MacCormick, Robert Summers. Aldershot: Ashgate – Dartmouth.
- [4] Barber, Nicholas. 1/2000. Sovereignty Re-examined: The Courts, Parliament, and Statutes. *Oxford Journal of Legal Studies* 20: 131–154.
- [5] Bayles, Michael D. 1992. *Hart's Legal Philosophy – an examination*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.
- [6] *Black's Law Dictionary*. 2004. 8th ed., ed. Bryan A. Garner.
- [7] Bulygin, Eugenio. 2015. *Essays in Legal Philosophy*, eds. Carlos Bernal, Carla Huerta, Tecla Mazzaresse, José Juan Moreso, Pablo E. Navarro and Stanley L. Paulson. Oxford: Oxford University Press.
- [8] Burazin, Luka, Đorđe Gardašević, Mario Krešić. 2/2021. Poustavljenje hrvatskog pravnog poretka, *Zbornik PFZ* 71: 221–254.
- [9] Bums, Linda Claire. 1991. *Vagueness, An Investigation into Natural Languages and the Sorites Paradox*. Dordrecht: Springer Science+Business Media.
- [10] Claus, Laurence. 3/2005. Montesquieu's Mistakes and the True Meaning of Separation. *Oxford Journal of Legal Studies* 25: 419–451.
- [11] Coleman, Jules. 2001. *The Practice of Principle*. Oxford: Oxford University Press.
- [12] Cross, Rupert, J. W. Harris 1991. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press.
- [13] Dajović, Goran. 3/2010. Rule of Recognition and Written Constitution. *The Annals of the Faculty of Law in Belgrade – Belgrade Law Review* 58: 248–264.
- [14] Dajović, Goran. 2014. Hartov novi početak, pogovor. U Hart, H. *Pojam prava*. Beograd: Službeni glasnik – Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

- [15] Dajović, Goran, Bojan Spaić. 2016. *Pravo na obrazloženu presudu: Praksa Evropskog suda za ljudska prava / Right to a Reasoned Trial: Practice of The European Court of Human Rights*. Podgorica: Centar za demokratsku tranziciju.
- [16] Dajović, Goran. 2018. Pravno i faktičko pitanje. 139–159. *Identitetski preobražaja Srbije – prilozi projektu*, ur. Ivana Krstić, Maja Lukić. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- [17] Dajović Goran (ur.). 2019. *Srpsko pravosuđe na ustavnoj stranptici – svedočanstvo o „debatii“ povodom inicijative za promenu Ustava RS u oblasti pravosuđa, 2017–18*. Beograd: CEPRIS.
- [18] Dajović, Goran. 2020. *Epitaf za srpski ustav*. Otvorena vrata pravosuđa. Maj 2020. <https://otvorenavratapravosudja.rs teme/ustavno-pravo/epitaf-zasrpski-ustav>, poslednji pristup 29. novembra 2021.
- [19] Duxbury, Neil. 2013. *Elements of legislation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- [20] Edlin, Douglas. 2010. *Judges and Unjust Laws*. The University of Michigan Press.
- [21] Ervin, Sam J., Jr. 1970. Separation of powers: judicial independence. *Law and Contemporary Problems* 35: 108–127.
- [22] Fuller, Lon, L. 2/1978. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review* 92: 353–409.
- [23] Gardner, John. 2001. Legal Positivism: 5½ Myths. *American Journal of Jurisprudence* 46: 199–227.
- [24] Gardner, John. 2012. *Law as the Leap of Faith – Essays on Law in General*. Oxford: Oxford University Press.
- [25] Gluckman, Max. 1965. *Politics, Law and Ritual in Tribal Society*. Oxford: Basil Blackwell.
- [26] Hart, Herbert. 1/1949. The Ascription of Responsibility and Rights. *Proceedings of the Aristotelian Society* 49: 171–194.
- [27] Hart, Herbert. 4/1958. Positivism and the separation of law and morals. *Harvard Law Review* 71: 593–629.
- [28] Hart, Herbert. 1994. *The Concept of Law*. Second Edition with Postscript, eds. Raz & Bulloch. Oxford: Clarendon Press.
- [29] Hejvud, Endrju. 2004. *Politika*. Beograd: CLIO.

- [30] Jovanović, Slobodan. 1990. *O državi*. Beograd: BIGZ – Jugoslavijapublik – SKZ.
- [31] Kelzen, Hans. 1951. *Opšta teorija prava i države*. Beograd: Arhiv za pravne i društvene nauke.
- [32] Košutić, Budimir. 1973. *Sudska presuda kao izvor prava*. Beograd: Savremena administracija.
- [33] Kramer, Matthew H. 2005. *Where Law and Morality Meet*. Oxford: Oxford University Press.
- [34] Landes, William M., Richard A. Posner. 2/1976. Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis. *The Journal of Law and Economics* 19: 249–307.
- [35] Liebwald, Doris. 2/2013. Law's Capacity for Vagueness. *International Journal for the Semiotics of Law* 26: 391–423.
- [36] Lindquist, Stefanie A., Frank B. Cross. 4/2005. Empirically Testing Dworkin's Chain Novel Theory: Studying the Path of Precedent. *New York University Law Review* 80: 1156–1206.
- [37] Merrill, Thomas W. 1993. Judicial Opinions as Binding Law and as Explanations for Judgments. *Cardozo Law Review* 15: 43–79.
- [38] Perry, Stephen R. 2/1987. Judicial Obligation, Precedent and the Common Law. *Oxford Journal of Legal Studies* 7: 215–257.
- [39] Raz, Joseph. 1979. *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon Press.
- [40] Raz, Joseph. 1999. *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press.
- [41] Raz, Joseph. 2009. *Between Authority and Interpretation*. Oxford: Oxford University Press.
- [42] Roberts, Paul. 2011. Does Article 6 of the European Convention on Human Rights Require Reasoned Verdicts in Criminal Trials? *Human Rights Law Review* 11: 213–235.
- [43] Rosenfeld, Michel. 1993. Executive Autonomy, Judicial Authority and the Rule of Law: Reflections on Constitutional Interpretation and the Separation of Powers. *Cardozo Law Review* 15: 137–174.
- [44] Salmond, John William. 1966. *Salmond on Jurisprudence*, P. J. Fitzgerald. 12. ed. London: Sweet & Maxwell.
- [45] Schauer, Frederick. 2012. Precedent. 123–136. *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, ed. Andrei Marmor. New York – London: Routledge.

- [46] Schauer, Frederick. 2013. Is Defeasibility an Essential Property of Law? <http://www.horty.umiacs.io/courses/readings/schauer-defeasibility.pdf>, poslednji pristup 29. novembra 2021.
- [47] Sebok, Anthony J. 1998. *Legal Positivism in American Jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press.
- [48] Solan, Lawrence M. 2016. Precedent in Statutory Interpretation. *North Carolina Law Review* 94: 1165–1234.
- [49] Spaić, Bojan. 1/2018. The Authority of Precedents in Civil Law Systems. *Studia Iuridica Lublinensia* XXVII: 27–44.
- [50] Spaić, Bojan. 1/2021. Interpretacija i konstrukcija: prilog razmatranju razlike između primjene prava i stvaranja prava. *Pravni zapisi* XII: 29–61.
- [51] Summers, Robert. 1996–97. How Law is Formal and why it matters. *Cornell Law Review* 82: 1165–1229.
- [52] Tamanaha, Brian Z. 2010. *Beyond the formalist-realist divide: the role of politics in judging*. Princeton: Princeton University Press.
- [53] Tasić, Đorđe. 1995. *Uvod u pravne nauke – Enciklopedija prava*. Beograd: Službeni list SRJ.
- [54] Trešnjev, Aleksandar. 2013. *Zbirka sudskih odluka iz krivičnogpravnog materije*, knjiga 9. Beograd: Službeni glasnik.
- [55] Troper, Michel, Christophe Grzegorzcyk. 1997. Precedent in France. 103–140. *Interpreting Precedents*, eds. Neil MacCormick, Robert S. Summers. London – New York: Routledge.
- [56] Troper Michel. 2013. *Separation of powers*, translated by Philip Stewart. *A Montesquieu Dictionary*, ed. Catherine Volpilhac-Augier. <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/en/article/1376427308/en>, poslednji pristup 29. novembra 2021.
- [57] Vasić, Radmila, Miodrag Jovanović, Goran Dajović. 2016. *Uvod u pravo*, 3. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- [58] Whittington, Keith E. 2015. The Power of Judicial Review. 388–408. *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, eds. Mark Tushnet, Mark A. Graber, Sanford Levinson. Oxford: Hart Publishing.
- [59] Vitgenštajn, Ludvig. *Filozofska istraživanja*. Beograd: Nolit.
- [60] Zec, Jovana. 2020. Odluke Vrhovnog kasacionog suda kao formalni izvor prava. 103–114. *Sudstvo kao vlast*, ur. Miodrag Jovanović, Ana Zdravković. Beograd: CEPRIS.

Goran DAJOVIĆ, PhD

Associate Professor, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

THE POSSIBILITY OF REGULATORY FUNCTION OF JUDICIAL POWER

Summary

The article presents two theses. The first is that previous court judgments can be „sources“ of general rules and standards that will constraint the courts, as decision-makers, even if they are not formally established as legally binding. The second is that it should be so for several reasons – the most important being predictability and equality.

In this part of the article the concepts of separation of powers, types of state functions, and judicial power are explained. The reasons why the judicial power can perform the law-making function in a legal system in which it is not formally established are presented. As an illustration of how the system in which courts perform a law-making function works, the application of the doctrine of stare decisis in the USA is described. Finally, several decisions of the Constitutional Court of Serbia that indicate similar practice in Serbian legal system are analyzed.

Key words: *Separation of power. – Judicial power. – Regulative and adjudicative function. – Precedent.*

Article history:
Received: 29. 11. 2021.
Accepted: 7. 2. 2022.

UDK 347.65:347.615

CERIF: S 130

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22109A

Dr Ivana ĐOKIĆ*

OD NASLEDIVOSTI DO NENASLEDIVOSTI ZAKONSKE DUŽNOSTI IZDRŽAVANJA RAZVEDENOG SUPRUŽNIKA

Saglasno porodičnoj regulativi Republike Srbije, zakonska dužnost izdržavanja, između ostalog, prestaje smrću davaoca izdržavanja. Za razliku od srpskog zakonodavca, normotvorci u pojedinim savremenim evropskim pravnim sistemima predviđaju nasleđivanje zakonske dužnosti izdržavanja, između ostalih, i razvedenog supružnika. Takvi, u bitnome drugačiji pristupi regulisanju pitanja nasledivosti zakonske dužnosti izdržavanja razvedenog supružnika, predmet su autorove pažnje. Osim toga što nastoji da izvede zaključak koji je od spomenutih pristupa pravnom uređenju pitanja nasledivosti zakonske dužnosti izdržavanja potpuno ili većim delom u funkciji postbračne solidarnosti, autor razmatra i mogućnost redizajniranja i noveliranja porodičnopravne i naslednopravne regulative Republike Srbije.

Ključne reči: *Razvedeni supružnik. – Izdržavanje. – Nasleđivanje. – Dužnost. – Odgovornost.*

* Advokat, Niš, Srbija, evtimovivana@yahoo.com.

1. UVOD

Izdržavanje supružnika po prestanku braka predstavlja jedan segment građanskopravne ustanove izdržavanja. Danas veliki broj pravnih sistema, među kojima je i Republika Srbija, uređuju supružansko izdržavanje posle razvoda braka. U prvom delu rada, autor analizira supružansko izdržavanje u francuskom, nemačkom, austrijskom i ruskom pravu, nastojeći da ponudi argumentovane odgovore na sledeća pitanja: koje funkcije ima ustanova izdržavanja u savremenim pravnim sistemima; da li u osnovama supružanskog izdržavanja posle razvoda braka stoji postbračna solidarnost; da li supružansko izdržavanje posle razvoda braka ima osnova u potrebama stvorenim u braku; u kakvom su međusobnom odnosu odredbe o supružanskom izdržavanju posle razvoda braka, odredbe o svojini, nasleđivanju i socijalnim davanjima, da li se međusobno dopunjuju ili isključuju; da li je zakonska dužnost izdržavanja razvedenog supružnika naslediva; na koji način naslednici ostavioca odgovaraju za namirenje ostaviočevog razvedenog supružnika; da li razvedeni supružnik ostavioca ima prioritet u namirenju u odnosu na poverioce ostavioca i nužne naslednike ili nema?

U drugom delu rada, u fokusu autorove pažnje je porodičnopravna regulativa Republike Srbije. Normirajući prestanak izdržavanja, srpski zakonodavac predviđa da zakonska dužnost izdržavanja, između ostalog, prestaje i u slučaju smrti poverioca izdržavanja ili dužnika izdržavanja. Na taj način je srpski zakonodavac zakonsku dužnost izdržavanja učinio nenasledivom. Odstupanja od principa nenasledivosti nisu predviđena ni u slučaju supružanskog izdržavanja posle razvoda braka. Zbog toga autor u radu postavlja pitanje da li je nenasledivošću zakonske dužnosti izdržavanja postbračna solidarnost u srpskom pravu dovedena pod znak pitanja. Da bi odgovorio na pređašnje pitanje, autor pristupa analizi porodičnopravne i nasleđnopravne regulative. Osim toga, autor analizira i regulativu kojom se uređuje socijalna zaštita u Republici Srbiji. Primenom sistematskog metoda, autor nastoji da dođe do argumentovanog odgovora i na pitanje da li je egzistencijalna sigurnost razvedenog supružnika u srpskom pravu dovedena pod znak pitanja.

2. NEMAČKO PRAVO

2.1. Uopšteno o supružanskom izdržavanju posle razvoda braka

Supružansko izdržavanje posle razvoda braka u nemačkom pravu normirano je odredbama nemačkog Građanskog zakonika (NGZ).¹ Prema slovu NGZ, bivši supružnici su dužni da sami obezbeđuju sredstva neophodna za svoje izdržavanje.² Na taj način je u temelje supružanskog izdržavanja posle razvoda braka ugrađen, kao osnovni, princip samoodgovornosti bivših supružnika.

Odstupanje od osnovnog principa postoji. Tako, ukoliko jedan od supružnika nije u stanju da sam sebi obezbedi sredstva nužna za egzistenciju, on ima pravo da zahteva izdržavanje od bivšeg supružnika.³ Za to je neophodno da supružnik poverilac izdržavanja ispunjava uslove propisane NGZ.⁴ U nemačkoj pravnoj teoriji ukazuje se na to da u osnovi supružanskog izdržavanja posle razvoda braka stoji ideja o postbračnoj solidarnosti (*nacheheliche Solidarität*), koja je široko prihvaćena u nemačkoj doktrini i sudskoj praksi, i objašnjava da je reč o potrebi koja je stvorena brakom (*ehebedingte Bedürftigkeit*) (Martiny, Schwab 2002, 23).

Činioci od značaja za utvrđivanje visine izdržavanja, takođe, detaljno su normirani odredbama NGZ. U nemačkoj pravnoj teoriji ukazuje se na to da je moguće ograničiti visinu izdržavanja, a takođe i vreme za koje će se izdržavanje davati (Schröder 2014, 22). Da bi se obezbedila uniformna primena odredaba o supružanskom izdržavanju posle razvoda braka i ujednačila sudska praksa, kreirani su posebni vodiči i tabele, među kojima posebno mesto zauzima Dizeldorfska tabela (Martiny, Schwab 2002, 21).

2.2. O nasleđivanju zakonske dužnosti izdržavanja razvedenog supružnika

Poseban pečat pravnom uređenju zakonske dužnosti izdržavanja razvedenog supružnika daju odredbe NGZ o prestanku izdržavanja. One su sistematizovane pod naslovom „Prestanak izdržavanja“ (*Ende des Unter-*

¹ NGZ (*Bürgerliches Gesetzbuch*), par. 1569–1586b.

² NGZ, par. 1569.

³ NGZ, par. 1569.

⁴ NGZ, par. 1570–1573, 1575 ili 1576.

haltsanspruchs).⁵ Njihova sadržina ukazuje na to da zakonska dužnost izdržavanja razvedenog supružnika prestaje u slučaju smrti supružnika poverioca izdržavanja i u slučaju kada supružnik poverilac izdržavanja stupi u drugi brak ili zasnuje građansko partnerstvo.⁶

Nemački zakonodavac je izričit da se zakonska dužnost izdržavanja razvedenog supružnika ne gasi smrću supružnika dužnika izdržavanja već, kao jedna nasledna obaveza, prelazi na njegove naslednike.⁷ U nemačkoj pravnoj teoriji se ukazuje na to da je zakonska dužnost izdržavanja, uglavnom, lična dužnost i da, kao takva, ne prelazi na naslednike, što je slučaj sa dužnošću izdržavanja iz par. 1586 I NGZ, par. 1615 I NGZ, par. 1360a III NGZ i par. 1361 IV 4 NGZ (Riesenhuber, Karakostas 2009, 145). Takođe, objašnjava se da postoji odstupanje u slučaju zakonske dužnosti izdržavanja razvedenog supružnika, koja nije lična dužnost već je naslediva (Frye 2009, 209).

U nemačkoj sudskoj praksi ne postoji dilema u pogledu pravne klasifikacije zakonske dužnosti izdržavanja razvedenog supružnika. Prema stanovištu suda, to je obična nasledna obaveza. Ona prelazi na naslednike supružnika dužnika izdržavanja i na nju se analogno primenjuju odredbe par. 1967 NGZ.⁸

2.2.1. Odgovornost naslednika za namirenje zakonske dužnosti izdržavanja

Budući da je zakonska dužnost izdržavanja svrstana u red naslednih obaveza i da zajedno sa drugim obavezama ostavioca, takođe, podobnim za nasleđivanje, prelazi na naslednike, postavlja se pitanje na koji način naslednici ostavioca odgovaraju za namirenje supružnika poverioca izdržavanja. Odgovor na postavljeno pitanje pronalazimo u odredbama NGZ kojima se uređuje odgovornost naslednika za obaveze ostavioca, u pravnoj književnosti i u sudskoj praksi.

Kada je reč o odgovornosti naslednika za obaveze ostavioca, treba spomenuti da u nemačkom pravu naslednici ostavioca neograničeno mogu odgovarati za obaveze iz zaostavštine. Prema slovu NGZ, ograničena odgovornost postoji samo u slučaju kada je pokrenut postupak upravljanja zaostavštinom ili stečajni postupak.⁹ U naslednopravnoj teoriji se objašnjava

⁵ NGZ, par. 1586, par. 1586a i par. 1586b.

⁶ NGZ, par. 1586, st. 1.

⁷ NGZ, par. 1586b.

⁸ OLG Koblenz, Urteil vom 19. Mai 2009 – 11 UF 762/08, <https://blankenburg-frank.de/wp-content/uploads/OLG-Koblenz.pdf>, poslednji pristup 27. jula 2021.

⁹ NGZ, par. 1975.

da u tim slučajevima postoji odgovornost do vrednosti zaostavštine, isključivo nasleđenim dobrima (*cum viribus hereditatis*) (Stojanović 2011, 342). Otuda supružnik poverilac izdržavanja ima pravo da zahteva informacije o sastavu i vrednosti zaostavštine, na šta nedvosmisleno upućuje sadržina par. 1605 i par. 1580 NGZ (Krüger 2018, 558).

U sudskoj praksi, takođe, ne postoji dilema o odgovornosti naslednika, supružnika dužnika izdržavanja. Stav suda je da u takvim slučajevima osnovanost zahteva treba ocenjivati u odnosu na vrednost zaostavštine, na koju naslednici imaju mogućnost da ograniče svoju odgovornost.¹⁰ Osim spomenutog, sudska praksa je i stanovišta da se ograničenja koja su predviđena par. 1581 NGZ, a koja se odnose na solventnost dužnika izdržavanja, na koja se dužnik izdržavanja za života može pozivati, ne primenjuju u slučaju kada se potražuje izdržavanje iz zaostavštine jer je to nasledna obaveza, a ne lična dužnost naslednika.¹¹

Kada je reč o odgovornosti naslednika ostavioca za izdržavanje ostavičevog bivšeg supružnika, osim što je odgovornost naslednika, bez sumnje, ograničena na vrednost zaostavštine ostavioca dužnika izdržavanja, postoji i ograničenje u pogledu iznosa koji bivši supružnik ostavioca može da zahteva iz zaostavštine.

Prema određenju nemačkog zakonodavca, bivšem supružniku ostavioca pripada izdržavanje iz zaostavštine u vrednosti nužnog dela, na koji bi imao pravo u slučaju da je brak prestao smrću dužnika izdržavanja, a ne razvodom.¹² U nemačkoj pravnoj teoriji se ukazuje na to da je u radnim materijalima za NGZ pojašnjeno da je pravo na izdržavanje bivšeg supružnika ostavioca iz zaostavštine svojevrsna zamena prava na nužni deo, koje se gubi u slučaju razvoda (Riesenhuber, Karakostas 2009, 145, 146). Osim toga, objašnjava se da se na utvrđivanje iznosa izdržavanja analogno primenjuju pravila kojima se uređuje postupak obračunavanja nužnog dela i to par. 2303, par. 2325 i par. 1931 NGZ (Krüger 2018, 558). U nemačkoj sudskoj praksi, takođe, visina potraživanja izdržavanja bivšeg supružnika ostavioca ograničena je na iznos nužnog dela, koji bi mu pripao u slučaju da brak nije razveden.¹³

¹⁰ BGH XII ZB 357/18 Verkündet am: 15. Mai 2019, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=96643&pos=0&anz=1>, poslednji pristup 27. jula 2021.

¹¹ OLG München, Endbeschluss v. 18. 07. 2018 – 12 UF 202/18, <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2018-N-44141?hl=true>, poslednji pristup 27. jula 2021.

¹² NGZ, par.1586b.

¹³ OLG Frankfurt vom 28. 08. 2002 (2 WF 245/02), <http://www.hefam.de/urteile/2WF24502.html>, poslednji pristup 27. jula 2021.

2.2.2. Uticaj odricanja od prava na nasleđivanje po supružansko izdržavanje posle razvoda braka

Osim onoga što je rečeno u prethodnim redovima, treba spomenuti da nemački zakonodavac pitanje odricanja od prava na izdržavanje ne uređuje posebnom odredbom. Ne normira ni kakve pravne posledice po supružansko izdržavanje posle razvoda braka ima odricanje supružnika poverioca izdržavanja od prava na nasleđivanje, koje je sadržano, primera radi, u bračnom ugovoru. U nemačkoj pravnoj teoriji se ističe da je preovlađujući stav u pravnoj književnosti da ukoliko se supružnik poverilac izdržavanja odrekao prava na nasleđivanje, podrazumeva se da se odrekao i prava na izdržavanje (Riesenhuber, Karakostas 2009, 145). Zbog toga se savetuje da se prilikom zaključivanja bračnih ugovora posebno naglasi da se supružnici odricanjem od prava na nasleđivanje ne odriču prava na izdržavanje (Schlünder 2016,18,19).

Sagledavajući odredbe NGZ o supružanskom izdržavanju posle razvoda braka, komentare u nemačkoj pravnoj doktrini i stavove sudova, može se zaključiti da je nasledivost zakonske dužnosti izdržavanja u funkciji postbračne solidarnosti. Čini se da odredbe NGZ o nasleđivanju zakonske dužnosti izdržavanja imaju dubokog smisla zbog toga što i u slučaju smrti supružnika dužnika izdržavanja zakonske pretpostavke neophodne za konstituisanje zakonske dužnosti izdržavanja i dalje postoje na strani supružnika poverioca izdržavanja. Budući da posle smrti supružnika dužnika izdržavanja ostaje njegova zaostavština, čini se apsolutno prihvatljivim rešenje da će se izdržavanje namirivati iz zaostavštine ostavioca dužnika. Inače, takvim rešenjem se teret obezbeđivanja egzistencijalno nezbrinutih lica preraspodeljuje između države i pojedinca, imajući u vidu da se odredbe o izdržavanju, odredbe o svojini i odredbe socijalnim davanjima međusobno ne isključuju nego dopunjuju (Martiny, Schwab 2002, 23, 24, 25).

3. FRANCUSKO PRAVO

3.1. U kratkim crtama o supružanskom izdržavanju posle razvoda braka

U francuskom pravu supružansko izdržavanje posle razvoda braka regulisano je odredbama francuskog Građanskog zakonika (FGZ), koje su objedinjene pod naslovom *Des prestations compensatoires* (O kompenzatornoj prestaciji).¹⁴ Prema slovu FGZ, dužnost supružanskog izdržavanja prestaje

¹⁴ FGZ (*Code Civil*), čl. 270–281.

razvodom braka.¹⁵ Poput nemačkog, i francuski zakonopisac predviđa odstupanje od tog pravila. Naime, jedan od supružnika ima pravo da zahteva isplatu kompenzatorne sume od drugog supružnika u slučaju kada postoji nesklad u životnim uslovima njega kao poverioca izdržavanja. Uslov je da je nesklad u životnim uslovima prouzrokovan razvodom. Kompenzatorna suma se isplaćuje u kapitalnom iznosu, koji određuje sudija.¹⁶

U francuskoj pravnoj teoriji se objašnjava da odstupanje u životnim uslovima supružnika poverioca izdržavanja obuhvata disparitet u resursima, koje će sudija ocenjivati (Sayn 2016, 109). Takođe, ističe se da je u pitanju jedna vrsta odštete, koja nije klasično izdržavanje uslovljeno nemanjem sredstava za egzistenciju na strani poverioca izdržavanja (Ferrand 2002, 38).

Može se reći da je cilj zakonodavca, bez sumnje, sadržan u obezbeđivanju naknade supružniku poveriocu koji trpi zbog promene životnih uslova, koja je nastala kao posledica razvoda, ali, kako je primećeno u pravnoj teoriji, i sa ciljem ostvarivanja čistog raskida sa prošlošću, bez dugotrajnih parnica (Kovaček Stanić 2002, 109). Prema stanovištu Kasacionog suda Francuske, cilj zakona nije da se izjednači bogatstvo već isključivo razlika u životnim uslovima supružnika poverioca izdržavanja. Ukoliko takva razlika nije utvrđena, tužbeni zahtev, logično, treba biti odbijen.¹⁷

Odredbama FGZ, takođe, definisani su i kriterijumi koje će sud uzimati u obzir prilikom procenjivanja i utvrđivanja kompenzatornog iznosa. Osim osnovnih kriterijuma, u koje se ubrajaju potrebe supružnika poverioca izdržavanja i finansijska sposobnost supružnika dužnika izdržavanja, sud će voditi računa i o dopunskim kriterijumima. U dopunske kriterijume se ubrajaju, primera radi, dužina trajanja bračne zajednice, starost supružnika, njihova zdravstvena sposobnost, profesionalna orijentacija, kapital kojim raspolažu, procenjivo i očekivano nasleđe, prihod koji se očekuje usled likvidacije bračnog režima, penzije.¹⁸

Tako definisani kriterijumi, bez sumnje, govore u prilog tome da se zakonske odredbe o isplati kompenzatornog iznosa, odredbe kojima se uređuje bračni imovinski režim, odredbe o pravu svojine, odredbe o nasleđivanju i prava koja se ostvaruju po osnovu penzijskog osiguranja ne isključuju nego

¹⁵ FGZ, čl. 270, st. 1.

¹⁶ FGZ, čl. 270, st. 2.

¹⁷ Cour de cassation, Chambre civile 1, 18 novembre 2020, 19-15353, <https://juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20201118-1915353>, poslednji pristup 27. jula 2021.

¹⁸ FGZ, čl. 271.

dopunjuju.¹⁹ U francuskoj pravnoj teoriji se govori i o indirektnom uticaju odredaba o pravu svojine i odredbe o pravima iz penzijskog osiguranja na supružansko izdržavanje posle razvoda braka (Ferrand 2002, 32, 33).

3.2. Nasleđivanje zakonske dužnosti isplate kompenzatorne sume

Poput nemačkog, i francuski zakonodavac predviđa da se zakonska dužnost isplate kompenzatorne sume ne gasi u slučaju smrti supružnika dužnika već, kao jedna nasledna obaveza, prelazi na naslednike.²⁰ Osim toga, zakonodavac precizira da ukoliko je isplata kompenzatorne sume određena u obliku kapitala pod uslovima iz čl. 275 FGZ ili u mesečnim anuitetima a nastupi smrt dužnika izdržavanja, tako određeni iznosi dospevaju u celini za naplatu. Iznos koji treba da bude isplaćen iz zaostavštine u takvim slučajevima procenjuje se prema modalitetima iz dekreta Državnog saveta.²¹ U francuskoj sudskoj praksi se prilikom procene iznosa kompenzatorne sume, koja treba da bude isplaćena iz zaostavštine ostavioca, uzima zbir svih nedospelih rata kompenzatorne sume, koje se prema zakonu smatraju dospelim u trenutku smrti ostavioca, a njihova vrednost se procenjuje uz stopu kapitalizacije od 4%, uzimajući u obzir podatke iz tabele o smrtnosti prema polu, starosti i životnom standardu.²²

Osim toga što zakonska dužnost isplate kompenzatorne sume, po sili zakona, prelazi na naslednike, kao nasledna obaveza (Sayn 2016, 120), francuski zakonodavac naslednicima ostavioca ostavlja mogućnost da lično nastave sa plaćanjem kompenzatorne sume, onako kako je to činio ostavilac. Uslov je da naslednici ostavioca sa bivšim supružnikom ostavioca zaključe ugovor o isplati kompenzatorne sume. Odredbama FGZ je predviđeno da se ugovor o isplati kompenzatornog iznosa zaključuje u formi javnobeležničkog zapisa.²³

¹⁹ Cour de cassation, Chambre civile 1, 13 février 2019, 18-12763, <https://juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20190213-1812763>, poslednji pristup 27. jula 2021.

²⁰ FGZ, čl. 280.

²¹ Čl. 280, st. 1 i 2 FGZ. Vid. i: Cour de cassation, Chambre civile 1, 04 novembre 2015, 14-20383, <https://juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20151104-1420383>, poslednji pristup 27. jula 2021.

²² Cour de cassation, Chambre civile 1, 04 novembre 2015, 14-20383, <https://juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20151104-1420383>, poslednji pristup 27. jula 2021.

²³ FGZ, čl. 280-1.

Francuski zakonodavac, takođe, predviđa da ugovorne strane imaju mogućnost da zahtevaju izmenu ili ukidanje obaveze iz sporazuma.²⁴ Francuska sudska praksa usvojila je stanovište da naslednici ostavioca koji su se lično obavezali na plaćanje kompenzatornog iznosa ne mogu da zahtevaju izmenu ili gašenje ugovorne obaveze zbog okolnosti koje su postojale i bile poznate u vreme zaključenja ugovora.²⁵

3.2.1. *Odgovornost naslednika ostavioca za isplatu kompenzatorne sume*

Kada je reč o odgovornosti naslednika za dugove ostavioca, možemo reći da je slovo FGZ jasno. Naslednici ostavioca odgovaraju za obaveze ostavioca neograničeno, u slučaju bezuslovnog prihvatanja nasleđa.²⁶ Osim toga, zakonodavac predviđa mogućnost ograničenja odgovornosti naslednika na iznos aktive zaostavštine. Uslov je da se naslednici ostavioca prihvate nasleđa sa privilegijom popisa.²⁷

Spomenute odredbe neće biti primenjivane na isplatu kompenzatornog iznosa iz zaostavštine zbog toga što je odredbama FGZ predviđeno da naslednici ostavioca, na koje je po sili zakona prešla obaveza isplate kompenzatornog iznosa, odgovaraju za namirenje aktivom zaostavštine (*dans la limite de l'actif successoral*). Ukoliko aktiva zaostavštine nije dovoljna za namirenje kompenzatornog iznosa, na odgovornost se pozivaju legatari srazmerno svojoj dobiti, vodeći računa o volji ostavioca u smislu čl. 927 FGZ.²⁸ U francuskoj pravnoj književnosti ukazano je na to da se rešenje prema kome bračni drug ima prava jedino u okviru aktive zaostavštine i dolazi na red za isplatu nakon ostalih poverilaca ostavioca teško može opravdati jer je on poverilac, a ne naslednik ostavioca (Grimaldi 2017, 180). Iako je takvo rešenje kritikovano u pravnoj književnosti, u sudskoj praksi se slovo FGZ primenjuje bez odstupanja.²⁹

²⁴ FGZ, čl. 280–1 u vezi sa čl. 276–3.

²⁵ Cour de cassation, Chambre civile 1, 28 mars 2018, 17–14389, <https://juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20180328-1714389>, poslednji pristup 27. jula 2021.

²⁶ FGZ, čl. 785.

²⁷ FGZ, čl. 791.

²⁸ FGZ, čl. 280.

²⁹ Cour de cassation chambre civile 1 Audience publique du 4 novembre 2015 N° de pourvoi: 14–20383resources/2015/1, www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/r1/14-20.383.pdf, poslednji pristup 27. jula 2021.

Takođe, značajno je spomenuti da francuski zakonodavac predviđa da će se od iznosa kompenzatorne sume odbiti iznosi porodične penzije koju je supružnik poverilac izdržavanja primio.³⁰ U francuskoj sudskoj praksi se precizira da su to neto iznosi porodične penzije koju je supružnik poverilac izdržavanja primio, a ne bruto iznosi u koje su zaračunati zakonom određeni porezi i doprinosi. Kako sud zaključuje, specifikum kompenzatorne sume ne ogleda se ni u obogaćenju supružnika poverilaca ni u njegovom osiromašenju, te zbog toga treba odbijati neto iznose porodične penzije, a ne bruto iznose.³¹

Analizirajući odredbe FGZ o odgovornosti naslednika za namirenje kompenzatornog iznosa, uz osvrt na francusku doktrinu i sudsku praksu, može se zaključiti da pravnom uređenju dužnosti isplate kompenzatornog iznosa određenu dozu specifičnosti daju odredbe FGZ o odgovornosti naslednika za njegovo namirenje. Kao što smo videli, one predstavljaju odstupanje od opštih odredaba kojima se uređuje odgovornost naslednika ostavioca za dugove. Čini se da se upravo iz tog odstupanja može zaključiti da je francuski zakonodavac, na jedan indirektan način, razvedenog supružnika ostavioca svrstao u red sa subjektima koji ostvaruju prava u okvirima zaostavštine ostavioca. Štaviše, može se zaključiti da razvedenom supružniku pripada i jedno privilegovano mesto budući da mu se nužni naslednici ne mogu suprotstaviti svojim nužnim delom jer, kako je primećeno u teoriji, nužni deo predstavlja samo jedan deo aktive zaostavštine (Grimaldi 2017, 180).

4. AUSTRIJSKO PRAVO

4.1. Sažeto o supružanskom izdržavanju posle razvoda braka

Supružansko izdržavanje posle razvoda braka u austrijskom pravu uređeno je odredbama Zakona o braku Austrije (ZoBA).³² Zakonodavac određuje da je supružnik koji je kriv za razvod braka dužan da svom bivšem supružniku obezbedi izdržavanje radi obezbeđenja onih životnih uslova koje je supružnik poverilac izdržavanja imao za vreme trajanja braka. Uslov je da supružnik poverilac izdržavanja nije u stanju da obezbedi sam takve životne

³⁰ FGZ, čl. 280–2.

³¹ Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 5 décembre 2018, 17–27.518, Publié au bulletin, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000037819400/>, poslednji pristup 27. jula 2021.

³² Zakon o braku Austrije (*Ehegesetz*), par. 66–78.

uslove iz sopstvene imovine i iz sredstava koja ostvaruje radom.³³ Prema stanovištu austrijske sudske prakse, pravo na izdržavanje iz par. 66 ZoBA, može se ostvariti samo u onoj meri u kojoj supružnik poverilac izdržavanja ne može sebi da obezbedi izdržavanje od razumno plaćenog zaposlenja.³⁴

Kao što se može zapaziti, austrijski zakonodavac, za razliku od nemačkog i francuskog, supružansko izdržavanje posle razvoda braka, utemeljuje na krivici jednog od supružnika. Otuda i zaključak u austrijskoj pravnoj književnosti, da krivica jednog od supružnika za razvod braka mora biti utvrđena u presudi kojom se brak razvodi (Mairhuber, Sardadvar 2012, 10). Cilj zakonodavca je da se supružniku koji nije kriv za razvod braka izdržavanjem obezbedi održavanje onih životnih uslova koji su postojali u braku. Stoga i zaključak da je iznos izdržavanja determinisan životnim uslovima supružnika poverioca izdržavanja u braku (Roth 2002, 37, 38).

Austrijski zakonodavac, međutim, ne uređuje pitanje minimalnog, odnosno maksimalnog iznosa koji sudovi mogu dosuđivati u postupcima za izdržavanje bivšeg supružnika. Stoga je austrijska sudska praksa, primenivši stvaralačko tumačenje pravne norme, stala na stanovište da se iznos izdržavanja odmerava u svakom pojedinačnom slučaju i zavisi od okolnosti slučaja, a svakako se određuje u granicama od 20% do 30% neto godišnjih prihoda imućnog dužnika izdržavanja.³⁵ Treba spomenuti i da se prilikom odmeravanja visine izdržavanja uzimaju u obzir potrebe i finansijske mogućnosti dužnika izdržavanja, ali i zakonom određene okolnosti, zbog kojih dužnik izdržavanja može biti oslobođen dužnosti izdržavanja razvedenog supružnika.³⁶

Osim što propisuje pravo na izdržavanje u slučaju kada je brak razveden zbog krivice jednog od supružnika, austrijski zakonopisac uređuje i dužnost izdržavanja u slučaju kada su oba supružnika kriva za razvod braka, a ne može se utvrditi na kome od supružnika stoji pretežna krivica. U takvoj situaciji, supružnik koji nema dovoljno sredstava za izdržavanje ima pravo da zahteva izdržavanje od drugog supružnika.³⁷ Cilj zakonodavca je da se supružniku koji se nalazi u stanju nužde obezbede potrebna sredstva za život. Na taj način će drugi supružnik učestvovati u njegovom izdržavanju. U

³³ ZoBA, par. 66.

³⁴ TE OGH 2006/1/26 60b311/05m, <https://www.jusline.at/entscheidung/284343>, poslednji pristup 27. jula 2021.

³⁵ TE OGH 2005/6/13 100b92/04h, <https://www.jusline.at/entscheidung/286563>, poslednji pristup 27. jula 2021.

³⁶ ZoBA, par. 67.

³⁷ ZoBA, par. 68.

austrijskoj pravnoj književnosti se ističe da se sredstva koja se isplaćuju na osnovu par. 68 ZoBA smatraju doprinosom jednog supružnika drugom supružniku u izdržavanju, te da su zbog toga isplate skromne i, prema stanovištu sudske prakse, odmeravaju se u procentu od 15% godišnjeg neto prihoda dužnika izdržavanja (Roth 2002, 37, 38).

Austrijski zakonodavac predviđa i pravo na izdržavanje u korist razvedenog supružnika koji nije u stanju da sam sebi obezbedi izdržavanje zbog objektivnih okolnosti predviđenih zakonom, među kojima je i briga o deci.³⁸ Uporedo sa supružanskim izdržavanjem posle razvoda braka, čije se ostvarivanje utemeljuje na prethodno utvrđenoj krivici za razvod, treba napomenuti da austrijski zakonodavac normira i supružansko izdržavanje u slučajevima kada je brak razveden iz drugih razloga koji su predviđeni par. 50–52 i par. 55 ZoBA.³⁹

Nakon sažetog ukazivanja na pravnu regulativu supružanskog izdržavanja posle razvoda braka, treba spomenuti da se supružansko izdržavanje posle razvoda braka u austrijskom pravu zasniva isključivo na postbračnoj solidarnosti (Deixler-Hübner 2015, 834, 835). U austrijskoj sudskoj praksi je ukazano na to da je zahtev za izdržavanje razvedenog supružnika u domenu porodičnopravne regulative. Ističe se da se supružansko izdržavanje posle razvoda braka nadovezuje na bračno izdržavanje, klasifikuje se i kao posledica bračnog izdržavanja i napominje da takav zahtev svakako ima osnova u potrebama stvorenim u prethodnom braku.⁴⁰

4.2. Nasleđivanje zakonske dužnosti izdržavanja

Pravila o prestanku supružanskog izdržavanja posle razvoda braka sadržana su u ZoBA i objedinjena pod naslovom „Ograničenja i prestanak zakonske dužnosti izdržavanja“ (*Begrenzung und Wegfall des Unterhaltsanspruchs*).⁴¹ Prema određenju zakonodavca, izdržavanje prestaje u slučaju kada supružnik poverilac izdržavanja prekrši zakonska pravila i time nanese štetu supružniku dužniku izdržavanja, prema njemu se ponaša na sramotan način ili vodi nemoralan način života.⁴² U austrijskoj pravnoj književnosti, objašnjeno je da se pod „delom“ podrazumeva krivično de-

³⁸ ZoBA, par. 68a.

³⁹ ZoBA, par. 69.

⁴⁰ TE OGH 1970/4/15 70b52/70, <https://www.jusline.at/entscheidung/363781>, poslednji pristup 27. jula 2021.

⁴¹ ZoBA, par. 73–78.

⁴² ZoBA, par. 74.

lo, te da su u pitanju teška krivična dela, primera radi, širenje neistina, zlostavljanje, napad na supružnika dužnika izdržavanja. U kategoriju nemoralnog ponašanja se svrstavaju, primera radi, alkoholizam, narkomanija, prostitucija, preprodaja zabranjenih opijata (Roth 2002, 68, 69).

Osim toga, austrijski zakonodavac normira da supružansko izdržavanje prestaje i u slučaju kada supružnik poverilac izdržavanja zaključi novi brak ili zasnjuje građansko partnerstvo.⁴³ Takođe, supružansko izdržavanje posle razvoda braka prestaje i u slučaju smrti supružnika poverioca izdržavanja.⁴⁴

Međutim, pravna posledica smrti dužnika izdržavanja nije prestanak zakonske dužnosti izdržavanja razvedenog supružnika. Naprotiv, u slučaju smrti supružnika dužnika izdržavanja, zakonska dužnost izdržavanja opstaje i prelazi na naslednike ostavioca, kao nasledna obaveza.⁴⁵ Ograničenja koja su predviđena par. 67 ZoBA ne primenjuju se kada se izdržavanje isplaćuje iz zaostavštine ostavioca.⁴⁶ Može se reći da je takva regulativa posledica toga što je zakonska dužnost izdržavanja koja je prešla na naslednike njihova nasledna, a ne lična obaveza.

Specifikum austrijske regulative prestanka supružanskog izdržavanja posle razvoda braka ne ogleda se samo u tome što je zakonska dužnost izdržavanja razvedenog supružnika naslediva već i u odstupanju od principa nasledivosti. Naime, izuzetak od principa nasledivosti postoji u slučaju kada je supružnik dužnik izdržavanja obavezan da izdržava bivšeg supružnika na osnovu par. 68 ZoBA. U tim slučajevima, austrijski zakonodavac predviđa da zakonska dužnost izdržavanja prestaje smrću dužnika izdržavanja.⁴⁷ Tako kreirano pravno pravilo primenjeno je i u austrijskoj sudskoj praksi.⁴⁸

4.2.1. Kako naslednici ostavioca odgovaraju za namirenje zakonske dužnosti izdržavanja?

Nasledivanje zakonske dužnosti izdržavanja razvedenog supružnika, kako je već rečeno, uređeno je odredbama ZoBA. Takođe, moglo se zapaziti i da supružansko izdržavanje posle razvoda braka za naslednike supružnika dužnika izdržavanja predstavlja naslednu obavezu. Zakonom o braku Austrije, međutim, ne uređuje se pitanje odgovornosti naslednika ostavioca za namirenje supružanskog izdržavanja. Imajući u vidu takvo stanje stvari,

⁴³ ZoBA, par. 75.

⁴⁴ ZoBA, par. 77.

⁴⁵ ZoBA, par. 78, st. 1.

⁴⁶ ZoBA, par. 78, st. 2.

⁴⁷ ZoBA, par. 78, st. 3.

⁴⁸ TE OGH 1954/9/1 20b362/54, <https://www.jusline.at/entscheidung/367169>.

može se zaključiti da naslednici odgovaraju za namirenje supružanskog izdržavanja, saglasno odredbama austrijskog Građanskog zakonika (AGZ) o odgovornosti naslednika za dugove ostavioca.

Čineći osvrt na pravna pravila kojima se uređuje pitanje odgovornosti naslednika za obaveze ostavioca, može se zapaziti da u austrijskom pravu naslednici ostavioca mogu neograničeno da odgovaraju za dugove ostavioca.⁴⁹ Austrijski zakonodavac, međutim, predviđa da naslednici ostavioca mogu da ograniče odgovornost za dugove ostavioca na iznos aktive zaostavštine. Uslov je da se naslednici ostavioca prihvate nasleđa sa privilegijom popisa.⁵⁰

Budući da je reč o odgovornosti naslednika za namirenje zakonske dužnosti izdržavanja ostaviočevog bivšeg supružnika, treba napomenuti da je u tom slučaju odgovornost naslednika ostavioca uža po svom domašaju od odgovornosti za ostale nasledne obaveze. Ovo prema stanovištu austrijske sudske prakse, koja je utemeljena na preovlađujućem stavu austrijske pravne teorije da naslednici ostavioca za namirenje zakonske dužnosti izdržavanja razvedenog supružnika ostavioca odgovaraju uvek aktivom zaostavštine, pa i u slučaju kada su se bezuslovno prihvatili nasleđa. Takođe, istaknuto je da će se namirenju poverioca izdržavanja pristupiti nakon namirenja nužnih naslednika iz preostalog dela aktive zaostavštine.⁵¹ Takvo stanovište izneto je i u našoj naslednopravnoj teoriji (Stojanović 2005, 672). Iz iznetog zapažamo da je redosled kojim se namiruju poverioci izdržavanja iz zaostavštine ostavioca u austrijskom pravu u bitnome drugačiji od redosleda namirenja koji propisuje francuski zakonodavac. Kako je rečeno, u francuskom pravu se najpre namiruju poverioci ostavioca, onda poverioci izdržavanja, a nakon njih nužni naslednici. Ostaje otvoreno pitanje koji je od propisanih sistema namirenja poverioca izdržavanja pravičniji.

5. RUSKO PRAVO

5.1. U kratkim crtama o supružanskom izdržavanju posle razvoda braka

Supružansko izdržavanje posle razvoda braka u ruskom pravu je uređeno odredbama Porodičnog kodeksa Ruske Federacije (PKRF).⁵² Prema slovu PKRF, pravo na izdržavanje posle razvoda braka priznaje se bivšoj supruzi u

⁴⁹ AGZ (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*), par. 801.

⁵⁰ AGZ, par. 802.

⁵¹ TE OGH 2008/5/27 80b38/08h, <https://www.jusline.at/entscheidung/276154>, poslednji pristup 27. jula 2021.

⁵² Семейный кодекс Российской Федерации – ПКРФ от 29. 12. 1995 N 223-ФЗ (ред. от 02. 07. 2021), чл. 90.

periodu trudnoće i za period od tri godine od datuma rođenja deteta.⁵³ Osim toga, pravo na izdržavanje priznato je i bivšem supružniku koji se nalazi u stanju nužde, a koji se stara o detetu invalidu od njegove osamnaeste godine života ili o detetu invalidu od detinjstva iz prve grupe invaliditeta.⁵⁴

Pravo na supružansko izdržavanje posle razvoda braka ima i radno nesposobni bivši supružnik, pod uslovom da je radna nesposobnost nastupila u braku ili u periodu od godinu dana nakon razvoda braka.⁵⁵ Osim spomenutih subjekata, pravo na izdržavanje priznato je i bivšem supružniku koji je dostigao starosnu granicu za penzionisanje u roku od pet godina od datuma razvoda braka, pod uslovom da su supružnici dugo bili u braku.⁵⁶ Starosna granica za penzionisanje za muškarce je navršenih 60 godina života, a za žene 55 godina života (Sapožikova 2015, 1). Kako je već rečeno, ostvarivanje prava na izdržavanje, u ovom slučaju, uslovljeno je i trajanjem braka, ali pritom nije određena ni donja ni gornja granica vremenskog trajanja bračne zajednice. S tim u vezi su u pravnoj književnosti izneta različita stanovišta. Primera radi, da je neophodno da je brak trajao pet, deset, petnaest, dvadeset godina (Moskovceva, Raviļevič 2015, 124). Takođe, objašnjeno je da se o dužini trajanja bračne zajednice izjašnjavaju sudovi u svakom konkretnom slučaju, te da je, kao pravilo, prihvaćen desetogodišnji period trajanja braka (Korolev, 2003, 102).

Kada je reč o utvrđivanju iznosa izdržavanja, zakonodavac je jasan. Bivši supružnici imaju mogućnost da zaključe sporazum o izdržavanju. Ukoliko takvog sporazuma nema, na zahtev supružnika poverioca izdržavanja sud će, u zakonom uređenom sudskom postupku, vodeći računa o materijalnoj i porodičnoj situaciji oba supružnika i drugih zainteresovanih lica, odrediti iznos izdržavanja. Prema slovu PKRF, utvrđeni iznos izdržavanja isplaćivaće se jednom mesečno.⁵⁷ Treba spomenuti i da ruski zakonodavac predviđa i slučajeve u kojima će sud supružnika dužnika izdržavanja osloboditi obaveze plaćanja alimentacije.⁵⁸

Prema stanovištu sudske prakse, prilikom utvrđivanja finansijske sposobnosti bivših supružnika, sud treba da uzme u obzir sve vrste njihovih prihoda. Primera radi, zarade, prihode od preduzetničke delatnosti, od produkta intelektualne delatnosti, penzije, beneficije, isplate naknade štete

⁵³ ПКТФ, čl. 90, st. 1, tač. 1.

⁵⁴ ПКТФ, čl. 90, st. 1, tač. 2.

⁵⁵ ПКТФ, čl. 90, st. 1, tač. 3.

⁵⁶ ПКТФ, čl. 90, st. 1, tač. 4.

⁵⁷ ПКТФ, čl. 91.

⁵⁸ ПКТФ, čl. 92.

i druga plaćanja. Osim toga, treba uzeti u obzir i bilo koju imovinu koja im pripada, uključujući hartije od vrednosti, akcije, depozite date kreditnim institucijama, uloge u privrednim društvima. Kada je reč o utvrđivanju porodičnih prilika obveznika izdržavanja, posebno je značajno utvrditi da li dužnik izdržavanja ima maloletnu decu ili odraslu invalidnu decu ili druga lica koja je zakonski dužan da izdržava. Druge okolnosti vredne pažnje su, primera radi, nesposobnost za rad obveznika izdržavanja i obnavljanje radne sposobnosti primaoca alimentacije.⁵⁹

Analizirajući odredbe PKRF o određivanju visine izdržavanja, u sadejstvu sa stanovištem najviše sudske instance Ruske Federacije, na koje smo se ovom prilikom pozvali, može se zaključiti da se u postupku ostvarivanja prava na izdržavanje koji se vodi protiv bivšeg supružnika primenjuju, osim odredaba o supružanskom izdržavanju posle razvoda braka, i pravila o naknadama po osnovu rada, propisi o socijalnim davanjima, penzijama, svojini, nasleđivanju, hartijama od vrednosti, budući da se ta pravila ne isključuju nego dopunjuju.

Možemo zaključiti da sud u postupcima za izdržavanje bivšeg supružnika odlučuje na osnovu sadejstva većeg broja propisa, koji pritom imaju isti cilj, a to je egzistencijalno zbrinjavanje socijalno ugroženog bivšeg supružnika. U prilog našem zaključku stoji i stanovište da su odredbe o izdržavanju između supružnika i bivših supružnika manifestacija principa socijalne odgovornosti, koji je danas prihvaćen od velikog broja pravnih sistema. Prema tom principu, briga o socijalno ugroženim subjektima stoji ne samo na državi nego i na radno sposobnim članovima porodice (Хлыстов 2019, 88).

5.2. Od nenasledivosti zakonske dužnosti izdržavanja do prava izdržavanih lica da se pozovu na nasleđe

Odredbe o prestanku izdržavanja u PKRF objedinjene su pod jedinstvenim naslovom „Prestanak obaveze izdržavanja“ (*Преращение алиментных обязательств*). Analizirajući njihovu sadržinu, zapažamo da zakonska dužnost izdržavanja, između ostalog, prestaje i u slučaju smrti poverioca ili dužnika izdržavanja.⁶⁰ Iz takvog određenja zakonodavca zaključujemo da je

⁵⁹ Апелляционное определение Черемушкинский районный суд, дело 11-0257-2018, <https://mos-gorsud.ru/cases/docs/content>; Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 26. 12. 2017 N 56, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_286361/, последnji pristup 27. jula 2021.

⁶⁰ ПКРФ, čl. 120, st. 1, st. 2, tač. 5.

zakonska dužnost izdržavanja bivšeg supružnika u ruskom pravu nenaslediva. Može se reći da je nenasledivost značajna karakteristika zakonske dužnosti izdržavanja razvedenog supružnika. Ona je čini specifičnom i dovoljno različitom od nemačke ustanove izdržavanja, francuske ustanove kompenzatorne prestacije i austrijske ustanove izdržavanja. Kako je već rečeno, u nemačkom i francuskom pravu ustanova izdržavanja je naslediva, u austrijskom pravu takođe, uz izuzetak od principa nasledivosti.

Polazeći od određenja ruskog zakonodavca, a pod pretpostavkom da nastupi smrt supružnika dužnika izdržavanja, supružnik poverilac izdržavanja neće imati pravo da od naslednika ostavioca potražuje izdržavanje. Može se reći da je takav pristup u normativnom oblikovanju supružanskog izdržavanja posle razvoda braka u direktnoj suprotnosti sa principom socijalne odgovornosti, o kome je ovde bilo reči. Međutim, takvom zaključku nema mesta. Zašto?

Odgovor na postavljeno pitanje pronalazimo u odredbama o nasleđivanju iz Građanskog zakonika Ruske Federacije (GKRF).⁶¹ Odredbom čl. 1148, st. 1 GKRF, predviđeno je da srodnici kao potencijalni zakonski naslednici navedeni u čl. 1143–1145 GKRF koji su radno nesposobni na dan otvaranja nasleđa, a koji ne ulaze u krug naslednika koji se, u konkretnom slučaju, pozivaju na nasleđe, nasleđuju na osnovu zakona zajedno i ravnopravno sa naslednicima tog naslednog reda. Uslov je da ih je ostavilac izdržavao najmanje godinu dana pre svoje smrti, nezavisno od toga da li su živeli sa ostaviocem ili nisu.⁶²

Osim toga, pravo nasleđivanja pripada i bilo kom licu koje nije srodnik ostavioca, a koje je radno nesposobno, pod uslovom da je živelo zajedno sa ostaviocem i da ga je ostavilac izdržavao najmanje godinu dana pre ostaviočeve smrti.⁶³ Istim članom je normirano da ukoliko ostavilac nema nijednog od zakonskih naslednika iz čl. 1142–1145 GKRF, subjekti iz čl. 1148, st. 2 GKRF nasleđuju u osmom naslednom redu celokupnu zaostavštinu ostavioca.⁶⁴

Polazeći od citirane normativne konstrukcije, može se zaključiti da je ruski zakonodavac ostavio dovoljno manevarskog prostora da jedno lice, koje pritom nije u srodničkoj vezi sa ostaviocem, konkuriše na nasleđe. Tako je i u slučaju razvedenog bračnog druga. Iako iz doslovnog tumačenja

⁶¹ Грађански кодекс Руске Федерације (*Гражданский Кодекс Российской Федерации*) – ГКРФ, часть третья от 26. 11. 2001 N 146-ФЗ (ред. от 18. 03. 2019).

⁶² ГКРФ, čl. 1148, st. 1.

⁶³ ГКРФ, čl. 1148, st. 2.

⁶⁴ GKRF, čl. 1148, st. 3.

slova GKRF proizlazi da razvedeni supružnik nema pravo na nasleđivanje (Reutov 2009, 124), ipak se on može pozvati na odredbe čl. 1148, st. 2 GKRF i konkurisati na nasleđe ukoliko ispunjava uslove propisane tom odredbom. Sve i da postoji presuda kojom je brak razveden a jedan od supružnika obavezan na izdržavanje, supružnik poverilac izdržavanja može konkurisati na nasleđe, pod uslovom da je nakon razvoda braka ponovno uspostavljena i zajednica života sa ostaviocem, što je, praktično posmatrano, moguće. U takvom slučaju, razvedeni supružnik će konkurisati na nasleđe po osnovu činjenice izdržavanja i vođenja zajedničkog života sa ostaviocem.

Otuda se može zaključiti da iako u ruskom pravu nije direktno obezbeđena egzistencijalna sigurnost bivšeg supružnika poverioca izdržavanja za slučaj smrti supružnika dužnika izdržavanja, naslednopravna regulativa Ruske Federacije ipak ostavlja dovoljno prostora da u pojedinim životnim situacijama i razvedeni bračni drug, ukoliko ispunjava uslove propisane GKRF, konkuriše na nasleđe bivšeg supružnika dužnika izdržavanja.

6. SRPSKO PRAVO

6.1. U osnovnim crtama o supružanskom izdržavanju posle razvoda braka

Supružansko izdržavanje posle razvoda braka u nemačkom, francuskom, austrijskom i ruskom pravu, kako je već rečeno, regulisano je zakonskim odredbama koje su sistematizovane i, po pravilu, objedinjene pod jednim naslovom. Srpski zakonodavac, međutim, supružansko izdržavanje posle razvoda i poništaja braka nije regulisao u okviru posebnog podnaslova. Stoga se o pravnom uređenju supružanskog izdržavanja posle razvoda braka može govoriti na osnovu pojedinih odredaba Porodičnog zakona Republike Srbije (PZ).⁶⁵

Na osnovu njihove analize, može se zaključiti da ne postoje posebni kriterijumi, a ni merila koja će sud uzeti u razmatranje prilikom ocenjivanja osnovanosti zahteva za izdržavanje i utvrđivanja visine izdržavanja. Takvo stanje stvari upućuje na to da će se u postupcima povodom zahteva za izdržavanje bivšeg supružnika primenjivati kriterijumi koji su propisani za izdržavanje supružnika za vreme trajanja braka. Zakonom određeni kriterijumi primenjivaće se *mutatis mutandis* (Draškić 2005, 373).

⁶⁵ Porodični zakon, *Službeni glasnik RS* 18/2005, 72/2011 – dr. zakon i 6/2015, čl. 151, st. 1, čl. 163, st. 2, čl. 167, st. 3, čl. 279, st. 2 i st. 3.

Prema slovu PZ, pravo na izdržavanje ima supružnik koji nema dovoljno sredstava za izdržavanja, pri čemu je nesposoban za rad ili je nezaposlen, srazmerno mogućnostima drugog supružnika. Zakonom je, takođe, određeno da nema pravo na izdržavanje supružnik koji je u vreme sklapanja ništavog ili rušljivog braka znao za uzrok ništavosti odnosno rušljivosti. Osim toga, određeno je i da pravo na izdržavanje nema supružnik ako bi prihvatanje njegovog zahteva za izdržavanje predstavljalo očiglednu nepravdu za drugog supružnika.⁶⁶

Iz prilično sistematične zakonske odredbe o supružanskom izdržavanju proizlazi da bivši supružnik može ostvariti pravo na izdržavanje od drugog supružnika samo u slučaju kada su ispunjeni svi uslovi propisani zakonom. Jedan od uslova je, kako je već rečeno, da supružnik koji pretenduje na izdržavanje nema dovoljno sredstava za izdržavanje. Čini se da je zakonodavac bio prilično jasan prilikom definisanja tog objektivnog kriterijuma. Budući da je upotrebio pojamnu konstrukciju „nema dovoljno sredstava za izdržavanje“, može se zaključiti da je uslov nemanja sredstava ispunjen i u slučaju kada supružnik poverilac izdržavanja nema nikakvih sredstava i u slučaju kada ima sredstva, ali ona nisu dovoljna za izdržavanje.⁶⁷

Osim spomenutog kriterijuma, zakonodavac propisuje da je potrebno da je supružnik koji zahteva izdržavanje nesposoban za rad ili da je nezaposlen. Kada je u pitanju nesposobnost za rad, u pravnoj teoriji je izneto gledište da je nesposoban za rad supružnik koji usled bolesti, invalidnosti ili starosti nije u mogućnosti da obavlja poslove kojima se ostvaruju prihodi (Draškić 2005, 366). U sudskoj praksi je konkretizovan i pojam radne nesposobnosti i utvrđeno je da radna nesposobnost postoji, primera radi, u slučaju kada je zdravlje supružnika koji zahteva izdržavanje narušeno te je supružnik onemogućen da zarađuje sredstva neophodna za izdržavanje,⁶⁸ u slučaju da supružnik poverioca izdržavanja ima veći broj hroničnih oboljenja⁶⁹, ali i u slučaju kada postoji potpuna nesposobnost za rad.⁷⁰

⁶⁶ PZ, čl. 151.

⁶⁷ U tom pravcu videti i presude Vrhovnog kasacionog suda Srbije: Rev. 101/17 od 25. januara 2017. i Rev. 2052/18 od 29. marta 2018, <http://www.propisi.net>, poslednji pristup 27. jula 2021.

⁶⁸ Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev. 3054/17 od 18. januara 2018; Rev. 860/17 od 4. maja 2017, <http://www.propisi.net>, poslednji pristup 27. jula 2021.

⁶⁹ Presuda Apelacionog suda u Nišu, Gž2. 266/16 od 16. juna 2016, <http://www.propisi.net>, poslednji pristup 27. jula 2021.

⁷⁰ Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev. 2381/15 od 29. decembra 2015, <http://www.propisi.net>, poslednji pristup 27. jula 2021.

Kada je supružnik koji zahteva izdržavanje nezaposlen, zakonodavac je upotrebio pravni standard i njegovu konkretizaciju ostavio sudovima. U pravnoj teoriji se govori o nezaposlenosti kao pravnom standardu koji podrazumeva, nepostojanje zaposlenja prema objektivnim i konkretnim prilikama u određenoj životnoj sredini, ali, s druge strane, i odgovarajuće nastojanje poverioca izdržavanja da dođe do zaposlenja (Draškić 2005, 366). U sudskoj praksi insistira na tome da u pogledu zaposlenja supružnik koji zahteva izdržavanja mora biti aktivan i nastojati da radom stekne sredstva neophodna za izdržavanje,⁷¹ a da supružnik kome su prava i obaveze iz radnog odnosa mirovala mora dokazati da su postojale nepremostive prepreke da se radnopravni status aktivira radom.⁷² Osim toga, ističe se da nije dovoljno da se supružnik koji zahteva izdržavanje nalazi na evidenciji Nacionalne službe za zapošljavanje već se ukazuje na to da je supružnik dužan da obavlja i privremene i povremene poslove radi sticanja sredstava za egzistenciju.⁷³

Budući da je supružansko izdržavanje posle razvoda braka zakonska dužnost jednog supružnika da doprinosi izdržavanju drugog supružnika koji nema dovoljno sredstava za obezbeđivanje egzistencije, razumljivo je određenje zakonodavca da će se prilikom odlučivanja o zahtevu za izdržavanje voditi računa o mogućnostima dužnika izdržavanja.⁷⁴ Takođe, apsolutno je prihvatljiva i odredba da će supružnik dužnik izdržavanja biti oslobođen dužnosti izdržavanja ukoliko bi prihvatanje zahteva za izdržavanje supružnika poverioca izdržavanja predstavljalo očiglednu nepravdu. U pravnoj teoriji, očigledna nepravda je kvalifikovana kao pravni standard (Draškić 2005, 366) i ukazano je na to da postojanje okolnosti zbog kojih sud može odbiti tužbeni zahtev sud neće ispitivati po službenoj dužnosti već samo ukoliko na te okolnosti ukaže supružnik dužnik izdržavanja (Babić 2014, 371).

Iako se, nesumnjivo, *ratio legis* odredaba o supružanskom izdržavanju posle razvoda ili poništaja braka ogleda u egzistencijalnom okrepljenju supružnika koji nema dovoljno sredstava za izdržavanje, ipak se može reći da je ostvarivanje takve pomoći moguće samo pod velom pravičnosti. U suprotnom, pravo na izdržavanje bi se preobrazilo u jedno nepravo, što bi

⁷¹ Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev. 1497/17 od 12. jula 2017, <http://www.propisi.net>, poslednji pristup 27. jula 2021.

⁷² Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev. 5326/18 od 29. novembra 2018, <http://www.propisi.net>, poslednji pristup 27. jula 2021.

⁷³ Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž2. 113/11 od 23. februara 2011, <http://www.propisi.net>, poslednji pristup 27. jula 2021.

⁷⁴ U tom pravcu vid. Presudu Vrhovnog kasacionog suda, Rev. 506/14 od 3. jula 2015, <http://www.propisi.net>, poslednji pristup 27. jula 2021.

bilo pojedinačno, ali i društveno neprihvatljivo. Stoga je pravni standard očigledna nepravda konkretizovan i primenjen u sudskoj praksi.⁷⁵ Treba spomenuti i da su odredbama PZ regulisani i način određivanja izdržavanja,⁷⁶ visina izdržavanja,⁷⁷ trajanje izdržavanja,⁷⁸ promena visine izdržavanja⁷⁹ i postupak za ostvarivanje prava na izdržavanje.⁸⁰

U porodičopravnoj teoriji, izdržavanje razvedenog bračnog druga kvalifikovano je kao „privremena pomoć na putu osamostaljivanja i podsticanja sopstvenih mogućnosti poverioca izdržavanja“ (Draškić 2005, 375) i istaknuto je da je „izdržavanje pravo koje se ostvaruje samo u prelaznom periodu“ (Kovaček Stanić 2002, 106). Smatramo da u srpskom pravu u osnovi supružanskog izdržavanja stoji postbračna solidarnost, da je u pitanju zakonska dužnost alimentacije, koja predstavlja adekvatan odgovor zakonodavca na potrebe koje su stvorene brakom, a o kojima se na nesumnjiv način govori u čl. 279 PZ.

6.2. Nenasledivost zakonske dužnosti izdržavanja razvedenog supružnika –postbračna solidarnost i egzistencijalna sigurnost pod znakom pitanja

Pod posebnim podnaslovom „Prestanak izdržavanja“, srpski zakonodavac definiše slučajeve čijim nastupanjem dolazi do prestanka zakonske dužnosti izdržavanja.⁸¹ Prema određenju zakonodavca, zakonska dužnost izdržavanja, između ostalog, prestaje i u slučaju smrti poverioca ili dužnika izdržavanja.⁸² Na taj način je zakonska dužnost izdržavanja učinjena nenasledivom. Takvo rešenje se čini logičnim kada je u pitanju smrt poverioca izdržavanja, imajući u vidu da su njegovom smrću prestale i pretpostavke od kojih zavisi izdržavanje.

⁷⁵ Presuda Vrhovnog Kasacionog suda, Rev. 1616/17 od 7. septembra 2017, <http://www.propisi.net>, poslednji pristup 27. jula 2021; Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž. 2. 477/10 od 20. septembra 2010, <http://www.propisi.net>, poslednji pristup 27. jula 2021.

⁷⁶ PZ, čl. 161.

⁷⁷ PZ, čl. 162.

⁷⁸ PZ, čl. 163.

⁷⁹ PZ, čl. 164.

⁸⁰ PZ, čl. 279.

⁸¹ PZ, čl. 167.

⁸² PZ, čl. 167, st. 1, tač. 2.

Međutim, rešenje se ne čini logičnim, a ni pravičnim u slučaju kada nastupi smrt dužnika izdržavanja. Najpre, moramo krenuti od činjenice da i u momentu smrti dužnika izdržavanja, na strani supružnika poverioca izdržavanja postoje pretpostavke od kojih zavisi zakonska dužnost izdržavanja. Drugo, o zahtevu za izdržavanje supružnika, kako je već rečeno, sud odlučuje uzimajući u obzir mogućnosti supružnika dužnika izdržavanja, kao odlučujući i dovoljan, uz lična svojstva dužnika izdržavanja. Sud neće moći da obaveže supružnika dužnika na izdržavanje ukoliko on nema mogućnosti za izdržavanje. Dakle, treba uočiti da je ostvarivanje prava na izdržavanje supružnika posle razvoda braka u direktnoj vezi sa mogućnostima drugog supružnika, a ne sa njegovim ličnim svojstvima. Čini se da određenje zakonopisca iz čl. 151 PZ ide upravo u tom smeru, u suprotnom, ocena materijalnih mogućnosti ne samo da ne bi imala smisla u sudskom postupku već bi i u zakonskom tekstu predstavljala upečatljivi višak.

Može se reći da pometnju u pravnoj kvalifikaciji zakonske dužnosti izdržavanja razvedenog supružnika unose odredbe o prestanku izdržavanja, imajući u vidu da nenasledivost zakonske dužnosti izdržavanja direktno govori u prilog tome da je zakonska dužnost izdržavanja *intuitu personae*. Imajući u vidu takvo stanje stvari, može se zaključiti da budući da zakonska dužnost izdržavanja razvedenog supružnika prestaje u slučaju smrti dužnika izdržavanja, onda i samo pravo iz čl. 151 PZ gubi značaj. Takođe, urušava se i postbračna solidarnost koja stoji u temelju supružanskog izdržavanja posle razvoda braka i zanemaruje se činjenica da supružansko izdržavanje posle razvoda braka ima osnova u realnim, a ne imaginarnim potrebama stvorenim brakom, koje postoje i u trenutku delacije supružnika dužnika izdržavanja.

Osim toga, razvedeni supružnik neće moći da ostvari egzistencijalni minimum ni pod okriljem naslednopravne regulative jer u srpskom pravu izdržavanje nije pravnorelevantna činjenica, koja može odlučujuće da utiče na konstrukciju zakonskog naslednog reda. Osim toga, srpski zakonopisac ne predviđa, primera radi, pravo na izdržavanje iz zaostavštine u korist razvedenog bračnog druga.⁸³

Činjenica je da razvedeni bračni drug, od 1. januara 2020. godine, ima pravo na porodičnu penziju ukoliko je osiguranik, odnosno korisnik prava bio obavezan sudskom odlukom na izdržavanje.⁸⁴ Međutim, moramo imati u

⁸³ Zakon o nasleđivanju, *Službeni glasnik RS* 46/95, 101/2003 – odluka USRS i 6/2015.

⁸⁴ Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju – ZoPIO, *Službeni glasnik RS* 34/2003, 64/2004 – odluka USRS, 84/2004 – dr. zakon, 85/2005, 101/2005 – dr. zakon, 63/2006 – odluka USRS, 5/2009, 107/2009, 101/2010, 93/2012, 62/2013,

vidu da će razvedeni supružnik moći da ostvari pravo na porodičnu penziju samo pod uslovom da je supružnik dužnik izdržavanja bio osiguranik u trajanju od najmanje pet godina, ili je ispunio uslove za starosnu, prevremenu starosnu ili invalidsku penziju, ili je bio korisnik starosne, prevremene starosne ili invalidske penzije.⁸⁵ U slučaju da supružnik dužnik izdržavanja nema staž osiguranja od najmanje pet godina, razvedeni supružnik neće moći da ostvari pravo na porodičnu penziju, bez obzira na to što postoji pravnosnažna i izvršna presuda o izdržavanju.

U takvoj situaciji, razvedeni supružnik poverilac izdržavanja može konkurisati za socijalnu pomoć države. Odredbama Zakona o socijalnoj zaštiti Republike Srbije predviđeno je da svaki pojedinac i porodica kojima je neophodna društvena pomoć i podrška u savladavanju socijalnih i životnih teškoća i stvaranju uslova za zadovoljenje osnovnih životnih potreba imaju pravo na socijalnu zaštitu, u skladu sa zakonom. Prava na socijalnu zaštitu obezbeđuju se pružanjem usluga socijalne zaštite i materijalnom podrškom.⁸⁶ Sve i da ispuni uslove propisane zakonom,⁸⁷ postavlja se pitanje da li će razvedeni supružnik ostvariti minimum egzistencijalne sigurnosti ako imamo u vidu da iznos socijalne pomoći u Republici Srbiji iznosi 8.626,00 dinara,⁸⁸ a primera radi, ima srodnike u smislu čl. 166, st. 2 PZ, ali od njih ne može zahtevati izdržavanje jer, kako je u porodičnopravnoj teoriji primećeno, „krug lica koja se mogu pojaviti kao dužnici izdržavanja, u odnosu na svoje krvne srodnike, ne poklapa se uvek sa krugom lica koji mogu biti naslednici svojih krvnih srodnika“ (Draškić 2005, 362).

Smatramo da se za naočigled bezizlaznu egzistencijalnu situaciju razvedenog supružnika poverioca izdržavanja posle smrti supružnika dužnika izdržavanja može naći rešenje. Pred srpskim zakonodavcem stoji nekoliko opcija: izmena porodičnopravne regulative, koja bi podrazumevala odstupanje od nenasledivosti zakonske dužnosti izdržavanja i propisivanje da zakonska dužnost izdržavanja razvedenog supružnika prelazi na naslednike dužnika izdržavanja kao nasledna obaveza; ili dopuna naslednopravne regulative tako da se razvedenom supružniku priznava pravo na izdržavanje iz zaostavštine ostavioca (Đokić 2020, 341); ili veća državna izdvajanja na ime socijalne pomoći.

108/2013, 75/2014, 142/2014, 73/2018, 46/2019 – odluka US, 86/2019 i 62/2021, čl. 28, st. 1, tač. 1 i st. 3.

⁸⁵ ZOPIO, čl. 27.

⁸⁶ Zakona o socijalnoj zaštiti, *Službeni glasnik RS* 24/2011, čl. 4.

⁸⁷ Zakona o socijalnoj zaštiti, čl. 83, čl. 84, čl. 85.

⁸⁸ Rešenje o nominalnim iznosima novčane socijalne pomoći, *Službeni glasnik RS* 126/20, <http://www.pravno-informacioni-sistem.rs/SlGlasnikPortal/eli/rep/sgrs/ministarstva/resenje/2020/126/1>, poslednji pristup 27. jula 2021.

Prema našem mišljenju, teret obezbeđivanja egzistencijalno nezbrinutih subjekata, koliko je to moguće, treba podjednako raspodeliti između pojedinca i porodice, s jedne strane, i društva, odnosno države, s druge strane. Stoga bi, za početak, bio logičan potez zakonodavca u pravcu izmena porodične ili naslednopravne regulative, koje bi u budućnosti, uz podrazumevan rast iznosa socijalne pomoći, svakako doprinele postizanju minimuma egzistencijalne sigurnosti razvedenog supružnika. Takođe, treba imati u vidu da jednostran zahvat zakonodavca kojim bi odgovornost za egzistencijalno obezbeđenje tih lica prebacio sa pojedinca i porodice na državu ili sa države na pojedinca i porodicu nije model koji je prihvaćen u savremenim pravnim sistemima. Kako je već rečeno, u savremenim pravnim sistemima o kojima je u ovom radu bilo reči egzistencijalni minimum razvedenog supružnika poverioca izdržavanja obezbeđuje se sadejstvom mehanizama predviđenih privatnopravnom i javnopravnom regulativom.

7. ZAKLJUČAK

Supružansko izdržavanje posle razvoda braka je, bez sumnje, redovna pojava u savremenim evropskim pravnim sistemima. Može se reći da su pravna pravila kojima se uređuje izdržavanje između bivših supružnika posledica konstantnih evolutivnih promena koje su se dešavale na nivou porodice. Odredbe o supružanskom izdržavanju posle razvoda braka u savremenim evropskim pravnim sistemima nisu istovetne pravne konstrukcije. Svaka od njih ima svoj specifikum. Ipak, može se reći da one imaju iste ili slične funkcije. One se ogledaju u egzistencijalnom zbrinjavanju razvedenog supružnika, obeštećenju razvedenog supružnika ili obezbeđivanju sredstava za održavanje onih životnih uslova koji su postojali u braku.

Takođe, može se reći da je u temelje odredaba o supružanskom izdržavanju posle razvoda braka ugrađena postbračna solidarnost. Osim toga, izvesno je da supružansko izdržavanje posle razvoda braka ima osnov u potrebama stvorenim u braku. Nema sumnje, teret obezbeđenja socijalne sigurnosti razvedenog supružnika u savremenim pravnim sistemima podeljen je između pojedinca i porodice, s jedne strane, i države, s druge strane. Ovo zbog toga što se pravne norme kojima se uređuje supružansko izdržavanje posle razvoda braka i, primera radi, odredbe o svojini, nasleđivanju i socijalnim davanjima međusobno ne isključuju nego dopunjuju.

Na primeru nemačke, francuske, austrijske, ruske i srpske porodičnopravne regulative vidimo različit pristup pravnom uređenju pitanja nasleđivanja zakonske dužnosti izdržavanja. Nemački i francuski zakonodavac propisuju

da je zakonska dužnost izdržavanja razvedenog supružnika naslediva. Austrijski zakonodavac predviđa jedno originalno rešenje, prema kome je zakonska dužnost izdržavanja razvedenog supružnika u jednim slučajevima naslediva, a u drugima nenaslediva. Ruski i srpski zakonodavac propisuju da se zakonska dužnost izdržavanja, između ostalih, i razvedenog supružnika, gasi smrću dužnika izdržavanja.

Može se reći da su rešenja nemačkog, francuskog i austrijskog zakonodavca u većoj meri u funkciji obezbeđenja kontinuiteta u porodič-nopravnoj zaštiti razvedenog supružnika poverioca izdržavanja. Takođe, u većoj meri doprinose njegovoj socijalnoj sigurnosti. Budući da u Republici Srbiji, postbračna solidarnost i socijalna sigurnost razvedenog supružnika poverioca izdržavanja mogu biti dovedene pod znak pitanja, čini se da bi srpski zakonodavac u budućnosti trebalo da načini normativni zahvat u pravcu izmene porodičnopravne regulative. Moguća je, kako je već rečeno, i dopuna naslednopravne regulative. Takođe, prihvatljivo je i povećanje iznosa na ime socijalne pomoći. Smatramo da teret obezbeđenja socijalne sigurnosti razvedenog supružnika ipak treba da bude podeljen između pojedinca i porodice, s jedne strane, i države, s druge strane. Danas je takav model obezbeđenja socijalne sigurnosti razvedenog supružnika, nema sumnje, primenjen u većem broju evropskih pravnih sistema.

LITERATURA

- [1] Babić, Ilija. 2014. *Komentar Porodičnog zakona, prema stanju zakonodavstva od 1. februara 2012. godine*. Beograd: Službeni glasnik.
- [2] Deixler-Hübner, Astrid. 2015. *Handbuch Familienrecht*. Wien: Linde Verlag.
- [3] Draškić, Marija. 2005. *Porodično pravo i prava deteta*. Beograd: Čigoja štampa.
- [4] Đokić, Ivana. 2020. *Naslednopravna singularna sukcesija na osnovu zakona*, doktorska disertacija, Niš.
- [5] Ferrand, Frédérique. 2002. *Grounds for divorce and maintenance between former spouses France*. Lyon: University of Lyon.
- [6] Frye, Bernhard. 2009. *Die Gesamtrechtsnachfolge im Verwaltungsrecht, insbesondere im Einkommensteuerrecht*. Leipziger: Habilitationsschrift.
- [7] Grimaldi, Michel. 2017. *Droit des successions*. Paris: LexisNexis.

- [8] Хлыстов, А. Павел. 15/2019. *Алиментные обязательства супругов и бывших супругов в системе правового регулирования алиментных обязательств членов семьи*. Ученые записки Тамбовского отделения РoСМУ: 84–90. [Khlystov, A. Pavel. 15/2019. *Alimentnye obiazatel'stva suprugov i byvshikh suprugov v sisteme pravovogo regulirovaniia alimentnykh obiazatel'stv chlenov sem'i*. Uchenye zapiski Tambovskogo otdeleniia RoSMU: 84–90]
- [9] Королев, А. Юрий. 2003. *Комментарий к семейному кодексу Российской Федерации (постатейный)*. г. Раменское (Моск. обл.): Юстицинформ. [Korolev, A. Iurii. 2003. *Kommentarii k semeĭnomu kodeksu Rossiiskoi Federatsii (postateinyi)*. g. Ramenskoe (Mosk. obl.): Iustiĭsinform]
- [10] Kovačec Stanić, Gordana. 2002. *Uperedno porodično pravo*. Novi Sad: Pravni fakultet.
- [11] Krüger, Wolfgang. 10/2018. Familienrechtliche Auskunftsansprüche im Erbrecht Rechtsanwalt und Fachanwalt für Erbrecht und Familienrecht. *ErbR*: 557–560.
- [12] Mairhuber, Ingrid, Sardadvar Karin. 2012. *Unterhaltsrecht und Unterhaltslogik im Steuer- und Sozialrecht sowie in weiteren relevanten Rechtsbereichen*. Wien: Verlag.
- [13] Martiny, Dieter, Schwab Dieter. 2002. *Grounds for divorce and maintenance between former spouses Germany*. Regensburg: Universität Regensburg.
- [14] Реутов, И. Сергей. 2/2009. Права супруга, бывшего супруга, фактического супруга при наследовании. *Вестник Пермского Университета*: 119–127. [Reutov, I. Sergeĭ. 2/2009. Prava supruga, byvshego supruga, fakticheskogo supruga pri nasledovanii. *Vestnik Permskogo Universiteta*: 119–127]
- [15] Riesenhuber, Karl, Karakostas K. Ioannis. 2009. *Inhaltskontrolle Im Nationalen Und Europaischen Privatrecht: Deutsch-Griechische Perspektiven*. Berlin: De Gruyter.
- [16] Roth, Marianne. 2002. *Grounds for divorce and maintenance between former spouses Austria*. Salzburg: Institut für Zivilverfahrensrecht.
- [17] Сапожникова, А. Татьяна. 9/2015. Алиментные обязательства супругов и бывших супругов. *Огарёв-online*: 1–8. [Sapozhnikova, A. Tatiana. 9/2015. Alimentnye obiazatel'stva suprugov i byvshikh suprugov. *Ogarëv-online*: 1–8]

- [18] Sayn, Isabelle. 5/2016. La prestation compensatoire en France. Actualidad Jurídica Iberoamericana. *IDIBE*: 101–122.
- [19] Schlünder, Rolf. 2016. *Gestaltungsspielräume im Unterhaltsrecht*. Mannheim: Rechtsanwalt.
- [20] Schröder, Rainer. 2014. *Familienrecht*. Begleitendes Skript. Berlin: Repetitorium Herbst.
- [21] Сергеевна, М. Наталья, Равильевич З. Рахматулин. 1/2015. Алиментные правоотношения бывших супругов и других членов семей. *Эпоха науки*, Научный журнал на тему: Естественные и точные науки, Техника и технологии, Сельскохозяйственные науки, Социальные науки, Гуманитарные науки: 123–126. [Sergeevna, M. Natal'ia, Ravil'evich Z. Rakhmatulin. 1/2015. Alimentnye pravootkosheniia byvshikh suprugov i drugikh chlenov semei. *Épokha nauki*, Nauchnyĭ zhurnal na temu: Estestvennye i tochnye nauki, Tekhnika i tekhnologii, Sel'skokhoziâistvennye nauki, Sotsial'nye nauki, Gumanitarnye nauki: 123–126]
- [22] Stojanović, Nataša. 10/2005. Naslednopravna singularna sukcesija na osnovu zakona. *Pravni život 2*: 665–682.
- [23] Stojanović, Nataša. 2011. *Nasledno pravo*, Niš: Pravni fakultet.

Ivana ĐOKIĆ, PhD

Attorney at Law, Niš, Serbia

FROM INHERITABILITY TO NON-INHERITABILITY OF THE LEGAL DUTY OF SPOUSAL SUPPORT

Summary

In accordance with the family regulations of the Republic of Serbia, the legal duty of support, among other things, ends with the death of the provider. Unlike the Serbian legislator, the legislators in some modern European legal systems have envisaged the inheritability of the legal duty of support, among others, for a divorced spouse. These essentially different approaches to regulating the issue of inheritability of the legal duty to support a divorced spouse, are the subject of the author's attention. In addition to trying to draw a conclusion regarding which of the mentioned approaches to the legal regulation of the issue of heritability of the legal support duty fulfills entirely or largely the function of post-marital solidarity, the author considers the possibility of redesigning and amending the family and inheritance regulations of the Republic of Serbia.

Key words: *Divorced spouse. – Support. – Inheritance. – Duty. – Responsibility.*

Article history:

Received: 29. 7. 2021.

Accepted: 2. 12. 2021.

UDK 37.091.12:2-754(4); 37.091.113:005.954(4)

CERIF: H 250, H 180

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22110A

Dr Dušan S. RAKITIĆ*

O POREKLU OBAVEZNOG BLAGOSLOVA ZA IZBOR PROFESORA BOGOSLOVSKIH FAKULTETA – NACIONALNI I UPOREDNI PLAN

Zaštita autonomije univerziteta u povelju, priznanje profesorskog zvanja i važenja stečenih diploma, što je sve tokom istorije pružila crkva, bili su ključni za razvoj univerziteta u prvim vekovima, kada su sticani ugled i uticaj koje su univerziteti zadržali do danas. Podrška crkve je bila nezamenljiva za afirmaciju univerzalne vrednosti visokoškolskog obrazovanja, akademske slobode i akademskih standarda. Konfesionalna teologija, zahvaljujući autoritetu visokoškolskog obrazovanja u savremenom društvu, stečenom i izgrađivanom tokom deset vekova, presudno utiče na identitet, doktrinu i percepciju određene konfesije, zbog čega je neophodno da se obezbedi pravo crkve da taj uticaj drži u granicama svog samoodređenja. Izbor profesora teologije predstavlja za određene konfesije, odnosno denominacije, nezamenljiv način ostvarivanja tog prava. U takvim slučajevima je pravo na versko samoodređenje crkve okvir u kome je moguće ostvariti autonomiju univerziteta u domenu konfesionalnih teoloških studija. Nepostojanje prava crkve da utiče na izbor profesora teologije značilo bi negiranje njenog prava na samoodređenje.

Ključne reči: *Licentia docendi. – Mandatum. – Nihil obstat. – Versko samoodređenje. – Autonomija univerziteta.*

* Docent, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, drakitic@ius.bg.ac.rs.

1. UVOD

Univerziteti su nastali u Evropi u srednjem veku u okrilju hrišćanske crkve. U njihovom srednjovekovnom temelju, u institucionalnom smislu, stoje uslovi za sticanje zvanja profesora: isprva samo dozvola crkve, a ubrzo nakon toga i prihvatanje u zajednicu profesora. Deset vekova od tada, mnogi odnosi u društvu su promenjeni, ali su isti hrišćanska crkva,¹ mnogi od ondašnjih univerziteta, a umnogome su iste vrednosti i stremljenja savremene zajednice evropskih naroda. Dozvola crkve za nastavu na univerzitetu opstala je samo u pogledu nastave teologije, s tim što njena primena, kao ni razumevanje njene opravdanosti, nisu univerzalni. To pitanje doseže do srednjovekovnih pojmovnih temelja savremenih ustanova, a prostire se kroz domene nacionalne i evropske pravne tradicije, crkveno-državnog i ustavnog prava, ljudskih prava, univerzitetske autonomije i radnog prava. U akademskoj zajednici Srbije poslednjih godina je izražena suprotstavljenost mišljenja o opravdanosti i/ili dozvoljenosti obaveznog crkvenog blagoslova za profesore teologije. Ovaj rad je pokušaj da se omogući razumevanje porekla tog instituta, njegove sudbine na uporednom planu, u evropskoj akademskoj tradiciji i na planu nacionalne pravne tradicije.

Nakon uvoda, u drugom delu rada sagledan je nastanak univerziteta u Evropi u srednjem veku i značaj koji su za tu pojavu imali podrška, zaštita i priznanje crkve, a posebno institut *licentia ubique docendi*, koji se zasnivao na autoritetu crkve, odnosno pape. Odgovarajuće odredbe prava Rimokatoličke crkve, u dijahronoj perspektivi od srednjeg veka do danas, predmet su trećeg dela rada, dok su u četvrtom delu razmotreni određeni karakteristični primeri nacionalnih pravnih tradicija, odnosno način na koji je u tim pravima nastalo savremeno uređenje pitanja koje je predmet ovog rada. U petom delu su analizirani osnovni elementi savremenog teološkog pogleda Rimokatoličke crkve na odnos crkvenog blagoslova za izbor profesora teologije sa verskom slobodom, s jedne strane, i akademskom slobodom, to jest autonomijom univerziteta, s druge strane. U šestom, poslednjem analitičkom delu, sagledani su bitni elementi nacionalnog istorijsko-pravnog konteksta predmetnog instituta.

¹ Za potrebe ovog rada, pojam crkva, tj. hrišćanska crkva, upotrebljen bez određenja denominacije, obuhvata sve hrišćanske crkve koje postoje vekovima u Evropi – pravoslavne crkve, Rimokatoličku crkvu i protestantske crkve. Takva upotreba u kontekstu srednjeg veka uslovljena je stavom da je u tom periodu nastalo zajedničko evropsko nasleđe u mnogim oblastima, uključujući i društvenu ulogu hrišćanske crkve. U slučajevima kada je određenje pojedine od tih crkava, odnosno denominacija, značajno za predmet rada, po pravilu u odnosu na pojave u XIX i XX veku, to je posebno naglašeno.

U vezi sa velikim delom sadržine ovog rada važno je naglasiti da su praksa, pravo i teološki stavovi Rimokatoličke crkve značajni za analizu predmeta ovog rada na nacionalnom planu ne samo zato što je ta crkva u suštinskom smislu tradicionalna u državama srpskog naroda, a u formalnom zakonskom smislu i u savremenoj Srbiji, već i zato što se pravo kojim se uređuje položaj Srpske pravoslavne crkve, kao njeno autonomno pravo, praksa i teološki stavovi u XX veku o predmetnom pitanju u bitnim aspektima poklapaju sa pravom, praksom i teološkim stavovima Rimokatoličke crkve.

2. NASTANAK UNIVERZITETA U OKRILJU CRKVE

Nastanak univerziteta u srednjem veku u Evropi i hrišćanska crkva višestruko su povezani, a uloga crkve u toj pojavi je ključna. Crkva je obezbedila institucionalni okvir za razvoj univerziteta kao zasebnih ustanova, kao i za razvoj njihove autonomije. Status profesora i akademski stepeni stečeni na studijama važili su prvenstveno zahvaljujući priznanju crkve. Studije teologije su bile prva i najvažnija disciplina na univerzitetima u severnoj Evropi. Izvan okvira detaljnije analize u ovom poglavlju ostaju mnogi načini na koje je crkva omogućila nastanak i rast univerziteta – novčana podrška predavača i studenata, oslobođenje od crkvenih dužnosti za vreme studija, ograničenje zakupnina stanova u gradovima u kojima su bila sedišta univerziteta, oslobođenje od lokalnih dažbina, izuzimanje iz nadležnosti lokalnih crkvenih i gradskih sudova i ustanovljenje autonomne sudske nadležnosti i dr. (Post, Courtenay 2017, 173; Kivinen, Poikus 2006, 194–195). Prvenstveni razlog dodele privilegija univerzitetima, koji se navodi u svim papskim poveljama, bilo je izučavanje prave vere (Kivinen, Poikus 2006, 199).

2.1. Nastanak univerziteta – institucionalni aspekti i pojam

Za nastanak univerziteta u Evropi po pravilu se kao vremenska odrednica navodi period od druge polovine XI do prve polovine XIII veka, kada su nastali univerziteti u Bolonji, Parizu, Oksfordu i Monpeljeu.² Tačno

² Postoje dobri razlozi da se najstarijim smatra univerzitet u Konstantinopolju – Πανδιδακτήριον, koji je nastao daleko ranije. Odmeravanje tih razloga, međutim, predstavljalo bi veliko odstupanje od cilja ovog rada, a ne bi donelo značajniju dobit, budući da se ta ustanova po načinu nastanka i prirodni bitno razlikovala od

određenje trenutka nastanka univerziteta kao ustanove nije jednoznačno, budući da su pojedini univerziteti nastajali spontano, izrastajući iz škola pri katedralnim crkvama, odnosno pri profesionalnim udruženjima (Rashdall 1929, 566; Kivinen, Poikus 2006, 189). Zbog toga datiranje zavisi od usvojenog merila za utvrđivanje trenutka nastanka ustanove. Do kraja III veka postalo je opšteprihvaćeno da su medicina, pravo i teologija discipline višeg reda u odnosu na ostale discipline koje su izučavane (Luscome 2004, 486), pre svega u odnosu na „slobodne veštine“.

Hejstings Rešdal, veliki autoritet za istoriju srednjovekovnih univerziteta, ukazao je na to da su se prvi univerziteti razlikovali po kvalitetu institucionalne veze sa crkvom: dok je univerzitet u Parizu izrastao iz škole pri katedrali, tako da su se studenti i profesori smatrali kliricima, univerzitet u Bolonji je imao laičku, esnafsku prirodu, ali je bio pod nadzorom crkve (Rashdall 1929, 559–560). Univerziteti u Parizu i Oksfordu razvili su se kao *universitates magistrorum*, kao zajednice profesora, dok je Bolonja bila *universitas scholarium*, zajednica studenata (Rashdall 1929, 561, 580). Te razlike su pružile osnov autorima, kao što je Rešdal, da prepoznaju dva osnovna tipa univerziteta u srednjem veku: onih na severu Evrope, koji su se ugledali na pariski, i univerziteta na jugu Evrope, koji su sledili model bolonjskog (Rashdall 1929, 561). Bez obzira na razlike, prvi veliki obrazovni centri – Pariz, Bolonja, Monpelje, Salerno i Oksford, već su od III veka, pre nego što se može reći da su bili uobličeni kao univerziteti u današnjem smislu tog pojma, označavani odrednicom *studium generale*, koja je isprva značila da na njima mogu studirati studenti iz svih zemalja, a ne samo pripadnici lokalne političke zajednice ili episkopije. Vremenom je izgrađeno shvatanje da *studium generale* mora obuhvatati fakultet bar jedne od pomenutih „viših“ disciplina, a sveštenstvu je dozvoljeno da odsustvuje od crkvenih dužnosti isključivo radi učenja na nekom od *studia generalia*. Prema Rešdalovom mišljenju, poklapanje pojmova *studium generale* i univerziteta studenata, odnosno predavača, dogodilo se postepeno i spontano (Rashdall 1929, 561, 586–587, 591).

Razvoj univerziteta i srastanje pojmova univerziteta i *studium generale* prestali su da budu spontani procesi od treće decenije XIII veka, kada su i carevi i pape, kao nosioci univerzalne vlasti, počeli da osnivaju nove i da priznaju postojeće univerzitete poveljama (bulama) koje su izdavali. Takvim

pomenutih univerziteta na zapadu Evrope, kao i zato što je prestala da postoji padom Rimskog carstva, tako da je njen uticaj na savremeno razumevanje pitanja koja su predmet ovog rada posredan, upravo posredstvom nekih od pomenutih univerziteta na zapadu.

aktima osnivanja, odnosno priznanja, univerzitetima je izričito priznavan status *studium generale*, kao i pravo da dodeljuju zvanja koja podrazumevaju univerzalno važeću dozvolu podučavanja odgovarajuće discipline, bez bilo kakvog drugog ispita (Rashdall 1929, 591). Na taj način se do kraja XIII veka učvrstilo shvatanje da je *studium generale* samo ona obrazovna ustanova koja na osnovu papske ili carske povelje, ili običaja, ima pravo da izdaje zvanja koja podrazumevaju *ius docendi hic et ubique terrarum* (Rashdall 1929, 592; Kivinen, Poikus 2006, 191). Univerziteti u Parizu i Bolonji su 1292. godine dobili papsko priznanje, koje su sami bili zatražili bez obzira na svoju drevnost i ugled (Kivinen, Poikus 2006, 191), dok je status univerziteta u Oksfordu kao *studium generale ex consuetudine* prema Rešdalovom mišljenju bio nesporan (Rashdall 1929, 592). Heskins je, međutim, ukazao na najmanje tri neuspešna pokušaja – biskupa Linkolna, biskupa Karla i engleskog kralja – da izdejstuju od pape odgovarajuću bulu za Oksford, zaključujući da je u to vreme „praktično svaki evropski univerzitet, bez obzira na to da li je bio novoosnovan ili star, smatrao krajnje važnim, ako ne i suštinski važnim, da obezbedi papsku bulu kojom bi mu bilo priznato *ius ubique docendi*“ (Haskins 1941, 283).

Uobličavanje i priznanje subjektiviteta univerziteta tekli su postepeno. Moguće je izdvojiti karakteristične korake koje je na tom putu učinio univerzitet u Parizu: kraljevskom poveljom iz 1200. garantovane su određene privilegije studentima po personalnom načelu, ne samoj ustanovi; papskim poveljama iz 1209. godine univerzitetu je dozvoljeno da izabere prokuratora, koji će ga zastupati u pravnim poslovima; do sredine XIII veka univerzitet je uobličen kao savez četiri „fakulteta“ – teologije, kanonskog prava, medicine i slobodnih veština (Rashdall 1929, 567–569). Moguće je izdvojiti veliki broj primera spontanosti procesa uobličavanja prvih univerziteta. O složenim odnosima između esnafa predavača, studenata, lokalnih crkvenih i gradskih vlasti govori i okolnost da je u prvoj polovini XIII veka univerzitet u Parizu često zaobilazio kancelara katedrale Notr Dam, obraćajući se za izdavanje dozvola za podučavanje opatu samostana Sv. Ženevjeve u Parizu (Verger 2010, 22). Univerzitet u Kejmbridžu osnovali su 1209. godine članovi univerziteta u Oksfordu koji su pobegli od progona građana Oksforda kojim su bili izloženi klirici, dok su univerzitet u Padovi 1222. godine osnovali studenti koji su napustili Bolonju, nezadovoljni nastojanjem gradskih vlasti da ograniče autonomiju univerziteta (Rashdall 1929, 588, 593; Landau 2008, 127).

Prema Rešdalovom mišljenju, dva „univerziteta studenata“ u Bolonji – jedan koji su činili studenti „od preko planina“ (*Universitas Ultramontanorum*) i drugi sastavljen od studenata „s ove strane planina“ (*Universitas Citramontanorum*) – uobličena su u poslednjoj deceniji XII veka, dok Klark

taj događaj smešta u XIII vek. Dok su studenti bili stranci za Bolonju kao političku zajednicu, nastavnici su bili njeni građani, plaćeni od studenata, podložni disciplinskoj odgovornosti i strogom nadzoru studentskih tela, ali i samostalno u odlučivanju o prijemu novih nastavnika u svoje redove (Rashdall 1929, 580–583; Clark 1987, 684–685; Janin 2008, 56). Bolonjski „univerziteti studenata“ sami su birali svoje studente-rektore, a to pravo su sačuvali od pretenzija gradskih vlasti zahvaljujući zaštiti papā (Landau 2004, 127). Svi drugi italijanski univerziteti, bez obzira na to što su nastali po modelu bolonjskog, imali su nadležnog biskupa za kancelara (Rashdall 1929, 593–594).

Za razliku od Pariza, u Oksfordu nije bilo katedralne crkve, tako da nije bilo ni neposredno nadležne lokalne crkvene vlasti koja bi od samog nastanka univerziteta polagala pravo da daje dozvole za podučavanje ili na druge vrste nadležnosti u odnosu na studente i nastavnike. Međutim, kako je ukazao Rešdal, iz jedne naredbe papskog legata iz 1209. godine vidi se da su članovi univerziteta u Oksfordu stavljeni pod zaštitu kancelara u odnosu na građane Oksforda (Rashdall 1929, 588). Kancelara su birali predavači na univerzitetu uz saglasnost biskupa i on je svoj autoritet zasnivao na biskupovom. Od sredine XIV veka oksfordski kancelar se osamostalio od uticaja biskupa, a nizom papskih i kraljevskih povelja dobio je nadležnost u građanskim, duhovnim i krivičnim stvarima, i to ne samo u odnosu na članove univerziteta već i na građane Oksforda (Rashdall 1929, 589).

U prva tri veka od pojave univerziteta, priznanje privilegija i važenja diploma postojećih i osnivanje novih univerziteta pape su preduzimale u daleko većoj meri od svetovnih vladara. Na osnovu istraživanja u kojem su ispitali preko dve stotine osnivačkih akata univerziteta, donetih od 1234. godine do kraja XX veka, Kivinen i Poikus su ukazali na činjenicu da među više desetina univerziteta osnovanih u XIII, XIV i XV veku, u XIII veku je samo univerzitet u Napulju osnovao svetovni vladar, car Fridrih II 1224. godine, dok su XIV i XV veku svetovni vladari osnovali samo četiri univerziteta, od kojih su najmanje dva dobila i papske potvrde (Kivinen, Poikus 2006, 191–192). Pritom, samo su u poveljama papa i careva iz XIII veka, kao i pojedinim iz XIV i s početka XV veka, izričito navođene priznate privilegije, dok su u ostalim poveljama iz tog perioda i u kasnijim takvim poveljama izričito navođeni samo *licentia ubique docendi* i upućivanje na privilegije priznate nekom drugom univerzitetu na osnovu ranije izdate povelje (Kivinen, Poikus 2006, 193–194). Ta činjenica potvrđuje utemeljujući značaj koji su prvi evropski univerziteti imali za stvaranje i ujednačavanje sveevropskog razumevanja pojma univerziteta kao ustanove, njene prirode i osnovnih preduslova za njeno postojanje.

2.2. *Licentia ubique docendi* i druge akademske titule

U sekularnim srednjovekovnim školama, koje su postojale u vekovima koji su prethodili pojavi univerziteta, razvio se običaj da velikodostojnik kojeg imenuje crkva (*scholasticus*, *cancellarius*) dodeljuje dozvolu za podučavanje (*licentia docendi*) onima koji u školi steknu odgovarajuće znanje. Na Trećem lateranskom saboru, 1179. godine, proglašena je zabrana naplaćivanja naknade za takvu dozvolu, o čemu će detaljnije biti reči u trećem delu ovog rada. Rešdal smatra da je upravo esnafsko udruživanje nosilaca dozvola za podučavanje u pojedinim gradovima, koji su posedovali neku od isprva međusobno jednakih titula mastera, doktora ili profesora, bilo preduslov za spontano stvaranje prvih univerziteta. Drugi element je bio čin prijema u zajednicu predavača, to jest dodela stepena mastera ili doktora, što je bilo analogno prijemu u bilo koji drugi esnaf, odnosno u viteški red. Kada su univerziteti oformljeni, taj čin se sastojao u posebnoj ispitu, koji je administrirao po pravilu rektor, kao autonomni organ zajednice predavača (Rashdall 1929, 562–564). Prema Rešdalovom mišljenju, pod uticajem primera pariskog univerziteta, papskom bulom je priznato pravo arhiđakonu katedrale u Bolonji da izdaje dozvole za podučavanje, što je u suštini bila samo formalnost, budući da je dozvola mogla da bude dodeljena tek nakon uspešnog polaganja ispita pred doktorima, odnosno predavačima na univerzitetu (Rashdall 1929, 580; Landau 2008, 127). U terminologiji univerziteta u Bolonji razlikovali su se *examen privatum*, koji je predstavljao stvarno ispitivanje znanja od predavača i koji je bio preduslov za sticanje *licentia ubique docendi*, i *examen publicum*, na osnovu koga se sticalo zvanje doktora i status predavača na tom univerzitetu, koji je bio javna svečanost, koja se održavala o trošku kandidata i zavisila je od volje većine predavača tog univerziteta, odnosno fakulteta (Brundage 2008, 259–261). Slično tome, spor između kancelara katedrale Notr Dam i pariskog univerziteta rešio je papa početkom XIII veka, tako što je kancelar morao da dodeli *licentia ubique docendi* svim kandidatima koje predloži većina nastavnika jednog od viših fakulteta (teologije, prava i medicine), odnosno najmanje šest nastavnika fakulteta slobodnih veština (Clark 1987, 703).

Pravo dodele zvanja koje podrazumeva dozvolu podučavanja odgovarajuće discipline (*licentia docendi*) prvi univerziteti su, dakle, stekli na osnovu običaja, a značaj tog prava proisticao je iz ugleda koji su ti univerziteti stekli svojom delatnošću. U prethodnom poglavlju je opisano kako je ugled prvih univerziteta uticao na to da i pape i carevi i drugi svetovni vladari svojim poveljama počnu izričito da priznaju *licentia ubique docendi*. U prvoj takvoj papskoj buli, izdatoj 1233. godine u korist univerziteta u Tuluzu,

pomenuta dozvola nazvana je *ubique regendi libera potestas* (Verger 2010, 19). Isti dokument je sadržao i kvalifikaciju „bez drugog ispita“ (*sine alia examinatione*), koja je razrađena u papskoj buli izdatoj u korist univerziteta u Monpeljeu iz 1289. godine: *absque examinatione vel approbatione* (Mingroot 1994, 187). *Licentia ubique docendi* je priznavana papskim bulama o osnivanju univerziteta tokom skoro tri veka – od prve polovine XIII do ranog XVI veka (Kivinen, Poikus 2006, 191).

Afirmacija prava rimskih papa da univerzitetima priznaju privilegiju dodeljivanja diploma koje podrazumevaju *ius ubique docendi*, kako je primetio Verže, uzrokovala je da pod crkvenu nadležnost, ali i zaštitu, naknadnim priznanjem te privilegije, dođu i univerziteti koji nisu nastali neposredno u okrilju crkve, kao što su bili univerziteti u Bolonji i Monpeljeu (Verger 2010, 19–20).

Verže je ukazao na ambivalentnost prava na davanje *licentia ubique docendi*, zasnovanog prevashodno na papskim poveljama: zahvaljujući tom institutu su do tada sekularni univerziteti došli u položaj zavisnosti od crkve, ali je obezbeđena i univerzitetska autonomija, budući da je predavačima data autonomija da određuju potrebno znanje i odgovarajući ispit za sticanje univerzitetskog zvanja (Verger 2010, 20–21). Prema Postovom mišljenju, zapadnoevropski univerziteti su priznali papu kao izvor sveukupne vlasti u domenu visokog obrazovanja, budući da su na svim univerzitetima kancelari, odnosno biskupi ili arhiđakoni, izdavali diplome u ime papa, koji su na taj način standardizovali ispite i akademske stepene sticane na univerzitetima. Izuzetak je bio univerzitet u Napulju, koji je osnovan 1224. godine carskom poveljom i samim tim se oslanjao na autoritet cara (Post 2017, 117).

Pojavu ispita za dodelu drugih akademskih stepena, osim *licentia ubique docendi*, Verže je objasnio nastojanjem predavača na univerzitetima da postupak napredovanja u akademskim zvanjima stave pod sopstvenu kontrolu, nasuprot uticaju, pa makar i formalnom, koji su imali kancelari, biskupi i arhiđakoni koji su u ime papa dodeljivali *licentia ubique docendi*. Na taj način su se, smatra taj autor, pojavili bakalaureat, kao pripremno zvanje za sticanje dozvole za podučavanje, i zvanje mastera ili doktora, koje je značilo prijem u određenu zajednicu univerzitetskih predavača, o čemu je već bilo reči. Usled razvoja univerziteta, *licentia ubique docendi* je, sama za sebe, garantovala pravo držanja nastave samo na školama izvan sastava univerziteta. S druge strane, dozvola podučavanja je u okrilju univerziteta postala jedna od diploma, kojom je garantovan određen nivo znanja (Verger 2010, 23, 27; Clark 1987, 708–709).

2.3. Studije teologije na srednjovekovnim univerzitetima

Po svoj prilici kao posledica opisane razlike u načinu na koji su nastali univerziteti u Parizu i Bolonji, u Parizu su se od početka prvenstveno izučavale teologija i filozofija, dok su u Bolonji dugo vremena postojale samo studije prava i medicine, s osloncem na sačuvanu tradiciju tih slobodnih profesija u Italiji iz prethodnih vekova. U Italiji se teologija izučavala u školama pri manastirima, a za priznanje akademskih stepena kandidati su morali da idu u Pariz ili Oksford do XIV veka, kada je, usled raskola sa papom u Avinjonu, rimski papa osnovao teološke fakultete u Bolonji i na drugim italijanskim univerzitetima (Rashdall 1929, 559–560, 585). Izuzetno od pomenutog običaja, koji se razvio na priznatim univerzitetima, da kolegijumi predavača sami administriraju ispit za zvanje mastera, odnosno doktora, pape su za sebe zadržale pravo da proglašavaju dodelu zvanja mastera, odnosno doktora, pripadnicima, tada novoosnovanih, prosjačkih monaških redova (dominikanaca i franjevac) za oblast teologije (Verger 2010, 25). Čini se da verovatan razlog za taj izuzetak leži u činjenici da je ispit za mastera, odnosno doktora, administriran od kolegijuma predavača, najčešće predstavljao značajno finansijsko opterećenje za kandidata.

3. KANONSKO PRAVO RIMOKATOLIČKE CRKVE

3.1. *Corpus iuris canonici* – zabrana traženja naknade za *licentia docendi*

Iz perspektive prava Rimokatoličke crkve, preduslov za učešće crkve u nastanku i razvoju univerziteta u zapadnoj Evropi, koji je obeležio XIII i XIV vek, bilo je već pomenuto pravilo, usvojeno na Trećem lateranskom saboru 1179. godine, kojim je predsedavao papa Aleksandar III, o zabrani traženja i naplaćivanja bilo kakve naknade za davanje *licentia docendi*, pod pretnjom gubljenja crkvene službe i prihoda, iz razloga što onaj koji „prodaje dozvolu za podučavanje, zarad požude duševne, sprečava crkveni napredak“.³ Istim pravilom je uvedena obaveza da se pruži podučavanje sveštenstvu i siromašnima pri svakoj katedralnoj crkvi.⁴

³ „Pro licentia vero docendi nullus omnino pretium exigat, vel sub obtentu alicuius consuetudinis ab eis, qui docent, aliquid quaerat, nec docere quemquam, qui sit idoneus, petita licentia interdicat. Qui autem contra hoc venire praesumpserit,

To pravilo je, po prirodi stvari, omogućilo prvim univerzitetima, koji su se uobičili u decenijama koje su usledile, da se razvijaju bez opterećenja obaveza prema lokalnim crkvenim vlastima. Kuameov stav da je drugo lice tog pravila bilo stvaranje monopola crkve na obrazovanje, to jest da više niko nije mogao javno da podučava bez *licentia docendi* (Kouamé 2020, 30) ne čini se opravdanim, imajući u vidu da je *licentia docendi* bila široko rasprostranjena pre Trećeg lateranskog sabora, da je prethodno tokom XII veka bila zabranjivana njena preprodaja (Rashdall 1929, 563) i da je upravo potreba za uvođenjem zabrane njenog naplaćivanja, odnosno prodaje, svedočila o njenoj važnosti.

3.2. *Codex iuris canonici* iz 1917. godine

Corpus iuris canonici, zbirka šest kompilacija opštih pravnih akata Rimokatoličke crkve, bio je na snazi od srednjeg veka do 1918. godine, kada je stupio na snagu *Codex iuris canonici*, proglašen 1917. godine (CIC 1917).⁵

O uređenju pitanja nastave na univerzitetu, uključujući i teologiju, CIC 1917 je sadržao dve jednostavne odredbe. Prva je glasila: „Kanonsko konstituisanje katoličkih univerziteta i fakulteta rezervisano je za Apostolsku stolicu“ (CIC 1917, Can. 1376, §1), a druga: „Bez ovlašćenja Apostolske stolice niko ne može dodeljivati akademske stepene (tj. zvanja, prim. aut.) koji imaju kanonsko dejstvo unutar Crkve“ (CIC 1917, Can. 1377). U prvoj citiranoj odredbi ključni element je atribut „katolički“, izrečen u odnosu na univerzitete i fakultete. Da bi se određeni univerzitet ili fakultet mogao smatrati „katoličkim“, neophodno je da sveobuhvatno uređenje njegovog pravnog položaja i unutrašnjih pravila bude ili propisano ili odobreno od Svete Stolice. Drugim rečima, ukoliko visokoškolska ustanova određuje svoj identitet pripadnošću rimokatoličkoj veri, njeno celokupno uređenje mora biti usklađeno sa stavovima, pravom i interesima Rimokatoličke crkve. Druga citirana odredba, pak, obezbeđuje da konfesionalna teološka zvanja, nezavisno od konfesionalnog karaktera određene visokoškolske ustanove, ne mogu biti dodeljivana od ustanove kojoj to pravo nije prethodno dala

ab ecclesiastico fiat beneficio alienus. Dignum quippe esse videtur, ut in ecclesia Dei fructum sui laboris non habeat, qui cupiditate animi, dum vendit docendi licentiam, ecclesiasticum profectum nititur impedire.“

⁴ *Corpus iuris canonici emendatum et notis illustratum*, Gregorii XIII. pont. max. iussu editum. 1582. Roma: In aedibus Populi Romani, 1649–1650, Decretales Gregorii IX, Lib. V, Tit. V. De magistris, et ne aliquid exigatur pro licentia docendi.

⁵ *Codex iuris canonici*, Pii X Pontificis Maximi iussu digestus, Benedicti Papae XV auctoritate promulgatus. 1918. Roma: Typis polyglottis Vaticanis.

Sveta Stolica. Reč je, dakle, o svojevrsnom svođenju srednjovekovne obaveze dobijanja prava na davanje *licentia docendi* na domen teoloških disciplina. Naizgled, već bi prva citirana odredba obuhvatila sve situacije na koje se odnosi druga odredba, budući da nije verovatno da bi konfesionalna akademska zvanja mogla biti sticana izvan konfesionalne visokoškolske ustanove. Postojanjem druge odredbe, međutim, naglašava se važnost interesa Rimokatoličke crkve da obezbedi da studije katoličke teologije budu u skladu sa njenim unutrašnjim pravom i doktrinom.

Vreme nastanka *CIC* 1917 – početak XX veka – neposredno je prethodilo promeni preovlađujuće paradigme odnosa crkve i države u Evropi, koja se dogodila nakon Prvog svetskog rata i koja je značila kidanje dubokih i brojnih veza između države i crkve. Zbog toga je prirodno što su tek prilikom revizije tog zbornika, koja je izvršena 1983. godine, uobličena pravila kojima se precizno obezbeđuje zaštita identiteta i prava na samoodređenje Rimokatoličke crkve u oblasti visokog školstva, na način koji je primeren kontekstu građanskih sekularnih država.

3.3. *Codex iuris canonici* iz 1983. godine

Kao što je napomenuto, *CIC* 1917 je temeljno revidiran 1983. godine (*CIC* 1983), tako da je revidirani tekst, sa određenim naknadnim izmenama manjeg obima, i danas na snazi.⁶

U *CIC* 1983 zadržan je pristup uređenju odnosa sa ustanovama visokog školstva izvan kruga crkvenih univerziteta na dva plana, koji je uveden u *CIC* 1917: prvo, uspostavljanje uslova za priznanje konfesionalnog „katoličkog“ karaktera i, drugo, uslov za organizovanje nastave konfesionalne teologije. Njegovim odredbama je, s jedne strane, smanjen obim zahteva koji se stavljaju pred „katoličke“ visokoškolske ustanove, ali je, s druge strane, izoštreno uređenje određenih pitanja od ključnog značaja za Rimokatoličku crkvu.

Uslov da određenoj visokoškolskoj ustanovi bude priznato svojstvo „katoličke“ naizgled je sveden na dobijanje saglasnosti nadležne crkvene vlasti (*CIC* 1983, Can. 808), umesto ranijeg uslova da katoličku ustanovu može „kanonski konstituisati“ samo Sveta Stolica. Na taj način je Rimokatolička crkva sebi obezbedila fleksibilnost da u skladu sa razvojem društva i istorijskim okolnostima bude u mogućnosti da prilagodi merila na osnovu

⁶ *Codex iuris canonici*. 1983. Sveta Stolica. https://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/cic_index_en.html, poslednji pristup 30. januara 2022.

kojih će dozvoliti poistovećivanje određenih visokoškolskih ustanova sa sopstvenim konfesionalnim identitetom i da prizna konfesionalni karakter brojnim teološkim fakultetima čiji nije osnivač.

U odnosu na „katoličke“ visokoškolske ustanove doneto je važno novo pravilo: tela nadležna u skladu sa statutom visokoškolske ustanove dužna su da obezbede da nastavnici na „katoličkim“ univerzitetima poseduju izvanredan integritet u pogledu doktrine i čestitosti i da budu smenjeni kada prestanu da ispunjavaju te zahteve, u skladu sa statutom, dok su biskupske konferencije dužne da nadgledaju da se načela katoličke doktrine poštuju (CIC 1983, Can. 810). Način na koji je formulisana opisana odredba svedoči o nastojanju crkvenog zakonodavca da uvaži autonomiju visokoškolske ustanove, što čini pozivanjem na nadležnost i postupke propisane statutom ustanove, ali i da označi ono što je suštinski interes Rimokatoličke crkve – da se obezbedi integritet predavača na katoličkim univerzitetima u pogledu doktrine i čestitosti. Zaštita tog interesa je toliko važna da je predmetnom odredbom neposredno propisana odgovarajuća obaveza za nadležna tela univerziteta. Kako način na koji biskupske konferencije vrše dužnost nadzora i postupak u skladu sa kojim intervenišu ukoliko se ukaže potreba nisu propisani, može se zaključiti da su ta pitanja ostavljena samim biskupskim konferencijama (Euart 2002, 965–966).

Konačno, CIC 1983 uvodi pojam *mandatum*-a nadležne crkvene vlasti, koji mora imati svako ko predaje teološke discipline na bilo kojoj visokoškolskoj ustanovi (CIC 1983, Can. 812). Prema tumačenju Ladislasa Orsija, pojam teoloških disciplina ne obuhvata ni nauku o religiji ni filosofiju (Orsy 1983, 480). U komentaru novog zakonika, Šeron Juart je posebno ukazala na pojam mandata, koji nije postojao u nacrtima zakonika. U nacrtima je korišćen izraz *missio canonica*, kojim se od srednjeg veka označavalo ovlašćenje podučavanja veri u okviru crkve. Oslanjajući se na razlikovanje između *mandatum* i *missio canonica*, formulisano u jednom dekretu Drugog vatikanskog sabora, Juart je pretpostavila da je pojam *mandatum*-a upotrebljen da bi se naglasilo da nije reč o delegiranju određene službe ili o poveravanju nadležnosti, što je poreklo *missio canonica*, već o delatnosti koju profesor teologije vrši u svoje ime, ali u zajednici sa nadležnim biskupom (Euart 2002, 967–969).

U vezi sa pomenutim razlikovanjem, važno je imati u vidu da je u skorašnjoj apostolskoj konstituciji o univerzitetima i fakultetima Rimokatoličke crkve, *Veritatis Gaudium*, sadržan uslov da nastavnici koji na crkvenim visokoškolskim ustanovama predaju discipline u vezi sa verom i moralom moraju od kancelara te ustanove dobiti *missio canonica*, „budući da ne predaju na

osnovu sopstvenog autoriteta, već na osnovu misije koju su dobili od Crkve“.⁷ Citirana odredba o *missio canonica* i zahtev da „svi nastavnici, pre nego što dobiju trajnu poziciju ili budu unapređeni u najviše nastavničko zvanje“, moraju za to dobiti *nil obstat*, to jest odobrenje Svete Stolice, u istom obliku postoji i u prethodnoj apostolskoj konstituciji o crkvenim univerzitetima, *Sapientia Christiana* iz 1979. godine.⁸ Primetna je, dakle, terminološka razlika koja nastavlja da postoji i posle donošenja *CIC* 1983: profesori teologije na katoličkim univerzitetima moraju imati *mandatum*, dok se za profesore na univerzitetima i fakultetima koji imaju status „crkvenih“, odnosno čiji je status priznat po crkvenom pravu, budući da na osnovu takvog statusa ustanove njihovi predavači imaju poseban autoritet, zahteva *missio canonica*.

U vreme kada je donet novi zakonik crkvenog prava Rimokatoličke crkve, kanon 812 je predstavljao relativno veliku novinu. Mnogi autori, posebno u SAD, iskazali su strah u pogledu mogućnosti i posledica njegove primene (Euart 2002, 966). U tom smislu, ilustrativno je jedanaest pitanja koja je Orsi postavio u vezi sa njegovim tumačenjem, obuhvatajući stepen njegove obaveznosti, nedoumicu u pogledu toga da li je njime posredno uvedena obaveza i za visokoškolske ustanove koje nemaju položaj pravnog lica po crkvenom pravu, do bojazni da bi visokoškolske ustanove koje postupaju u skladu sa tim pravilom mogle da izgube prava koja imaju po svetovnom pravu (Orsy 1983, 480–487).

3.4. *Magisterium* Rimokatoličke crkve

Za predmet ovog rada važan institut je služba podučavanja (*magisterium*) Rimokatoličke crkve. U vezi sa njom, *CIC* 1983 propisuje kvalitet nepogrešivosti učenja o veri ili pravila morala koje proglasi papa konačnim aktom ili koje takvim proglasi kolegijum biskupa, postupajući zajedno ili na ekumenskom saboru ili u određenoj sredini (u vidu biskupske konferencije),

⁷ Constitutio Apostolica *VERITATIS GAUDIUM*, De universitatibus et facultatibus ecclesiasticis, Franciscus Episcopus, Servus Servorum Dei, Ad perpetuam rei memoriam. 2017. Član 27. Sveta Stolica. https://www.vatican.va/content/francesco/la/apost_constitutions/documents/papa-francesco_costituzione-ap_20171208_veritatis-gaudium.html, poslednji pristup 30. januara 2022.

⁸ Constitutio Apostolica *SAPIENTIA CHRISTIANA*, De studiorum universitatibus et facultatibus ecclesiasticis, Ioannes Paulus Episcopus, Servus Servorum Dei, Ad perpetuam rei memoriam. 1979. Član 27. Sveta Stolica. https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/la/apost_constitutions/documents/hf_jp-ii_apc_15041979_sapientia-christiana.html, poslednji pristup 30. januara 2022.

u svakom slučaju u zajednici sa papom (CIC 1983, Can. 749). Neposredna posledica instituta službe podučavanja u pravu Rimokatoličke crkve jesu već opisani instituti *missio canonica* i *nihil obstat*, kao i *mandatum*, čijom primenom se obezbeđuje da profesori teologije na crkvenim, odnosno katoličkim univerzitetima ostvaruju službu podučavanja crkve kao celine i da nastavna i naučna delatnost pojedinca ne može u praksi da dovede u pitanje učenje o nepogrešivosti službe podučavanja.

4. PRIMERI POJEDINIH NACIONALNIH PRAVA U XIX I XX VEKU

Kao uporedni primeri koji su karakteristični za postojanje obaveznog blagoslova i uporedivi sa primerom Srbije razmotreni su nacionalni pravni sistemi u kojima postoje konfesionalni teološki fakulteti u okviru javnih, to jest državnih univerziteta.

U pojedinim evropskim državama, razlog za nepostojanje teoloških fakulteta u pomenutom položaju jeste način na koji se izučavanje teologije na nivou univerziteta razvijalo od srednjeg veka do danas. Takav slučaj je Italija, čija univerzitetska tradicija na samom početku nije obuhvatila studije teologije, o čemu je već bilo reči u drugom delu ovog rada, i gde su 1873. godine, na talasu liberalizma podstaknutog nacionalnim ujedinjenjem, zakonom ukinuti teološki fakulteti na državnim univerzitetima.⁹ Na taj način je na ujedinjenu Italiju proširen pristup koji je u Kraljevini Sardiniji primenjen 1848. godine, donošenjem tzv. Bonkompanijevog zakona (*legge Boncompagni*), kojim je isključen uticaj Rimokatoličke crkve na imenovanja profesora univerziteta, uključujući i teološke fakultete (Zichi 2010, 200; Scaduto 1886, 3–4). Osnov za donošenje zakona iz 1873. godine bila je primena načela odvojenosti crkve i države i načela nenadležnosti (*incompetenza*) države za unutrašnja pitanja crkve (Scaduto 1886, 10). Usvajanje tog zakona je u političkom smislu bilo moguće zato što su ga podržali značajni delovi crkvene hijerarhije, pa samim tim i mnogi političari bliski crkvi, kao jedino moguće rešenje u uslovima nemogućnosti crkve da utiče na izbor profesora teologije (Scaduto 1886, 54–55).

⁹ Legge 26 gennaio 1873, N. 1251 – che abolisce le facoltà teologiche nelle università del Regno, Gazzetta Ufficiale n. 817/L, 26/01/1873.

4.1 Nemačka

Reformacija i verski ratovi koji su usledili uticali su na poistovećivanje čitavih univerziteta sa određenom hrišćanskom denominacijom. U XIX i XX veku, pak, na univerzitetima, koji sami gube konfesionalno određenje i pripadnost određenoj denominaciji, osnivaju se konfesionalni teološki fakulteti određene denominacije – katolički ili protestanski, to jest luteranski (Kivinen, Poikus 2006, 200; Messner 2008, 256–259). Kako je primetio Messner, uprkos problematizovanju postojanja konfesionalnih teoloških fakulteta koje se u akademskoj javnosti Nemačke dogodilo u sedmoj deceniji XX veka, u Nemačkoj su i nakon toga, pa čak i nakon ujedinjenja 1989. godine, osnivani novi konfesionalni teološki fakulteti (Messner 2008, 256).

Skoro svi katolički teološki fakulteti u Nemačkoj, njih ukupno dvanaest, u okviru su državnih univerziteta. Samo jedan postoji u sklopu jedinog katoličkog univerziteta (Ajhštet), a jedan ima poseban status, kao crkveni fakultet u saradnji sa državnim univerzitetom (Trir).

Na osnovu konkordata koje su pojedine nemačke države zaključile sa Svetom Stolicom, koji su i dalje na snazi, i konkordata savezne države sa Svetom Stolicom iz 1933. godine, konfesionalni teološki fakulteti deo su javnih (državnih) univerziteta i potpadaju istovremeno pod crkveno i javno pravo (Listl 1997, 913). Nadležni biskup Rimokatoličke crkve ima pravo da utvrdi da li postoje prepreke, na planu doktrine ili morala, da određeno lice bude profesor teologije na konfesionalnom teološkom fakultetu, bez obzira na to da li je taj fakultet deo javnog (državnog) ili crkvenog univerziteta. Pomenuto ovlašćenje biskupa se naziva *nihil obstat*, u smislu nalaza da „ništa ne sprečava“ postavljenje. U slučaju potrebe, biskup ima pravo da povuče *nihil obstat*. Takvi slučajevi su relativno retki i po pravilu privlače veliku pažnju javnosti (Listl 1997, 914; Schmidt 2021, 2–3).

Ustavnim osnovom instituta *nihil obstat* smatra se pravo crkve na versko samoodređenje, to jest da crkva ima pravo da proceni da li konfesionalna nastava teologije ugrožava takvo njeno pravo ukoliko se odvija bez njenog nadzora nad učenjem i moralnim kvalitetima nastavnika (Robbers 2010–2011, 283–286).

4.2 Francuska

Katolički teološki fakultet u Strazburu jedini je katolički teološki fakultet u Francuskoj koji postoji u okviru državnog (javnog) univerziteta, ujedno kanonski priznat od Svete Stolice. Biskup Strazbura ima pravo da odbije imenovanje profesora teologije na tom fakultetu, iz razloga doktrine ili

zbog ponašanja kandidata, i da izdejstvuje povlačenje profesora sa fakulteta u slučaju da podnese dokaz da profesor „nije u mogućnosti da nastavi svoju službu, bilo iz nedostatka pravovernosti, bilo zbog težeg ogrešenja o pravila života i ponašanja sveštenika“ (Messner 2008, 269). To ovlašćenje biskupa Strazbura ima relativno složen pravni osnov, u čijem temelju je ugovor zaključen između Svete Stolice i nemačke carske vlade 1902. godine, kojim je, između ostalog, predviđeno da biskup daje prethodno odobrenje na postavljenje profesora teologije.¹⁰ Nakon Prvog svetskog rata, francuska vlada je, razmenom pisama, potvrdila da priznaje važenje tog ugovora, uz izričitu potvrdu da će, ukoliko biskup povuče „kanonsku misiju“ određenog profesora, taj profesor odmah biti isključen iz nastave, uz pravo žalbe Svetoj Stolici koja ne odlaže takvo isključenje.¹¹ Biskupi nisu koristili to svoje ovlašćenje od kada je Strazbur u kontinuitetu u sastavu Francuske, odnosno od kraja Prvog svetskog rata (Messner 2008, 272).

Ostali katolički teološki fakulteti su privatni, osnovani od Rimokatoličke crkve, tako da su njihova opšta pravila potpuno usaglašena sa važećim pravom Rimokatoličke crkve, o čemu je bilo reči u trećem delu ovog rada. Diplome tih fakulteta bile su priznavane na osnovu saradnje sa fakultetom u Strazburu do 2008. godine, od kada je na snazi sporazum između Francuske i Svete Stolice o priznanju diploma (Messner 2008, 274–275).

4.3. Rumunija

Kao država sa većinskim pravoslavnim stanovništvom i značajnim prisustvom drugih hrišćanskih denominacija, čije društvo je prošlo tranziciju iz komunističkog totalitarizma u građansko demokratsko društvo, Rumunija se po bitnim osobinama poklapa sa Srbijom u poslednje dve i po decenije. U Rumuniji postoji preko deset konfesionalnih pravoslavnih teoloških fakulteta, u okviru državnih univerziteta, kao i rimokatolički i različiti protestanski teološki fakulteti (Andreescu 2010, 542). Budući da je većina pravoslavnih teoloških fakulteta na državnim univerzitetima u komunizmu bila ukinuta, ti fakulteti su vraćeni pod okrilje državnih univerziteta na osnovu protokola zaključenog između nadležnih ministarstava i Rumunske

¹⁰ Convention relative à l'érection de la Faculté de théologie à Strasbourg. 1902. Le Canoniste contemporain (iuscangreg.it). <https://www.iuscangreg.it/conc/francia-1902.pdf>, poslednji pristup. 30. januara 2022.

¹¹ Lettre de Monsieur le Président du Conseil à Mgr Cerreti, Nonce Apostolique à Paris, du 17 novembre 1923. Le Canoniste contemporain (iuscangreg.it). <https://www.iuscangreg.it/conc/francia-1923.pdf>, poslednji pristup 30. januara 2022.

pravoslavne crkve 1991. godine (Andreescu 2010, 544). Od tada se teološki fakulteti u okviru državnih univerziteta, prema Andreskuovim rečima, nalaze pod „dvostrukom kontrolom“ crkve i države, što podrazumeva da obrazovna komisija Svetog Sinoda Rumunske pravoslavne crkve odobrava nastavane planove, da crkvena tela potvrđuju imenovanja uprave teoloških fakulteta, kao i izbore i imenovanja profesora, koji, čak i kada su u statusu redovnih, taj status mogu da izgube ukoliko nadležno telo crkve povuče svoje odobrenje (Andreescu 2010, 549–551).

5. SAVREMENA TEOLOŠKA PERSPEKTIVA RIMOKATOLIČKE CRKVE

5.1. Apostolska konstitucija *Ex Corde Ecclesiae* (1990)

Glavni akt razrade odredaba *CIC* 1983 koje se odnose na katoličke visokoškolske ustanove jeste apostolska konstitucija *Ex Corde Ecclesiae*, koju je papa Jovan Pavle II doneo u novembru 1990. godine.¹² Početna odredba dispozitiva konstitucije, koja sadrži određenje prirode i ciljeva katoličkih visokoškolskih ustanova, govori o odnosu vere i akademske slobode: „Svaki Katolički Univerzitet... predstavlja akademsku zajednicu, koja na strog i kritički način pomaže u zaštiti i napredovanju ljudskog dostojanstva i kulturnog nasleđa kroz istraživanje, nastavu... poseduje institucionalnu autonomiju neophodnu da delotvorno obavlja svoje funkcije i svojim članovima garantuje akademsku slobodu, sve dok se prava pojedinca i zajednice čuvaju u granicama istine i opšteg dobra.“¹³ U sledećoj odredbi, među četiri suštinske osobine kojima se svaki katolički univerzitet mora odlikovati, navodi se „vernost Hrišćanskoj poruci, koju dobijamo posredstvom Crkve“.¹⁴

Ex Corde Ecclesiae sadrži sažete stavove o tri nivoa odnosa relevantnih za pitanje koje je predmet ovog rada. Prvo, tom konstitucijom se za jedan od ciljeva katoličkog univerziteta proglašava promovisanje dijaloga između vere i razuma, što je obrazloženo, između ostalog, citatom iz pastoralne konstitucije *Gaudium et Spes* II vaticanskog sabora: „metodično istraživanje u svakoj grani

¹² Ioannes Paulus Episcopus, Servus Servorum Dei, Ad perpetuam rei memoriam Constitutio Apostolica *EX CORDE ECCLESIAE* De universitatibus catholicis. 1990. Sveta Stolica. https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/la/apost_constitutions/documents/hf_jp-ii_apc_15081990_ex-corde-ecclesiae.html, poslednji pristup 30. januara 2022.

¹³ *Ex Corde Ecclesiae*, deo I, stav 12.

¹⁴ *Ex Corde Ecclesiae*, deo I, stav 13.

obrazovanja, kada se sprovodi na istinski naučni način i u skladu sa moralom, nikad suštinski ne može biti u sukobu sa verom, budući da stvari ovozemaljske i one o kojima brine vera proizilaze od istog Boga“.¹⁵ Drugo, na institucionalnom planu, konstitucijom je proglašeno da je „jedna od posledica suštinske veze [univerziteta] sa Crkvom to da *institucionalna vernost* Univerziteta Hrišćanskoj poruci obuhvata priznanje i pridržavanje autoriteta Crkve u podučavanju u stvarima vere i morala“.¹⁶ Konačno, na planu dužnosti pojedinca, proglašena je obaveza katoličkih teologa da budu „verni Magisterijumu Crkve kao autentičnog tumača Svetog Pisma i Svetog Predanja“.¹⁷

5.2. Sporovi povodom primene pravila o službi podučavanja na nastavu teologije

U životu Rimokatoličke crkve nakon Drugog vatikanskog sabora način tumačenja pravila doktrine i prava o službi podučavanja, posebno u odnosu na nastavu teologije na visokoškolskim ustanovama, predstavlja predmet ponovljenih sporova i diskusija. Na tom planu se ističe nekoliko dokumenata.

Početak 1989. godine, 163 teologa iz Nemačke, Austrije, Švajcarske i Holandije izdala su tzv. Kelnsku deklaraciju, u kojoj su osudili više politika Rimokatoličke crkve koje su onemogućavale svedočenje Jevanđelja. Među tim politikama bilo je i odbijanje Svete Stolice da izda dozvolu za imenovanje profesora teologije sa čijim učenjem se ne slaže. Ono je deklaracijom osuđeno kao „povreda slobode istraživanja i nastave“ i „prekoračivanje i primena na nedozvoljen način“ nadležnosti papa u pitanjima doktrine, usled insistiranja da svako vršenje službe podučavanja podleže pravilu o nepogrešivosti (National Catholic Reporter 1999).

Čini se da je neposredan odgovor na Kelnsku deklaraciju bilo proglašenje „Uputstva *Donum Veritatis* o crkvenom pozivu teologa od strane Kongregacije za učenje o veri“, pod prefekturom kardinala Jozefa Racionera, u maju 1990. godine, pola godine pre nego što je doneta već pomenuta konstitucija *Ex Corde Ecclesiae*.¹⁸ Polazeći od stava da „bez obzira na to što prevazilazi ljudski razum, otkrivena istina stoji u dubokoj harmoniji sa njim“,

¹⁵ *Ex Corde Ecclesiae*, deo I, stav 17.

¹⁶ *Ex Corde Ecclesiae*, deo I, stav 27.

¹⁷ *Ex Corde Ecclesiae*, deo II, član 4, paragraf 3.

¹⁸ Congregation for the Doctrine of the Faith, Instruction *DONUM VERITATIS* on the ecclesiastical vocation of the theologian. 1990. Sveta Stolica. https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19900524_theologian-vocation_en.html, poslednji pristup 30. januara 2022.

pomenutim Uputstvom je utvrđeno da se „sloboda teološkog istraživanja vrši u okviru verskog učenja Crkve“.¹⁹ Uputstvo sadrži objašnjenje o saradnji teologa i službe podučavanja Crkve (*magisterium*), koja podrazumeva da teolog, kada primi *missio canonica* ili *mandatum*, i sam učestvuje u službi podučavanja, sa zadatkom da predstavi i ilustruje učenje u celini i na tačan način.²⁰ Uputstvom su propisani nivoi saglasnosti koja se od teologa zahteva sa učenjem o veri i moralu, proglašenog na osnovu službe podučavanja crkve, počevši od „teološke vere“ u slučaju proglašenja učenja sadržanog u Otkrovenju, preko „čvrstog prihvatanja“ istina u vezi sa verom i moralom koje su strogo u vezi sa Otkrovenjem, koje su na osnovu službe podučavanja na definitivan način utvrđene, do „verskog potčinjavanja volje i intelekta“ učenju koje služi boljem razumevanju Otkrovenja, ili koje pokazuje kako je neko drugo učenje u skladu sa istinama vere, ili koje čuva od ideja koje nisu u skladu sa tim istinama.²¹ Takođe, propisano je da bi teolog trebalo da bude lojalan i učenju, proglašenom na osnovu službe podučavanja, o dodatnim i pretpostavljenim pitanjima, koje ne podleže nepogrešivosti, kao ni uslovi pod kojima takvo učenje može da se dovede u pitanje.²² Uputstvom je pruženo i teološko obrazloženje nemogućnosti da neslaganje sa učenjem proglašenim na osnovu službe podučavanja bude zasnovano na drugačijem tumačenju, intimnom verskom osećanju, individualnoj slobodi i slobodi savesti.²³

Tumačenja službe podučavanja, instituta *missio canonica* i *nihil obstat* u pogledu nastave teologije na crkvenim univezitetima, odnosno *mandatum* na katoličkim univerzitetima, posebno su bila brojna u SAD prethodnih decenija, verovatno zbog drugačijeg istorijskog i tradicionalnog nasleđa studija teologije u toj državi u odnosu na Evropu. Primetno je da je Konferencija katoličkih biskupa SAD tek 1999. godine usvojila akt o načinu primene konstitucije *Ex Corde Ecclesiae* u SAD. Tim aktom je *mandatum* definisan kao „potvrda crkvenih vlasti da katolički profesor teologije drži nastavu u punoj zajednici sa Katoličkom Crkvom“, „*mandatum* potvrđuje profesorovu dozvoljenu slobodu istraživanja i njegovu posvećenost i odgovornost da predaje autentičnu katoličku doktrinu“, „*mandatum* nije postavljenje, ne znači delegiranje i nije odobrenje profesorove nastave, ...profesori predaju u svoje ime i na osnovu svoje akademske i profesionalne posobnosti, ne u ime biskupa ili službe podučavanja Crkve“ (USCC 2001). Istim aktom su uređeni postupci davanja *mandatum*-a, uključujući i osnov za njegovo davanje, i rešavanja žalbi i sporova povodom uskraćivanja *mandatum*-a (USCC 2001).

¹⁹ *Donum Veritatis*, stavovi 10, 11.

²⁰ *Donum Veritatis*, stav 22.

²¹ *Donum Veritatis*, stav 23.

²² *Donum Veritatis*, stav 24.

²³ *Donum Veritatis*, st. 32–41.

6. NACIONALNI KONTEKST

6.1. Blagoslov u Kraljevini SHS

U Kraljevini SHS, odnosno Kraljevini Jugoslaviji, postojali su konfesionalni teološki fakulteti – Pravoslavni bogoslovski fakultet u Beogradu i rimokatolički teološki fakulteti u Zagrebu i Ljubljani. Dok je odnos države i Rimokatoličke crkve ostao formalno neuređen do kraja postojanja države zbog toga što nije usvajan konkordat, odnos države i Srpske pravoslavne crkve na sveobuhvatan način je uređen na osnovu Zakona o Srpskoj pravoslavnoj crkvi iz 1929. godine.²⁴

Tim zakonom je izričito bilo predviđeno (Zakon o SPC 1929, čl. 18, st. 2) pravo Svetog Arhijerejskog Sinoda da oceni „versku podobnost“ kandidata za nastavnike bogoslovske fakulteta, nezavisno od postupka njihovog izbora u skladu sa Zakonom o univerzitetu:

„Profesori i docenti bogoslovske fakulteta koji se biraju po Zakonu o univerzitetu postavljaju se, pošto se prethodno utvrdi i verska podobnost kandidata ocenom Sv. Arhijerejskog Sinoda.“

Ljubinka Kovačević je pokazala da je i danas na uporednom planu česta pojava da potreba da se obezbedi dužnost lojalnosti nastavnika verske nastave predstavlja osnov za poseban položaj tih nastavnika u domenu radnog prava, upravo u smislu obezbeđivanja takve lojalnosti (Kovačević 2021, 931–934). U slučaju konfesionalnih teoloških fakulteta, potreba je jednako snažna, tako da se čini da je citirana odredba predratnog Zakona o SPC u skladu sa praksom koja je ostala široko zastupljena do danas.

6.2. Zakon o crkvama i verskim zajednicama iz 2006. godine

U kontekstu pozitivnog prava zakonodavstva Srbije, važno je imati u vidu dva načela proglašena Zakonom o crkvama i verskim zajednicama. Prvo je garancija koju crkve i verske zajednice uživaju na osnovu Zakona o crkvama i verskim zajednicama iz 2006. godine²⁵, da su „slobodne i autonomne u određivanju svog verskog identiteta“ (čl. 6, st. 2). Drugo je obaveza države da ne ometa „primenu autonomnih propisa crkava i verskih zajednica

²⁴ Zakon o Srpskoj Pravoslavnoj Crkvi br. 89870 od 8. novembra 1929. godine, *Službene novine Kraljevine Jugoslavije* 269, 16. novembar 1929, 2011–2013.

²⁵ Zakon o crkvama i verskim zajednicama, *Službeni glasnik R. Srbije* 36/2006.

(čl. 7, st. 1). Druga pomenuta odredba zasigurno nije zaokružena, u smislu da je njeno jezičko značenje daleko od stvarnog značenja, imajući u vidu da je njome proglašena obaveza države ograničena imperativnim normama pozitivnog prava, ali je važna zbog toga što uvodi načelnu obavezu uvažavanja autonomnog prava crkava i verskih zajednica u svim situacijama u kojima je to moguće u granicama Ustava i imperativnih normi. Prema Đukićevom mišljenju, „na sličan način versku autonomiju uređuju zakoni u drugim državama“, tako da je reč o „obimu autonomije koji je postao standard prilikom regulisanja državno-crkvenih odnosa“ (Đukić 2022, 136).

6.3. Ustavno načelo kooperativne odvojenosti crkve i države i kontinuitet sa zakonodavstvom Kraljevine Jugoslavije

Načelo kooperativne odvojenosti države i verskih zajednica u pravu Srbije postepeno je u poslednje dve decenije postalo načelo ustavnog karaktera. Do toga je došlo tako što je u mnogim presudama Ustavnog suda ono prepoznato u dubokim zakonskim promenama na planu odnosa crkava i verskih zajednica, s jedne strane, i države, s druge strane, izvršenim u godinama posle demokratskih promena 2000. godine, u domenima verske nastave, restitucije imovine, registracije crkava i verskih zajednica i u odnosu na Statut Univerziteta u Beogradu u vezi sa pravnim položajem PBF. To načelo, dakle, suštinski dopunjuje ustavnu odredbu o odvojenosti države i crkve. Naime, Ustavni sud je u brojnim svojim odlukama zauzeo stav da se odredbe Ustava o odvojenosti države i crkve imaju tumačiti na način da „u Republici Srbiji egzistira sistem kooperativne odvojenosti crkve od države, koji je eminentan mnogim evropskim državama poput Nemačke, Austrije, Belgije i dr.“²⁶ Takođe, „Ustavni sud je iz odredaba... našao da u R. Srbiji ne postoji sistem stroge odvojenosti crkve i države, odnosno da se ne može govoriti o sistemu stroge odvojenosti crkve od države, nego o sistemu kooperativne odvojenosti...“²⁷ Taj stav je pre toga zastupan u stručnoj javnosti, upravo u vezi sa tumačenjem pomenutog niza sektorskih propisa donetih u srpskom pravu nakon tranzicije (Avramović, Rakitić 2012, 311–314).

Načelo kooperativne odvojenosti, koje je Ustavni sud prepoznao u savremenom pravu Srbije, ne predstavlja novinu. Njegovo obnavljanje u savremenom srpskom pravu neizbežna je posledica činjenice da je celokupan sistem propisa o odnosu države i crkve, donet posle demokratskih promena,

²⁶ Ustavni sud Srbije, IUo-175/2012, od 15. 10. 2014.

²⁷ Ustavni sud Srbije, IUz-455/2011, od 16. 1. 2013.

izrađen u tradiciji takvih propisa koji su bili na snazi u Kraljevini Jugoslaviji, u kojoj je to načelo važno. Kada je reč o priznanju subjektiviteta „tradicionalnih“ crkava i verskih zajednica *ex lege*, oslanjanje na predratno pravo izričito je sadržano u Zakonu o crkvama i verskim zajednicama.²⁸ Verska nastava u državnim školama, kao najvažniji vid saradnje države i crkve, obnovljena je 2001. godine prema modelu koji se u velikoj meri poklapa sa modelom koji je postojao u predratnoj Jugoslaviji, odlikujući se na uporednom planu jedinstveno velikim brojem konfesija za koje se verska nastava organizuje, upravo kao i njegov predratni uzor.

7. ZAKLJUČAK

Razumevanje instituta obaveznog blagoslova u kontekstu prava i pravne tradicije Srbije ne izgleda moguće bez razumevanja mnogih prethodnih pitanja, među koje spadaju i zajednička pravna tradicija evropskih naroda i nacionalna pravna tradicija, tumačenje važećih ustavnih načela, kao i bitni elementi za uravnotežavanje konfesionalnog i verskog samoodređenja u pogledu identiteta i doktrine, kao suštinskog aspekta verske slobode, sa organizacionim aspektima autonomije univerziteta i pravima iz radnog odnosa.

Bez obzira na to što je postanak univerziteta predstavljao iskorak delatnosti obrazovanja iz monaških zajednica, u okviru kojih su škole postojale u vekovima koji su tom postanku prethodili, takav iskorak se dogodio u okrilju crkve i posebno zahvaljujući njenom univerzalnom priznanju stečenih akademskih zvanja. Zaštita autonomije univerziteta u povoju, priznanje profesorskog zvanja i važenja stečenih diploma, što je sve obezbedila crkva, bili su ključni u prvim vekovima razvoja univerziteta, kada su utemeljeni mesto, uloga i značaj koje su univerziteti zadržali u evropskim i društvima nastalim prema njihovom modelu, do danas. Drugim rečima, podrška crkve je bila nezamenljiva za afirmaciju univerzalne vrednosti visokoškolskog obrazovanja, a posebno akademske slobode i akademskih standarda.

Tokom deset vekova istorije univerziteta bitno su se promenili međusoban odnos crkve i univerziteta i odnos između crkve i države, kao što uostalom se promenila i uloga crkve u društvu. Međutim, pomenute promene, posebno sekularizacija države i društva, naglašavaju neophodnost pažljivijeg promišljanja i zaštite verske slobode, čiji je suštinski element pravo na versko i konfesionalno samoodređenje. Odredbe važećeg zakonika

²⁸ Zakon o crkvama i verskim zajednicama, *Službeni glasnik R. Srbije* 36/2006, čl. 10–15.

kanonskog prava Rimokatoličke crkve (CIC 1983) poučne su za to pitanje. Konfesionalnost određene visokoškolske ustanove neizostavno podrazumeva njenu usaglašenost sa pravilima odgovarajuće crkve koja se odnose na visoko obrazovanje. Suprotno bi značilo da visokoškolska ustanova, budući konfesionalna, na osnovu svog naučnog autoriteta može da ostvaruje snažno povratno dejstvo na identitet crkve, sadržinu, odnosno razumevanje njenog učenja i/ili njenu percepciju u društvu.

Raznolikost primera evropskih država pokazuje da je reč o živom, otvorenom pitanju. Izostanak konfesionalnih fakulteta sa državnih univerziteta u Italiji, uslovljen istorijskim okolnostima, svedoči o tome da je Rimokatoličkoj crkvi bilo prihvaljivije da takvi fakulteti ne postoje nego da nema mogućnosti da utiče na izbor profesora teologije na njima. To što oni postoje u Nemačkoj i Francuskoj danas, pak, govori da u tim društvima, akademskim zajednicama, i, konačno, pravnim sistemima, pravo crkve da utiče na izbor profesora teologije nije shvaćeno kao ograničenje autonomije univerziteta. U vezi sa pitanjem autonomije univerziteta, naravno, blisko stoji činjenica da ta autonomija, i u celokupnoj istoriji univerziteta i na uporednom planu, nije ograničena na nivo univerziteta kao celine već uvek i jednako postoji i na nivou pojedinačnih visokoškolskih ustanova, što podrazumeva i ovlašćenje teoloških fakulteta da određena pitanja urede autonomno, u skladu sa svojom prirodom. Kao što je pokazano u drugom delu rada, u vreme nastanka univerziteta, načelo autonomije razvilo se na nivou pojedinačnih fakulteta.

Konfesionalna teologija, po prirodi stvari, zahvaljujući već pomenutom autoritetu visokoškolskog obrazovanja u savremenom društvu, stečenom i izgrađivanom deset vekova, u presudnoj meri utiče na identitet, doktrinu i percepciju određene konfesije, što čini neophodnim da se obezbedi pravo crkve da taj uticaj drži u granicama svog samoodređenja. Istorijski razvoj prava na izbor profesora teologije pokazuje da je ono jedan od ključnih, ujedno i nezamenljiv način ostvarivanja tog prava. Zbog toga pravo na versko samoodređenje crkve predstavlja okvir u kome je moguće ostvariti autonomiju univerziteta u domenu konfesionalnih teoloških studija. Nepostojanje prava crkve da utiče na izbor profesora teologije, ukoliko crkva to pravo zahteva i naročito kada je ono utemeljeno u njenom pravu i tradiciji, značilo bi negiranje prava na versko samoodređenje crkve. Takvu situaciju bi trebalo sagledati i iz ugla države, odnosno univerziteta – može li postojati interes države, odnosno univerziteta, da organizuje konfesionalne studije teologije bez mogućnosti da crkva čije se učenje izučava utiče na način na koji se ono izučava, iako ona na toj mogućnosti insistira?

Takođe, čini se da uticaj crkve na izbor profesora teologije po sebi ne predstavlja povredu autonomije visokoškolske ustanove, ali može biti izraz autonomije samog konfesionalnog teološkog fakulteta, upravo zbog toga što

je reč o specifičnoj ustanovi, čije je suštinsko određenje njena konfesionalna priroda. U svakom slučaju, načelna važnost tog pitanja višestruko prevazilazi njegov praktičan značaj, budući da uporedni primeri pokazuju da crkva predmetno pravo koristi izuzetno retko.

Uvidi u poreklo blagoslova za izbor profesora bogoslovskih fakulteta, sadržani u ovom radu, mogu biti poučni za razumevanje opravdanosti obaveznog crkvenog blagoslova za profesore teologije u savremenom nacionalnom pravnom sistemu. Tradicija Pravoslavne crkve u pogledu tog pitanja na nacionalnom planu potpuno odgovara zajedničkoj tradiciji evropskih društava, koja je nastala u praksi Rimokatoličke crkve od samog nastanka univerziteta i koja postoji u praksi pojedinih susednih država sa većinskim pravoslavnim stanovništvom, kao što je Rumunija. Širi kontekst odnosa države i crkve u savremenoj Srbiji takođe odgovara kontekstu u kome je pomenuta nacionalna tradicija nastala u istorijskoj perspektivi, koji je određen načelom kooperativne odvojenosti države i crkve. Ono važi u mnogim evropskim državama, u kojima pravni sistem takođe poštuje pravo crkve na obaveznu saglasnost za izbor profesora teologije, od kojih je verovatno najvažniji primer Nemačke. Čak i Francuska, kao globalni uzor stroge odvojenosti države i crkve, poznaje obaveznu crkvenu saglasnost za profesore na rimokatoličkom teološkom fakultetu u Strazburu. Ne bi izgledala uverljivo tvrdnja da u savremenoj Srbiji važe standardi autonomije univerziteta stroži nego u pomenutim državama, u tolikoj meri da budu razlog za nedozvoljenost obaveznog blagoslova u Srbiji, iako u Srbiji postoje isti razlozi za njegovo priznavanje koji postoje u drugim evropskim državama. Okolnost da ovlašćenje Rimokatoličke crkve da daje obaveznu saglasnost za izbor profesora teologije u većini evropskih pravnih sistema postoji na osnovu međunarodnih ugovora sa Svetom Stolicom ne predstavlja bitnu razliku u odnosu na kontekst Srbije, budući da su takvi ugovori podređeni ustavnim načelima i odredbama tih država, baš kao što su to i međunarodni ugovori i zakoni u Srbiji.

Obavezan blagoslov crkve za izbor profesora teologije čvrsto je utemeljen u istoriji odnosa države i crkve, kao i univerziteta u Evropi. Istorijsko utemeljenje, međutim, nije jedini, a možda ni najvažniji pravopolitički razlog njegovog opstanka u savremenim društvima u Evropi. Istorijska perspektiva upravo ukazuje na drugi važan osnov za priznavanje predmetnog blagoslova. Odvajanjem crkve od države, koje se dogodilo u Evropi u prethodnim vekovima, naglašava se važnost garancija verske slobode i crkvene autonomije, uključujući i njeno versko samoodređenje. Crkveni blagoslov za profesore teologije važno je sredstvo zaštite verskog samoodređenja crkve u sistemu javnog visokog obrazovanja.

LITERATURA

- [1] Andreescu, Liviu. 3/2010. Double or Nothing: Academic Theology and Post-Communist Religious Policy. *Journal of Church and State* 52: 540–570.
- [2] Avramović, Sima, Dušan Rakitić. 1/2012. Understanding Secularity in a Post-communist State: Case of Serbia. *Österreichisches Archiv für Recht und Religion* 59: 284–314.
- [3] Brundage, James A. 2008. *The Medieval Origins of the Legal Profession*. Chicago: The Chicago University Press.
- [4] Đukić, Dalibor. 2022. *Interkonfesionalno zakonodavstvo u Jugoslaviji i Srbiji 1919–2006*. Beograd: Pravni fakultet.
- [5] Euart, Sharon A. 2002. Title III: Catholic Education, Chapter I: Schools, Chapter II: Catholic Universities and Other Institutes of Higher Studies. 953–971. *New Commentary on the Code of Canon Law*, eds. John P. Beal, James A. Coriden, Thomas J. Green. New York: Paulist Press.
- [6] Haskins, George L. 222/1941. The University of Oxford and the 'Ius ubique docendi'. *The English Historical Review* 56: 281–292.
- [7] Janin, Hunt. 2008. *The University in Medieval Life, 1179–1499*. Jefferson: McFairland & Company, Inc., Publishers.
- [8] Kivinen, Osmo, Petri Poikus. 2006. Privileges of *Universitas Magistrorum et Scolarium* and their justification in charters of foundation from the 13th to the 21st centuries. *Higher Education* 52: 185–213.
- [9] Clark, David S. 4/1987. The Medieval Origins of Modern Legal Education: Between Church and State. *American Journal of Comparative Law* 35: 653–720.
- [10] Kouamé, Thierry. 2020. The Institutional Organization of the Schools. 30–48. *A Companion to Twelfth-Century Schools, Brill's Companions to the Christian Tradition*, Vol. 88, ed. Cédric Giraud. Leiden: Brill.
- [11] Kovačević, Ljubinka. 2021. *Zasnivanje radnog odnosa*. Beograd: Pravni fakultet.
- [12] Landau, Peter. 2004. The development of law. 113–147. *The New Cambridge Medieval History*, Vol. IV, eds. David Luscombe, Jonathan Riley-Smith. Cambridge: Cambridge University Press.
- [13] Listl, Joseph. 1996. Church-State Relations in Germany. *Jurist* 56: 905–916.

- [14] Luscombe, David. 2004. Thought and learning. 461–498. *The New Cambridge Medieval History*, Vol. IV, eds. David Luscombe, Jonathan Riley-Smith. Cambridge: Cambridge University Press.
- [15] Messner, Francis. 2008. Le statut des facultés de théologie en France. 255–276. *Laïcité en débat*, ed. Samim Akgönül. Strasbourg: Presses universitaires de Strasbourg.
- [16] Mingroot, Eric Van. 1994. *Sapientiae Immarcessibilis – A Diplomatic and Comparative Study of the Bull of Foundation of the University of Louvain (December 9, 1425)*. Leuven: Leuven University Press.
- [17] *National Catholic Reporter*. 1999. Remembering the Cologne Declaration. January 15. http://www.natcath.org/NCR_Online/archives2/1999a/011599/011599s.htm, poslednji pristup 30. januara 2022.
- [18] Orsy, Ladislav. 1983. The Mandate to Teach Theological Disciplines: Glosses on Canon 812 of the New Code. *Theological Studies* 44: 476–488.
- [19] Post, Gaines, 2017. The Papacy and the Rise of the Universities. *Education and Society in the Middle Ages and Renaissance*, Vol. 54, ed. William J. Courtney, Jürgen Miethke, Frank Rexroth, Jacques Verger. Boston: Brill.
- [20] Rashdall, Hastings. 1929. The Medieval Universities. 559–601. *The Cambridge Medieval History*, Vol. VI, planned by John Bagnell Bury, eds. Joseph Robson Tanner, Charles William Previt -Orton, Zachary Nugent Brooke. Cambridge: University Press.
- [21] Robbers, Gerhard. 1/2010–2011. Church autonomy in the European Court of Human Rights – Recent developments in Germany. *Journal of Law and Religion* 26: 281–320.
- [22] Scaduto, Francesco. 1886. *L'abolizione dell' facoltà di teologia in Italia (1873)*. *Studio storico-critico*. Torino: Ermanno Loescher.
- [23] Schmidt, Jochen. 2021. Between church and state, confession and science on the position of theological faculties at German universities. *International Journal for the Study of the Christian Church*, 1–13. <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/1474225X.2022.2013448>, poslednji pristup 30. januara 2022.
- [24] United States Conference of Catholic Bishops. 2001. *Guidelines Concerning the Academic Mandatum*. <https://www.usccb.org/committees/catholic-education/guidelines-concerning-academic-mandatum>, poslednji pristup 30. januara 2022.

- [25] Verger, Jacques. 2010. Les ambiguïtés de la *licentia docendi* médiévale. Entre tutelle ecclésiastique et liberté universitaire. *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*. 17–28.
- [26] Zichi, Giuseppe. 2010. Gli studi teologici. 191–204. *Storia dell' Università di Sassari*, Volume primo, ed. Antonello Mattone. Nuoro: Ilisso Edizioni.

Dušan RAKITIĆ, PhD

Assistant Professor, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

ON THE ORIGIN OF MANDATORY BLESSING FOR THE ELECTION OF PROFESSORS AT FACULTIES OF THEOLOGY – NATIONAL AND COMPARATIVE PERSPECTIVE

Summary

Protection of nascent university autonomy, recognition of professor status and validity of acquired diplomas – all provided by the Church throughout history – were crucial for the development of universities during their early existence, at the time when they acquired their present reputation and influence. Denominational theology, based on the authority of higher education in modern society, has the capacity to exert dominant influence on the identity, doctrine and perception of a certain denomination, requiring the safeguarding of the church's right to maintain such influence within the confines of its self-determination. Appointments of theology professors is an indispensable instrument for ensuring such a right. The right of self-determination of the church represents the framework within which university autonomy in the domain of denominational theological study may be exerted. Absence of the right of the church to influence appointment of theology professors would amount to the negation of its right to religious self-determination.

Key words: *Licentia docendi*. – *Mandatum*. – *NIHIL obstat*. – *Religious self-determination*. – *University autonomy*.

Article history:
Received: 31. 1. 2022.
Accepted: 9. 3. 2022.

/PRIKAZI

Boris BEGOVIĆ, PhD*

Gilbert, Richard J. 2020. *Innovation Matters: Competition Policy for the High-Technology Economy*. Cambridge, Mass. & London: The MIT Press, 324.

There are very few people, if any, thoroughly happy with the competition policy in the US nowadays, for one reason or the other. The frustration has only been brewing in the academic world, but it is boiling in the public life and political deliberations. Linda Kahn, an icon of the Neo-Brandeis movement, who is pushing for radicalisation (both in terms of scope and intensity) of competition policy interventionism (Kahn 2017), has been appointed to the powerful position of the head of the US Federal Trade Commission (FTC) and US Senator Amy Klobuchar has sponsored the Competition and Antitrust Law Enforcement Reform Act, whose basic aim is to intensify competition law enforcement, especially in the case of the US technological giants.¹ One of the crucial questions that are debated is what should be the goal of the competition policy (antitrust policy in American parlance). Should it stay a single, well-defined aim of maximising consumer welfare – a standard associated with Bork (1978) and his contribution to the debate?² Or should it be transformed into set of different aims (some of them mutually contradictory), as suggested by the Neo-Brandeis movement champions, who would like to transform antitrust into “anti-monopoly”,

* Professor (retired), University of Belgrade Faculty of Law, Serbia, *begovic@ius.bg.ac.rs*.

¹ Ilić (2022) provides a detailed review of this US legislative proposal.

² Hovenkamp (2019) and Crane (2019) provide a thorough review of the consumer welfare standard which, in the case of the first author, includes a comment that initial Bork's idea was actually total welfare standard (consumers'

as well as by senior academics without any connection to the movement (Steinbaum, Stucke 2020; Eeckhout 2021), who believe that the competition law enforcement should not consider only consumer welfare, but also the impact on workers, suppliers, and competitors – everyone with something to lose or gain.

Thus, Richard J. Gilbert's book was published with excellent timing. The other excellent trait of this book is that the author approaches the dilemma about the aim(s) of the antitrust from a fresh and quite appropriate angle – innovation. The point is that the US economy is at the technological frontier, i.e., it utilises cutting-edge technology, hence technological progress in the country is entirely dependent on innovation – there is no room for imitation. For contemporary economics, primely modern growth theory, innovations are endogenous; they depend on investments in research and development (R&D). Taking that into account, the author specifies that the main thesis of this book is that antitrust enforcement must change to address challenges to competition in the high-technology economy and he is convinced that such a change can occur without sacrificing a focus on consumer welfare. "The answer is to move from price-centric to innovation-centric competition policies" (p. 2). By "innovation" the author means a new or improved product or production process that differs significantly from previous products or processes. According to the author, the book "is an attempt to collect in one place the current state of knowledge about antitrust enforcement for innovation and price competition for future products and services, to complement the state of knowledge about antitrust enforcement for price competition for existing products and services" (p. 4). The stage for the new competition policy is set. With Gilbert as a prolific author and one of the leading academics in the field, the reader's expectations are substantial.

At the beginning of the book (Chapter 2) the author describes the distinctive features of the high-tech economy, including the potential for industry disruption, network effects, the importance of intellectual property, pointing out that many high-tech firms operate as platforms that coordinate prices and terms of service for different firms and users. Gilbert emphasises the challenges platforms raise for antitrust enforcement, such as the network effects that reinforce the dominance of major internet companies because consumers substantially value the participation of other consumers in the platform's services.

surplus plus producers' surplus). These two standards (total v. consumer welfare) are distinctive. Competition law intervention consistent with the total welfare standard need not to be consistent with the consumer welfare standard.

According to the author, a major obstacle to an innovation-centric competition policy is the traditional competition policy emphasis on market definition and market shares. The author points out that they are often no useful analytical tools that can be applied to the merger or conduct of a firm that is likely to harm incentives to invest in R&D or threaten competition in a future market. Obviously, the boundaries of a market that does not presently exist are inherently uncertain. This insight enables the reader to understand the extent to which the 2010 US Horizontal Mergers Guidelines are, in this sense, much more innovation-evaluation-friendly than their EC counterpart, the 2004 EC Merger Regulation, which insists on the definition of the relevant market.

Chapter 3 of the book focuses on two fundamental innovation competition themes. The first one is the “replacement effect,” described by Arrow (1962), who pointed out that the existing profits that firms earn in imperfectly competitive markets can dull innovation incentives. The incentive to innovate is the difference in a firm’s profit with and without innovation. This difference is reduced if an innovation replaces the (economic) profits that firms earn from their existing products or technologies. The second one is the Schumpeterian theory of imperfect competition and the appropriation of private returns to R&D (Schumpeter, 1942), which argued that imperfectly competitive markets, i.e., monopoly power, provide innovation incentives that are absent in highly competitive markets by making it easier for firms to appropriate profit from their discoveries and by providing a more stable flow of earnings to cover the costs of R&D that had enabled the innovation to emerge. The author points out to numerous assumptions (i.e., simplifications) of both models and that the relative strength of their countervailing effects depends on whether and to what extent these assumptions are met. The answer to these questions is empirical and it varies between industries, between products (e.g., durable goods), and between periods. There is no simple and unequivocal answer to the question on the relations between competition and innovation. Welcome to the innovation wonderland! It is no less intriguing or puzzling than Alice’s.

The following section of the book (Chapter 4) provides further elaboration of the complex interactions between competition and innovation, reviewing the insights of numerous models aimed at clarification and explanation of that interaction, addressing issues such as market dynamics, cumulative innovation (in which discoveries build on prior discoveries), and managerial and organisational theories of corporate behaviour regarding R&D and innovation. The author concludes that simple models of competition for innovation and the races to patent a discovery generally show that an increase in rivalry increases the probability of discovery and speeds up

an innovation. Nonetheless, more complicated dynamic models capture the interdependence between market structures that motivate investment in R&D, on the one hand, and the market structures that result from successful innovation, on the other. These models – for example the one developed by Aghion *et al.* (2005), with an inverted U curve that describes the relation between competition and innovation – demonstrate that too much competition can reduce the rate of innovation in some instances, as well as the importance of taking into account technological differences between firms regarding the strength of innovation incentives. More competition generates stronger innovation incentives for the firms close to the technological frontier, but not so much for firms far from it. Again, there is no simple and straightforward general truth.

The analysis of these numerous models provides an additional (apparently unintentional) takeaway for the reader – abundant evidence that in advanced economies incumbent firms are heterogeneous, i.e., that there are substantial technological differences between them. There are firms on the technological frontiers, firms close to it, but also firms far from the cutting-edge technology, meaning that firms are endowed with different costs functions, producing distinctive marginal costs. This could be the explanation of the recorded high and increasing markups, i.e., the difference between the price and marginal costs in the US economy (De Loecker, Eeckhout, Unger 2020), rather than the market power due to the decline of competition, as claimed by Philippon (2019) and Eeckhout (2021).³

The author points out that competition authorities have limited policy levers to influence innovation, as they cannot control competition directly. The most important leverage for these authorities to influence innovation is merger control, considering that clearing a merger (unconditionally or conditionally) changes the competitive environment and incentives for R&D, and hence – the innovation outcomes. Blocking mergers also changes incentives for R&D, not necessarily for the better, especially in the long run, and it also affects innovative new entries (start-ups), not only the merging parties. Accordingly, Chapter 5 addresses theoretical issues that are relevant to the analysis of the effects of mergers on innovation incentives and future price competition. According to the author, perhaps the most important issue

³ Though the magnitude of market power is measured by the gap between the price and marginal costs, i.e., the Lerner index (Lerner, 1934), the source of market power is the decline of competition, which generates a negative slope of the residual demand curve, in turn enabling the firm to be the price maker rather than the price taker. Accordingly, when the firms are heterogeneous the existence of the gap between the price and marginal costs is not a sufficient condition for market power, because the marginal costs differ between the firms.

in merger control, from the innovation viewpoint, is the treatment of “killer acquisitions”, i.e., mergers by which powerful incumbent firms takeover small, innovative new entries considered to be potential competitors.⁴ In the infamous words of Facebook CEO Mark Zuckerberg “It is better to buy than to compete”. Nonetheless, if these mergers are prohibited, the outcome can be harmful for innovation. The author points out that, at least in some instances, the opportunity to sell a start-up or promising R&D project to an established firm is the most powerful incentive for innovation on the first place and the best way to commercialise a new product. Accordingly, prohibiting these acquisitions may obtain lowers prices of existing products but the cost may be a slower pace of innovation, and slower introduction of new products and new technologies that decrease the average costs of existing products. Another trade-off in the wonderland of competition policy focused on innovation.

Chapter 6 of the book reviews the empirical literature related to competition, mergers, and innovation. The empirical evidence of a link between competition and innovation is somewhat mixed. Nonetheless, the author claims that there is an empirical regularity that the positive effect of competition on innovation is greater for firms that are at or near the frontier of efficient production. The empirical evidence of the effects of mergers on innovation are considered separately from competition, considering that a merger, according to the author, differs from a reduction in competition because it leaves the R&D assets of the merging firms intact, at least in the short term, but centralises control of the merging parties’ decisions regarding R&D, especially further investments into it. The author claims that there have been very few methodologically sound studies of the effects of mergers on R&D and innovation, and they have not identified a consistent pattern of results. Perhaps one of the reasons for this research outcome is that mergers are not homogenous. Three types of mergers are explored in the book from the innovation viewpoint: product to product merger, product to (R&D) project merger, and (R&D) project to (R&D) project merger. The first type of merger eliminates competition between two products, the second could be motivated to kill the (R&D) project, i.e. the new product so as not to compete with an existing one (a typical case of Arrow’s replacement effects), and the third type of the merger eliminates competition between the R&D effort of the merging firm, which could be beneficial if the project are overlapping, as resources would be allocated more efficiently. Even within each of these three types of mergers, every merger is specific. Hence there is no way to grasp a general truth about mergers and their effects on innovation.

⁴ This idiom was introduced to the academic literature in the seminal contribution Cunningham, Ederer, Ma (2021).

This is the reason why the author focuses on the competition law enforcement case studies (not only mergers) in the following chapters. Chapter 7 of the book reviews several negotiating consent decrees that mandate either partial divestitures or licensing agreements, and follows the performance of entities that were the recipients of divested assets or patent licenses. The author claims that some of the divestiture agreements appear to have achieved the objective of restoring innovation incentives that might have been lessened by the proposed capital transaction, while others appear to have been less successful. Again, there is no straightforward conclusion, but the author provides a comprehensive and detailed list of conditions that increase the probability of success of both partial divestitures and patent licensing.

Chapter 8 of the book discusses the antitrust case brought by the US Department of Justice (DOJ) and several US states against Microsoft for monopolising the PC operating systems market. This chapter also describes cases brought by the European Commission (EC) that challenged Microsoft's conduct related to media players and workgroup servers, shedding light of the two distinctive competition law approaches. In the US case, according to the author, the court recognised the challenges of crafting appropriate antitrust enforcement for a dynamic market characterised by strong network effects, but it rejected the argument that the antitrust laws are not applicable to firms that operate in the high-technology economy. The court largely applied traditional antitrust principles, but it also carved out differential treatment for linking software products when it, unlike the EC, refused to condemn the tying of the Internet Explorer web browser to the Windows operating system. The author believes that the consent decree that ended the US litigation and decisions by the EC had beneficial effects for software innovation by constraining conduct by Microsoft that would exclude competition and by encouraging Microsoft to make its software products interoperable with other products.

Chapter 9 of the book analyses investigations by the FTC and the EC that addressed the display of Google search results for comparison shopping services (CSS). According to the author, the case is much more controversial, and it is no surprise that the US and EU competition authorities went in the opposite directions. The reader is not quite convinced that the Google case warrants the attention that is given to it in the book, definitely when compared to the Microsoft case and its implications on innovation in high-tech industries.⁵

⁵ This case described in the book should not be confused with the DOJ complaint against Google to restore competition in search and search advertising markets filed on 20 October 2020. The judge set 12 September 2023 as a tentative date for the start of the trial.

Much more interesting and relevant is Chapter 10, which addresses competition policy regarding standards and the conduct of undertakings that affects interoperability or compatibility. The author explains that two or more systems are interoperable if they can communicate efficiently with each other. He emphasises that interoperability is a sufficient but not a necessary condition for compatibility and that interoperability standards can promote innovation by allowing firms to specialise in components and exploit economies of scale with the knowledge that their components will be compatible with other components that together provide valuable services. Nonetheless, there is a risk to competition considering that dominant firms can exclude rivals by unilaterally promoting a standard that is not compatible with products supplied by their rivals. Again, there is trade-off, which is ubiquitous in the case of relations between competition policy and innovation.

The author recognises that for some the traditional focus of antitrust enforcement on consumer welfare is obsolete and that it should incorporate broader concerns, such as jobs, privacy, inequality, and the concentration of political power. His view is that “including these ill-defined goals increases the risk that courts and antitrust agencies will have too much discretion to respond to political pressures, corporate lobbying, and personal biases” (p. 235). Accordingly, Gilbert believes that the competition policy should maintain focus on consumer welfare. The change should be only in the way it is implemented: “Antitrust enforcement should evolve from being *price-centric* to *innovation-centric*” (p. 235, italics in the original). Accordingly, Chapter 11 of the book provides some recommendations, actually more like some food for thought on how to accomplish that transition.

The first recommendation is that competition authorities should not emphasise relevant market definition when analysing innovation and future price competition. The recommendation is intuitive because it is unknown what the product, i.e. the outcome of innovation, will be, what would be its features and its substitutes, hence it is not feasible to define the future relevant market. Furthermore, the author emphasises that conventional approaches to market definition are generally not helpful for this analysis of innovation, the outcome of R&D, because most R&D is not traded in a market. Nonetheless, the author emphasises that this recommendation does not mean that the relevant market should not been defined in all other antitrust cases, as this procedure introduces commendable analytical rigor to antitrust enforcement.

The second recommendation is that competition authorities should rely on validated presumptions to assess the effects of innovation. Innovation-centric competition law enforcement requires competition authorities to

rely more on presumptions about the future effects of innovation that are anchored by a rather extensive body of economic theory, empirical evidence provided *inter alia* by many empirical studies, and corporate records and testimony, especially regarding the presumptive effects of mergers on innovation and future price competition. In the book the author provides ample reference to both theoretical models and empirical studies focused to the relations between competition and innovation. It should be useful for decision makers.

The author further recommends that the competition authorities should require evidence of the benefits of proposed mergers or acquisitions and points out that competition policy would be more effective for the high-technology economy if the competition authorities required evidence of benefits of proposed mergers, or of other conduct that has the potential to harm competition and innovation. His point is that in the high-technology economy, the potential consumer harm from underenforcement of the competition laws is at least as great as the potential harm from overenforcement.

The fourth recommendation is that competition authorities should increase scrutiny in the evaluation of acquisitions that eliminate potential competitors, i.e., in cases of “killer acquisitions”. The point is that dominant firms in the high-technology economy are adept at identifying competitive threats and can acquire them in their infancy, before their targets achieve a market presence that would trigger conventional antitrust concerns. The author points out that many of these potentially harmful acquisitions fall below the Hart-Scott-Rodino Act (HSR) value thresholds that require reporting of the capital transaction to the US competition authorities. The author recommends that the HSR thresholds be modified to require reporting of acquisition targets with modest revenues if the acquirer is a firm that dominates an industry.⁶ Nonetheless there is a caveat to this recommendation as the author emphasises that competition authorities “should not presume that acquisitions of potential rivals are anticompetitive if the expectation of acquisition by an established firm in a related technology field is the motivator for innovation by the acquired firms in the first place, provided that there are no other acquirers that would offer similar rewards without the risk of anticompetitive effects” (p. 238).

⁶ The problem with this recommendation is that the legal concept of dominant firm is foreign to US competition law, unlike to EU law, although the US “monopolization” concept is similar to the exclusionary abuse of dominant position in European competition law. In short, for adopting this recommendation, the legal concept of dominant firm would need to be introduced into the US competition law.

The author further recommends that the competition authorities not require evidence of substantial foreclosure to prevent exclusionary conduct, considering that innovation-centric competition policy should continue to emphasise restrictions on conduct that excludes competition and therefore allow firms to benefit in ways that are not the result of superior performance or efficiency. Furthermore, the author points out that competition policy “should apply a lower threshold than substantial foreclosure for anticompetitive exclusionary conduct in industries with network effects” (p. 239).

The author’s sixth recommendation is based on his insight that compulsory licensing is often an effective tool to promote innovation. The author claims that compulsory licensing obligations in merger consent decrees appear to have promoted patenting by firms that were the beneficiaries of these compulsory licenses without significantly reducing patenting by the firms that were compelled to license intellectual property or by other industry participants. Nonetheless, the author warns competition authorities that compulsory licensing should be used sparingly when addressing industry dominance because it can diminish innovation incentives.

The author points out that one of the most challenging areas of competition law enforcement in the high-technology economy is the evaluation of incremental innovations or product designs that allow a dominant firm to maintain a monopoly or extend it to related markets, but also benefit consumers. His seventh recommendation in the book is that the truncated rule of reason analysis is useful to assess allegations of anticompetitive incremental innovation. The author claims that under this approach, product designs and other innovations should escape antitrust condemnation if they offer substantial improvements and are not accompanied by other exclusionary conduct that does not have procompetitive benefits.

The following recommendation in the book is that competition authorities should evaluate the effectiveness of remedies for innovation and should not hesitate to impose harsh remedies, including structural divestitures, if they are warranted by the expectation of harm to innovation or future competition that cannot be satisfactorily addressed with more moderate measures. The author admits that there are no systematic studies of the performance of remedies that address innovation concerns and that his book offers some anecdotes, but that they paint a mixed picture. The reader is somewhat sceptical regarding this recommendation, especially structural divestitures, a remedy that has the impact precision comparable to carpet bombing in the Second World War.

The final recommendation starts with a question many in the USA would like to get the answer to – “Should antitrust enforcement break up big tech?” In a nutshell the answer is “Be careful!” The author points out that breaking

up these firms does not necessarily imply that their successors would have greater interest in protecting consumer data or that regulators would have an easier time controlling abuses of privacy – the two greatest concerns that are on the fringe of competition policy – if more firms compete for the attention of consumers and advertisers. Furthermore, the author claims that divestiture would require the determination of the boundary lines for the divested components and enforcement oversight to prevent the component parts from crossing into prohibited territories, and “it is questionable whether unscrambling these eggs would have procompetitive consequences” (p. 243). Moreover, the author claims that if a divestiture separates activities with powerful network effects, the forces that enable a tech platform to sustain its dominance would tend to recreate a new dominant firm after the breakup. Having in mind all the caveats the author provided, on the topic of braking up big tech firms, the reader is tempted to jump to the conclusion “Do not even think about it!” They should not. “Be very, very careful about it”, seems like a fitting conclusion.

The final sentence of the book is telling: “The lessons are not simple; more needs to be done to understand the proper role of antitrust enforcement in promoting innovation for the high-technology economy” (p. 244). This sentence demonstrates the character of the book. It is an honest and open report of a step-by-step exploration of uncharted territory. It is an open call for more research and for acquiring more knowledge in the field and better understanding of the world of competition and innovation. It is a plea for very careful consideration of the competition law reform and cautious moves in that (mine)field, taking into account that there are trade-offs on virtually every of its corners. It is quite refreshing, especially compared with some recent contributions by authors with academic backgrounds, which resemble military orders for the charge against the enemy in a decisive battle.

The book provides both a solid academic foundation and vibrant adjuration for wisdom for the reform for competition policy in advanced economies, such as the US, whose economy is on the technological frontier. The question is to what extent the findings of the book are relevant for the competition policy in countries with not so advanced economies, those that are far away from the technological frontier, in which technological progress is based on imitation rather than innovation, and whose economic growth is based primarily on investments (accumulation of production factors), rather than improved efficiency of production factor utilisation due to technological progress. It seems that, after all, this book is somewhat relevant for not so advanced economies, particularly those that are in the middle-income convergence trap, where competition policy should facilitate transformation from investment-based to innovation-based economic growth (Begović,

2018). Although the recommendations in the book are tailored to the USA and are fully relevant for other advanced economies, the considerations in the book provide a fertile ground for considerations about improving competition policy in countries that are not close to the technological frontier, especially those that are in the middle-income convergence trap, considering that the way out of the trap is the creation or at least the enabling of incentives for innovation.

It is sheer intellectual pleasure to read this book. But it is not easy to get through. Not because it is badly written, on the contrary, but because it deals with complicated issues and complex phenomena, hence the reader needs to be focused all the time and must make a substantial effort to grasp the ideas and follow the authors argumentation. This is not a simple task. Perhaps these traits of the book could make people from the competition authorities give up halfway through and not to read it to the end. They should refrain from doing that – for the sake of all of us consumers and our welfare.

REFERENCES

- [1] Aghion, Philippe, Nick Bloom, Richard Blundell, Rachel Griffith, Peter Howitt. 2/2005. Competition and Innovation: An Inverted-U Relationship. *Quarterly Journal of Economics* 120: 701–728.
- [2] Arrow, Kenneth J. 1962. Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention. 609–626 in *The Rate and Direction of Inventive Activity*, edited by Richard R. Nelson. Princeton: Princeton University Press.
- [3] Begović, Boris. 2018. Middle Income Convergence Trap and the Role of Competition Policy in SEE Countries. 43–61 in *Competition Authorities in South Eastern Europe: Building Institutions in Emerging Markets*, edited by Boris Begović, Dušan V. Popović. Heidelberg: Springer Verlag.
- [4] Bork, Robert H. 1978. *The Antitrust Paradox*. New York: Basic Books.
- [5] Crane, Daniel A. 4/2019. A Premature Postmortem on the Chicago School of Antitrust. *Business History Review* 93: 759–776.
- [6] Cunningham, Colleen, Florian Ederer, Song Ma. 3/2021. Killer Acquisitions. *Journal of Political Economy* 129: 649–702.
- [7] De Loecker, Jan, Jan Eeckhout, Gabriel Unger. 2/2020. The Rise of Market Power and Macroeconomic Implications, *Quarterly Journal of Economics* 135: 561–644.

- [8] Eeckhout, Jan. 2021. *The Profit Paradox: How Thriving Firms Threaten the Future of Work*. Princeton & Oxford: Princeton University Press.
- [9] Hovenkamp, Herbert. 2019. Is Antitrust's Consumer Welfare Principle Imperiled? *Journal of Corporate Law* 45: 65–96.
- [10] Ilić, Nikola. 1/2022. The Klobuchar Bill: Is Something Rotten in the US Antitrust Legislative Reform?, *Annals of the Belgrade Faculty of Law* 70: 101–120.
- [11] Kahn, Lina M. 3/2017. Amazon's Antitrust Paradox. *Yale Law Review* 126: 710–805.
- [12] Lerner, Abba P. 3/1934. The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power, *Review of Economic Studies* 1: 157–175.
- [13] Philippon, Thomas. 2019. *The Great Reversal: How America Gave Up on Free Market*. Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press.
- [14] Schumpeter, Joseph A. 1942. *Capitalism, Socialism, and Democracy*. New York: Harper.
- [15] Steinbaum, Marshall, Maurice Stucke. 2/2020. The Effective Competition Standard: A New Standard for Antitrust. *University of Chicago Law Review* 87: 595–623.

Mateja ĐUROVIĆ, PhD, LL.M. (Cantab.)*

Mišćenić, Emilia, Silvija Petrić. 2020. *Nepoštenost valutne klauzule u CHF i HRK/CHF kreditima (Unfairness of Currency Clause in CHF and HRK/CHF Loans)*. **Zagreb: Narodne novine, 388.**

This is an excellent book that provides a brilliant and well-researched study of the consumer credit clauses stipulated in Swiss Francs (CHF). The authors are two well established experts in the field, Emilia Mišćenić and Silvija Petrić, who must be highly congratulated for their thought-provoking, scholarly and comprehensive work, as they have succeeded in contributing in-depth research on this very intriguing topic and have managed to publish an exceptionally well written and critical study. The book raises several essential consumer law questions in relation to the highly problematic field of consumer credit agreements. The adequate and efficient regulation of consumer credit contracts seems to be one of the greatest challenges posed to the consumer law and policy. One must not forget that the recent global financial crisis of 2008 was partially caused by consumers entering into credit agreements that they could not repay. Still, even after the end of the financial crisis, the regulation of consumer credits has remained highly problematic despite some attempts to improve the regulatory landscape.

This issue became obvious some years later, as soon as the first new major problem occurred, the dramatic surge of the Swiss franc. In January 2015 the Swiss National Bank changed the foreign exchange rate of the Swiss franc (CHF) against the Euro and American dollar – something that was completely unexpected. As a result, the Swiss franc rallied a massive 30% versus the Euro and 25% against the US dollar. Although one might

* Reader in Contract and Commercial Law and Director of Centre for Technology, Ethics, Law and Society (TELOS), The Dickson Poon School of Law, King's College London, London, United Kingdom, mateja.durovic@kcl.ac.uk.

think that the introduction of this change is something that would have little to no effect on European consumers, unfortunately the truth was different as many consumers had concluded their credit agreements in CHF.

Consequently, this decision of the Swiss National Bank led to substantial repayment troubles for households with outstanding CHF-linked debt. Numerous consumers committed to these types of loans, as they had initially been advertised by some bankers as offering “very favourable rate to the consumers”. This was the case in particular with consumers coming from Southern and Eastern Europe: both in countries which are EU Member States (e.g. Croatia, Hungary, Poland) and those that are not (e.g. Serbia, North Macedonia). For example, only in Poland, it is estimated that around half a million consumers were affected by this sudden surge in the CHF exchange rate.

Depending on the country, consumers have started different actions aimed at mitigating their losses, political responses of the governments have differed and many cases were brought by the national courts. Some of these cases ended up even before the Court of Justice of the European Union, primarily in the context of the interpretation of the relevant rules of EU Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts and EU Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices as transposed in the national legal systems.

It is precisely this entire exciting, but also sad story, involving the consumer credit agreements concluded in the CHF, that is the main topic of this excellent book that has managed to provide an excellent examination of all legal issues. The focus of the study is on one particular jurisdiction, i.e. how the problem with consumer credits stipulated in CHF was addressed in Croatia and what measures were taken to address the challenges that tens of thousands of Croatian consumers faced: their consumer credit agreement suddenly became much more onerous and therefore the repayment much more problematic. Primarily due to the number of affected consumers, the Swiss franc agreements became not only a legal, but also an important political, societal and economic problem, as explained so well by the authors of this book.

Besides analysing the Croatian example, the authors adopt a robust comparative approach and engage with the European perspective enriching this excellent study and making it more academically appealing. What is particularly interesting is the explanation of the “dialogue”, or sometimes, rather lack of dialogue and proper understanding between, on the one side, the Croatian law, Croatian courts and lawyers, and, on the other side, the European law, the Court of Justice of the European Union and its case law.

Each of the book's chapters examines a particular aspect of the consumer credit agreements concluded in CHF. Accordingly, the authors start by explaining Croatia's obligation to comply with EU law and the *acquis* in the area of consumer protection and what this means in practice – something that the national authorities of Member States sometimes do not properly understand. The next chapter critically examines the Croatian legal framework for consumer credit agreements, which is then followed by a very innovative chapter that provides an exceptionally clear picture of how consumer credit agreements are concluded in practice in the banking sector.

The following chapter takes a more focused approach on the (il)legality of specific contract terms in consumer credit agreements stipulated in CHF, which is followed by a critical and constructive discussion of the Croatian case law in this area. Once again, this part of the book takes a very practical approach, which is something particularly outstanding in this book – that the authors do not limit their legal analysis to the black letter law, but take into consideration a more practical perspective, primarily the approaches of the courts in their related jurisprudence. Last but not least, the final chapter addresses the particularly problematic question of the legal consequences of unfairness of contract terms in CHF credit agreements. This is an issue that the Court of Justice of the European Union has been attempting (not very successfully) to clarify and resolve in its numerous cases dealing with a wide range of types of unfair contract terms during the past decade.

Throughout the book, the legal focus is on the two most important European and Croatian sets of rules on consumer protection – the provisions on unfair contract terms and the rules on unfair commercial practices – which provide extensive protection to consumers in consumer credit agreements. However, the authors have put this entire problem not only in its legal context, but also in its fundamentally important political, financial, societal and economic contexts, as it is noted that in Croatia the Swiss franc credit agreements have led to some (unsuccessful) legislative changes, political responses, as well as major international investment disputes and the involvement of the European Court of Human Rights. An excellent (and a very brave!) element of the book is the identification of all the case law shortcomings, the legislative actions and business activities of the banks that have occurred as a result of the Swiss Franc problem, which is something that should be particularly noted.

All in all, it is my conclusion that this is a well researched and well written book which is a must read for every legal scholar, practitioner and judge interested in the issues of consumer law, and in particular in one of the most

problematic, if not the most problematic fields of consumer law, at least in the Eastern and South-Eastern Europe. I would also recommend publication of the translated version of this book in English as this would provide access to its very important findings to a much wider group of readers and lead to a better understanding of this complex and actual topic.

Mila ĐORĐEVIĆ, MA*

Spaić, Bojan. 2020. *Priroda i determinante sudijskog tumačenja prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 190.

*Tvrdnja da je sudska presuda zasnovana na zakonu
znači samo to da se drži okvira koji zakon predstavlja;
to ne znači da je reč o jedinoj mogućoj individualnoj normi...*

Hans Kelzen¹

Najpoznatiji primer u teoriji prava koji treba da ukaže na svu složenost sudijskog odlučivanja jeste Hartov primer sa vozilima u parku.² Zamislimo da postoji jedno, na prvi pogled vrlo jednostavno pravilo: zabranjena su

* Saradnica u nastavi, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, *mila@ius.bg.ac.rs*.

¹ Jedan od najvećih doprinosa pravnoj teoriji Hans Kelzen je dao idejom o stupnjevitosti, odnosno hijerarhijskom ustrojstvu pravnog sistema. Ipak, normativizam Hansa Kelzena nikada nije podrazumevao formalističko shvatanje pravnog tumačenja. Za njega je viša norma okvir, a ne precizno uputstvo. Više norme određuju način stvaranja nižih normi, ali ne i njihov sadržaj. Zato Kelzen smatra da je svaka primena normi ujedno i stvaranje normi i da je neodređenost prava nezaobilazna (Kelzen 2007, 66).

² Primer je prvi put objavljen u Hartovom članku koji je zamišljen kao odgovor pravnim realistima. Članak je izišao 1958. godine u *Harvard Law Review* (Hart 1958). Navodno, ideja za taj primer je nastala prilikom čitanja odluke sudije Holmsa iz 1931. godine, u kojoj je tvrdio da avion nije vozilo (*McBoyle v. United States*). Mekbojl je prevezio avion za koji je znao da je ukraden i tužilac je podigao optužnicu na osnovu *The National Motor Vehicle Theft Act*, kojim se reguliše kažnjavanje u slučaju krađe motornih vozila koji za svoje kretanje ne koriste prugu. Sudije su Mekbojla oslobodile optužnice tvrdeći da se pojam vozilo iz tog zakona ne odnosi na avione. Za više informacija videti: *McBoyle v. United States*, 1931. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/283/25/>, poslednji pristup 1. novembra 2021.

vozila u parku. Isprva deluje da pravilo ne može biti jednostavnije i da sudije neće imati mnogo problema sa primenom tog pravila. Ukoliko postoji vozilo u parku, pravilo je prekršeno. Ipak, zamislite situaciju u kojoj u park ulaze ambulanta kola zato što je nekome u parku pozlilo. Da li ambulanta kola krše dato pravilo? Odgovor je nesumnjivo pozitivan. Ali, da li je opravdano kazniti lekara koji je pravilo prekršio da bi nekome spasio život? Ili ne moramo zamišljati tako izuzetne okolnosti, šta je sa električnim biciklima u parku ili sa sada vrlo popularnim električnim trotinetima? Da li oni spadaju u vozila? Naš imaginarni sudija koji treba da primeni normu tako dolazi do pitanja: šta je vozilo? Ako zaključimo da je vozilo sve što ide na motorni pogon, da li onda dečji autić sa motorom krši tu zabranu? Kao ispomoć u presuđivanju, naš imaginarni sudija može da se okrene i traženju cilja koji je zakonodavac imao na umu kada je zabranu postavio i da na osnovu intencije zakonodavca presudi. Šta je zakonodavac želeo da postigne tom zabranom? Ukoliko je cilj tog pravila da se spreči buka u parku, onda je vožnja ta dva električna prevozna sredstva dozvoljena, ali ako je cilj norme da se zaštite deca, dopuštenost korišćenja i električnog trotineta i električnog bicikla postaje upitna. Takođe, vrlo opravdano se može postaviti pitanje na osnovu čega sudija može da odredi cilj norme, odnosno intenciju zakonodavca da bi znao kako da normu primenjuje?

Taj vrlo jednostavan primer nam pokazuje svu složenost sudijskog poziva. Sudijski posao ne može da se svede na dedukciju, gde sudija ima zadatak da manju premisu (utvrđeno činjenično stanje) podvede pod veću (zakonsku normu) i donese presudu. Priroda sudijskog tumačenja i kritika takvog shvatanja sudijske aktivnosti tema je Spaićeve nove knjige, a glavna teza autora je da sudije nisu puka usta koja izgovaraju slova zakona već pojedinci koji voljno odlučuju o značenju pravnog teksta.

Bojan Spaić je gotovo celokupan dosadašnji naučni opus posvetio temi tumačenja prava. Njegova magistarska teza se tiče pravne i političke filozofije pragmatizma Džona Djujija, a njegova doktorska teza bavi se tumačenjem prava u okviru hermeneutike Emilija Betija. Prema doprinosu pravnoj teoriji, njegova najnovija knjiga *Priroda i determinante sudijskog tumačenja prava*, koja je i predmet ove kritičke analize, verovatno je i najznačajnija. Ta knjiga nije posvećena samo pravnim teoretičarima već i pravnicima praktičarima, a i široj stručnoj publici. Sam njen početak ukazuje na to da se pred čitaocem nalazi zanimljivo štivo: autor nas podseća da je sve izbor i da smo osuđeni da odlučujemo. I odluka da ostanemo pasivni ili da ne donesemo odluku – takođe je odluka.

Knjiga je podeljena na pet celina. U prvom poglavlju autor daje dobar pregled svih psiholoških i drugih istraživanja o odlučivanju i usredsređuje se na teorije odlučivanja. Za razliku od klasičnih teorija odlučivanja, koje

su postulirale idealizovanog pojedinca koji uvek i bez izuzetka postupa sa ciljem da maksimizira sopstvenu dobit, u savremenim teorijama odlučivanja koje autor citira ustanovljena su brojna odstupanja od ranije postulirane racionalnosti prilikom donošenja odluka. Iz perspektive savremenih teorija odlučivanja, donošenje suboptimalnih odluka na osnovu različitih ličnih i kontekstualnih ograničenja pojedinca pokazuje se kao pravilo, a ne kao izuzetak. Jedan od najzanimljivijih primera o (ne)racionalnosti sudijskih odluka koji Spaić prepričava u knjizi jeste onaj o uticaju blizine pauze za ručak na odluku sudije o smanjivanju kazne zatvora: što je pauza bliža a sudija gladniji, procenat odluka kojima se smanjuje kazna približava se nuli.³

U drugom poglavlju autor se bavi odlučivanjem na osnovu pravila i analizira na koji način pravila rukovode ponašanjem pojedinca, time što postaju razlozi za dalje delanje i odlučivanje. Autor pritom naglašava pravna pravila, koje naziva formalizovane ukorenjene normativne generalizacije. Subjekti odlučivanja na osnovu pravila su tim pravilima vezani. Upravo ta vezanost pravilima trebalo bi da smanji, a poželjno je i da eliminiše vezanu racionalnost i kognitivne predrasude koje postoje u svakom odlučivanju. Tako nas autor navodi na pomisao o opravdanosti formalizma, čije osnovne ideje predstavlja u trećem poglavlju knjige. Formalizam je trenutno dominantna ideologija o tumačenju prava. Prema toj teoriji pravnog tumačenja, postoji jedno i samo jedno ispravno značenje pravnog teksta i sudije treba da ga pronađu i na osnovu njega donesu odluku u pojedinačnim slučajevima. Ograničena racionalnost ljudi je prevaziđena postojanjem formalnih pravila, ali da li je zaista tako?

Tom pitanju je posvećeno sledeće, četvrto poglavlje. Zašto je formalistički pristup pogrešan? Osnovni argument je da je sudijska odluka o značenju pravnog teksta voljna i stvaralačka i da je sudijsko tumačenje zapravo autoritativno odlučivanje o normativnom značenju pravnog teksta. Pravna pravila nisu dovoljna da bi se predvideo ishod spora. Autor zaključuje da sudije nisu samo stvaraoci pojedinačnih pravnih normi i primenjivači opštih pravnih normi već saučesnici u stvaranju opštih pravnih normi na osnovu tekstova izvora prava. U prilog toj, za lokalni i globalni pravnički kontekst prilično smelom tvrdnji, autor navodi tri prigovora, koje jednom rečju naziva prigovorima neodređenosti prava. Prvi prigovor je prigovor izbora sudija: sudije odlučuju čak i kada svoju odluku predstavljaju kao jedini mogući ishod

³ Još jedno zanimljivo istraživanje koje se bavi (bizarnim) faktorima koji mogu da utiču na sudijske odluke tiče se blizine rođendana okrivljenog prilikom izricanja kazne. U tim slučajevima kazne su mnogo blaže (Chen, Phillipe 2020). U srpskim pravničkim krugovima vlada mit da sudije najblaže kazne izriču pred Novu godinu i novogodišnje praznike.

tumačenja pravnog teksta. U prigovoru neodređenosti jezika istaknuto je da je jezik kojim se pravo služi uvek nepotpun. Nepotpunost se odnosi na to što pravna pravila uključuju ili isključuju previše situacija na koje se odnose ili na to što postoji neki oblik semantičke neodređenosti ili zbog pravnih praznina i konflikata izvora prava. Treći prigovor je prigovor nerazlikovanja teksta norme i norme, u kojem autor pokazuje da pravni tekst nije isto što i pravna norma i da je norma značenje pravnog teksta koje autoritativno utvrđuje sudija aktom svoje volje.

Najzad, u petom poglavlju govori se o osnovnim postavkama antiformalizma, kao alternativnoj teoriji o prirodi sudijskog tumačenja kojoj se prevazilaze greške formalizma. Autor zastupa tezu da ta teorija verno oslikava prirodu sudijskog odlučivanja. Ako prihvatimo autorovu tezu da je antiformalizam ispravna teorija o pravnom tumačenju, nameće se pitanje da li to znači da sudije odluke donose proizvoljno? Odnosno, ukoliko imaju slobodu da biraju između više potencijalnih značenja pravnih tekstova, kako njihove odluke nisu haotične i neujednačene? Autor nas ne ostavlja bez odgovora i u poslednjem delu petog poglavlja govori o determinantama sudijskog tumačenja prava. To je i najoriginalniji i najvredniji deo knjige. Autor razlikuje tri vrste determinanti sudijskog tumačenja: normativne, institucionalne i epistemičke. Normativnim determinantama autor nije posvetio mnogo prostora, te nas upućuje na praksu Vrhovnog kasacionog suda (VKS). U okviru institucionalnih determinanti razlikujemo podelu vlasti i odnose između sudova. Epistemičke determinante su one koje potiču od epistemičkih autoriteta, a to su najčešće profesori prava. Te determinante su ujedno i oblici institucionalne kontrole koji omogućavaju stabilnost u primeni prava i obezbeđuje pravnu sigurnost u savremenim pravnim sistemima.

Nedostatak ovog dela je to što obrada tema postaje sve kraća kako se približavamo kraju knjige. Najvažniji i najoriginalniji deo knjige, onaj koji govori o determinantama sudijskog odlučivanja, zauzima samo 33 strane, što čini samo petinu knjige. Recimo, pitanja o nepravanim načinima tumačenja prava samo je dotaknuta, iako smo sigurni da autor ima još mnogo štošta da doda na tu temu. Spram važnosti tog dela knjige, trebalo mu je posvetiti više prostora. Na samom početku knjige autor navodi da je ova knjiga neka vrsta uvoda za jedno veće delo na engleskom jeziku *Institutional Control of Legal Interpretation*, koja tek treba da bude objavljena. Očekujemo da u tom izdanju budu detaljnije razrađene teme koje ovom izdanju nedostaju.

Prednost ovog dela je najsavremenija literatura i iz sveta prava i iz oblasti teorija odlučivanja, koja je analizirana objektivno i kritički. Takođe, autor daje značajne aluzije i osvrtne na trenutna dešavanja u svetu i popularnu kulturu te na trenutke zaboravljamo da je u pitanju pravničko štivo. Spaić zaista uspeva da nas ubedi da na sudije i na ishod njihove odluke utiče čitav

niz faktora o kojima nema ni reči u zakonskim tekstovima. Posebno će biti zanimljivo videti na koji način sudije doživljavaju ovo delo i da li se slažu sa osnovnom idejom knjige jer je „zvanična“ teorija o sudijskom odlučivanju i dalje formalistička, a sudije zdušno negiraju svoju ulogu u stvaranju prava.

Tumačenje prava je aktivnost koja se odvija u određenom društvenom kontekstu – u određenom pravnom sistemu, u određenom političkom sistemu i u određenom društvu. Društveni kontekst nesumnjivo utiče na to kakvo značenje sudije pripisuju pravnim tekstovima. Ipak, pravna nauka se najčešće ne bavi tim nepravim uticajima na sudijske odluke i negira ih, a ova knjiga je korak ka tome. Ona je dobar primer saradnje pravne nauke sa ostalim društvenim naukama i pokazatelj da jedna drugoj imaju mnogo šta da ponude – a sve sa ciljem dolaženja do istinitih naučnih saznanja.

LITERATURA

- [1] Kelzen, Hans. 2007. Čista teorija prava. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- [2] Hart, Herbert. 1958. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review* 71: 593–629.
- [3] Chen, Daniel L., Philippe Arnaud. 2020. Clash of Norms: Judicial Leniency on Defendant Birthdays. Social Science Research Network.
- [4] *McBoyle v. United States*. 1931. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/283/25/>, poslednji pristup 1. novembra 2021.

/SEĆANJA

Dr Dobrosav MILOVANOVIĆ*

DRAGOLJUB KAVRAN (1933–2021)

Poštovani i dragi Koko, Lolice, Pavle i Jasna, drage kolegice i kolege,

Nedavno smo ostali bez Dragoljuba Kavrana, uvaženog profesora, stručnjaka svetskog glasa, velikog sportiste, mudrog i dragog čoveka izuzetnih odlika. Rođen u Beogradu, profesor Kavran je odrastao u okruženju koje je predstavljalo svojevrsnu kombinaciju oficirskog reda i discipline, prefinjene umetnosti, advokatske profesije... Svi ti aspekti, zajedno sa specifičnom snagom njegove ličnosti, iznedrili su čoveka neverovatnog spleta osobina i izuzetnog stila i usmerili ga ka velikim dostignućima u, prema nekima, nespojivim oblastima života.

Imao sam tu sreću, čast i zadovoljstvo da budem njegov saradnik duže od tri decenije. O profesoru Kavranu može se govoriti veoma dugo a da se pritom iskaže samo mali deo njegovih dragocenih, uspešnih, živopisnih, uzbudljivih i raskošnih životnih iskustava. Plenio je kao osoba, imao je retku sposobnost da razume ljude koji potiču iz veoma različitih okruženja, da ih podstiče da dosegnu i pređu granice svojih sposobnosti i da im nesebično pomaže. Raspolagao je nezamislivim znanjima iz najrazličitijih oblasti. Imao je dar da u najsloženijim situacijama ostane miran i da reši probleme na optimalan

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

način. Posedovao je veliku psihičku i fizičku snagu, krasili su ga borilački duh sportiste, ali i snažne emocije. Bio je čovek izuzetne inteligencije i istinski lider u svemu što je radio. Imao je naročit talenat za humor. Ljudi su ga voleli i poštovali.

Koko, Lolice i Pavle, pre prikazivanja profesionalnih dostignuća profesora Kavrana, želim da kažem da me je posebno dirnula njegova svest o značaju porodice. Uvek je ličnim primerom pokazivao kako treba brinuti o svojim najbližima. Takođe, uvek bi me iskreno razumeo i podržavao kada sam morao da odložim neki posao iz porodičnih razloga. To je retka osobina jer mnogi ljudi, naročito ako su profesionalno uspešni, zaborave da, osim karijere, postoje i druge značajne vrednosti. Profesor je imao sreću da doživi uspehe svoje dece i da se raduje u igri sa svojim unucima.

Sportovi, a naročito veslanje u kome je ostvario izuzetne rezultate, bili su velika ljubav profesora Kavrana, koju je uspešno preneo na svoju decu koja su takođe dostigla snežne vrhove u skijanju i pobeđivala sekunde u bazenu. Sport mu je pružio veliku energiju i istrajnost u ostvarivanju, za većinu ljudi, nezamislivih postignuća u nastavnoj i naučnoistraživačkoj karijeri na domaćem i međunarodnom planu. Profesor Kavran je predavao na svom Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, ali i drugim brojnim pravnim fakultetima u zemlji (Novi Sad, Kragujevac, Niš, Banja Luka, Zagreb i Ljubljana). Učestvovao je u osnivanju Fakulteta organizacionih nauka u Beogradu. Takođe, brojni fakulteti u inostranstvu su mogli da uživaju u njegovim nadahnutim predavanjima (SAD, V. Britanija, Portugalija i Švedska).

Predavanja profesora Kavrana predstavljala su za studente poseban doživljaj. Temeljna teorijska znanja koja je posedovao iz najsavremenije literature, minuciozno sagledavanje problema, povezivanje materije iz različitih oblasti kojima se bavio, slikovito prikazivanje bogatih neposrednih iskustava iz međunarodne i domaće prakse – osvajala su studente i održavala njihovu pažnju, budila u njima želju za znanjem i konstantnim usavršavanjem. Zato su svi vidovi njegove nastave bili posećeni, a studenti su često gubili osećaj da je isteklo predviđeno vreme. Profesor je isticao da se studentima najviše pomaže u suštinskom savladavanju materije i formiranju ličnosti – razumljivim objašnjavanjem, savetovanjem i podsticanjem. Profesor Kavran im je na tom planu pružao mnogo. Studenti su želeli da polažu kod njega, svesni činjenice da rezultat ispita zavisi isključivo od njih samih. Smatrali su ga pravim profesorom i pravim gospodinom.

Profesor Kavran objavio je niz dragocenih knjiga, udžbenika, monografija i oko 260 studija, članaka i saopštenja u časopisima i naučnim publikacijama u zemlji i inostranstvu. Međutim, ostale su i brojne značajne misli i ideje, koje je iznosio u višesatnim inspirativnim razgovorima. Zadatak svih nas

je da sledimo njegove principe profesionalizma i kritički duh i nastojimo da zapišemo i prenesemo sledećim generacijama svu mudrost i znanje profesora Kavrana.

Na međunarodnom planu profesor je dostojno reprezentovao svoju zemlju. Bio je specijalni savetnik Generalnog sekretara UN. U svojstvu eksperta vodio je brojne projekte u oblasti reforme javne uprave u Bahreinu, Indoneziji, Jemenu, Kataru, Kini, Mongoliji, Zimbabveu, i saradivao na konceptualizaciji i primeni reorganizacije uprave u više od 40 zemalja. Zbog izuzetnih rezultata, želje da spozna i sposobnosti da otkrije istorijski, politički, ekonomski i kulturološki kontekst, objektivnosti i nepristrasnosti – poveravani su mu najkompleksniji i najosetljiviji projekti. Takođe, iz tih razloga bio je prihvaćen od strane država u kojima ih je sprovodio i dobijao je najviše nagrade i priznanja. Uvek je govorio da metod rada eksperta ne sme biti nastojanje da se nekritički primene rešenja koja, koliko god bila dobra za zemlju porekla, mogu da dovedu do veoma loših i dugoročnih posledica u zemlji primene.

Profesor je učinio mnogo za svoj narod i pribavljanjem humanitarne pomoći i razvejavanjem negativnih predubedenja nastalih tokom 90-ih godina, na njemu svojstven i uverljiv način.

Imao sam čast i zadovoljstvo da sa njim učestvujem na brojnim međunarodnim konferencijama gde su svoja dostignuća prikazivali eminentni profesori i eksperti. Profesor Kavran je u tom okruženju imao poseban status. Njegova inspirativna izlaganja, ideje i rešenja koje je nudio, praćena su sa posebnom pažnjom i uvažavanjem. Profesor je iznalazio tzv. *win win* solucije, zbog čega su ga inostrane kolege izuzetno cenile. Pokazao je kako, relativno mala zemlja, zahvaljujući velikoj kreativnosti, dubinskim znanjima, visprenosti, kao i profesionalnom odnosu koji je profesor Kavran uvek gajio, može da zauzme vodeće mesto u određenoj oblasti na međunarodnom nivou.

Profesor je bio glavni urednik i član uređivačkih odbora nekoliko stručnih časopisa. Za našu zemlju, na međunarodnom planu, poseban značaj je pridavao Kopaoničkoj školi prirodnog prava u čijem utemeljenju je učestvovao sa svojim velikim prijateljem profesorom Slobodanom Perovićem, gde je i uređivao sekciju za upravno pravo preko 30 godina.

U stručnim asocijacijama i institucijama obavljao je odgovorne funkcije i bio aktivan član. Bio je potpredsednik Kadrovskog komiteta Svetske asocijacije za upravne nauke, član Društva za javnu upravu SAD, Američke i britanske akademije za menadžment, Predsednik Savezne komisije za reorganizaciju uprave i direktor Zavoda za visoko obrazovanje. Od ponovnog uspostavljanja, skoro tri decenije, predvodio je Udruženje za javnu upravu Jugoslavije, odnosno Srbije.

Odnos prema koleginicama i kolegama bio je izuzetan. Enormna i raznovrsna znanja i veštine kojima je raspolagao i neprestano obogaćivao, profesor Kavran je nesebično prenosio. Posedovao je ogroman suštinski autoritet i nikada se nije koristio formalnim autoritetom. Imao je retku osobinu da pažljivo sasluša, i znatno mlađe saradnike, i da uvaži njihove argumentovane stavove. Iskreno se radovao uspesima svojih mlađih kolegica i kolega. To je osobina velikih ljudi koji nikada ne prestaju da se usavršavaju, koji veruju u sebe i u mlađe generacije i žele trajan napredak svog naroda i društva.

Pored profesionalne dimenzije, profesor Kavran je brinuo o kolegama, na njemu svojstven, prijateljski način. Uvek je nalazio vreme da nas čuje, razume i pruži nemerljivo korisne savete iz svih životnih oblasti. Nadam se da smo uspeli da profesoru Kavranu, bar delimično, doprinesemo za sve što je za nas učinio. Bilo mi je drago kada mi je svojevremeno rekao: „Ja sam već 18 godina u penziji, a zahvaljujući tebi i sedmoro veličanstvenih, toga nisam svestan“. Profesor Kavran nam je dao lep primer načina na koji treba graditi međuljudske odnose ne samo na Fakultetu, nego i uopšte.

Temelji tih odnosa su dobijali posebnu pozitivnu energiju i nadahnuće iz dobronamernog smisla za humor profesora Kavrana. Čak i u najtežim situacijama umeo je da bistrinom svoga uma iznađe smešnu dimenziju i da relaksira ljude u svom okruženju. Anegdote iz njegovog života su izuzetno brojne. Kao čovek koji nije imao sujeta, često se šalio na svoj račun, pokazujući time širinu i snagu svoje ličnosti.

Duh profesora Kavrana i njegova enormna dostignuća ostaju zauvek sa nama, osvetljavaće nam nastavni, naučni i životni put, služiće nam kao večita inspiracija za to kako treba stvarati, kojim karakteristikama pravog profesora i stručnjaka treba težiti i kako treba bez bilo kakvog straha, optimistički i sa velikim stilom pristupiti životu i svim njegovim teškoćama i lepotama.

Svojevremeno mi je otac rekao da živimo onoliko dugo koliko imamo trenutaka koji nas istinski ispunjavaju. Svaki trenutak profesora Kavrana bio je prožet stvaralaštvom i sposobnošću za rešavanjem kompleksnih problema, velikom odvažnošću, talentom za prenošenje nemerljivih znanja i veština, razumevanjem pravih vrednosti i načina na koji treba živeti. Profesor Kavran je plenio vedrinom duha, izuzetnim smislom za humor, sposobnošću i željom da pomogne drugima.

Stoga se može reći da je vaš otac i suprug, naš dragi kolega i moj duhovni otac znao razloge svog dolaska na ovaj svet, da je ispunio sve misije svog postojanja i da njegova dela, misli, reči i humanost ostaju večno sa nama, do ponovnog susreta na nekom drugom mestu ili u nekoj drugoj dimenziji. Neka mu je večna slava i hvala.

Dr Andreja KATANČEVIĆ*

MARKO PETRAK (1972–2022)

Loše vesti se ređaju u nesrećnom vremenu. Sve je duža kolona dragih ljudi od kojih se rastajem. U nju je 17. januara stupio i profesor Sveučilišta u Zagrebu Marko Petrak. Bio je profesor rimskog prava i moj prijatelj. Oproštaj od njega je bolan, gorak i ličan. Ne želim da govorim o njegovoj naučnoj biografiji. Faktografija je lako dostupna. Pišem ono po čemu ću ga se sećati. Voleo bih da ovo bude subjektivan prilog za životopis jednog veoma posebnog profesora, velikog čoveka i dobrog prijatelja. Hteo bih da se oprostim onim čega nema na zvaničnim sajtovima.

Poznavali smo se, družili se i saradivali duže od decenije. Razgovarali smo o Rimu, pravu, istoriji, politici, umetnosti, veri, životu. Provodili smo vreme na naučnim konferencijama, za kafanskim stolovima, dopisivali se ponekad danima. Znao sam mnogo o Marku Petraku. Tek u vestima o njegovoj smrti sam saznao sva njegova akademska postignuća. Imao je čudnu i retku skromnost. Razmetanje nije poznao. Nije se gordio. Krio je sopstveni uspeh.

Marko je pokazao da se može biti odan i predmetu koji se predaje. Koristio je i najmanju priliku da uradi nešto dobro, korisno i sistemsko za rimsko pravo. Duboko ga je pogađalo ako bi se nešto loše dogodilo našem predmetu i kolegama. Patio je zbog svakog napada na nas, makar on bio sitan, besmislen i dolazio od beznačajnih ljudi. Uvek ću pamtit kako mi je posle jedne svečane večere, u času inspiracije, onim svojim snažnim glasom

* Vanredni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, *katancevic@ius.bg.ac.rs*.

rekao: „Znaš, za mene je rimsko pravo nešto sveto.“ Rimsko pravo je bila njegova strast, njegov svemir i njegova misija. Napredovanje u zvanjima impresivno i besprekorno. Život je okončao u svom profesorskom kabinetu.

Markova karijera je prekinuta mnogo pre svog prirodnog i očekivanog kraja. Za kratko vreme je uspeo da ostavi neuobičajeno mnogo akademskog potomstva. Bio je mentor i član komisija brojnim naučnicima, ne samo u Hrvatskoj, nego i u Srbiji, Crnoj Gori, Estoniji... Čast je biti deo te porodice. Njegova etika odnosa prema mlađim kolegama visoko je nadilazila akademska pravila. Nepokolebljivo je verovao da mentor i stariji kolega treba da bezrezervno stoji na raspolaganju svojim doktorandima i mladima u zvanju. Bio je mudri savetodavac u svako doba dana i noći. I ne samo to. Viteški se borio za svakog mlađeg kolegu. Bespoštedno je priticao u pomoć gde god je bilo potrebno. Bio je uteha, lek i brana od tuđeg zla, tako čestog u akademskim krugovima.

Marko je bio čovek tradicije, pravne, univerzitetske, hrišćanske. Bio je daleko od pompe i praznog rituala, koji u univerzitetskom životu zna da bude groteskan. Kao svakog istinski uspešnog čoveka, krasila ga je jednostavnost.

Njegova socijalna inteligencija je bila zadivljujuća, bez ikakvog lošeg prizvuka. Srdačan i neposredan. Nikad nametljiv i zamorno familijaran. Laskanje i kez bili su mu strani. Smejao se retko, ali silovito. Bio je krupan i tih čovek, dubokog glasa, koji se daleko čuo. Čak i u njegovom odsustvu. Nije tražio pažnju. Na skupovima je sedeo u poslednjim redovima. Privlačio je mirom i tišinom. Govorio je kada ga pitaju. Čitali su dok je pričao. Do njegovog mišljenja se držalo. Nije pitao. Uvek je slušao. I njega su slušali. Nisu ga se bojali. Cenili su ga. Verovali su mu. Voleli su ga.

Iza Marka Petraka su ostali majka, supruga, dvoje dece, prijatelji... Kolegama koji su ga poznavali ostao je uzor. Veliki i nedostižan.

Do ponovnog susreta,

Hvala mu!

UPUTSTVO ZA AUTORE

Anali Pravnog fakulteta u Beogradu objavljuju tekstove na srpskom i engleskom jeziku.

Autori zadržavaju autorsko pravo na svome delu. Međutim, uslov za objavljivanje u *Analima Pravnog fakulteta u Beogradu* jeste da autori izdavaču dozvole da objavi delo, da garantuju pravo da će *Anali* biti navedeni kao izvorni izdavač u slučaju ponovnog objavljivanja i da neisključivo ustupe ovlašćenje na umnožavanje te ovlašćenje da se tekst učini dostupnim javnosti i da se distribuira u svim oblicima i medijima. Objavljeni tekstovi se distribuiraju pod uslovima licence „Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY)“.

Predajom teksta, autor izjavljuje da tekst nije ni objavljen ni prihvaćen za objavljivanje te da neće biti predat za objavljivanje bilo kom drugom mediju. Autor takođe izjavljuje da je nosilac autorskog prava, da je obavešten o pravima trećih lica i da je ispunio zahteve koji proizlaze iz tih prava.

Prijem svih tekstova biće potvrđen elektronskom poštom. Redakcija će razmotriti podobnost svih radova da budu podvrgnuti postupku recenziranja. Podobni tekstovi šalju se na dvostruku anonimnu recenziju.

Informacije o uredničkoj politici *Anala Pravnog fakulteta u Beogradu* videti na: ojs.ius.bg.ac.rs/index.php/anali/about/editorialPolicies#open%20AccessPolicy.

Ako želite da predate svoj rad *Analima Pravnog fakulteta u Beogradu*, molimo vas da pratite sledeća uputstva.

Ako predajete rad na engleskom jeziku, molimo vas da pratite posebno uputstvo koje je dostupno na: ojs.ius.bg.ac.rs/index.php/anali/information/authors.

Rukopis treba da bude uređen na sledeći način:

1. naslovna strana,
2. apstrakt i ključne reči,
3. rukopis i spisak literature,
4. dodaci, tabele i slike.

1. NASLOVNA STRANA

Naslovna strana rukopisa treba da sadrži sledeće podatke:

- naslov teksta,
- ime, prezime, godinu rođenja i afilijaciju svih autora,
- punu adresu za korespondenciju i adresu elektronske pošte.

Ako je tekst koautorski, molimo vas da dostavite tražene podatke za svakog autora.

2. APSTRAKT I KLJUČNE REČI

Tekstu prethodi apstrakt koji je strogo ograničen na 150 reči. Apstrakt ne sme da sadrži neodređene skraćenice ili reference.

Molimo vas da navedete pet ključnih reči koje su prikladne za indeksiranje.

Radovi na srpskom jeziku treba da sadrže apstrakt i ključne reči i na srpskom i na engleskom jeziku. U tom slučaju, apstrakt i ključne reči na engleskom jeziku treba da se nalaze iza spiska literature.

3. RUKOPIS I SPISAK LITERATURE

Zbog anonimnog recenziranja, imena autora i njihove institucionalne pripadnosti ne treba navoditi na stranicama rukopisa.

Tekstovi moraju da budu napisani u sledećem formatu:

- veličina stranice: A4,
- margine: 2,5 cm,
- font: Times New Roman,
- razmak između redova u glavnom tekstu: 1,5,
- razmak između redova u fusnotama: Easy,
- veličina slova u glavnom tekstu: 12 pt,
- veličina slova u fusnotama: 10 pt,
- numeracija stranica: arapski broj u donjem desnom uglu stranice.

Druge autore treba navoditi po imenu i prezimenu kada se prvi put pominju (Petar Petrović), a zatim samo po prezimenu (Petrović). Ne treba navoditi „profesor“, „dr“, „g.“ niti bilo kakve titule.

Sve slike i tabele moraju da budu pomenute u tekstu, prema redosledu po kojem se pojavljuju.

Sve akronime treba objasniti prilikom prvog korišćenja, a zatim se navode velikim slovima.

Evropska unija – EU,

The United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL

Brojevi od jedan do devet pišu se slovima, veći brojevi pišu se ciframa. Datumi se pišu na sledeći način: 1. januar 2012; 2011–2012; tridesetih godina 20. veka.

Fusnote se koriste za objašnjenja, a ne za navođenje literature. Prosto navođenje mora da bude u glavnom tekstu, sa izuzetkom zakona i sudskih odluka.

Podnaslove treba pisati na sledeći način:

1. VELIKA SLOVA

1.1. Prvo slovo veliko

1.1.1. Prvo slovo veliko kurziv

Citiranje

Svi citati, u tekstu i fusnotama, treba da budu napisani u sledećem formatu: (autor/godina/broj strane ili više strana).

Domaća imena koja se pominju u rečenici ne treba ponavljati u zagradama:

- Prema Miloševiću (2014, 224–234)...

- Rimski pravnici su poznavali različite klasifikacije stvari (Milošević 2014, 224–234)

Strana imena koja se pominju u rečenici treba da budu transkribovana, a u zagradama ih treba ponoviti i ostaviti u originalu. U spisku literature strana imena se ne transkribuju:

- Prema Kociolu (Koziol 1997, 73–87)...
- O tome je opsežno pisao Kociol (Koziol 1997, 73–87).
- Koziol, Helmut. 1997. *Österreichisches Haftpflichtrecht*, Band I: Allgemeiner Teil. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Domaća dela se citiraju pismom kojim su štampana. U spisku literature delo štampano latinicom navodi se samo latinicom, a delo štampano ćirilicom navodi se ćirilicom i latinicom, pri čemu se latinična referenca stavlja u zagrade:

- Prema Miloševiću (2014, 347–352)...
- Milošević, Miroslav. 2014. *Rimsko pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Dosije studio. (Milošević, Miroslav. 2014. *Rimsko pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Dosije studio.)
- Vukadinović (Vukadinović 2015, 27) ističe da jemac ispunjava tuđu, a garant svoju obavezu.
- U literaturi se navodi (Vukadinović 2015, 27)...
- Vukadinović, Radovan. 5–6/2015. O pravnom regulisanju posla bankarske garancije u novom Građanskom zakoniku. *Pravni život* 64: 17–36.

Poželjno je da u citatima u tekstu bude naveden podatak o broju strane na kojoj se nalazi deo dela koje se citira.

Isto tako i / Isto / Kao i Konstantinović (1969, 125–127);

Prema Bartoš (1959, 89 fn. 100) – *tamo gde je fusnota 100 na 89. strani*;

Kao što je predložio Bartoš (1959, 88 i fn. 98) – *tamo gde fusnota 98 nije na 88. strani*.

Pre broja strane ne treba stavljati oznaku „str.“, „p.“, „f.“ ili slično.

Izuzetno, tamo gde je to prikladno, autori mogu da koriste citate u tekstu bez navođenja broja strane dela koja se citira. U tom slučaju autori mogu, ali ne moraju da koriste neku od naznaka kao što su: *videti, posebno videti, videti na primer i dr.*

(videti, na primer, Bartoš 1959; Simović 1972)

(videti posebno Bakić 1959)

(Stanković, Orlić 2014)

Jedan autor

Citat u tekstu (T): Kao i Ilaj (Ely 1980, broj strane), tvrdimo da...

Navođenje u spisku literature (L): Ely, John Hart. 1980. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

T: Isto kao i Avramović (2008, broj strane), tvrdimo da...

L: Avramović, Sima. 2008. *Rhetorike techne – veština besedništva i javni nastup*. Beograd: Službeni glasnik – Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. (Avramović, Sima. 2008. *Rhetorike techne – veština besedništva i javni nastup*. Beograd: Službeni glasnik – Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

T: Vasiljević (2007, broj strane),

L: Vasiljević, Mirko. 2007. *Korporativno upravljanje: pravni aspekti*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. (Vasiljević, Mirko. 2007. *Korporativno upravljanje: pravni aspekti*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

Dva autora

T: Kao što je ukazano (Daniels, Martin 1995, broj strane),

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

T: Kao što je pokazano (Stanković, Orlić 2014, broj strane),

L: Stanković, Obren, Miodrag Orlić. 2014. *Stvarno pravo*. Beograd: Nomos. (Stanković, Obren, Miodrag Orlić. 2014. *Stvarno pravo*. Beograd: Nomos.)

Tri autora

T: Kao što su predložili Sesil, Lind i Bermant (Cecil, Lind, Bermant 1987, broj strane),

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

Više od tri autora

T: Prema istraživanju koje je sproveo Turner sa saradnicima (Turner *et al.* 2002, broj strane),

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

T: Pojedini autori smatraju (Varadi *et al.* 2012, broj strane)...

L: Varadi, Tibor, Bernadet Bordaš, Gašo Knežević, Vladimir Pavić. 2012. *Međunarodno privatno pravo*. 14. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. (Varadi, Tibor, Bernadet Bordaš, Gašo Knežević, Vladimir Pavić. 2012. *Međunarodno privatno pravo*. 14. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

Institucija kao autor

T: (U.S. Department of Justice 1992, broj strane)

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

T: (Zavod za intelektualnu svojinu Republike Srbije 2015, broj strane)

L: Zavod za intelektualnu svojinu Republike Srbije. 2015. *95 godina zaštite intelektualne svojine u Srbiji*. Beograd: Colorgraphx. (Zavod za intelektualnu svojinu Republike Srbije. 2015. *95 godina zaštite intelektualne svojine u Srbiji*. Beograd: Colorgraphx.)

Delo bez autora

T: (*Journal of the Assembly* 1822, broj strane)

L: *Journal of the Assembly of the State of New York at Their Forty-Fifth Session, Begun and Held at the Capitol, in the City of Albany, the First Day of January, 1822.* 1822. Albany: Cantine & Leake.

Citiranje više dela istog autora

Klermont i Ajzenberg smatraju (Clermont, Eisenberg 1992, broj strane; 1998, broj strane)...

Basta ističe (2001, broj strane; 2003, broj strane)...

Citiranje više dela istog autora iz iste godine

T: (White 1991a, page)

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

Istovremeno citiranje više autora i dela

(Grogger 1991, broj strane; Witte 1980, broj strane; Levitt 1997, broj strane)

(Popović 2017, broj strane; Labus 2014, broj strane; Vasiljević 2013, broj strane)

Poglavlje u knjizi

T: Holms (Holmes 1988, broj strane) tvrdi...

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

Poglavlje u delu koje je izdato u više tomova

T: Švarc i Sajks (Schwartz, Sykes 1998, broj strane) tvrde suprotno.

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

Knjiga sa više izdanja

T: Koristeći Grinov metod (Greene 1997), napravili smo model koji...

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

T: (Popović 2018, broj strane),

R: Popović, Dejan. 2018. *Poresko pravo*. 16. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. (Popović, Dejan. 2018. *Poresko pravo*. 16. izdanje. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)

Navođenje broja izdanja nije obavezno.

Ponovno izdanje – reprint

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

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

Članak

U spisku literature navode se: prezime i ime autora, broj i godina objavljivanja sveske, naziv članka, naziv časopisa, godina izlaženja časopisa, stranice. Pri navođenju inostranih časopisa koji ne numerišu sveske taj podatak se izostavlja.

T: Taj model koristio je Levin sa saradnicima (Levine *et al.* 1999, broj strane)

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

T: Na to je ukazao Vasiljević (2018, broj strane)

L: Vasiljević, Mirko. 2/2018. Arbitražni ugovor i interkompanijskopравни sporovi. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 66: 7–46. (Vasiljević, Mirko. 2/2018. Arbitražni ugovor i interkompanijskopравни sporovi. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 66: 7–46.)

T: Orlić ističe uticaj uporednog prava na sadržinu Skice (Orlić 2010, 815–819).

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

Citiranje celog broja časopisa

T: Tome je posvećena jedna sveska časopisa *Texas Law Review* (1994).

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

T: Osiguranje od građanske odgovornosti podrobno je analizirano u časopisu *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* (1982).

L: *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 6/1982. *Savetovanje: Neka aktuelna pitanja osiguranja od građanske odgovornosti*, 30: 939–1288. (*Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 6/1982. *Savetovanje: Neka aktuelna pitanja osiguranja od građanske odgovornosti*, 30: 939–1288.)

Komentari

T: Smit (Smith 1983, broj strane) tvrdi...

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

T: Prema Šmalenbahy (Schmalenbach 2018, broj strane), jasno je da...

L: Schmalenbach, Kirsten. 2018. Article 2. Use of Terms. 29–55. *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, eds. Oliver Dörr, Kirsten Schmalenbach. Berlin: Springer-Verlag GmbH Germany.

T: Perović (Perović 1980, broj strane) tvrdi da...

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

Članak u časopisu ili dnevnim novinama bez autora

T: objavljeno u *Politici* (2019)

L: *Politika*. 2019. Srbija snažno posvećena evropskom putu. Mart 2019. (*Politika*. 2019. Srbija snažno posvećena evropskom putu. Mart 2019)

T: Kao što je objavljeno u časopisu *Newsweek* (2000)...

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

Članak u časopisu ili dnevnim novinama sa autorom (autorima)

T: U *Vremenu* je objavljeno (Švarn, Georgijev 2018) da...

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.

Neobjavljeni rukopis

T: (Avramović, Todorović 2017)

L: Avramović, Pavle, Nenad Todorović. 2017. Sticanje bez osnova u rimskom pravu. Neobjavljen rukopis. Univerzitet u Nišu, Pravni fakultet, avgust. (Avramović, Pavle, Nenad Todorović. 2017. Sticanje bez osnova u rimskom pravu. Neobjavljen rukopis. Univerzitet u Nišu, Pravni fakultet, avgust.)

T: (Daughety, Reinganum 2002)

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

Radni dokument

T: (Stojanović, Savić 2017)

L: Stojanović, Ognjen, Martin Savić. 2017. Pravna priroda ugovora o kreditu. Radni dokument. Institut za pravo i finansije, Beograd. (Stojanović, Ognjen, Martin Savić. 2017. Pravna priroda ugovora o kreditu. Radni dokument. Institut za pravo i finansije, Beograd.)

T: (Eisenberg, Wells 2002)

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

Numerisani radni dokument

T: (Tomić, Pavlović 2018)

L: Tomić, Janko, Saša Pavlović. 2018. Uporednopravna analiza propisa u oblasti radnog prava. Radni dokument br. 7676. Institut za uporedno pravo, Beograd. (Tomić, Janko, Saša Pavlović. 2018. Uporednopravna analiza propisa u oblasti radnog prava. Radni dokument br. 7676. Institut za uporedno pravo, Beograd.)

T: (Glaeser, Sacerdote 2000)

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

Lična korespondencija/komunikacija

T: Kao što tvrdi Damnjanović (2017),

L: Damnjanović, Vićentije. 2017. Pismo autoru, 15. januar. (Damnjanović, Vićentije. 2017. Pismo autoru, 15. januar.)

T: (Welch 1998)

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

Stabilni internet protokol (URL)

T: Prema Zavodu za intelektualnu svojinu Republike Srbije (2018),

L: Zavod za intelektualnu svojinu Republike Srbije. 2018. Godišnji izveštaj o radu za 2017. godinu. <http://www.zis.gov.rs/o-zavodu/godisnji-izvestaji.50.html>, poslednji pristup 28. marta 2018. (Zavod za intelektualnu svojinu Republike Srbije. 2018. Godišnji izveštaj o radu za 2017. godinu. <http://www.zis.gov.rs/o-zavodu/godisnji-izvestaji.50.html>, poslednji pristup 28. marta 2018.)

T: According to the Intellectual Property Office (2018)

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

U štampi

T: (Bogdanović 2019, broj strane)

L: Bogdanović, Luka. 2019. Ekonomske posledice ugovaranja klauzule najpovlašćenije nacije u bilateralnim investicionim sporazumima. *Nomos*, tom 11, u štampi. (Bogdanović, Luka. 2019. Ekonomske posledice ugovaranja klauzule najpovlašćenije nacije u bilateralnim investicionim sporazumima. *Nomos*, tom 11, u štampi.)

T: (Spier 2003, broj strane)

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

Prihvaćeno za objavljivanje

T: U jednom istraživanju (Petrović, prihvaćeno za objavljivanje) posebno se ističe značaj prava manjinskih akcionara za funkcionisanje akcionarskog društva.

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

T: Jedna studija (Joyce, prihvaćeno za objavljivanje) odnosi se na Kolumbijski distrikt.

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

Sudska praksa

F(usnote): Vrhovni sud Srbije, Rev. 1354/06, 6. 9. 2006, Paragraf Lex; Vrhovni sud Srbije, Rev. 2331/96, 3. 7. 1996, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije* 4/96, 27; CJEU, case C-20/12, Giersch and Others, ECLI:EU:C:2013:411, para. 16; Opinion of AG Mengozzi to CJEU, case C-20/12, Giersch and Others, ECLI:EU:C:2013:411, para. 16.

T: Za reference u tekstu koristiti skraćenice (VSS Rev. 1354/06; CJEU C-20/12, ili Giersch and Others; Opinion of AG Mengozzi) konzistentno u celom članku.

L: Ne treba navoditi sudsku praksu u spisku korišćene literature.

Zakoni i drugi propisi

F: Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS* 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014, čl. 2, st. 1, tač. 3; Regulation (EU) No. 1052/2013 establishing the European Border Surveillance System (Eurosur), OJ L 295 of 6/11/2013, Art. 2 (3); Directive 2013/32/EU on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast), OJ L 180 of 29/6/2013, 60, Art. 6 (3).

T: Za reference u tekstu koristiti skraćenice (ZKP ili ZKP RS; Regulation No. 1052/2013; Directive 2013/32) konzistentno u celom članku.

L: Ne treba navoditi propise u spisku korišćene literature.

4. PRILOZI, TABELE I SLIKE

Fusnote u prilogima numerišu se bez prekida kao nastavak na one u ostatku teksta.

Numeracija jednačina, tabela i slika u prilogima počinje sa 1 (jednačina A1, tabela A1, slika A1 itd., za prilog A; jednačina B1, tabela B1, slika B1 itd., za prilog B).

Na strani može biti samo jedna tabela. Tabela može zauzimati više od jedne strane.

Tabele imaju kratke naslove. Dodatna objašnjenja se navode u napomenama na dnu tabele.

Treba identifikovati sve količine, jedinice mere i skraćenice za sve unose u tabeli.

Izvori se navode u celini na dnu tabele, bez unakrsnih referenci na fusnote ili izvore na drugim mestima u članku.

Slike se prilažu u fajlovima odvojeno od teksta i treba da budu jasno obeležene.

Ne treba koristiti senčenje ili boju na grafičkim prikazima. Ako je potrebno vizuelno istaći pojedine razlike, molimo vas da koristite šrafiranje i unakrsno šrafiranje ili drugo sredstvo označavanja.

Ne treba koristiti okvir za tekst ispod ili oko slike.

Molimo vas da koristite font Times New Roman ako postoji bilo kakvo slovo ili tekst na slici. Veličina fonta mora biti najmanje 7.

Grafici ne sadrže bilo kakvu boju.

Naslovi slika su navedeni i na zasebnoj stranici sa dvostrukim proredom pod nazivom – Legenda korišćenih slika.

Slike ne mogu biti veće od 10 cm x 18 cm. Da bi se izbeglo da slika bude značajno smanjena, objašnjenja pojedinih delova slike treba da budu postavljena u okviru slike ili ispod nje.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34(497.11)

АНАЛИ Правног факултета у Београду : часопис за правне и друштвене науке = The Annals of the Faculty of Law in Belgrade : Belgrade law review / главни и одговорни уредник Марија Караникић Мирић. – [Српско изд.]. – Год. 1, бр. 1 (1953)–. – Београд : Правни факултет Универзитета у Београду, 1953– (Београд : Бирограф). – 24 cm

Тромесечно. – Преузео је: Annals of the Faculty of Law in Belgrade.
– Друго издање на другом медијуму: Анали Правног факултета у Београду (Online) = ISSN 2406-2693.

ISSN 0003-2565 = Анали Правног факултета у Београду

COBISS.SR-ID 6016514

Fakultetski naučni časopis *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* izlazi od 1953. godine (ISSN: 0003-2565) kao potomak časopisa *Arhiv za pravne i društvene nauke* koji je izlazio od 1906. godine.

Glavni urednici *Arhiva za pravne i društvene nauke* bili su: Kosta Kumanudi i Dragoljub Arandelović (1906–1911), Kosta Kumanudi (1911–1912), Čedomilj Mitrović (1920–1933), Mihailo Ilić (1933–1940), Đorđe Tasić (1940–1941) i Jovan Đorđević (1945).

Glavni urednici *Anala Pravnog fakulteta u Beogradu* bili su: Mihajlo Konstantinović (1953–1960), Milan Bartoš (1960–1966), Vojislav Bakić (1966–1978), Vojislav Simović (1978–1982), Obren Stanković (1982–1985), Dejan Popović (1996), Miodrag Orlić (1997–2004), Danilo Basta (2004–2006), Sima Avramović (2006–2012), Mirosljub Labus (2013–2015) i Mirko Vasiljević (2016–2018).

U časopisu se objavljuju naučni članci, kritičke analize, komentari sudskih odluka, prilozi iz međunarodnog naučnog života i prikazi knjiga. Časopis izlazi i u elektronskom obliku (eISSN: 2406-2693).

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

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

Časopis izlazi tromesečno.

ISSN 0003-2566



BULEVAR KRALJA ALEKSANDRA 67
11000 BEOGRAD
SRBIJA
anali@jus.bg.ac.rs
anali.rs