

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

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 Maја СТАНИВУКОВИЋ, Сања ЂАЈИЋ
ПРАВО РОДИТЕЉА НА ПОВРАТАК У ЗЕМЉУ ПОРЕКЛА У СВЕТЛУ ХАШКЕ КОНВЕНЦИЈЕ О ГРАЂАНСКОПРАВНИМ АСПЕКТИМА МЕЂУНАРОДНЕ ОТМИЦЕ ДЕЦЕ И ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА И ОСНОВНИХ СЛОБОДА
- 161 Далибор ПЕТРОВИЋ, Дејан ПАВЛОВИЋ
ПОДРИВАЊЕ АНОНИМНОСТИ У ДОБА ИНТЕРНЕТА
- 193 Драгана КОЛАРИЋ, Саша МАРКОВИЋ
АНАЛИЗА ДОСАДАШЊЕ ПРИМЕНЕ ЗАКОНА О СПРЕЧАВАЊУ НАСИЉА У ПОРОДИЦИ
- 233 Горан ДАЈОВИЋ
МОГУЋНОСТ РЕГУЛАТИВНЕ ФУНКЦИЈЕ СУДСКЕ ВЛАСТИ
- 283 Ивана ЂОКИЋ
ОД НАСЛЕДИВОСТИ ДО НЕНАСЛЕДИВОСТИ ЗАКОНСКЕ ДУЖНОСТИ ИЗДРЖАВАЊА РАЗВЕДЕНОГ СУПРУЖНИКА
- 313 Душан С. РАКИТИЋ
О ПОРЕКЛУ ОБАВЕЗНОГ БЛАГОСЛОВА ЗА ИЗБОР ПРОФЕСОРА БОГОСЛОВСКИХ ФАКУЛТЕТА – НАЦИОНАЛНИ И УПОРЕДНИ ПЛАН

УРЕДНИШТВО /

ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ УРЕДНИК /

Марија Караникић Мирић,
Правни факултет Универзитета у Београду, Србија

УРЕДНИК ВЕБ САЈТА /

Борис Беговић,
Правни факултет Универзитета у Београду, Србија

ЧЛАНОВИ РЕДАКЦИЈЕ /

Душан Поповић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Бојан Милисављевић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Војислав Станимировић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Љубинка Ковачевић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Данило Вуковић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Вања Бајовић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Светислав Костић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија)

ЧЛАНОВИ МЕЂУНАРОДНОГ УРЕЂИВАЧКОГ ОДБОРА /

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)

СЕКРЕТАРИ /

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

ТЕХНИЧКИ СЕКРЕТАР /

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

ИЗДАВАЧ /

Правни факултет Универзитета у Београду

ЛЕКТОР И КОРЕКТОР /

Ирена Поповић Григоров, Вук Тошић

ТЕХНИЧКИ УРЕДНИК /

Јован Ђорђевић

ДИЗАЈН КОРИЦА /

City Image

СЛОГ И ПРЕЛОМ /

Д@СИЈЕ
СТУДИО

ШТАМПА /

Бирограф

ТИРАЖ /

300

СЕКУНДАРНЕ ПУБЛИКАЦИЈЕ У КОЈИМА СЕ ИНДЕКСИРА ЧАСОПИС /

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

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

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 Maја СТАНИВУКОВИЋ, Сања ЂАЈИЋ
ПРАВО РОДИТЕЉА НА ПОВРАТАК У ЗЕМЉУ ПОРЕКЛА У СВЕТЛУ ХАШКЕ КОНВЕНЦИЈЕ О ГРАЂАНСКОПРАВНИМ АСПЕКТИМА МЕЂУНАРОДНЕ ОТМИЦЕ ДЕЦЕ И ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА И ОСНОВНИХ СЛОБОДА
- 161 Далибор ПЕТРОВИЋ, Дејан ПАВЛОВИЋ
ПОДРИВАЊЕ АНОНИМНОСТИ У ДОБА ИНТЕРНЕТА
- 193 Драгана КОЛАРИЋ, Саша МАРКОВИЋ
АНАЛИЗА ДОСАДАШЊЕ ПРИМЕНЕ ЗАКОНА О СПРЕЧАВАЊУ НАСИЉА У ПОРОДИЦИ
- 233 Горан ДАЈОВИЋ
МОГУЋНОСТ РЕГУЛАТИВНЕ ФУНКЦИЈЕ СУДСКЕ ВЛАСТИ
- 283 Ивана ЂОКИЋ
ОД НАСЛЕДИВОСТИ ДО НЕНАСЛЕДИВОСТИ ЗАКОНСКЕ ДУЖНОСТИ ИЗДРЖАВАЊА РАЗВЕДЕНОГ СУПРУЖНИКА
- 313 Душан С. РАКИТИЋ
О ПОРЕКЛУ ОБАВЕЗНОГ БЛАГОСЛОВА ЗА ИЗБОР ПРОФЕСОРА БОГОСЛОВСКИХ ФАКУЛТЕТА
– НАЦИОНАЛНИ И УПОРЕДНИ ПЛАН

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

- 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** **Маја Станивуковић, Сања Ђајић**
Право родитеља на повратак у земљу порекла у светлу Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце и Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода
- 161** **Далибор Петровић, Дејан Павловић**
Подривање анонимности у доба интернета
- 193** **Драгана Коларић, Саша Марковић**
Анализа досадашње примене Закона о спречавању насиља у породици

- 233 **Горан Дајовић**
Могућност регулативне функције судске власти
- 283 **Ивана Ђокић**
Од наследивости до ненаследивости законске дужности
издржавања разведеног супружника
- 313 **Душан С. Ракитић**
О пореклу обавезног благослова за избор професора богословских
факултета – национални и упоредни план

ПРИКАЗИ

- 343 Gilbert, Richard J. 2020. *Innovation Matters: Competition Policy for the High-Technology Economy*. Cambridge, Mass. & London: The MIT Press, 324
(Boris Begović)
- 355 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)
- 359 Спаић, Бојан. 2020. *Природа и детерминанте судијског тумачења права*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 190.
(Мила Ђорђевић)

СЕЋАЊА

- 367 **Добросав Миловановић**, *Драгољуб Кавран* (1933–2021)
- 373 **Андреја Катанчевић**, *Марко Петрак* (1972–2022)

VARIA

- 377 **Упутство за ауторе**

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
- 161** **Dalibor Petrović, Dejan Pavlović**
Anonymity in the Age of the Internet
- 193** **Dragana Kolarić, Saša Marković**
Analysis of the Implementation of the Law on Prevention of Domestic Violence

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

BOOK REVIEWS

- 343 Gilbert, Richard J. 2020. *Innovation Matters: Competition Policy for the High-Technology Economy*. Cambridge, Mass. & London: The MIT Press, 324
(Boris Begović)
- 355 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)
- 359 Spaić, Bojan. 2020. *Priroda i determinante sudijskog tumačenja prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 190.
(Mila Đorđević)

IN MEMORIAM

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

VARIA

- 377 **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 navī*) 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 XVe 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 izmedju 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 srednjovekve 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 diplomatics]. *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 nemanjićskoj 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.

УДК 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 Beniamin 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. *Jugoslavia: 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.

УДК 340.12 Келзен Х.

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.

УДК 346.545/.546(73); 339.137.2(73)

CERIF: S 144, S 180

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22104A

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 carrier, 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.

Др Маја СТАНИВУКОВИЋ*

Др Сања ЂАЈИЋ**

**ПРАВО РОДИТЕЉА НА ПОВРАТАК У ЗЕМЉУ ПОРЕКЛА
У СВЕТЛУ ХАШКЕ КОНВЕНЦИЈЕ О ГРАЂАНСКОПРАВНИМ
АСПЕКТИМА МЕЂУНАРОДНЕ ОТМИЦЕ ДЕЦЕ
И ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ
ПРАВА И ОСНОВНИХ СЛОБОДА**

У фокусу овог рада је право на повратак у земљу порекла родитеља који се у иностраној земљи примарно стара о детету. Правна препрека остварењу права родитеља који се примарно стара о детету да се пресели из иностранства у земљу порекла и да са собом поведе и дете постоји у Хашкој конвенцији о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце чија механичка примена спречава родитеља да самостално промени боравиште детета чиме се отвара питање поштовања права родитеља и детета.

Пракса Европског суда за људска права и Уставног суда Републике Србије садржи смернице за тумачење одредаба Хашке конвенције о отмици детета у све чешћим ситуацијама када се као отмичар јавља родитељ који се примарно стара о детету и који се без сагласности другог родитеља преселио са дететом у своју земљу порекла. Процењом

* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Србија, M.Stanivukovic@pf.uns.ac.rs.

** Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Србија, sdjajic@pf.uns.ac.rs.

најбољег интереса детета може се превазићи тензија између права родитеља да се врати у земљу порекла и Хашке конвенције о отмици детета.

Кључне речи: *Промена боравишта детета. – Отмица детета. – Права детета. – Право на породични живот. – Право на повратак у своју земљу.*

1. УВОД

У фокусу овог рада је право на повратак у земљу порекла родитеља који се у иностраној земљи примарно стара о детету. Право на повратак у земљу порекла је људско право загарантовано бројним међународним инструментима, али право на напуштање стране земље може бити ограничено правима других лица. Ауторке полазе од претпоставке да постоји правна препрека остварењу права родитеља који се примарно стара о детету да се пресели из иностранства у земљу порекла и да са собом поведе и дете. Реч је о Хашкој конвенцији о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце¹ (у даљем тексту: Хашка конвенција о отмици) која, у садејству са прописима земље у којој родитељ и дете имају уобичајено боравиште, спречава родитеља да самостално промени боравиште детета.² Циљ Хашке конвенције о отмици – хитан повратак детета у земљу из које је незаконито одведено – у складу је са најбољим интересима детета (Tobin 2019, 387). Међутим, Хашка конвенција о отмици се у пракси судова држава чланица често примењује механички, на начин који ограничава људска права родитеља који се стара о детету да се врати у земљу порекла и који истовремено може да угрози најбољи интерес детета *in concreto*.

Промена боравишта детета као нужна последица пресељења у другу земљу често изазива спорове између родитеља. Типична ситуација у којој се питање промене боравишта детета поставља пред судовима јавља се када је надлежни суд у држави у којој дете уобичајено бора-

¹ Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. Хашка конвенција о отмици усвојена је 25. октобра 1980, а ступила је на снагу 1. децембра 1983. године. СФРЈ је ратификовала ту конвенцију (*Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори* 7/91).

² У унутрашњем праву могу бити прописани различити услови који морају да се испуне да би родитељ могао да се пресели са дететом у иностранство (на пример, сагласност другог родитеља или, у случају да такве сагласности нема, одлука суда).

ви одлучио о вршењу родитељског права, после развода брака или престанка ванбрачне заједнице, поверивши дете привремено или стално на старање једном родитељу који стиче право и обавезу да се примарно стара о детету (примарни родитељ, *primary caregiver*), док други родитељ јесте добио одређена права и обавезе (на пример, право на виђање, обавезу издржавања, право на заједничко вршење родитељског права), али не и обавезу да се свакодневно физички стара о детету. Убрзо потом, примарни родитељ жели да се пресели са дететом у другу земљу. Један од главних мотива за пресељење је повратак у земљу порекла.

Родитељ може покушати да оствари своју жељу на два начина: законитим пресељењем или незаконитим одвођењем (отмицом) детета. У интересу родитеља је да избегне да буде проглашен отмицарем јер та квалификација често повлачи и кривичну, а не само грађанскоправну и моралну одговорност, али се примарни родитељ понекад одлучује на тај екстремни корак због многобројних правних препрека које му стоје на путу ако жели да промени боравиште детета на законит начин.³

Постојање тензије између права родитеља на повратак у земљу порекла и обавеза државе чланице да врати незаконито одведено дете на основу Хашке конвенције о отмици испитује се истраживањем праксе Европског суда за људска права и Уставног суда Републике Србије. Та пракса садржи смернице за тумачење одредаба Хашке конвенције о отмици у све чешћим ситуацијама када се као отмицар јавља примарни родитељ који се преселио са дететом у своју земљу порекла.

У поглављу 2 укратко се наводе садржина, циљеви и ограничења основног права грађана на повратак у земљу порекла. У поглављу 3 се разрађују кључне одредбе Хашке конвенције о отмици и објашњава тензија која постоји између права на повратак у земљу порекла и Хашке конвенције. Затим се у поглављу 4 анализира судска пракса Европског суда за људска права и Уставног суда Србије у предметима о примени Хашке конвенције о отмици, који имплицирају и право примарног родитеља на повратак у земљу порекла. На крају се изводи закључак о начину на који се може превазићи уочена тензија између основног права на повратак у земљу порекла и обавеза из Хашке конвенције о отмици.

³ Видети Европски портал E-justice где се налази и следећа реченица – савет: „Avoid becoming an ‘abducting’ parent by knowing how to move across borders with your children in a lawful way“ (у преводу: Потрудите се да не постанете родитељ „отмицар“ тако што ћете сазнати како да се преселите у иностранство са дететом на законит начин). https://e-justice.europa.eu/content_lawful_removal_of_the_child-289-en.do?clang=en, последњи приступ 30. септембра 2021.

2. ПРАВО НА ПОВРАТАК У ЗЕМЉУ ПОРЕКЛА

Право на повратак у земљу порекла је људско право загарантовано бројним међународним инструментима: чланом 13 Универзалне декларације о правима човека и грађанина,⁴ чланом 12, став 4 Међународног пакта о грађанским и политичким правима⁵ и чланом 3 Протокола бр. 4 уз Европску конвенцију о људским правима и основним слободама.⁶ Устав Републике Србије такође јемчи то право у члану 39 (Слобода кретања). Право на повратак није безусловно. На пример, у члану 12, став 4 Међународног пакта о грађанским и политичким правима предвиђено је да оно може бити ограничено законом ако је то потребно ради заштите националне безбедности, јавног реда, јавног здравља, морала или права и слободе других лица.

Право примарног родитеља на повратак у земљу порекла ограничено је правима детета и другог родитеља. Пресељење детета са родитељем у другу земљу, посебно ако је она веома удаљена од земље у којој је дете претходно боравило и у којој и даље борави други родитељ, има директне последице на остваривање права детета гарантованог чланом 9, став 3 и чланом 10, став 2 Конвенције о правима детета⁷ да редовно одржава личне односе и да има непосредан контакт са родитељима. То право детета се односи на одржавање контакта са оба родитеља, а не само са родитељем који се стара о детету. Државе чланице Конвенције о правима детета дужне су да предузму мере да родитељ који се стара о детету не ускрати право детету да одржава личне односе и контакт са другим родитељем (Tobin 2019, 333). Пресељење може бити супротно најбољим интересима детета који су првенствени на основу

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. Усвојен је 16. децембра 1966. године у Њујорку, а ступио је на снагу 23. марта 1976. године. СФРЈ је ратификовала Међународни пакт 2. јуна 1971. године (*Службени лист СФРЈ* 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. Усвојен је 16. децембра 1963, а ступио је на снагу 2. маја 1968. године. Државна заједница СЦГ је ратификовала Европску конвенцију и пратеће протоколе (*Службени лист СЦГ – Међународни уговори* 9/2003).

⁷ Convention on the Rights of the Child, U.N.T.S. Vol. 1577, p. 3. усвојена је 20. новембра 1989. у Њујорку, а ступила је на снагу 2. септембра 1990. године. СФРЈ је ратификовала конвенцију (*Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори* 15/90).

члана 3 Конвенције о правима детета, и то због тога што ће се покидати његове везе са пријатељима и родбином у земљи у којој је до тада боравило. Такође, пресељењем се утиче и на право другог родитеља на породични живот на основу члана 8 Европске конвенције о људским правима, јер му се отежава одржавање контакта са дететом. На пример, уместо физичког контакта, родитељ који остаје у ранијој земљи боравка одржаваће контакт са дететом путем средстава комуникације на даљину (телефон, интернет) који не омогућавају успостављање истог степена блискости.

Право детета и родитеља да се преселе у другу земљу, укључујући и земљу порекла, регулисано је чланом 10, став 2 Конвенције о правима детета: „Стране уговорнице ће поштовати право детета и његових родитеља да напусте сваку земљу, укључујући и сопствену, као и да уђу у своју земљу.“ Истим чланом је предвиђено да се право на напуштање било које земље може ограничити само законом, и то, између осталог, ради заштите слобода и права других. Осим што се том одредбом, која је инспирисана чланом 12, став 4 Међународног пакта о грађанским и политичким правима, родитељима и детету гарантује слобода кретања, њен циљ је и да омогући деци која су географски раздвојена од родитеља, услед развода или из других разлога, да одрже везе са оба родитеља (Tobin 2019, 359).

3. ХАШКА КОНВЕНЦИЈА О ОТМИЦИ И ПРОМЕЊЕНЕ ДРУШТВЕНЕ ПРИЛИКЕ

3.1. Хашка конвенција о отмици

Како се истиче у доктрини, Хашка конвенција о отмици директно је повезана са питањем пресељења детета јер пресељење представља законито одвођење детета из места уобичајеног боравишта, а отмица је његово незаконито одвођење из тог места (Medić 2015, 124). Према Конвенцији, одвођење детета из државе његовог уобичајеног боравишта сматра се незаконитим: а) ако представља повреду права на старање које је добило лице или институција у тој држави по праву те државе у тренутку који непосредно претходи одвођењу и б) ако су се у време одвођења права на старање остваривала или би се остваривала да није дошло до одвођења.⁸ У највећем броју случајева, лице чије је

⁸ Хашка конвенција о отмици, чл. 3, ст. 1.

право на старање повређено је други родитељ, а институција која врши одређена права на старање може бити државни орган старатељства или, у многим државама *common law* система, суд. Право на старање може се стећи пре свега *ipso jure*, према праву уобичајеног боравишта детета, али такође и на основу судске одлуке, одлуке органа управе или на основу споразума родитеља који има правно дејство по праву те државе.⁹

За законитост одвођења меродавно је право државе у којој је дете имало уобичајено боравиште непосредно пре одвођења. Ако се утврди да је по том праву одвођење било незаконито, а од дана одвођења до дана покретања поступка пред надлежним судом протекло је мање од годину дана, суд државе у коју је дете доведено има обавезу, предвиђену у члану 12 Хашке конвенције о отмици, да наложи хитан повратак детета у земљу уобичајеног боравишта. Ако се пак утврди да одвођење није било незаконито, Конвенција о отмици се не примењује и надлежни суд није дужан да наложи повратак детета у земљу уобичајеног боравишта. Предвиђени су одређени изузеци од обавезе да се наложи повратак детета и ако је одвођење било незаконито, и то у члановима 13 и 20 Конвенције. Према члану 13, став 1, тачка б), суд није дужан да наложи повратак када лице које се супротставља повратку докаже да постоји озбиљна опасност да би повратак изложио дете физичкој опасности или психичкој трауми или би га на други начин довео у неподношљив положај. Према члану 20, повратак се може одбити ако би то представљало кршење основних принципа заштите људских права и основних слобода државе чији суд одлучује.

У процени да ли је одвођење детета из државе уобичајеног боравишта било незаконито највећи значај има појам „право на старање“. Посебно, у случајевима када дете одводи примарни родитељ, поставља се питање да ли други родитељ има „право на старање“ (*rights of custody, le droit de garde*) у смислу члана 3, став 1 Конвенције и, самим тим, да ли је пресељење детета у другу земљу без његове сагласности повреда његовог права на старање или само повреда његовог права на виђање (*rights of access, le droit de visite*). За повреду права на виђање у Конвенцији није предвиђена санкција, док повреда права на старање повлачи обавезу за органе државе чланице да донесу одлуку на основу члана 12 конвенције којом се наређује хитан повратак детета у земљу уобичајеног боравишта (Schuz 2013, 149). Право на старање и право на виђање дефинисани су посебно, као аутономни појмови у члану 5 Хашке

⁹ Хашка конвенција о отмици, чл. 3, ст. 2.

конвенције о отмици.¹⁰ Према члану 5, израз „право на старање“ обухвата право на одређивање места боравка детета, али не и израз „право на виђање“. Према томе, за одговор на питање да ли родитељ који захтева повратак детета због отмице има право старања у смислу Конвенције, веома је битно како су регулисана његова овлашћења у меродавном праву. Прво се утврђује да ли по праву државе уобичајеног боравишта тај родитељ има одређена овлашћења која се односе на старање о личности детета или по меродавном праву о свим питањима, укључујући и место боравка детета, самостално одлучује други родитељ, а затим се на основу тога изводи закључак о томе да ли родитељ – подносилац захтева – има право на старање у смислу члана 3, став 1 Хашке конвенције које је повређено одвођењем/задржавањем детета од другог родитеља (Schuz 2013, 147).

3.2. Ограничења права родитеља који се стара о детету да промени боравиште детета

У упоредном праву се могу уочити одређене разлике у правном регулисању права родитеља који се стара о детету да промени боравиште детета и права другог родитеља да учествује у доношењу одлуке о промени његовог боравишта.¹¹ У овом раду се не можемо детаљније бавити тим разликама већ ћемо само, помоћу неколико примера, указати на општи тренд.¹²

Према праву многих европских континенталних држава, родитељ коме је дете поверено на самостално старање може да донесе одлуку о пресељењу без сагласности другог родитеља. На пример, према немачком праву, родитељ који се самостално стара о детету има право

¹⁰ Чланом 5 Хашке конвенције предвиђено је: „У смислу ове конвенције израз: а) ‘право на старање’ укључује права која се односе на старање о личности детета, а посебно право на одређивање места боравка детета; б) ‘право на виђење’ укључује право да се дете за одређени период времена одведе ван места сталног боравка.“

¹¹ Конвенција о правима детета, члан 9, став 1: „Стране уговорнице ће обезбедити да дете не буде одвојено од својих родитеља против њихове воље, осим када надлежне власти, уз судски надзор, одреде у складу са важећим законом и поступком, да је такво одвајање неопходно у најбољем интересу детета. Таква одлука може бити неопходна у одређеном случају, као нпр. ако родитељи злостављају или занемарују дете или живе одвојено па се мора донети одлука о месту становања детета.“

¹² Детаљно о правном регулисању права на пресељење детета и новинама у упоредном праву видети у Новаковић 2020 138-172; Медић 2015.

да одреди боравиште детета.¹³ Према немачком праву, пресељење са дететом у иностранство без сагласности другог родитеља законито је ако родитељ самостално врши родитељско право. Сагласност другог родитеља се захтева само у случају када родитељи заједнички врше родитељско право.¹⁴ Кад родитељи који заједнички врше родитељско право не могу да се сагласе о пресељењу детета, породични суд може, на захтев једног од родитеља, доделити једном од родитеља право да одлучи о промени боравишта.¹⁵ Суд одлучује шта је у најбољем интересу детета, узимајући у обзир конкретне околности случаја и легитимне интересе свих учесника у поступку.¹⁶

Осим тога, када родитељ најави пресељење у иностранство, родитељ са којим дете не живи, али који заједнички врши родитељско право, може од породичног суда тражити, на основу члана 1671, став 1 Грађанског законика Немачке, да се њему додели самостално вршење родитељског права или право да он одлучи о боравишту детета. Суд ће тада донети одлуку тражене садржине ако је то у најбољем интересу детета, с тим што ће водити рачуна и о мишљењу детета уколико је оно достигло узраст од 14 година.

У системима у којима родитељ који самостално врши родитељско право може сам да одлучи о промени боравишта детета, други родитељ нема „право на старање“ у смислу Хашке конвенције те се пресељење детета у другу земљу неће сматрати незаконитим одвођењем у смислу Хашке конвенције о отмици. Ипак, у Немачкој и другим континенталним државама Европе случајеви када родитељ самостално врши родитељско право су ретки. По правилу, родитељи и после развода

¹³ *Bürgerliches Gesetzbuch*, чл. 1626, ст. 1. Право родитеља који самостално врши родитељско право да доноси битне одлуке без сагласности другог родитеља предвиђено је и правом Аустрије (*Kindschafts- und Namensrecht-Änderungsgesetz* 2013) (BGBl I 2013/15, параграф 162). Родитељ који самостално врши родитељско право дужан је да о својој намери пресељења из Аустрије у иностранство унапред обавести другог родитеља, који тада може да изјави да се противи пресељењу и да покрене поступак пред судом за промену одлуке о вршењу родитељског права. Суд у поступку одлучивања може донети привремену меру којом се забрањује одлазак родитеља и детета док се спор не реши. *Außerstreitgesetz*, чл. 107, ст. 3.

¹⁴ Исто је предвиђено и у праву Холандије и Шведске. О условима за законито пресељење родитеља са дететом у иностранство по праву држава ЕУ видети веб-сајт европске мреже судија https://e-justice.europa.eu/289/EN/movingsettlement_abroad_with_children, последњи приступ 30. септембра 2021.

¹⁵ *Bürgerliches Gesetzbuch*, чл. 1628.

¹⁶ *Bürgerliches Gesetzbuch*, чл. 1697а.

брака или престанка ванбрачне заједнице и даље заједнички врше родитељско право, што има за последицу да примарни родитељ у већини случајева не може сам да донесе одлуку о пресељењу.¹⁷

Насупрот том систему налазе се права као што је наше, у којима један од родитеља после развода, на основу судске одлуке, по правилу самостално врши родитељско право, али је законом изричито предвиђено да „родитељ који не врши родитељско право има право и дужност... да о питањима која битно утичу на живот детета одлучује заједнички и споразумно са родитељем који врши родитељско право“.¹⁸ Родитељ који одлучује о питањима која битно утичу на живот детета има „право на старање“ у смислу Конвенције јер на основу самог закона има право да одлучује о промени боравишта детета.¹⁹ Одвођење детета из земље без сагласности тог родитеља или одлуке суда представљало би повреду његовог права на старање и сматрало би се незаконитим одвођењем.

У трећој групи правних система није предвиђено законско право родитеља да спречи промену боравишта, али се то право може накнадно конституисати судском одлуком, тако што родитељ који нема право старања може затражити од суда да донесе одлуку или привремену меру којом се родитељу који се стара о детету забрањује да одведе дете из те земље или да га одведе без сагласности другог родитеља. Те забране – *ne exeat orders* – посебно су заступљене у *common law* јурисдикцијама. Врховни суд САД је 2010. године већином гласова одлучио да родитељ чија је сагласност потребна за извођење детета из земље на основу *ne exeat order* има „право на старање“ у смислу Хашке конвенције о отмици.²⁰ Сходно томе, одвођење детета из земље противно таквој забрани

¹⁷ Осим тога, у пракси се показује да судови све чешће нису вољни да дозволе пресељење родитељу који се примарно стара о детету уколико родитељи на основу закона, судске одлуке или споразума заједнички врше родитељско право. Schuz 2021, 28.

¹⁸ Породични закон, чл. 78, ст. 3. Слично правило садржи и аргентинско право. Видети Џелетовић 2021, 69.

¹⁹ Породични закон, члан 78, став 4. У праву Европске уније се сматра да лице има право старања (*rights of custody*), који год термин да се користи у националном праву, уколико на основу судске одлуке, закона или споразума који има правно дејство по праву државе у којој дете има уобичајено боравиште лице које је титулар родитељског права не може без његовог пристанка да одлучи о месту боравка детета. *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*, преамбула, пасус 18.

²⁰ *Abbott v. Abbott*, 560 U.S. 1(2010). У овом предмету, мајка, држављанка САД, довела је дете у САД без сагласности оца, супротно чилеанском праву које је оцу давало право да буде консултован уколико би мајка којој је било поверено право на старање одлучила да се одсели из Чилеа.

мора се, по америчком праву, сматрати незаконитим одвођењем у смислу конвенције.²¹ На тај начин, родитељ који ради заштите права на виђање детета издејствује од суда забрану одвођења детета у иностранство стиче правно средство којим може да оствари повратак детета у своју земљу (Silberman 2011, 738). Суд је, између осталог, истакао значај права родитеља да одлучи о томе у којој ће земљи дете имати боравиште јер „мало је одлука које су толико значајне као што је одлука о језику којим дете говори, идентитету који ће пронаћи и култури и традицији које ће постепено упити“.²²

Можемо закључити да је општи тренд у упоредном праву да се ограниче права примарног родитеља да промени боравиште детета без сагласности другог родитеља, било тако што ће оба родитеља и после развода брака задржати заједничко правно или фактичко вршење родитељског права, било тако што ће родитељ коме није поверено право на старање имати право вета у односу на пресељење детета (Schuz 2013, 72).

Према томе, ако примарни родитељ покуша да се са дететом досели у земљу порекла кршењем права о пресељењу стране државе у којој су он и дете у том тренутку имали уобичајено боравиште, може бити оптужен за отмицу детета и приморан одлуком суда земље порекла да се са дететом врати у страну земљу из које је дошао (Silberman 2011, 742). Такође, излаже се ризику да му због отмице буде одузето право на старање о детету у земљи уобичајеног боравишта.²³ С друге стране, ако жели да на законит начин оствари пресељење, мораће да води дуготрајан и скуп судски поступак – судски маратон²⁴ – у земљи у којој је странац против другог родитеља, уз ризик да му суд у држави уобичајеног боравишта забрани да напушта земљу или промени одлуку о старању о детету и додели га другом родитељу. Практично, родитељ

²¹ Детаљно о одлукама које су претходиле заузимању става Врховног суда САД видети Medić 2015, 127–130.

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

²³ Да је тај ризик реалан, потврђују и чињенична стања у предметима који се појављују пред Европским судом за људска права, где суд уобичајеног боравишта често мења одлуку о старању и поверава дете на старање оцу, након што је мајка, по мишљењу суда незаконито, одвела дете у своју земљу. Видети, на пример, одлуке у предметима *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, пасус 23.

који жели да се врати у земљу порекла биће стављен пред непријатан избор. Мораће да бира између права на повратак у сопствену земљу и права на породични живот са дететом о коме се до тада старао и да се бори пред судом за остварење оба права уз велике финансијске и емоционалне жртве и са неизвесним исходом.²⁵ У таквој ситуацији и права детета ће бити угрожена јер ће, ако му се ускрати право на пресељење, морати да се растане од родитеља који се о њему до тада старао.

3.3. Промењене друштвене прилике

Када је Хашка конвенција о отмици усвојена, пре четрдесет и више година, сматрало се да ће њена основна намена бити да спречи родитеље којима није било додељено право на старање (у то време, обично очеве) (Silberman 2011, 736) да без сагласности родитеља који се стара о детету одведу дете у земљу порекла у којој би, пред судом државе порекла, издејствовали промену одлуке о старању у сопствену корист.²⁶ Пракса је показала да је далеко већи број случајева у којима је отмичар у ствари родитељ који се примарно стара о детету и који не може да прибави сагласност другог родитеља за пресељење детета у другу земљу. Та друга земља је, по правилу, земља порекла отмичара.

Примећено је да се у улози родитеља отмичара који по сваку цену жели да се са дететом врати у земљу порекла налази, по правилу, мајка детета²⁷ (Schuz 2021, 4). Истакнути су бројни социјални и економски фактори који мотивишу мајке да посегну за незаконитим одвођењем, као што су немогућност остваривања егзистенције у иностраној држави, тражење уточишта од породичног насиља бившег партнера, помоћ породице и друштвене везе у држави порекла,²⁸ и упозорено је да сувише

²⁵ Како се истиче, што је регулатива о пресељењу у земљи уобичајеног боравишта строжа и што је мања вероватноћа да ће пред судом стране државе успети да остваре право на пресељење у своју земљу, родитељи који се старају о детету се чешће одлучују на очајнички корак да покушају да незаконито одведу дете. Medić 2015, 125.

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

²⁷ Према статистици из 2015. године, мајке се јављају као отмичари у 73% случајева, а у 83% случаја отмичар се самостално или заједно са другим родитељем стара о детету. Tobin 2019, 371.

²⁸ „...[3]начајан број отмица које су извршиле мајке привлачи пажњу на судбину жена које се настањују у држави порекла мушкарца и у њој заснивају породицу мада тамо не располажу сопственом мрежом друштвених и

ригидна и неиздиференцирана примена обавеза из Хашке конвенције о отмици може довести до ускраћивања људских права мајци и детету.²⁹ Основни циљ конвенције је да заштити децу од штетних последица међународне отмице,³⁰ које се огледају у томе да је дете истргнуто из породичне и друштвене средине у којој је укоренењено. Међутим, када је у питању пресељење детета са родитељем који се стара о њему, то штетно дејство се не мора манифестовати истом јачином јер породична средина остаје већим делом непромењена, пошто је дете и пре одласка у другу земљу живело са тим истим родитељем.³¹

економских веза. Ако дође до расанка овог пара, мајци је отворено врло мало путева за остваривање пристојне егзистенције за себе и за дете, док повратак у сопствену земљу порекла обећава лаку интеграцију под окриљем породице и ранијег животног миљеа. [...] Далеко од тога да мајка као извршилац отмице увек то ради из егоистичних побуда, да би нашкодила другом родитељу, него често због тога што је разоружана, па и безнадежна у свом положају самохране мајке која подиже дете у страниј земљи. При примени Конвенције која у први план ставља интересе детета не могу се затварати очи пред оваквим ситуацијама. Хашка конвенција о отмици представља искључиво инструмент заштите деце од отмице и за случај отмице, а не средство намењено за санкционисање понашања родитеља који је извршилац отмице.“ Bucher 2009, 490; Mondekova 2013, 15–17.

²⁹ „Практична последица повратка детета у државу из које су отишли састоји се редовно у томе да дете и родитељ отмицар тамо морају да чекају доношење коначне одлуке о вршењу родитељског права, пре но што им буде допуштено да се врате у државу у којој су потражили уточиште јер ће, као што је очекивано, вршење родитељског права бити додељено мајци и уједно регулисано комплементарно право оца на виђање детета. [Фуснота: Често се, нажалост, срећу судске одлуке које додуше додељују право на вршење родитељског права мајци, али уз резерву да она не сме да напусти територију државе која је у питању и да одведе дете, како би се обезбедило право оца на виђање детета и на одржавање контаката са дететом. Познато је, међутим, да у пракси отац често није заинтересован да оствари право на старање о детету, већ се служи Конвенцијом као полугом да још више погорша односе са мајком и да јој ускрати могућност да води сопствени живот. Дефинитивно, Конвенција од 1980. године у таквом случају штити доминантну улогу оца, на штету слободе кретања мајке која међутим носи главни терет подизања детета. Тако Конвенција индиректно доприноси консолидацији стања које мајка тешко може поднети, а на тај начин негативно утиче и на живот детета.]“ Bucher 2009, 492.

³⁰ Хашка конвенција о отмици, Преамбула.

³¹ У прилог томе може се навести и извештај известиоца приликом доношења Хашке конвенције о отмици: „Мада су проблеми који могу да проистекне из кршења права на виђање, нарочито ако дете у иностранство одведе родитељ који се стара о њему, били предмет расправе на Четрнаестој седници, преовладало је схватање да такве ситуације не могу да се ставе у исту категорију као незаконита одвођења која Конвенција треба да спречи.“ Explanatory Report by Elisa Pérez-Vera, 445.

4. ОДЛУКЕ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА И УСТАВНОГ СУДА СРБИЈЕ О ПРИМЕНИ ХАШКЕ КОНВЕНЦИЈЕ И ПРАВО НА ПОВРАТАК У ЗЕМЉУ ПОРЕКЛА

4.1. Европски суд за људска права

О низу спорних питања која се јављају у контексту примене Хашке конвенције о отмици деце изјаснио се Европски суд за људска права. Иако тај суд одлучује искључиво о повреди Европске конвенције о људским правима, приликом одлучивања узима у обзир и остале ме-родавне међународноправне изворе (Хашку конвенцију о отмици и Конвенцију о правима детета), често разматрајући њихов положај у односу на Европску конвенцију. Постоји више одлука Европског суда за људска права којима се може илустровати однос Хашке конвенције о отмици деце и Европске конвенције за заштиту људских права, али су за потребе овог рада одабране само најважније. Те одлуке пружају и информације о заштити права и интереса примарног родитеља који одводи дете, о чијим правима и интересима не постоје одредбе у Хашкој конвенцији о отмици деце.

4.1.1. *Нојлингер и Шурук против Швајцарске*³²

Међу најважнијим одлукама о примени Хашке конвенције о отмици у контексту Европске конвенције о заштити људских права истиче се пресуда у предмету *Нојлингер и Шурук*,³³ у којем је прво одлучивало Веће чији је став Велико веће преиначило. Чињеница да се о односу два међународна уговора изјаснило Велико веће сведочи о посебном значају те пресуде, у којој је Велико веће поставило и стандарде за примену Хашке конвенције о отмици. У ранијој пракси Европски суд је обично одбијао представке родитеља који су извршили отмицу поднете на основу члана 8 Европске конвенције и сматрао је да се правична равно-

³² *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, Application no. 41615/07, ECtHR Grand Chamber, Judgment (Merits) of 6 July 2010 (у даљем тексту: *Нојлингер и Шурук*, пресуда Великог већа).

³³ Европски суд за људска права је о сличним захтевима одлучивао и пре ове одлуке: *Mautousseau and Washington*, App. no. 39388/05, Judgment (Merits) of 6 December 2007; *Bianchi v. Switzerland*, App. no. 7548/04, Judgment (Merits 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 итд.

тежа између интереса родитеља и детета постиже строгом применом хитног поступка за повратак детета прописаног Хашком конвенцијом. Ризик одвајања од родитеља који је отео дете није се прихватио као аргумент за примену члана 13, став 1, тачка б Хашке конвенције о отмици и најбољи интерес детета није играо велику улогу у тумачењу тог изузетка (Fawcett, Shuilleabháin, Shah 2016, 13–46). Одлука у предмету *Нојлингер и Шурук* променила је праксу Суда.

Тужиоци, мајка и син, држављани Швајцарске,³⁴ оспоравали су одлуку швајцарског суда, донету на основу Хашке конвенције о отмици, којом је наложен повратак детета из Швајцарске у Израел. Тужиоци су сматрали да би извршењем те одлуке било повређено, између осталог, њихово право на породични живот из члана 8 Европске конвенције и да је због рестриктивног тумачења изузетака од обавезе да се наложи повратак прописаних чланом 13 Хашке конвенције повређен члан 6 Европске конвенције.

Мајка се, као швајцарска држављанка, доселила у Израел, где је стекла држављанство и ступила у брак са држављанином Израела. Убрзо после рођења сина наступили су проблеми у браку, између осталог и због тога што се отац детета прикључио радикалном верском покрету. Из страха да би дете могло да буде одведено у иностранство у верску заједницу којој је припадао отац без њеног знања, мајка је од израелског суда затражила доношење *ne exeat order*. Суд је захтев усвојио, а две недеље касније донео је и одлуку којом се дете привремено поверава мајци на старање (*temporary custody*), а оцу додељује ограничено право на виђање детета,³⁵ док вршење родитељског права (*guardianship*) остаје заједничко. Уследили су предлог социјалних служби о одвојеном животу родитеља, пријава мајке поднета против оца због насиља у породици, забрана оцу да без надзора виђа дете и, коначно, развод брака. Одлуком о разводу није се променила претходна одлука о заједничком вршењу родитељског права. Мајка је потом напустила Израел и двогодишњег сина кришом пренела преко границе, без знања граничне полиције и оца и супротно одлуци израелског суда да дете не сме бити одведено из земље. Скоро годину дана касније, уз помоћ Интерполове потраге, мајка и син су пронађени у Швајцарској. Отац је покренуо поступак за повратак детета у Израел пред швајцарским судовима.

³⁴ Дечак је, осим швајцарског, имао и држављанство Израела. *Нојлингер и Шурук*, пресуда Великог већа, пасус 17.

³⁵ Једном у две недеље на два сата под надзором израелске службе социјалног старања. *Нојлингер и Шурук*, пресуда Великог већа, пасус 34.

Швајцарски судови су првобитно одбили захтев за повратак, позивајући се на изузетак из члана 13, став 1, тачка б) Хашке конвенције (опасност да би повратак изложио дете физичкој опасности, психичкој трауми или га на други начин довео у неподношљив положај),³⁶ али је Савезни суд у последњем (трећем) степену наложио да се дете врати у Израел.

Сматрајући да би им извршење те одлуке повредило право на породични живот, мајка је у своје име и у име свог сина покренула поступак против Швајцарске пред Европским судом за људска права. Веће Европског суда је установило да то питање припада пољу примене члана 8 Европске конвенције јер би последица повратка детета у Израел могло да буде раздвајање детета од мајке, чиме би њихов однос био промењен управо због поступања швајцарских државних органа. Веће је издало и привремену меру којом је одложио извршење одлуке о повратку до окончања поступка.³⁷ Тумачење члана 8 Веће везује за Хашку конвенцију о отмици деце и Конвенцију УН о правима детета и начелно закључује да у оба инструмента постоји стандард „најбољег интереса детета“. Централно питање за Веће у првостепеном поступку био је изузетак из члана 13 Хашке конвенције о отмици детета. Мајка је навела да постоји више препрека због којих она не може да се врати у Израел, те би дете морало да се врати само, што би га изложило психичкој трауми услед раздвајања од мајке и ставило у неподношљив положај.³⁸ Према мишљењу Већа, наведене препреке за повратак мајке у Израел нису биле непремостиве, тако да је закључило да се од мајке сасвим оправдано може очекивати да се са дететом врати у

³⁶ Швајцарским законом из 2007. године којим је спроведена Хашка конвенција о отмици предвиђено је да ће повратак довести дете у неподношљив положај ако: а) поверавање детета родитељу који је тражио повратак очигледно није у најбољем интересу детета; б) родитељ отмичар, имајући у виду све околности, није у прилици да се стара о детету у земљи у којој је дете имало уобичајено боравиште непосредно пре одвођења или ако се то не може разумно захтевати од тог родитеља и в) поверавање детета у хранитељску породицу очигледно није у најбољем интересу детета. *Loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes*, члан 5.

³⁷ *Нојлингер и Шурук*, пресуда Великог већа, пасус 5.

³⁸ Мајка је навела више разлога због којих не би могла да се врати у Израел: претње смрћу које јој упутио бивши супруг, кривични поступак због отмице детета и могућа затворска казна, други поступци које би њен бивши супруг могао да води против ње, верски фанатизам оца, због чега не би могла равноправно да учествује у васпитавању детета и др. *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, Application no. 41615/07, ECtHR Chamber, Judgment (Merits) of 8 January 2009, пасуси 85–92 (у даљем тексту: *Нојлингер и Шурук*, пресуда Већа).

Израел³⁹ и да је повратак у Израел у најбољем интересу детета јер би му омогућио да одраста у окружењу у коме би могао да одржава контакт са оба родитеља, те да је обавеза мајке да постигне споразум са оцем о образовању, боравишту и старању о детету.⁴⁰ Одлука је донета тесном већином са четири гласа према три, а судије које су остале у мањини су у издвојеним мишљењима критиковале став већине, између осталог и због пропуста да се адекватно заштити интерес мајке.

У поступку пред Великим већем став Европског суда се променио. Иако се Велико веће сложило са оценом из првостепене пресуде да је одвођење детета било незаконито у смислу Хашке конвенције о отмици те да је одлука швајцарског суда оправдано заснована на тој конвенцији и због тога и донета на основу закона (што је иначе први корак у испитивању дозвољености ограничења права на приватност и породични живот), ради постизања оправданог циља (заштита права и интереса других, у овом случају оца и детета), није се сложило са првостепеним Већем да је одлука о повратку детета сразмерна заштити интереса оца и детета. Иако је одлука оправдано заснована на Хашкој конвенцији о отмици, национални суд и Веће Европског суда погрешили су у процени о томе да ли би повратак детета, чак и на основу те конвенције, био у његовом најбољем интересу и да ли су интереси мајке, гарантовани чланом 8, адекватно заштићени приликом извршења те одлуке. Пошто је Европска конвенција инструмент јавног поретка, сваку примену других правних инструмената, чак и када је реч о међународним уговорима као што је Хашка конвенција о отмици, треба ускладити са гаранцијама из Европске конвенције о заштити људских права. При примени Хашке конвенције о отмици треба заштитити интересе оба родитеља и онај интерес детета који је за њега најбољи.

Велико веће је позивањем на члан 8 Европске конвенције најавило одступање од ригидног и формалистичког приступа поступку повратка детета који је до тада преовлађивао у пракси судова држава чланица:

³⁹ „С овим у вези Суд сматра да је неопходно испитати да ли се и за мајку може предвидети могућност повратка у Израел. Суд указује на то да је мајка самостално одлучила 1999. године да се настани у Израелу и да је потом тамо засновала породицу са оцем свог детета. Живела је тамо шест година тако да је у Израелу сигурно, бар у одређеној мери, изградила друштвени живот. Била је запослена у мултинационалног компанији за коју сада ради у Лозани. Пошто није изнела никакве друге разлоге због којих не би могла да живи у Израелу, Суд сматра да се од ње може очекивати да се врати у ту земљу.“
Нојлингер и Шурук, пресуда Већа, пасус 88.

⁴⁰ *Нојлингер и Шурук*, пресуда Већа, пасус 90.

„Из члана 8 следи да се не може наложити повратак детета по аутоматизму или механички када су испуњени услови за примену Хашке конвенције. Најбољи интерес детета, из перспективе личног развоја, зависи од више индивидуалних чинилаца, нарочито узраста и зрелости детета, присуства или одсуства родитеља, његовог окружења и искуства [...]. Из ових разлога најбољи интерес детета се мора утврђивати у сваком конкретном случају. То је првенствено задатак националних органа који су у бољем положају јер могу остварити непосредан контакт са заинтересованим лицима. У том циљу они уживају одређено поље слободне процене које је, ипак, подвргнуто европском надзору, где Суд контролише, на основу Конвенције, одлуке које су ови органи донели приликом вршења ових овлашћења.“⁴¹

Ако је одлучивање о повратку детета ослобођено формализма и не мора аутоматски довести до усвајања захтева за повратак, суд који одлучује треба да процени да ли је у најбољем интересу детета да се врати у земљу уобичајеног боравишта, не само због времена које је евентуално протекло од доласка у нову земљу због чега је дете могло да стекне блиске везе у новој средини, већ и зато што је спреченост родитеља који се стара о детету да се врати заједно са њим такође један од фактора приликом одлучивања о најбољем интересу детета. Јер се у таквим ситуацијама увек се намеће процена о томе шта је важније: интерес детета да одржи редовне породичне везе и са другим родитељем или интерес детета да се не раздваја од родитеља који се до тада старао о њему. Европски суд закључује да би извршење швајцарске одлуке о повратку било несразмерно циљу заштите интереса оца и детета и да би оно представљало повреду права детета и мајке ако би мајка била принуђена да се врати у Израел.

Европски суд је у предмету *Нојлингер и Шурук* формулисао и начела за примену члана 8 Европске конвенције у случајевима који захтевају примену Хашке конвенције о отмици.⁴² Став Суда је делом заснован на уобичајеним начелима која примењује и у другим предметима, као што је правило о системском тумачењу Европске конвенције, из чега проистиче да се у предметима одвођења деце члан 8 Европске конвенције тумачи у светлу Конвенције о правима детета и Хашке конвенције о отмици. Надаље, Европски суд има надлежност да преиспитује рад националних државних органа и проверава да ли су они водили рачуна о гаранцијама из Европске конвенције, а нарочито о члану 8 приликом тумачења и примене Хашке конвенције. Обавеза је националних

⁴¹ *Нојлингер и Шурук*, пресуда Великог већа, пасус 138.

⁴² *Нојлингер и Шурук*, пресуда Великог већа, пасуси 131–140.

органа да воде рачуна о различитим интересима, интересу детета и оба родитеља и јавном интересу, тако да се успостави правична равнотежа између ових интереса, али да том приликом највећу заштиту треба пружити најбољем интересу детета. Према мишљењу Европског суда, најбољи интерес детета има два елемента: први, одржање породичних веза кад год је то могуће и други, одрастање у сигурном окружењу које родитељ нема право да му ускрати позивањем на члан 8.⁴³ Право детета да се развија на одговарајућем месту има превагу над интересом родитеља чак и када се тај интерес заснива на праву тог родитеља на породични живот. Национални поступак за повратак детета у државу уобичајеног боравишта на основу Хашке конвенције о отмици не сме бити аутоматски нити механички јер и сама Хашка конвенција познаје низ изузетака који могу отклонити доношење одлуке о повратку. Иако национални органи уживају поље слободне процене, јер су у најбољем положају да се упознају са конкретним околностима случаја, њихова одлука је подвргнута контроли Европског суда који има и додатно овлашћење да провери да ли је у поступку посвећено довољно пажње свим околностима које су важне за доношење коначне одлуке о повратку детета на основу Хашке конвенције о отмици.

На овом месту треба подсетити да су у време када је мајка са дететом напустила Израел оба родитеља заједнички вршила родитељско право, да је мајка имала привремено право на старање, отац ограничено право на виђање детета и да је на снази била *no exeat order*. Европски суд је зато закључио да је одвођење било незаконито. Међутим, у процени да ли је ограничење права детета и мајке из члана 8 Европске конвенције оправдано и сразмерно заштити интереса оца, Европски суд узима у обзир целокупну породичну ситуацију, узраст детета и његов однос са мајком. У процени најважнијег од свих интереса, најбољег интереса детета, Европски суд инсистира на његовој процени из перспективе личног развоја детета који обухвата више личних фактора, нарочито „узраст и зрелост детета, присуство или одсуство родитеља, окружење и његова искуства“.⁴⁴ У конкретном случају, Европском суду је било јасно да раздвајање детета од мајке „не би било у интересу детета, јер је први тужилац [мајка] вероватно једино лице са којим оно [дете] има близак однос“.⁴⁵ Још један важан фактор је околност што је одведено двогодишње дете швајцарског држављанства које се добро уклопило

⁴³ *Нојлингер и Шурук*, пресуда Великог већа, пасус 136.

⁴⁴ *Нојлингер и Шурук*, пресуда Великог већа, пасус 138.

⁴⁵ *Нојлингер и Шурук*, пресуда Великог већа, пасус 149.

у нову средину у којој живи непрекидно од доласка⁴⁶ (до изрицања привремених мера две године, а до одлучивања пред Великим већем пет година). Протеком времена, према мишљењу Европског суда, слаби значај и функција Хашке конвенције о отмици.⁴⁷ Уклапање у нову средину је важан фактор за одбијање повратка на основу члана 12 Хашке конвенције о отмици,⁴⁸ тако да је извршење одлуке о повратку после дужег времена не само беспредметно већ и штетно по најбоље интересе детета.

Појединим судијама Великог већа привукла је пажњу аргументација Већа у делу који се односи на обавезу мајке, да се због детета врати у Израел упркос значајним препрекама и по њу неповољним околностима.⁴⁹ Мишљење судија се овде ослања не само на право на породични живот већ и на слободу кретања: „Хашка конвенција се бави незаконитом отмицом деце и конституише обавезе за државе чланице да обезбеде хитан повратак деце у државу из које су одведена. Она се не може тумачити на начин који би обавезао родитеља или неко друго лице које је одговорно за отмицу да се и оно врати у ту земљу. Таква обавеза, по мом сазнању, не постоји ни по другим прописима Швајцарске. Када би се Хашка конвенција примењивала на такав начин, то би у стварности значило да би лице могло бити ‘осуђено’ да живи ван земље порекла дуги низ година што би подразумевало низ компликација, и то само зато што се сматра да је у најбољем интересу детета да има контакт са другим родитељем. По мом мишљењу то је супротно праву на поштовање, између осталог, приватног живота које је зајемчено чланом 8 Европске конвенције као и праву на слободу кретања из члана 2 Протокола бр. 4. [...] Према томе, сматрам да за доношење одлуке на основу Хашке конвенције није уопште релевантно испитивати да ли су

⁴⁶ *Нојлингер и Шурук*, пресуда Великог већа, пасус 147.

⁴⁷ *Нојлингер и Шурук*, пресуда Великог већа, пасус 145.

⁴⁸ *Нојлингер и Шурук*, пресуда Великог већа, пасуси 145–146. Европски суд је заузео став да би се на конкретан случај могла применити његова дотадашња пракса у вези са протеривањем странаца, према којој се, када се процењује сразмерност мере протеривања која се односи на дете које се уклопило у средину у земљи домаћину, мора узети у обзир најбољи интерес и добробит детета, а нарочито озбиљност потешкоћа са којима ће се дете вероватно суочити у земљи одредишта, као и чврстина друштвених, културних и породичних веза и са земљом домаћином и са земљом одредишта. Мора се узети у обзир и озбиљност потешкоћа са којима ће се чланови породице који би пратили протерано дете вероватно суочити у земљи одредишта.

⁴⁹ Веће је сматрало да не постоје препреке за мајку да се са дететом врати у Израел и да се због тога од ње може и очекивати да се врати. Видети пасус 88 пресуде Већа у преводу на српски језик у фусноти бр. 41.

мотиви одређеног лица да не живи у некој земљи оправдани што је у основи ове одлуке и сматрам да је неправилно улазити у испитивање тих мотива, јер само то лице има право да о томе одлучи.⁵⁰

Нојлингер и Шурук је једна од најважнијих одлука Европског суда за људска права о примени и тумачењу Хашке конвенције о отмици, не само зато што је променила ранију праксу Суда већ и зато што је потврдила примат члана 8 Европске конвенције, понудила тумачење стандарда најбољег интереса детета које може отклонити примену одлуке о повратку донете на основу Хашке конвенције о отмици и омогућила заштиту права на породични живот родитеља који је одвео дете и његово право да се не врати у земљу из које је отишао, а да при томе не буде лишен блиског односа са дететом. Европски суд третира одлуку о повратку детета истовремено и као одлуку о повратку родитеља који се примарно стара о детету, због чега та одлука завређује посебну и одвојену процену о евентуалној повреди његових права у светлу члана 8 Европске конвенције.⁵¹

4.1.2. *X против Летоније*⁵²

Процена најбољег интереса детета и родитеља у контексту одвођења детета у земљу порекла мајке нашла се поново на дневном реду Великог већа Европског суда три године после пресуде у предмету *Нојлингер и Шурук*. Европски суд је од доношења те пресуде без већих проблема и у редовним поступцима пред већима прихватио примену утврђених начела.⁵³ Слично је било и у предмету *X против Летоније*, у којем је Веће утврдило повреду члана 8 Европске конвенције, али се на захтев тужене државе питање нашло и пред Великим већем.

⁵⁰ Мишљење судије Лоренцена којем се придружила судија Калађијева, *Нојлингер и Шурук*, пресуда Великог већа, 54.

⁵¹ „Мајка би претрпела несразмерно ограничење свог права на поштовање породичног живота ако би била принуђена да се врати са сином у Израел. Према томе, дошло би до повреде члана 8 Конвенције у погледу оба тужиоца ако би се извршила одлука о повратку другог тужиоца у Израел.“ *Нојлингер и Шурук*, пресуда Великог већа, пасус 151.

⁵² *X v. Latvia*, Application no. 27853/09, ECtHR Grand Chamber, Judgment (Merits and Just Satisfaction) of 26 November 2013 (у даљем тексту: *X против Летоније*, пресуда Великог већа).

⁵³ *Šneerson 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.

Повод спора била је одлука летонског суда о повратку детета у Аустралију коју је мајка оспорила пред Европским судом за људска права на основу чланова 6 и 8 Европске конвенције. За време боравка у Аустралији, где је, осим летонског, стекла и аустралијско држављанство,⁵⁴ добила је дете из ванбрачне везе коју је засновала док је формално била у браку са другим мушкарцем. Идентитет оца није био службено утврђен. После погоршања односа са ванбрачним партнером, она се са трогодишњим дететом вратила у Летонију. Месец дана касније, ванбрачни партнер је покренуо поступак пред судовима у Аустралији за утврђивање очинства. Суд је утврдио очинство (на основу имејл порука, фотографија и његове изјаве) и донео одлуку о заједничком вршењу родитељског права. У року од месец дана покренут је поступак за повратак детета у Аустралију преко централног извршног органа Летоније. Летонски судови су наложили повратак детета у Аустралију и то у врло кратком року, одбивши мајчине аргументе да постоји озбиљна опасност да дете буде изложено психичкој трауми због раздвајања од мајке. У жалбеном поступку мајка се ослонила и на мишљење вештака о могућим траумама за дете о којем се старала искључиво мајка и пре доласка у Летонију. Дете је говорило искључиво летонски и једино је са мајком имало близак однос. Мајка се позивала и на лоше односе са оцем детета, историју злостављања и кривичне поступке који су били у току против њега. Навела је и да је повратак у Аустралију за њу нарочито тежак јер тамо нема запослење, а самим тим ни приходе за старање о себи и детету.⁵⁵ Жалбени суд је те аргументе одбио као недоказане, уз образложење да предмет поступка не обухвата одлучивање о поверавању детета на старање већ само његов повратак на основу Хашке конвенције, те да зато није у обавези да процењује опасност од психичке трауме за дете, док се о разлозима мајке против повратка у Аустралију није изјаснио. Одредио је рок за предају детета оцу од свега две недеље под претњом принудног извршења уз помоћ јавног извршитеља. Мајка је затражила привремену меру одлагања извршења, али пре него што је одржано рочиште отац се појавио у Летонији и приликом посете одвео је дете (трогодишњу девојчицу) у Естонију, одакле се са њом вратио у Аустралију. Пар месеци касније,

⁵⁴ Поједини аутори наводе да се мајка одрекла летонског држављанства приликом пријема у аустралијско држављанство. Као извор наводе пресуду Великог већа, пасус 9. Видети Beaumont *et al.* 2015, 40. Међутим, Велико веће у пасусу 9 наводи да је мајка била држављанка Летоније која је 2007. године такође стекла и аустралијско држављанство.

⁵⁵ *X v. Latvia*, Application no. 27853/09, ECtHR Chamber, Judgment (Merits and Just Satisfaction) of 13 December 2011, пасус 20 (у даљем тексту: *X против Летоније*, пресуда Већа).

суд у Аустралији доделио је оцу самостално право на старање о детету. Мајка је добила право на виђање детета под надзором социјалног радника. Суд јој је забранио да комуницира са дететом на летонском до његове једанаесте године, као и да комуницира са медијима, службама за старање о деци, школом и родитељима деце која похађају исте установе као и њено дете.⁵⁶ Да би била у могућности да виђа дете, мајка се преселила у Аустралију.⁵⁷

Пред Европским судом за људска права мајка је тражила да се утврди одговорност Летоније због одлука о повратку детета које, према њеном мишљењу, нису на адекватан начин процениле најбољи интерес детета нити су надлежни органи узели у обзир све околности приликом доношења одлуке. Први пут после предмета *Нојлингер и Шурук*, Велико веће је било у ситуацији да преиспита начела установљена у ранијој одлуци. Велико веће је већином гласова (девет према осам) утврдило повреду процесног дела члана 8 због пропуста летонских судова да детаљно испитају све релевантне околности у светлу најбољег интереса детета, а нарочито аргументе о изузетку из члана 13, став 1, тачка б) Хашке конвенције о отмици, који су важни за процену најбољег интереса детета. Пропуст летонског суда да узме у обзир налаз психолога о трауматским последицама одвајања од мајке био је главни основ да се утврди да је дошло до повреде позитивне процесне обавезе из члана 8 Европске конвенције,⁵⁸ али је додатни основ био и пропуст летонских судова да размотре наводе мајке о томе да ли је била у могућности да пође за својом ћерком у Аустралију и да са њом тамо остане у контакту.⁵⁹ Критика летонских судова заснована је на неколико прокламованих начела из пресуде *Нојлингер и Шурук*, од пропуста да се различити интереси једнако одмере, до начина вођења поступка, утврђивања и заштите најбољег интереса детета, чак и рокова који упркос разложима хитности морају бити утврђени имајући у виду осетљивост ситуације и положај трогодишњег детета у драматичној борби родитеља за родитељска права. Судови у Летонији морали су пажљивије да процене да ли је за дете заиста било најбоље да по хитном поступку буде враћено накнадно пронађеном оцу и одузето од мајке са којом је, сасвим јасно и без налаза вештака, морало имати близак однос. Велико

⁵⁶ *X против Летоније*, пресуда Великог већа, пасус 32.

⁵⁷ *X против Летоније*, пресуда Великог већа, пасус 33.

⁵⁸ Извештај Летоније о извршењу пресуде који је достављен Комитету министара Савета Европе. https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c5240, последњи приступ 30. септембра 2021.

⁵⁹ *X против Летоније*, пресуда Великог већа, пасус 117.

веће је увело и један нови захтев: када доносе одлуку да се дете врати у земљу уобичајеног боравишта, судови морају да утврде да ли су у тој земљи предузете одговарајуће мере обезбеђења, а у случају да постоји ризик од повратка, да ли су предузете конкретне мере заштите.⁶⁰ Међутим, победа пред Европским судом за тужитељку је била узалудна јер је стигла сувише касно.

Чињенице у овом предмету још драстичније показују незавидан положај родитеља за ког национални судови установе да је незаконито одвео дете у земљу порекла. Терет који су мајци наметнули аустралијски и летонски судови заједно ставили су је у скоро немогућ положај и пред врло тежак избор. Да би задржала контакт са дететом и умањила трауму коју дете трпи од одвајања прогнозирану у психолошком вештачењу, она се под врло тешким и практично казним условима које јој је наметнуо аустралијски суд преселила у земљу у којој није имала запослење, без извесности о будућем начину живота и мерама које би судство Аустралије могло предузети против ње. Вреди подсетити да је мајка непосредно пре одвођења самостално вршила родитељско право, док отац у том тренутку није званично ни био родитељ, па тако није ни могао да ужива право на старање нити право на виђање детета. У свом мишљењу уз пресуду, судија Пинто Албукерки је сматрао да управо због тих околности није ни дошло до незаконитог одвођења нити је могло бити речи о незаконитом задржавању. Другим речима, није уопште било места за примену Хашке конвенције о отмици.

4.1.3. Закључци о односу између Хашке конвенције о отмици деце и члана 8 Европске конвенције о заштити људских права

У својој пракси Европски суд се бави тумачењем одредаба меродавне конвенције полазећи од стандарда најбољег интереса детета који дозвољава да се узму у обзир све околности које могу бити од значаја за доношење одлуке о томе да се нареди повратак детета у земљу у којој је

⁶⁰ Полазећи од могућности да судови одбију повратак детета у случајевима када постоји озбиљан ризик да би повратак изложио дете физичкој опасности или психичкој трауми или га на други начин довео у неподношљив положај, законодавац Европске уније сугерише судовима држава чланица да пре него што одлуче да одбију повратак размотре да ли су предузете одговарајуће мере како би се дете заштитило од озбиљног ризика који се наводи у члану 13, став 1, тачка б) Хашке конвенције из 1980. године. 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, преамбула, пасуси 44–45.

имало уобичајено боравиште у тренутку пресељења. Иако Европски суд начелно има став и добру вољу да тумачи члан 8 Европске конвенције у светлу обавеза држава из Хашке конвенције о отмици деце, несагласности су могуће, чак и предвидљиве, због различитих претпоставки на којима су засноване те две конвенције. Док је Хашка конвенција процедуралног карактера и полази од обориве претпоставке да је повратак у земљу уобичајеног боравишта у најбољем интересу детета, пракса Европског суда полази од независне процене најбољег интереса детета која обухвата процесноправне и материјалноправне гаранције из области људских права (Keller, Heri 2015, 273–274). Предност коју Европски суд пружа гаранцијама из члана 8 Европске конвенције могуће је остварити на више начина, на пример: признањем статуса вишег права Европској конвенцији (инструмент јавног поретка), провером поштовања процесних гаранција из члана 8 у поступку одлучивања о повратку детета, друкчијим тумачењем стандарда најбољег интереса детета на који се ослања и Хашка конвенција о отмици или друкчијим тумачењем изузетака из члана 13 Хашке конвенције о отмици у односу на тумачење националних судова. Без обзира на механизам пружања приоритета члану 8, из општег режима примене и тумачења Европске конвенције, а нарочито у стварима одвођења деце, јасно је да примена Хашке конвенције о отмици захтева од националних органа држава чланица Европске конвенције о људским правима њену примену у свим фазама поступка или, речено језиком пресуде у предмету *Нојлингер и Шурук*, национални судови су дужни да спроведу „темељно испитивање целокупне породичне ситуације и читавог низа чинилаца... и да спроведу уравнотежену и разумну процену интереса свих лица при томе водећи рачуна о томе шта би било најбоље решење за отето дете у контексту захтева за његов повратак у земљу порекла“.⁶¹ Упркос раширеном ставу у теорији да је у предмету *Х против Летоније* Европски суд ублажио услове које члан 8 намеће националним органима у примени Хашке конвенције о отмици (Fawcett, Shúilleabháin, Shah 2015, 13–15; Kvisberg 2019, 91; Beaumont *et al.* 2015, 43),⁶² посебно у делу који

⁶¹ *Нојлингер и Шурук*, пресуда Великог већа, пасус 139.

⁶² У предмету *Х против Летоније* Европски суд је заиста направио једну ограду од одлуке у предмету *Нојлингер и Шурук* („У овим околностима Суд сматра да је потребно да разјасни да његови налази у пасусу 139 пресуде *Нојлингер и Шурук* не прописују начела за примену Хашке конвенције од стране националних судова.“ *Х против Летоније*, пресуда Великог већа, пасус 105). Ипак, Европски суд се и даље ослања на одлуку у предмету *Нојлингер и Шурук*, док је, према мишљењу појединих судија, стандард „ефективног испитивања околности“ из предмета *Х против Летоније* у суштини исти као стандард из пресуде *Нојлингер и Шурук*: „У светлу *Нојлингера и Шурука*,

се односи на темељно испитивање свих релевантних околности (Keller, Heri 2015, 285), став из пресуде *Нојлингер и Шурук* о стандарду процене положаја детета у светлу члана 13, став 1, тачка б) Хашке конвенције поново је потврђен у одлуци *М. К. против Грчке*⁶³ из 2018. године (Celis Aguilar 2020, 239). Уосталом, одлука у предмету *Х против Летоније* указује на значај стручне психолошке процене стања детета и његовог односа са родитељем отмицаром коју су национални органи дужни да узму у обзир у поступку на основу Хашке конвенције. Европски суд се и даље креће у оквиру изузетака предвиђених Хашком конвенцијом о отмици – захтев да се положај детета и целокупне породичне прилике темељно испитају у смислу изузетка из члана 13, став 1, тачка б) ради заштите права и интереса детета, не би смео да се тумачи као дерогирање Хашке конвенције о отмици детета.

У околностима када је постало правило да је отмицар родитељ који се примарно стара о детету, поставља се и захтев да се одлучивању приступи имајући у виду индивидуалну ситуацију и конкретне чињенице ради циљног и еволутивног тумачења Хашке конвенције.⁶⁴ Као посебан критеријум, независно од најбољег интереса детета који несумњиво подразумева одржавање блиске везе са родитељем, јавља се и могућност родитеља да напусти земљу порекла. Одлука о повратку детета индиректно налаже и родитељу отмицару да се врати са дететом јер у супротном може да изгуби блиску везу са дететом. Док је у предмету *Нојлингер и Шурук* Европски суд расправљао о том проблему не заузимајући јасан став, у предмету *Х против Летоније* став Европског суда је нешто јаснији, вероватно делом и због очигледно лошег положаја мајке проузрокованог пресељењем у Аустралију.

овакви процесни недостаци у домаћем поступку довољни су да се установи повреда члана 8, пошто није спроведено 'продубљено', односно, у новом жаргону Великог већа 'ефективно' испитивање које захтева члан 8. У суштини, Велико веће је поново применило тест из *Нојлингера* и *Шурука*.“ Мишљење судије Пинта де Албукеркија уз пресуду Великог већа у предмету *Х против Летоније*, стр. 46. О томе сведочи и сама одлука у летонском предмету јер се и овде Велико веће бавило околностима које је национални суд пропустио да узме у обзир, што је и довело до повреде члана 8.

⁶³ „Национални судови морају се посветити темељном испитивању целокупне породичне ситуације и читавог низа чинилаца.“ *М. К. v. Grèce*, Requête no 51312/16, Arrêt, 1er février 2018, пасус 75.

⁶⁴ Мишљење судије Пинта де Албукеркија уз пресуду Великог већа у предмету *Х против Летоније*, 42.

4.1.4. Пракса Суда на основу члана 3 Протокола бр. 4

У контексту праксе Европског суда мора се поменути и члан 3 Протокола бр. 4 уз Европску конвенцију (Забрана протеривања сопствених држављана и право сваког да се врати у своју земљу).⁶⁵ На први поглед изгледа да је та одредба меродавна за одлуке о повратку детета и родитеља који су држављани државе суда који одлучује о повратку на основу Хашке конвенције о отмици. Међутим, судећи по пракси, припремним радовима и коментарима уз ту одредбу, могло би се рећи да то право никада није испунило обећање које пружа у свом тексту.⁶⁶ Пракса је врло скромна: од ступања на снагу Протокола бр. 4 до данас донето је свега седамдесет одлука, које су већином одлуке о делимичној или потпуној недопуштености захтева, а тек у малом броју случајева садрже мериторна разматрања. Што је још важније, до данас ниједном одлуком Европског суда није утврђена повреда члана 3 Протокола бр. 4.

Право на повратак у своју земљу из члана 3 Протокола број 4, на основу припремних радова, није безусловно⁶⁷ и не односи се на мере привременог карактера.⁶⁸ У предмету *Воица против Румуније*, тужитељка се позивала, између осталог, и на примену чланова 2 и 3 Протокола бр. 4, јер су одлуке румунских судова ограничиле њено право да живи у Румунији. Европски суд је одлучио да захтев размотри само у светлу члана 8 Европске конвенције, без неког посебног образложења осим уобичајеног, да је сам господар квалификације, односно да има овлашћење да квалификује правно питање које се поставља у датом случају, а тиме и повреду Европске конвенције.⁶⁹ Мајка, држављанка

⁶⁵ Протокол бр. 4, члан 3 (Забрана протеривања сопствених држављана): „1. Нико не може бити протеран, било појединачном било колективном мером, с територије државе чији је држављанин. 2. Нико не може бити лишен права да уђе на територију државе чији је држављанин.“

⁶⁶ Забрана протеривања је апсолутна. У предмету *Сливенко против Летоније* Европски суд је то и потврдио: „Члан 3 Протокола бр. 4 гарантује апсолутну и безусловну слободу држављанину од протеривања.“ *Slivenko and Others v. Latvia*, Application no. 48321/99, ECtHR Grand Chamber, Decision on Admissibility of 9 October 2002, пасус 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, пасус 28 (у даљем тексту: Explanatory Report).

⁶⁸ Explanatory Report, пасус 26.

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

Француске и Румуније, пореклом Румунка, преселила се у Румунију са два дечака, од три и шест година, после одлуке француског суда којом је суд растављеним, али још увек неразведеним родитељима доделио заједничко вршење родитељског права и утврдио да ће боравиште деце бити са мајком, која је у то време живела у Француској. Отац је добио право на виђање. Том одлуком суд је одредио да родитељи имају обавезу да се међусобно информишу у случају да промене боравиште,⁷⁰ како би се на одговарајући начин организовало вршење родитељског права. Суд је такође наложио родитељима да се консултују у ствари-ма које се односе на добробит деце.⁷¹ Док је трајао поступак по жалби против те одлуке, мајка је од свог послодавца добила трогодишњи уговор о раду у Румунији. Два месеца пре пресељења обавестила је оца о намери да напусти Француску и да поведе децу са собом, али отац није одговорио на ту поруку.⁷² Када се преселила, обавестила је оца о новој адреси. Отац је, затим, у поступку по жалби пред француским судом уложио захтев за повратак деце у Француску. Мајка је са своје стране поднела захтев истом суду да одобри промену боравишта деце и да јој повери самостално вршење родитељског права.⁷³ Апелациони суд у Паризу одбио је оба захтева. Захтев оца је одбијен из два разлога: због тога што није покренуо поступак за повратак деце на основу Хашке конвенције о отмици и што није тражио да деца буду поврена њему. Захтев мајке је одбијен због тога што пресељење у Румунију није само по себи представљало оправдан разлог за промену одлуке о заједничком вршењу родитељског права. Отац је потом пред румунским судом покренуо поступак за повратак деце и румунски судови су захтев усвојили. У току трајања поступка, мајка је неколико пута омогућила оцу да види дечаке у Румунији и у Француској. Када је Апелациони суд у Паризу коначно донео одлуку по жалби, две године после доношења првостепене одлуке, потврдио је одлуку да родитељи заједнички врше родитељско право, али је сматрао да мајка више није

⁷⁰ Препорука Комитета министара Савета Европе о спречавању и решавању спорова поводом пресељења детета садржи и предлог да родитељ који има намеру да се пресели са дететом претходно о томе обавести другог родитеља. У појединим државама (Данска) то је и законска обавеза родитеља који има намеру да се пресели. 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, начело 4(2) и пасуси 54–58 објашњења уз Препоруку.

⁷¹ *Voica v. Romania*, пасус 7.

⁷² *Voica v. Romania*, пасус 13.

⁷³ *Voica v. Romania*, пасус 16.

подобна да се стара о деци јер је једнострано променила боравиште деце и одвела их у Румунију, те је тако спречила оца да виђа децу. Стога је Апелациони суд преиначио одлуку о поверавању деце и одредио да ће деца надаље боравити код оца у Француској, те је дозволио да мајка виђа децу, али само у Француској. Оба родитеља морају да се сагласе пре сваког одвођења деце ван Француске.⁷⁴ Мада је Европски суд у том предмету испитивао начин на који је румунски суд применио члан 13, став 1, тачка б) Хашке конвенције о отмици, није утврдио повреду члана 8 Европске конвенције, али треба напоменути да се мајка у овом предмету није позвала на психичку трауму коју би деца претрпела због одвајања од ње нити на неподношљив положај у коме би се нашаа већ је своју аргументацију засновала на ризику од породичног насиља, коју ни румунски ни француски суд нису прихватили.

Када је у питању забрана протеривања, поставило се питање да ли под ту забрану спада и екстрадиција (ситуација аналогна оној са којом се суочава родитељ који је принуђен да напусти земљу у случају да је наложен повратак детета). Став Европског суда је да одлуке о екстрадицији не припадају пољу примене те одредбе јер нису трајног карактера. Основ за такав став Европски суд налази у објашњењу, изнетом још у припремним радовима⁷⁵ и потврђеном у доцнијим упутствима о примени члана 3 Протокола бр. 4,⁷⁶ да поступак екстрадиције не припада пољу примене те одредбе. Позивајући се на аналогију са поступком екстрадиције, и због привременог карактера одлуке о повратку детета, Европски суд је у два наврата, у предметима *А. Б. против Пољске*⁷⁷ и *Стецикевич против Украјине*,⁷⁸ нашао да се та одредба не примењује на одлуке о повратку детета које су донете на основу Хашке конвенције о отмици.⁷⁹

⁷⁴ *Voica v. Romania*, пасус 35.

⁷⁵ Explanatory Report, пасус 21.

⁷⁶ Guide on Article 3 of Protocol No. 4 of the European Convention on Human Rights, ажуриран 30. априла 2021, пасуси 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 Исти став је заузео и Уставни суд Немачке: повратак детета на основу Хашке конвенције не представља екстрадицију и њиме није повређено право детета на слободу кретања и избор места боравишта гарантовано немачким Уставом. *Bundesverfassungsgericht 2BvR 1075/96*, 15 August 1996. <https://www.incadat.com/es/case/573>, последњи приступ 30. септембра 2021.

Право, које би по свом тексту могло да буде прилика за заштиту, показало се као сасвим бескорисно у околностима о којима је реч у овом раду. Врата за његову примену су не само затворена већ практично и закључана касније усвојеним тумачењима о пољу примене те одредбе.⁸⁰ Међутим, док је с једне стране разумљива аналогија са поступком екстрадиције, та аналогија нам истовремено илуструје парадигму поступка за повратак деце. Осим примесе казнене природе коју има екстрадициони поступак, можда је и већи проблем став Европског суда да је мера „привремена“, када се зна да је реч о детету, јер проток времена може да буде одлучујући у развоју детета и за његово везивање за окружење. У том контексту је тешко бранити привремени карактер одлуке о повратку детета, а самим тим и привремени карактер одласка родитеља који се стара о том детету из своје земље порекла.

4.2. Уставни суд Србије

Уставни суд Србије се у неколико наврата и сам нашао у прилици да одлучује о повредама права родитеља и детета услед примене Хашке конвенције о отмици. За потребе овог рада одабран је предмет који најбоље илуструје супротстављене интересе о којима је реч у овом раду.⁸¹ Мајка српског држављанства родила је у браку са хрватским држављанином девојчицу у Загребу. Дете је рођењем стекло српско и хрватско држављанство. Непуних годину дана касније, Министарство правде Србије је, у својству централног извршног органа на основу Хашке конвенције о отмици, покренуло поступак пред судом у Србији

⁸⁰ Искључењима и изузецима из припремног извештаја Упуство за примену члана 3 Протокола бр. 4 и доктрина додали су и нове. У Упутству за примену наводе се околности које не представљају формално или материјално ограничење тог права, али које се не сматрају „протеривањем“ у смислу члана 3 Протокола бр. 4. Те додатне околности ван домаћаја забране протеривања и ускраћивања уласка у своју земљу обухватају одлуку о протеривању странца услед чега и малолетно дете које је домаћи држављанин дужно да напусти земљу, одбијање захтева за одобрење пребивалишта или одузимање пребивалишта страном држављанину који је супружник домаћег држављанина и, коначно, одлука националног суда, која је донета на основу Хашке конвенције о отмици, о повратку детета у државу чије држављанство нема, укључујући и трошкове извршног поступка у вези са том одлуком. Упутство, пасус 32.

⁸¹ Одлука Уставног суда Србије број УЖ-8276/2014, објављена у *Сл. гласнику РС* 81/2016 од 5. октобра 2016. <http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/> (у даљем тексту: Пресуда Уставног суда), последњи приступ 30. септембра 2021.

ради повратка детета у Републику Хрватску. Поступак је покренут на захтев оца, који се касније појавио као подносилац уставне жалбе. Мајка је у Хрватској боравила привремено, на основу дозволе за привремено боравак. Убрзо по рођењу детета, она је са дететом напустила брачни дом и сместила се у сигурну кућу у Загребу, позивајући се на породично насиље. Покренула је поступак за развод брака. Решењем суда у Загребу поверено јој је привремено старање о детету, до окончања бракоразводног поступка, а оцу је дато право да виђа дете три пута недељно по три часа, уз надзор социјалног радника. Мајка се недељу дана по доношењу решења преселила са дететом у Србију, без сазнања и сагласности оца детета. У одлуци Уставног суда не помињу се одредбе хрватског права на основу којих су првостепени суд у Мионици и другостепени суд у Ваљеву закључили да је одвођење детета из Хрватске било незаконито, односно да је отац имао право на старање (а не само право на виђање) непосредно пре одвођења детета из Хрватске,⁸² али су домаћи судови наложили повратак детета у Хрватску. Додуше, другостепени суд је утврдио да изрека првостепене одлуке којом се наређује повратак детета није у складу са чланом 1, тачка а) Хашке конвенције о отмици, будући да је привременом мером суда у Загребу одлучено да ће дете живети са мајком, а да ће отац имати право на виђање. Та околност је другостепени суд навела на закључак да мајка због те привремене мере не може да врати дете оцу, па пошто је циљ Хашке конвенције да се обезбеди што хитнији повратак детета, суд је преиначио диспозитив и одлучио да мајка, уместо да врати дете оцу, има обавезу да обезбеди повратак детета у место његовог последњег пребивалишта.⁸³ На основу таквог описа диспозитива решења, чини се да је другостепени суд обавезао мајку да се и сама врати са дететом у Хрватску јер како би друкчије организовала повратак малог детета у Хрватску. Тако формулисани диспозитив се касније одразио на извршење решења, будући да је извршни суд одбио предлог да се извршење спроведе одузимањем детета од дужника и предајом извршном повериоцу. Предмет се пред Уставним судом нашао три године касније, због обуставе извршења решења о повратку. Судови су покушали да принудно изврше решење коришћењем разних средстава: новчане казне и пленидбе и покушаја јавне продаје покретних ствари затечених у родитељском дому где је мајка становала са дететом. У међувремену, Министарство правде,

⁸² Напротив, из делова одлуке другостепеног суда који се наводе у одлуци Уставног суда, чини се да је другостепени суд одлучивао о законитости промене боравишта детета применом одредаба српског породичног права.

⁸³ Домаћи судови доследно употребљавају појам пребивалишта уместо појма уобичајеног боравишта који је релевантан за примену конвенције.

у својству централног извршног органа, обавестило је суд да је правноснажном одлуком суда у Загребу дете поверено на старање мајци, али уследило је још неколико неуспешних покушаја извршења. Током једног од рочишта за извршење, мајка је навела да у Републици Србији има посао који не може да напусти ради боравка у Загребу и да не зна од чега би у Загребу живела.⁸⁴

Мада се уставна жалба односила на право на правично суђење, Уставни суд је искористио ту прилику да се у уводном делу пресуде „осврне на основне принципе Хашке конвенције и њен положај у правном систему Републике Србије“.⁸⁵ Констатовао је да „Хашка конвенција о отмици, између осталог, инсистира на успостављању ранијег фактичког стања које је постојало пре противправног одвођења... детета и његовом враћању у место његовог ‘уобичајеног боравка’,„ Али, према мишљењу Суда, „овом основном циљу Хашке конвенције супротстављен је један други циљ, а то је заштита ‘најбољег интереса детета’ што произлази из Преамбуле Хашке конвенције према којој су ‘државе уговорнице у снажном уверењу да је интерес деце од прворазредног значаја у односима који се тичу родитељског права’. Међутим, како је принцип ‘најбољег интереса детета’ широк појам који се процењује у сваком конкретном случају, Хашка конвенција је предвидела ситуације у којима надлежни орган државе којој је упућен захтев може одбити издавање налога за повратак детета упркос томе што је утврђено да се ради о незаконитом одвођењу или задржавању.“⁸⁶ Суд даље набраја изузетке из члана 13, став 1 Хашке конвенције о отмици и закључује: „Дакле, неће бити у ‘најбољем интересу детета’ издавање налога за његов повратак у државу ‘уобичајеног боравка... ако постоји озбиљна опасност да оно тиме буде изложено физичкој опасности или психичкој трауми.“⁸⁷

Такође, уколико се дете после незаконите отмице интегрисало у нову средину, „циљ Хашке конвенције – повратак детета у јурисдикцију из које је незаконито одведено ради одлучивања о праву на старање, не може више да буде постигнут и у том случају више не важи претпоставка да је земља уобичајеног боравка у најбољој позицији да реши

⁸⁴ Чињеница да родитељ који је отео дете нема средстава за живот у држави из које је дете одведено или да нема дозволу боравка може представљати основ за позивање на изузетак да би повратак изложио дете озбиљном ризику или га ставио у неподношљив положај. Schuz 2021, 18.

⁸⁵ Одлука Уставног суда, 17–24.

⁸⁶ Одлука Уставног суда, 18.

⁸⁷ Одлука Уставног суда, 19.

спор.⁸⁸ Наиме, ако дете живи у стабилној породичној средини, тада ће са аспекта заштите његових најбољих интереса у неким случајевима бити најбоље да и остане у новој средини, при чему интеграција подразумева не само физички однос са новом заједницом/средином, већ и психичку стабилност и сигурност детета у њој...⁸⁹

Уставни суд се позвао на низ одлука Европског суда за људска права донетих у материји отмице деце, а посебно се задржао на одлуци *Нојлингер и Шурук*, чије је чињенично стање и закључке детаљно навео. Закључак Уставног суда је да су судови погрешили што су обуставили извршење решења о повратку детета наводећи формалне разлоге (дете није имало пасош Републике Србије, а отац је одбио да мајци преда пасош који је издала Република Хрватска), али Уставни суд оставља могућност да надлежни суд у поновном поступку одлучи да се дете неће враћати у Хрватску, ако мајка која се супротставља повратку докаже да су испуњени услови за примену изузетка из члана 13, став 1, тачка б) Хашке конвенције о отмици – излагање детета психичкој трауми и довођење у неподношљив положај.⁹⁰ Стога Уставни суд укида другостепено решење о извршењу и позива надлежни суд да у поновном поступку одлучи о приговору оца против првостепеног решења о обустави извршења.

У предмету пред Уставним судом Србије понавља се образац који је већ виђен у предмету *Нојлингер и Шурук* пред Европским судом: самохрана мајка којој је одлуком суда у месту уобичајеног боравишта додељено привремено право на старање о детету одлучује да у стресној ситуацији развода брака са дететом потражи уточиште у својој земљи порекла, у својој друштвеној и породичној средини. Хашка конвенција о отмици се показала као озбиљна препрека пресељењу. У овом случају, невоље мајке су додатно отежане механичким и недовољно пажљивим тумачењем одредаба којима се одређују границе међународних обавеза наше земље. Домаћи судови су наложили да се дете врати у Хрватску да би се остварило право другог родитеља на виђање детета, а не право на старање, као што то захтева Хашка конвенција у члановима 3 и 12. Такође, чини се да су били спремни и да обавезу мајку, домаћу држављанку, да се, ради добробити детета, и сама пресели у страну

⁸⁸ Иако је констатовао да у том предмету није била реч о повреди права оца на старање, Уставни суд није даље коментарисао недостатак тог битног услова за активирање обавезе да се нареди повратак детета на основу Хашке конвенције о отмици.

⁸⁹ Одлука Уставног суда, 19.

⁹⁰ Одлука Уставног суда, 27.

земљу и да се у тој земљи стара о детету. На тај начин су се директно умешали у породични живот мајке и детета у већој мери него што је то неопходно да би се испуниле међународне обавезе Србије. Уставни суд је дао судовима смернице о томе како треба тумачити Хашку конвенцију у светлу обавеза из члана 8 Европске конвенције. Чак и када је утврђено да је по праву уобичајеног боравишта детета пресељење детета у нашу земљу без сагласности другог родитеља било незаконито, у самој Хашкој конвенцији постоје изузеци садржани у члановима 13 и 20, који обавезују суд да приликом одлучивања о захтеву за повратак процени да ли је у најбољем интересу конкретног детета да се наложи његов повратак. Такође, чланом 8 Европске конвенције спречава се механичко доношење одлуке о повратку јер се захтева да суд, осим најбољег интереса детета, који је најважнији, уважи и интересе оба родитеља.

5. ЗАКЉУЧАК

У овом раду се указује на тензију између основног људског права родитеља на повратак у своју земљу и стварне или потенцијалне примене Хашке конвенције о отмици и на преиспитивање примене те конвенције на основу стандарда Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода о праву на породични живот. Приказане одлуке показују да је повратак примарног родитеља у земљу порекла често узрок отмице детета, да се родитељи ретко позивају на право на повратак у своју земљу као основно људско право у поступцима примене Хашке конвенције о отмици и да судови ретко узимају у обзир то право када одлучују о предметима који се односе на ту конвенцију. Ипак, одлуке Европског суда, упућују на закључак да тумачење времешне Хашке конвенције о отмици еволуира у складу са промењеним друштвеним приликама. Ако се данас највећи број отмица деце односи на случајеве када дете из земље уобичајеног боравишта одводи родитељ који се примарно стара о њему, и то са циљем да оствари повратак у земљу порекла, тада у одлучивању да ли да наложи повратак детета у земљу уобичајеног боравишта замољени суд треба, између осталих околности, да узме у обзир и могућност да се родитељ отмичар из објективних разлога не може вратити у ту земљу и да у светлу те могућности, односно немогућности повратка родитеља, процени да ли би одвајање од родитеља који се до тада старао о њему представљало психичку трауму за дете и ставило га у неподношљив положај у смислу члана 13, став 1, тачка б) Хашке конвенције о отмици. Као што захтева Европски суд за људска права, одлука о повратку не

сме бити механички донета, већ подразумева узимање у обзир читавог низа чинилаца, укључујући и овај. Узимањем у обзир најбољег интереса детета приликом одлучивања о повратку детета, може се превазићи тензија која постоји између права родитеља да се пресели у своју земљу и Хашке конвенције о отмици.

ЛИТЕРАТУРА

- [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] Драшкић, Марија. 2006. Право на поштовање породичног живота у пракси Европског суда за људска права. 93–134. *Ново породично законодавство – зборник са саветовања Врњачка Бања*. Крагујевац: Правни факултет.
- [5] Драшкић, Марија. 1/2012. Обавезно лишење родитељског права приликом одлучивања суда о вршењу родитељског права: спорно становиште Врховног суда Србије. *Анали Правног факултета у Београду* 60: 366–381.
- [6] Џелетовић, Мирна. 2021. Правни положај детета у ситуацијама његовог незаконитог одвођења у земљи и иностранству, докторска дисертација. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду.
- [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] Ковачек Станић, Гордана. 2/2002. Пракса Европског суда за људска права о поштовању породичног живота. *Европско законодавство* 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] Марјановић, Сања. 2017. Међународна отмица деце – новине у међународном приватном праву Србије. *Тематски зборник радова Правног факултета у Нишу – Заштита људских и мањинских права у европском правном простору* 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] Mondekova, Anna. 2013. The Hague Convention on Parental Child Abduction: Implications of the „Missing“ Primary Carer. Master thesis. Budapest: Central European University.
- [15] Новаковић, Урош. 2020. *Пресељење детета и родитеља који врши родитељско право – relocation случајеви*. Београд: Универзитет у Београду – Правни факултет.
- [16] Поњавић, Зоран, Влашковић, Велько. 2014. Space for the child's best interests inside the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. *Ревија за европско право* 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.

УДК 342.738:077

CERIF: S 123

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22106A

Др Далибор ПЕТРОВИЋ*

Др Дејан ПАВЛОВИЋ**

ПОДРИВАЊЕ АНОНИМНОСТИ У ДОБА ИНТЕРНЕТА

Након ране фазе развоја интернета која је почивала на анонимној комуникацији у виртуелним заједницама, у последње две деценије дешава се драматичан преокрет. Ширење употребе дигиталних платформи за умрежавање, с једне стране, и врло лабаве политике приватности на интернету, с друге стране, све више сужавају могућност анонимне употребе интернета.

Полазећи од таквих трендова, у раду се бавимо трансформацијом улоге онлајн анонимности из правне и друштвене перспективе са циљем да идентифујемо кључне факторе и актере који подстичу деанонимизацију интернета.

*У првом делу рада показујемо да је анонимност пратилац модернизације савремених друштава, али и да она може носити различите изазове по њихову слободу и безбедност. У другом делу рада анализирамо феномен анонимности на интернету кроз различите *pro et contra**

* Ванредни професор, Саобраћајни факултет Универзитета у Београду, Србија, d.petrovic@sf.bg.ac.rs.

** Доцент, Факултет политичких наука Универзитета у Београду, Србија, dejan.pavlovic@fpn.bg.ac.rs.

перспективе, обраћајући посебну пажњу на идентификацију кључних актера који доводе до свеопште деанонимизације, као једне од суштинских карактеристика организације и јавног и приватног живота у XXI веку.

Кључне речи: *Право на анонимност. – Приватност. – Дигиталне платформе. – Регулација. – Надзор.*

1. УВОД

Данас ће мало ко спорити да је за просечног корисника дигиталних технологија анонимност на интернету практично недостижна. Сведоци смо брзог развоја и множења технологија усмерених на идентификовање корисника интернета. Уводе се нове методе аутентификације, верификације и надзора, тако да се лица могу дигитално и биометријски идентификовати, означити, пратити и лоцирати у реалном времену. Паметни телефони препознају лица или отисак прста и са њима повезују бројне друге податке који су ускладиштени на персоналним уређајима или на разним серверима.

Уопште узев, након терористичког напада 11. септембра 2001. године у Њујорку, дакле управо у време снажног продора интернета у све сфере друштвеног живота, идеја људских права и слобода непрекидно уступа пред интересима националне безбедности. На делу је парадокс да сигурносне мере које су замишљене да заштите вредности либералне демократије значајно доприносе урушавању истих тих вредности (Posner 2006, 1). Чини се да безбедност као вредност тренутно ужива примат у односу на слободу и аутономију, због важности улоге државе у заштити физичке сигурности људи и имовине. У прилог тако песимистичне тврдње довољно је указати на бројне примере секуритизације различитих друштвених сфера након терористичких напада у Сједињеним Америчким Државама, Француској и Шпанији, а сличан ефекат је имала и мигрантска криза 2015. године. Извршна грана власти је у многим државама добила шири овлашћења са циљем заштите сигурности грађана – од дужине трајања притвора, до пресретања комуникације¹ и замрзавања имовине лица за која се сумња да помажу терористичким мрежама.² То стање је израз комуни-

¹ Најпознатији пример је амерички Закон о патриотизму из 2001. године (*Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism [USA Patriot] Act*).

² Видети резолуције Уједињених нација 1267 (1999) и 1333 (2000) о оснивању Комитета за санкције Савета безбедности и спровођењу поступка замрзавања имовине лица за које се сумња да финансирају Ал Каиду.

таристичке перцепције државе и идеје друштвеног уговора (Chandler 2009, 126). Када разматрамо тражење одговарајуће равнотеже између појединих људских права, укључујући приватност и анонимност, и интереса националне безбедности, оваплоћене у разнородним инвазивним сигурносним мерама, чини се да се да све три гране власти у многим државама олако дају предност овом другом (Gross 2004, 30–36; Froomkin 2009, 441).

Истовремено, на вредносном нивоу се такође дешава трансформација перцепције анонимности. Иако је у периоду када је интернет тек настајао доживљавана као једна од његових благодети, будући да се сматрало да анонимност ослобађа појединце и подстиче конструктивну јавну дебату, она је временом протерана у сферу илегалног. Посебно је занимљиво то што се, с једне стране, о приватности широко дискутује, док је, с друге стране, анонимност, чини се, постала њена нежељена близнакиња које се родитељи, оличени у државама и корпорацијама, спремно одричу зарад користи које им њен изгон доноси. Тако прогнана, анонимност се све више смешта у сферу тамног, мрачног, тзв. дубоког интернета (eng. *deep internet*).³ То практично значи да је на делу једна врста криминализације анонимности, због чега сваки захтев за анонимном употребом интернета аутоматски изазива подозрење безбедносних служби, а све чешће и самих корисника интернета.

Имајући такве трендове у виду, у раду се бавимо трансформацијом улоге анонимности у информационом друштву из правно-социолошке перспективе са циљем да идентификујемо кључне факторе и актере који подстичу деанонимизацију интернета. Једноставније речено, у анализи која следи покушаћемо да одговоримо на питање коме то и због чега смета анонимни интернет и који су то макро и микро фактори који утичу на то да се анонимност на интернету боји претежно тамним тоновима.

³ Обично се као *deep web* означавају странице које траже претходну пријаву корисника, чиме се обезбеђује додатна анонимност одређених садржаја који се на тој страници налазе. То значи да је приступ тим информацијама условно могућ, али је без пријаве приступ ограничен на мању количину информација или нема. Типични примери су *Facebook* и *JSTOR*. Са друге стране, дарк веб је специфичан по томе што је његовим мрежама (као што су *Tor* [*The Onion Router*], *I2P* [*Invisible Internet Project*] и *Freenet*) могуће приступити искључиво путем посебних претраживача. *Tor* је технологија чија је основна функција обезбеђивање анонимности на интернету ослањањем на слање података путем више сервера и енкрипцију на сваком од њих. Показало се да је користан за скривање идентитета опозиционих онлајн корисника за време Арапског пролећа 2010. године и Сноуденових (*Edward Snowden*) акција 2013. године, али има и широку примену за обављање читавог спектра криминалних активности на црним интернет тржиштима (Knorr 2020, 520; Bernal 2020, 32–35).

У раду заступамо три кључне тезе. Прва, анонимност је градивни елемент који је уграђен у темеље модерних демократских друштава. Друга, анонимност као таква није инхерентно ни добра ни лоша већ зависи од друштвеног контекста у коме се испољава и циљева које себи поставља. Трећа, кључни друштвени актери (*државе, корпорације, медији и корисници интернета*) подстичу гушење анонимности на интернету, а самим тим и у свакодневном животу.

У складу са тим, у раду најпре проблематизујемо сам феномен анонимности, бавећи се њеном улогом у развоју модерних друштава. С једне стране, показаћемо да је анонимност пратилац модернизације савремених друштава, али да она, исто тако, може носити различите изазове по њихову слободу и безбедност. У том смислу овај чланак не пледира да убеди читаоца у безусловно позитивне последице анонимног делања већ да укаже на то да претерано инсистирање на њеним штетним последицама може бити погубно по слободу мишљења и изражавања у демократским друштвима. Пажњу ћемо затим посветити онлајн анонимности и актуелним расправама о домашјима анонимности на интернету, указујући на њене специфичности у односу на традиционално схваћену анонимност. У наставку испитујемо њене друштвено конструктивне, односно позитивне, а потом и негативне учинке. Последње поглавље, пре него што изнесемо наша закључна разматрања, посвећујемо анализи актера и фактора који доводе до протеривања анонимности у сферу интернет подземља (*eng. internet underground*), које се најчешће назива дубоким или мрачним (*eng. dark*) интернетом.

2. ПОЈАМ АНОНИМНОСТИ

Иако је појам анонимности вишезначан те му се може прићи из различитих научних перспектива, његово одређење наизглед не изазива контроверзе. Могуће да због тога нема много радова који се из правне или социолошке перспективе баве феноменом анонимности, посебно домаћих аутора.⁴ Тек је ширењем употребе интернета актуелизовано и питање анонимности, али се аутори ипак далеко мање интересују за ту тему него за тему приватности на интернету.

⁴ Један од ретких текстова објављених у Србији на ову тему, под насловом „Интернет и право на анонимност“, налазимо у зборнику *Слобода изражавања на интернету*, који је уредила Јелена Сурчулија (2010), али и овде је реч о страном аутору Дирку Ворхову (Voorhoof 2010).

У доступној литератури анонимност се најчешће дескриптивно дефинише као немогућност идентификације у одређеном степену или контексту (Wallace 1999, 23). Тако Маркс (Marx 1999, 100–101) истиче да је анонимност један пол на веома широкој скали могућности идентификације која се заснива на седам основних димензија: 1. властито име; 2. адреса; 3. псеудоними који могу бити повезани са нечијим именом или локацијом (рецимо, матични број); 4. псеудоними који могу бити повезани са другим врстама идентификације (на пример, идентификациони број у неком систему); 5. препознавање образаца понашања (рецимо, животни стилови); 6. друштвена категоризација (пол, класа, раса, етницитет итд.) и 7. симболи подобности или неподобности (поседовање одређених знања, артефаката или вештина као извора категоризације). Неколико година касније исти аутор (Marx 2004, 143–144) проширује број димензија на девет, али овога пута их представља путем кључних питања идентификације – о коме је реч, које карактеристике има, где се налази, када је био активан, ко је још повезан, шта користи, шта се десило, у шта верује и које су његове карактеристике.

Слично томе, Вестин (Westin 1967, 39–40), један од утемељивача права на приватност као правне дисциплине, запажа да се анонимност јавља када је појединац у јавном простору или чини дела у јавности, али измиче идентификовању и надзору. Због тога је за осећај анонимности кључно да особа сматра да неће бити идентификована и обавезана да се понаша у складу са важећим друштвеним нормама.

Супстанцијално, анонимност се може одредити као неповезивост нечијих особености у било ком контексту, односно анонимност је стање у којем други нису у могућности да успоставе везу између нечије појавности и његових других карактеристика (Wallace 1999, 24). Другим речима, за разумевање анонимности је кључно да се она одвија у одређеном друштвеном контексту, односно да подразумева одређени друштвени однос. Због тога анонимност није исто што и неименованост, непознатост или изолованост, јер је за анонимност неопходно да постоје актери који неће бити у стању да идентификују особу која је у интеракцији са њима. Сличног мишљења је и Маркс (Marx 1999, 2) који запажа да је, иако то може звучати цинично, анонимност заправо крајње друштвени феномен, будући да без публике она и не постоји.

У одређивању појма анонимности посебно је важно успоставити релацију са приватношћу. Иако су приватност и анонимност блиско повезани концепти, не може се говорити о њиховом потпуном поклапању. Анонимност у одређеној мери и одређеним случајевима обезбеђује приватност, али је свакако не гарантује. Рецимо, када неко присуствује

скупу анонимних алкохоличара у процесу рехабилитације, свакако не ужива приватност. Класичан концепт приватности полази од тога да сваки појединац има право да буде остављен на миру, односно право да контролише приступ у своју приватну сферу, било да говоримо о њеној физичкој или симболичкој демаркацији. Међутим, појавом дигиталних технологија и релативизацијом физичког простора, приватност је постала флуидна, а могућност њеног нарушавања све суптилнија. Управо су дигиталне технологије и одговорне за једну врсту замућивања разлике између анонимности и приватности, чинећи их измешаним и пре свега порозним услед интензивирања употребе технологија надзора. Због тога, Асенбаум (Asenbaum 2018, 461) запажа да разумевање анонимности треба да буде јасно одвојено од концепта приватности јер, у противном, неће бити могуће сагледати њене особености, које су кључне за свако демократско друштво. На том трагу, он сматра да је проблем у томе што највећи број дефиниција анонимности полази од њене субјективне стране. Наиме, анонимност се одређује у односу на то ко врши идентификацију субјекта. На тај начин се она схвата пасивно, као пука негација идентитета, односно степен немогућности да публика утврди идентитет комуникатора, уместо да се она схвата активно, као акција самих комуникатора. То је управо последица мешања пасивног концепта приватности која долази из људскоправашке традиције, као одбране права на приватност. Насупрот томе, Асенбаум се залаже за дефинисање анонимности у традицији јавносферске теорије, попут оне Јиргена Хабермаса, сматрајући да је она инхерентно комуникативна. Анонимност није резултат сакривања већ, управо супротно, показивања, размене мишљења и креирања идентитета. Како истиче Асенбаум, инхерентно ослобађајући ефекат анонимности као последица немогућности идентификације такође је концептуализован као негативна слобода, односно слобода да се буде заштићен од спољне санкције, што је исто последица мешања концепта анонимности са концептом приватности. Међутим, према његовом мишљењу, анонимност треба разумети и као позитивну слободу, слободу изражавања и креирања идентитета, а не као супротност идентитету. Она је предуслов за креирање идентитета, као резултат и негативних и позитивних слобода, односно „анонимност представља контекстом условљено испољавање идентитета тако што се лична осећања изражавају у јавној сфери, уз искључивање појединих аспеката правно утврђене и физички укоренење личности“ (Asenbaum 2018, 462).

Осим у смислу могућности идентификације, анонимност се може сагледавати и у односу на њену сврху, односно циљеве. Тако Валас (Valas 1999, 29) истиче да се она може груписати у три опште категорије:

1. анонимност ради спровођења акције анонимне особе (акциона анонимност);
2. анонимност ради превенције или заштите анонимне особе од акција других (узвратна анонимност) и
3. анонимност ради спровођења процеса (процесна анонимност).

Било који случај анонимности може представљати сваки од тих типова, било одвојено, било заједно, што значи да они нису међусобно искључиви већ је само неки доминантнији од друга два. Такође, овде се анонимност одређује вредносно неутрално, што значи да се не прејудуцира да ли ће се она користити у позитивне или негативне сврхе.

Узимајући речено у обзир, за потребе овог рада анонимност ћемо одредити *интеракиционо* и *дуално*, као анонимност *од* и као анонимност *за*. Другим речима, сматрамо да нема анонимности ван интеракције, као што анонимност може подједнако да буде немогућност идентификације *од* других субјеката и могућност узимања жељеног идентитета *за*-рад остваривања одређених индивидуалних или друштвених циљева.

Стога, анонимност као таква није инхерентно ни добра ни лоша већ зависи од друштвеног контекста у коме се испољава и циљева које себи поставља. Рецимо у контексту затвореног и репресивног друштва анонимност може имати важну сврху у формулисању идеја чији је циљ демократизација друштва, идеја које је због страха од санкција могуће изнети једино анонимно. С друге стране, у отвореним и демократским друштвима, где се мишљења углавном могу неспутано износити, анонимност некада може да уде контрапродуктивна, рецимо, може да подупире популистичке идеје и демагошки дискурс у којем онај који те идеје и дискурс промовише за то не преузима одговорност.⁵ Међутим, као што и, рецимо, технологија, може бити употребљена и у деструктивне сврхе, али то не доводи у питање њену модернизацијску улогу, исто тако и анонимност не може на себе преузети терет узрочника друштвене деструкције. Другим речима, иако она може бити оруђе које се користи за доношење штете другима, њена употреба са тим циљем није производ њених инхерентних особености већ најчешће симптом друштвених поремећаја које узоркују неки шири процеси.

⁵ Рецимо, лажне вести које круже интернетом често заправо пласирају анонимни или псеудонимни извори, посебно стварајући конфузију у време великих друштвених криза, попут пандемије Covid-19.

3. ДЕБАТА О АНОНИМНОСТИ

3.1. Анонимност из правне и друштвене перспективе

У прилог анонимном изражавању могуће је изнети бројне историјске и упоредноправне аргументе. О анонимности можемо говорити у контексту слободe изражавања, као и права на приватност и аутономију личности. Слобода изражавања је неопходан алат грађана који желе активно да учествују у демократском друштву, да се информишу о јавним пословима, споровима и изборима. Добро познати аргумент миловске традиције почива на идеји да је слобода изражавања *conditio sine qua non* откривања истине. Анонимни говор промовише демократско самоуправљање тако што укључује у јавну дебату и оне који се, у супротном, не би чули, нарочито гласове и ставове оних који имају мању моћ и утицај, чинећи тако јавни дискурс, као и систем управљања, демократичнијим. Можемо очекивати и креативнија решења друштвених проблема ако се могу чути и неконвенционални предлози. Специјални извештај Уједињених нација за промоцију и заштиту права на слободу мишљења и изражавања (La Rue 2013, pag. 49) веома јасно указује на везу између анонимности и ефективне слободe изражавања: „Ограничавање анонимности има одвраћајуће дејство (eng. *chilling effect*), обесхрабрује слободу изражавања информација и идеја. Оно, такође, може изазвати искључивање појединаца из виталних друштвених сфера, подривајући њихова права на изражавање и информацију, повећавајући друштвене неједнакости. Поред тога, ограничавање анонимности омогућава сакупљање и складиштење велике количине података од стране приватног сектора, чиме се значајно подиже ниво оптерећења и одговорности корпорација у погледу заштите приватности и безбедности таквих података.“

Анонимни говор доприноси аутономији и самоостварењу личности, тако што пружа могућност лицу да истражује нове идеје, начине изражавања, па чак и нове идентитете (Lidsky, Cotter 2007, 1568–1569). Вестин (Westin 1967, 39–40) сматра да стање анонимности особи пружа могућност да се слободније изрази јер зна да се странац неће задржавати у његовом животу нити на њега може да врши неки утицај („феномен странца“). Нас, у ствари, зарад очувања бројних људских права, заиста интересују наша видљивост и изложеност онима који не одобравају како се изражавамо и делујемо (Cohen 2008, 190). Многи људи не би изнели своје ставове, не би се одлучили на узбуњивање, не би оспоравали уврежена мишљења или се конфронтирали представницима власти уколико нису у прилици да остану анонимни. Грађани би се теже прикључивали контраверзним организацијама, као што би

се устручавали да дискутују о осетљивим темама (Strossen 2001, 2106). Историја обилује примерима да су људи и организације који су били критични према државним властима или другим моћним лицима и организацијама доживљавали драконске санкције, били лишавани живота, слободе, имовине и слично. Одличан пример су бројна анонимна филозофска дела која су током историје оспоравала религијске догме. Анонимно писање има дугу традицију и важну улогу у изражавању идеја. У Енглеској су анонимно писали Дефо (*Daniel Defoe*), Свифт (*Jonathan Swift*), у Француској Волтер, док су у Сједињеним Америчким Државама (САД) чак и Федералистички списи Хамилтона (*Alexander Hamilton*), Медисона (*James Madison*) и Џеја (*John Jay*) оригинално били објављени под псеудонимом *Publius*, као писма уреднику. Чак је и председник Врховног суда Маршал (*Chief Justice John Marshall*) под псеудонимом *Пријатељ Републике* бранио у јавности поједине одлуке Врховног суда САД. Постоје докази да су многи амерички председници и конгресмени објављивали своје политичке радове непотписани или под псеудонимом (Note 1961, 1085). Посебан и разумљив мотив да буду анонимни имали су аутори чија су дела оспоравала политички *status quo*, економске услове рада, друштвене норме и слично. Томас Пејн (*Thomas Paine*) је 1776. године објавио утицајни памфлет „*Common Sense*“ у прилог независности од Велике Британије под псеудонимом *An Englishman* (Heins 2010, 66). Та дела су имала непроцењив значај за демократизацију и конституционализацију САД, али и шире.

Анонимност је касније играла значајну улогу у борби за друге циљеве, пре свега за грађанска права и права жена, док је данас важан штит за политичке дисиденте. Као што ће се видети у расправи која следи, могућност анонимног деловања на интернету посебно је данас важан сегмент политичке борбе у многим аутократским друштвима.

Ипак, право на анонимност није као такво прихваћено у уставима већине држава света (Cobb 2007, Martin, Fargo 2015). Не налазимо такву гаранцију ни у Уставу Републике Србије. Необично је што се у нашем Уставу не наводи изричито ни право на поштовање приватности, али је право на поштовање приватног и породичног живота гарантовано у чл. 8 Европске конвенције о људским правима и основним слободама, која је саставни део правног поретка Републике Србије. Осим тога, према ставу Уставног суда РС, право на приватност је саставни део уставног права на достојанство и слободан развој личности, гарантованих чл. 23 Устава.⁶

⁶ Уставни суд Републике Србије, Одлука о уставној жалби подносиоца Х, Уж-3238/2011, 8. март 2012.

У упоредном уставном праву анонимност ужива одређен степен заштите као елемент других права и слобода, пре свега слободе изражавања и права на приватност, као и слободе уопште. Приметан је тренд да се право на анонимност сужава, с обзиром на то да интереси сигурности и националне безбедности у конкретним случајевима односе превагу над анонимношћу. За то питање важна је и улога компанија које пружају услуге телекомуникација. У овој сфери се поклапају интереси државног и приватног сектора, па су законска решења усмерена на обезбеђивање услова да се по потреби може утврдити идентитет интернет корисника. Од интернет провајдера се тражи да сакупљају и чувају податке неопходне за идентификовање корисника, а у појединим државама власти имају право да добију те податке без судског одобрења или надзора (Кер.

У компаративном прегледу значајни су нам нормативни оквири и судска пракса европских држава и САД. У Европи је приметно тражење компромиса између потребе делотворне примене закона и поштовања људских права гарантованих, *inter alia*, Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода (1950)⁷ и Међународним пактом о грађанским и политичким правима (1966).⁸ Државама потписницама је наложено да је неопходно обезбедити право свакога да на мишљење, примање и саопштавање идеја без мешања јавне власти и без обзира на границе. Важно је, такође, обезбедити и право на приватност. Та права и слободе, који су повезани са анонимношћу као гарантом ефективности, морају бити примарни, а могу бити ограничена када за то постоје законска основа, легитимни циљеви и одговарајућа мера пропорционалности између инвазивности мера ограничења и циљева којима се тежи.⁹

У Ирској се тренутно води врло интересантан судски поступак са потенцијално веома значајним последицама у области заштите права на анонимност на интернету. Једна школа је од компаније Фејсбук затражила да открије идентитет корисника Инстаграм налога, а судија Високог суда Ирске обратио се Суду правде Европске уније тражећи одлуку о претходном питању, у складу са чл. 267

⁷ *Службени лист СЦГ – Међународни уговори* 9/2003, 5/2005, 7/2005 – испр. и *Службени гласник РС – Међународни уговори* 12/2010 и 10/2015.

⁸ *Службени гласник СФРЈ* 7/1971–73

⁹ Упореди са преамбулом и чл. 15 Конвенције Савета Европе о високотехнолошком криминалу (тзв. Будимпештанска конвенција о високотехнолошком криминалу), *Службени гласник РС* 19/2009, која је ступила на снагу 1. јула 2004. године.

Уговора о функционисању Европске уније.¹⁰ Од Суда се очекује да одговори на питање да ли права на приватност, заштиту података и слободу изражавања гарантованих Повељом о људским правима Европске уније (Европска повеља) подразумевају и право да се на интернет анонимно постављају садржаји, под условом да нису противни јавном поретку. Од Суда се захтева и став о условима под којима се, у складу са *GDPR* и Европском повељом, компаније које воде платформе за друштвено умрежавање могу принудити да разоткрију идентитет иначе анонимних корисника.¹¹

У САД постоји јасна линија прецедената којима је утврђено да Први амандман¹² штити право на анонимност, укључујући и сферу интернета. Гарантује се право да се говори и пише анонимно, као и да се анонимно учествује у групним активностима. Врховни суд САД је то право развио као дериват заштите слободе говора, окупљања, штампе, религије и петиције (Note 1961, 1084). Сасвим је логично да судска тумачења права на приватност или анонимност, која нису изричито гарантована Уставом САД, изазивају више контроверзи и противљења политичких грана власти и дела јавног мњења него што је то случај са у Уставу изричито набројаним правима, на пример слободом штампе или религије (Heins 2010, 56). У случају *NAACP v. Alabama* Врховни суд САД је сматрао да би обавеза откривања чланства удружења подрила то удружење јер би чланови били подложни економској одмазди, отказима, физичким претњама и другим актима нетрпељивости и насиља.¹³ Врховни суд је две године касније проширио право на анонимно удруживање оборивши локалну регулативу која је добротворним организацијама налагала да предају спискове својих чланова као услов за пореске олакшице.¹⁴ Исте године је Врховни суд био суочен са питањем да ли Први амандман штити и право да се говори анонимно. Наиме, суд је оборио калифорнијски закон који је забрањивао анонимне памфлете. У свом образложењу Суд је навео да су анонимни памфлети, брошуре и књиге

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), последњи приступ 30. августа 2021.

¹¹ GDPRhub. The High Court – 2021 IЕHC 287. 2021. https://gdprhub.eu/index.php?title=The_High_Court_-_2021_IЕHC_287, последњи приступ 30. августа 2021. године.

¹² „Конгрес не може да доноси никакав закон о установљењу државне религије, као ни закон који забрањује слободно исповедање вере, а ни закон који ограничава слободу говора или штампе или право народа на мирне зборове и на упућивање петиције влади за исправљање неправди.“

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

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

играли важну улогу у прогресу човечанства, тако што су прогоњене групе биле у могућности да критикују опресивне праксе и законе или анонимно или никако.¹⁵ У непосредном контексту интернета амерички судови такође препознају да способност да се слободно говори у великој мери зависи од анонимности. Примера ради, Врховни суд Њу Џерсија је сматрао да анонимни онлајн говорник ужива заштиту Првог амандмана да остане неидентификован.¹⁶

Насупрот изреченом, иако је, дакле, јасан допринос анонимног изражавања квалитету и квантитету идеја које се нуде у јавном простору, очигледно је и да се анонимност може злоупотребити да се другоме нанесе озбиљна штета. Лице може пожелети да се заштити анонимношћу уколико износи неистину. Под велом анонимности могу се клеветати, вређати, узнемиравати или повређивати нечија својинска и ауторска права. Посебан проблем је злоупотреба анонимности са циљем угрожавања правног поретка и националне безбедности. Као што слобода изражавања може бити ограничена „ако је то неопходно ради заштите права и угледа других, чувања ауторитета и непристрасности суда и заштите јавног здравља, морала, демократског друштва и националне безбедности Републике Србије“ (Устав РС, чл. 46, ст. 2), тако је рационално очекивати да ни анонимност не може нити треба да ужива апсолутну заштиту. У том смислу је илустративан пример случаја у коме Врховни суд САД 2010. године није заштитио право да се потпише референдумска иницијатива без могућности да потписи иницијатора буду обнародовани.¹⁷ У држави Вашингтон дозвољено је оспорити закон на референдуму уколико 4% гласача потпише петицију. Потписник мора да остави име и адресу. Према Закону о јавним исправама, свако лице има право на препис или копију тих података да би могло да утврди да ли су потписи валидни. Потписници иницијативе за референдумски опозив закона су противници истополних бракова и због свог потписа су били малтретирани, али тај третман није био довољно високог интензитета да би убедио суд да њихове идентитете треба заштитити од јавности. Одређене интересне групе већ деценијама заговарају идеју да би америчка влада требало да надзире активност на интернету на начин на који то чини са радио и телевизијским програмом, али FCC (*Federal Communications Commission*)

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

¹⁶ *Dentrite International v. Doe No. 3*, 342 N.J. Super. 134 (App. Div. 2001). У овој пресуди је као прецедент цитирана *Talley v. California* у делу о значају анонимности.

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

има врло уску надлежност над интернетом. У литератури се среће и став да из перспективе публице анонимни говор има мању вредност јер адресант поруке њу не може адекватно да протумачи ако не зна ко је аутор (Lidsky, Cotter 2007, 1539).

С друге стране, из перспективе друштвене теорије на феномен анонимности међу првима су указали социолози који су се бавили развојем модерног начина живота у урбаном окружењу. Иако неки од њих, попут Зимела, не заузимају *a priori* негативан став већ анонимности прилазе као неизбежној, па чак и ослобађајућој карактеристици урбаног насупротив руралном животу (Simmel 2012), ипак код многих класичних социолога попут Тениса или Вирта доминира негативна перспектива анонимности (Вујовић 1988, 32–37).

У нешто савременијим социолошким радовима далеко више се расправља о штетним аспектима индивидуализма (Бауман, Гиденс, Бек) него што се фокус усмерава на саму анонимност. Међутим, и у том контексту, понекад се отвара слично питање које се отвара и у односу на последице процеса индивидуализације, односно у којој мери појединац треба да буде подређен заједници. У том смислу Тејлор (Taylor 1991, 9) прву nelaгодност и разлог за бригу налази у индивидуализму, као фокусираности на себе и изостанку бриге за друге и друштво, где се инсистирање на анонимности сматра погрешним јер се њиме нарушава одговарајућа равнотежа између интереса друштва и анонимности и аутономије појединца. Такође, постоје чак и тврдње да је приватност превазиђена, непотребна, па чак и штетна, и да треба да прихватимо потпуну отвореност и изложеност јер „ако ниси ништа скривио, немаш се чега ни бојати“ (Brin 1998).

3.2. *Pro et contra* анонимности на интернету

Оно што важи за анонимно изражавање уопште примењиво је и на анонимност на интернету. Перспективе су различите и супротстављене. Управо зато тај феномен и изазива контроверзе и представља подлогу за бројне злоупотребе основних људских права и слобода. Као двосекли мач, анонимност на интернету може помоћи узбуњивачима да остану слободни, посебно у аутократским друштвима, али исто тако може помоћи делинквентима да избегну казну (Sarda *et al.* 2019, 561).

Најнепосреднија корисност анонимности на интернету види се у њеном доприносу развоју јавног дискурса подршком слободи говора и уопште изражавања (Akdeniz 2002, 224). Развој интернет сервиса и

апликација који кориснику пружају слободу стварања онлајн садржаја револуционисао је границе говора на начин да сваки корисник може брзо, лако и без значајних трошкова да допре до својих адресата на глобалном нивоу. То је феномен који Мануел Кастелс (2014) назива масовна самокомуникација и дефинише је као нови образац масовне комуникације који се заснива на високој аутономности будући да је она самопроизведена, самоусмерена и самоодабрана.

Жардин (Jardine 2018) истиче да се, у контексту (не)демократичности политичких система, мотиви за интернет анонимност могу широко груписати у две категорије: мотиви који су повезани са могућностима које анонимност пружа и мотиви који се тичу непосредних политичких потреба. Ови први су највише заступљени у веома отвореним и либералним политичким уређењима, док су мотиви који проистичу из политичких потреба најчешћи у ауторитарним режимима. Другим речима, у отвореним друштвима су могућности за анонимну употребу интернета, рецимо путем *Tor* претраживача, широко доступне, али не представљају производ нужде већ су исход личних афинитета појединаца. С друге стране, у аутократским режимима су могућности за онлајн анонимност веома сужене јер се државе активно труде да сузбију употребу технологија анонимности. Због тога, активисти који користе интернет као своје поље говора све чешће бивају прогоњени, хапшени и осуђивани на строге казне због својих активности, било да је реч о изборима у Зимбабвеу или Белорусији, политичким приликама у Тајвану, Египту или Хонг Конгу.

О махом позитивним ефектима онлајн анонимности на политичку партиципацију говоре различити аутори (Akdeniz 2002; Cooper 2020; Papacharissi 2004), као што то показују и нека истраживања (Perbawani, Rahayu, Anshari 2018, 208). Политички активни грађани често користе анонимност као ефикасно средство за избегавање правних или друштвених последица за изнесене ставове, док анонимност на друштвеним медијима може допринети порасту политичке партиципације. Иако, наравно, како истиче Папакариси (Papacharissi 2004, 267), анонимност може олакшати говор мржње, она је исто тако благотворна за слободну размену мисли и комуникацију ослобођену ограничења физичког света.

Управо на том трагу можемо поменути још један важан аспект анонимне употребе интернета који се тиче превазилажења структуралних ограничења која детерминишу интеракцију у реалном свету. Поље доступних интеракција је на интернету далеко шире него у реалном окружењу где је комуникације ограничена и микролокацијом појединаца и његовом структуралном позицијом у друштву (Петровић

2013, 170). За разлику од комуникације у свакодневном, физичком окружењу, комуникација на интернету се одвија у далеко лабавијим структуралним оквирима где је практично једина структура коју је немогуће неутралисати повезана са културом, односно језиком којим се комуницира. Наравно, постоје и рестрикције које намећу пре свега ауторитарне државе, а које се односе на техничку (не)могућност да се неким просторима на интернету уопште приступи, као што је немогућност да из Кине или Русије користите Фејсбук и неке друге дигиталне платформе.

С друге стране, они који страхују од анонимности на интернету указују на штету која може произаћи из ситуација када злонамерна лица под плаштом анонимности и без страха од одговорности шире лажи и друге штетне садржаје или масовно крше ауторска права. Нове информационе технологије су, попут Платоновог прстена моћи,¹⁸ у одређеној мери отежале правну заштиту лица и имовине од превараната, клеветника, насилника или терориста. Рецимо, анонимност и енкрипција су један од основних, али и кључних алата редовне комуникације терористичких организација (Lewis 2005, 112).

Анонимност на интернету пружа могућност да се без одговорности према бројној публици одашиљу садржаји попут говора мржње или дезинформација које могу имати веома штетне последице. Деловање противника вакцинације у доба пандемије ковида 19 можда је и онајбољи пример за то. Шулер (Suler 2004, 321–322), који је се бавио узроцима насилне комуникације на интернету, тврди да је онлајн анонимност један од кључних фактора који ствара тзв. ефекат онлајн дезинхибираности. Тај ефекат се, према мишљењу тог аутора, односи на стање у коме људи, под дејством различитих фактора у комуникацији на интернету говоре или чине ствари које иначе, у регуларној офлајн комуникацији, не би говорили или чинили. Реч је о читавом спектру понашања на интернету који се креће од бенигне дезинхибираности, кад су људи отворенији и искренији него у реалности, до токсичне дезинхибираности, када се људи понашају неупоредиво лошије у односу на своје свакодневно понашање у реалности.

¹⁸ Платон у *Држави II* приповеда о лидијском пастиру Гигу који проналази прстен моћи који носиоца може учинити невидљивим. Овај то користи да се убаца у дворац и почини бројна недела, а на крају убија краља и преузима краљевство. „Нема човека који би се уздржао да не узме туђе, ако би могао неопажен да узме нешто са тржнице; или би ишао по кућама и легао са ким жели по свом нахођењу; убијао би, или ослобађао из затвора кога пожели, и у сваком погледу био попут бога међу људима“ (Платон 1993, 359–360).

4. РАЗУМЕВАЊЕ АНОНИМНОСТИ НА ИНТЕРНЕТУ

4.1. Специфичности онлајн анонимности

Чини се да је питање анонимности добило значај тек са појавом интернета. Могућност да се на мрежи буде неко други већ од њених првих дана инспирисало је многе и на озбиљне дебате (Turkle 1995) и на шаљиве опсервације на ову тему.¹⁹ Технооптимисти су били уверени да ће јавна сфера на интернету која је ослобођена расних, верских, етничких, социоекономски или родних обележја идентитета дати кључни допринос демократизацији друштва (Akdeniz 2002; Papacharissi 2004), па чак и да ће помоћи да се поново успостави давно изгубљени дух заједнице (Rheingold 2000).

Све до појаве платформи за друштвено умрежавање, попут Фејсбука, дакле негде до средине двехиљадитих, анонимна комуникација на интернету је пре била стандард него изузетак, док се изношење личних података на мрежу сматрало крајње необичним, па и непожељним (Петровић 2008, 104–106). Ипак, појавом платформи за друштвено умрежавање анонимност све више уступа место јавном идентификовању, било да је реч о добровољној или изнуђеној идентификацији корисника интернета, да бисмо данас дошли у ситуацију да је готово потпуно сузбијена могућност анонимне комуникације на интернету.

Међутим, пре него што дубље уђемо у дебату о консеквенцама онлајн анонимности, треба успоставити везу између офлајн и онлајн анонимности. Наиме, за разлику од анонимности у физичком окружењу, анонимност на интернету се не може поистоветити са непостојањем идентитета јер, како запажа Ворхов, повезивање на интернет, односно учествовање у комуникацији путем интернета, неизбежно подразумева неку врсту самоидентификације (Voorhoof 2010, 76). Због тога неки аутори сматрају да би, уместо анонимности, исправније било говорити о псеудонимности, односно о онлајн идентитету који није непосредно повезан са офлајн идентитетом (Froomkin 1999, 114). Ствари додатно компликује могућност постојања вишеструких онлајн идентитета и истог онлајн идентитета који дели више лица (рецимо у онлајн друштвеним покретима). Осим тога, важно је напоменути: да бисмо уопште могли говорити о анонимности на интернету, неопходно је да

¹⁹ Чувена је карикатура Питера Стајнера (*Peter Steiner*), која се 1993. године појавила у магазину *Њујоркер* (*The New Yorker magazine*), на којој су приказана два пса од којих је један за рачунаром и обраћа се другом псу речима: „На интернету нико не зна да си пас.“

кумулятивно буду остварена два услова: 1. да одређену онлајн анонимну акцију није могуће повезати са реалним идентитетом актера и 2. да две анонимне акције које је учинио исти актер није могуће повезати једну са другом (Clark, Gauvain, Adams 2009, 400). Уколико је испуњен само први услов, реч је о псеудонимности.

Даље, важно је разликовати јаку и слабу анонимност на интернету. Слаба анонимност је само привид анонимности, док јака анонимност значи да трагови активности на интернету не могу или врло тешко могу бити повезани са особом у реалном свету. Рецимо, јака анонимност је нужна узбуњивачима или дисидентима који се боре против репресивног режима, али њој прибегавају и они који се баве полулегалним или илегалним активностима на интернету. Просечан корисник интернета, који је по правилу на ниском нивоу дигиталне писмености, тешко може одмаћи даље од слабе анонимности. Занимљиво је то што се чини да већина њих и нема потребу да сакрије свој идентитет на интернету нити мисли да је то претерано важно (Electronic Frontier Foundation 2015, 3–6).

У онлајн простору важно је одредити и шта се сматра идентитетом актера. Посредством „колачића“ могуће је утврдити IP адресу уређаја са кога је послата нека порука, али то не значи аутоматски да поуздано можемо знати ко је аутор поруке, односно актер. Ситуација постаје значајно компликованија ако се користе мреже анонимности, у којима се помоћу више прокси-сервера сакрива изворни пошиљалац поруке. Чак и ако би постојале технолошке претпоставке да се идентификују сви у ланцу слања поруке, све до оригиналног пошиљалаца, остаје велики политички проблем да би правне норме и технологија могли бити злоупотребљени у недемократске сврхе (Clark, Gauvain, Adams 2009, 402–405). Очигледно је да ће увек постојати притисак истражних органа да зарад ефикасне и ефективне кривичне истраге сужавају простор анонимности, што представља својеврстан опортунитетни трошак на страни заштите анонимности узбуњивача, дисидената и других лица којима би идентификација угрозила живот, сигурност или нека друга права.

4.2. Прилог разумевању деанонимизације интернета

Чини се да се у протеклих десетак година оснажила једна врста кампање против анонимности на интернету. Стиче се утисак да је на делу један вид криминализације анонимности који практично доводи до тога да сваки захтев за анонимном употребом интернета аутоматски

изазива подозрење не само безбедносних служби већ све чешће и самих корисника интернета. Плански или не, анонимност се све више гура у сферу мрачног интернета, чија је негативна слика пре свега производ оних који креирају слику јавног мњења. Једно истраживање које је спроведено у Великој Британији показује да се у више од 800 чланака о мрачном интернету, који су у периоду 2001–2017. објављени у листовима *Daily Mail*, *Daily Mirror*, *Daily Telegraph*, *The Guardian*, *The Sun* и *The Times*, он представља у изразито негативном светлу, при чему се истиче да је анонимност једна од његових главних карактеристика и да је она повезана са криминалним и антисоцијалним активностима (Sarda et al. 2019, 562).

4.2.1. Кључни актери који подстичу деанонимизацију интернета

Основно питање на које овде желимо да одговоримо јесте коме то смета анонимни интернет и због чега се он боји претежно тамним тоновима. Као кључне актере који из различитих мотива сузбијају анонимност на интернету за потребе ове анализе идентификујемо: државе, корпорације, мејнстрим медије и саме кориснике интернета. Не треба изоставити ни саме *дигиталне технологије* које су основно средство за деанонимизацију њихових корисника. Иако се на овом месту нећемо детаљно бавити улогом технологије као једног од актера деанонимизације интернета, у филозофским студијама о технологији отворено је питање да ли технологије, осим функционалне, поседују и инхерентну моралну вредност и да ли таква вредност може бити намерно усађена у техничке системе (Feenberg, 1999). С једне стране, постоје тврдње о вредносној неутралности технологије које не искључују могућност да она има значајан утицај на друштвене, моралне и политичке аспекте живота, али негирају да су негативне или позитивне последице тог утицаја функција тог система. Наиме, према том виђењу, технологија може бити само инструмент људске намере, а моралност и политика су инхерентни људима, а не њиховим алатима. Том ставу се супротставља тврдња да су поједине технологије у непосредној корелацији са конкретним друштвеним, етичким и политичким вредностима (Flanagan, Howe and Nissenbaum 2008, 347–348). У том смислу, у већину дигиталних производа и услуга унапред је уграђена могућност надзора потрошача, дакле то постаје њихова примарна сврха (Зубоф 2020), док су, с друге стране, алати као што су *Tor* и *Signal* дизајнирани управо ради обезбеђивања приватности и анонимности и помажу да се те вредности усаде и распрострање (Coleman 2019, 570).

Сматрамо да је најплодније виђење Ендрјуа Финберга (Feenberg 2000, 228), који технологију види као двострани феномен – с једне стране, она је оператор, док је, с друге стране, она објект. Дакле, технологија није само ефикасна справа или ефикасан поступак већ она у себи садржи и различите друштвене (економске, политичке, културне) контексте који су укорењени у њеном дизајну. У том смислу дигиталне технологије данас треба гледати као поприште борбе различитих и супротстављених интереса кључних актера. Неки од тих актера, о којима ће бити речи у наставку, имају интерес да се дигиталне технологије развијају тако да све више сужавају могућност њихове анонимне употребе, док су с друге стране актери који инсистирају на уграђеним опцијама за анонимност (попут различитих организација), али и они који самостално развијају алтернативне технологије, попут поменутог Тора или Сигнала. *Државе су*, наравно, један од кључних актера од којег треба поћи у анализи притисака који воде деанонимизацији интернета. У том контексту не може се на исти начин говорити о ауторитарним државама и онима које имају дугу демократску традицију. Међутим, било да говоримо о једнима или другима, извесно је да је у корену сваке државне власти тежња да се контролишу доминантни дискурси у јавној сфери. На то су указивали многи аутори, као што су Грамши (2018), Фуко (1997), Кастелс (2014). То колико ће се одређено друштво одупрети тим импулсима државе зависи од бројних фактора попут демократске традиције, снаге институција, политичке културе и политичког система појединих држава. Рецимо, ако говоримо о САД, ту је, као што смо истакли у претходној расправи, право на анонимност загарантовано Првим амандманом њиховог Устава, док је Четвртим амандманом загарантовано право да се надзор врши под јасно дефинисаним околностима. Међутим, Сноуденова (*Edward Snowden*) открића показала су да, када је реч о корисницима интернета, државне агенције које се баве надзором имају склоност да заобиђу то уставно право и да сваког, било да постоји правни основ или не, подвргну надзору (Coleman 2019, 569). У земљама као што је Кина тај надзор је далеко директнији и отворенији, а закони којима се та област уређује ретки су и лако их је заобићи (Fry 2015, 499).

Прилично је јасно зашто *корпорацијама* анонимност на интернету није у интересу. Било која активност које се одвија онлајн, од куће или са мобилног уређаја, прати се, депонује, купује и продаје међу технолошким џиновима као што су Гугл (*Google*), Фејсбук (*Facebook*) и Мајкрософт (*Microsoft*), а постоје и стотине мање познатих трговаца информацијама који помажу оглашивачима да изграде застрашујуће детаљне дигиталне профиле корисника тако што прикупљају податке из различитих извора, укључујући и базе података разних онлајн плат-

форми (Moore 2010, 1). Можда је понајбоље о томе писала Зубоф (2019, 261) образлажући како, пре свега, интернет компаније, а заваљујући трговини са њима и све остале компаније, зарађују огроман новац управо на основу могућности идентификовања основних карактеристика, жеља и потреба корисника интернета. Имајући то у виду, потпуно је разумљиво због чега Фејсбук инсистира на тзв. политици стварних имена (енг. *real name policy*) коју је та компанија увела још 2015. године (Haimson, Hoffmann 2016). У прилог томе говори и изјава коју је у то време дала сестра оснивача Фејсбука Ренди Закерберг (*Randi Zuckerberg*), директор маркетинга у компанији, која се јасно заложила за протеривање анонимности са мрежа, образлажући то тврдњом да се људи понашају много боље када користе своја стварана имена (Witzleb *et al.* 2014, 296). Ипак, тај удар на анонимност изазвао је револт великог броја корисника, посебно у групацији сексуалних мањина (LGBTQIA), који су то окарактерисали као непоштовање основних људских права (Haimson, Hoffmann 2016). Иако су у наредним годинама били присиљени да одустану од круте политике стварних имена, Фејсбук ниједног тренутка није одустао од своје намере да највећи број својих корисника, на овај или онај начин, идентификује.

Традиционални медији, као трећи актер деанонимизације интернета, у њему су, од његових самих почетака, видели ривала кога је ваљало зауздати будући да је врло брзо постало јасно да ће интернет угрозити традиционалне медије као основно средство информисања. Два су основна начина на које традиционални медији подривају анонимност на интернету – директно и индиректно. С једне стране, они инсистирају на својој кредибилности тако што руше кредибилитет извора на интернету који су често управо анонимни, односно непроверљиви. Посебно је у том смислу изражена кампања чији је циљ феномен тзв. лажних вести на интернету (*fake news*). Иако су многа истраживања показала да је грађанско новинарство све важнији сегмент информисања (Радојковић 2015), традиционални медији су упорни у томе да уруше веродостојност интернета као извора информисања, инсистирајући на томе да је он извор лажних вести, а као један од кључних узрока њиховог пласирања истиче се непостојање јасног идентитета оних који те вести креирају и пласирају (Wang, Pang, Pavlou 2018, 1; Радојковић 2015, 309). С друге стране, индиректно подривање анонимности на интернету последица је сензационалистичког извештавања, у којем се инсистира на његовим негативним аспектима, што смо могли видети на примеру извештавања британских медија о дарк вебу. Уопште узев, медији су презасићени текстовима у којима се указује на опасности које вребају на интернету, а често се као главни протагонисти нелегалних

радњи истичу непознати људи на интернету које корисници неопрезно додају за пријатеље или улазе у некакве приватне или пословне аранжмане са њима.

И сами *корисници* интернета својим деловањем често подстичу онлајн деанонимизацију. Ако се још и може рећи да Фејсбукова политика стварних имена на неки начин присиљава кориснике да се идентификују, поставља се питање зашто би то корисници радили на Твитеру, који нема такву политику. Наиме, једно истраживање о Твитеру (Peddinti, Ross, Capros 2017, 84–87) показује да већина корисника, иако није на то приморана, има профиле које је лако повезати са њиховим стварним идентитетима (рецимо, највећи број користи своја права имена и презимена). Дакле, политике идентификације корисника дигиталних платформи нам не могу послужити као једино објашњење за широко распрострањену праксу јавног огољавања сопствене интиме на тим платформама. Према нашем суду, потреба за неанонимизованим, односно јавним деловањем на интернету делом је последица: 1. макрофактора – односно тежње људи да унесу ред у своје окружење у контексту живота у ризичном друштву и 2. микрофактора – односно потребе да се контекстуализује интерперсонална интеракција на интернету.

4.2.2. Микро и макро фактори који подстичу деанонимизацију интернета

Када је реч о макрофакторима, притисци за деанонимизацију коју сами корисници интернета врше једни на друге део су њихове имплицитне стратегије за контролisaње друштвених ризика са којима се сусрећу. На експанзију ризичног друштва указао је још Урлих Бек (Бек, 2001) средином осамдесетих година XX века, тврдећи да се савремено друштво креће ка стању перманентних ризика којима су појединци све изложенији (од могућности да изгубе посао до могућности да се разболе од загађења или настрадају у терористичком нападу). Појачавање ризика последица је радикализације модернизације у другој половини XX века, односно индивидуализацијских процеса захваљујући којима се појединци искорењују из укоренењујућих структура индустријског друштва, попут нације, класе, вере, и бивају све више препуштени сопственом менаџменту контролisaња ризика који их окружују. Међутим, препуштеност самима себи код великог броја појединаца изазива стање перманентне анксиозности, која их нагони да се врате укоренењујућим силама предмодерног друштва, које су често оличене и трибалистичким моделима заједништва (Maffesoli 1996), где се сви чланови племена добро познају и као такви сви су изложени суду јавности. Те

трибалистичке тенденције се најбоље виде у ехо коморама које се образују на интернету, односно групацијама истомишљеника који се све више удаљавају једни од других (Flaxman, Sharad, Rao 2016). Сви ти процеси снажно утичу на појединца да се на мрежама деанонимизује јер свако ко је анониман може бити потенцијални уништитељ заједнице.

На микронивоу, у контексту одвијања интерперосналне интеракције, комуникаторима је важно да онога са којим ступају у интеракцију могу да сместе у неки социокултурни и географски контекст, што је у онлајн комуникацији често немогуће (Cushman, Sahn 1985, 49–50). Због тога, а опет у контексту поменутих ризика, расту притисци да се људи са којима се ступа у контакт на интернету самоидентификују не би ли се тако предупредили могући нежељени исходи интеракције на интернету.

4.2.3. Отпори деанонимизацији интернета

Насупрот актерима који врше притисак да се интернет деанонимизује стоје актери који имају њима супротстављење интересе. Као кључне можемо да издвојимо различита професионална и удружења грађана, независна регулаторна тела и различите владине и невладине међународне организације које активно раде на одбрани права на анонимну употребу дигиталних технологија. Посебно у академској заједници и међу организацијама цивилног друштва данас постоји страх да регулаторни одговор на реалне или замишљене претње по јавну безбедност и националну сигурност суштински угрожавају нашу посвећеност аутономији личности, приватности, једнакости, слободи изражавања, кретања или удруживања (Coleman 2019, 569).

Осим колективних актера, постоје и индивидуални актери, попут независних новинара, активиста, узбуњивача или хакера, који у сарадњи или независно трагају за практичним решењима за проблем надзора, испут стварајући и услове за анонимно деловање и осигурање приватности.

Нарочито су значајна настојања Савета Европе да се омогући заштита људских права и поштовање владавине права у информационом друштву. Сходно препорукама те међународне организације, јавне политике држава чланица морају бити усмерене на очување и проширење заштите, а нарочито се мора водити рачуна о праву на приватност живота и кореспонденције приликом коришћења интернета и других информационо-комуникационих технологија, укључујући и право корисника да

не откривају свој идентитет.²⁰ Такође, Савет Европе инсистира на томе да је слобода изражавања и информисања једнака на интернету као на осталим форумима и подразумева да свако има право да себе изрази и буде прималац информација онлајн. У то спадају, *inter alia*, политички говор, религијски погледи, мишљења и ставови који могу да увреде, шокирају или узнемире друге.²¹ То, ипак, не значи да се не узимају у обзир репутација и приватност других, па се тако може ограничити изражавање којим се изазивају дискриминација, мржња и насиље. Та ограничења, према распрострањеној јуриспруденцији Европског суда за људска права, морају бити предвиђена законом, уско скројена и под надзором судова. Не смеју бити арбитрерна, а морају имати легитиман циљ, као што су национална безбедност, територијални интегритет и јавна безбедност, спречавање нереда или криминала, заштита здравља или морала, или заштита права и слобода других.²²

Коришћење профила под псеудонимом представља и прилику и изазов за људска права, па Савет Европе препоручује да државе чланице сарађују са приватним сектором и грађанским друштвом са циљем унапређења права на слободу изражавања корисника на интернету. Један од важних аспеката те иницијативе јесте потреба да корисници имају пуну информацију о својим изборима у погледу онлајн идентитета. Тај став је јасно исказан у 7. принципу Декларације о слободи комуникације на интернету: „У циљу обезбеђивања заштите од онлајн надзора и јачања слободе изражавања информација и идеја државе чланице треба да поштују вољу корисника интернета да се не објави њихов идентитет. То не спречава државе чланице да предузимају мере и сарађују да би откриле лица одговорна за кривична дела...“²³ Право да се користи псеудоним на интернету заслужује заштиту, и из угла слободе изражавања и права да се примају информације и из угла права на приватност. Савет Европе је свестан и потребе за темељном заштитом узбуњивача. У новом медијском амбијенту заштита идентитета извора информација мора се проширити и на кориснике онлајн платформи

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 Види случај *Handyside v. The United Kingdom*, 5493/72, Свет Европе, Европски суд за људска права, пар. 49.

²² Упореди чл. 10, став 2 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, као и прецеденте *Lingens v. Austria*, пар. 42–47, *Castells v. Spain*, пар. 38–39, *Engel and Others v. the Netherlands*, пар. 98.

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

за друштвено умрежавање, нарочито у ситуацијама када би откривање идентитета могло да изазове одмазду, као у случајевима политичког и људскоправног активизма.²⁴

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Ширење надзора без преседана готово да не оставља никакву наду да ће стање анонимности какво смо некада познавали бити макар приближно остварљиво. Због тога ће у годинама које су пред нама питање права на анонимност вероватно постати једно од централних питања поводом кога ће копча ломити различити заинтересовани актери. Један могућ и по слободу изражавања опасан сценарио је да у будућности интернет буде детаљно и строго регулисан, уз обавезу сваког корисника да користи искључиво свој прави идентитет, тако да ће све што неко напише или изговори на интернету бити деанонимизовано. На другој страни спектра налазио би се сценарио потпуно нерегулисаног интернета, какав је био рани интернет, који је некада, у глобалним оквирима гледано, користила тек шачица ентузијаста, техногикова и хакера. Међутим, данашњи интернет није ни налик раном интернету. Он је интегрисан у све сфере савременог живота и ако буде остављен без икакве регулације, то би могло, у крајњем исходишту, да има несагледиве последице, налик повратку у Хобсово природно стање рата свију против свих. Међутим, важно је нагласити да онлајн анонимност као таква није инхерентно ни добра ни лоша већ она зависи од друштвеног контекста у коме се испољава и циљева које себи поставља. Због тога би било које регулаторно решење које би анонимност као такву, *a priori*, прогласило за непожељну на интернету било веома штетно, па чак и опасно јер би нас довело у ситуацију угрожавања основних људских права и слобода. Речју, укидање анонимности на интернету у пракси би значило укидање могућности за анонимно деловање генерално.

Неупитно је да ће државе и корпорације наставити да форсирају транспарентан интернет у коме ће мало шта моћи да се сакрије. Медији ће, да би себе заштитили од одговорности за ставове који се износе на њиховим порталима, наставити да заговарају индивидуализацију одговорности за оно што је објављено, што ће повратно отварати врата законодавцима да доносе све рестриктивније прописе о анонимној комуникацији на интернету. Осим тога, у потрази за публиком, на трагу

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.

таблоидног и сензационалистичког извештавања, медији ће наставити да боје анонимни интернет мрачним тоновима. Чак ће и многи корисници дигиталних технологија, који су често склони да изјаве да их дигитални надзор не забрињава јер немају ништа да крију, давати додатни импулс деанонимизацији интернета. Поврх тога, ризици који се око нас нагомилавају и опасности које се над нама надвијају ствараће оквир у коме ће се на анонимност гледати са подозрењем јер се иза ње могу критички потенцијални терористи, преваранти или педофили.

У таквим околностима једино још различита професионална и удружења грађана, ретка независна регулаторна тела и понека међународна организација могу представљати брану потпуној деанонимизацији не само интернета већ генерално живота у XXI веку. Међутим, ако званичне институције и организације цивилног друштва не успеју да зауставе гушење анонимности на интернету, а све су мањи изгледи за то, онда ће последње наде бити положене у руке техногикова, хакера и ентузијаста попут Едварда Сноудена или Жулијана Асанжа (Julian Assange), који ће бити спремни да ризикују сопствене животе зарад одбране универзалних вредности на којима почивају демократска друштва у којима верујемо да заслужујемо да живимо.

ЛИТЕРАТУРА

- [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] Бек, Урлик. 2001. *Ризично друштво*. Београд: Филип Вишњић.
- [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 Reputation 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>, последњи приступ 23. јула 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] Фуко, Мишел. 1997. *Надзирати и кажњавати: настанак затвора*. Нови Сад: Издавачка књижарница Зорана Стојановића.
- [22] Грамши, Антонио. 2018. *Интелектуалци, култура, хегемонија*. Нови Сад: 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>, последњи приступ 22. јула 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] Кастелс, Мануел. 2014. *Моћ комуникација*. Београд: 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] Платон. 1993. *Држава*. Београд: БИГЗ.
- [42] Петровић, Далибор. 2013. *Друштвеност у доба интернета*. Нови Сад: Академска књига.
- [43] Петровић, Далибор. 2008. *У међумрежју*. Београд: ИСИФФ и СФ
- [44] Posner, Richard. 2006. *Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency*. New York: Oxford University Press.
- [45] Радојковић, Миролуб. 2015. Да ли ће грађанско новинарство заменити професионално? 305–314. *Политички идентитет Србије у глобалном и регионалном контексту*, ур. Весна Кнежевић Предић. Београд: Факултет политичких наука Универзитета у Београду.
- [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. Интернет и право на анонимност. 73–83. *Слобода изражавања на интернету*, ур. Јелена Сурчулија. Београд: Центар за развој интернета.
- [54] Вујовић, Сретен. 1988. *Социологија града*. Београд: Завод за уџбенике и наставна средства.
- [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] Зубоф, Шошана. 2021. *Доба надзорног капитализма*. Београд: 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.

Др Драгана КОЛАРИЋ*

Др Саша МАРКОВИЋ**

АНАЛИЗА ДОСАДАШЊЕ ПРИМЕНЕ ЗАКОНА О СПРЕЧАВАЊУ НАСИЉА У ПОРОДИЦИ

У анализи која је предмет овог рада проучаваћемо податке о примени Закона о спречавању насиља у породици у периоду 2018–2020. Применом статистичке методе, анализе садржаја, компаративне и формалнологодичке анализе, у раду су анализирани подаци Министарства унутрашњих послова Републике Србије, јавног тужилаштва и суда који се односе на насиље у породици.

Афирмативни ефекти примене Закона о спречавању насиља у породици требало би да буду превенција – смањење догађаја насиља у породици, смањење броја кривичних дела насиља у породици, буђење свести о пријављивању насиља, боља сарадња надлежних државних органа у спречавању и сузбијању насиља у породици, утицај на доследнију примену одредаба других закона усмерених на супротстављање насиљу у породици.

* Редовна професорка, Криминалистичко-полицијски универзитет у Београду, Србија; судија Уставног суда Републике Србије, Србија, dragana.kolaric@kpu.edu.rs.

** Ванредни професор, Криминалистичко-полицијски универзитет у Београду, Србија, sasa.markovic@kpu.edu.rs.

Идентификовано је да надлежни државни органи неједнако примењују законске одредбе, због чега жртве насиља у породици немају исте могућности да остваре право на заштиту. Као кључни узрок описаног проблема потврђена је различита пракса поступања надлежних органа у супротстављању насиљу у породици.

Кључне речи: *Насиље у породици. – Спречавање. – Хитне мере. – Могући учинилац. – Жртва.*

1. УВОД

Анализом Закона о спречавању насиља у породици¹ уочили смо да доминирају три функције: *спречавање* насиља у породици, *заштита жртва* насиља и, коначно, *подршка жртвама* претрпљеног насиља. Као претходно питање појављује се терминолошко објашњење кључног појма који се употребљава у називу ЗСНП. То је „спречавање“.

Спречавање је исто што и превенција. Под превенцијом, у изворном и уобичајеном значењу, подразумевамо поступање чији је циљ да се избегне или спречи настанак неке појаве (Игњатовић 2008, 14). Дакле, све што се предузима са тим циљем може се означити термином превенција. Закон представља један вид контроле, покушаја државе да се избори са негативном појавом – насиљем у породици. Израз превенција посматраћемо искључиво као деловање пре догађаја који се жели избећи.²

Назив ЗСНП упућује на то да је реч о закону чији је циљ превенција насиља у породици (Коларић 2021, 184). Међутим, узимајући у обзир овлашћења појединих државних органа, јасно је да постоје и одређене репресивне мере: довођење, задржавање и изрицање и спровођење

¹ Закон о спречавању насиља у породици – ЗСНП или Закон, *Службени гласник РС* 94/2016.

² У кривичном законодавству (које представља скуп кривичноправних прописа који важе у једној земљи) важи правило да оно ступа на сцену *post delictum* и због тога има сва обележја репресивног деловања. Међутим, и поред израженог репресивног карактера, кривично право гледа и у будућност утицајем на учиниоца да убудуће не врши кривична дела (специјална превенција) и утицајем на остала лица да се уздрже од вршења кривичних дела (генерална превенција). Дакле, израз превенција има двоструко значење: осим деловања пре догађаја, превенција подразумева и потискивање непожељних понашања предузимањем активности после њиховог извршења са намером да се она у будућности не понављају. Упор. Игњатовић 2008, 14; Стојановић 2019, 6.

хитних мера. Када је у питању карактер хитних мера, у теорији постоји став да су то „квазиказне“ које, за разлику од кривичних санкција које изриче суд у кривичном поступку, полиција изриче квазиучиниоцу у поједностављеној квазипроцедури (Ристивојевић 2018, 137–141). Оне заиста подсећају на кривичну санкцију – меру безбедности забране приближавања или комуникације са оштећеним, па се постављало питање оправданости дуплирања санкција у правном поретку (Ристивојевић 2018, 137–141). У сваком случају, хитне мере су мере *sui generis*, које по својој природи представљају ограничавање одређених слобода и права (не могу бити кривичне санкције *sui generis* јер нису прописане Кривичним закоником,³ тако да су назване квазикривичне санкције). Све то доводи у питање превентивну димензију ЗСНП. Као средње решење наметнуло се посматрање Закона као нормативног текста заснованог на концепту *pre-crime* (Коларић, Марковић 2021, 266). Под њим се подразумева тренд савремених кривичноправних система да се све више фокусирају на спречавање конкретних кривичних дела која још нису извршена и можда никада и не би била извршена (Лазивић, Ненадић 2017, 493). Криминологија се бави тим приступом који надлежним државним органима даје шире надлежности у односу на оне које имају у традиционалном концепту *post-crime*. Док, с једне стране, кривично право реагује након извршеног дела и почива на логици закључивања и деловања на основу чињеница, нови концепт почива на логици превентивног закључивања и деловања на основу предвиђања/претпоставки. Правним нормама се усредсређујемо на претпостављени злочин који треба да се деси и поступамо као да се већ десио (Лазивић, Ненадић 2017, 493). Очигледно, налазимо се између онога што превенција изворно означава и кривичног права као изразито репресивне гране права.

Тренд снажног јачања правног положаја жртве уочљив је у многобројним земљама под утицајем праксе Европског суда за људска права, Директиве о успостављању минималних стандарда права и заштите жртава кривичних дела за државе чланице ЕУ (Ivičević Karas 2020, 147) и међународних уговора које доноси Савет Европе (Марковић 2020, 289). И наш законодавац настоји да успостави систем превенције, мултиресорне сарадње и да унапреди систем мера заштите и подршке жртвама насиља. Тешко је не приметити да законодавац, инсистирајући на превенцији, у прва три члана више пута, у различитим формулацијама,

³ Кривични законик – КЗ, *Службени гласник РС* 85/05, 88/05 – испр. 107/05 – испр. 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 и 35/19.

ставља до знања да је основна опредељеност законодавца превенција. Та темељна теза провејава и у образложењу ЗСНП,⁴ иако због појединих одредаба постоје другачија гледишта. Наиме, очигледно је да се велики број примедба стручне јавности односи управо на репресивне мере које су полицијски службеници дужни и овлашћени да предузму према могућем учиниоцу насиља у породици. Наравно, и неки најрепресивнији закони имају превентивно дејство, што показује да је подела на репресивна и превентивна средства релативног карактера.⁵ Један од циљева репресије је усмереност ка будућности, односно деловање на учиниоца и утицање на друге да не чине казнена дела. Системски закони намењени сузбијању казnenих дела по својој природи су репресивни, али је њихов крајњи циљ – превенција. Полицијско хапшење, задржавање и мере за обезбеђење присуства окривљеног у кривичном поступку по Законнику о кривичном поступку⁶, кривичне санкције прописане Кривичним закоником, као и лишење слободе, прекршајне санкције и мере по Закону о прекршајима⁷ имају и превентивну сврху и на плану генералне и на плану специјалне превенције. У поменутим законским текстовима не постоји проблем да се делује репресивним мерама јер се оне предузимају *post delictum* према окривљеном, што је генерички појам за осумњиченог, окривљеног, оптуженог и осуђеног, па је примена репресивних мера оправдана.

Међутим, лишење слободе – довођење и задржавање⁸ могућег учиниоца ради вођења поступка и изрицање хитних мера јесу мере репресије. Законодавац је настојао да одредбама ЗСНП успостави ефикасан систем како би се спречило насиље у породици. Прописује низ мера и радњи које предузимају надлежни државни органи (надлежни полицијски службеници, јавно тужилаштво, суд, центар за социјални

⁴ Предлог Закона о спречавању насиља у породици са образложењем, 2016, интернет страница Народне скупштине. http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2675-16.pdf, последњи приступ 14. јула 2021.

⁵ Крајњи циљ кривичног права, као основног средства у сузбијању криминалитета, осим изражене репресивне компоненте, јесте превенција. Сврха казне је, између осталог, утицај на учиниоца да убудуће не врши кривична дела и на друга лица да се уздрже од чињења кривичних дела.

⁶ Законик о кривичном поступку – ЗКП, *Службени гласник РС* 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14, 35/19, 27/21 – одлука УС, 62/2021 – одлука УС.

⁷ Закон о прекршајима – ЗП, *Службени гласник РС* 65/13, 13/16, 98/16 – одлука УС, 91/19 и 91/19 – др. закон.

⁸ Упор. предмете *Остендорф против Немачке*, апликација бр. 15598/08, одлука од 7. јуна 2013, и *М. А. против Кипра*, апликација бр. 41872/10, одлука од 23. јула 2013.

рад) са циљем откривања непосредне опасности од насиља у породици, као и активности након што је таква опасност откривена. Могли бисмо да препознамо „сукоб“ између назива ЗСНП, онога што доминира у првих неколико чланова (спречавање) и мера које се могу предузети по ЗСНП (репресија). Наиме, ако је реч о типичним превентивним мерама и активностима, као што су мере које се односе на образовање, подизање животног стандарда, сузбијање неких негативних друштвених појава (алкохолизам), не постоји никаква сметња да се таква средства активирају пре него што се недозвољено понашање догоди (*ante delictum*), то је чак и пожељно и очекује се таква реакција од друштвене заједнице. Али ако је реч о лишењу слободе које законодавац назива довођење и задржавање у надлежној организационој јединици полиције ради вођења поступка (процене ризика и евентуалног доношења наређења о изрицању хитних мера), онда треба пронаћи легитимитет за такве радње. Дакле, овде се све помера у једну фазу пре, када још ништа није ни извршено ни покушано.⁹

Разлика између поменутих законских текстова (КЗ, ЗКП, ЗП) и ЗСНП постоји у погледу времена када делују надлежни државни органи. Када је реч о мерама које се предузимају према могућем учиниоцу, због непосредне опасности од насиља у породици која произилази из његовог понашања и других околности које показују „да је он спреман у времену које непосредно предстоји да *први пут* учини насиље“,¹⁰ у правном систему Републике Србије треба пронаћи оправданост за таква овлашћења, поготово имајући у виду да већ постоји могућност изрицања мера заштите према одредбама Породичног закона.¹¹

Легитимитет за ЗСНП видимо у ретком подношењу тужби у парничном поступку по ПЗ, недовољно ефикасној сарадњи надлежних државних органа, али и потреби брзог реаговања и заштите жртве. Због тога је ПЗ заснован на за нас новом концепту *pre-crime*. Цео поступак, од тренутка довођења, са проценом ризика, може трајати најдуже осам часова. Ако упоредимо те одредбе са одредбама ПЗ, можемо прихватити да је тај поступак бржи јер се могући учинилац и жртва одмах раздвајају и

⁹ У кривичном праву је правнодогматски и криминалополитички спорно чак и кажњавање припремних радњи. И ту се веома ретко и изузетно прибегава кривичноправној заштити тзв. удаљених угрожавања заштитног објекта. Основни критеријуми су вредност заштитног објекта и интензитет његовог угрожавања.

¹⁰ ЗСНП, чл. 3, ст. 2.

¹¹ Породични закон – ПЗ, *Службени гласник РС* 18/05, 72/11 – др. закон и 6/15.

брзо се доноси наређење по коме хитне мере трају 48 часова, а постоји и могућност да их суд, на предлог тужиоца, продужи још 30 дана. Али морамо водити рачуна о томе да се и овде грешке и пропусти не претворе у главне слабости ЗСНП.

У савременим демократским друштвима приватна сфера појединца представља основно право грађана које се састоји од више посебних права. Право на поштовање приватног и породичног живота подразумева да свако има право на поштовање свог приватног живота, дома и преписке (чл. 8, ст. 1 Европске конвенције о људским правима). У доктрини се истиче да је приватност неопходан услов да се процеси који доприносе друштвеној посебности и цивилизованости одвијају у складу с људским достојанством (Илић 2020, 132). У кривичном праву, на пример, заштита се не сме поставити тако да се неке инкриминације односе на учиниоца као извор опасности по заштитни објекат и где се већ најранији спољни знаци његове опасности по заштићено добро обухватају криминалном зоном. То би делимично значило и посредно увођење одавно компромитованих и одбачених пределиктних мера (Стојановић 2019, 216–221). То је у складу са *ultima ratio* схватањем кривичног законодавства. Међутим, у ЗСНП, који је очигледно *prima ratio*, законодавац је пошао од чињенице да је понашање појединца у ситуацијама насиља у породици релевантно и за друге и да излази ван њихове приватне сфере.

Време у коме живимо захтева од сваког од нас темељно преиспитивање сопственог живота јер правила понашања, мишљења и суђења каква су важила у прошлости више нису актуелна, а у границама таквих размишљања о прошлости, садашњости и будућности човечанства, пре свега хришћанског, питање породице, породичног васпитања, односа полова у породици и њиховог појединачног и заједничког односа према деци најсавременије је могуће питање (Бугарски 2018, 96). Једно од онтолошки најважнијих питања у тим односима јесте став према насиљу у породици. Проактивно законодавство о насиљу у породици добија све већу подршку у многим земљама (Марковић 2018, 417).

2. ПРАКТИЧНА ПРИМЕНА ЗАКОНА О СПРЕЧАВАЊУ НАСИЉА У ПОРОДИЦИ

У чл. 2 ЗСНП истакнут је циљ да се на општи и јединствен начин уреде организацију и поступање државних органа и установа и тиме омогући делотворно спречавање насиља у породици и хитна, благовремена и делотворна заштита и подршка жртвама насиља у породици.

Циљ овог истраживања је да утврдимо да ли је практична примена ЗСНП остварила циљ који је законодавац истакао у чл. 2, а односи се на делотворно и благовремено спречавање насиља у породици. Основна питања која се намећу су да ли је практична примена ЗСНП довела до смањења догађаја насиља у породици и смањења броја поднетих кривичних пријава за насиље у породици и да ли је ЗСНП уједначио поступање надлежних државних органа.

У раду ћемо, након анализе података Министарства унутрашњих послова Републике Србије¹², Министарства правде¹³ и Републичког јавног тужилаштва¹⁴ који се односе на ЗСНП, применом статистичке методе, анализе садржаја, компаративне и формалногичке анализе донети одређене закључке.

Поступак који се води по ЗСНП јесте посебан, специфичан „полицијско-судски поступак“ који се састоји из две целине које повезују поступање јавног тужиоца. Прво, имамо поступање надлежног полицијског службеника (НПС) који може донети наређење којим се изриче једна или обе хитне мере. Без њега нема оног дела поступка који можемо назвати судски. Суд разматра да ли ће на предлог јавног тужиоца продужити полицијску одлуку, делимично или у целини, а има могућност и да одбије предлог јавног тужиоца. Јавни тужилац, дакле, након поступка пред НПС, има могућност да предлаже продужење једне или обе хитне мере које је изрекао НПС, али је могуће да такав предлог постави за само једну хитну меру па је суд, као што смо раније истакли, везан предлогом јавног тужиоца. Могуће је и да суд продужи једну хитну меру, а да одбије да продужи другу. Одлука суда је подложна жалбеном поступку. Из тога закључујемо да је поступак у полицији независан од судског поступка, док је, с друге стране, судски зависан од полицијског. Иако је у чл. 20, ст. 6 прописано да се на поступак одлучивања о продужавању хитне мере сходно примењује закон којим се уређује парнични поступак, ако овим законом није другачије одређено, видимо да се овде нека правила парничног поступка ипак не примењују. Тако је, на пример, чланом 191 Закона о парничном поступку предвиђено да „парнични поступак покреће се тужбом“, а чл. 4 да „суд одлучује о тужбеном захте-

¹² Подаци о укупном броју догађаја насиља у породици евидентирани су у јединственом информационом систему МУП-а. Та евиденција се електронски води од 1. јануара 2018. Министарство унутрашњих послова, допис бр. 072/1-217/21-1, 2. 3. 2021.

¹³ Министарство правде РС (2021), допис бр. 7-00-00085/2021-32, 5. 5. 2021.

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

ву по правилу на основу усменог, непосредног и јавног расправљања“. Међутим, у том поступку се не подноси тужбени захтев, а не води се ни усмена расправа. Наиме, јасно је да је тешко у кратком периоду заказати, одржати усмену расправу и донети одлуку. Вероватно је зато у овом закону истакнуто да суд доноси решење о предлогу без одржавања рочишта, након разгледања списка, у року од 24 часа од пријема предлога да се хитна мера продужи.

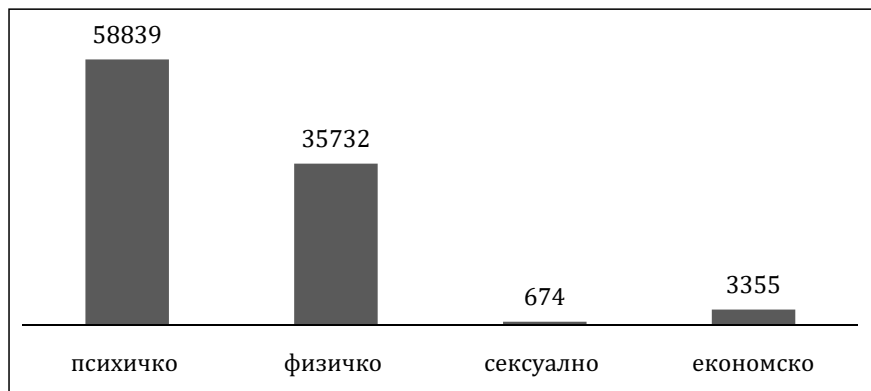
Надлежни полицијски службеник доноси наређење којим се изричу хитне мере (мера привременог удаљења учиниоца из стана и мера привремене забране учиниоцу да контактира са жртвом насиља и прилази јој) лицу које је доведено и задржано, када процена ризика указује на то да постоји непосредна опасност од насиља у породици. У тој фази поступка хитне мере трају 48 часова. Полиција је, дакле, у надлежност добила нова овлашћења. Хитне мере суд може продужити на предлог јавног тужилаштва на још 30 дана. ЗСНП, очигледно, даје шире надлежности и јавном тужилаштву. Пратећи образложење ЗСНП и многобројне јавне расправе из периода када је требало да буде усвојен, у којима се инсистирало на схватању хитних мера као искључиво превентивних мера са циљем спречавања насиља у породици и заштите жртава, као и слово Устава у којем се истиче да је јавно тужилаштво самосталан државни орган који гони учиниоце кривичних и других кажњивих дела и предузима мере за заштиту уставности и законитости,¹⁵ поставља се питање да ли је ЗСНП проширио надлежност јавног тужилаштва јер предвиђа да јавно тужилаштво, осим репресивне, има и превентивну улогу – надлежно је за спречавање насиља у породици. При томе, треба имати у виду да је јавно тужилаштво, као што смо већ поменули према ПЗ, овлашћено да подноси тужбе за одређивање мера заштите у парничном поступку.

У овом делу ћемо урадити истраживање које се односи на: факторе ризика који су најчешће узимани у обзир приликом процене ризика, хитне мере мере које су изречене, то јест однос између пријављених догађаја насиља у породици, изречених и продужених хитних мера у периоду 2018–2020. Важним елементом за закључна разматрања сматрамо и анализу улоге јавног тужилаштва у поступку по ЗСНП, као што ћемо и, у контексту активности тог државног органа у супротстављању насиљу у породици, утврдити однос између броја предлога за продужење хитних мера и тужби поднетих по ПЗ.

¹⁵ Вид. Устав Републике Србије, *Службени гласник РС* 98/2006, чл. 156.

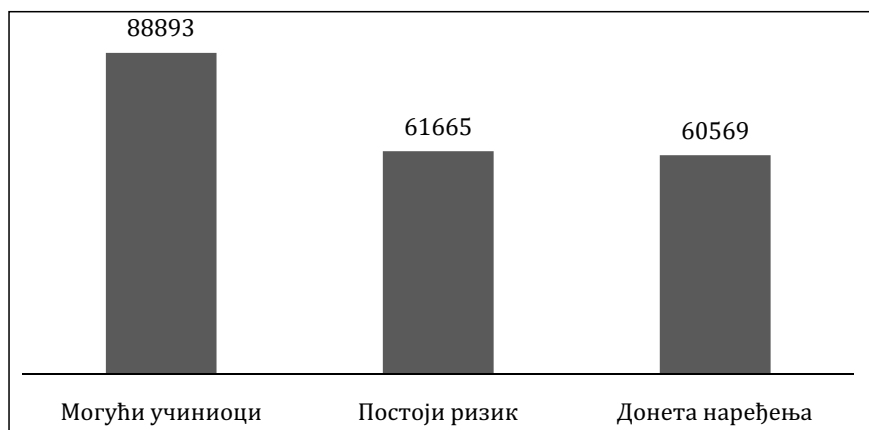
Насиље у породици, у смислу ЗСНП, јесте „акт физичког, сексуалног, психичког или економског насиља учиниоца према лицу са којим се учинилац налази у садашњем или ранијем брачном или ванбрачном или партнерском односу или према лицу са којим је крвни сродник у правој линији, а у побочној линији до другог степена или са којим је сродник по тазбини до другог степена или коме је усвојитељ, усвојеник, храњеник или хранитељ или према другом лицу са којим живи или је живео у заједничком домаћинству“. Дакле, морају бити испуњена два услова. Први је остваривање неког од алтернативно прописаних облика насиља у породици: физичко, сексуално, психичко или економско насиље, а други је постојање одређене везе између учиниоца и саме жртве (садашњи или ранији брачни или ванбрачни или партнерски однос или сродство по крви у правој линији, у побочној линији до другог степена или тазбинско сродство до другог степена, однос усвојиоца и усвојеника, храниоца и храњеника или однос према лицу са којим живи или је живео у заједничком домаћинству).

Графикон 1.
Облици насиља у породици према ЗСНП, 2018–2020.



Из графикона 1 видимо да је у Србији у периоду 2018–2020. укупно евидентирано 58.839 случајева у којима доминира психичко насиље. Према тој типологији, која у суштини представља набрајање криминалошких врста насиља (Ристивојевић 2017), најмање је сексуалног насиља.

Графикон 2.
Пријављени могући учиниоци, 2018–2020.

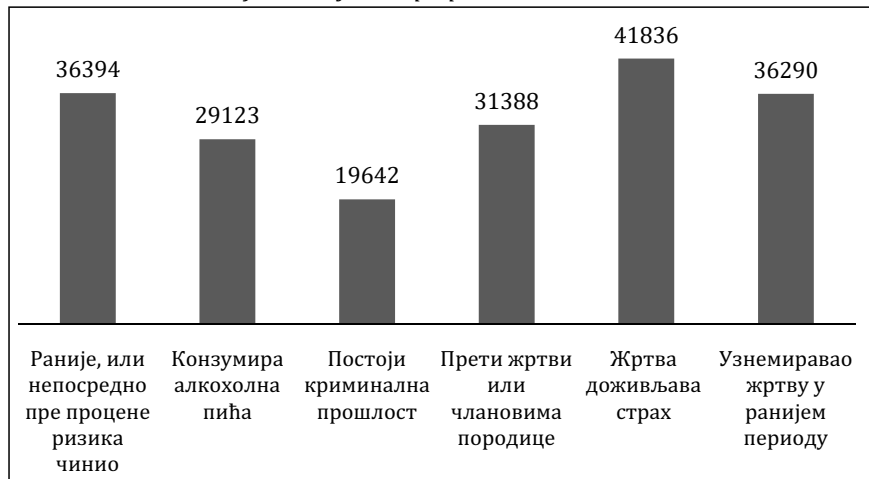


Графикон 2 показује да је у анализираном периоду било укупно 88.893 пријављених за које се сматра да су могући учиниоци¹⁶ насиља у породици по ЗСНП. Након процене ризика, установљена је непосредна опасност од насиља у породици у 61.665 случајева. Укупно је донето 60.569 наређења којима су изречене хитне мере. Поставља се питање одакле разлика између броја могућих учинилаца код којих је утврђено да постоји непосредна опасност од насиља у породици и броја наређења којима су изречене хитне мере. Наиме, хитне мере се могу изрећи само лицу које је доведено у надлежну организациону јединицу полиције. Уколико лице не може бити доведено јер није доступно надлежним државним органима из различитих разлога (у иностранству је, у болници, крије се и сл.), процењује се ризик, али се хитне мере не могу изрећи.

Ризик се процењује у сваком догађају насиља у породици о коме постоји сазнање. Према чл. 3, појам тог ризика се одређује као непосредна опасност од насиља у породици, која постоји када из понашања могућег учиниоца и других околности произилази да је он спреман да то насиље учини први пут или да га понови у времену које непосредно постоји. При процени ризика од насиља у породици, када се утврди ризик и дође до релевантних сазнања, у другој фази – фази анализе ризика, утврђују се фактори ризика који су прописани ЗСНП и на крају се, у трећој фази, вреднује ризик и закључује да ли постоји непосредна опасност од насиља у породици.

¹⁶ О појму могућег учиниоца вид. Коларић, Марковић 2019, 71; 2018, 57–58.

Графикон 3.
Најчешћи фактори ризика, 2018–2020.



Према графикону 3, најчешће заступљен и утврђен фактор ризика је страх жртве, њена перцепција. Као што суд узима у обзир, када одређује мере заштита, да ли жртва има страх од туженог, са посебном пажњом тај фактор разматра и НПС (Коларић, Марковић 2019, 177–178). Приликом избора мера заштите по ПЗ, суд мора да узме у обзир и максимално уважи мишљење саме жртве о нивоу опасности која јој прети јер је управо жртва та којој се заштита пружа, тако да је њена субјективна процена, заснована на искуству, кључни фактор приликом избора мере заштите која ће у конкретном случају бити одређена. Нема разлике ни у изрицању и продужавању хитних мера. Тако, у периоду 2018–2020. од укупно 88.893 случаја, при чему је постојање ризика од насиља у породици процењено код 61.665 могућег учиниоца, жртве су се изјасниле у 41.836 или у 67% случајева да осећају страх од могућег учиниоца насиља у породици.

Следећи, по броју доминантан фактор ризика јесте да је могући учинилац раније или непосредно пре процене ризика чинио насиље. За потребе процене ризика тај услов се тумачи у најширем смислу. Није неопходно да је могући учинилац осуђен за неко казнено дело. Довољно је увидом у полицијске или друге евиденције (судске – казнене, центра за социјални рад и сл.) утврдити да је у претходном периоду био пријављен за насиље у породици. Према подацима МУП-а, у периоду 2018–2020. од укупно 61.665 лица за која је процењено да су изложена ризику од насиља у породици у непосредној будућности, тај фактор ризика евидентиран је код 36.394 лица или у 59% случајева.

Законодавац у чл. 16 експлицитно помиње претњу убиством или самоубиством као фактор ризика, али је МУП на обрасцу на којем ради процену ризика додао и фактор ризика који се састоји у претњи упућеној жртви или члановима породице (Коларић, Марковић 2019, 180). У периоду 2018–2020. од укупно 61.665 лица за која је процењено да су изложена ризику од насиља у породици, тај фактор ризика евидентиран је код 31.388 лица или у 50% случајева. Посебна пажња се мора посветити оним случајевима насиља у породици у којима се дође до сазнања да могући учинилац упућује квалификовану претњу. У пракси има примера који доводе до закључка да надлежне институције нису предузеле ефикасне и ефективне мере да спрече насиље и заштите жртве иако су имале сазнања да је учинилац претио жртви лишењем живота. Последице су биле трагичне: троструко убиство десетак дана након изрицања и продужавања хитних мера. Могући учинилац је лишио живота супругу (жртву насиља којој је била непосредно упућена претња) и њене родитеље код којих је боравила са заједничком малолетном децом (Коларић, Марковић 2019, 180). Хитне мере су само једна у низу мера које су предвиђене законским прописима. У случајевима у којима је учињено кривично дело са елементима насиља које се гони по службеној дужности, након изрицања хитних мера, ако су испуњени услови за одређивање притвора, полиција треба да ухапси осумњиченог и да га уз кривичну пријаву доведе јавном тужиоцу. У поменутом случају су постојали елементи бића кривичног дела угрожавање сигурности. Поставља се питање да ли би наступила последица смрти три лица да је полиција ухапсила осумњиченог и суд одредио притвор. Велики значај у таквим случајевима има и Група за координацију и сарадњу која би морала да сачини план заштите жртве, који би, зависно од процене опасности по жртву, укључивао и физичку заштиту када се осумњичени нађе на слободи. Тај фактор ризика је веома чест у пракси. У случају квалификоване претње да ће се напасти на живот или тело, то јест стављања у изглед жртви да ће применом физичког насиља доћи до такве последице чији исход може бити лишење живота или повреда тела могу постојати и елементи бића неког кривичног дела и о томе полиција и тужилаштво морају да воде рачуна.

Из табеле 1 видимо да су у посматране три године изречено укупно 86.773 хитне мере. Наређењем се могу изрећи обе или једна хитна мера. Због тога се број наређења којим су изречене хитне мере и број хитних мера не поклапају.

*Табела 1.
Бројно стање и кретање хитних мера према врсти
изречене хитне мере, 2018–2020.*

	2018.	2019.	2020.	Укупно
Број наређења	19.171	20.887	20.511	60.659
Број наређења којим су изречене обе хитне мере	8.035	9.083	9.036	26.154
Број изречених хитних мера	27.230	29.978	29.565	86.773
Хитна мера привременог удаљења учиниоца из стана	8.113	9.130	9.082	26.325
Хитна мера забране могућем учиниоцу да контактира жртву насиља и прилази јој	19.117	20.848	20.483	60.448

Како се показало у досадашњој пракси, мера привременог удаљења учиниоца из стана није се никада самостално изрицала већ увек уз меру привремене забране учиниоцу да контактира жртву насиља и прилази јој. Логично је да је, ако учиниоца насиља удаљимо из породичног стана, домаћинства или стамбеног објекта у којем жртва има боравиште или пребивалиште, неопходно да му забранимо и могућност контакта и приласка жртви насиља у породици. У скоро свим случајевима у којима су доносили наређење НПС су изрицали привремену меру забране контакта и приласка жртви (табела 1).

*Графикон 4.
Врсте изречених хитних мера, 2018–2020.*

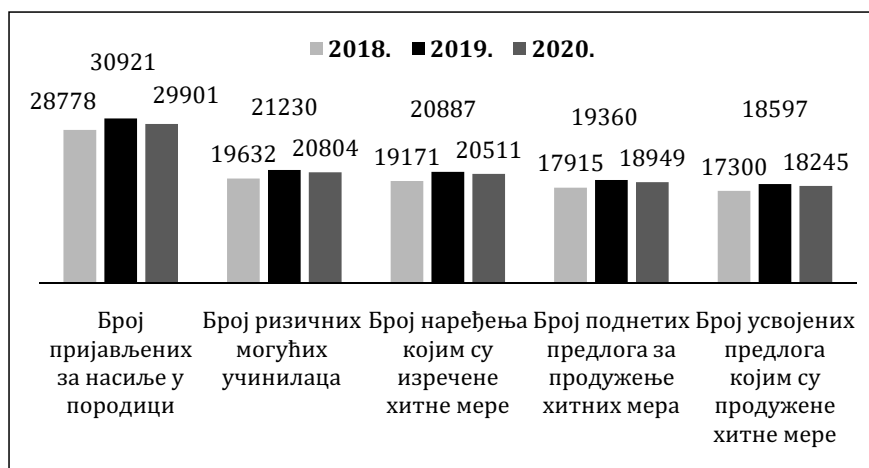


Заступљеност и однос две хитне мере према укупном броју изречених мера приказан је у графикону 4.

Графикон 5 показује однос између броја пријављених за насиље у породици, броја лица код којих је утврђено да постоји ризик, броја наређења која је донела полиција, броја предлога за продужење хитних мера које је поднео јавни тужилац и броја предлога које је усвојио суд.

Графикон 5.

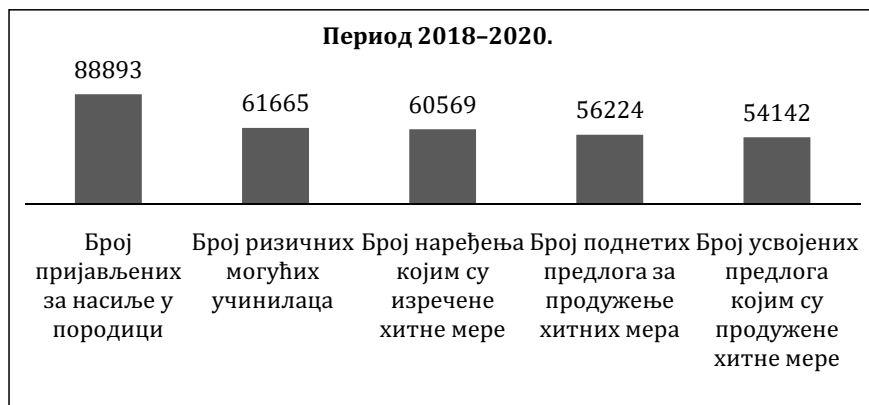
Однос између броја пријављених за насиље у породици и броја предлога јавног тужилаштва за продужење хитних мера које је усвојио суд на годишњем нивоу, 2018–2020.



Закључујемо да је 2019. године било највише пријављених догађаја насиља у породици, односно највише изречених и продужених хитних мера. Раст пријављених догађаја, у односу на 2018, био је за 7%, након чега је у 2020. дошло до благог пада, али је број пријављених догађаја насиља у породици и даље остао већи за око 4% у односу на 2018. годину. Ако упоредимо прве две године анализираних периода са трећом, видећемо да је 2020. године за један проценат порастао број продужених хитних мера у односу на број пријављених догађаја. Наиме, 2018. и 2019. је у 60%, а 2021. године у 61% пријављених догађаја дошло до продужења хитних мера.

Графикон 6.

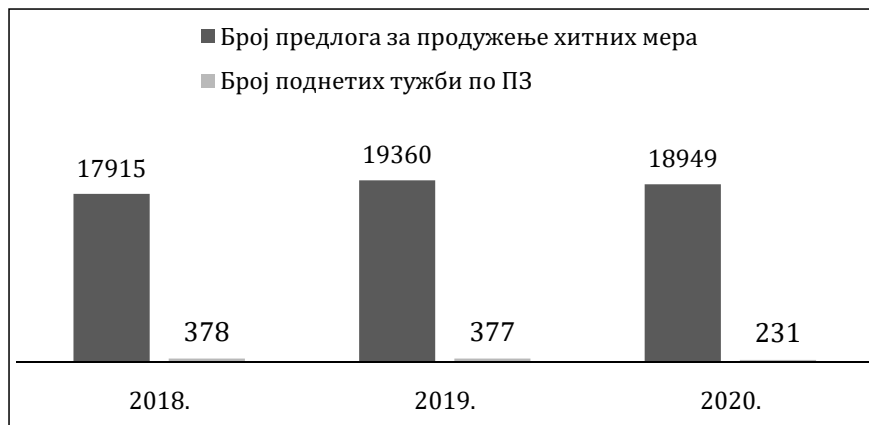
Однос између броја пријављених за насиље у породици, броја предлога јавног тужилаштва за продужење хитних мера и броја предлога које је усвојио суд, 2018–2020.



Графикон 6 нам показује да је од укупног броја пријављених за насиље у породици (88.893) проценом ризика утврђено да оно постоји у 61.665 случајева. Притом је донето 60.569 наређења. Тужилац је дао предлог за продужење хитних мера у 56.224 случаја. Суд је је усвојио предлоге у 54.142 случаја.

Прво, уочавамо да је број пријављених за насиље у породици значајно већи од броја у којем је проценом ризика утврђено да је он позитиван. Наиме, у 69% пријављених догађаја утврђен је ризик од насиља у породици. И друго, тужилац је, након вредновања процене ризика НПС, у 93% случајева предложио продужење хитних мера. Захваљујући тим подацима, једна од главних примедби на примену ЗСНП у пракси не може да опстане, то јест нису тачне тврдње да се у сваком пријављеном случају насиља у породици одређују и продужавају хитне мере. Суд је од 60.569 донетих наређења продужио хитне мере у 89% случајева, односно од пријављена 88.893 догађаја, у 61% су донета судска решења којим су продужене хитне мере.

Графикон 7.
Однос предлога ОЈТ за продужење хитних мера и тужби за одређивање
мера заштите према ПЗ, 2018–2020.



У графикону 7 је приказан однос броја предлога за продужење хитних мера и броја тужби за одређивање мера заштите од насиља у породици које подносе основна јавна тужилаштва (ОЈТ). Након спроведеног истраживања утврђено је да је суд примио само 6.300 тужби за одређивање мера заштите од насиља у породици по ПЗ и то: 2.479 2018, 2.161 2019. и 1.660 2020. године. Занимљиво је, имајући у виду улогу тужилаштва, да су 2018. године основна јавна тужилаштва поднела 378 тужби за одређивање мера заштите, 2019. 377, док је у 2020. био значајан пад јер је поднета само 231 тужба.¹⁷ Центри за социјални рад у још мањем проценту подносе тужбе него јавно тужилаштво (Марковић 2019, 1085–1087). Закључујемо да је највећи број тужби, преко 80%, поднет од чланова породице који су жртве насиља и њихових пуномоћника.

Ако погледамо број тужби које су сва овлашћена лица укупно поднела за одређивање мера заштите 2018–2020. године и број који је поднело само јавно тужилаштво, видећемо да те бројке опадају из године у годину, при чему су 2020. године биле значајно мање. Разлоге можемо

¹⁷ Министарство правде, допис бр. 7-00-00128/2021-32 од 29. 6. 2021. и 7-00-0055/2021-32 од 5. 5. 2021. Напомена: Републичко јавно тужилаштво је доставило другачији податак за 2018. годину, па је тако у допису ПИ бр. 29/21 од 6. маја 2021. наведено да су основна јавна тужилаштва поднела укупно 297 тужби за одређивање мера заштите од насиља у породици, што је за 81 мање у односу на податак који нам је доставило Министарство правде. Остали подаци се потпуно поклапају у оба дописа.

да препознамо у једноставнијем и бржем поступку који се спроводи по ЗСНП. Такође, јавни тужилац у парници за заштиту од насиља у породици јесте странка која *може* поднети тужбу, док приликом продужења хитних мера он има обавезу подношења предлога за продужење хитних мера ако утврди да постоји ризик од непосредне опасности од насиља у породици, уз претњу дисциплинске одговорности. Међутим, има елемената за прихватање ЗСНП као једне карике у ланцу заштите која се одвија на више колосока, наравно, ако су испуњени услови за вођење и других поступака, где се хитно и брзо раздвајају жртва и могући учинилац до доношења пресуде у парницама за заштиту од насиља у породици. Мере заштите трају годину дана и могу се продужити неограничен број пута ако је захтев за продужење поднет у време њиховог трајања. Хитне мере трају најдуже 32 дана (48 часова полиција и још 30 дана суд) и не могу се поново продужавати, осим ако полиција не дође до нових сазнања о насиљу у породици када се ради нова процена, односно спроводи се поступак у целини.

На овом месту скрећемо пажњу на то да неуједначено деловање надлежних државних органа, у овом случају основних јавних тужилаштва, у породичноправној заштити жртава насиља у породици, то јест приликом подношења тужби за одређивање мера заштите, доводи до неједнаког приступа према жртвама те то поступање треба што пре уједначити. Одређена основна јавна тужилаштва преузимају улоге у парничним поступцима који се воде због породичноправне заштите жртава насиља у породици, док у осталим те активности нема уопште или у веома малом броју. Тако су 2018. године, према подацима Републичког јавног тужилаштва (РЈТ), највише тужби поднела ОЈТ у Зрењанину 77, ОЈТ у Лесковцу 59, ОЈТ у Шапцу 39, ОЈТ у Врбасу 35, ОЈТ у Сремској Митровици 21 и ОЈТ у Чачку 20. Током 2019. највише је поднело ОЈТ у Лесковцу 97, ОЈТ у Зрењанину 92, ОЈТ у Врбасу 73, ОЈТ у Чачку 21, ОЈТ у Горњем Милановцу 19, а 2020. године ОЈТ у Лесковцу 68, ОЈТ у Ваљеву 53, ОЈТ у Врбасу 26, ОЈТ у Зрењанину и ОЈТ у Сремској Митровици по 20. Занимљиво је то што је ОЈТ у Ваљеву прве тужбе поднело у августу 2020, а те исте године је било друго по броју поднетих тужби, одмах иза ОЈТ у Лесковцу. Анализирајући податке РЈТ закључујемо да многа основна јавна тужилаштва, од којих су нека и највећа у Србији, нису подносили тужбе за одређивање мера породичноправне заштите од насиља у породици (нпр. ОЈТ у градовима Београд, Нови Сад, Ниш, Краљево, Крагујевац, Панчево итд.).¹⁸

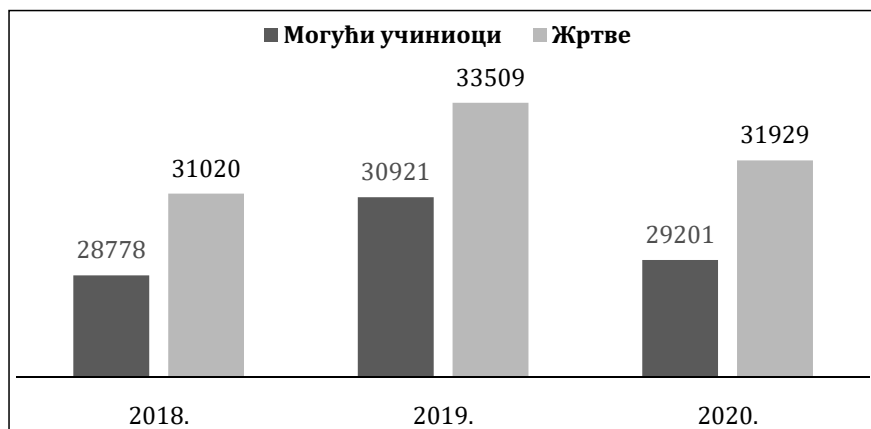
¹⁸ Републичко јавно тужилаштво, допис ПИ бр. 29/21 од 6. маја 2021.

2.1. Могући учиниоци

У Закону о спречавању насиља у породици користи се нов појам „могући учинилац“. Поставља се питање шта значи термин „могући учинилац“ насиља у породици. Он се може дефинисати, имајући у виду одредбе ЗСНП, као лице од којег прети опасност да први пут учини насиље, али и оно лице које је већ учинило насиље у породици и постоји опасност да га понови (Коларић, Марковић 2019, 14–16).

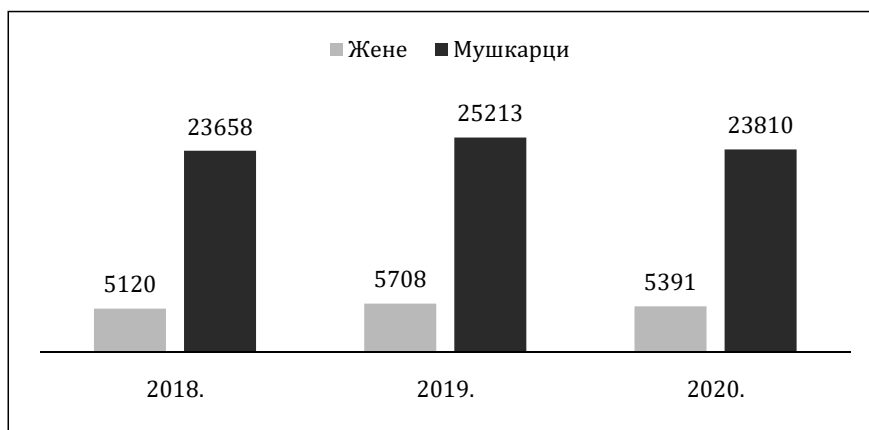
Графикон 8.

Број жртава и могућих учинилаца насиља у породици, 2018–2020.



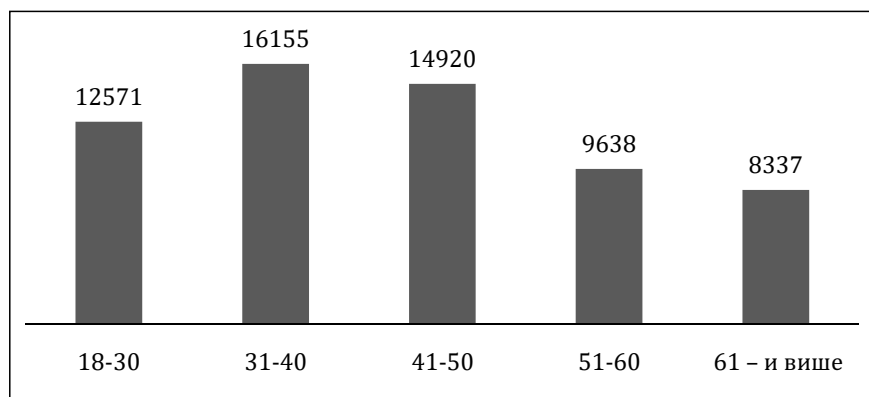
Из графикона 8 закључујемо да је мањи број могућих учиниоца насиља у породици него жртава, што се објашњава могућношћу да у једном догађају насиља у породици буде више жртава. Као што видимо, 2019. године је видно повећан број и једних и других у односу на преостале две посматране године. Обично у почетку примене неког закона долази до прогресије, раста свих бројки, па у једном тренутку имамо ескалацију, а онда следи опадање.

*Графикон 9.
Бројно стање и кретање могућих учинилаца према полу, 2018–2020.*



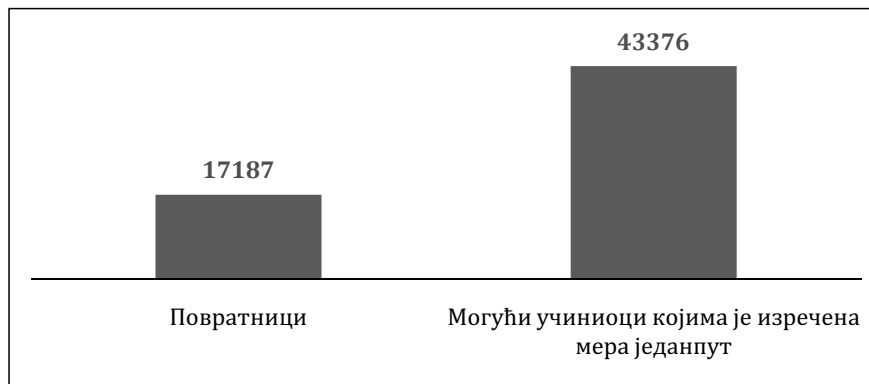
Графикон 9 показује полну структуру могућих учинилаца. У трогодишњем периоду било је укупно 88.900 могућих учинилаца насиља у породици, и то 72.681 или 81% мушког пола. Жена могућих учинилаца било је 16.291.

*Графикон 10.
Старосна структура могућих учинилаца, 2018–2020.*



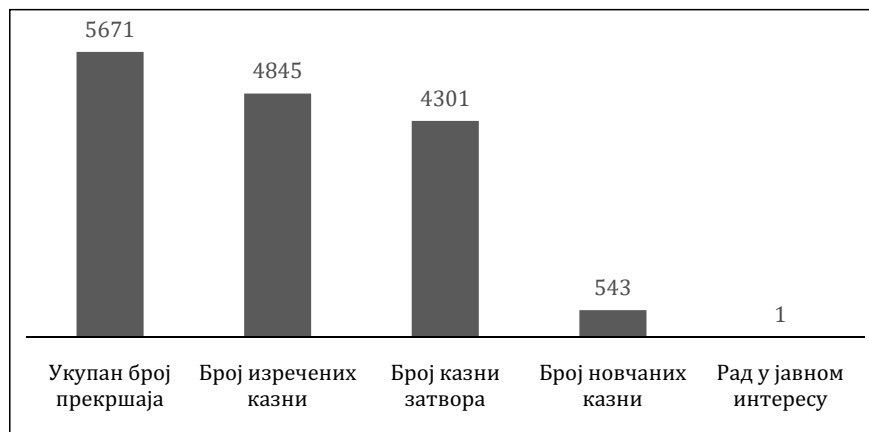
Из графикона 10 видимо да су могући учиниоци најчешће старости од 31 до 40 година живота. Затим следе они који припадају категорији од 41 до 50 година. Можемо закључити да међу могућим учиниоцима доминирају мушкарци старости од 31 до 50 година живота.

Графикон 11.
Повратници – могући учиниоци, 2018–2020.



Из графикона 11 видимо да број повратника – могућих учинилаца¹⁹ износи чак 39% од укупног броја могућих учинилаца евидентираних у посматране три године. Поставља се питање који су разлози. Ефикасност ЗСНП се може посматрати и кроз број повратника. За одговор на постављено питање важан нам је и податак о томе колико је могућих учинилаца гоњено за прекршај из чл. 36, ст. 1 ЗСНП, то јест колико је укупно било прекршаја, које су казне изречене и да ли су и у ком броју предлагане заштитне мере прописане Законом о прекршајима.

Графикон 12.
Број прекршаја из чл. 36, ст. 1 ЗСНП, 2018–2020.



¹⁹ Иако „повратник – могући учинилац“ звучи као правни *no sense*, користимо законску терминологију.

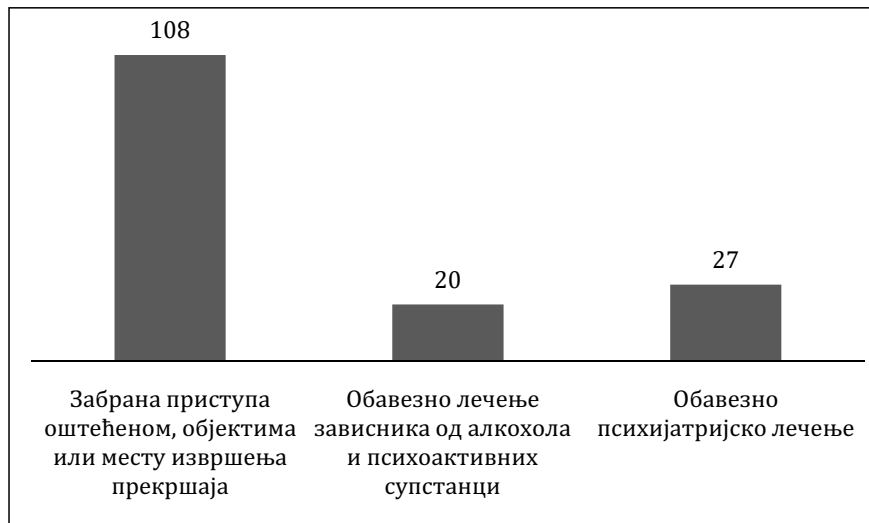
Законодавац у чл. 36, ст. 1 прописује да ће се лице које прекрши хитну меру казнити казном затвора до 60 дана.

Графикон 12 нам показује да је у периоду 2018–2020. био укупно 5.671 прекршај. Изречена је 4.301 казна затвора и 543 новчане казне. У тим случајевима изречене хитне мере нису довољно утицале на лица да акт насиља не чини поново, односно да се не приближавају и не контактирају са жртвом и да не приступају стану из којег су привремено удаљени. Да ли је могуће предузети и друге мере у тим случајевима? Надлежни органи могу да предузму и друге мере да би спречили ново насиље. Подносилац захтева за покретање прекршајног поступка има могућност да предложи заштитне мере прописане Законом о прекршајима. Такође, јавни тужилац или центар за социјални рад могу да поднесу тужбе за одређивање мера заштите према одредбама ПЗ. Закон о прекршајима, између осталих, прописује заштитну меру „забрана приступа оштећеном, објектима или месту извршења прекршаја“, која се изриче ради спречавања учиниоца да понови прекршај или да настави да угрожава оштећеног (жртву). Та мера се изриче на писмени предлог подносиоца захтева за покретање прекршајног поступка или на усмени захтев оштећеног, истакнут при саслушању у прекршајном поступку. Суд мора да одлучи о предлогу подносиоца захтева, а ако то не учини, учиниће битну повреду одредаба прекршајног поступка (чл. 247, ст. 2).

На територији појединих полицијских управа (ПУ), приликом подношења захтева за покретање прекршајног поступка из чл. 36, ст. 1, подносилац захтева, када су за то испуњени услови, обавезно тражи изрицање заштитне мере „забрана приступа оштећеном, објекту или месту извршења прекршаја“ сходно чл. 61 Закона о прекршајима. Према подацима Министарства унутрашњих послова, у двогодишњем периоду (од 1. јуна 2017. до 1. јуна 2019), од укупно 59 заштитних мера „забрана приступа оштећеном, објектима или месту извршења прекршаја“, на територији ПУ Ваљево изречено је 35. У истом периоду, та заштитна мера је изречена на територији ПУ Београд 16 пута, Нови Сад 6 и Шабац 1. При томе, у ПУ Ваљево кажњена су 93 лица, што значи да је према 38% лица одређена заштитна мера, у ПУ Београд су кажњена 234 лица, а заштитна мера одређена за 7%, у ПУ Нови Сад су кажњена 282, а заштитна мера одређена за 2% кажњених за прекршај из чл. 36, ст. 1.²⁰ Размена добре праксе је веома важна и у случају примене ЗСНП.

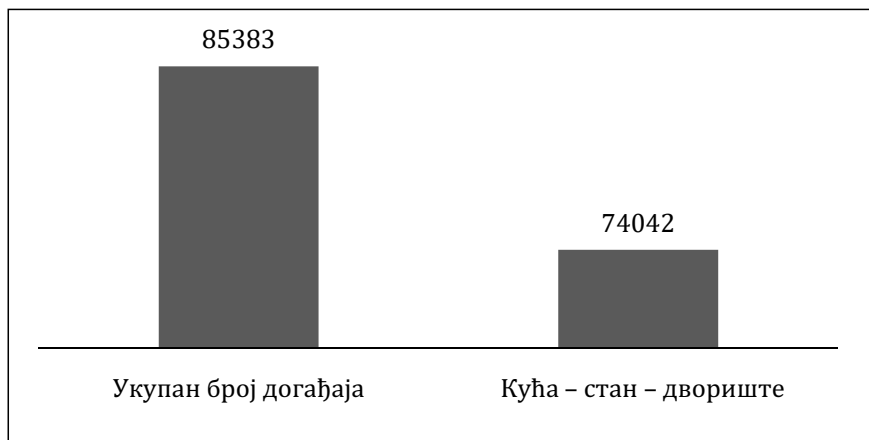
²⁰ Допис Министарства унутрашњих послова 0.513 број 235–50619/19–1 од 17. 6. 2019.

*Графикон 13.
Врсте изречених заштитних мера према Закону о прекршајима
за прекршај из члана 36. ЗСНП, 2018–2020.*



Из графикона 13 видимо да је, од укупно изречених 155 заштитних мера, у посматраном периоду, забрана приступа оштећеном изречена 108, обавезно лечење алкохоличара и наркомана 20 и обавезно психијатријско лечење 27 пута. Прекршајни суд у Ваљеву је изрекао 75 или готово половину од укупног броја заштитних мера. Од тог броја, 73 су заштитне мере забране приступа оштећеном, што износи 70% од укупног броја изречених мера. Ако томе додамо да се заштитна мера забране приступа оштећеном не може изрећи без писаног предлога подносиоца захтева или усменог захтева оштећеног истакнутог на усменој расправи и да је циљ изрицања те мере спречавање учиниоца да понови прекршај или да настави да угрожава оштећеног, можемо закључити да су подносиоци захтева за покретање прекршајног поступка мало користили ту законску могућност.

Графикон 14.
Место извршења догађаја насиља у породици, 2018–2020.



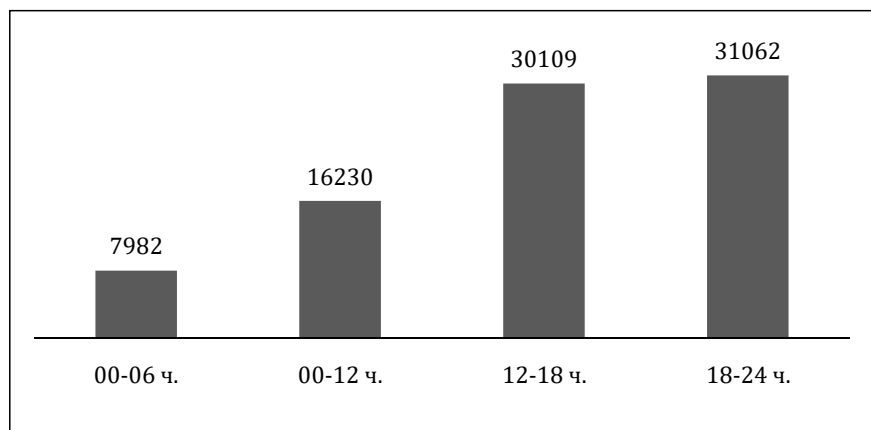
Из графикона 14 видимо да као место извршења догађаја насиља у породици највише доминира стан или кућа (двориште). Насиље у породици се најчешће врши на месту које није јавно. Зато, прикупљањем сазнања, проценом ризика и проактивним деловањем на могућег учиниоца, полиција треба да предвиди и спречи вршење насиља у породици.

Изнети подаци могу да буду значајни због евентуалне примене Закона о јавном реду и миру јер је њиме предвиђена одређена врста прекршаја који за последицу имају нарушавање јавног реда, а може се десити да извршилац и оштећени буду чланови породице. Законом о јавном реду и миру из 2016. године, као и претходним²¹ из 1992. године, прописани су одређени прекршаји који се чине облицима насиља (упор. чл. 9 ЗЈРМ из 2016. и чл. 6 ЗЈРМ из 1992. године), али се често дешава да се, и када постоје елементи бића кривичног дела, осумњичени за насиље у породици прекршајно гоне. Као проблем у овим ситуацијама уочавамо то што се осуђено лице за прекршај, ако се односи на исто понашање и суштински исте чињенице, не може гонити за кривично дело „насиље у породици“ (Коларић 2018, 73–74). Такође, лица која су раније осуђивана за прекршаје са елементима насиља учињене према члановима породице суд у кривичном поступку третира као да су неосуђивана, па им се то чак може сматрати олакшавајућом околношћу

²¹ Закон о јавном реду и миру – ЗЈРМ, *Службени гласник РС* 51/92, 53/93, 67/93, 48/94, 85/05, 101/05 – престао да важи.

приликом доношења пресуде у кривичном поступку.²² Тако, када се против учиниоца који је више пута вршио насиље према члановима породице и који је прекршајно осуђиван покрене кривични поступак због новог насиља у породици, суд његов ранији живот и чињеницу да је неосуђиван у кривичном поступку, по правилу, сматра олакшавајућим околностима. Иначе, интересантно је да је нови ЗЈРМ²³ дефинисано „јавно место“,²⁴ при чему се прекршаји из тог закона могу учинити само на јавном месту. На тај начин оштећени, у великом броју догађаја насиља у породици који нису учињени на јавном месту (пракса показује да су у ранијем периоду санкционисани у прекршајном поступку), могу бити упућени на приватне тужбе у кривичном поступку (увреда, уништење и оштећење туђе ствари и сл.), а ако се утврди да постоје сви елементи законског описа бића кривичног дела из чл. 194 КЗ, јавни тужилац ће преузети кривично гоњење.

Графикон 15.
Време извршења насиља у породици, 2018–2020.



²² Када је у питању ранији живот учиниоца, важна околност која се узима у обзир приликом одмеравања казне јесте однос учиниоца према друштвеним и моралним нормама који је испољио у свом животу пре извршења кривичног дела, а нарочито да ли је вршио кривична дела или није. С тим у вези, ранија неосуђиваност се по правилу сматра олакшавајућом околношћу (Стојановић 2019, 320).

²³ Закон о јавном реду и миру, *Службени гласник РС* 6/2016, 24/2018.

²⁴ Јавно место је простор доступан неодређеном броју лица чији идентитет није унапред одређен, под истим условима или без посебних услова. Вид. ЗЈРМ, чл. 3, ст. 1, тач. 3.

Из графикана 15 видимо да се насиље у породици највише врши између 12 и 24 часа. То је податак од значаја за полицијске управе због организације дежурстава НПС. Логично је да у том периоду треба предвидети већи број полицијских службеника.

У неким државама које су много раније од нас почеле да се баве тим проблемом постоје специјализовани тимови састављени од заменика јавних тужилаца, полиције (високообразованих стручњака који имају дугогодишње искуство у полицијском раду), психолога, правника и других стручних лица из центара за социјални рад. Ти тимови се баве само том врстом посла – супротстављањем насиљу у породици, имају свој буџет, довољно материјалних ресурса и потпуну самосталност у раду – односно чланови тима директно одговарају само јавном тужиоцу. Обука је континуирана и стална. Зависно од процене руководиоца тима (заменика јавног тужиоца), примењују се и репресивне мере уколико су неопходне за спречавање насиља, а свим надлежнима се издају налози са мерама које треба да предузму за заштиту жртава (нпр. полицији да врши обезбеђење жртве и објекта где станује).

Тумачећи ЗСНП, можемо закључити да је начелник полицијске управе одговоран за организовање рада и поступања надлежних полицијских службеника на подручју полицијске управе, односно за ефикасност и ефективност супротстављања полиције насиљу у породици.

Поступање надлежних институција треба да буде координирано, то јест деловање једног органа/установе треба да се надовезује на рад друге. Као пример добре праксе у побољшању делотворности, применом координираног поступања у спречавању насиља у породици и заштити жртава може послужити начин организовања и рада полиције у Сједињеним Америчким Државама. У многим полицијским управама направљене су посебне специјализоване јединице које се баве насиљем у породици и које су, осим посебне специјализације за та кривична дела, уместо традиционалног реактивног применили проактиван приступ решавања проблема насиља у породици, то јест применили су мултисекторски приступ решавању проблема.²⁵ Тако организоване специјализоване јединице пружају могућност развоја и побољшања до-

²⁵ На пример, Полицијска управа Остин у Тексасу, где су на једном месту смештене, осим полицијске јединице која се бави сузбијањем насиља у породици, све остале владине и невладине организације које пружају подршку, заштиту и правну помоћ и подршку жртвама насиља у породици. У тиму су и адвокати који бесплатно дају правне савете и заступају жртве насиља пред судом. Тај тим је доступан жртвама насиља у Остину од 1997. године. Вид. Марковић 2018, 394.

бре праксе и тренинг службеника, што на крају доводи до повећања ефикасности, ефективности, кохезије међу службеницима и побољшања радног морала. У многим окрузима и градовима у појединим савезним државама САД²⁶ примењени су програми – модели рада повезивања полиције са локалном заједницом да би се обезбедили добро координирани мултисекторски одговори полиције, судова, служби за помоћ жртвама-сведоцима и социјалним службама на насиље у породици. Након промена државних закона, службе за помоћ жртвама, здравствени радници, школе, службе за социјално старање о деци, тужиоци, судије и други окупали су се да би заједно иницирали програме превенције и интервенције. Закључили су да полиција не може сама смањити стопу насиља и да су заједничка мултисекторска превенција и рана ефикасна интервенција вероватно кључ за прекид „циклуса насиља“ (Roberts, Swanger 2002, 114). Такође, један од начина сузбијања насиља у породици у САД јесте и примена нових технологија. Наиме, жртве насиља су добијале мобилне телефоне или наруквице, односно привеске, који су били бежично повезани са полицијским управама, при чему се притиском на „паник“ тастер одмах успоставља линија са дежурном службом полиције. Притиском на „паник“ тастер, на полицијском монитору би се читао и положај где се жртва налази, тако да је полиција знала где треба да интервенише. То је умногоме допринело превенцији и смањењу насиља над жртвама насиља у породици (Roberts, Swanger 2002, 117).

Код нас све надлежне институције треба да пруже помоћ и подршку жртви насиља у породици у сваком контакту са њом. Жртву треба упознати са одредбама ЗСНП. Тако, на пример, полиција може жртвама да пружи информације да ће бити обавештене о изрицању и продужењу хитних мера, да могу да поднесу и кривичну пријаву за насиље у породици ако постоје обележја кривичног дела, да могу самостално или посредством пуномоћника да поднесу тужбу за изрицање мера породичноправне заштите, да за то имају овлашћење и јавни тужилац и центар за социјални рад. Тај центар или одговарајуће невладине организације жртве могу да сместе у „сигурне куће“, упуте их да се ради заштите јавне надлежном полицијском службенику или јавном тужиоцу који председава Групом за координацију и сарадњу ради прецизирања мера које ће бити одређене у индивидуалном плану заштите и сл.

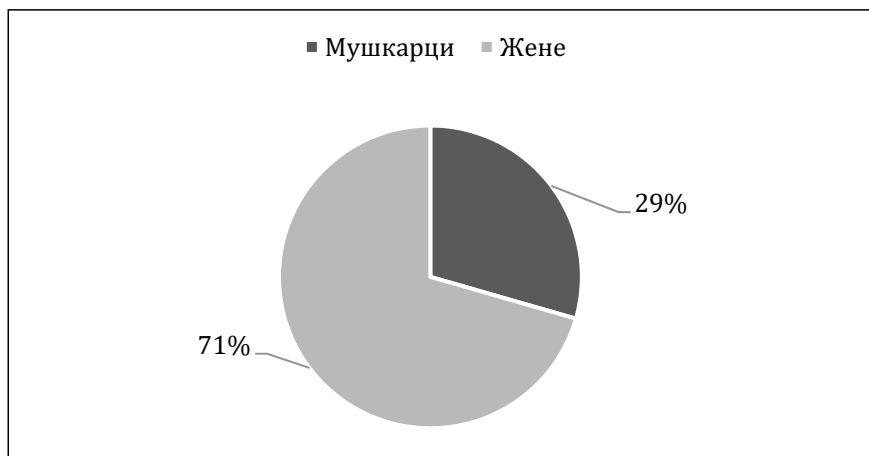
²⁶ *Baltimore County, Maryland; Quincy, Massachusetts; Duluth and Minneapolis, Minnesota; Boulder and Denver, Colorado; Memphis, Tennessee; Milwaukee, Wisconsin; Lincoln, Nebraska; Seattle, Washington.* Вид. Марковић 2018, 394.

2.2. Својства жртава

Положај жртава кривичних дела мењао се током историје. У том смислу у теорији се препознају три периода (Игњатовић 2020, 319). Рано доба цивилизације, када је жртва држала *ius puniendi* у својим рукама, потом следи раздобље када јавна власт одузима право на кажњавање од актера криминалног догађаја и треће раздобље, које се повезује са завршетком Другог светског рата, када постаје јасно да кривичне науке, пре свега криминологија, треба да обрате већу пажњу на место и положај жртава криминалитета (Игњатовић 2020, 319). Као што смо већ приметили, ЗСНП је заснован на модерном *pre crime* концепту који је изворно настао у криминологији, кривичној науци која све више пажње посвећује положају жртве. Период пружања подршке жртвама се предано и убрзано развија од почетка XXI века и повезан је са интензивним напорима међународне заједнице (Ковачек Станић, Самарцић 2014, 95–100) да жртвама појединих кривичних дела, у нашем случају насиља у породици, пружи хитну, благовремену и делотворну заштиту.

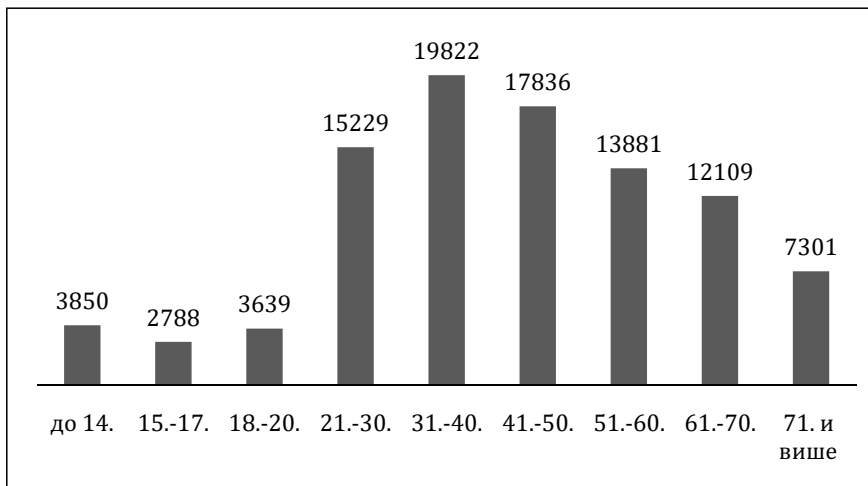
Закон о спречавању насиља у породици користи термин жртва, али не садржи одређење жртве насиља у породици. На основу његових одредаба можемо закључити да је жртва насиља у породици лице коме прети „непосредна опасност од насиља“.

Графикон 16.
Полна структура жртава, 2018–2020.



Посматрајући полну структуру жртава на претходном графикону, уочавамо да је у посматраном периоду евидентирано укупно 96.458 жртава насиља, и то 29% мушког и 71% женског пола.

Графикон 17.
Старосна структура жртава, 2018–2020.



Према старосној структури, малолетних жртава је било 6.638 или 6,88%. До 14 година старости евидентирано је 3.850 жртава, од 15 до 17 година 2.788, од 18 до 20 година 3.639, од 21 до 30 година 15.229, од 31 до 40 година 19.822, од 41 до 50 година 17.836, од 51 до 60 године 13.881, од 61 до 70 године 12.109 и преко 71 године 7.301 жртва. Раније смо закључили да су могући учиниоци најчешће мушкарци старости од 31 до 50 година живота, док из два претходна графикона видимо да су жртве најчешће жене истих година живота.

Највећи број жртава су супруге и то у 34.354 случаја, мајке – 8.836 случајева, очеви – 7.380, а партнерски однос постоји у 7.942 случаја. Берке су биле мање пута жртве од синова и то у 5.492 случаја, а синови у 6.215 случајева. Слично примећујемо и у односу према сестри и брату. Наиме, сестре се појављују као жртве у 2.714, а браћа у 3.911 случајева. Снаје су заступљене у 2.284 случаја, а свекрве 1.109. Бројке које се односе на рођаке, бабе, таште, таста, зетове, деде, свекаре, унуче, храњенике, усвојенике, усвојиоце, хранитеље нисмо приказивали. Такође, увек постоји одређени мали број неспецифицираних и осталих.

Графикон 18.
Бројно стање жртава према сродству са могућим учиниоцем,
2018–2020.



3. УТИЦАЈ ЗАКОНА О СПРЕЧАВАЊУ НАСИЉА У ПОРОДИЦИ НА БРОЈНО СТАЊЕ И КРЕТАЊЕ КРИВИЧНИХ ПРИЈАВА ЗА КРИВИЧНО ДЕЛО НАСИЉЕ У ПОРОДИЦИ

Период од инкриминисања кривичног дела насиље у породици у кривичном законодавству Србије можемо поделити на два дела: први који обележава тренд раста броја кривичних дела насиље у породици и други који обележава пад. Занимљиво је да је врх криве који дели та два периода обележен почетком примене ЗСНП. Постепен раст броја извршених кривичних дела насиља у породици уочавамо до 2014. године (Марковић 2018, 193), онда уочавамо нагли скок који траје до 2017. када је евидентирано максималних 7.108 кривичних дела. Затим, од 2018. године долази до наглог пада. Сматрамо да је прекид деценијског тренда раста броја кривичних дела насиља у породици први позитиван ефекат новог стратешког усмерења рада полиције и других надлежних државних органа у тој области. Сузбијање насиља у породици је замењено мерама за његово спречавање, што је у складу са *ultima ratio* схватањем кривичног права. Кривично право и његове одредбе, иако веома корисне у супротстављању криминалитету, имају ограничени карактер, што уосталом произилази из основних карактеристика кривичног права које указују на то да је оно акцесорног, фрагментарног и супсидијарног карактера. Штити правна добра која су већ конституисана и одређена другим гранама права, и то само од одређених

облика напада на њих. Нормативна регулатива брачних и породичних односа примарно подразумева примену одговарајућих уставноправних, породичноправних, грађанскоправних и административних прописа. Супсидијарно, брак и породица штите се и кривичним правом (Стојановић, Делић 2013, 94).

У периоду 2013–2020. полиција је евидентирала укупно 42.556 извршених кривичних дела насиља у породици.

Графикон 19.
Бројно стање и кретање кривичних дела насиље у породици,
2013–2020. (подаци МУП-а, 2021)



На основу графикона 19 можемо да утврдимо да прекретницу означава почетак примене ЗСНП. Године 2017. имамо ескалацију кривичних дела насиља у породици, и то чак 7.108 случајева, следи период значајног опадања, тако да је 2018. било 5.978 кривичних дела, а тренд смањења се наставио 2019. године са 5.403 случаја и 2020. са 5.042 случаја насиља у породици.

Што се тиче броја осуђених лица за кривично дело насиље у породици видимо да је он значајно мањи од броја учињених кривичних дела и поднетих кривичних пријава. Један од разлога је и чињеница да велики број кривичних пријава бива одбачен због недостатка доказа. Наиме, у великом броју случајева успех у кривичном поступку јавног тужиоца зависи од оштећеног, који је најчешће у улози привилегованог сведока и не мора да сведочи пред органом поступка. Не треба занемарити ни

чињеницу да се значајан број поступака окончава ослобађајућом пресудом зато што оштећени, користећи своје право и после сведочења у предистражном поступку, на главном претресу ускрати сведочење, а јавно тужилаштво претходно није прикупило довољно материјалних доказа да утемељи оптужницу. Јавни тужилац у таквим и сличним ситуацијама приликом доказивања насиља у породици мора имати у виду да се кривично дело насиља у породици гони по службеној дужности и да гоњење не зависи искључиво од сарадње са оштећеним (приливегованим сведоком), а треба имати у виду и став судија Врховног касационог суда Републике Србије, усвојен на седници Кривичног одељења од 15. марта 2017. године, да се „у процесној ситуацији када привилеговани сведок, сходно одредби чл. 94 ЗКП користи своје право да не сведочи, може (се) користити као доказ на коме се може засновати пресуда – исказ сведока који сведочи о ономе што му је привилеговани сведок рекао о кривичноправном догађају који је предмет кривичног поступка, јер сведок на тај начин само сведочи о чињеницама које је својим чулима опазио, а одредбама ЗКП није прописано да се овакав исказ не може користити у поступку“ (Синановић 2017, 91–108). Можемо да закључимо да је квалитет доказа достављених уз кривичну пријаву веома важан и да се не сме сводити само на исказе оштећених.

Податке о броју осуда за 2020. годину још увек немамо, али видимо да је мањи број осуда 2019. него 2018. године. Очекујемо да ће тај број 2020. године бити мањи него 2019.

Табела 2.

*Број подигнутих оптужница и осуда за насиље у породици
(подаци Републичког завода за статистику)*

Члан 194 КЗ	2015.	2016.	2017.	2018.	2019.
Оптужења	2.104	2.386	3.077	3.385	2.984
Осуде	1.778	2.065	2.713	2.974	2.627

4. ЗАКЉУЧАК

И поред бројних критика које су у претходних неколико година пупућене правнотехничким мањкавостима, номотехници законодавца и неприхватљивости појединих појмова у ЗСНП истичемо неколико његових позитивних ефеката.

Успостављени су координација надлежних државних органа и мултисекторски приступ решавању проблема насиља у породици на територији целе Србије.²⁷

Омогућено је хитно реаговање и раздвајање жртве и могућег учиоца. На хитност поступања свих надлежних органа и установа, пре свега полиције, ради заштите жртава јасно указује велики број чланова ЗСНП у којима се, у различитим језичким и граматичким облицима, користе термини: „хитне мере“, „хитност“, „одмах“, „брзо“, „без одлагања“, „неодложно“, „благовремено“. Тако се термин хитне мере користи 44 пута у 39 чланова Закона (Стевановић, Субошић, Кекић 2018, 158).

Број евидентираних кривичних дела насиља у породици почео је да се смањује почетком примене ЗСНП. Такође, опада и број осуда за кривично дело насиља у породици. То утиче и на квоту криминалитета за насиље у породици која је на најнижем нивоу у последњих шест година била 2020. године.

Међутим, пажњу изазива забрињавајућа бројка која се односи на број лица лишених живота у породичном насиљу. Наиме, број тих лица је остао на сличном нивоу и након почетка примене ЗСНП.

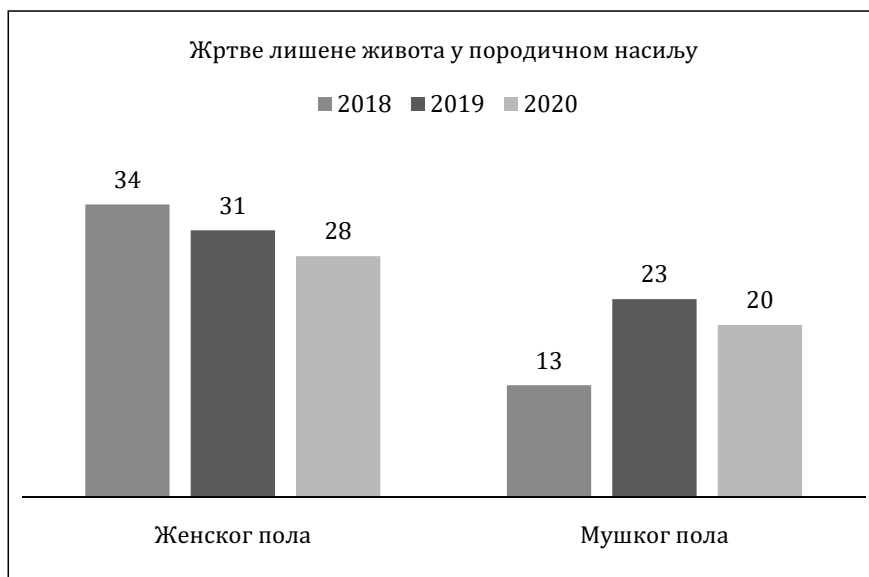
На графикону 20 је показано да се број жена лишених живота смањује од 2018. године, када је живота лишено 47 лица (34 жена и 13 мушкараца), што је исто као и 2017. када је, такође, лишено живота 34 жена и 13 мушкараца. Током 2019. године у 48 засебних догађаја евидентираних су 53 жртве које је живота лишио члан породице, и то 31 жена и 22 мушкараца, а 2020. године 28 жена и 20 мушкараца. Претходних

²⁷ И пре тог закона у појединим подручјима је била развијена таква сарадња. Координирана заштита и сарадња на нивоу локалне заједнице надлежних државних органа (представника тужилаштва, подручних полицијских управа, центра за социјални рад и суда), у Зрењанину, на пример, постоји већ десет година, по узору на Дулут модел. Зрењанински модел заштите од насиља у породици настао је 2007. године. Сарадња се реализује на састанцима који се одржавају једанпут недељно и којима присуствују представници Основног јавног тужилаштва, Полицијске управе, Центра за социјални рад, суда. Разматрајући заједнички сваку пријаву догађаја насиља у породици, представници тих институција на основу свеобухватне анализе процењују да ли ће бити покренут кривични, прекршајни поступак и/или парнични поступак. Али то није све. Ради превенције и заштите од насиља у породици у Зрењанину је 2. јула 2014. потписан споразум о сарадњи институција у заштити жртава насиља у породици и жена у партнерским односима на подручју града Зрењанина. Дакле, сарадња је негде била успостављена, али имајући у виду да је она била спорадична, показала се потреба за планском, ефикаснијом и ефективнијом сарадњом међу институцијама на целом подручју Србије (Коларић, Марковић 2019, 42).

година број жртава лишених живота у породичном насиљу кретао се у сличним оквирима: највећи број је био 2013. (73 жртве породичног насиља које су убијене – 42 жене и 31 мушкарац), а најмање 2014. (43 жртве – 28 жена и 15 мушкараца). Током 2015. године у породичном насиљу је лишено живота 47 лица (35 жена и 12 мушкараца), а 2016. године 54 лица (38 жена и 16 мушкараца).

Графикон 20.

Полна структура жртава лишених живота у породичном насиљу



У случајевима упућене квалификоване претње, када имамо и све елементе кривичног дела, велики значај има Група за координацију и сарадњу. Индивидуални план заштите би могао да обухвати и физичку заштиту жртве када се осумњичени нађе на слободи. Учили смо да жртве веома ретко или уопште не присуствују састанцима на којима се разматрају предмети насиља у породици, процењује њихова безбедност и утврђују мере заштите. Да ли заменик јавног тужиоца који председава Групом за координацију и сарадњу даје могућност жртви да одлучи да ли ће учествовати у изради плана? Према одредбама ЗСНП, „у изради индивидуалног плана заштите и подршке жртви учествује и жртва, ако то жели и ако то дозвољава њено емотивно и физичко стање“. Тешко је прихватљиво да жртве масовно одбијају да учествују у изради индивидуалних планова. Реч је о њиховој безбедности, па им је превасходни интерес да се заустави постојеће насиље и спречи

могућност његовог понављања. Вероватније је да се не позивају на састанке. Законска процедура се спроводи, али суштина и ефекти мера из планова показују да се након неколико месеци од изрицања хитних мера у одређеном броју случајева насиље понавља уз тешке последице. Ефективност предузетих мера се не проверава иако је одредбама ЗСНП предвиђено да се „индивидуалним планом заштите и подршке жртви одређују извршиоци конкретних мера и рокови за њихово предузимање, као и план праћења и процене делотворности планираних и предузетих мера“.

Такође, мере породичноправне заштите треба да буду више заступљене, што захтева већу активност јавног тужилаштва и ЦСР. Циљ изрицања и продужења хитних мера није само да се учиниоцу насиља одреде одређене забране које ће спречити насиље у породици у наредна 32 дана већ да се надлежним органима омогући довољно времена да размотре случај и донесу одговарајуће мере трајнијег карактера. Некада ће то бити кривичне санкције, некада породичноправне мере. Већ смо утврдили да јавна тужилаштва неуједначено поступају у примени ПЗ, мада се може догодити да истовремено постоје и једне и друге мере. Слично је примећено у случају кршења хитних мера када постоји прекршај и постоји могућност да се у захтеву за покретање прекршајног поступка предложи изрицање заштитних мера по Закону о прекршајима.

У чл. 5 ЗСНП, посматрано легислативно-технички, изражен је приоритет одредаба ЗСНП у односу на друге законе. Дакле, он је *lex specialis* за тему коју уређује, односно примењује се приоритетно на спречавање насиља у породици и у поступцима против учинилаца кривичних дела одређених тим законом и на пружање заштите и подршке жртвама насиља у породици и жртвама кривичних дела одређених тим законом. Тај закон се, дакле, примарно примењује, док се секундарно, ако тим законом није другачије одређено, примењују Кривични законик, Законик о кривичном поступку, Закон о парничном поступку (ЗПП), Породични закон и Закон о полицији.

Одредба чл. 5 је посебно важна са становишта поступања полиције у случајевима када постоји основ сумње да је учињено кривично дело прописано Кривичним закоником или прекршај из области Закона о јавном реду и миру, а истовремено је дошло до насиља у породици у смислу чл. 3, ст. 3 Закона.

Да ли основи сумње да је учињено кривично дело одгађају примену одредаба тог закона? Дакле, ако су испуњени услови да се изврши хапшење и задржавање и евентуално одређивање притвора по ЗКП, с једне стране, и поступање по ЗСНП (довођење и задржавање могућег учиниоца у надлежној организационој јединици полиције и доношење

наређења о примени хитних мера), с друге стране, поставља се питање чему дати предност или постоји могућност примене оба законска текста (Коларић, Марковић 2019, 84).

У чл. 15 је експлицитно наведено да надлежни полицијски службеник могућем учиниоцу који је доведен у надлежну организациону јединицу полиције *мора* да пружи прилику да се изјасни о свим битним чињеницама, да прикупи потребна обавештења од других полицијских службеника, да *одмах* процени ризик непосредне опасности од насиља у породици и да, под условима одређеним ЗСНП *изрекне хитну меру* за спречавање насиља у породици.

Требало би, ако пратимо текст ЗСНП, у сваком случају догађаја насиља у породици прибегавати примени најпре тог законског текста, хитно, благовремено и делотворно раздвојити жртву и могућег учиниоца, што тај закон омогућава и, ако су испуњени услови, тек онда ући у поступак по ЗКП и КЗ. Нажалост, иако је један од циљева ЗСНП било уједначено поступање надлежних државних органа, и даље бележимо да стратегије нису исте.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Бугарски, Тања. 1/2018. Борба против насиља у породици у пракси надлежних органа у Новом Саду. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 52: 95–123.
- [2] Ђурђевић, Душанка, Гордана Ковачек Станић. 2/2014. Новине које доноси Конвенција Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 48: 93–115.
- [3] Игњатовић, Ђорђе. 2008. Превенција криминалитета као сврха кривичног законодавства. 13–29. *Казнено законодавство и превенција криминалитета*, ур. Лепосава Крон. Палић: Институт за криминолошка и социолошка истраживања.
- [4] Игњатовић, Ђорђе. 2020. Виктимизација у 21. веку. 319–345. *Оштећено лице и кривичноправни инструменти заштите*. Златибор: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.
- [5] Илић, Горан. 2020. Узимање ДНК узорака и право на приватност у кривичном поступку. 131–147. *Казнена реакција у Србији X део*, ур. Ђорђе Игњатовић. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

- [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. Београд: Мисија OEBS-а у Србији.
- [7] Коларић, Драгана. 2018. Уставносудска заштита у кривичној ствари – осврт на заштиту права која чине 'тврдо језгро' људских права. 47–82. *Организација правосуђа и ефикасност судске заштите*, ур. Станко Бејатовић. Златибор: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.
- [8] Коларић, Драгана. 2021. Један осврт на примену Закона о спречавању насиља у породици у Републици Србији. 182–198. *Казнена реакција у Србији XI део*, ур. Ђорђе Игњатовић. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [9] Коларић, Драгана, Саша Марковић. 1/2018. Поједине недоумице у примени Закона о спречавању насиља у породици. *Анали Правног факултета у Београду* 66: 45–72.
- [10] Коларић, Драгана, Саша Марковић. 2019. *Коментар Закона о спречавању насиља у породици*. Београд: Службени гласник.
- [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] Лазић, Радован, Светлана Ненадић. 2017. Јавно тужилаштво пред изазовима Закона о спречавању насиља у породици. 491–503. *Реформски процеси и Поглавље 23 (годину дана после) – кривичноправни аспекти*, ур. Станко Бејатовић. Златибор: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.
- [13] Марковић, Саша. 2018. *Спречавање и сузбијање насиља у породици*. Београд: Службени гласник.
- [14] Марковић, Саша. 2019. Стратегија супротстављања насиљу у породици. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 53: 1081–1099.
- [15] Марковић, Саша. 2020. Кривично дело насиље у породици и заштита жртава насиља у породици. 285–299. *Оштећено лице и кривичноправни инструменти заштите*. Златибор: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.

- [16] Ристивојевић, Бранислав. 2017. Насиље у породици и над породицом. *Нова српска политичка мисао*. Јун 2017. <http://www.nspm.rs/kuda-ide-srbija/nasilje-u-porodici-i-nasilje-nad-porodicom.html>, последњи приступ 14. јула 2021.
- [17] Ристивојевић, Бранислав. 2018. Да ли је Закон о спречавању насиља у породици заказао. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 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] Синановић, Биљана. 2/2017. Заштита права жртава насиља у породици у кривичном поступку и поступку за спречавање насиља у породици. *Билтен Врховног Касационог суда*: 91–108.
- [20] Стевановић, Обрад, Дане Субошић, Далибор Кекић. 2018. Специфичне карактеристике Закона о спречавању насиља у породици. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 52: 153–169.
- [21] Стојановић, Зоран. 2019. *Кривично право – општи део*. Београд: Правна књига.
- [22] Стојановић, Зоран, Наташа Делић. 2013. *Кривично право – посебни део*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду – Правна књига.

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.

Др Горан ДАЈОВИЋ *

МОГУЋНОСТ РЕГУЛАТИВНЕ ФУНКЦИЈЕ СУДСКЕ ВЛАСТИ**

Они аспекти ствари који су за нас најважнији прикривени су једноставношћу и свакодневношћу. То не можемо да приметимо — зато што нам је увек пред очима.

(Витгенштајн, пар. 129)

Расправа се састоји из два дела. У њима се, респективно, заступају две основне тезе. Прва је да судске пресуде у развијеним правним системима могу да буду „извори“ општих правила која на обавезујући начин регулишу одлучивање судова, а онда, следствено, и других правних субјеката, чак и ако нису формално признате као извори права. Друга је да оне то треба да буду из више разлога, од којих су најважнији предвидљивост и једнакост. У првом делу расправе се разматрају концепти поделе власти, врста државних функција и судске власти. Затим се излажу

* Ванредни професор, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, gorand@ius.bg.ac.rs.

** Основне идеје из ове расправе изложио сам на конференцији „Судство као власт“, која је одржана у Београду, 29. и 30. новембра 2019. године, на Факултету политичких наука, у организацији Центра за правосудна истраживања (ЦЕПРИС), Центра за студије конституционализма Факултета политичких наука и Српског удружења за правну и социјалну филозофију (ИВРС). Захваљујем се Миодрагу Јовановићу, Данилу Вуковићу, Софији Мандић и другим учесницима и учесницама конференције на корисним коментарима које су том приликом изнели.

разлози због којих судска власт може да врши регулативну функцију и у правном систему у којем јој она није формално призната. Најзад, као илустрација како функционише систем у којем судови врше регулативну функцију, описује се примена доктрине stare decisis у Сједињеним Америчким Државама, а у додатку се анализира неколико одлука Уставног суда Србије које указују на постојања сличне праксе у нашем правном систему.

Кључне речи: *Подела власти. – Судска власт. – Регулативна и адјудикативна функција. – Прецедент.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Један од повода за настанак овог чланка је идеја која је била у оптицају у дискусијама о променама Устава Србије у области правосуђа, 2018. године. Реч је о предлогу из првог радног текста амандмана према којем се „законом уређује уједначавање судске праксе“. То је био покушај анонимних писаца нацрта амандмана да се у Устав uvede судска пракса као формални извор права, али на погрешан начин, будући да се у јавности с правом подозревало да би законом, који се у Уставу помиње, било формирано *несудско* тело које би се бавило тим уједначавањем.¹ Домаћа и инострана стручна јавност је негативно оценила тај предлог² и он се у потоњим верзијама нацрта амандмана више није појављивао. Међутим, сама чињеница да се такав предлог појавио, ствара потребу да академски правници укажу на разлоге због којих је он наopak, а нарочито да се што је могуће јасније образложи који би предлог у погледу статуса судске праксе и, уопште, судских пресуда, као извора права, био могућ и пожељан.

Према томе, тема судске праксе и судских пресуда³ као извора права је, несумњиво, релевантна за домаћу праксу. С друге стране, и у нашој правној теорији постоје запажене анализе улоге судова у стварању

¹ Акционим планом за спровођење Националне стратегије за реформу правосуђа (тачка 2.7) предвиђено је формирање такозване сертификационе комисије која би вршила ту надлежност. <https://www.mpravde.gov.rs/files/Akcion%20plan%20za%20sprowadjenje%20Nacionalne%20strategije%20reforme%20pravosudja%201.pdf>, последњи приступ 22. новембра 2021.

² Уп. Дајовић (ур.) 2019, 27, 45, 85.

³ У наставку расправе, нагласак ће бити на судским пресудама, као прецедентима јер је судска пракса, као што ће се аргументовати, „јака верзија“ доктрине прецедента.

права.⁴ Међутим, циљ ове расправе није пароксијалан, то јест везан за домаћу праксу и теорију. Напротив, циљ је да се рашчисте недоумице и неспоразуми када је у питању могућност, али и пожељност стварања права од стране судске власти, *генерално узев*.⁵ У том смислу, тезе у прилог којих ће се аргументовати су општег карактера: (1) судска власт у развијеном правном систему *може* да врши регулативну функцију власти⁶, и то на специфичан начин, (2) да ли ће судска власт ту могућност да искористи зависи од ње саме и (3) судска власт у развијеном правном систему *треба* да врши регулативну функцију власти.

Дакле, главна теза је да судска власт није (или, прецизније, не треба да буде) везана само за функцију пресуђивања или, како то у наставку расправе називам, за адјудикативну функцију. Прецизније речено, теза је да (неке) њене пресуде не (треба да) дејствују искључиво *inter partes*. Ипак, тако штуро формулисана, она је сувише неодређена. Јер ако судска власт врши још неку функцију осим функције решавања спорова, каква је то тачно функција? И у ком смислу, на који начин и с којим домашајем судска власт ту функцију (треба да) обавља? Да би се на та питања одговорило, у овом *првом делу* расправе најпре ће се учинити извесна концептуална разјашњења. Наиме, потребно је утврдити садржај појмова који су „у игри“, а то су појмови поделе власти, функције државне власти и судске власти. То је разлог због којег се о подели и врстама (функцијама) државне власти уопште говори у првом, а о судској власти у другом одељку.

Судска власт доноси одлуке на основу закона и других општих правних аката и оне су обавезујуће за стране у спору. Та теза звучи тривијално, али постаје нетривијална чим се функција судске власти веже искључиво и само за њу. Наиме, судови одиста не би нигде и ни-

⁴ Још је знаменити Живојин Перић на самом измаку 19. века писао о границама судске власти, а од радова из друге половине 20. века уп. Кошутих 1973. У новије време Spaić 2018 и Зец 2020.

⁵ Иако је повод за писање овог текста био, да тако кажем, локалног карактера, аргументи и закључци који ће се изложити то нису. Тврдња је да се они односе на развијени правни систем или барем на развијени континентални правни систем. Како се ти закључци могу уклопити у особени институционални и правни оквир конкретног правног система, па и правног система Србије, мора да буде предмет посебног прилога.

⁶ У наставку текста инсистираћу на таквом називу за функцију *стварања* права јер концепт стварања права, заједно с корелативним концептом примене права, у теорији производи бескрајне контроверзе. Иначе, термин „регулативна функција“ код нас је, примера ради, користио Слободан Јовановић (уп. Јовановић 1990, 188). Он није неуобичајен ни у иностраној литератури, нарочито у културама у којима су судске пресуде прецеденти (уп. Duxbury 2013, 4).

кад вршили регулативну функцију уколико се прихвата идеја да они само примењују право, силогистички подводећи чињенице случаја под општа правила из текстова важећих општих правних аката. Ипак, као што је добро познато, теоријски је одавно напуштена Монтескјеова идеја о ништавности или „невидљивости“ судске власти, или Блекстонова идеја да судије никад не стварају већ увек примењују право (Hart 1958, 610). Због тога је концептуално могуће да судови који решавају спорове применом права, у (неким) својим пресудама наводе тврдње које не представљају пуко понављање норми из неког општег правног акта, а које (могу да) имају нормативно дејство и на будуће сличне случајеве и могу се подвести под појам општих правила или стандарда. Аргумент у прилог такве концептуалне могућности, који се тиче природе тумачења и примене права, биће изнет у трећем одељку.

Међутим, да ли су ти општи прескриптивни искази који се могу наћи у образложењима судских одлука важеће право? То, наравно, није нужно. Ипак, није концептуално немогуће рећи да судови, решавајући спорове, примењују али у исто време, изричући такве исказе, допуњују и развијају важеће право, *чак и у системима у којима таква функција судова није формално призната*. Када кажем да „није формално призната“, то значи да судска пресуда није извор права⁷ према изричитом слову неког важећег прописа, рецимо устава. Да ли ће неки правни акт (међународни уговор, закон, подзаконски акт, судска пресуда итд.) бити извор права, то зависи од његовог важења. А у складу с Хартовом идејом о природи права, важење правних аката се утврђује на основу критеријума који су садржани у правилу признања. Примера ради, у нашем праву би правило признања (барем када је реч о судовима) могло бити описано одредбом Устава која прописује, да се „судске одлуке... заснивају на Уставу, закону, потврђеном међународном уговору и пропису донетом на основу закона“ (чл. 145 ст. 1 и 2 Устава), односно уставним одредбама којима се прописује хијерархију правних аката у Републици Србији (чл. 194 и 195 Устава). И у том случају може се говорити о формално или изричито признатим изворима права. Међутим, пошто је, по својој природи, правило признања социјално правило, које постоји уколико је ефикасно, уколико се врши, јасно је да одредбе писаног устава које су део правила признања не морају нужно да чине важећим *све* норме правног система нити *све важеће норме*

⁷ Извори права су, према увреженом схватању, правни акти у којима правни субјекти „проналазе“ опште норме које су велике премисе у правном расуђивању и одлучивању. Или, у контексту ове расправе, извори права су „складишта“ општих норми које су судије правно обавезане да користе као основе за своје појединачне одлуке.

нужно морају бити важеће у складу с тим уставним одредбама (Dajović 2010, 260). Другим речима, могуће је, као што је то одиста случај у неким правним системима, да постоје и други критеријуми важења који су део правила признања, а који нису изричито „описани“ у формално важећим писаним правним актима. Најпознатији такви примери су уставне конвенције у Великој Британији или општепризнато овлашћење Врховног суда да контролише уставност закона у САД и да тако утиче на важеће право.

Из свега тога произилази да одговор на питање да ли ће регулативна власт судова бити успостављена зависи од њих самих, то јест од њихове праксе, а не нужно од тога да ли је она формалноправно призната. У прилог те тезе, у трећем одељку ће се изнети још један концептуални аргумент – онај који се тиче природе самог права.

Најзад, на крају расправе следи кратак опис једног правног система у којима делови судских пресуда одређених судова одиста представљају обавезујуће опште норме које су потоњи судови дужни да примене у будућим сличним случајевима. Реч је о правном систему САД. Тај опис је користан јер може да укаже на правце у којима би концептуална могућност регулативне функције судске власти могла да се претвори у стварност и у правним системима у којима она то (још) није. *Први део* расправе завршава се екскурсом о уставном судству, које не спада у судску власт, како се она схвата у расправи. Ипак, биће описано неколико одлука Уставног суда Србије, из којих се може стећи увид у значај и домаћаје вршења регулативне функције од (пара)судских органа у нашем правном поретку.

2. КОНЦЕПТУАЛНА ПОЈАШЊЕЊА

2.1. Три функције власти

Свака политичка заједница мора да обави извесне задатке како би опстала и напредовала. Примера ради, она мора да очува унутрашњу и спољашњу безбедност, да организује производњу или трговину добара, да храни и лечи своје чланове итд. Да би обавила те задатке, она мора, у оквиру себе, да успостави *власт*, као врсту моћи, то јест способности да се људи (ако треба и принудом) приволе на понашања на која можда добровољно не би пристали, која је призната или легитимна (Хејвуд 2005, 15).

У политичкој заједници у настајању, власт нужно издаје појединачне наредбе члановима заједнице и решава њихове спорове. Она, другим речима, мора да обавља, назовимо то провизорно, управну⁸ и адјудикативну функцију. У литератури је констатовано да за постојање једне заједнице није концептуално нужно да власт у њој обавља и регулативну функцију, то јест да унапред успоставља општа правила на основу којих управља или решава спорове (Јовановић 1990, 37).

Такав „проторежим“ Џозеф Раз назива поретком „апсолутне дискреције“. Систем апсолутне дискреције састојао би се од једног или више доносилаца одлука, којима се чланови „заједнице“ обраћају за решавање спорова. Онај ко доноси одлуку поседује ауторитет да на конклузиван начин одлучи о исходу спора. При томе, не постоје правне или обичајне норме које доносиоци одлука морају да примењује нити су обавезни да следе властите прецеденте. Они заснивају своје одлуке на одређеним разлозима за које мисле да су значајни, али који су то разлози и у којем правцу ће они усмерити коначну одлуку, то је ствар њихове апсолутне дискреције (Raz 1979, 111–114, 173–175; Raz 1999, 137–141).⁹ У систему апсолутне дискреције не може се говорити о постојању правног система јер не постоје опште правне норме којима се регулише понашање ни оних који одлучују ни оних који им се покорављају. Речју, у њему ниједан „орган“ не врши регулативну функцију, која се састоји у доношењу, мењању или допуњавању општих правила понашања у заједници.

Ипак, треба нагласити да такви режими у чистом облику нигде не постоје, премда су неке емпиријске инкарнације политичких заједница (и некад и сад) биле мање или више близу таквом режиму. Јер, историјски посматрано, не постоје политичке заједнице у којима понашање није регулисано општим правилима (макар она била и религиозна или обичајна) или, концептуално гледано, у којем не постоји барем једно обичајно правило (прихваћено макар од дела заједнице) да су неко лице или група „овлашћени“ да својим наредбама или „пресудама“ управљају заједницом, односно решавају спорове у њој. У том смислу, заједница (макар и као целина, у случају обичаја) обавља и регулативну функцију. Према томе, свака политичка заједница, обавља своје „по-

⁸ У смислу управљачке, а не у смислу савремене управне функције.

⁹ Себок помиње да је сличан систем имао на уму Лон Фулер, када је говорио о режиму неконтролисане управљачке дискреције, као опозиту његовој интерној моралности права. Фулер је, током година, именовано контраст између правног система и система апсолутне дискреције различитим терминима, као контраст између разума и воље, адјудикатуре и арбитрарности, права и „менаџерског управљања“ (Sebok 1998, 162).

слове“, технички гледано, на три начина или путем три функције које се морају вршити, како би заједница опстала: регулативне, управне и адјудикативне.

Већ је споменуто да власт у свакој политичкој заједници мора, на неки начин, да буде призната, да би била власт.¹⁰ То значи да су одлуке које она доноси ауторитативне – обавезујуће на начин да се не могу доводити у питање, да се не могу побијати контраразлозима и да обично за њихово кршење следи примена неког облика санкције. Власт може бити призната из различитих разлога. Међутим, када се то признање успоставља на основу онога што Харт назива правилом признања, може се рећи да власт постаје правна власт и да се у заједници појављује зачетак онога што називамо правним системом. Стога, остављајући по страни историјска и емпиријска разматрања, сврха расправе налаже да се пажња посвети управо заједницама у којима је успостављен зрео правни систем (у Хартовом смислу речи), то јест савременим државама.

У савременом правном поретку обављање три функције власти по-прима нове форме. Прво, појавом зрелог правног система, у политичкој заједници се мења природа регулативне функције. Ради се о функцији доношења општих правила на основу којих се издају појединачне „наредбе“ и на основу којих се решавају спорови. Ту функцију преузима одређена институција у политичкој заједници, а правила које она доноси почињу јасно да се разликују и одвајају од обичајних, моралних или верских правила. Наравно, у заједници и даље постоје управна и адјудикативна функција, с том разликом што се оне (ово нарочито важи за адјудикативну функцију) сада врше у складу с унапред донетим правилима. Речју, без регулативне функције заједница није правна, у савременом смислу те речи,¹¹ као што ни без управне и адјудикативне заједница уопште није заједница.

Најзад, у савременим државама, три описане функције постају државноправне функције и обично се називају законодавна, извршна и судска, како се зову и органи који доминантно обављају сваку од њих. Штавише, када говоримо о функцијама или гранама државне власти, често се исти термин („власт“) користи да означи, како поједину државноправну функцију, тако и орган који је обавља. На пример, исти термин – судска власт, користи се да означи адјудикативну функцију и

¹⁰ Барем од једног дела чланова те заједнице који је политички доминантан.

¹¹ Ипак, иако можда звучи сувишно, треба напоменути да се та функција, као функција државне власти, појављује тек у савременим државама јер адјудикативну функцију је држава могла да врши и на основу правила које није сама донела.

да означи судове, као органе власти који ту функцију обављају (Тропер 2013, pag. 5). Другим речима, разликује се органско од функционалног значења термина „власт“. Како се савремени модел организације и вршења основних функција државне власти појавио и како он у пракси функционише, тема је следећег поделеља, посвећеног подели власти.

2.2. Подела власти

Подела власти је једна врста конституционализованог модела организације власти. Теоријско уобличење тог модела најчешће се приписује Монтескјеу. Наиме, посматрајући устројство власти у Великој Британији његовог времена и дивећи се слободи коју су уживали њени грађани, за разлику од осталих ондашњих Европљана, Монтескје се запитао на који начин се у држави та слобода може постићи и гарантовати. Имајући у виду, пре свега, слободу у границама закона и права коју Енглези имају, Монтескје је схватио, тако барем гласи конвенционално схватање, да законе треба да доноси једна, а да их извршава друга власт, које су међусобно специјализоване и независне (Тропер 2013, pag. 8). На тај начин би једна другу уравнотежавале, а избегло би се да се у рукама једних истих људи стекне и моћ доношења и моћ извршавања закона, што је за Монтескјеа била сама дефиниција тираније.

Међутим, проблем са специјализацијом и потпуном независношћу три гране власти је, најпре, у томе што она у пракси није изводљива без озбиљних проблема у функционисању државе као целине. И друго, што је законодавна власт, која изражава вољу државе (док егzekутивна и судска власт ту вољу само спроводе), *по природи своје функције* надмоћна над друге две власти (Тропер 2013, pag. 21–23, 35).

Из тих разлога, Тропер сматра да Монтескје није заговарао модел поделе власти, према којој три основне функције власти треба да буду у рукама три различита *специјализована и независна* органа власти.¹² Посматрајући организацију власти у ондашњој Великој Британији, он је увидео да је законодавно тело састављено од два дома која се међусобно спутавају и не могу да функционишу један без другог (од којих је један заснован на демократском, а други на аристократском

¹² Међутим, постоје аутори који управо такву грешку спочитавају Монтескјеу (Claus 2005, 419, 420). Како у фокусу чланка нису врлине и мане Монтескјеових идеја о подели власти него кратак опис суштине тог модела у пракси, на разлозима за и против тачности његових увида нећу се задржавати.

принципу). С друге стране, оба дома су ограничена учешћем извршне власти у законодавном процесу – правом вета и правом предлагања закона. Дакле, нису ограничене сáмом извршном влашћу (у функционалном смислу) јер она, као таква, не може да ограничи законодавну, будући да само извршава њену вољу, већ спутане њеним делањем у *вршењу саме законодавне функције* (Торер 2013, пар. 25).

На основу таквих емпиријских увида, Монтескје закључује да је најбоља предохрана против арбитрарне власти да се различите власти не нађу у једним истим рукама (Торер 2013, пар. 27). Речју, да би постојала подела власти, довољно је да не постоји стапање, јединство, сједињење (функције) власти у једним рукама. И стога је пожељно ово „укључивање“ актера једне власти у вршење друге власти (Claus 2005, 420).

Државна власт која поштује такав принцип организације вршења сопствених функција (принцип поделе) неће бити арбитрарна већ потчињена праву и на тај начин безопасна по слободу својих грађана. Према том принципу, дакле, битно је да различите функције државне власти не обавља један исти орган. Реч је о чисто негативном принципу, који не захтева да различите гране власти обавезно и искључиво буду поверене различитим и одвојеним органима.¹³ Јер, такав принцип ће бити задовољен и ако једна грана власти, уз то што примарно врши једну функцију, буде укључена и у вршење друге функције власти (Торер 2013, пар. 31).

Како су се те идеје оваплотиле у пракси, најбоље се може видети на примеру устава САД из 1787. године. Наиме, док је у Великој Британији организација власти, која је надахнула Монтескјеа, настајала дуго и постепено, а не одједном и промишљено, амерички очеви оснивачи имали су намеру да Монтескјеов теоријски модел постане конституција нове нације.¹⁴ Они су имали јасну представу о томе да је најбоља предохрана

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). У наставку текста ћу поједине цитате наводити на енглеском, и то у оним случајевима када би се у преводу изгубиле нијансе изворног значења, које су битне за поенту због које се цитат користи.

¹⁴ Да о томе нема сумње, сведочи Џејмс Медисон, који каже: „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

против тираније да се свеколика државна власт уставом подели на три релативно једнаке и релативно раздвојене гране, које ће бити у међусобном балансу, тако да законодавна и извршна власт претежно, али увек и уз асистенцију оне друге, обављају своје функције (Ervin 1970, 108).

Према томе, у Америци није успостављено потпуно преклапање између органа који је специјализован за вршење одређене функције и саме функције. Наиме, идеја поделе власти, онако како ју је схватио и изложио Монтескје и како су је у дело спровели творци америчког устава, не подразумева потпуну специјализацију и независност међусобно одвојених државних органа, у смислу да се сваки од њих бави једино и искључиво „својом функцијом“. У том смислу, Томас Џеферсон је приметио да „овлашћења владе треба да буду тако подељена и уравнотежена између неколико органа власти, да ниједан од њих не може да прекорачи своје границе, а да не буде ефективно контролисан и ограничен од других (органа)“.¹⁵

У складу с реченим, за поделу власти биће довољно учињено ако се власт, на неки начин, распореди међу више различитих органа, који се међусобно ограничавају. Будући да се расподела надлежности између државних органа врши уставним одредбама, није необично што у члану 16 француске Декларације о правима човека и грађанина из 1789. године стоји: „Држава у којој... није утврђена поделе власти нема устав.“¹⁶ То значи да није у питању само идеал – Декларацијом се не описује *добар* устав, устав који је достојан да се зове уставом. Њоме се дефинише устав, *као такав*. На тај начин, устав, подела власти и владавина права постају део јединственог политичко-институционално-правног пејзажа, који обезбеђује слободу човека и грађанина.

А где је у том пејзажу место судова и судске власти, као главних носилаца адјудикативне функције? И како се та власт врши? На та питања ћу покушати да одговорим у наредном одељку, након што сумарно изнесем термилошке поуке из управо описаних концептуалних појашњења.

mankind“ (Federalist, no. 47, према Claus 2005, 429).

¹⁵ Уп. Wood, Gordon S. 1998. *The Creation of the American Republic*. 2nd ed., 453, према Claus 2005, 426.

¹⁶ „Toute société dans laquelle... la séparation des pouvoirs (n'est pas) déterminée, n'a point de constitution.“

2.3. Терминологија

Опис настанка и развоја идеје и праксе поделе власти показује да једну државноправну функцију не врши искључиво један специјализовани орган независно од других органа, то јест да један орган (може да) учествује у вршењу више државних функција. Примера ради, законодавну функцију не врши само законодавни орган већ се у њу укључује и извршна власт. Та чињеница несумњиво говори у прилог споменутој дистинкцији између појма власти у функционалном и органском смислу.

Осим тога, постоји још једна важна дистинкција која иде у прилог предложеном појмовном оквиру. Примера ради, законодавна функција се не поклапа с оним што називам регулативном функцијом. Наиме, регулативну функцију врши свака *власт* која општим правним нормама унапред регулише извесну област друштвених односа. А опште правне норме којима се друштвени односи регулишу нису само законске норме. Због тога треба јасно разликовати регулативну функцију коју врши законодавно тело од регулативне функције коју, примера ради, у појединим системима врше судови.¹⁷

На том трагу, у англосаксонском правном систему, у којем судије формално стварају право, повлачи се јасна дистинкција између стварања права путем закона и стварања права у судским пресудама (Gardner 2001, 217). Обе се сматрају подврстама регулативне функције, а у литератури се наводе, примера ради, следеће разлике између њих. Прво, законодавац ствара право *де ново* и врло често је реформски оријентисан

¹⁷ Иначе, у нашој правој теорији, као што је познато, уобичајено се говори о законима у материјалном и формалном смислу (на пример, Васић, Јовановић, Дајовић 2016, 256 и.д.). Ако се као закони у материјалном смислу дефинишу „акти који садрже опште правне норме којима се заснивају овлашћења и обавезе правних субјеката“ (Васић, Јовановић, Дајовић 2016, 260), онда би, примера ради, прописи које доноси извршна власт (на пример, уредбе) могли понекад да имају карактер закона у материјалном (али не и у формалном) смислу. И онда би се *регулативна функција генерално* могла разумети као доношење закона у *материјалном смислу*. Међутим, у расправи се не промовише такво схватање јер оно, прво, превише шири конвенционално значење речи закон (које се уобичајено везује за акте представничког тела) и, друго, зато што све опште норме које производе из вршења регулативне функције нису закони у материјалном смислу. Најзад, ако се законодавна функција разуме, као што је у овом контексту случај, као законодавна и у органском и у функционалном смислу, то јест, као функција доношења прописа који су закони и у материјалном и у формалном смислу, онда има смисла такву функцију посматрати као подврсту регулативне функције и размотрити по чему се она разликује од регулативне функције коју (може да) врши судска власт.

у односу на постојеће право. Судско стварање права је прецедентног и еволуционог карактера јер је увек у вези с конкретним правним питањем, чије се јасно решење не налази у постојећем праву (ни у законима ни у прецедентима), али се на њега наслана и развија га. Друго, поступак стварања закона је тако удешен да, приликом њиховог доношења, законодавац има у виду широк спектар чињеница, различитих интереса и супротстављених мишљења, док судске процедуре иду за тим да се, пре свега, обезбеди исправна судска пресуда, а не да се њоме разрешавају сложена шира морална и друштвена питања, која надилазе оквира конкретног спора. Из тога произилази и следећа разлика, а то је да законодавац сам одлучује о питањима и односима која ће уредити законом, док је суд строго ограничен материјом конкретног спора у којем треба да пресуди. Најзад, законске одредбе су формулисане у облику канонизованих општих правила и у складу с правилима номотехнике. Општи прескриптивни искази у судским пресудама су често, како ће се показати у наставку, имплицитна правила или су обликована као стандарди. Судије, за разлику од законодавца, не очекују да се свака њихова реч из пресуде тумачи, као што се тумаче законске одредбе, те стога у њеном образложењу слободније и мање прецизно формулишу разлоге за пресуду, који евентуално постају прецеденти (Duxbury 2013, 12–18; Salmond 1966, 177 и.д.). Из свих тих разлога, судско стварање права не може се назвати законодавством.¹⁸ Ипак, то не значи да оно није подврста регулативне функције.

Да сумирам. Примера ради, законодавна власт у органском смислу је законодавно тело, у савременој држави најчешће представнички орган, скупштина, парламент. Али законодавну власт у функционалном смислу не врши искључиво законодавни орган – у томе, као што је показано, могу да учествују и други органи власти (на пример, влада или шеф државе или уставни суд као негативни законодавац). Надаље, функција регулисања друштвених односа путем општих обавезујућих правила не своди се на законодавну функцију – општа правна правила и стандарде (могу да) стварају и судови и они се разликују од законских правила и стандарда по домаћају, облику, начину настанка итд. Стога се те две различите функције стварања права обухватају заједничким вишим појмом регулативне функције. Најзад, судску власт у органском

¹⁸ Гарднер сматра да овде није у питању само вербална или разлика у форми. Она има значај за низ теоријскоправних и моралних расправа. Примера ради, он истиче да се ретроактивност, која је обично непожељна и углавном забрањена, односи на законодавство, али да не може да се потегне као аргумент против судског стварања права јер оно представља градуелно развијање већ постојећег (неретроактивног) права (Gardner 2001, 217).

смислу чине судови и, у функционалном смислу, њихова главна делатност је пресуђивање – као начин решавања појединачних спорова. Али ту „судску“ функцију, како ће се показати на самом почетку наредног одељка, нити је некада вршила нити је данас врши искључиво судска власт у органском смислу. Стога се функција решавања спорова и назива адјудикативном, а не судском функцијом. Према томе, да би се лакше направиле појмовне разлике између онога што се назива судска власт и судска функција, а што је од значаја за одређење регулативне функције судске власти у модерној државној организацији, сматрам да, прво, треба јасно разликовати органско од функционалног значења појма власти и, друго, да је умесно именовати поменуте функције власти, како је и предложено, као регулативну и адјудикативну, а не како је то уобичајено, као законодавну и судску.

3. СУДСКА ВЛАСТ

3.1. Судска власт и подела власти

Адјудикативну функцију нису увек обављали судови.¹⁹ У прошлости, чак и када је „власт“ решавања спорова била у рукама судова, они су само по имену били слични судовима какви постоје у савременом правном систему. Судови средњег века су, рецимо, имали власт да доносе одлуке у споровима, али ни по саставу (начину постављања „судија“, њиховим својствима итд.) ни по начину одлучивања (начину утврђивању чињеница, обавезној примени претходно постојећих правила итд.) нису личили на савремене судове. Примера ради, орган који своје одлуке заснива на такозваном божјем суду само је по називу сличан данашњем суду. Осим тога, адјудикативну функцију ни данас не обављају искључиво судови (Fuller 1978, 354). Као што је добро познато, у савременим националним правним системима, а и на међународном нивоу, чест начин решавања спорова је арбитража, а у модерним државама, нарочито у приватним парницама, породичним или радним споровима данас се све више користи медијација.

¹⁹ Некад су уобичајени начини „решавања“ спорова, примера ради, били самопомоћ или медијација (Hasnas 2005, 86), а постоје и много необичнији начини. Примера ради, у ескимским заједницама спорове између њених чланова решава цела заједница (село), и то тако што парничари певају песме пред саплеменицима, сваки о оном другом, што је могуће духовитије и подругљивије, а онда присутни одлучују чија је песма била боља и тако решавају спор и одређују „победника“ (Gluckman 1965, 183 и.д.).

Какве су то карактеристике савремених судова и судског система у целини које га чине тако особеном појавом у људској историји и које су од значаја за одређивање функција савремене судске власти?

Стварање судске власти (у органском смислу) текло је постепено (Тасић 1995, 236). Судови какве данас познајемо у конституционалним демократијама настали су и развијали се упоредо с идејом поделе власти. А сама идеја поделе власти је, као што је претходно речено, у тесној вези с идејом формалног устава и владавине права. И то нису само напомене о пуким историјским чињеницама већ се њима скреће пажња да су управо те идеје утицале на изглед и начин функционисања данашњих судова.²⁰ Ипак, за положај судова у савременом државно-правном поретку од пресудног је значаја како се на њих рефлектују идеја и пракса поделе власти.

У пракси је та идеја први пут примењена у Уставу САД. Као што је већ споменуто, мисао-водиља његових твораца била је да се слобода грађана најбрже подрива уколико „целу“ једну државну функцију врши један исти орган. Стога су се одлучили на оно што је већ описано као делимично учешће једне гране власти у обављању функције друге гране власти. Међутим, када је на „дневни ред“ дошла судска функција, очеви оснивачи су се определили да њу предају у руке одвојеној и независној, хијерархијски организованог организацији судске власти (Claus 2005, 429).

Одвојеност и независност заснивале су се на томе да престанак судијске функције (осим изузетно) није зависио од одлука других грана власти, да њен буџет, такође, није био подложен утицају друге две власти, да је постојао имунитет судија током вршења судијске дужности (Торер 2013, пар 8). Према томе, очеви оснивачи су сматрали да концепт поделе власти претпоставља постојање судске власти „без спољног утицаја било које врсте и из било којег извора“ (Ervin 1970, 121). Судије су на својој позицији остајале трајно, осим у случају „лошег понашања“, које се утврђује у процедури импичмента. То је био једини, лабав и слаб институционализовани утицај, који друге гране власти имају према судској власти (Claus 2005, 429). Хамилтон је, примера ради, бранио такво уставно решење према којем судије врше своју функцију „during good behavior“, речима да је оно „the citadel of the public justice and the public security“ (Hamilton, *The Federalist*, no. 78, пре-

²⁰ Како вели Тасић, „...право, уколико се више у њему остварује морални елемент и влада разум, изграђује све више суд. Истинитост овога видимо јасно у развоју правне државе, јер његова битна карактеристика је баш та да суд добија све већу улогу“ (Тасић 1995, 237).

ма Ervin 1970, 118). И премда су творци америчког устава били свесни да подела власти „неће створити судство састављено од судија који су анђели“ (Ervin 1970, 127) и који неће доносити неправедне или погрешне одлуке, били су свесни да такве спорадичне пресуде не могу да угрозе њихов фундаментални наум да индивидуалну слободу најбоље штити независно судство састављено од судија који су подложни само Уставу и законима, а не било којој другој власти.

3.2. Организација и начин рада судске власти

Чињеница да је функција решавања спорова поверена посебним и независним државним органима, који су обавезни и овлашћени да је врше примењујући важеће право новијег је датума. Ако изузмемо енглески *common law* систем, она се везује за прве писане Уставе. Тако, у Уставу САД, у члану три, одељак 1 прописује да се „Судска власт Сједињених Држава поверава једном Врховном суду и оним нижим судовима које Конгрес може повремено да одређује и установљава“, а у следећем одељку стоји да се „судска власт простира на све случајеве, по закону и правичности, који проистичу из овог Устава, закона Сједињених Држава и уговора који су закључени или који ће се закључити у складу с њима“.²¹

О томе на који начин савремени судови врше своју примарну, адјудикативну функцију, једну могућу слику, коју наводим примера ради, дао је Лон Фулер. Та слика је до извесне мере прескриптивно „насликана“ јер је Фулер настојао да издвоји елементе адјудикативне функције у њеној идеалној инкарнацији. Тако постаје јасно када се адјудикативна функција претвара у „паразитску или первертирану форму адјудикације“ (Fuller 1978, 381). Да би један процес одлучивања у неком спору представљао вршење адјудикатуре, он, према Фулеровом мишљењу, мора бити (1) адверзијалан, (2) треба да га води суд који га нормално не иницира, (3) који је непристрасан, (4) који тежи да своју одлуку заснује на доказима и аргументима које презентују стране у спору и (5) који ту одлуку образлаже. Најзад, (6) та одлука мора имати ретроактивно дејство²², премда може, уз то, имати и проспективне ефекте (Fuller 1978, 382–391).

²¹ Устав Републике Србије прокламује да „судска власт у Републици Србији припада судовима опште и посебне надлежности“ (чл. 143 Устава РС).

²² Ретроактивно, у смислу да утврђује правне последице (права, обавезе, одговорности) у односу на правне чињенице које су наступиле, а не које ће тек наступити.

Јасно се види да су неки од елемената које Фулер набраја, концептуално нужни (ако се има у виду уставни модел поделе власти и природа адјудикативне функције), попут независности, непристрасности и ретроактивног дејства судских одлука, неки су емпиријски контингентни, али свеprisутни, као што је образлагање одлука, али неки и нису (на пример, адверзијалност). Постоји и један елемент који Фулер изричито не наводи, али га подразумева, а он се тиче везаности судске власти законима и правом. Пошто су тај последњи елемент и један Фулеров, који се тиче обавезе образлагања судских одлука, посебно важни за главне тезе овог текста, у наставку ћу врло сумарно приказати њихове карактеристике.²³

3.2.1. Судске одлуке се доносе на основу права

Иако се сматра тривијалном и узима здраво за готово, околност да суд доноси одлуку у спору на основу претходно постављених општих обавезујућих правних правила које се налазе у формалним изворима права²⁴ тековина је новијег датума. Данас се подразумева да суд, приликом доношења пресуде, треба на утврђено чињенично стање да примени меродавно право. У судском поступку, суд утврђује *конкретно* чињенично стање и да ли се оно подудара с *апстрактним* чињеничним стањем (стањем које је апстрактно описано у правном пропису, као услов за наступање нормативне последице). Јер, апстрактно и конкретно чињенично стање начелно нису подударни. Другим речима, суд треба да „подведе“ (или не „подведе“) утврђене конкретне чињенице под апстрактне појмове који те чињенице описују у правном акту, односно, како то правници кажу, да изврши правну квалификацију чињеница. Речју, да би решио спор, судија треба да одговори на два питања: на фактичко и правно. Фактичко питање, провизорно формулисано, гласи: шта се збило или збива, то јест какво је чињенично стање ствари на које треба применити меродавно право? С друге стране, правно питање је (1) да ли за утврђено чињенично стање постоји и, ако постоји, која се правна последица односи на то чињенично стање. Осим тога, треба

²³ Иоле информисаном читаоцу може се учинити да су ово труизми које нема потребе помињати, слично понечему о чему је било речи у претходном поглављу или нечему о чему ће се тек говорити. Али ако ти труизми воде до закључака о регулативној функцији судске власти који се, у најмању руку, сматрају спорним, онда има смисла да се барем спомену. Уосталом, на смисао таквог поступка указује и Витгенштајнова сентенца са самог почетка.

²⁴ „Судске одлуке се заснивају на Уставу, закону, потврђеном међународном уговору и пропису донетом на основу закона“ (чл. 145, ст. 1 и 2 Устава РС).

разумети (2) значење текста меродавног општег правног акта, што значи да се он мора протумачити у контексту утврђеног чињеничног стања на које се примењује, и то тако што се упоређује значење протумачених општих појмова из правног акта с утврђеним чињеницама. Коначно, уколико под протумачене појмове из норме утврђено чињенично стање може да се подведе, доноси се одлука о правним последицама у конкретном случају (Дајовић 2018, 140–141).

3.2.2. Судске одлуке су јавне и образложене

Да одлука суда не би изгледала као арбитарна, није довољно само да је заснована на меродавном праву и релевантним чињеницама већ и да је образложено зашто је заснована на праву и како су релевантне чињенице утврђене. У многим националним правним системима, обавеза образлагања пресуде је прописана законом. Тако, примера ради, Уставом Шпаније (чл. 120, ст. 3) судови се изричито обавезују да образложе своју пресуду, а у Закон о грађанском поступку исте државе (чл. 357) наводи се да „пресуде морају бити јасне и прецизне и... морају навести разлоге за и против туженог и одлучити по свим оспораваним тачкама које су биле предмет аргументације“. Слично томе, и у Србији, према Законику о кривичном поступку, суд ће „навести којим разлозима се руководио при решавању правних питања, а нарочито при утврђивању да ли постоји кривично дело и кривична одговорност оптуженог и при примењивању одређених одредаба закона на оптуженог и његово дело“ (чл. 361, ст. 1, тач. 7). Уз то, битна повреда одредаба кривичног поступка постоји „ако је изрека пресуде неразумљива, противречна сама себи или разлозима пресуде, или ако пресуда нема уопште разлога...“ (чл. 368, ст. 1, тач. 11).

У својој пракси, Европски суд за људска права (ЕСЉП) је на неки начин отишао и корак даље када је у питању правни „статус“ образложења судске пресуде. Наиме, имајући у виду принцип владавине права, који је основно начело Конвенције, ЕСЉП је заузео став да поштовање члана 6 европске Конвенције о заштити људских права и основних слобода (право на правично суђење) подразумева и *право на образложену пресуду*. Резон ЕСЉП је следећи. Принцип владавине права изискује да се избегне арбитарно пресуђивање. Да би се оно избегло, треба, између осталог, успоставити право на образложену пресуду. Да би то право било ефективно, пресуда се мора образложити валидним и довољним (одговарајућим) разлозима. Разлози су валидни ако се заснивају на датом правном систему и ако су довољно јасни да их (а) јавност разуме и

(б) да их странке разумеју, како би могле да искористе право на правни лек. Разлози су довољни (одговарајући) ако одговарају на главна правна и фактичка питања и ако одговарају на главне аргументе странака.²⁵

У пракси ЕСЉП се, такође, често истицало и прецизирано које су функције образложења пресуде. Прва функција је да истакне разлоге на којима се одлука заснива. Ти разлози се тичу решења правног и фактичког питања која су довела до одлуке и ти разлози су у савременом правном поретку, у основи, *рационални* (Roberts 2011, 235). Друга функција је усмерена ка странкама којих се одлука тиче. Само одлука у којој се истичу разлози због којих је донета омогућује заинтересованим субјектима да оцене да ли је разложно да ту одлуку оспоравају жалбом пред вишим органом. Трећа функција је да јавност разуме због чега је пресуда донета и да се тиме ојача поверење јавности у правосудне институције.

Међутим, за тему ове расправе нарочито су значајне следеће функције. Прва од њих је да образлагање судских одлука иде за тим да сведе на што мању меру доношење погрешних или недовољно добрих одлука. Не проистиче само добро образложење из логички исправног расуђивања већ и сама обавеза образлагања доприноси исправности расуђивања јер омогућава судији да сагледа евентуалне пропусте у расуђивању. Такође, могућност побијања одлуке пред вишом судском инстанцом додатно мотивише судове да пруже што уверљивије разлоге за сопствену пресуду и да законито и рационално пресуђују. Најзад и најважније, последња функција образлагања је уједначавање судске праксе. Јасно и разложно образложење доприноси да се у сличним ситуацијама доносе исте одлуке, што доприноси униформној примени права и већој правној сигурности (Дајовић, Спаић 2016, 48).

²⁵ „Право на образложену пресуду је право на познавање битних разлога и јасно и изричито образложених ставова суда о чињеничним и правним питањима а на основу којих је пресуда донета. Није довољно да је странка само упозната с одлуком суда, него је суд дужан да да изложи разлоге због којих је донео баш такву пресуду“ (*Ruiz Torija v. Spain*, 1994, § 29–30). То значи да „пресуде морају на адекватан начин да изложе разлоге на којима су засноване“ (*Suominen v. Finland*, 37801/97, § 36).

4. МОГУЋНОСТ РЕГУЛАТИВНЕ ФУНКЦИЈЕ СУДСКЕ ВЛАСТИ – КОНЦЕПТУАЛНИ ПОГЛЕД

Након излагања о положају и функционисању судске власти у савременим правним системима остаје да се објасни како у таквом систему судови, приликом вршења адјудикативне функције, могу путем судских пресуда да стварају обавезујућа општа правила. Или, прецизније, да у образложењима својих пресуда формулишу исказе који су подобни да буду обавезне опште норме, чак и ако судске пресуде нису формално, изричито признате као извор права.

Из онога што је речено у претходном одељку јасно произилази да правни поредак чине законска и друга општа правна правила која су савремени судови обавезни да примењују приликом решавања спорова. То значи да судије не доносе пресуде на основу разматрања свих могућих разлога који би се иначе могли разматрати приликом решавања спора када правна правила не би постојала. Стога је могуће да одлука судије буде другачија од одлуке коју би он у истом спору донео примењујући, рецимо, моралне норме, а не важеће право.²⁶

Такав однос судија према важећим правним нормама, међутим, сам по себи, не може да нам пружи одговор на једно важно питање у вези са судском власти: (1) колику слободу судија (треба да) има приликом примене општих правила на конкретан случај? Или, другим речима, колике су и какве тачно границе које му законодавац (или други нормотворац) поставља приликом одлучивања? Уколико је одговор на то питање да се могућим и пожељним сматра како судије приликом пресуђивања могу, а каткад и морају као разлоге за своје пресуде да наводе правила или принципе који претходно нису постојали у формално признатим изворима права и која су сами „створили“, (2) да ли је могуће да та правила (или принципи) буду обавезујућа за будуће сличне случајеве, независно од њиховог формалноправног статуса у конкретном правном систему? На питања (1) и (2) ће се одговорити у овом одељку.

²⁶ „Истиче се да наш посао јесте (или би требало да буде) да законе које доносе представници народа само примењујемо, а не и да их дописујемо и мењамо. Судија којем се допада свака одлука коју донесе, врло вероватно је лош судија, јер радије доноси одлуке које му се допадају, него оне на које га право обавезује“ (део издвојеног мишљења Нила Горсуча, судије Врховног суда САД, у пресуди *A.M. v. Holmes Nos*, 14–2066, 14–2183 [10th Cir. 2016]).

4.1. Предуслов за регулативну функцију судске власти – разлог из природе решавања правног питања

У претходном одељку сам посебно нагласио две карактеристике вршења адјудикативне функције од стране савремених судова: судови пресуђују у складу с унапред познатим општим законским нормама и судови су обавезни да образложе пресуду. Ова *друга* карактеристика очигледно иде у прилог идеји да судови, приликом вршења адјудикативне функције, могу да врше регулативну функцију²⁷ јер у образложењима могу да наведу нормативне разлоге који су их водили до пресуде, а да то нису већ важеће опште правне норме. Али могу ли они то одиста да чине ако одлуке доносе у складу с већ важећим општим правним нормама?

Као што је добро познато, Монтескје је сматрао да не могу. Према његовом мишљењу, судска власт је само „гласноговорник закона“²⁸, власт која само изговара речи из закона.²⁹ И на континенту се, из „опседнутости идејом поделе власти“ (Hart 1958, 610), уврежила судијска идеологија према којој је посао судије да примењује, а не да ствара право, а то је онда, природно, водило ка томе да се у теорији појави оно што се, непрецизно, назива формализмом у примени и тумачењу закона. У складу с таквом „судијском идеологијом“, функције и обавезе

²⁷ Да бих отклонио потенцијалну забуну, наглашавам да је тема расправе вршење регулативне функције судске власти, *приликом њеног вршења адјудикативне функције*. У многим правним системима постоје органи који се могу сматрати судовима или трибуналима, који врше адјудикативну функцију, а осим ње, врше и посебну регулативну функцију. Међутим, они нису у фокусу мог интересовања јер обично (1) нису део система судске власти у органском смислу речи и зато што (2) врше регулативну функцију одвојено од вршења адјудикативне функције.

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, према Духбуру 2013, 9).

²⁹ Посебно питање је да ли је Монтескје, када је говорио о судској власти у Великој Британији, на основу чије праксе је и формирао свој став о „ништавности“ судске власти, мислио на „власт“ пороте, то јест на власт која у спору решава фактичко питање. Ако јесте, онда је његов увид био исправан јер „власт“ пороте јесте политички безначајна, не утиче на допуну или стварање права и тиче се само странака у спору (Claus 2005, 422, 430). Ипак, остаје чињеница да он није разумео природу *common law* ни улогу енглеских судова у његовом настанку и развоју, као ни регулативну функцију коју судови, играјући ту улогу, вековима врше (Claus 2005, 420). Свакако да је критици подложно и то што Монтескје није увидео да се доктрина прецедента примењује и на судско тумачење ауторитативних текстова (Claus 2005, 431).

судија су ограничене искључиво на примену права какво оно јесте. Према једном погледу „са стране“ на такво схватање судске власти, „[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).

Међутим, проблем с формализмом је у томе што се њиме не објашњава на адекватан начин оно што судије (барем у једном броју случајева) уистину раде. Данас ретко ко оспорава да идентификовање и примена права захтева неки облик вредновања који отвара простор за судијску „креацију“. Први разлог за то је што у појединим случајевима значење (норме) није одређено и што текст важећих правних аката не пружа јасан или не пружа никакав одговор на конкретно правно питање. Осим тога, схватање значења правног прописа зависи од друштвених схватања о сврхама прописа и од социјалних и лингвистичких конвенција, а све оне се мењају, иако текст прописа остаје исти (Hart 1994, 128–129; Таманаха 2010, 178). Стога се у одређеним случајевима може, заједно с Келзенем, констатовати да су „Закони... такорећи, само полуфабрикат који се довршава тек судском пресудом и њеним извршењем... Суд не формулише иначе већ постојеће право. Његов рад се не састоји само у ‘тражењу’ и ‘налажењу’ права које постоји пре пресуде“ (Келзен 1951, 138–139).

Када се тим неспорним датостима функционисања савремених судова придода чињеници да њихове одлуке ауторитативно и (у случају врховних судова) коначно решавају конкретан спор, онда скептицизам према формализму постаје још више оправдан.³⁰ Јер када одлука суда, која из изнетих разлога у једном случају може да буде и оваква и онаква, мање или више у складу с текстом или сврхом прописа, једном постане правоснажна, непроменљива је и представља ауторитативно исказану вољу суда да тексту правног акта припише значење утврђено пресудом. Институционална самосталност и независност судске власти, која је описана у другом одељку, ауторитет те воље само још додатно оснажује.

³⁰ Тај скептицизам најбоље сажима чувена фраза бискупа Ходлија: „Ко год има апсолутну власт да тумачи било који писани или речју изражени закон, то је онај који је у сваком погледу законодавац, а не онај који га је први написао или изговорио“ (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, према Духбуру 2013, 19).

Према томе, ако се претпостави да је тумачење права активност која постоји приликом сваке примене права³¹, формализам може исправно да опише *само* оно што се дешава у неспорним, лаким, једноставним случајевима примене права. Међутим, постоје и случајеви у којима долази до спорова поводом правног питања, који су, како вели Харт, „непотпуно правно регулисани, (и) код којих судија има неизбежан ‘допунски’ задатак да ствара право, тако да што се објективног права тиче, многи случајеви могу да буду решени на један, или на други начин“ (Hart 1994, 274).³² То су такозвани „тешки“ случајеви.

Постоји више разлога за постојање тешких случајева³³, од којих су за ову расправу најрелевантнија два, која су већ наговештена. То су језичка неодређеност³⁴ и дифизибилност (оборивост, отклоњивост) правних норми.³⁵ У првом случају, до спорова поводом правног питања долази због несавршености језика (било природног, било правнотехничког). У

³¹ Што је идеја која је далеко од општеприхваћене. Заправо, на другом месту заступа се став, додуше из дидактичких, а не из теоријских разлога, да је тумачење активност чији је исход утврђивање нормативног значења правног текста у *спорним случајевима* (Васић, Јовановић, Дајовић 2016, 326 и.д.). Ипак, у контексту ове расправе та теоријска контроверза није од значаја јер ниједно од два становишта не пориче да је, барем у неким случајевима, тумачење „креативна“ активност која може да допуњава и развија важеће право.

³² Слично вели и Раз: „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 Разлози за појаву тешких, спорних случајева опширно су описани у Васић, Јовановић, Дајовић 2016, 329–337, иако се користи донекле другачија терминологија у односу на ову која је споменута у тексту.

³⁴ Два основна облика језичке неодређености су нејасност и вишезначност. Један израз је нејасан када „постоје неке појаве (*subjects*) које несумњиво обухвата (позитивни кандидати), неке појаве које несумњиво не обухвата (негативни кандидати) и трећа класа појава за које се са сигурношћу не може рећи да припадају првој или другој групи појава (неутрални кандидати)“ (Alexy, Dreier 1991, 74–75). Стога такви изрази не деле на класичан семантички начин све појаве које денотирају на два дела – на оне које су обухваћене његовим значењем и на оне које нису. Код њих постоје и гранични случајеви за које се не зна да ли се појам на њих односи или не (Burns 1991, 3). С друге стране, један израз је вишезначан (полисемичан) када има више различитих, премда повезаних значења (на пример, речи „држати“ – „држати оружје“, „држати стоку“, „држати мердевине“ итд.). Вишезначни изрази се управо по тој „повезаности“ различитих значења разликују од хомонима, код којих једна иста реч има потпуно неповезана значења (на пример, „сто“ као број и „сто“ као комад намештаја).

³⁵ Дифизибилност (*defeasibility*) или, како се у тексту преводи, „оборивост“ или „отклоњивост“ правних норми јесте карактеристика већине правних система да они који тумаче и примењују право могу, у одређеним конкретним

другом случају, језик правила које треба применити је одређен, али је крајњи исход примене у конкретном случају на неки начин погрешан, апсурдан или неправичан.³⁶

Најпосле, очигледна је чињеница да се из тих разлога, феноменолошки посматрано, може уочити да савремени судови приликом вршења адјудикативне функције (1) примењују право, (2) допуњују право, (3) стварају право у складу с постојећим правом и (4) стварају право супротно постојећем праву (Barber 2000, 142 и.д.)³⁷ те ће стога активности суда (2) до (4), које потенцијално могу судску власт претворити у вршиоца регулативне функције, бити укратко илустроване.

4.1.1. Допуна права

Приликом решавања правног питања у вршењу адјудикативне функције, судови у образложењима пресуде излажу своје виђење решења тог питања, односно права које примењују. Излагање постаје више од пуког понављања норми из извора права у оним случајевима када, да то формулишем помало тривијално, судови користе „допунске“, прецизирајуће речи у односу на речи које се налазе у важећој, рецимо законској, норми да би образложили због чега примењују ту норму на утврђено чињенично стање у конкретном спору. То је нарочито случај када је термин који треба „допунити“ нејасан, будући да појава на коју се односи „гранична“, то јест да није јасно да ли је термин денотира или не.

случајевима, да *ad hoc* одступе од примене правила, успостављајући изузетак од њега, ако би у таквом случају исход примене правила био озбиљно неправичан, крајње непожељан или апсурдан (Schauer 2013).

³⁶ Чини се да је разлог који је заједнички за оба наведена основа за спорне случајеве сама природа језика или, прецизније, односа између појмова и појава које појмовима настојимо да „обухватимо“. Свет није, попут Легленда, састављен од *појава* које су одвојени „ентитети“ (као лево коцке), које онда можемо именовати, сваку својим термином/појмом. И та особина језика рефлектује се и у језичким формулацијама правила. Као што Харт примећује: „[O]дређене фактичке ситуације нас не чекају већ одвојене једне од других, и означене као *случајеви општег правила* чија је примена у питању; нити правило може само да нам покаже случајеве на које се односи“ (Hart 1994, 126).

³⁷ Барберова таксономија односа судских одлука према закону је сложенија. Она је у тексту поједностављена и донекле преформулисана и подсећа на ону која је у нашој теорији прилично позната, мада не мање нејасна, на одлуке *preater legem, secundum legem i contra legem* (уп. Спаић 2021, 34). Ипак, овде у првом плану није да се прецизније одреди под којим условима нека одлука спада у неку од ових „врста“, већ да се укаже на различите ситуације у којима судови, приликом одлучивања, допуњавају, мењају или стварају право.

Примера ради, чланом 348 КЗ Србије прописано је следеће: „Ко неовлашћено носи ватрено оружје, његове делове, муницију, експлозивне материје или минско-експлозивна средства, казниће се затвором од две до дванаест година.“ Примењујући ту норму у једном случају, Апелациони суд у Београду у образложењу пресуде наводи: „Радња неовлашћеног ношења може се састојати у томе што окривљени неовлашћено носи ватрено оружје у дворишту породичне куће.“³⁸ Изгледа ми да је на први поглед неспорно да законска синтагма „ношење оружја“ не покрива све ситуације у којима дословно може да се примени, на пример, када власник дозволе за држање ватреног оружја „носи оружје“ из собе у собу, а вероватно и када „носи оружје“ из куће у летњу кухињу у дворишту, у којој се налази ормарић у којем га чува. Чини ми се да је ситуација о којој се изјаснио Окружни суд гранична, то јест да улази у такозвано „предворје“ законског појма „ношење оружја“ те да је у том смислу нејасно да ли тај термин означава ту ситуацију или не.

Стога наведена реченица из образложења пресуде „довршава“ значење законске одредбе у конкретном случају, али истовремено може да функционише и као прескриптивни исказ, као било која друга правна одредба која дефинише значење неког термина. И да се у том смислу, у специфичној ситуацији за коју је нејасно да ли је денотирана појмом „ношење оружја“, он убудуће примењује, баш као што га је применио суд, који је до тог исказа дошао тумачењем и вредновањем одређених интереса и циљева или на други начин.

Из тог разлога, имајући ту пресуду на уму, јасно је да тумачење права у случајевима спорова поводом правног питања изазваних језичком неодређеношћу каткад додаје писаном (законском) правном тексту један врло важан део – ауторитативно протумачено значење тог текста, које на први поглед није видљиво из његовог дословног, језичког значења. Јер, како каже Гарднер, „у тексту нема прописа без утврђеног значења“ (Gardner 2012, 123–124), а правно релевантно значење је оно које је на основу законског текста установио и тексту приписао, ауторитативни тумач, то јест суд.

4.1.2. Стварање права у складу с правом

Друга ситуација у којој изложено виђење решења правног питања постаје више од пуког „пресликавања“ норми из извора права постоји када је судија, по нужди, правни иноватор. То се догађа у сваком прав-

³⁸ Пресуда Апелационог суда у Београду Кж. 2441/11 од 20. 6. 2011. (према Трешњев 2013, одл. 134).

ном систему у којем постоји дужност надлежног судије да реши спор који се пред њим покрене, а када важеће право не пружа решење за тај спор.³⁹ Реч је о попуњавању правних празнина. Таква „правотворачка“ улога судије признаје се и у оним правним системима у којима прецедент није признат као ауторитативно опште правило јер се полази од претпоставке да у тим ситуацијама не постоји обавезујуће опште правило које је суд дужан да примени у конкретном случају, те да је онда „овлашћен“ да својом одлуком створи право и празнину попуни. На тај начин, стварање права од стране суда је у складу с важећим правом. Примера ради, у нашем позитивном праву уговор о поклону није изричито уређен. Стога су се, рецимо, правила о опозиву тог уговора усталила кроз судску праксу, која се у тим приликама ослања на одредбе Српског грађанског законика или Општег имовинског законика.

Међутим, постоји један иманентан проблем с концептом правних празнина, односно с разликом између примене и стварања права, која се на том концепту заснива. Обично се каже да се суд, као ауторитативни тумач права, претвара у његовог ствараоца када своју одлуку не може да заснује на било ком конвенционално прихватљивом језичком значењу правног текста. Али та граница је понекад и сама нејасна. Илустроваћу речено једним примером из наше кривичносудске праксе.

Члан 251 Кривичног законика Србије (несавесно пружање лекарске помоћи) гласи: „(1) Лекар који при пружању лекарске помоћи примени очигледно неподобно средство или очигледно неподобан начин лечења или не примени одговарајуће хигијенске мере или уопште очигледно несавесно поступа и тиме проузрокује погоршање здравственог стања неког лица, казниће се затвором од три месеца до три године.“ Надаље, у члану 253 (неуказивање лекарске помоћи) стоји: „(1) Лекар који противно својој дужности одбије да укаже лекарску помоћ лицу којем је таква помоћ потребна, а које се налази у непосредној опасности за живот или опасности наступања тешке телесне повреде или тешког нарушавања здравља, казниће се новчаном казном или затвором до две године.“

Када је одлучивао о одговорности стоматолога за дело из члана 251, Окружни суд у Београду је у образложењу навео став који има изглед општег (интерпретативног) правила да „кривично дело несавесног

³⁹ Та дужност је прописана чак и Наполеоновим грађанским закоником (чл. 4), којим се судијама забрањује да се у пресудама изјашњавају путем општих одредаба.

пружања лекарске помоћи може извршити и стоматолог⁴⁰. Такав став се не повезује с делом из члана 253 јер се у њему лекар „појављује“ као активни пружалац помоћи за коју се не очекује да је компетентно може пружити стоматолог. Ипак, приликом дела из члана 251 „лекар“ може бити и стоматолог, што је у супротности с постојећим језичким конвенцијама (али и са системским тумачењем КЗ). Стога се чини да је Окружни суд изашао из оквира језичког и системског тумачења и својим правилом „створио“ ново кривично дело. Треба нагласити да се то догодило у кривичној материји, у којој је, због принципа легалитета, такво „допунско законодавство“ изричито забрањено.

Не желим начелно да оспорим исправност расуђивања суда у конкретном случају. Уосталом, стоматолози *лече* обољења зуба и усне дупље те сходно томе могу и *несавесно* да лече и тиме погоршају здравље својих пацијената. Такође, могућа су и тумачења овог поступка суда, према којима није реч о попуњавању празнине јер термин „лекар“, узет у најширем смислу, може да денотира и стоматологе. Оно што је, на крају крајева, важно је да наведени пример илуструје колико је граница између тумачења и стварања права, као и између неодређености правног текста и правне празнине ноторно магловита, и у многим случајевима подлеже процени и евалуацији онога ко доноси одлуку. Међутим, када одлуку доноси суд, она је правно обавезујућа, независно од тога да ли је суд прекорачио своја овлашћења тумача права и попунио празнину, која то у ствари није (Liebwald 2013, 405; Duxbury 2013, 7). Стога, независно од чињенице да ли је у овом случају реч о стварању или допуни права, пример показује колико је, потенцијално, регулативна функција иманентна судској власти, чак и у кривичној материји у којој је, по природи ствари, суд највише ограничен језиком закона.

4.1.3. Стварање права супротно постојећем праву

У случајевима у којима оцени да би дословна примена прописа имала неправедне или апсурдне исходе, суд ће пресудом креирати опште правило које је у супротности с постојећим правом. Већ сам објаснио да се у правној теорији такво поступање разјашњава концептом дифизибилности (оборивости, отклоњивости) правних норми.⁴¹ Тај кон-

⁴⁰ Решење Окружног суда у Београду Кж 553/09 од 24. 2. 2009. (према Трешњев 2013, одл. 118).

⁴¹ Иначе, концепт дифизибилности се не проучава само у правној теорији него се, у још већој мери, разматра у савременој логици, теорији аргументације и другим сродним дисциплинама.

цепт је, у техничком смислу, у филозофски дискурс увео Херберт Харт (Hart 1949, 171, 175). Његова „суштина“ се налази у старој идеји да се општим правилом не могу уредити све животне ситуације на које се оно односи а да се у исто време избегну непожељни, неморални или неправични исходи примене правила у све и једној регулисаној ситуацији. Стога треба допустити оне које примењује опште правило да у таквим ситуацијама успостави изузетак од правила, као што је то, примера ради, учинио Апелациони суд државе Њујорк у чувеном случају *Riggs v. Palmer*,⁴² када је, супротно одредбама тада важећег Закона о наслеђивању, лишио унука права на наслеђе, стеченог тестаментом, из разлога што је осуђен због убиства свог деде, као оставиоца.

Као пример стварања права које је супротно јасном језику важећег правног акта, послужиће један скорашњи правни став⁴³ Врховног касационог суда Србије (ВКС). Наиме, у ставу 2 члана 433 Законика о кривичном поступку⁴⁴ стоји: „У корист оптуженог жалбу могу изјавити и његов брачни друг, лице с којим живи у ванбрачној или другој трајној заједници живота, сродници по крви у правој линији (...) а рок за жалбу тече од дана када је оптуженом, односно његовом браниоцу достављен препис пресуде.“ ВКС је, поводом тог члана, 2018. године усвојио следећи правни став: „Против осуђујуће пресуде којом је окривљени оглашен кривим због кривичног дела које се гони по службеној дужности, није дозвољена жалба супружника окривљеног у корист окривљеног, када супружник у поступку има својство оштећеног.“⁴⁵

Очигледно је да је став ВКС (ако је супружник оштећени, нема право на жалбу у корист окривљеног) супротан језички јасној законској одредби (супружник може изјавити жалбу у корист оптуженог). Не постоји језичко тумачење којим би се значење важећег прописа толико

⁴² *Riggs v. Palmer*, 115 N.Y. 506 (1889).

⁴³ Иако у том случају није реч о пресуди него о правном ставу, то не утиче на главну поенту, а то је да суд тим ставом мења постојеће право. Када је реч о правним ставовима највиших судова као потенцијалној форми вршења регулативне функције судске власти, сматрам да она није у духу централне тезе овог текста да је регулативна функција природни „продужетак“ и пожељна последица вршења адјудикативне функције. Међутим, како интенција није да се расправа води о модалитетима вршења те функције у конкретном правном систему, на овом питању се нећу задржавати.

⁴⁴ *Сл. гласник РС* 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – одлука УС и 62/2021 – одлука УС.

⁴⁵ Поменути правни став је наведен на основу Спаић 2021, 30.

„растегло“ да доведе тумача до таквог нормативног исхода.⁴⁶ Стога се разлози које ВКС наводи у прилог свом ставу и не односе на језик прописа већ на оно што би правници назвали његовим „духом“, а донекле и „системом“.

Члан 433 ЗКП упућује на то да брачни друг има право да уложи жалбу у корист оптуженог брачног друга без обзира на то да ли је оштећен његовим делом или не. И то не спори ни ВКС. Ипак, супротно јасном језичком значењу текста закона, Суд установљава норму да супружници који су оштећени делом окривљеног немају право да уложе жалбу у корист окривљеног, и то позивајући се на разлоге који се тичу процесног положаја оштећеног јер је он „на страни јавног тужиоца“. Стога је њихов правни интерес, резонује суд, претежан у односу на његово право да изјави жалбу у корист окривљеног те да изјављивање жалбе доводи до „мешања процесних улога“. И у том светлу, разложно звучи питање које ВКС поставља: „Уколико оштећени изјави жалбу у корист окривљеног, [...] да ли је на тај начин одустао од предлога“ ако је реч о кривичном делу у којем се гоњење преузима по предлогу, односно од „оптужнице на основу које је донета пресуда“? (Спаић 2021, 33). Речју, дословна примена одредбе члана 433 ЗКП, у вези с којом је ВКС заузео правни став, довела би до апсурдног исхода у случају када је супружник/ца окривљеног у исто време и оштећени/а. А то је једна од типичних ситуација у којој је важење опште норме „обориво“ установљењем изузетка.

4.2. Разлог из природе права

Прескриптивни искази из образложења судских пресуда, којима судови допуњују или „стварају“ право постају обавезујуће правне норме и у будућим сличним случајевима *само под условом* да се тај, пресудом „допуњени“ текст закона или новостворени општи прескриптивни исказ који је „прецедентни“ суд применио прихвати и примењује од стра-

⁴⁶ Из тог разлога Спаић тај пример користи како би скренуо пажњу на разлику између тумачења и *конструкције* (Спаић 2021). Иако су његова запажања у том смислу инструктивна, на њима се нећу задржавати. Као што сам већ скренуо пажњу, у раду се такве ситуације објашњавају емпиријском чињеницом да су опште правне норме дифизибилне (обориве), то јест да судови, у случајевима у којима би њихова примена произвела изразито неправичне или апсурдне последице, формулишу изузетке којима их заобилазе. Да ли се тај процес може концептуализовати као конструкција, није питање од суштинског значаја за тему расправе.

не потоњих судова у сличним случајевима као ауторитативно правило. Тек под тим условом, он једнако постаје право као и сам закон којег допуњава или мења. А да ли је и како то уопште могуће у једном правном систему у којем таква пракса није формалноправно обавезујућа? Да би се на то питање одговорило, потребно је изложити неколико широко прихваћених увида савремене теорије права о природи права.

Највећи број савремених правних теоретичара и филозофа, или барем оних позитивистичке провенијенције⁴⁷, спремно ће прихватити „минималистичку“ тезу о природи права, у чијем је средишту идеја да је право особени систем општих правила чија је сврха да се понашање људи у друштву усмерава (и оцењује) на једнообразан начин. Такође, код многих аутора та идеја о „легалности“ права поистовећује се или се проширује и на идеју владавине права. Тиме се почетни став обогаћује вредносном компонентом, оличеном у предвидљивости и извесности последица људског делања, које произилазе из *ex ante* регулисања друштвених односа путем општих правних норма.

Из овог базичног увида следи да право, као систем правила, своју главну функцију може да оствари само под условом да се та правила у стварном животу оваплоћују у доношењу појединачних норми уједначене садржине, заснованих на важећим правним правилима и кроз успостављене правилности у понашању које се тим правилима уређује. То значи да се у истим ситуацијама једно опште правило примењује на исти начин, било да се та норма примењује индиректно, то јест доношењем појединачних норми идентичног садржаја, било да је реч о директној примени путем истоветних материјалних радњи. Када се, међутим, једна општа норма примењује на различите начине у истоветним ситуацијама, онда се не остварује основна функција права – тада право не усмерава људска понашања на једнообразан, регуларан и унапред предвидљив начин. Зато пуко постојање важећих општих норми, или формалних извора права, ако следимо уврежену терминологију, није (једино) оно по чему се правни систем разликује од већ спомињаног система апсолутне дискреције него је то и доследност у уједначеној примени тих општих правних правила.

На значај доследне и уједначене примене права указаћу још у наредном, другом делу расправе, а на овом месту потребно је нагласити једну „правилност“ која мора да постоји како би уопште настао и постојао

⁴⁷ Како истиче Метју Кремер: „практично сваки правни позитивиста... приписује праву функцију да усмерава понашање“ (Kramer 2005, 6).

правни систем. Она се огледа у постојаној примени критеријума помоћу којег се одређују сами извори важећих општих правила у конкретном правном систему.

Ти критеријуми за идентификовање правила, као *важећих правних* правила налазе се у фундаменталној норми која има облик социјалног правила, које Харт назива правилом признања. Будући да је у питању социјално правило, оно „постоји само као сложена, али нормално усаглашена пракса судова, званичника и приватних лица у идентификовању права, упућивањем на извесне критеријуме“ (Hart 1994, 110). То је једна врста социјалне конвенције, коју судови и остали званичници прихватају, то јест посматрају је с интерне тачке гледишта.⁴⁸ Дакле, постојање правила признања је питање чињеница, а не ствар сагласности с неким вишим правилом⁴⁹ (Hart 1994, 110).

Због чега је ова теоријска напомена о природи права значајна у контексту расправе о функцијама судске власти? Она је важна, пре свега, због могућности да судска власт врши регулативну функцију чак и ако судска пракса или судски прецедент не представљају извор права према правилима која су формално важећа у складу с правилом признања. Наиме, будући да је правило признања социјално правило, да његово постојање и садржина зависе од праксе званичника система, могуће је да судови усвоје и практикују правило према којем се као обавезујућа и важећа општа правила у свим будућим случајевима који под њих потпадају прихватају правила која се, поводом решавања правног питања, појављују у образложењима постојећих судских пресуда.⁵⁰ И не само да је то могуће већ се тако нешто одиста и догађа, то јест, уједначеном праксом судова уводи се правило признања (или једно од правила признања)⁵¹ према којем, примера ради, судска власт

⁴⁸ Када субјекти правила посматрају с „интерне“ тачке гледишта, онда они делају у складу с правилом управо из разлога што постоји правило (уп. Coleman 2001, 82).

⁴⁹ О томе опширније у Дајовић 2014, 394 и.д.

⁵⁰ У контексту ове расправе, мисли се, пре свега, на канонизоване облике прескриптивних исказа у форми општих правила која се налазе у образложењима судских пресуда и настају или у процесу тумачења или у процесу судске дискреције којом се попуњавају празнине, а на основу којих се решава правно питање у конкретном спору.

⁵¹ И сам Харт и потоњи коментатори нису говорили о правилу признања искључиво у једнини. Ипак, Харт је инсистирао на једном од тих правила као највишем и крајњем. Бејлис, с друге стране, указује на то да емпиријски није увек тако и да је могуће да се појави више критеријума важења које примењују различити државни органи. Наравно, уколико не постоји један крајњи и највиши стандард већ мноштво равноправних, то ослабљује системски карак-

врши регулативну или чак и уставносудску функцију.⁵² Најпознатији такав случај је правни систем САД, у којем контрола уставности закона од стране Врховног суда није утврђена Уставом САД већ фактичким прихваћеним правилом које се успоставило недуго након што је Врховни суд основан (Dajović 2010, 254, 259; Whittington 2015). Осим тога, у САД постоји дуга и непрекинута дебата о обавезности самих прецедената, односно везаности других грана власти тумачењима закона, а нарочито устава, које дају судови. Далеко је од несумњиве чињенице да су правила из прецедената обавезујућа на исти начин на који су то законска или уредбодавна правила. Ипак, регулативна власт америчких судова постоји (постојаће) и у случају када је ограничена и на саму судску власт.

Пошто се из претходних редова види у којој мери је вршење регулативне функције судства у САД инструктивно и корисно за разумевање регулативне функције судске власти уопште, у наредном одељку ћу, у најкраћем, описати начин на који судови у Америци врше ту функцију.

5. РЕГУЛАТИВНА ФУНКЦИЈА СУДСКЕ ВЛАСТИ – АНГЛОСАКСОНСКИ СИСТЕМ ПРЕЦЕДЕНАТА, ПРИМЕР САД

5.1. Доктрина *stare decisis*

У континенталним правним системима судске пресуде, по правилу⁵³, нису формално, изричито признате као извор права, а то најчешће нису ни према практикованом правилу признања. Стога се поузданији емпиријски увид у вршење регулативне функције судске власти може

тер права (уп. Bayles 1992, 80–81), али га у сваком случају не негира. Добар пример су САД, у којима постоји велика теоријска дебата, али и практична политичка борба око органа који су меродавни да тумаче устав (уп. Rosenfeld 1993; Merrill 1993). О томе ће бити више речи у пододељку 4.1.

⁵² О томе опширније у Dajović 2010.

⁵³ У новије време у источној и централној Европи јављају се изузеци од тог правила. У том смислу, Спаић наводи случај органског закона о судовима у Грузији, према којем су „тумачења Великог већа Врховног суда обавезна за судове свих инстанци“, или Закона о судовима Литваније, којим се проширује обавезујуће дејство интерпретативних прецедената највишег суда јер се изричито одређује да ће „држава и друге институције, као и друга лица, примењивати тумачења закона и уредби која су садржане у одлукама и пресудама Врховног управног суда који примењује (те) исте законе и уредбе“ (Spaić 2018, 37).

стећи ако се осмотри како је судови врше у Америци, као типичном изданку англосаксонског правног система, у којем је значајан део важећег права судски створено право или такозвани *common law*. Међутим, у овом одељку се нећу бавити специфичностима самог *common law* из два разлога. Најпре, оно је одвише специфично и, с обзиром на тему расправе, нема потребе залазити у детаљније објашњење његовог настанка и функционисања. И друго, за ову расправу је од преваходног значаја идеја која му је дала трајност и чврстину – доктрина прецедената или доктрина *stare decisis*. Због тога је интересантније испитати начин на који та доктрина функционише у англосаксонском систему у целини јер се њена примена одавно проширила изван граница самог *common law*, те „утиснула“ и у тумачење и примену писаног права (устава и закона) од стране судске власти.⁵⁴

Прецедент се обично дефинише као „пресуђен случај који пружа основ за одлучивање у каснијим случајевима који укључују сличне чињенице или (правна) питања. Прецеденти се деле на обавезујуће, које суд ‘мора’ следити, и персуазивне, које је овлашћен да узме у обзир и пажљиво размотри“ (Black’s Law Dictionary 2004, 3728).

Практиковање ових других, такозваних персуазивних прецедената нема никакве последице по евентуално вршење регулативне функције судова. Судови ће се, примера ради, у конкретном случају позвати на неку претходну одлуку да би аргументовали у прилог (или против) значења одређеног термина у правном пропису који тумаче, али нису обавезни да у својој пресуди том термину на крају припишу „прецедентно“ значење (Lindquist, Cross 2005, 1162; Salmond 1966, 145). Уколико коришћењем других интерпретативних аргумената закључе да правном тексту треба приписати другачије значење, они су слободни да то учине. Речју, персуазивни прецеденти се користе равноправно с другим интерпретативним аргументима. Они унапред не могу да елиминишу из аргументације и расуђивања суда остале интерпретативне аргументе. Стога, они у коначници понекад бивају њима надјачани.

⁵⁴ У Америци иначе генерално траје дебата „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 interpreters of statutes they should shed their common law mantles, take a back seat, and acknowledge the primacy of the legislature“. С друге стране, аутори попут Ескрица или судије Калабрезеја „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“ (о томе опширније у Solan 2016, 1170).

Ствари стоје сасвим другачије с првом врстом прецедената. Наиме, суд има дужност да примени обавезујући прецедент. Правило према којем се судови придржавају судских прецедената се изражава у такозваној доктрини *stare decisis* (лат. остати при одлуци). Смисао те доктрине је да, ако је о неком правном питању већ донета званична одлука (најчешће су о одлуке највиших судова), односно уколико је о њему надлежни суд одлучио у случају у којем се оно поставило као спорно, то питање тај исти или неки други суд исте јурисдикције више неће посматрати као спорно „осим ако за то не постоје прешни разлози у изузетним случајевима“ (Black’s Law Dictionary 2004, 4403).

Ограничење које намеће прецедент, у складу с доктрином *stare decisis*, односи се на обавезу сваког нижег или истог суда или суда истог ранга да одлучи на исти начин о правном питању о којем је прецедентни суд већ одлучивао, и то чак и у случају када суд који одлучује у актуелном случају сматра да је претходна одлука погрешна. Речју, постоји обавеза суда да донесе одлуку с којом се можда суштински не слаже само зато што постоји прецедент (Schauer 2012, 126).

Према томе, у правном систему који прихвата доктрину *stare decisis* од судија се очекује да следе претходне одлуке својих колега само зато што су оне *претходне*.⁵⁵ Будући да је савремена судска власт организована хијерархијски, претходне одлуке које се следе могу бити одлуке вишег суда у односу на суд који одлучује и то су такозвани *вертикални* прецеденти. Код таквих одлука, нижи суд је дужан да, када је реч о решењу правног питања, у сличним случајевима следи пресуде вишег суда. Ипак, у таквим случајевима дужност нижих судова *практично* произилази из начела хијерархије, а не превасходно из принципа темпоралног првенства прецедента. И премда та хијерархијска подређеност није истоветна оној која, примера ради, постоји у војсци, у којој нижи официр беспоговорно извршава наредбе вишег официра, ипак је због могућности да пресуде нижих судова контролишу виши, она присутна и ефективна.

С друге стране, постоје и такозвани *хоризонтални* прецеденти, код којих један суд следи одлуке другог суда истог степена или исти суд следи сопствене претходне одлуке *само зато што су претходне*.

⁵⁵ Као што Шауер констатује, пракса да се приликом одлучивања следи образац одлука које су у сличној ситуацији донели претходни доносиоци одлука, постоји у сваком домену одлучивања, али је посебно карактеристична за право (уп. Schauer 2012, 123).

Хоризонтални прецедент⁵⁶ је парадигматичан случај примене доктрине *stare decisis*. Будући да обавезност вертикалног прецедента не проистиче нужно из темпоралног првенства већ и из пруденцијалних разлога нижег суда, јер је хијерархијски подређен „прецедентном“ суду, много је већи интерес, теоријски и практични, објаснити хоризонталне прецеденте.

Конечно, иако у англосаксонском систему прецеденти имају статус формалног извора права, у САД се воде оштре дебате о домаћају општих норми које судови стварају путем прецедената, односно о томе да ли одлуке судова које садрже опште норме (или принципе) обавезују друге државне органе. Постојање тог спора већ сам наговестио на крају претходног одељка. Главна тачка спорења је да ли је, пре свега, егзекутива обавезна да следи допуне и тумачења права која се налазе у образложењима пресуда, као што је обавезна (као и сви други) да поштује саму судску пресуду, то јест, како бисмо код нас рекли, њену изреку.⁵⁷

То питање је, у ствари, спорно од самих почетака судске контроле уставности у САД јер се ни у чувеном случају *Marbury*⁵⁸ не решава да ли је став који је суд у образложењу изнео обавезујући за друге федералне органе власти. Наиме, чувени пасаж из пресуде „[i]t is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is“ не значи, сам по себи, да судско тумачење и образлагање права обавезује друге гране власти.

У случају *Marbury*, како истиче Мерил, утврђено је једино да судови нису везани схватањима Конгреса о значењу Устава. Том пресудом је само установљено да судови морају, независно од других грана власти, да тумаче право приликом одлучивања у конкретним случајевима. Али није утврђено да ли је судско тумачење, када је једном дефинитивно

⁵⁶ „Временски приоритет је, сам по себи, довољан основ за ауторитативност хоризонталног прецедента“ (Schauer, 2012, 124).

⁵⁷ „Контроверзе око обавезујућег дејства тумачења Устава од стране Врховног суда распламсале су се око неколико критичних догађаја у историји (САД)... Након одлуке Суда у предмету *Dred Scott v. Sandford*, да Конгрес нема (уставно) овлашћење да укине ропство у државама-чланицама, Абрахам Линколн је заузео став... да (та) одлука не може послужити као ‘политичко правило’ које регулише поступке чланова Конгреса и председника у разматрању будућег законодавства“ (Merrill 1993, 47).

⁵⁸ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

успостављено, обавезујуће за остале гране власти.⁵⁹ Другим речима, случај *Marbury* успоставља (само) аутономију судског тумачења (Merrill 1993, 51).⁶⁰

5.2. Који део пресуде представља прецедент?

У англосаксонској правној теорији једно од централних питања теорије о прецедентима јесте како се он идентификује. Будући да је, сходно доктрини *stare decisis*, прецедент извор права у англосаксонским системима, такав теоријски третман тог питања је сасвим разумљив. Међутим, пошто је тема ове расправе да се одреди потенцијални обим регулативне функције судске власти генерално, није неопходно да се залази у детаље тих дебата. Стога ћу се осврнути само на неколико најопштијих напомена, с нагласком на моменте који су од значаја за главну тему.

⁵⁹ Ако је ситуација с домаћајем судских пресуда у САД тако контроверзна као што је управо описано, то је још један разлог због којег је судско стварање права неприкладно назвати законодавном функцијом, будући да обавезност судски створеног права није (увек и нужно) иста као и обавезујућа снага закона.

⁶⁰ О овоме опширније у чланцима Rosenfeld 1993 и Merrill 1993. Ипак, сва та питања су контекстуално превише специфична да би се њима даље оптерећивао текст. Ваља истаћи да се расправе о обавезности судских пресуда и у англосаксонском систему континуирано воде, то јест да се она у пракси не подразумева увек као универзална. У том правцу чини ми се да је куриозитет решење које врло дуго постоји у домаћем законодавству, у Закону о управним споровима. Према том решењу, уколико уместо управног акта *који је суд поништио у управном спору*, треба донети други, надлежни орган је приликом његовог доношења „везан правним схватањем суда“ (ЗУС, *Службени гласник РС* 111/2009, чл. 69). Надаље, Законом је такође прописано да ће, уколико се орган управе, приликом доношења новог акта, оглуши о то схватање а тужилац поново поднесе тужбу, суд поништити оспорени акт и сам решити управну ствар пресудом. Јасно је да таква законска одредба и формално отвара простор да управни суд врши регулативну функцију у односу на управу. С друге стране, таква могућност је другим процесним законима формално „затворена“ унутар саме судске власти, то јест када је реч о судовима различитог степена. Примера ради, Закоником о кривичном поступку (*Сл. гласник РС* 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014) прописано је да је „првостепени суд је дужан да изведе све процесне радње и расправи сва спорна питања на која је указао другостепени суд у својој одлуци“ (чл. 462, ст. 3 ЗКП). Дакле, ни спомена о „везаности правним схватањем“ другостепеног суда, што је решење које белодано указује на непостојање формалне снаге судских одлука, као извора права, у оквиру саме судске власти.

У *common law* традицији сматра се да је прецедент део пресуде који садржи *опште правило или принцип* који се налази у образложењу пресуде. Може се рећи да је концептуална нужност доктрине *stare decisis* да прецедент буде део пресуде који садржи „генерализације“, поопштене исказе. Јер, прецедентом се може назвати само нешто опште, што може да регулише и утиче на будуће случајеве. Тај део прецедентне пресуде назива се *ratio decidendi* или још и *holding*. Као што већ сами изрази сугеришу, реч је о разлогу (у виду апстрактног правила или стандарда, а према мишљењу неких аутора, и принципа) који је определио суд да донесе пресуду какву је донео и који се не би могао уклонити из образложења а да пресуда остане таква каква јесте (Salmond 1966, 191; Solan 2016, 1230; Cross, Harris 1991; Sunstein 1996, 71). Остатак образложења назива се *obiter dicta*.

Сам *ratio decidendi* може бити јасно и одређено правило или општији и растегљивији стандард. Када је *ratio* у облику канонизованог правила, тада је и маневарски простор потоњих судова ужи, а (оба)везаност будућих судова прецедентом слична као што је и (оба)везаност јасним законским правилом. С друге стране, ако је формулација *holding*-а у облику стандарда који је неодређен, онда коначан исход будућих случајева није унапред јасно диктиран таквом врстом прецедента већ се тај стандард, као уосталом и сваки стандард из других извора права, примењује у складу с околностима конкретног случаја (Lindquist, Cross 2005, 1163).

Будући да је тема расправе могућност и пожељност регулативне функције судске власти *уопште*, позабавићу се детаљније само теоријом према којој су прецеденти правила, јер је та ситуација „чист“, типичан пример функционисања доктрине прецедента.⁶¹ Према теорији прецедента као правила (Alexander, Sherwin 2001, 136–56), прецедент је правило на исти начин као што су то писана законска правила. То значи да се речи из образложења које прецедентни суд користи да би утврдио *холдинг* „узимају озбиљно“. А то опет значи да је домашај прецедента

⁶¹ Према теорији по којој су прецеденти принципи, који су релативно неодређени и који се могу одмеравати с другим принципима (прецедентима), прво, они не везују потоње судове на начин како то чине прецеденти као правила и, друго, процес одлучивања заснован на принципима ноторно је „неухватљив“. Стога неки аутори сматрају да та теорија у себи обједињује најгоре стране две основне врсте одлучивања у практичком дискурсу: одлучивање на основу ауторитативних правила и одлучивање на основу свих разлога који долазе у обзир (Alexander, Sherwin 2004, 17).

(то јест, његова обавезујућа снага у конкретним случајевима) одређен ауторитативним речима које је прецедентни суд употребио да би формулисао прецедентно правило (Schauer 2012, 129–30).

Типичан пример таквог прецедента је оно што Булигин назива дефиниционом сентенцом (Bulygin 2015, 77–78), а Тропер интерпретативним прецедентом (Тропер, Grzegorzczuk 1997, 126). Реч је о прецеденту којим се тумаче изрази и појмови из неког општег правног акта, који се примењује у прецедентном случају, а који се потом користи као правило на којем се заснивају одлуке судова о значењу тих израза и појмова, када се они појављују у истом или сличном правном акту који се тумачи и примењује у потоњим случајевима. Примера ради, у познатом случају *Smith v. US*,⁶² Врховни суд САД је тумачио значење израза „use of firearms“ („коришћење оружја“) из америчког федералног кривичног законика у контексту кривичног дела трговине дрогом. Суд је у том случају донео одлуку да израз „коришћење оружја“ обухвата и употребу оружја као средства размене за дрогу. Након те пресуде, такво тумачење Врховног суда постало је канонизовано правило⁶³, у смислу норме-дефиниције, и за све потоње сличне случајеве у којима се примењује поменути пропис.

Међутим, модел прецедената као правила не зависи нужно од судске „промулгације“ правила у канонизованој форми. Заправо, иако у пракси америчког Врховног суда, то јест у образложењима његових пресуда, постоје такви случајеви (на пример, чувени случај *Miranda v. Arizona*, познат из многих холивудских филмова, који се односи на начин на који се ухапшени обавештава о својим правима), не могу се увек наћи правила у њиховој канонизованој форми. Разлог за то је традиција правосуђа израслог на пракси *common law*. У систему *common law* судови нису били склони да отворено стварају право⁶⁴, формулишући разлоге за пресуду у канонизованој форми општег правила, већ типично образложење њихове пресуде садржи опис чињеничног стања, аргу-

⁶² *Smith v. United States* (91–8674), 508 U.S. 223 (1993).

⁶³ Канонизована форма правила је „Ако Ч (чињенице ч1, ч2...) онда П (правна последица, обавеза или овлашћење)“. Да би прескриптивни исказ из пресуде могао да се посматра или претвори у канонизовано опште правило, мора да испуни одређене услове. „...[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 и.д.).

⁶⁴ „Unlike enacted law... the rules associated with judicial precedent (in common law) generally have no ‘canonical formulation’, (Perry 1987, 241).

менте које су странке изложиле, објашњење суда о начину на који је расуђивао приликом решавања правног питања, реферисање на претходне сличне случајеве и одлуке које су у њима доношене. И премда се у таквим пресудама ради о *имплицитним* а не о експлицитним правилима (Landes, Posner 1976, 249), уколико из свих елемената образложења који су поменути, с рационалним нивоом поузданости, може да се излучи правило које се да преформулисати у канонизовану форму, онда се може рећи да у пресуди постоји *прецедентно* правило.

Уз то, према мишљењу Александра, да би се имплицитно правило могло признати као прецедентно правило, њега сам прецедентни суд мора схватити као правило правног система које ће регулисати будуће случајеве на начин како то правила иначе чине. Правило које потоњи суд сматра имплицитним, али га претходни судови нису тако разумели, није прецедентно правило.

И друго, правила морају прописати јасне исходе. Стога, да би се имплицитно правило квалификовало као прецедентно, суд који га је донео мора га схватити као *правило* које пружа одговор у свим споровима које обухвата, а не само као принцип који треба вагати у односу на друге разлоге за доношење одлуке (Alexander, Sherwin 2001, 21).

6. ДОДАТАК: БЕЛЕШКА О УСТАВНОМ СУДСТВУ

У континенталним правним системима, у 20. веку, формиран су специјализовани судски органи који су постали надлежни за контролу уставности закона и других прописа ниже правне снаге. Ти органи, без обзира на њихов назив (уставни судови, уставни савети итд.) имали су овлашћење, истина не у истом обиму увек и свуда, да из правног система својим одлукама „уклоне“ неуставне законе и друге опште акте, и то у поступку оцене апстрактне уставности који није везиван за настанак било каквог конкретног спора.

И док је таква врста контроле уставности у Америци (и неким другим државама) остала у рукама редовних судова, који се њоме баве када врше своју адјудикативну функцију, у европским земљама контролу уставности почели су да врше посебни органи, и то на апстрактан начин, без везе с конкретним спором. Последица таквог институционалног решења била је да су се појавили „судски“ органи који су имали ограничену (негативну) законодавну функцију јер су својим одлукама и тумачењима устава могли да утичу на (не)постојање важећег права. Та законодавна функција није била везана за адјудикативну већ

је постала самостална и независно организована. Дакле, када уставни судови поступају у домену уставне контроле, они нису судска већ законодавна (прецизније, негативно законодавна) власт у функционалном смислу. Поједини аутори сматрају да је таква функција уставног судства на трагу идеја о подели власти јер се на тај начин законодавна власт дели између представничког тела и једног стручног, парасудског органа (Troper 2013, par. 49).

Осим тога, судска контрола уставности подразумева да суд не врши (само) негативну законодавну функцију. Наиме, институционална улога органа уставне контроле не подразумева само да суд примењује устав него да га он својим одлукама и „мења“, то јест допуњава. И то је тако, без обзира на конкретан институционални облик те контроле, јер сама природа уставног тумачења то изискује (Raz 2009, 361 и.д.).⁶⁵ У том смислу, уставни судови врше и ограничену уставотворну или, можда прецизније, уставноревизијску функцију.

Будући да у систему у којем контролу уставности обавља уставни суд редовни судови, *по правилу*, не суде директно на основу устава⁶⁶, када се говори о судској власти, јасно је да она (у органском смислу) не обухвата уставно судство нити тумачење и примену устава у конкретним споровима (у функционалном смислу). Стога власт уставног судства, односно функција контроле уставности коју она врши, није од примарног значаја за тему расправе. Ипак, ради илустрације главне поенте, описашу случај у којем Уставни суд Србије (УСС) *вршећи адјудикативну функцију у случају спора по уставној жалби* у исто време врши и регулативну

⁶⁵ Уп. Raz 2009, 361 и.д. „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 Код нас се тумачењем устава бави поглавито уставни суд, упркос изричитој и већ помињаној одредби Устава да судови „суде на основу *Устава*, закона и других општих аката, када је то предвиђено законом, општеприхваћених правила међународног права и потврђених међународних уговора“ (чл. 142, ст. 2 Устава РС). Није ми позната ниједна пресуда било којег редовног суда у Србији која је донета директно на основу Устава, а да је меродавни закон у том случају, према тумачењу суда, оцењен као супротан Уставу. Но, у другим системима с исто или слично организованом контролом уставности може да се развија и таква пракса, у оквиру процеса који италијански теоретичар Гвастини назива „поустављењем правног поретка“. Ипак, и у оквиру праксе „поустављења“, одлучивање редовних судова директно на основу устава, а супротно меродавним актима ниже правне снаге релативно је спорадично у односу на друге видове праксе „поустављења“. О зачецима праксе „поустављења“ у суседној Хрватској уп. Burazin, Gardašević, Krešić 2021. Захваљујем се једном од рецензената што ми је скренуо пажњу на ову праксу.

функцију. У таквим случајевима он чини управо оно што тврдим да може да чини и свака „редовна“ судска власт у развијеном правном систему.⁶⁷

Реч је о одлуци којом је утврђена повреда права на достојанство и слободан развој личности из члана 23 Устава РС и права на поштовање приватног живота зајемченог чланом 8 Европске конвенције.⁶⁸ У питању је случај у којем је матичар из једне општине у Србији одбио да изврши упис у матичне књиге промену пола подносиоца уставне жалбе због стварне ненадлежности. У изреци одлуке, УСС је утврдио „да су органи из члана 6. ст. 2. и 4. Закона о матичним књигама стварно надлежни да одлучују о захтеву за упис промене података о полу“. Суд је резонувао да, иако упис промене података о полу у матичној књизи рођених није изричито регулисан Законом о матичним књигама, одредбе тог Закона „треба тумачити на начин да се и упис промене података о полу може извршити аналогном применом законских одредаба које уређују упис чињенице рођења и свих осталих података, укључујући и пол, који се у матичну књигу уписује за лице рођено у здравственој установи“.

И не само да је УСС утврдио повреду људског права и у изреци (а делом и у образложењу) утврдио *правило* према којем су матичари „надлежни“ да врше упис промене података о полу у матичним књигама на основу захтева који је снабдевен одговарајућим медицинским потврдама о извршеној промени већ је отишао и корак даље. У образложењу пресуде, УСС је оценио да „до законског регулисања права на промену пола, *ову одлуку ваља примењивати и на друга лица која би се нашла у истој правној ситуацији*, па се тако ова одлука односи и на та лица, а не само на подносиоца жалбе“. Сходно томе, УСС је одлучио и да одлуку достави надлежном Министарству како би са својим ставом „упознао првостепене органе који решавају у управном поступку у области матичних књига“.

⁶⁷ На овом месту треба рашчистити једну могућу нејасноћу. Уставни суд може вршити регулативну функцију приликом апстрактне контроле уставности одређеног закона. Он то чини увек када само једно од могућих значења појединих законских одредаба у својој одлуци значи као оно које је сагласно с уставним нормама или принципима. На тај начин, неспорно је да Уставни суд ствара или допуњава постојеће право (за случајеве у којима је то учинио, примера ради, Уставни суд Хрватске, уп. Burazin, Gardašević, Krešić 2021, 234–237). Међутим, први случај из праксе УСС који ће бити описан не представља такво вршење регулативне власти већ је ближи ономе што (могу да) чине редовни судови, будући да у њему Уставни суд не врши апстрактну контролу уставности већ решава појединачни спор по уставној жалби, дакле, врши адјудикативну функцију.

⁶⁸ Предмет Уж-3238/2011 од 8. 3. 2012.

Занимљиво је да је УСС тај став засновао на члану Закона⁶⁹ који говори о отклањању штетних последица до којих је дошло због ожалбеног акта (чл. 89, ст. 2). Међутим, мени се чини да примеренији правни основ за такав став постоји у члану 87 истог закона, у којем изричито стоји да се у случају повреде Уставом зајемченог људског или мањинског права више лица неким појединачним актом, од којих су само нека поднела уставну жалбу, „одлука Уставног суда односи и на лица која нису поднела уставну жалбу, ако се налазе у истој правној ситуацији“. Тај члан Закона наглашавам из разлога што се њиме изричито и јасно у нашем правном поретку признаје обавезност одређених одлука УСС и мимо страна у спору по уставној жалби. Истина, у питању нису одлуке судске власти, јер Уставни суд то није, али јесу одлуке парасудског органа који на тај начин може да врши регулативну функцију, приликом вршења адјудикативне функције. А управо се из поменутог примера види да УСС управо тако и поступа.

Конечно, поменућу још једну одлуку УСС која је од *индиректног* значаја за вршење регулативне функције, будући да она илуструје колика је важност институционалног модела поделе власти у којем је вршење такве функције од стране судске власти једино пожељно. У пролеће 2020. године, председник Републике је, уз саслужење председница владе и Народне Скупштине, донео Одлуку о проглашењу ванредног стања. Након тога, Уставном суду су упућене бројне иницијативе за оцену уставности дотичне Одлуке. УСС је те иницијативе решењем⁷⁰ одбацио, тврдећи да нема основа за покретање поступка. Међутим, иако их је одбацио, УСС се упустио у екстензивно разматрање чињеничних и правних питања у вези с поменутом Одлуком. На овом месту ћу указати само на „одговор“ УСС на једну од примедба из иницијатива, ону која доводи у питање оправданост поступка троје званичника да од Народне скупштине преузме надлежност за доношење Одлуке.

Наиме, иако је доношење такве одлуке примарно надлежност Народне скупштине, јавности је саопштена тврдња да она не може да се састане. УСС је, међутим, устврдио да се не бави чињеничним питањима и да је председница Народне скупштине искористила пословничко овлашћење и обавестила председницу Владе и председника Републике да Народна скупштина не може да се састане, те да је на тај начин испуњен Уставом постављен услов да надлежност за доношење одлуке о проглашењу ванредног стања могу преузети троје наведених

⁶⁹ Закон о уставном суду, *Службени гласник РС* 109/07.

⁷⁰ Бр. Иуо-42/2020 од 22. 5. 2020 (*Службени гласник РС* 77/2020).

функционера. За УСС у поменутом „обавештењу“ није било ничег спорног, упркос томе што је тврдња из обавештења председнице Скупштине била очигледна неистина јер је Скупштина фактички могла да заседа, као што су, уосталом, у то време заседали парламенти свих европских земаља. Упркос томе, УСС у свом решењу „резонује“ да је „питање (не)могућности да се Народна скупштина састане, фактичко, а не правно питање⁷¹... и да Уставни суд не може да оцењује организационе могућности Народне скупштине да се састане без одлагања у условима постојања опасности по живот и здравље људи. Стога, Уставни суд нема уставно, нити друго правно ‘мерило’ на основу којег би *могао довести у питање* обавештење председника Народне скупштине да парламент није био у могућности да се састане“. Осим што, додао бих, има „уставно мерило“ које се налази у основним начелима Устава, а зове се „подела власти“. Но, чини се да је за Уставни суд пословничка одредба била јача и од тог мерила и од ноторних чињеница.

Као што сам претходно објаснио, основни принцип сваког стварног устава је подела власти. Одлуком о проглашењу ванредног стања актуелни режим је тај принцип белодано прекршио. Решењем да уставност такве одлуке не „разматра“ и изнетом „аргументацијом“, „чувар устава“ није заштитио тај основни конституционални принцип зарад политичког резона и вољу кршитеља Устава, претпоставио је самом Уставу и његовом темељном принципу (опширније о томе вид. Дајовић 2020). Зато та одлука УСС илуструје колико је за вршење било које функције (пара)судске власти важан институционални пејзаж у којем се оне врше. Када (пара)судски орган није институционално и фактички независан и самосталан, као што је то случај у Србији с Уставним судом, онда је преузимање регулативне функције од стране таквог органа погубно за поделу власти, сходно томе, и за слободе и права грађана. Јер, не треба имати нарочиту имагинацију да би се замислило, како у некој наредној пандемији, другој јавној опасности или чак у свакој ситуацији у којој председник Народне скупштине констатује да Скупштина не може да се састане, па њене надлежности преузму други органи, Уставни суд, следећи доктрину *stare decisis*, налази да нема основа чак ни да покрене поступак оцене уставности таквих аката. Речју, примена доктрине прецедената у таквом случају извргава се у своју супротност: уместо

⁷¹ Само неколико пасуса пре у свом решењу, „иако не суди чињеницама и на основу чињеница“, УСС управо то чини када устврђује да је испуњен уставни услов проглашења ванредног стања, оцењујући „да би се заразна болест COVID-19 могла сматрати јавном опасношћу која угрожава опстанак државе или грађана, у смислу члана 200. става 1 (Устава)“.

да ојача судство, као трећу, независну и самосталну грану власти, која је основна брана неуставном ширењу моћи других грана власти, она га чини потпорним стубом те моћи.

7. ЗАКЉУЧАК

У савременим правним системима положај судске власти је одређен унутар конституционализованог модела поделе власти, као независан и самосталан у односу на друге две гране власти. С друге стране, сходно идеји поделе власти, судска власт врши адјудикативну функцију, примењујући важеће опште правне акте које доноси друга власт, поглавито законодавна. Међутим, како „општа правила не решавају појединачне случајеве“ јер су закони по својој природи, нужно, недовршени, судска власт, приликом решавања неких („тешких“) случајева изгледа као да допуњује или ствара право. Кажем „изгледа“ јер да ли ће њене допуне или креације општих правила и стандарда, које су садржане у образложењима пресуда у „тешким“ случајевима постати обавезујуће за све наредне сличне случајеве, не зависи *нужно* од тога да ли су оне *формално признате* као извор права. Штавише, у континенталним правним системима, по правилу, није *изричито* прописано овлашћење (било ког) суда да, образложењима својих пресуда, ствара обавезујуће опште правне норме.⁷² Међутим, у расправи је изнет аргумент (3.2) да то „овлашћење“ *може* да проистекне из конвенције, то јест из усаглашене праксе судских званичника.

Када је реч о регулативној функцији судске власти, на основу анализе англосаксонског система прецедената, пажња је усмерена ка хоризонталном прецеденту, као парадигматичној „инкарнацији“ те функције, будући да се пошло од претпоставке да вертикални прецедент функционише у сваком уређеном правосудном систему. Разлог за то је једноставан: уколико судије правила из пресуда виших и највишег суда не би узимали као обавезујуће него само као разлоге које узимају у обзир приликом пресуђивања, али који могу бити надјачани другим разлозима, онда би само функционисање правосуђа могло да буде

⁷² Раз наводи да такво *изричито* овлашћење не постоји ни у англосаксонском систему (Raz 2009, 278). О томе у Spaić 2018, 31 фн. 14. У случају САД, рецимо, иако не постоји изричит (на пример, уставни) пропис у том смислу, одлуке Врховног суда представљају извор права. Стога, правило признања у том систему делом реферира на писани устав, а делом је успостављена конвенција која нема везе с писаним уставом (опширније у Dajović 2010, 259).

озбиљно угрожено (Merrill 1993, 44,71). С друге стране, када је реч о хоризонталном прецеденту, конвенција у правцу поштовања доктрине *stare decisis*, коју би судије и судови прихватили, може да ограничава обавезујуће дејство судски створених општих правила само на судове. А да ли ће и под којим условима то дејство постаје *erga omnes* (у односу на друге гране државне власти), посебно је и контекстуално условљено питање које се у расправи не разматра.

Најзад, као што је на самом почетку речено, у расправи се износе две основне тезе: прва, да судска власт, концептуално посматрано, *може* да врши регулативну функцију и у правном систему у којем јој она није формално додељена и, друга, да постоје јаки нормативни разлози због којих она *треба* да је врши. Пошто је прво питање довољно претресено, у другом наставку расправе, позабавићу се питањем због чега судска власт *треба* да врши регулативну функцију, да бих потом скицирао један могући модел вршења такве функције у савременом правном систему.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Alexander, Lary, 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] Дајовић, Горан. 2014. Хартов нови почетак, поговор. У Харт, Х. *Појам права*. Београд: Службени гласник – Правни факултет Универзитета у Београду.
- [15] Дајовић, Горан, Бојан Спаић. 2016. *Право на образложену пресуду: Пракса Европског суда за људска права / Right to a Reasoned Trial: Practice of The European Court of Human Rights*. Подгорица: Центар за демократску транзицију.
- [16] Дајовић, Горан. 2018. Правно и фактичко питање. 139–159. *Идентитетски преображаја Србије – прилози пројекту*, ур. Ивана Крстић, Маја Лукић. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [17] Дајовић Горан (ур.). 2019. *Српско правосуђе на уставној странпници – сведочанство о „дебати“ поводом иницијативе за промену Устава РС у области правосуђа, 2017–18*. Београд: ЦЕПРИС.
- [18] Дајовић, Горан. 2020. *Епитаф за српски устав*. Отворена врата правосуђа. Мај 2020. <https://otvorenavratapravosudja.rs teme/ustavno-pravo/epitaf-zasrpski-ustav>, последњи приступ 29. новембра 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] Хејвуд, Ендрју. 2004. *Политика*. Београд: CLIО.
- [30] Јовановић, Слободан. 1990. *О држави*. Београд: БИГЗ – Југославијапублик – СКЗ.
- [31] Келзен, Ханс. 1951. *Опита теорија права и државе*. Београд: Архив за правне и друштвене науке.
- [32] Кошутин, Будимир. 1973. *Судска пресуда као извор права*. Београд: Савремена администрација.
- [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>, последњи приступ 29. новембра 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] Спаић, Бојан. 1/2021. Интерпретација и конструкција: прилог разматрању разлике између примјене права и стварања права. *Правни записи* 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] Тасић, Ђорђе. 1995. *Увод у правне науке – Енциклопедија права*. Београд: Службени лист СРЈ.

- [54] Трешњева, Александар. 2013. *Збирка судских одлука из кривично-правне материје*, књига 9. Београд: Службени гласник.
- [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-Auger. <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/en/article/1376427308/en>, последњи приступ 29. новембра 2021.
- [57] Васић, Радмила, Миодраг Јовановић, Горан Дајовић. 2016. *Увод у право*, 3. издање. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [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] Витгенштајн, Лудвиг. *Филозофска истраживања*. Београд: Нолит.
- [60] Зеца, Јована. 2020. Одлуке Врховног касационог суда као формални извор права. 103–114. *Судство као власт*, ур. Миодраг Јовановић, Ана Здравковић. Београд: ЦЕПРИС.

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.

УДК 347.65:347.615

CERIF: S 130

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22109A

Др Ивана ЂОКИЋ*

ОД НАСЛЕДИВОСТИ ДО НЕНАСЛЕДИВОСТИ ЗАКОНСКЕ ДУЖНОСТИ ИЗДРЖАВАЊА РАЗВЕДЕНОГ СУПРУЖНИКА

Сагласно породичној регулативи Републике Србије, законска дужност издржавања, између осталог, престаје смрћу даваоца издржавања. За разлику од српског законодавца, нормотворци у појединим савременим европским правним системима предвиђају наслеђивање законске дужности издржавања, између осталих, и разведеног супружника. Такви, у битноме другачији приступи регулисању питања наследивости законске дужности издржавања разведеног супружника, предмет су ауторове пажње. Осим тога што настоји да изведе закључак који је од споменутих приступа правном уређењу питања наследивости законске дужности издржавања потпуно или већим делом у функцији постбрачне солидарности, аутор разматра и могућност редизајнирања и новелирања породичноправне и наследноправне регулативе Републике Србије.

Кључне речи: *Разведени супружник. – Издржавање. – Наслеђивање. – Дужност. – Одговорност.*

* Адвокат, Ниш, Србија, evtimovivana@yahoo.com.

1. УВОД

Издржавање супружника по престанку брака представља један сегмент грађанскоправне установе издржавања. Данас велики број правних система, међу којима је и Република Србија, уређују супружанско издржавање после развода брака. У првом делу рада, аутор анализира супружанско издржавање у француском, немачком, аустријском и руском праву, настојећи да понуди аргументоване одговоре на следећа питања: које функције има установа издржавања у савременим правним системима; да ли у основама супружанског издржавања после развода брака стоји постбрачна солидарност; да ли супружанско издржавање после развода брака има основа у потребама створеним у браку; у каквом су међусобном односу одредбе о супружанском издржавању после развода брака, одредбе о својини, наслеђивању и социјалним давањима, да ли се међусобно допуњују или искључују; да ли је законска дужност издржавања разведеног супружника наследива; на који начин наследници оставиоца одговарају за намирење оставиоцевог разведеног супружника; да ли разведени супружник оставиоца има приоритет у намирењу у односу на повериоце оставиоца и нужне наследнике или нема?

У другом делу рада, у фокусу ауторове пажње је породичноправна регулатива Републике Србије. Нормирајући престанак издржавања, српски законодавац предвиђа да законска дужност издржавања, између осталог, престаје и у случају смрти повериоца издржавања или дужника издржавања. На тај начин је српски законодавац законску дужност издржавања учинио ненаследивом. Одступања од принципа ненаследивости нису предвиђена ни у случају супружанског издржавања после развода брака. Због тога аутор у раду поставља питање да ли је ненаследивошћу законске дужности издржавања постбрачна солидарност у српском праву доведена под знак питања. Да би одговорио на пређашње питање, аутор приступа анализи породичноправне и наследноправне регулативе. Осим тога, аутор анализира и регулативу којом се уређује социјална заштита у Републици Србији. Применом систематског метода, аутор настоји да дође до аргументованог одговора и на питање да ли је егзистенцијална сигурност разведеног супружника у српском праву доведена под знак питања.

2. НЕМАЧКО ПРАВО

2.1. Уопштено о супружанском издржавању после развода брака

Супружанско издржавање после развода брака у немачком праву нормирано је одредбама немачког Грађанског законика (НГЗ).¹ Према слову НГЗ, бивши супружници су дужни да сами обезбеђују средства неопходна за своје издржавање.² На тај начин је у темеље супружанског издржавања после развода брака уграђен, као основни, принцип само-одговорности бивших супружника.

Одступање од основног принципа постоји. Тако, уколико један од супружника није у стању да сам себи обезбеди средства нужна за егзистенцију, он има право да захтева издржавање од бившег супружника.³ За то је неопходно да супружник поверилац издржавања испуњава услове прописане НГЗ.⁴ У немачкој правној теорији указује се на то да у основи супружанског издржавања после развода брака стоји идеја о постбрачној солидарности (*nacheheliche Solidarität*), која је широко прихваћена у немачкој доктрини и судској пракси, и објашњава да је реч о потреби која је створена браком (*ehebedingte Bedürftigkeit*) (Martiny, Schwab 2002, 23).

Чиниоци од значаја за утврђивање висине издржавања, такође, детаљно су нормирани одредбама НГЗ. У немачкој правној теорији указује се на то да је могуће ограничити висину издржавања, а такође и време за које ће се издржавање давати (Schröder 2014, 22). Да би се обезбедила униформна примена одредаба о супружанском издржавању после развода брака и ујединила судска пракса, креирани су посебни водичи и табеле, међу којима посебно место заузима Дизелдорфска табела (Martiny, Schwab 2002, 21).

2.2. О наслеђивању законске дужности издржавања разведеног супружника

Посебан печат правном уређењу законске дужности издржавања разведеног супружника дају одредбе НГЗ о престанку издржавања. Оне су систематизоване под насловом „Престанак издржавања“ (*Ende*

¹ НГЗ (*Bürgerliches Gesetzbuch*), пар. 1569–1586b.

² НГЗ, пар. 1569.

³ НГЗ, пар. 1569.

⁴ НГЗ, пар. 1570–1573, 1575 или 1576.

des Unterhaltsanspruchs).⁵ Њихова садржина указује на то да законска дужност издржавања разведеног супружника престаје у случају смрти супружника повериоца издржавања и у случају када супружник поверилац издржавања ступи у други брак или заснује грађанско партнерство.⁶

Немачки законодавац је изричит да се законска дужност издржавања разведеног супружника не гаси смрћу супружника дужника издржавања већ, као једна наследна обавеза, прелази на његове наследнике.⁷ У немачкој правној теорији се указује на то да је законска дужност издржавања, углавном, лична дужност и да, као таква, не прелази на наследнике, што је случај са дужношћу издржавања из пар. 1586 I НГЗ, пар. 1615 I НГЗ, пар. 1360a III НГЗ и пар. 1361 IV 4 НГЗ (Riesenhuber, Karakostas 2009, 145). Такође, објашњава се да постоји одступање у случају законске дужности издржавања разведеног супружника, која није лична дужност већ је наследива (Frye 2009, 209).

У немачкој судској пракси не постоји дилема у погледу правне класификације законске дужности издржавања разведеног супружника. Према становишту суда, то је обична наследна обавеза. Она прелази на наследнике супружника дужника издржавања и на њу се аналогно примењују одредбе пар. 1967 НГЗ.⁸

2.2.1. Одговорност наследника за намирење законске дужности издржавања

Будући да је законска дужност издржавања сврстана у ред наследних обавеза и да заједно са другим обавезама оставиоца, такође, подобним за наслеђивање, прелази на наследнике, поставља се питање на који начин наследници оставиоца одговарају за намирење супружника повериоца издржавања. Одговор на постављено питање проналазимо у одредбама НГЗ којима се уређује одговорност наследника за обавезе оставиоца, у правној књижевности и у судској пракси.

Када је реч о одговорности наследника за обавезе оставиоца, треба споменути да у немачком праву наследници оставиоца неограничено могу одговарати за обавезе из заоставштине. Према слову НГЗ,

⁵ НГЗ, пар. 1586, пар. 1586a и пар. 1586b.

⁶ НГЗ, пар. 1586, ст. 1.

⁷ НГЗ, пар. 1586b.

⁸ OLG Koblenz, Urteil vom 19. Mai 2009 – 11 UF 762/08, <https://blankenburg-frank.de/wp-content/uploads/OLG-Koblenz.pdf>, последњи приступ 27. јула 2021.

ограничена одговорност постоји само у случају када је покренут поступак управљања заоставштином или стечајни поступак.⁹ У наследно-правној теорији се објашњава да у тим случајевима постоји одговорност до вредности заоставштине, искључиво наслеђеним добрима (*cum viribus hereditatis*) (Стојановић 2011, 342). Отуда супружник поверилац издржавања има право да захтева информације о саставу и вредности заоставштине, на шта недвосмислено упућује садржина пар. 1605 и пар. 1580 НГЗ (Krüger 2018, 558).

У судској пракси, такође, не постоји дилема о одговорности наследника, супружника дужника издржавања. Став суда је да у таквим случајевима основаност захтева треба оцењивати у односу на вредност заоставштине, на коју наследници имају могућност да ограниче своју одговорност.¹⁰ Осим споменутог, судска пракса је и становишта да се ограничења која су предвиђена пар. 1581 НГЗ, а која се односе на солвентност дужника издржавања, на која се дужник издржавања за живота може позивати, не примењују у случају када се потражује издржавање из заоставштине јер је то наследна обавеза, а не лична дужност наследника.¹¹

Када је реч о одговорности наследника оставиоца за издржавање оставиочевог бившег супружника, осим што је одговорност наследника, без сумње, ограничена на вредност заоставштине оставиоца дужника издржавања, постоји и ограничење у погледу износа који бивши супружник оставиоца може да захтева из заоставштине.

Према одређењу немачког законодавца, бившем супружнику оставиоца припада издржавање из заоставштине у вредности нужног дела, на који би имао право у случају да је брак престао смрћу дужника издржавања, а не разводом.¹² У немачкој правној теорији се указује на то да је у радним материјалима за НГЗ појашњено да је право на издржавање бившег супружника оставиоца из заоставштине својеврсна замена права на нужни део, које се губи у случају развода (Riesenhuber, Karakostas 2009, 145, 146). Осим тога, објашњава се да се на утврђивање износа издржавања аналогно примењују правила

⁹ НГЗ, пар. 1975.

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>, последњи приступ 27. јула 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>, последњи приступ 27. јула 2021.

¹² НГЗ, пар.1586b.

којима се уређује поступак обрачунавања нужног дела и то пар. 2303, пар. 2325 и пар. 1931 НГЗ (Krüger 2018, 558). У немачкој судској пракси, такође, висина потраживања издржавања бившег супружника оставиоца ограничена је на износ нужног дела, који би му припао у случају да брак није разведен.¹³

2.2.2. Утицај одрицања од права на наслеђивање по супружанско издржавање после развода брака

Осим онога што је речено у претходним редовима, треба споменути да немачки законодавац питање одрицања од права на издржавање не уређује посебном одредбом. Не нормира ни какве правне последице по супружанско издржавање после развода брака има одрицање супружника повериоца издржавања од права на наслеђивање, које је садржано, примера ради, у брачном уговору. У немачкој правној теорији се истиче да је преовлађујући став у правној књижевности да уколико се супружник поверилац издржавања одрекао права на наслеђивање, подразумева се да се одрекао и права на издржавање (Riesenhuber, Karakostas 2009, 145). Због тога се саветује да се приликом закључивања брачних уговора посебно нагласи да се супружници одрицањем од права на наслеђивање не одричу права на издржавање (Schlünder 2016,18,19).

Сагледавајући одредбе НГЗ о супружанском издржавању после развода брака, коментаре у немачкој правној доктрини и ставове судова, може се закључити да је наследивост законске дужности издржавања у функцији постбрачне солидарности. Чини се да одредбе НГЗ о наслеђивању законске дужности издржавања имају дубоког смисла због тога што и у случају смрти супружника дужника издржавања законске претпоставке неопходне за конституисање законске дужности издржавања и даље постоје на страни супружника повериоца издржавања. Будући да после смрти супружника дужника издржавања остаје његова заоставштина, чини се апсолутно прихватљивим решење да ће се издржавање намиривати из заоставштине оставиоца дужника. Иначе, таквим решењем се терет обезбеђивања егзистенцијално незбринутих лица прерасподељује између државе и појединца, имајући у виду да се одредбе о издржавању, одредбе о својини и одредбе социјалним давањима међусобно не искључују него допуњују (Martiny, Schwab 2002, 23, 24, 25).

¹³ OLG Frankfurt vom 28. 08. 2002 (2 WF 245/02), <http://www.hefam.de/urteile/2WF24502.html>, последњи приступ 27. јула 2021.

3. ФРАНЦУСКО ПРАВО

3.1. У кратким цртама о супружанском издржавању после развода брака

У француском праву супружанско издржавање после развода брака регулисано је одредбама француског Грађанског законика (ФГЗ), које су обједињене под насловом *Des prestations compensatoires* (О компензаторној престацији).¹⁴ Према слову ФГЗ, дужност супружанског издржавања престаје разводом брака.¹⁵ Попут немачког, и француски законописац предвиђа одступање од тог правила. Наиме, један од супружника има право да захтева исплату компензаторне суме од другог супружника у случају када постоји несклад у животним условима њега као повериоца издржавања. Услов је да је несклад у животним условима проузрокован разводом. Компензаторна сума се исплаћује у капиталном износу, који одређује судија.¹⁶

У француској правној теорији се објашњава да одступање у животним условима супружника повериоца издржавања обухвата диспаратет у ресурсима, које ће судија оцењивати (Sayn 2016, 109). Такође, истиче се да је у питању једна врста одштете, која није класично издржавање условљено немањем средстава за егзистенцију на страни повериоца издржавања (Ferrand 2002, 38).

Може се рећи да је циљ законодавца, без сумње, садржан у обезбеђивању накнаде супружнику повериоцу који трпи због промене животних услова, која је настала као последица развода, али, како је примећено у правној теорији, и са циљем остваривања чистог раскида са прошлости, без дуготрајних парница (Ковачек Станић 2002, 109). Према становишту Касационог суда Француске, циљ закона није да се изједначи богатство већ искључиво разлика у животним условима супружника повериоца издржавања. Уколико таква разлика није утврђена, тужбени захтев, логично, треба бити одбијен.¹⁷

Одредбама ФГЗ, такође, дефинисани су и критеријуми које ће суд узимати у обзир приликом процењивања и утврђивања компензаторног износа. Осим основних критеријума, у које се убрајају потре-

¹⁴ ФГЗ (*Code Civil*), чл. 270–281.

¹⁵ ФГЗ, чл. 270, ст. 1.

¹⁶ ФГЗ, чл. 270, ст. 2.

¹⁷ Cour de cassation, Chambre civile 1, 18 novembre 2020, 19–15353, <https://juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20201118-1915353>, последњи приступ 27. јула 2021.

бе супружника повериоца издржавања и финансијска способност супружника дужника издржавања, суд ће водити рачуна и о допунским критеријумима. У допунске критеријуме се убрајају, примера ради, дужина трајања брачне заједнице, старост супружника, њихова здравствена способност, професионална оријентација, капитал којим располажу, процењиво и очекивано наслеђе, приход који се очекује услед ликвидације брачног режима, пензије.¹⁸

Тако дефинисани критеријуми, без сумње, говоре у прилог томе да се законске одредбе о исплати компензаторног износа, одредбе којима се уређује брачни имовински режим, одредбе о праву својине, одредбе о наслеђивању и права која се остварују по основу пензијског осигурања не искључују него допуњују.¹⁹ У француској правној теорији се говори и о индиректном утицају одредаба о праву својине и одредбе о правима из пензијског осигурања на супружанско издржавање после развода брака (Ferrand 2002, 32, 33).

3.2. Наслеђивање законске дужности исплате компензаторне суме

Попут немачког, и француски законодавац предвиђа да се законска дужност исплате компензаторне суме не гаси у случају смрти супружника дужника већ, као једна наследна обавеза, прелази на наследнике.²⁰ Осим тога, законодавац прецизира да уколико је исплата компензаторне суме одређена у облику капитала под условима из чл. 275 ФГЗ или у месечним анuitетима а наступи смрт дужника издржавања, тако одређени износи доспевају у целини за наплату. Износ који треба да буде исплаћен из заоставштине у таквим случајевима процењује се према модалитетима из декрета Државног савета.²¹ У француској судској пракси се приликом процене износа компензаторне суме, која треба да буде исплаћена из заоставштине оставиоца, узима збир свих недоспелих рата компензаторне суме, које се према закону сматрају

¹⁸ ФГЗ, чл. 271.

¹⁹ Cour de cassation, Chambre civile 1, 13 février 2019, 18–12763, <https://juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20190213-1812763>, последњи приступ 27. јула 2021.

²⁰ ФГЗ, чл. 280.

²¹ Чл. 280, ст. 1 и 2 ФГЗ. Вид. и: Cour de cassation, Chambre civile 1, 04 novembre 2015, 14–20383, <https://juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20151104-1420383>, последњи приступ 27. јула 2021.

доспелим у тренутку смрти оставиоца, а њихова вредност се процењује уз стопу капитализације од 4%, узимајући у обзир податке из табеле о смртности према полу, старости и животном стандарду.²²

Осим тога што законска дужност исплате компензаторне суме, по сили закона, прелази на наследнике, као наследна обавеза (Sayn 2016, 120), француски законодавац наследницима оставиоца оставља могућност да лично наставе са плаћањем компензаторне суме, онако како је то чинио оставилац. Услов је да наследници оставиоца са бившим супружником оставиоца закључе уговор о исплати компензаторне суме. Одредбама ФГЗ је предвиђено да се уговор о исплати компензаторног износа закључује у форми јавнобележничког записа.²³

Француски законодавац, такође, предвиђа да уговорне стране имају могућност да захтевају измену или укидање обавезе из споразума.²⁴ Француска судска пракса усвојила је становиште да наследници оставиоца који су се лично обавезали на плаћање компензаторног износа не могу да захтевају измену или гашење уговорне обавезе због околности које су постојале и биле познате у време закључења уговора.²⁵

3.2.1. Одговорност наследника оставиоца за исплату компензаторне суме

Када је реч о одговорности наследника за дугове оставиоца, можемо рећи да је слово ФГЗ јасно. Наследници оставиоца одговарају за обавезе оставиоца неограничено, у случају безусловног прихватања наслеђа.²⁶ Осим тога, законодавац предвиђа могућност ограничења одговорности наследника на износ активе заоставштине. Услов је да се наследници оставиоца прихвате наслеђа са привилегијом пописа.²⁷

Споменуте одредбе неће бити примењиване на исплату компензаторног износа из заоставштине због тога што је одредбама ФГЗ предвиђено да наследници оставиоца, на које је по сили закона прешла

²² Cour de cassation, Chambre civile 1, 04 novembre 2015, 14-20383, <https://juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20151104-1420383>, последњи приступ 27. јула 2021.

²³ ФГЗ, чл. 280-1.

²⁴ ФГЗ, чл. 280-1 у вези са чл. 276-3.

²⁵ Cour de cassation, Chambre civile 1, 28 mars 2018, 17-14389, <https://juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20180328-1714389>, последњи приступ 27. јула 2021.

²⁶ ФГЗ, чл. 785.

²⁷ ФГЗ, чл. 791.

обавеза исплате компензаторног износа, одговарају за намирење активом заоставштине (*dans la limite de l'actif successoral*). Уколико актива заоставштине није довољна за намирење компензаторног износа, на одговорност се позивају легатари сразмерно својој добити, водећи рачуна о вољи оставиоца у смислу чл. 927 ФГЗ.²⁸ У француској правној књижевности указано је на то да се решење према коме брачни друг има права једино у оквиру активе заоставштине и долази на ред за исплату након осталих поверилаца оставиоца тешко може оправдати јер је он поверилац, а не наследник оставиоца (Grimaldi 2017, 180). Иако је такво решење критиковано у правној књижевности, у судској пракси се слово ФГЗ примењује без одступања.²⁹

Такође, значајно је споменути да француски законодавац предвиђа да ће се од износа компензаторне суме одбити износи породичне пензије коју је супружник поверилац издржавања примио.³⁰ У француској судској пракси се прецизира да су то нето износи породичне пензије коју је супружник поверилац издржавања примио, а не бруто износи у које су зарачунати законом одређени порези и доприноси. Како суд закључује, спецификум компензаторне суме не огледа се ни у обогаћењу супружника поверилаца ни у његовом осиромашењу, те због тога треба одбијати нето износе породичне пензије, а не бруто износе.³¹

Анализирајући одредбе ФГЗ о одговорности наследника за намирење компензаторног износа, уз осврт на француску доктрину и судску праксу, може се закључити да правном уређењу дужности исплате компензаторног износа одређену дозу специфичности дају одредбе ФГЗ о одговорности наследника за његово намирење. Као што смо видели, оне представљају одступање од општих одредаба којима се уређује одговорност наследника оставиоца за дугове. Чини се да се управо из тог одступања може закључити да је француски законодавац, на један индиректан начин, разведеног супружника оставиоца сврстао у ред са субјектима који остварују права у оквирима заоставштине оставиоца. Штавише, може се закључити да разведеном супружнику припада и

²⁸ ФГЗ, чл. 280.

²⁹ Cour de cassation chambre civile 1 Audience publique du 4 novembre 2015 N° de pourvoi: 14-20383esources/2015/1, www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/r1/14-20.383.pdf, последњи приступ 27. јула 2021.

³⁰ ФГЗ, чл. 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/>, последњи приступ 27. јула 2021.

једно привилеговано место будући да му се нужни наследници не могу супротставити својим нужним делом јер, како је примећено у теорији, нужни део представља само један део активе заоставштине (Grimaldi 2017, 180).

4. АУСТРИЈСКО ПРАВО

4.1. Сажето о супружанском издржавању после развода брака

Супружанско издржавање после развода брака у аустријском праву уређено је одредбама Закона о браку Аустрије (ЗоБА).³² Законодавац одређује да је супружник који је крив за развод брака дужан да свом бившем супружнику обезбеди издржавање ради обезбеђења оних животних услова које је супружник поверилац издржавања имао за време трајања брака. Услов је да супружник поверилац издржавања није у стању да обезбеди сам такве животне услове из сопствене имовине и из средстава која остварује радом.³³ Према становишту аустријске судске праксе, право на издржавање из пар. 66 ЗоБА, може се остварити само у оној мери у којој супружник поверилац издржавања не може себи да обезбеди издржавање од разумно плаћеног запослења.³⁴

Као што се може запазити, аустријски законодавац, за разлику од немачког и француског, супружанско издржавање после развода брака, утемељује на кривици једног од супружника. Отуда и закључак у аустријској правној књижевности, да кривица једног од супружника за развод брака мора бити утврђена у пресуди којом се брак разводи (Mairhuber, Sardadvar 2012, 10). Циљ законодавца је да се супружнику који није крив за развод брака издржавањем обезбеди одржавање оних животних услова који су постојали у браку. Стога и закључак да је износ издржавања детерминисан животним условима супружника повериоца издржавања у браку (Roth 2002, 37, 38).

Аустријски законодавац, међутим, не уређује питање минималног, односно максималног износа који судови могу досуђивати у поступцима за издржавање бившег супружника. Стога је аустријска судска пракса, применивши стваралачко тумачење правне норме, стала на становиште

³² Закон о браку Аустрије (*Ehegesetz*), пар. 66–78.

³³ ЗоБА, пар. 66.

³⁴ ТЕ OGH 2006/1/26 60b311/05m, <https://www.jusline.at/entscheidung/284343>, последњи приступ 27. јула 2021.

да се износ издржавања одмерава у сваком појединачном случају и зависи од околности случаја, а свакако се одређује у границама од 20% до 30% нето годишњих прихода имућног дужника издржавања.³⁵ Треба споменути и да се приликом одмеравања висине издржавања узимају у обзир потребе и финансијске могућности дужника издржавања, али и законом одређене околности, због којих дужник издржавања може бити ослобођен дужности издржавања разведеног супружника.³⁶

Осим што прописује право на издржавање у случају када је брак разведен због кривице једног од супружника, аустријски законописац уређује и дужност издржавања у случају када су оба супружника крива за развод брака, а не може се утврдити на коме од супружника стоји претежна кривица. У таквој ситуацији, супружник који нема довољно средстава за издржавање има право да захтева издржавање од другог супружника.³⁷ Циљ законодавца је да се супружнику који се налази у стању нужде обезбеде потребна средства за живот. На тај начин ће други супружник учествовати у његовом издржавању. У аустријској правној књижевности се истиче да се средства која се исплаћују на основу пар. 68 ЗоБА сматрају доприносом једног супружника другом супружнику у издржавању, те да су због тога исплате скромне и, према становишту судске праксе, одмеравају се у проценту од 15% годишњег нето прихода дужника издржавања (Roth 2002, 37, 38).

Аустријски законодавац предвиђа и право на издржавање у корист разведеног супружника који није у стању да сам себи обезбеди издржавање због објективних околности предвиђених законом, међу којима је и брига о деци.³⁸ Упоредо са супружанским издржавањем после развода брака, чије се остваривање утемељује на претходно утврђеној кривици за развод, треба напоменути да аустријски законодавац нормира и супружанско издржавање у случајевима када је брак разведен из других разлога који су предвиђени пар. 50–52 и пар. 55 ЗоБА.³⁹

Након сажетог указивања на правну регулативу супружанског издржавања после развода брака, треба споменути да се супружанско издржавање после развода брака у аустријском праву заснива искључиво на постбрачној солидарности (Deixler-Hübner 2015, 834,

³⁵ TE OGH 2005/6/13 100b92/04h, <https://www.jusline.at/entscheidung/286563>, последњи приступ 27. јула 2021.

³⁶ ЗоБА, пар. 67.

³⁷ ЗоБА, пар. 68.

³⁸ ЗоБА, пар. 68а.

³⁹ ЗоБА, пар. 69.

835). У аустријској судској пракси је указано на то да је захтев за издржавање разведеног супружника у домену породичноправне регулативе. Истиче се да се супружанско издржавање после развода брака надовезује на брачно издржавање, класификује се и као последица брачног издржавања и напомиње да такав захтев свакако има основа у потребама створеним у претходном браку.⁴⁰

4.2. Наслеђивање законске дужности издржавања

Правила о престанку супружанског издржавања после развода брака садржана су у ЗоБА и обједињена под насловом „Ограничења и престанак законске дужности издржавања“ (*Begrenzung und Wegfall des Unterhaltsanspruchs*).⁴¹ Према одређењу законодавца, издржавање престаје у случају када супружник поверилац издржавања прекрши законска правила и тиме нанесе штету супружнику дужнику издржавања, према њему се понаша на срамotan начин или води неморалан начин живота.⁴² У аустријској правној књижевности, објашњено је да се под „делом“ подразумева кривично дело, те да су у питању тешка кривична дела, примера ради, ширење неистина, злостављање, напад на супружника дужника издржавања. У категорију неморалног понашања се сврставају, примера ради, алкохолизам, наркоманија, проституција, препродаја забрањених опијата (Roth 2002, 68, 69).

Осим тога, аустријски законодавац нормира да супружанско издржавање престаје и у случају када супружник поверилац издржавања закључи нови брак или заснује грађанско партнерство.⁴³ Такође, супружанско издржавање после развода брака престаје и у случају смрти супружника повериоца издржавања.⁴⁴

Међутим, правна последица смрти дужника издржавања није престанак законске дужности издржавања разведеног супружника. Напротив, у случају смрти супружника дужника издржавања, законска дужност издржавања опстаје и прелази на наследнике оставиоца, као наследна обавеза.⁴⁵ Ограничења која су предвиђена пар. 67 ЗоБА не примењују

⁴⁰ ТЕ ОГН 1970/4/15 70b52/70, <https://www.jusline.at/entscheidung/363781>, последњи приступ 27. јула 2021.

⁴¹ ЗоБА, пар. 73–78.

⁴² ЗоБА, пар. 74.

⁴³ ЗоБА, пар. 75.

⁴⁴ ЗоБА, пар. 77.

⁴⁵ ЗоБА, пар. 78, ст. 1.

се када се издржавање исплаћује из заоставштине оставиоца.⁴⁶ Може се рећи да је таква регулатива последица тога што је законска дужност издржавања која је прешла на наследнике њихова наследна, а не лична обавеза.

Спецификум аустријске регулативе престанка супружанског издржавања после развода брака не огледа се само у томе што је законска дужност издржавања разведеног супружника наследива већ и у одступању од принципа наследивости. Наиме, изузетак од принципа наследивости постоји у случају када је супружник дужник издржавања обавезан да издржава бившег супружника на основу пар. 68 ЗоБА. У тим случајевима, аустријски законодавац предвиђа да законска дужност издржавања престаје смрћу дужника издржавања.⁴⁷ Тако креирано правно правило примењено је и у аустријској судској пракси.⁴⁸

4.2.1. Како наследници оставиоца одговарају за намирење законске дужности издржавања?

Наслеђивање законске дужности издржавања разведеног супружника, како је већ речено, уређено је одредбама ЗоБА. Такође, могло се запазити и да супружанско издржавање после развода брака за наследнике супружника дужника издржавања представља наследну обавезу. Законом о браку Аустрије, међутим, не уређује се питање одговорности наследника оставиоца за намирење супружанског издржавања. Имајући у виду такво стање ствари, може се закључити да наследници одговарају за намирење супружанског издржавања, сагласно одредбама аустријског Грађанског законика (АГЗ) о одговорности наследника за дугове оставиоца.

Чинећи осврт на правна правила којима се уређује питање одговорности наследника за обавезе оставиоца, може се запазити да у аустријском праву наследници оставиоца могу неограничено да одговарају за дугове оставиоца.⁴⁹ Аустријски законодавац, међутим, предвиђа да наследници оставиоца могу да ограниче одговорност за дугове оставиоца на износ активе заоставштине. Услов је да се наследници оставиоца прихвате наслеђа са привилегијом пописа.⁵⁰

⁴⁶ ЗоБА, пар. 78, ст. 2.

⁴⁷ ЗоБА, пар. 78, ст. 3.

⁴⁸ ТЕ OGH 1954/9/1 20b362/54, <https://www.jusline.at/entscheidung/367169>.

⁴⁹ АГЗ (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*), пар. 801.

⁵⁰ АГЗ, пар. 802.

Будући да је реч о одговорности наследника за намирење законске дужности издржавања оставиочевог бившег супружника, треба напоменути да је у том случају одговорност наследника оставиоца ужа по свом домашају од одговорности за остале наследне обавезе. Ово према становишту аустријске судске праксе, која је утемељена на преовлађујућем ставу аустријске правне теорије да наследници оставиоца за намирење законске дужности издржавања разведеног супружника оставиоца одговарају увек активом заоставштине, па и у случају када су се безусловно прихватили наслеђа. Такође, истакнуто је да ће се намирењу повериоца издржавања приступити након намирења нужних наследника из преосталог дела активе заоставштине.⁵¹ Такво становиште изнето је и у нашој наследноправној теорији (Стојановић 2005, 672). Из изнетог запажамо да је редослед којим се намирују повериоци издржавања из заоставштине оставиоца у аустријском праву у битноме другачији од редоследа намирења који прописује француски законодавац. Како је речено, у француском праву се најпре намирују повериоци оставиоца, онда повериоци издржавања, а након њих нужни наследници. Остаје отворено питање који је од прописаних система намирења повериоца издржавања правичнији.

5. РУСКО ПРАВО

5.1. У кратким цртама о супружанском издржавању после развода брака

Супружанско издржавање после развода брака у руском праву је уређено одредбама Породичног кодекса Руске Федерације (ПКРФ).⁵² Према слову ПКРФ, право на издржавање после развода брака признаје се бившој супрузи у периоду трудноће и за период од три године од датума рођења детета.⁵³ Осим тога, право на издржавање признато је и бившем супружнику који се налази у стању нужде, а који се стара о детету инвалиду до његове осамнаесте године живота или о детету инвалиду од детињства из прве групе инвалидитета.⁵⁴

⁵¹ ТЕ ОГН 2008/5/27 80b38/08h, <https://www.jusline.at/entscheidung/276154>, последњи приступ 27. јула 2021.

⁵² Семейный кодекс Российской Федерации – ПКРФ от 29. 12. 1995 N 223-ФЗ (ред. от 02. 07. 2021), чл. 90.

⁵³ ПКРФ, чл. 90, ст. 1, тач. 1.

⁵⁴ ПКРФ, чл. 90, ст. 1, тач. 2.

Право на супружанско издржавање после развода брака има и радно неспособни бивши супружник, под условом да је радна неспособност наступила у браку или у периоду од годину дана након развода брака.⁵⁵ Осим споменutih субјеката, право на издржавање признато је и бившем супружнику који је достигао старосну границу за пензионисање у року од пет година од датума развода брака, под условом да су супружници дуго били у браку.⁵⁶ Старосна граница за пензионисање за мушкарце је навршених 60 година живота, а за жене 55 година живота (Сапожикова 2015, 1). Како је већ речено, остваривање права на издржавање, у овом случају, условљено је и трајањем брака, али притом није одређена ни доња ни горња граница временског трајања брачне заједнице. С тим у вези су у правној књижевности изнета различита становишта. Примера ради, да је неопходно да је брак трајао пет, десет, петнаест, двадесет година (Московцева, Равилевич 2015, 124). Такође, објашњено је да се о дужини трајања брачне заједнице изјашњавају судови у сваком конкретном случају, те да је, као правило, прихваћен десетогодишњи период трајања брака (Королев, 2003, 102).

Када је реч о утврђивању износа издржавања, законодавац је јасан. Бивши супружници имају могућност да закључе споразум о издржавању. Уколико таквог споразума нема, на захтев супружника повериоца издржавања суд ће, у законом уређеном судском поступку, водећи рачуна о материјалној и породичној ситуацији оба супружника и других заинтересованих лица, одредити износ издржавања. Према слову ПКРФ, утврђени износ издржавања исплаћиваће се једном месечно.⁵⁷ Треба споменути и да руски законодавац предвиђа и случајеве у којима ће суд супружника дужника издржавања ослободити обавезе плаћања алиментације.⁵⁸

Према становишту судске праксе, приликом утврђивања финансијске способности бивших супружника, суд треба да узме у обзир све врсте њихових прихода. Примера ради, зараде, приходе од предузетничке делатности, од продукта интелектуалне делатности, пензије, бенефиције, исплате накнаде штете и друга плаћања. Осим тога, треба узети у обзир и било коју имовину која им припада, укључујући хартије од вредности, акције, депозите дате кредитним институцијама, улоге у привредним друштвима. Када је реч о утврђивању породичних прилика обвезника

⁵⁵ ПКРФ, чл. 90, ст. 1, тач. 3.

⁵⁶ ПКРФ, чл. 90, ст. 1, тач. 4.

⁵⁷ ПКРФ, чл. 91.

⁵⁸ ПКРФ, чл. 92.

издржавања, посебно је значајно утврдити да ли дужник издржавања има малолетну децу или одраслу инвалидну децу или друга лица која је законски дужан да издржава. Друге околности вредне пажње су, примера ради, неспособност за рад обвезника издржавања и обнављање радне способности примаоца алиментације.⁵⁹

Анализирајући одредбе ПКРФ о одређивању висине издржавања, у садејству са становиштем највише судске инстанце Руске Федерације, на које смо се овом приликом позвали, може се закључити да се у поступку остваривања права на издржавање који се води против бившег супружника примењују, осим одредаба о супружанском издржавању после развода брака, и правила о накнадама по основу рада, прописи о социјалним давањима, пензијама, својини, наслеђивању, хартијама од вредности, будући да се та правила не искључују него допуњују.

Можемо закључити да суд у поступцима за издржавање бившег супружника одлучује на основу садејства већег броја прописа, који притом имају исти циљ, а то је егзистенцијално збрињавање социјално угроженог бившег супружника. У прилог нашем закључку стоји и становиште да су одредбе о издржавању између супружника и бивших супружника манифестација принципа социјалне одговорности, који је данас прихваћен од великог броја правних система. Према том принципу, брига о социјално угроженим субјектима стоји не само на држави него и на радно способним члановима породице (Хлыстов 2019, 88).

5.2. Од ненаследивости законске дужности издржавања до права издржаваних лица да се позову на наслеђе

Одредбе о престанку издржавања у ПКРФ обједињене су под јединственим насловом „Престанак обавезе издржавања“ (*Прекращение алиментных обязательств*). Анализирајући њихову садржину, запажамо да законска дужност издржавања, између осталог, престаје и у случају смрти повериоца или дужника издржавања.⁶⁰ Из таквог одређења законодавца закључујемо да је законска дужност издржавања бившег супружника у ру-

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/, последњи приступ 27. јула 2021.

⁶⁰ ПКРФ, чл. 120, ст. 1, ст. 2, тач. 5.

ском праву ненаследива. Може се рећи да је ненаследивост значајна карактеристика законске дужности издржавања разведеног супружника. Она је чини специфичном и довољно различитом од немачке установе издржавања, француске установе компензаторне престације и аустријске установе издржавања. Како је већ речено, у немачком и француском праву установа издржавања је наследива, у аустријском праву такође, уз изузетак од принципа наследивости.

Полазећи од одређења руског законодавца, а под претпоставком да наступи смрт супружника дужника издржавања, супружник поверилац издржавања неће имати право да од наследника оставиоца потражује издржавање. Може се рећи да је такав приступ у нормативном обликовању супружанског издржавања после развода брака у директној супротности са принципом социјалне одговорности, о коме је овде било речи. Међутим, таквом закључку нема места. Зашто?

Одговор на постављено питање проналазимо у одредбама о наслеђивању из Грађанског законика Руске Федерације (ГКРФ).⁶¹ Одредбом чл. 1148, ст. 1 ГКРФ, предвиђено је да сродници као потенцијални законски наследници наведени у чл. 1143–1145 ГКРФ који су радно неспособни на дан отварања наслеђа, а који не улазе у круг наследника који се, у конкретном случају, позивају на наслеђе, наслеђују на основу закона заједно и равноправно са наследницима тог наследног реда. Услов је да их је оставилац издржавао најмање годину дана пре своје смрти, независно од тога да ли су живели са оставиоцем или нису.⁶²

Осим тога, право наслеђивања припада и било ком лицу које није сродник оставиоца, а које је радно неспособно, под условом да је живело заједно са оставиоцем и да га је оставилац издржавао најмање годину дана пре оставиоцеве смрти.⁶³ Истим чланом је нормирано да уколико оставилац нема ниједног од законских наследника из чл. 1142–1145 ГКРФ, субјекти из чл. 1148, ст. 2 ГКРФ наслеђују у осмом наследном реду целокупну заоставштину оставиоца.⁶⁴

Полазећи од цитиране нормативне конструкције, може се закључити да је руски законодавац оставио довољно маневарског простора да једно лице, које притом није у сродничкој вези са оставиоцем, конку-

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, чл. 1148, ст. 1.

⁶³ ГКРФ, чл. 1148, ст. 2.

⁶⁴ ГКРФ, чл. 1148, ст. 3.

рише на наслеђе. Тако је и у случају разведеног брачног друга. Иако из дословног тумачења слова ГКРФ произлази да разведени супружник нема право на наслеђивање (Реутов 2009, 124), ипак се он може позвати на одредбе чл. 1148, ст. 2 ГКРФ и конкурисати на наслеђе уколико испуњава услове прописане том одредбом. Све и да постоји пресуда којом је брак разведен а један од супружника обавезан на издржавање, супружник поверилац издржавања може конкурисати на наслеђе, под условом да је након развода брака поновно успостављена и заједница живота са оставиоцем, што је, практично посматрано, могуће. У таквом случају, разведени супружник ће конкурисати на наслеђе по основу чињенице издржавања и вођења заједничког живота са оставиоцем.

Отуда се може закључити да иако у руском праву није директно обезбеђена егзистенцијална сигурност бившег супружника повериоца издржавања за случај смрти супружника дужника издржавања, наследноправна регулатива Руске Федерације ипак оставља довољно простора да у појединим животним ситуацијама и разведени брачни друг, уколико испуњава услове прописане ГКРФ, конкурише на наслеђе бившег супружника дужника издржавања.

6. СРПСКО ПРАВО

6.1. У основним цртама о супружанском издржавању после развода брака

Супружанско издржавање после развода брака у немачком, француском, аустријском и руском праву, како је већ речено, регулисано је законским одредбама које су систематизоване и, по правилу, обједињене под једним насловом. Српски законодавац, међутим, супружанско издржавање после развода и поништаја брака није регулисао у оквиру посебног поднасловова. Стога се о правном уређењу супружанског издржавања после развода брака може говорити на основу појединих одредаба Породичног закона Републике Србије (ПЗ).⁶⁵

На основу њихове анализе, може се закључити да не постоје посебни критеријуми, а ни мерила која ће суд узети у разматрање приликом оцењивања основаности захтева за издржавање и утврђивања висине издржавања. Такво стање ствари упућује на то да ће се у поступцима

⁶⁵ Породични закон, *Службени гласник РС* 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015, чл. 151, ст. 1, чл. 163, ст. 2, чл. 167, ст. 3, чл. 279, ст. 2 и ст. 3.

поводом захтева за издржавање бившег супружника примењивати критеријуми који су прописани за издржавање супружника за време трајања брака. Законом одређени критеријуми примењиваће се *mutatis mutandis* (Драшкић 2005, 373).

Према слову ПЗ, право на издржавање има супружник који нема довољно средстава за издржавања, при чему је неспособан за рад или је незапослен, сразмерно могућностима другог супружника. Законом је, такође, одређено да нема право на издржавање супружник који је у време склапања ништавог или рушљивог брака знао за узрок ништавости односно рушљивости. Осим тога, одређено је и да право на издржавање нема супружник ако би прихватио његовог захтева за издржавање представљало очигледну неправду за другог супружника.⁶⁶

Из прилично систематичне законске одредбе о супружанском издржавању произлази да бивши супружник може остварити право на издржавање од другог супружника само у случају када су испуњени сви услови прописани законом. Један од услова је, како је већ речено, да супружник који претендује на издржавање нема довољно средстава за издржавање. Чини се да је законодавац био прилично јасан приликом дефинисања тог објективног критеријума. Будући да је употребио појмовну конструкцију „нема довољно средстава за издржавање“, може се закључити да је услов немања средстава испуњен и у случају када супружник поверилац издржавања нема никаквих средстава и у случају када има средства, али она нису довољна за издржавање.⁶⁷

Осим споменутог критеријума, законодавац прописује да је потребно да је супружник који захтева издржавање неспособан за рад или да је незапослен. Када је у питању неспособност за рад, у правној теорији је изнето гледиште да је неспособан за рад супружник који услед болести, инвалидности или старости није у могућности да обавља послове којима се остварују приходи (Драшкић 2005, 366). У судској пракси је конкретизован и појам радне неспособности и утврђено је да радна неспособност постоји, примера ради, у случају када је здравље супружника који захтева издржавање нарушено те је супружник онемогућен да

⁶⁶ ПЗ, чл. 151.

⁶⁷ У том правцу видети и пресуде Врховног касационог суда Србије: Рев. 101/17 од 25. јануара 2017. и Рев. 2052/18 од 29. марта 2018, <http://www.propisi.net>, последњи приступ 27. јула 2021.

зарађује средства неопходна за издржавање,⁶⁸ у случају да супружник повериоца издржавања има већи број хроничних обољења⁶⁹, али и у случају када постоји потпуна неспособност за рад.⁷⁰

Када је супружник који захтева издржавање незапослен, законодавац је употребио правни стандард и његову конкретизацију оставио судовима. У правној теорији се говори о незапослености као правном стандарду који подразумева, непостојање запослења према објективним и конкретним приликама у одређеној животной средини, али, с друге стране, и одговарајуће настојање повериоца издржавања да дође до запослења (Драшкић 2005, 366). У судској пракси инсистира на томе да у погледу запослења супружник који захтева издржавања мора бити активан и настојати да радом стекне средства неопходна за издржавање,⁷¹ а да супружник коме су права и обавезе из радног односа мировала мора доказати да су постојале непремостиве препреке да се радноправни статус активира радом.⁷² Осим тога, истиче се да није довољно да се супружник који захтева издржавање налази на евиденцији Националне службе за запошљавање већ се указује на то да је супружник дужан да обавља и привремене и повремене послове ради стицања средстава за егзистенцију.⁷³

Будући да је супружанско издржавање после развода брака законска дужност једног супружника да доприноси издржавању другог супружника који нема довољно средстава за обезбеђивање егзистенције, разумљиво је одређење законодавца да ће се приликом одлучивања о захтеву за издржавање водити рачуна о могућностима дужника издржавања.⁷⁴ Такође, апсолутно је прихватљива и одредба да ће супружник дужник издржавања бити ослобођен дужности издржавања уколико би прихватање захтева за издржавање супружника повериоца

⁶⁸ Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 3054/17 од 18. јануара 2018; Рев. 860/17 од 4. маја 2017, <http://www.propisi.net>, последњи приступ 27. јула 2021.

⁶⁹ Пресуда Апелационог суда у Нишу, Гж2. 266/16 од 16. јуна 2016, <http://www.propisi.net>, последњи приступ 27. јула 2021.

⁷⁰ Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 2381/15 од 29. децембра 2015, <http://www.propisi.net>, последњи приступ 27. јула 2021.

⁷¹ Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 1497/17 од 12. јула 2017, <http://www.propisi.net>, последњи приступ 27. јула 2021.

⁷² Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 5326/18 од 29. новембра 2018, <http://www.propisi.net>, последњи приступ 27. јула 2021.

⁷³ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж2. 113/11 од 23. фебруара 2011, <http://www.propisi.net>, последњи приступ 27. јула 2021.

⁷⁴ У том правцу вид. Пресуду Врховног касационог суда, Рев. 506/14 од 3. јула 2015, <http://www.propisi.net>, последњи приступ 27. јула 2021.

издржавања представљало очигледну неправду. У правној теорији, очигледна неправда је квалификована као правни стандард (Драшкић 2005, 366) и указано је на то да постојање околности због којих суд може одбити тужбени захтев суд неће испитивати по службеној дужности већ само уколико на те околности укаже супружник дужник издржавања (Бабић 2014, 371).

Иако се, несумњиво, *ratio legis* одредаба о супружанском издржавању после развода или поништаја брака огледа у егзистенцијалном ојачењу супружника који нема довољно средстава за издржавање, ипак се може рећи да је остваривање такве помоћи могуће само под велом правичности. У супротном, право на издржавање би се преобразило у једно неправдо, што би било појединачно, али и друштвено неприхватљиво. Стога је правни стандард очигледна неправда конкретизован и примењен у судској пракси.⁷⁵ Треба споменути и да су одредбама ПЗ регулисани и начин одређивања издржавања,⁷⁶ висина издржавања,⁷⁷ трајање издржавања,⁷⁸ промена висине издржавања⁷⁹ и поступак за остваривање права на издржавање.⁸⁰

У породичноправној теорији, издржавање разведеног брачног друга квалификовано је као „привремена помоћ на путу осамостаљивања и подстицања сопствених могућности повериоца издржавања“ (Драшкић 2005, 375) и истакнуто је да је „издржавање право које се остварује само у прелазном периоду“ (Ковачек Станић 2002, 106). Сматрамо да у српском праву у основи супружанског издржавања стоји постбрачна солидарност, да је у питању законска дужност алиментације, која представља адекватан одговор законодавца на потребе које су створене браком, а о којима се на несумњив начин говори у чл. 279 ПЗ.

⁷⁵ Пресуда Врховног Касационог суда, Рев. 1616/17 од 7. септембра 2017, <http://www.propisi.net>, последњи приступ 27. јула 2021; Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 2. 477/10 од 20. септембра 2010, <http://www.propisi.net>, последњи приступ 27. јула 2021.

⁷⁶ ПЗ, чл. 161.

⁷⁷ ПЗ, чл. 162.

⁷⁸ ПЗ, чл. 163.

⁷⁹ ПЗ, чл. 164.

⁸⁰ ПЗ, чл. 279.

6.2. Ненаследивост законске дужности издржавања разведеног супружника – постбрачна солидарност и егзистенцијална сигурност под знаком питања

Под посебним поднасловом „Престанак издржавања“, српски законодавац дефинише случајеве чијим наступањем долази до престанка законске дужности издржавања.⁸¹ Према одређењу законодавца, законска дужност издржавања, између осталог, престаје и у случају смрти повериоца или дужника издржавања.⁸² На тај начин је законска дужност издржавања учињена ненаследивом. Такво решење се чини логичним када је у питању смрт повериоца издржавања, имајући у виду да су његовом смрћу престале и претпоставке од којих зависи издржавање.

Међутим, решење се не чини логичним, а ни правичним у случају када наступи смрт дужника издржавања. Најпре, морамо кренути од чињенице да и у моменту смрти дужника издржавања, на страни супружника повериоца издржавања постоје претпоставке од којих зависи законска дужност издржавања. Друго, о захтеву за издржавање супружника, како је већ речено, суд одлучује узимајући у обзир могућности супружника дужника издржавања, као одлучујући и довољан, уз лична својства дужника издржавања. Суд неће моћи да обавезе супружника дужника на издржавање уколико он нема могућности за издржавање. Дакле, треба уочити да је остваривање права на издржавање супружника после развода брака у директној вези са могућностима другог супружника, а не са његовим личним својствима. Чини се да одређење законописца из чл. 151 ПЗ иде управо у том смеру, у супротном, оцена материјалних могућности не само да не би имала смисла у судском поступку већ би и у законском тексту представљала упечатљиви вишак.

Може се рећи да пометњу у правној квалификацији законске дужности издржавања разведеног супружника уносе одредбе о престанку издржавања, имајући у виду да ненаследивост законске дужности издржавања директно говори у прилог томе да је законска дужност издржавања *intuitu personae*. Имајући у виду такво стање ствари, може се закључити да будући да законска дужност издржавања разведеног супружника престаје у случају смрти дужника издржавања, онда и само право из чл. 151 ПЗ губи значај. Такође, урушава се и постбрачна солидарност која стоји у темељу супружанског издржавања после развода брака и занемарује се чињеница да супружанско издржавање

⁸¹ ПЗ, чл. 167.

⁸² ПЗ, чл. 167, ст. 1, тач. 2.

после развода брака има основа у реалним, а не имагинарним потребама створеним браком, које постоје и у тренутку делације супружника дужника издржавања.

Осим тога, разведени супружник неће моћи да оствари егзистенцијални минимум ни под окриљем наследноправне регулативе јер у српском праву издржавање није правнорелевантна чињеница, која може одлучујуће да утиче на конструкцију законског наследног реда. Осим тога, српски законодаписац не предвиђа, примера ради, право на издржавање из заоставштине у корист разведеног брачног друга.⁸³

Чињеница је да разведени брачни друг, од 1. јануара 2020. године, има право на породичну пензију уколико је осигураник, односно корисник права био обавезан судском одлуком на издржавање.⁸⁴ Међутим, морамо имати у виду да ће разведени супружник моћи да оствари право на породичну пензију само под условом да је супружник дужник издржавања био осигураник у трајању од најмање пет година, или је испунио услове за старосну, превремену старосну или инвалидску пензију, или је био корисник старосне, превремене старосне или инвалидске пензије.⁸⁵ У случају да супружник дужник издржавања нема стаж осигурања од најмање пет година, разведени супружник неће моћи да оствари право на породичну пензију, без обзира на то што постоји правноснажна и извршна пресуда о издржавању.

У таквој ситуацији, разведени супружник поверилац издржавања може конкурисати за социјалну помоћ државе. Одредбама Закона о социјалној заштити Републике Србије предвиђено је да сваки појединац и породица којима је неопходна друштвена помоћ и подршка у савладавању социјалних и животних тешкоћа и стварању услова за задовољење основних животних потреба имају право на социјалну заштиту, у складу са законом. Права на социјалну заштиту обезбеђују се пружањем услуга социјалне заштите и материјалном подршком.⁸⁶ Све и да испуни услове прописане законом,⁸⁷ поставља се питање да ли ће

⁸³ Закон о наслеђивању, *Службени гласник РС* 46/95, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015.

⁸⁴ Закона о пензијском и инвалидском осигурању – ЗоПИО, *Службени гласник РС* 34/2003, 64/2004 – одлука УСРС, 84/2004 – др. закон, 85/2005, 101/2005 – др. закон, 63/2006 – одлука УСРС, 5/2009, 107/2009, 101/2010, 93/2012, 62/2013, 108/2013, 75/2014, 142/2014, 73/2018, 46/2019 – одлука УС, 86/2019 и 62/2021, чл. 28, ст. 1, тач. 1 и ст. 3.

⁸⁵ ЗоПИО, чл. 27.

⁸⁶ Закона о социјалној заштити, *Службени гласник РС* 24/2011, чл. 4.

⁸⁷ Закона о социјалној заштити, чл. 83, чл. 84, чл. 85.

разведени супружник остварити минимум егзистенцијалне сигурности ако имамо у виду да износ социјалне помоћи у Републици Србији износи 8.626,00 динара,⁸⁸ а примера ради, има сроднике у смислу чл. 166, ст. 2 ПЗ, али од њих не може захтевати издржавање јер, како је у породичноправној теорији примећено, „круг лица која се могу појавити као дужници издржавања, у односу на своје крвне сроднике, не поклапа се увек са кругом лица који могу бити наследници својих крвних сродника“ (Драшкић 2005, 362).

Сматрамо да се за наочиглед безизлазну егзистенцијалну ситуацију разведеног супружника повериоца издржавања после смрти супружника дужника издржавања може наћи решење. Пред српским законодавцем стоји неколико опција: измена породичноправне регулативе, која би подразумевала одступање од ненаследивости законске дужности издржавања и прописивање да законска дужност издржавања разведеног супружника прелази на наследнике дужника издржавања као наследна обавеза; или допуна наследноправне регулативе тако да се разведеном супружнику признава право на издржавање из заоставштине оставиоца (Ђокић 2020, 341); или већа државна издвајања на име социјалне помоћи.

Према нашем мишљењу, терет обезбеђивања егзистенцијално незбринутих субјеката, колико је то могуће, треба подједнако расподелити између појединца и породице, с једне стране, и друштва, односно државе, с друге стране. Стога би, за почетак, био логичан потез законодавца у правцу измена породичне или наследноправне регулативе, које би у будућности, уз подразумеван раст износа социјалне помоћи, свакако допринеле постизању минимума егзистенцијалне сигурности разведеног супружника. Такође, треба имати у виду да једностран захват законодавца којим би одговорност за егзистенцијално обезбеђење тих лица пребацено са појединца и породице на државу или са државе на појединца и породицу није модел који је прихваћен у савременим правним системима. Како је већ речено, у савременим правним системима о којима је у овом раду било речи егзистенцијални минимум разведеног супружника повериоца издржавања обезбеђује се садејством механизма предвиђених приватноправном и јавноправном регулативом.

⁸⁸ Решење о номиналним износима новчане социјалне помоћи, *Службени гласник РС* 126/20, <http://www.pravno-informacioni-sistem.rs/SlGlasnikPortal/eli/rep/sgrs/ministarstva/resenje/2020/126/1>, последњи приступ 27. јула 2021.

7. ЗАКЉУЧАК

Супружанско издржавање после развода брака је, без сумње, редовна појава у савременим европским правним системима. Може се рећи да су правна правила којима се уређује издржавање између бивших супружника последица константних еволутивних промена које су се дешавале на нивоу породице. Одредбе о супружанском издржавању после развода брака у савременим европским правним системима нису истоветне правне конструкције. Свака од њих има свој спецификум. Ипак, може се рећи да оне имају исте или сличне функције. Оне се огледају у егзистенцијалном збрињавању разведеног супружника, обештећењу разведеног супружника или обезбеђивању средстава за одржавање оних животних услова који су постојали у браку.

Такође, може се рећи да је у темеље одредаба о супружанском издржавању после развода брака уграђена постбрачна солидарност. Осим тога, извесно је да супружанско издржавање после развода брака има основ у потребама створеним у браку. Нема сумње, терет обезбеђења социјалне сигурности разведеног супружника у савременим правним системима подељен је између појединца и породице, с једне стране, и државе, с друге стране. Ово због тога што се правне норме којима се уређује супружанско издржавање после развода брака и, примера ради, одредбе о својини, наслеђивању и социјалним давањима међусобно не искључују него допуњују.

На примеру немачке, француске, аустријске, руске и српске породичноправне регулативе видимо различит приступ правном уређењу питања наслеђивања законске дужности издржавања. Немачки и француски законодавац прописују да је законска дужност издржавања разведеног супружника наследива. Аустријски законодавац предвиђа једно оригинално решење, према коме је законска дужност издржавања разведеног супружника у једним случајевима наследива, а у другима ненаследива. Руски и српски законодавац прописују да се законска дужност издржавања, између осталих, и разведеног супружника, гаси смрћу дужника издржавања.

Може се рећи да су решења немачког, француског и аустријског законодавца у већој мери у функцији обезбеђења континуитета у породичноправној заштити разведеног супружника повериоца издржавања. Такође, у већој мери доприносе његовој социјалној сигурности. Будући да у Републици Србији, постбрачна солидарност и социјална сигурност разведеног супружника повериоца издржавања могу бити доведене под знак питања, чини се да би српски законодавац у будућности требало да начини нормативни захват у правцу измене породичноправне

регулативе. Могућа је, како је већ речено, и допуна наследноправне регулативе. Такође, прихватљиво је и повећање износа на име социјалне помоћи. Сматрамо да терет обезбеђења социјалне сигурности разведеног супружника ипак треба да буде подељен између појединца и породице, с једне стране, и државе, с друге стране. Данас је такав модел обезбеђења социјалне сигурности разведеног супружника, нема сумње, примењен у већем броју европских правних система.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Бабић, Илија. 2014. *Коментар Породичног закона, према стању законодавства од 1. фебруара 2012. године*. Београд: Службени гласник.
- [2] Deixler-Hübner, Astrid. 2015. *Handbuch Familienrecht*. Wien: Linde Verlag.
- [3] Драшкић, Марија. 2005. *Породично право и права детета*. Београд: Чигоја штампа.
- [4] Ђокић, Ивана. 2020. *Наследноправна сингуларна сукцесија на основу закона*, докторска дисертација, Ниш.
- [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 РoSMY: 84–90. [Khlystov, A. Pavel. 15/2019. *Alimentnye obiazatel'stva suprugov i byvshikh suprugov v sisteme pravovogo regulirovaniâ alimentnykh obiazatel'stv chlenov sem'i*. Uchenye zapiski Tambovskogo otdeleniâ RoSMU: 84–90]
- [9] Королев, А. Юрий. 2003. *Комментарий к семейному кодексу Российской Федерации (постатейный)*. г. Раменское (Моск. обл.): Юстицинформ. [Korolev, A. Ÿuriĭ. 2003. *Kommentariĭ k semeĭnomu kodeksu Rossiĭskoĭ Federatsii (postateĭnyi)*. g. Ramenskoe (Mosk. obl.): ŸustitiŸinform]

- [10] Ковачек Станић, Гордана. 2002. *Упоредно породично право*. Нови Сад: Правни факултет.
- [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 Europäischen 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. Tatĭana. 9/2015. Alimentnyye obĭazatel'stva suprugov i byvshikh suprugov. *Ogarĕv-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'ĭa, Ravil'evich Z. Rakhmatulin. 1/2015. Alimentnyye

pravootkosheniia byvshikh suprugov i drugikh chlenov semei. *Épokha nauki*, Nauchnyi zhurnal na temu: Estestvennye i tochnye nauki, Tekhnika i tekhnologii, Sel'skokhoziáistvennye nauki, Sotsial'nye nauki, Gumanitarnye nauki: 123–126]

[22] Стојановић, Наташа. 10/2005. Наследноправна сингуларна сукцесија на основу закона. *Правни живот* 2: 665–682.

[23] Стојановић, Наташа. 2011. *Наследно право*, Ниш: Правни факултет.

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.

Др Душан С. РАКИТИЋ*

**О ПОРЕКЛУ ОБАВЕЗНОГ БЛАГОСЛОВА ЗА ИЗБОР
ПРОФЕСОРА БОГОСЛОВСКИХ ФАКУЛТЕТА –
НАЦИОНАЛНИ И УПОРЕДНИ ПЛАН**

Заштита аутономије универзитета у повоју, признање професорског звања и важења стечених диплома, што је све током историје пружила црква, били су кључни за развој универзитета у првим вековима, када су стицани углед и утицај које су универзитети задржали до данас. Под-ршка цркве је била незаменљива за афирмацију универзалне вредности високошколског образовања, академске слободе и академских стандарда. Конфесионална теологија, захваљујући ауторитету високошколског образовања у савременом друштву, стеченом и изграђиваном током десет векова, пресудно утиче на идентитет, доктрину и перцепцију одређене конфесије, због чега је неопходно да се обезбеди право цркве да тај утицај држи у границама свог самоодређења. Избор професора теологије представља за одређене конфесије, односно деноминације, незаменљив начин остваривања тог права. У таквим случајевима је право на верско самоодређење цркве оквир у коме је могуће остварити аутономију универзитета у домену конфесионалних теолошких студија. Непостојање права цркве да утиче на избор професора теологије значи-ло би негирање њеног права на самоодређење.

Кључне речи: *Licentia docendi. – Mandatum. – Nihil obstat. – Верско самоодређење. – Аутономија универзитета.*

* Доцент, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, drakitic@ius.bg.ac.rs.

1. УВОД

Универзитети су настали у Европи у средњем веку у окриљу хришћанске цркве. У њиховом средњовековном темељу, у институционалном смислу, стоје услови за стицање звања професора: испрва само дозвола цркве, а убрзо након тога и прихватање у заједницу професора. Десет векова од тада, многи односи у друштву су промењени, али су исти хришћанска црква,¹ многи од ондашњих универзитета, а умногоме су исте вредности и стремљења савремене заједнице европских народа. Дозвола цркве за наставу на универзитету опстала је само у погледу наставе теологије, с тим што њена примена, као ни разумевање њене оправданости, нису универзални. То питање досеже до средњовековних појмовних темеља савремених установа, а простире се кроз домене националне и европске правне традиције, црквено-државног и уставног права, људских права, универзитетске аутономије и радног права. У академској заједници Србије последњих година је изражена супротстављеност мишљења о оправданости и/или дозвољености обавезног црквеног благослова за професоре теологије. Овај рад је покушај да се омогући разумевање порекла тог института, његове судбине на упоредном плану, у европској академској традицији и на плану националне правне традиције.

Након увода, у другом делу рада сагледан је настанак универзитета у Европи у средњем веку и значај који су за ту појаву имали подршка, заштита и признање цркве, а посебно институт *licentia ubique docendi*, који се заснивао на ауторитету цркве, односно папе. Одговарајуће одредбе права Римокатоличке цркве, у дијахроној перспективи од средњег века до данас, предмет су трећег дела рада, док су у четвртном делу размотрени одређени карактеристични примери националних правних традиција, односно начин на који је у тим правима настало савремено уређење питања које је предмет овог рада. У петом делу су анализирани основни елементи савременог теолошког погледа Римокатоличке цркве на однос црквеног благослова за избор професора теологије са верском слободом, с једне стране, и академском слободом, то јест

¹ За потребе овог рада, појам црква, тј. хришћанска црква, употребљен без одређења деноминације, обухвата све хришћанске цркве које постоје вековима у Европи – православне цркве, Римокатоличку цркву и протестантске цркве. Таква употреба у контексту средњег века условљена је ставом да је у том периоду настало заједничко европско наслеђе у многим областима, укључујући и друштвену улогу хришћанске цркве. У случајевима када је одређење поједине од тих цркава, односно деноминација, значајно за предмет рада, по правилу у односу на појаве у XIX и XX веку, то је посебно наглашено.

аутономијом универзитета, с друге стране. У шестом, последњем аналитичком делу, сагледани су битни елементи националног историјско-правног контекста предметног института.

У вези са великим делом садржине овог рада важно је нагласити да су пракса, право и теолошки ставови Римокатоличке цркве значајни за анализу предмета овог рада на националном плану не само зато што је та црква у суштинском смислу традиционална у државама српског народа, а у формалном законском смислу и у савременој Србији, већ и зато што се право којим се уређује положај Српске православне цркве, као њено аутономно право, пракса и теолошки ставови у XX веку о предметном питању у битним аспектима поклапају са правом, праксом и теолошким ставовима Римокатоличке цркве.

2. НАСТАНАК УНИВЕРЗИТЕТА У ОКРИЉУ ЦРКВЕ

Настанак универзитета у средњем веку у Европи и хришћанска црква вишеструко су повезани, а улога цркве у тој појави је кључна. Црква је обезбедила институционални оквир за развој универзитета као засебних установа, као и за развој њихове аутономије. Статус професора и академски степени стечени на студијама важили су првенствено захваљујући признању цркве. Студије теологије су биле прва и најважнија дисциплина на универзитетима у северној Европи. Изван оквира детаљније анализе у овом поглављу остају многи начини на које је црква омогућила настанак и раст универзитета – новчана подршка предавача и студената, ослобођење од црквених дужности за време студија, ограничење закупнина станова у градовима у којима су била седишта универзитета, ослобођење од локалних дажбина, изузимање из надлежности локалних црквених и градских судова и установљење аутономне судске надлежности и др. (Post, Courtenay 2017, 173; Kivinen, Poikus 2006, 194–195). Првенствени разлог доделе привилегија универзитетима, који се наводи у свим папским повељама, било је изучавање праве вере (Kivinen, Poikus 2006, 199).

2.1. Настанак универзитета – институционални аспекти и појам

За настанак универзитета у Европи по правилу се као временска одредница наводи период од друге половине XI до прве половине XIII века, када су настали универзитети у Болоњи, Паризу, Оксфорду

и Монпељеу.² Тачно одређење тренутка настанка универзитета као установе није једнозначно, будући да су поједини универзитети настајали спонтано, израстајући из школа при катедралним црквама, односно при професионалним удружењима (Rashdall 1929, 566; Kivinen, Poikus 2006, 189). Због тога датирање зависи од усвојеног мерила за утврђивање тренутка настанка установе. До краја XII века постало је општеприхваћено да су медицина, право и теологија дисциплине вишег реда у односу на остале дисциплине које су изучаване (Luscombe 2004, 486), пре свега у односу на „слободне вештине“.

Хејстингс Решдал, велики ауторитет за историју средњовековних универзитета, указао је на то да су се први универзитети разликовали по квалитету институционалне везе са црквом: док је универзитет у Паризу израстао из школе при катедрали, тако да су се студенти и професори сматрали клирицима, универзитет у Болоњи је имао лаичку, еснафску природу, али је био под надзором цркве (Rashdall 1929, 559–560). Универзитети у Паризу и Оксфорду развили су се као *universitates magistrorum*, као заједнице професора, док је Болоња била *universitas scholarium*, заједница студената (Rashdall 1929, 561, 580). Те разлике су пружиле основ ауторима, као што је Решдал, да препознају два основна типа универзитета у средњем веку: оних на северу Европе, који су се угледали на париски, и универзитета на југу Европе, који су следили модел болоњског (Rashdall 1929, 561). Без обзира на разлике, први велики образовни центри – Париз, Болоња, Монпеље, Салерно и Оксфорд, већ су од XII века, пре него што се може рећи да су били уобличени као универзитети у данашњем смислу тог појма, означавани одредницом *studium generale*, која је испрва значила да на њима могу студирати студенти из свих земаља, а не само припадници локалне политичке заједнице или епископије. Временом је изграђено схватање да *studium generale* мора обухватати факултет бар једне од поменутих „виших“ дисциплина, а свештенству је дозвољено да одсуствује од црквених дужности искључиво ради учења на неком од *studia generalia*. Према Решдаловом мишљењу, поклапање појмова *studium generale* и универзитета студената, односно предавача, догодило се постепено и спонтано (Rashdall 1929, 561, 586–587, 591).

² Постоје добри разлози да се најстаријим сматра универзитет у Константинопољу – Πανδιδακτήριον, који је настао далеко раније. Одмеравање тих разлога, међутим, представљало би велико одступање од циља овог рада, а не би донело значајнију добробит, будући да се та установа по начину настанка и природи битно разликовала од поменутих универзитета на западу Европе, као и зато што је престала да постоји падом Римског царства, тако да је њен утицај на савремено разумевање питања која су предмет овог рада посредан, управо посредством неких од поменутих универзитета на западу.

Развој универзитета и срастање појмова универзитета и *studium generale* престали су да буду спонтани процеси од треће деценије XIII века, када су и цареви и папе, као носиоци универзалне власти, почели да оснивају нове и да признају постојеће универзитете повељама (булама) које су издавали. Таквим актима оснивања, односно признања, универзитетима је изричито признаван статус *studium generale*, као и право да додељују звања која подразумевају универзално важећу дозволу подучавања одговарајуће дисциплине, без било каквог другог испита (Rashdall 1929, 591). На тај начин се до краја XIII века учврстило схватање да је *studium generale* само она образовна установа која на основу папске или царске повеље, или обичаја, има право да издаје звања која подразумевају *ius docendi hic et ubique terrarum* (Rashdall 1929, 592; Kivinen, Poikus 2006, 191). Универзитети у Паризу и Болоњи су 1292. године добили папско признање, које су сами били затражили без обзира на своју древност и углед (Kivinen, Poikus 2006, 191), док је статус универзитета у Оксфорду као *studium generale ex consuetudine* према Решдаловом мишљењу био неспоран (Rashdall 1929, 592). Хескинс је, међутим, указао на најмање три неуспешна покушаја – бискупа Линколна, бискупа Карлајла и енглеског краља – да издејствују од папе одговарајућу булу за Оксфорд, закључујући да је у то време „практично сваки европски универзитет, без обзира на то да ли је био новооснован или стар, сматрао крајње важним, ако не и суштински важним, да обезбеди папску булу којом би му било признато *ius ubique docendi*“ (Haskins 1941, 283).

Уобличавање и признање субјективитета универзитета текли су постепено. Могуће је издвојити карактеристичне кораке које је на том путу учинио универзитет у Паризу: краљевском повељом из 1200. гарантоване су одређене привилегије студентима по персоналном начелу, не самој установи; папским повељама из 1209. године универзитету је дозвољено да изабере прокуратора, који ће га заступати у правним пословима; до средине XIII века универзитет је уобличен као савез четири „факултета“ – теологије, канонског права, медицине и слободних вештина (Rashdall 1929, 567–569). Могуће је издвојити велики број примера спонтаности процеса уобличавања првих универзитета. О сложеним односима између еснафа предавача, студената, локалних црквених и градских власти говори и околност да је у првој половини XIII века универзитет у Паризу често заобилазио канцелара катедрале Нотр Дам, обраћајући се за издавање дозвола за подучавање опату самостана Св. Женевјеве у Паризу (Verger 2010, 22). Универзитет у Кејмбриџу основали су 1209. године чланови универзитета у Оксфорду који су побегли од прогона грађана Оксфорда којем су били изложени клирици, док су универзитет у Падови 1222. године основали студенти

који су напустили Болоњу, незадовољни настојањем градских власти да ограниче аутономију универзитета (Rashdall 1929, 588, 593; Landau 2008, 127).

Према Решдаловом мишљењу, два „универзитета студената“ у Болоњи – један који су чинили студенти „од преко планина“ (*Universitas Ultramontanorum*) и други састављен од студената „с ове стране планина“ (*Universitas Citramontanorum*) – уобличена су у последњој деценији XII века, док Кларк тај догађај смешта у XIII век. Док су студенти били странци за Болоњу као политичку заједницу, наставници су били њени грађани, плаћени од студената, подложни дисциплинској одговорности и строгом надзору студентских тела, али и самостални у одлучивању о пријему нових наставника у своје редове (Rashdall 1929, 580–583; Clark 1987, 684–685; Janin 2008, 56). Болоњски „универзитети студената“ сами су бирали своје студенте-ректоре, а то право су сачували од претензија градских власти захваљујући заштити папā (Landau 2004, 127). Сви други италијански универзитети, без обзира на то што су настали по моделу болоњског, имали су надлежног бискупа за канцелара (Rashdall 1929, 593–594).

За разлику од Париза, у Оксфорду није било катедралне цркве, тако да није било ни непосредно надлежне локалне црквене власти која би од самог настанка универзитета полагала право да даје дозволе за подучавање или на друге врсте надлежности у односу на студенте и наставнике. Међутим, како је указао Решдал, из једне наредбе папског легата из 1209. године види се да су чланови универзитета у Оксфорду стављени под заштиту канцелара у односу на грађане Оксфорда (Rashdall 1929, 588). Канцелара су бирали предавачи на универзитету уз сагласност бискупа и он је свој ауторитет заснивао на бискуповом. Од средине XIV века оксфордски канцелар се осамосталио од утицаја бискупа, а низом папских и краљевских повеља добио је надлежност у грађанским, духовним и кривичним стварима, и то не само у односу на чланове универзитета већ и на грађане Оксфорда (Rashdall 1929, 589).

У прва три века од појаве универзитета, признање привилегија и важења диплома постојећих и оснивање нових универзитета папе су предузимале у далеко већој мери од световних владара. На основу истраживања у којем су испитали преко две стотине оснивачких аката универзитета, донетих од 1234. године до краја XX века, Кивинен и Поикус су указали на чињеницу да међу више десетина универзитета основаних у XIII, XIV и XV веку, у XIII веку је само универзитет у Напуљу основао световни владар, цар Фридрих II 1224. године, док су XIV и XV веку световни владари основали само четири универзитета, од којих су најмање два добила и папске потврде (Kivinen, Poikus 2006,

191–192). Притом, само су у повељама папа и царева из XIII века, као и појединим из XIV и с почетка XV века, изричито навођене признате привилегије, док су у осталим повељама из тог периода и у каснијим таквим повељама изричито навођени само *licentia ubique docendi* и упућивање на привилегије признате неком другом универзитету на основу раније издате повеље (Kivinen, Poikus 2006, 193–194). Та чињеница потврђује утемељујући значај који су први европски универзитети имали за стварање и уједначавање свеевропског разумевања појма универзитета као установе, њене природе и основних предуслова за њено постојање.

2.2. *Licentia ubique docendi* и друге академске титуле

У секуларним средњовековним школама, које су постојале у вековима који су претходили појави универзитета, развио се обичај да великодостојник којег именује црква (*scholasticus, cancellarius*) додељује дозволу за подучавање (*licentia docendi*) онима који у школи стекну одговарајуће знање. На Трећем латеранском сабору, 1179. године, проглашена је забрана наплаћивања накнаде за такву дозволу, о чему ће детаљније бити речи у трећем делу овог рада. Решдал сматра да је управо еснафско удруживање носилаца дозвола за подучавање у појединим градовима, који су поседовали неку од испрва међусобно једнаких титула мастера, доктора или професора, било предуслов за спонтано стварање првих универзитета. Други елемент је био чин пријема у заједницу предавача, то јест додела степена мастера или доктора, што је било аналогно пријему у било који други еснаф, односно у витешки ред. Када су универзитети оформљени, тај чин се састојао у посебном испиту, који је администрирао по правилу ректор, као аутономни орган заједнице предавача (Rashdall 1929, 562–564). Према Решдаловом мишљењу, под утицајем примера париског универзитета, папском булом је признато право архиђакону катедрале у Болоњи да издаје дозволе за подучавање, што је у суштини била само формалност, будући да је дозвола могла да буде додељена тек након успешног полагања испита пред докторима, односно предавачима на универзитету (Rashdall 1929, 580; Landau 2008, 127). У терминологији универзитета у Болоњи разликовали су се *examen privatum*, који је представљао стварно испитивање знања од предавача и који је био предуслов за стицање *licentia ubique docendi*, и *examen publicum*, на основу кога се стицало звање доктора и статус предавача на том универзитету, који је био јавна свечаност, која се одржавала о трошку кандидата и зависила је од воље већине предавача тог универзитета, односно факултета (Brundage 2008, 259–261).

Слично томе, спор између канцелара катедрале Нотр Дам и париског универзитета решио је папа почетком XIII века, тако што је канцелар морао да додели *licentia ubique docendi* свим кандидатима које предложи већина наставника једног од виших факултета (теологије, права и медицине), односно најмање шест наставника факултета слободних вештина (Clark 1987, 703).

Право доделе звања које подразумева дозволу подучавања одговарајуће дисциплине (*licentia docendi*) први универзитети су, дакле, стекли на основу обичаја, а значај тог права проистицао је из угледа који су ти универзитети стекли својом делатношћу. У претходном поглављу је описано како је углед првих универзитета утицао на то да и папе и цареви и други световни владари својим повељама почну изричито да признају *licentia ubique docendi*. У првој таквој папској були, издатој 1233. године у корист универзитета у Тулузу, поменута дозвола названа је *ubique regendi libera potestas* (Verger 2010, 19). Исти документ је садржао и квалификацију „без другог испита“ (*sine alia examinatione*), која је разрађена у папској були издатој у корист универзитета у Монпељеу из 1289. године: *absque examinatione vel approbatione* (Mingroot 1994, 187). *Licentia ubique docendi* је признавана папским булама о оснивању универзитета током скоро три века – од прве половине XIII до раног XVI века (Kivinen, Poikus 2006, 191).

Афирмација права римских папа да универзитетима признају привилегију додељивања диплома које подразумевају *ius ubique docendi*, како је приметио Верже, узроковала је да под црквену надлежност, али и заштиту, накнадним признањем те привилегије, дођу и универзитети који нису настали непосредно у окриљу цркве, као што су били универзитети у Болоњи и Монпељеу (Verger 2010, 19–20).

Верже је указао на амбивалентност права на давање *licentia ubique docendi*, заснованог преваходно на папским повељама: захваљујући том институту су до тада секуларни универзитети дошли у положај зависности од цркве, али је обезбеђена и универзитетска аутономија, будући да је предавачима дата аутономија да одређују потребно знање и одговарајући испит за стицање универзитетског звања (Verger 2010, 20–21). Према Постовом мишљењу, западноевропски универзитети су признали папу као извор свеукупне власти у домену високог образовања, будући да су на свим универзитетима канцелари, односно бискупи или архиђакони, издавали дипломе у име папа, који су на тај начин стандардизовали испите и академске степене стицане на универзитетима. Изузетак је био универзитет у Напуљу, који је основан 1224. године царском повељом и самим тим се ослањао на ауторитет цара (Post 2017, 117).

Појаву испита за доделу других академских степена, осим *licentia ubique docendi*, Верже је објаснио настојањем предавача на универзитетима да поступак напредовања у академским звањима ставе под сопствену контролу, насупрот утицају, па макар и формалном, који су имали канцелари, бискупи и архиђакони који су у име папа додељивали *licentia ubique docendi*. На тај начин су се, сматра тај аутор, појавили бакалауреат, као припремно звање за стицање дозволе за подучавање, и звање мастера или доктора, које је значило пријем у одређену заједницу универзитетских предавача, о чему је већ било речи. Услед развоја универзитета, *licentia ubique docendi* је, сама за себе, гарантовала право држања наставе само на школама изван састава универзитета. С друге стране, дозвола подучавања је у окриљу универзитета постала једна од диплома, којом је гарантован одређен ниво знања (Verger 2010, 23, 27; Clark 1987, 708–709).

2.3. Студије теологије на средњовековним универзитетима

По свој прилици као последица описане разлике у начину на који су настали универзитети у Паризу и Болоњи, у Паризу су се од почетка првенствено изучавале теологија и философија, док су у Болоњи дуго времена постојале само студије права и медицине, с ослонцем на сачувану традицију тих слободних професија у Италији из претходних векова. У Италији се теологија изучавала у школама при манастирима, а за признање академских степена кандидати су морали да иду у Париз или Оксфорд до XIV века, када је, услед раскола са папом у Авињону, римски папа основао теолошке факултете у Болоњи и на другим италијанским универзитетима (Rashdall 1929, 559–560, 585). Изузетно од поменутог обичаја, који се развио на признатим универзитетима, да колегијуми предавача сами администрирају испит за звање мастера, односно доктора, папе су за себе задржале право да проглашавају доделу звања мастера, односно доктора, припадницима, тада новооснованих, просјачких монашких редова (доминиканаца и фрањеваца) за област теологије (Verger 2010, 25). Чини се да вероватан разлог за тај изузетак лежи у чињеници да је испит за мастера, односно доктора, администриран од колегијума предавача, најчешће представљао значајно финансијско оптерећење за кандидата.

3. КАНОНСКО ПРАВО РИМОКАТОЛИЧКЕ ЦРКВЕ

3.1. *Corpus iuris canonici* – забрана тражења накнаде за *licentia docendi*

Из перспективе права Римокатоличке цркве, предуслов за учешће цркве у настанку и развоју универзитета у западној Европи, који је обележио XIII и XIV век, било је већ поменуто правило, усвојено на Трећем латеранском сабору 1179. године, којим је председавао папа Александар III, о забрани тражења и наплаћивања било какве накнаде за давање *licentia docendi*, под претњом губљења црквене службе и прихода, из разлога што онај који „продаје дозволу за подучавање, зарад пожуде душевне, спречава црквени напредак“.³ Истим правилом је уведена обавеза да се пружи подучавање свештенству и сиромашнима при свакој катедралној цркви.⁴

То правило је, по природи ствари, омогућило првим универзитетима, који су се уобичили у деценијама које су уследиле, да се развијају без оптерећења обавеза према локалним црквеним властима. Куамеов став да је друго лице тог правила било стварање монопола цркве на образовање, то јест да више нико није могао јавно да подучава без *licentia docendi* (Kouamé 2020, 30) не чини се оправданим, имајући у виду да је *licentia docendi* била широко распрострањена пре Трећег латеранског сабора, да је претходно током XII века била забрањивана њена препродаја (Rashdall 1929, 563) и да је управо потреба за увођењем забране њеног наплаћивања, односно продаје, сведочила о њеној важности.

³ „Pro licentia vero docendi nullus omnino pretium exigit, 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, 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 juris 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.

3.2. *Codex iuris canonici* из 1917. године

Corpus iuris canonici, збирка шест компилација општих правних аката Римокатоличке цркве, био је на снази од средњег века до 1918. године, када је ступио на снагу *Codex iuris canonici*, проглашен 1917. године (CIC 1917).⁵

О уређењу питања наставе на универзитету, укључујући и теологију, CIC 1917 је садржао две једноставне одредбе. Прва је гласила: „Канонско конституисање католичких универзитета и факултета резервисано је за Апостолску столицу“ (CIC 1917, Can. 1376, §1), а друга: „Без овлашћења Апостолске столице нико не може додељивати академске степене (тј. звања, прим. аут.) који имају канонско дејство унутар Цркве“ (CIC 1917, Can. 1377). У првој цитираној одредби кључни елемент је атрибут „католички“, изречен у односу на универзитете и факултете. Да би се одређени универзитет или факултет могао сматрати „католичким“, неопходно је да свеобухватно уређење његовог правног положаја и унутрашњих правила буде или прописано или одобрено од Свете Столице. Другим речима, уколико високошколска установа одређује свој идентитет припадношћу римокатоличкој вери, њено целокупно уређење мора бити усклађено са ставовима, правом и интересима Римокатоличке цркве. Друга цитирана одредба, пак, обезбеђује да конфесионална теолошка звања, независно од конфесионалног карактера одређене високошколске установе, не могу бити додељивана од установе којој то право није претходно дала Света Столица. Реч је, дакле, о својеврсном свођењу средњовековне обавезе добијања права на давање *licentia docendi* на домен теолошких дисциплина. Наизглед, већ би прва цитирана одредба обухватила све ситуације на које се односи друга одредба, будући да није вероватно да би конфесионална академска звања могла бити стицана изван конфесионалне високошколске установе. Постојањем друге одредбе, међутим, наглашава се важност интереса Римокатоличке цркве да обезбеди да студије католичке теологије буду у складу са њеним унутрашњим правом и доктрином.

Време настанка CIC 1917 – почетак XX века – непосредно је претходило промени преовлађујуће парадигме односа цркве и државе у Европи, која се догодила након Првог светског рата и која је значила кидање дубоких и бројних веза између државе и цркве. Због тога је природно што су тек приликом ревизије тог зборника, која је извршена 1983. године, уобличена правила којима се прецизно обезбеђује заштита

⁵ *Codex iuris canonici*, Pii X Pontificis Maximi iussu digestus, Benedicti Papae XV auctoritate promulgatus. 1918. Roma: Typis polyglottis Vaticanis.

идентитета и права на самоодређење Римокатоличке цркве у области високог школства, на начин који је примерен контексту грађанских секуларних држава.

3.3. *Codex iuris canonici* из 1983. године

Као што је напоменуто, *CIC* 1917 је темељно ревидиран 1983. године (*CIC* 1983), тако да је ревидирани текст, са одређеним накнадним изменама мањег обима, и данас на снази.⁶

У *CIC* 1983 задржан је приступ уређењу односа са установама високог школства изван круга цркених универзитета на два плана, који је уведен у *CIC* 1917: прво, успостављање услова за признање конфесионалног „католичког“ карактера и, друго, услов за организовање наставе конфесионалне теологије. Његовим одредбама је, с једне стране, смањен обим захтева који се стављају пред „католичке“ високошколске установе, али је, с друге стране, изострено уређење одређених питања од кључног значаја за Римокатоличку цркву.

Услов да одређеној високошколској установи буде признато својство „католичке“ наизглед је сведен на добијање сагласности надлежне црквене власти (*CIC* 1983, *Can.* 808), уместо ранијег услова да католичку установу може „канонски конституисати“ само Света Столица. На тај начин је Римокатоличка црква себи обезбедила флексибилност да у складу са развојем друштва и историјским околностима буде у могућности да прилагоди мерила на основу којих ће дозволити поистовећивање одређених високошколских установа са сопственим конфесионалним идентитетом и да призна конфесионални карактер бројним теолошким факултетима чији није оснивач.

У односу на „католичке“ високошколске установе донето је важно ново правило: тела надлежна у складу са статутом високошколске установе дужна су да обезбеде да наставници на „католичким“ универзитетима поседују изванредан интегритет у погледу доктрине и честитости и да буду смењени када престану да испуњавају те захтеве, у складу са статутом, док су бискупске конференције дужне да надгледају да се начела католичке доктрине поштују (*CIC* 1983, *Can.* 810). Начин на који је формулисана описана одредба сведочи о настојању црквеног законодавца да уважи аутономију високошколске

⁶ *Codex iuris canonici*. 1983. Света Столица. https://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/cic_index_en.html, последњи приступ 30. јануара 2022.

установе, што чини позивањем на надлежност и поступке прописане статутом установе, али и да означи оно што је суштински интерес Римокатоличке цркве – да се обезбеди интегритет предавача на католичким универзитетима у погледу доктрине и честитости. Заштита тог интереса је толико важна да је предметном одредбом непосредно прописана одговарајућа обавеза за надлежна тела универзитета. Како начин на који бискупске конференције врше дужност надзора и поступак у складу са којим интервенишу уколико се укаже потреба нису прописани, може се закључити да су та питања остављена самим бискупским конференцијама (Euart 2002, 965–966).

Конечно, *CIC* 1983 уводи појам *mandatum*-а надлежне црквене власти, који мора имати свако ко предаје теолошке дисциплине на било којој високошколској установи (*CIC* 1983, Can. 812). Према тумачењу Ладисласа Орсија, појам теолошких дисциплина не обухвата ни науку о религији ни философију (Orsy 1983, 480). У коментару новог законика, Шерон Јуарт је посебно указала на појам мандата, који није постојао у нацртима законика. У нацртима је коришћен израз *missio canonica*, којим се од средњег века означавало овлашћење подучавања вери у оквиру цркве. Ослањајући се на разликовање између *mandatum* и *missio canonica*, формулисано у једном декрету Другог ватиканског сабора, Јуарт је претпоставила да је појам *mandatum*-а употребљен да би се нагласило да није реч о делегирању одређене службе или о поверавању надлежности, што је порекло *missio canonica*, већ о делатности коју професор теологије врши у своје име, али у заједници са надлежним бискупом (Euart 2002, 967–969).

У вези са поменутиим разликовањем, важно је имати у виду да је у скорашњој апостолској конституцији о универзитетима и факултетима Римокатоличке цркве, *Veritatis Gaudium*, садржан услов да наставници који на црквеним високошколским установама предају дисциплине у вези са вером и моралом морају од канцелара те установе добити *missio canonica*, „будући да не предају на основу сопственог ауторитета, већ на основу мисије коју су добили од Цркве“.⁷ Цитирана одредба о *missio canonica* и захтев да „сви наставници, пре него што добију трајну позицију или буду унапређени у највише наставничко звање“, морају за то добити *nihil obstat*, то јест одобрење Свете Столице, у истом облику

⁷ Constitutio Apostolica *VERITATIS GAUDIUM*, De universitatibus et facultatibus ecclesiasticis, Franciscus Episcopus, Servus Servorum Dei, Ad perpetuam rei memoriam. 2017. Члан 27. Света Столица. https://www.vatican.va/content/francesco/la/apost_constitutions/documents/papa-francesco_costituzione-ap_20171208_veritatis-gaudium.html, последњи приступ 30. јануара 2022.

постоји и у претходној апостолској конституцији о црквеним универзитетима, *Sapientia Christiana* из 1979. године.⁸ Приметна је, дакле, термилошка разлика која наставља да постоји и после доношења *CIC* 1983: професори теологије на католичким универзитетима морају имати *mandatum*, док се за професоре на универзитетима и факултетима који имају статус „црквених“, односно чији је статус признат по црквеном праву, будући да на основу таквог статуса установе њихови предавачи имају посебан ауторитет, захтева *missio canonica*.

У време када је донет нови законик црквеног права Римокатоличке цркве, канон 812 је представљао релативно велику новину. Многи аутори, посебно у САД, исказали су страх у погледу могућности и последица његове примене (Euart 2002, 966). У том смислу, илустративно је једанаест питања која је Орси поставио у вези са његовим тумачењем, обухватајући степен његове обавезности, недоумицу у погледу тога да ли је њиме посредно уведена обавеза и за високошколске установе које немају положај правног лица по црквеном праву, до бојазни да би високошколске установе које поступају у складу са тим правилом могле да изгубе права која имају по световном праву (Orsy 1983, 480–487).

3.4. *Magisterium* Римокатоличке цркве

За предмет овог рада важан институт је служба подучавања (*magisterium*) Римокатоличке цркве. У вези са њом, *CIC* 1983 прописује квалитет непогрешивости учења о вери или правила морала које прогласи папа коначним актом или које таквим прогласи колегијум бискупа, поступајући заједно или на екуменском сабору или у одређеној средини (у виду бискупске конференције), у сваком случају у заједници са папом (*CIC* 1983, Can. 749). Непосредна последица института службе подучавања у праву Римокатоличке цркве јесу већ описани институти *missio canonica* и *nihil obstat*, као и *mandatum*, чијом применом се обезбеђује да професори теологије на црквеним, односно католичким универзитетима остварују службу подучавања цркве као целине и да наставна и научна делатност појединца не може у пракси да доведе у питање учење о непогрешивости службе подучавања.

⁸ Constitutio Apostolica *SAPIENTIA CHRISTIANA*, De studiorum universitatibus et facultatibus ecclesiasticis, Ioannes Paulus Episcopus, Servus Servorum Dei, Ad perpetuam rei memoriam. 1979. Члан 27. Света Столица. https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/la/apost_constitutions/documents/hf_jp-ii_apc_15041979_sapientia-christiana.html, последњи приступ 30. јануара 2022.

4. ПРИМЕРИ ПОЈЕДИНИХ НАЦИОНАЛНИХ ПРАВА У XIX И XX ВЕКУ

Као упоредни примери који су карактеристични за постојање обавезног благослова и упоредиви са примером Србије размотрени су национални правни системи у којима постоје конфесионални теолошки факултети у оквиру јавних, то јест државних универзитета.

У појединим европским државама, разлог за непостојање теолошких факултета у поменутом положају јесте начин на који се изучавање теологије на нивоу универзитета развијало од средњег века до данас. Такав случај је Италија, чија универзитетска традиција на самом почетку није обухватила студије теологије, о чему је већ било речи у другом делу овог рада, и где су 1873. године, на таласу либерализма подстакнутог националним уједињењем, законом укинута теолошки факултети на државним универзитетима.⁹ На тај начин је на уједињену Италију проширен приступ који је у Краљевини Сардинији примењен 1848. године, доношењем тзв. Бонкомпанијевог закона (*legge Boncompagni*), којим је искључен утицај Римокатоличке цркве на именовања професора универзитета, укључујући и теолошке факултете (Zichi 2010, 200; Scaduto 1886, 3–4). Основ за доношење закона из 1873. године била је примена начела одвојености цркве и државе и начела ненадлежности (*incompetenza*) државе за унутрашња питања цркве (Scaduto 1886, 10). Усвајање тог закона је у политичком смислу било могуће зато што су га подржали значајни делови црквене хијерархије, па самим тим и многи политичари блиски цркви, као једино могуће решење у условима немогућности цркве да утиче на избор професора теологије (Scaduto 1886, 54–55).

4.1 Немачка

Реформација и верски ратови који су уследили утицали су на поистовећивање читавих универзитета са одређеном хришћанском деноминацијом. У XIX и XX веку, пак, на универзитетима, који сами губе конфесионално одређење и припадност одређеној деноминацији, оснивају се конфесионални теолошки факултети одређене деноминације – католички или протестански, то јест лутерански (Kivinen,

⁹ Legge 26 gennaio 1873, N. 1251 – che abolisce le facoltà teologiche nelle università del Regno, Gazzetta Ufficiale n. 817/L, 26/01/1873.

Poikus 2006, 200; Messner 2008, 256–259). Како је приметио Меснер, уп-ркос проблематизовању постојања конфесионалних теолошких факултета које се у академској јавности Немачке догодило у седмој деценији XX века, у Немачкој су и након тога, па чак и након уједињења 1989. године, оснивани нови конфесионални теолошки факултети (Messner 2008, 256).

Скоро сви католички теолошки факултети у Немачкој, њих укупно дванаест, у оквиру су државних универзитета. Само један постоји у склопу јединог католичког универзиета (Ајхштет), а један има посебан статус, као црквени факултет у сарадњи са државним универзитетом (Трир).

На основу конкордата које су поједине немачке државе закључиле са Светом Столицом, који су и даље на снази, и конкордата савезне државе са Светом Столицом из 1933. године, конфесионални теолошки факултети део су јавних (државних) универзитета и потпадају истовремено под црквено и јавно право (Listl 1997, 913). Надлежни бискуп Римокатоличке цркве има право да утврди да ли постоје препреке, на плану доктрине или морала, да одређено лице буде професор теологије на конфесионалном теолошком факултету, без обзира на то да ли је тај факултет део јавног (државног) или црквеног универзитета. Поменуто овлашћење бискупа се назива *nihil obstat*, у смислу налаза да „ништа не спречава“ постављење. У случају потребе, бискуп има право да повуче *nihil obstat*. Такви случајеви су релативно ретки и по правилу привлаче велику пажњу јавности (Listl 1997, 914; Schmidt 2021, 2–3).

Уставним основом института *nihil obstat* сматра се право цркве на верско самоодређење, то јест да црква има право да процени да ли конфесионална настава теологије угрожава такво њено право уколико се одвија без њеног надзора над учењем и моралним квалитетима наставника (Robbers 2010–2011, 283–286).

4.2. Француска

Католички теолошки факултет у Стразбуру једини је католички теолошки факултет у Француској који постоји у оквиру државног (јавног) универзитета, уједно канонски признат од Свете Столице. Бискуп Стразбура има право да одбије именовање професора теологије на том факултету, из разлога доктрине или због понашања кандидата, и да издејствује повлачење професора са факултета у случају да поднесе доказ да професор „није у могућности да настави своју службу, било из

недостатка правоверности, било због тежег огрешења о правила живота и понашања свештеника“ (Messner 2008, 269). То овлашћење бискупа Стразбура има релативно сложен правни основ, у чијем темељу је уговор закључен између Свете Столице и немачке царске владе 1902. године, којим је, између осталог, предвиђено да бискуп даје претходно одобрење на постављење професора теологије.¹⁰ Након Првог светског рата, француска влада је, разменом писама, потврдила да признаје важење тог уговора, уз изричиту потврду да ће, уколико бискуп повуче „канонску мисију“ одређеног професора, тај професор одмах бити искључен из наставе, уз право жалбе Светој Столици која не одлаже такво искључење.¹¹ Бискупи нису користили то своје овлашћење од када је Стразбур у континуитету у саставу Француске, односно од краја Првог светског рата (Messner 2008, 272).

Остали католички теолошки факултети су приватни, основани од Римокатоличке цркве, тако да су њихова општа правила потпуно усаглашена са важећим правом Римокатоличке цркве, о чему је било речи у трећем делу овог рада. Дипломе тих факултета биле су признаване на основу сарадње са факултетом у Стразбуру до 2008. године, од када је на снази споразум између Француске и Свете Столице о признању диплома (Messner 2008, 274–275).

4.3. Румунија

Као држава са већинским православним становништвом и значајним присуством других хришћанских деноминација, чије друштво је прошло транзицију из комунистичког тоталитаризма у грађанско демократско друштво, Румунија се по битним особинама поклапа са Србијом у последње две и по деценије. У Румунији постоји преко десет конфесионалних православних теолошких факултета, у оквиру државних универзитета, као и римокатолички и различити протестански теолошки факултети (Andreescu 2010, 542). Будући да је већина православних теолошких факултета на државним универзитетима у комунизму била укинута, ти факултети су враћени под окриље државних универзитета

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>, последњи приступ 30. јануара 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>, последњи приступ 30. јануара 2022.

на основу протокола закљученог између надлежних министарстава и Румунске православне цркве 1991. године (Andreescu 2010, 544). Од тада се теолошки факултети у оквиру државних универзитета, према Андрескуовим речима, налазе под „двоструком контролом“ цркве и државе, што подразумева да образовна комисија Светог Синода Румунске православне цркве одобрава наставане планове, да црквена тела потврђују именованја управе теолошких факултета, као и изборе и именованја професора, који, чак и када су у статусу редовних, тај статус могу да изгубе уколико надлежно тело цркве повуче своје одобрење (Andreescu 2010, 549–551).

5. САВРЕМЕНА ТЕОЛОШКА ПЕРСПЕКТИВА РИМОКАТОЛИЧКЕ ЦРКВЕ

5.1. Апостолска конституција *Ex Corde Ecclesiae* (1990)

Кључни акт разраде одредаба *CIC* 1983 које се односе на католичке високошколске установе јесте апостолска конституција *Ex Corde Ecclesiae*, коју је папа Јован Павле II донео у новембру 1990. године.¹² Почетна одредба диспозитива конституције, која садржи одређење природе и циљева католичких високошколских установа, говори о односу вере и академске слободе: „Сваки Католички Универзитет... представља академску заједницу, која на строг и критички начин помаже у заштити и напредовању људског достојанства и културног наслеђа кроз истраживање, наставу... поседује институционалну аутономију неопходну да делотворно обавља своје функције и својим члановима гарантује академску слободу, све док се права појединца и заједнице чувају у границама истине и општег добра.“¹³ У следећој одредби, међу четири суштинске особине којима се сваки католички универзитет мора одликовати, наводи се „верност Хришћанској поруци, коју добијамо посредством Цркве“.¹⁴

¹² Ioannes Paulus Episcopus, Servus Servorum Dei, Ad perpetuam rei memoriam Constitutio Apostolica *EX CORDE ECCLESIAE* De universitatibus catholicis. 1990. Света Столица. https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/la/apost_constitutions/documents/hf_jp-ii_apc_15081990_ex-corde-ecclesiae.html, последњи приступ 30. јануара 2022.

¹³ *Ex Corde Ecclesiae*, део I, став 12.

¹⁴ *Ex Corde Ecclesiae*, део I, став 13.

Ex Corde Ecclesiae садржи сажете ставове о три нивоа односа релевантних за питање које је предмет овог рада. Прво, том конституцијом се за један од циљева католичког универзитета проглашава промовисање дијалога између вере и разума, што је образложено, између осталог, цитатом из пасторалне конституције *Gaudium et Spes* II ватиканског сабора: „методично истраживање у свакој грани образовања, када се спроводи на истински научни начин и у складу са моралом, никад суштински не може бити у сукобу са вером, будући да ствари овоземаљске и оне о којима брине вера произилазе од истог Бога“.¹⁵ Друго, на институционалном плану, конституцијом је проглашено да је „једна од последица суштинске везе [универзитета] са Црквом то да институционална верност Универзитета Хришћанској поруци обухвата признање и придржавање ауторитета Цркве у подучавању у стварима вере и морала“.¹⁶ Коначно, на плану дужности појединца, проглашена је обавеза католичких теолога да буду „верни Магистеријуму Цркве као аутентичног тумача Светог Писма и Светог Предања“.¹⁷

5.2. Спорови поводом примене правила о служби подучавања на наставу теологије

У животу Римокатоличке цркве након Другог ватиканског сабора начин тумачења правила доктрине и права о служби подучавања, посебно у односу на наставу теологије на високошколским установама, представља предмет поновљених спорова и дискусија. На том плану се истиче неколико докумената.

Почетком 1989. године, 163 теолога из Немачке, Аустрије, Швајцарске и Холандије издала су тзв. Келнску декларацију, у којој су осудили више политика Римокатоличке цркве које су онемогућавале сведочење Јеванђеља. Међу тим политикама било је и одбијање Свете Столице да изда дозволу за именовање професора теологије са чијим учењем се не слаже. Оно је декларацијом осуђено као „повреда слободе истраживања и наставе“ и „прекорачивање и примена на недозвољен начин“ надлежности папа у питањима доктрине, услед инсистирања да свако вршење службе подучавања подлеже правилу о непогрешивости (National Catholic Reporter 1999).

¹⁵ *Ex Corde Ecclesiae*, део I, став 17.

¹⁶ *Ex Corde Ecclesiae*, део I, став 27.

¹⁷ *Ex Corde Ecclesiae*, део II, члан 4, параграф 3.

Чини се да је непосредан одговор на Келнску декларацију било проглашење „Упутства *Donum Veritatis* о црквеном позиву теолога од стране Конгрегације за учење о вери“, под префектуром кардинала Јозефа Рацингера, у мају 1990. године, пола године пре него што је донета већ поменута конституција *Ex Corde Ecclesiae*.¹⁸ Полазећи од става да „без обзира на то што превазилази људски разум, откривена истина стоји у дубокој хармонији са њим“, поменути Упутством је утврђено да се „слобода теолошког истраживања врши у оквиру верског учења Цркве“.¹⁹ Упутство садржи објашњење о сарадњи теолога и службе подучавања Цркве (*magisterium*), која подразумева да теолог, када прими *missio canonica* или *mandatum*, и сам учествује у служби подучавања, са задатком да представи и илуструје учење у целини и на тачан начин.²⁰ Упутством су прописани нивои сагласности која се од теолога захтева са учењем о вери и моралу, проглашеног на основу службе подучавања цркве, почевши од „теолошке вере“ у случају проглашења учења садржаног у Откровењу, преко „чврстог прихватања“ истина у вези са вером и моралом које су строго у вези са Откровењем, које су на основу службе подучавања на дефинитиван начин утврђене, до „верског потчињавања воље и интелекта“ учењу које служи бољем разумевању Откровења, или које показује како је неко друго учење у складу са истинама вере, или које чува од идеја које нису у складу са тим истинама.²¹ Такође, прописано је да би теолог требало да буде лојалан и учењу, проглашеном на основу службе подучавања, о додатним и претпостављеним питањима, које не подлеже непогрешивости, као ни услови под којима такво учење може да се доведе у питање.²² Упутством је пружено и теолошко образложење немогућности да неслагање са учењем проглашеним на основу службе подучавања буде засновано на другачијем тумачењу, интимном верском осећању, индивидуалној слободи и слободи савести.²³

Тумачења службе подучавања, института *missio canonica* и *nihil obstat* у погледу наставе теологије на црквеним универзитетима, односно *mandatum* на католичким универзитетима, посебно су била бројна у

¹⁸ Congregation for the Doctrine of the Faith, Instruction *DONUM VERITATIS* on the ecclesiastical vocation of the theologian. 1990. Света Столица. https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19900524_theologian-vocation_en.html, последњи приступ 30. јануара 2022.

¹⁹ *Donum Veritatis*, ставови 10, 11.

²⁰ *Donum Veritatis*, став 22.

²¹ *Donum Veritatis*, став 23.

²² *Donum Veritatis*, став 24.

²³ *Donum Veritatis*, ст. 32–41.

САД претходних деценија, вероватно због другачијег историјског и традиционалног наслеђа студија теологије у тој држави у односу на Европу. Приметно је да је Конференција католичких бискупа САД тек 1999. године усвојила акт о начину примене конституције *Ex Corde Ecclesiae* у САД. Тим актом је *mandatum* дефинисан као „потврда црквених власти да католички професор теологије држи наставу у пуној заједници са Католичком Црквом“, „*mandatum* потврђује професорову дозвољену слободу истраживања и његову посвећеност и одговорност да предаје аутентичну католичку доктрину“, „*mandatum* није постављење, не значи делегирање и није одобрење професорове наставе, ...професори предају у своје име и на основу своје академске и професионалне способности, не у име бискупа или службе подучавања Цркве“ (USCC 2001). Истим актом су уређени поступци давања *mandatum*-а, укључујући и основ за његово давање, и решавања жалби и спорова поводом ускраћивања *mandatum*-а (USCC 2001).

6. НАЦИОНАЛНИ КОНТЕКСТ

6.1. Благослов у Краљевини СХС

У Краљевини СХС, односно Краљевини Југославији, постојали су конфесионални теолошки факултети – Православни богословски факултет у Београду и римокатолички теолошки факултети у Загребу и Љубљани. Док је однос државе и Римокатоличке цркве остао формално неуређен до краја постојања државе због тога што није усвајен конкордат, однос државе и Српске православне цркве на свеобухватан начин је уређен на основу Закона о Српској православној цркви из 1929. године.²⁴

Тим законом је изричито било предвиђено (Закон о СПЦ 1929, чл. 18, ст. 2) право Светог Архијерејског Синода да оцени „верску подобност“ кандидата за наставнике богословског факултета, независно од поступка њиховог избора у складу са Законом о универзитету:

„Професори и доценти богословског факултета који се бирају по Закону о универзитету постављају се, пошто се претходно утврди и верска подобност кандидата оценом Св. Архијерејског Синода.“

²⁴ Закон о Српској Православној Цркви бр. 89870 од 8. новембра 1929. године, *Службене новине Краљевине Југославије* 269, 16. новембар 1929, 2011–2013.

Љубинка Ковачевић је показала да је и данас на упоредном плану честа појава да потреба да се обезбеди дужност лојалности наставника верске наставе представља основ за посебан положај тих наставника у домену радног права, управо у смислу обезбеђивања такве лојалности (Ковачевић 2021, 931–934). У случају конфесионалних теолошких факултета, потреба је једнако снажна, тако да се чини да је цитирана одредба предратног Закона о СПЦ у складу са праксом која је остала широко заступљена до данас.

6.2. Закон о црквама и верским заједницама из 2006. године

У контексту позитивног права законодавства Србије, важно је имати у виду два начела проглашена Законом о црквама и верским заједницама. Прво је гаранција коју цркве и верске заједнице уживају на основу Закона о црквама и верским заједницама из 2006. године²⁵, да су „слободне и аутономне у одређивању свог верског идентитета“ (чл. 6, ст. 2). Друго је обавеза државе да не омета „примену аутономних прописа цркава и верских заједница (чл. 7, ст. 1). Друга поменута одредба засигурно није заокружена, у смислу да је њено језичко значење далеко од стварног значења, имајући у виду да је њоме проглашена обавеза државе ограничена императивним нормама позитивног права, али је важна због тога што уводи начелну обавезу уважавања аутономног права цркава и верских заједница у свим ситуацијама у којима је то могуће у границама Устава и императивних норми. Према Ђукићевом мишљењу, „на сличан начин верску аутономију уређују закони у другим државама“, тако да је реч о „обиму аутономије који је постао стандард приликом регулисања државно-црквених односа“ (Ђукић 2022, 136).

6.3. Уставно начело кооперативне одвојености цркве и државе и континуитет са законодавством Краљевине Југославије

Начело кооперативне одвојености државе и верских заједница у праву Србије постепено је у последње две деценије постало начело уставног карактера. До тога је дошло тако што је у многим пресудама Уставног суда оно препознато у дубоким законским променама на плану односа

²⁵ Закон о црквама и верским заједницама, *Службени гласник Р. Србије* 36/2006.

црква и верских заједница, с једне стране, и државе, с друге стране, извршеним у годинама после демократских промена 2000. године, у доменима верске наставе, реституције имовине, регистрације црква и верских заједница и у односу на Статут Универзитета у Београду у вези са правним положајем ПБФ. То начело, дакле, суштински допуњује уставну одредбу о одвојености државе и цркве. Наиме, Уставни суд је у бројним својим одлукама заузео став да се одредбе Устава о одвојености државе и цркве имају тумачити на начин да „у Републици Србији егзистира систем кооперативне одвојености цркве од државе, који је еминентан многим европским државама попут Немачке, Аустрије, Белгије и др.“²⁶ Такође, „Уставни суд је из одредаба... нашао да у Р. Србији не постоји систем строге одвојености цркве и државе, односно да се не може говорити о систему строге одвојености цркве од државе, него о систему кооперативне одвојености...“²⁷ Тај став је пре тога заступан у стручној јавности, управо у вези са тумачењем поменутог низа секторских прописа донетих у српском праву након транзиције (Аврамовић, Ракићић 2012, 311–314).

Начело кооперативне одвојености, које је Уставни суд препознао у савременом праву Србије, не представља новину. Његово обнављање у савременом српском праву неизбежна је последица чињенице да је целокупан систем прописа о односу државе и цркве, донет после демократских промена, израђен у традицији таквих прописа који су били на снази у Краљевини Југославији, у којој је то начело важило. Када је реч о признању субјективитета „традиционалних“ црква и верских заједница *ex lege*, ослањање на предратно право изричито је садржано у Закону о црквама и верским заједницама.²⁸ Верска настава у државним школама, као најважнији вид сарадње државе и цркве, обновљена је 2001. године према моделу који се у великој мери поклапа са моделом који је постојао у предратној Југославији, одликујући се на упоредном плану јединствено великим бројем конфесија за које се верска настава организује, управо као и његов предратни узор.

²⁶ Уставни суд Србије, ИУо-175/2012, од 15. 10. 2014.

²⁷ Уставни суд Србије, ИУз-455/2011, од 16. 1. 2013.

²⁸ Закон о црквама и верским заједницама, *Службени гласник Р. Србије* 36/2006, чл. 10–15.

7. ЗАКЉУЧАК

Разумевање института обавезног благослова у контексту права и правне традиције Србије не изгледа могуће без разумевања многих претходних питања, међу које спадају и заједничка правна традиција европских народа и национална правна традиција, тумачење важећих уставних начела, као и битни елементи за уравнотежавање конфесионалног и верског самоодређења у погледу идентитета и доктрине, као суштинског аспекта верске слободе, са организационим аспектима аутономије универзитета и правима из радног односа.

Без обзира на то што је постанак универзитета представљао искорак делатности образовања из монашких заједница, у оквиру којих су школе постојале у вековима који су том постанку претходили, такав искорак се догодио у окриљу цркве и посебно захваљујући њеном универзалном признању стечених академских звања. Заштита аутономије универзитета у повоју, признање професорског звања и важења стечених диплома, што је све обезбедила црква, били су кључни у првим вековима развоја универзитета, када су утемељени место, улога и значај које су универзитети задржали у европским и друштвима насталим према њиховом моделу, до данас. Другим речима, подршка цркве је била незаменљива за афирмацију универзалне вредности високошколског образовања, а посебно академске слободе и академских стандарда.

Током десет векова историје универзитета битно су се променили међусобан однос цркве и универзитета и однос између цркве и државе, као што уосталом се променила и улога цркве у друштву. Међутим, поменуте промене, посебно секуларизација државе и друштва, наглашавају неопходност пажљивијег промишљања и заштите верске слободе, чији је суштински елемент право на верско и конфесионално самоодређење. Одредбе важећег законика канонског права Римокатоличке цркве (CIC 1983) поучне су за то питање. Конфесионалност одређене високошколске установе неизоставно подразумева њену усаглашеност са правилима одговарајуће цркве која се односе на високо образовање. Супротно би значило да високошколска установа, будући конфесионална, на основу свог научног ауторитета може да остварује снажно повратно дејство на идентитет цркве, садржину, односно разумевање њеног учења и/или њену перцепцију у друштву.

Разноликост примера европских држава показује да је реч о живом, отвореном питању. Изостанак конфесионалних факултета са државних универзитета у Италији, условљен историјским околностима, сведочи о томе да је Римокатоличкој цркви било прихваљивије да такви факултети не постоје него да нема могућности да утиче на избор професора

теологије на њима. То што они постоје у Немачкој и Француској данас, пак, говори да у тим друштвима, академским заједницама, и, коначно, правним системима, право цркве да утиче на избор професора теологије није схваћено као ограничење аутономије универзитета. У вези са питањем аутономије универзитета, наравно, блиско стоји чињеница да та аутономија, и у целокупној историји универзитета и на упоредном плану, није ограничена на ниво универзитета као целине већ увек и једнако постоји и на нивоу појединачних високошколских установа, што подразумева и овлашћење теолошких факултета да одређена питања уреде аутономно, у складу са својом природом. Као што је показано у другом делу рада, у време настанка универзитета, начело аутономије развило се на нивоу појединачних факултета.

Конфесионална теологија, по природи ствари, захваљујући већ помнутом ауторитету високошколског образовања у савременом друштву, стеченом и изграђиваном десет векова, у пресудној мери утиче на идентитет, доктрину и перцепцију одређене конфесије, што чини неопходним да се обезбеди право цркве да тај утицај држи у границама свог самоодређења. Историјски развој права на избор професора теологије показује да је оно један од кључних, уједно и незаменљив начин остваривања тог права. Због тога право на верско самоодређење цркве представља оквир у коме је могуће остварити аутономију универзитета у домену конфесионалних теолошких студија. Непостојање права цркве да утиче на избор професора теологије, уколико црква то право захтева и нарочито када је оно утемељено у њеном праву и традицији, значило би негирање права на верско самоодређење цркве. Такву ситуацију би требало сагледати и из угла државе, односно универзитета – може ли постојати интерес државе, односно универзитета, да организује конфесионалне студије теологије без могућности да црква чије се учење изучава утиче на начин на који се оно изучава, иако она на тој могућности инсистира?

Такође, чини се да утицај цркве на избор професора теологије по себи не представља повреду аутономије високошколске установе, али може бити израз аутономије самог конфесионалног теолошког факултета, управо због тога што је реч о специфичној установи, чије је суштинско одређење њена конфесионална природа. У сваком случају, начелна важност тог питања вишеструко превазилази његов практичан значај, будући да упоредни примери показују да црква предметно право користи изузетно ретко.

Увиди у порекло благослова за избор професора богословских факултета, садржани у овом раду, могу бити поучни за разумевање оправданости обавезног црквеног благослова за професоре теологије

у савременом националном правном систему. Традиција Православне цркве у погледу тог питања на националном плану потпуно одговара заједничкој традицији европских друштава, која је настала у пракси Римокатоличке цркве од самог настанка универзитета и која постоји у пракси појединих суседних држава са већинским православним становништвом, као што је Румунија. Шири контекст односа државе и цркве у савременој Србији такође одговара контексту у коме је поменута национална традиција настала у историјској перспективи, који је одређен начелом кооперативне одвојености државе и цркве. Оно важи у многим европским државама, у којима правни систем такође поштује право цркве на обавезну сагласност за избор професора теологије, од којих је вероватно најважнији пример Немачке. Чак и Француска, као глобални узор строге одвојености државе и цркве, познаје обавезну црквену сагласност за професоре на римокатоличком теолошком факултету у Стразбуру. Не би изгледала уверљиво тврдња да у савременој Србији важе стандарди аутономије универзитета строжи него у поменутим државама, у толикој мери да буду разлог за недозвољеност обавезног благослова у Србији, иако у Србији постоје исти разлози за његово признавање који постоје у другим европским државама. Околност да овлашћење Римокатоличке цркве да даје обавезну сагласност за избор професора теологије у већини европских правних система постоји на основу међународних уговора са Светом Столицом не представља битну разлику у односу на контекст Србије, будући да су такви уговори подређени уставним начелима и одредбама тих држава, баш као што су то и међународни уговори и закони у Србији.

Обавезан благослов цркве за избор професора теологије чврсто је утемељен у историји односа државе и цркве, као и универзитета у Европи. Историјско утемељење, међутим, није једини, а можда ни најважнији правнополитички разлог његовог опстанка у савременим друштвима у Европи. Историјска перспектива управо указује на други важан основ за признавање предметног благослова. Одвајањем цркве од државе, које се догодило у Европи у претходним вековима, наглашава се важност гаранција верске слободе и црквене аутономије, укључујући и њено верско самоодређење. Црквени благослов за професоре теологије важно је средство заштите верског самоодређења цркве у систему јавног високог образовања.

ЛИТЕРАТУРА

- [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] Ђукић, Далибор. 2022. *Интерконфесионално законодавство у Југославију и Србију 1919–2006*. Београд: Правни факултет.
- [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] Ковачевић, Љубинка. 2021. *Заснивање радног односа*. Београд: Правни факултет.
- [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, последњи приступ 30. јануара 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>, последњи приступ 30. јануара 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>, последњи приступ 30. јануара 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.

/ПРИКАЗИ

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.

Мила ЂОРЂЕВИЋ, МА*

Спаић, Бојан. 2020. Природа и детерминанте судијског тумачења права. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 190.

*Тврдња да је судска пресуда заснована на закону
значи само то да се држи оквира који закон представља;
то не значи да је реч о јединој могућој индивидуалној норми...*

Ханс Келзен¹

Најпознатији пример у теорији права који треба да укаже на сву сложеност судијског одлучивања јесте Хартов пример са возилима у парку.² Замислимо да постоји једно, на први поглед врло једноставно правило: забрањена су возила у парку. Испрва делује да правило не може

* Сарадница у настави, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, mila@ius.bg.ac.rs.

¹ Један од највећих доприноса правној теорији Ханс Келзен је дао идејом о ступњевитости, односно хијерархијском устројству правног система. Ипак, нормативизам Ханса Келзена никада није подразумевао формалистичко схватање правног тумачења. За њега је виша норма оквир, а не прецизно упутство. Више норме одређују начин стварања нижих норми, али не и њихов садржај. Зато Келзен сматра да је свака примена норми уједно и стварање норми и да је неодређеност права незаобилазна (Келзен 2007, 66).

² Пример је први пут објављен у Хартовом чланку који је замишљен као одговор правним реалистима. Чланак је изишао 1958. године у *Harvard Law Review* (Hart 1958). Наводно, идеја за тај пример је настала приликом читања одлуке судије Холмса из 1931. године, у којој је тврдио да авион није возило (*McBoyle v. United States*). Мекбојл је превозио авион за који је знао да је украден и тужилац је подигао оптужницу на основу *The National Motor Vehicle Theft Act*, којим се регулише кажњавање у случају крађе моторних возила који за своје кретање не користе пругу. Судије су Мекбојла ослободиле оптужнице тврдећи

бити једноставније и да судије неће имати много проблема са применом тог правила. Уколико постоји возило у парку, правило је прекршено. Ипак, замислите ситуацију у којој у парк улазе амбулантна кола зато што је некоме у парку позлило. Да ли амбулантна кола крше дато правило? Одговор је несумњиво позитиван. Али, да ли је оправдано казнити лекара који је правило прекршио да би некоме спасио живот? Или не морамо замишљати тако изузетне околности, шта је са електричним бициклима у парку или са сада врло популарним електричним тротинетима? Да ли они спадају у возила? Наш имагинарни судија који треба да примени норму тако долази до питања: шта је возило? Ако закључимо да је возило све што иде на моторни погон, да ли онда деџи аутић са мотором крши ту забрану? Као испомоћ у пресуђивању, наш имагинарни судија може да се окрене и тражењу циља који је законодавац имао на уму када је забрану поставио и да на основу интенције законодавца пресуди. Шта је законодавац желео да постигне том забраном? Уколико је циљ тог правила да се спречи бука у парку, онда је возња та два електрична превозна средства дозвољена, али ако је циљ норме да се заштите деца, допуштеност коришћења и електричног тротинета и електричног бицикла постаје упитна. Такође, врло оправдано се може поставити питање на основу чега судија може да одреди циљ норме, односно интенцију законодавца да би знао како да норму примењује?

Тај врло једноставан пример нам показује сву сложеност судијског позива. Судијски посао не може да се сведе на дедукцију, где судија има задатак да мању премису (утврђено чињенично стање) подведе под већу (законску норму) и донесе пресуду. Природа судијског тумачења и критика таквог схватања судијске активности тема је Спаићеве нове књиге, а главна теза аутора је да судије нису пука уста која изговарају слова закона већ појединци који вољно одлучују о значењу правног текста.

Бојан Спаић је готово целокупан досадашњи научни опус посветио теми тумачења права. Његова магистарска теза се тиче правне и политичке филозофије прагматизма Џона Дјуија, а његова докторска теза бави се тумачењем права у оквиру херменеутике Емилија Бетија. Према доприносу правној теорији, његова најновија књига *Природа и детерминанте судијског тумачења права*, која је и предмет ове критичке анализе, вероватно је и најзначајнија. Та књига није посвећена

да се појам возило из тог закона не односи на авионе. За више информација видети: *McBoyle v. United States*, 1931. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/283/25/>, последњи приступ 1. новембра 2021.

само правним теоретичарима већ и правницима практичарима, а и широј стручној публици. Сам њен почетак указује на то да се пред читаоцем налази занимљиво штиво: аутор нас подсећа да је све избор и да смо осуђени да одлучујемо. И одлука да останемо пасивни или да не донесемо одлуку – такође је одлука.

Књига је подељена на пет целина. У првом поглављу аутор даје добар преглед свих психолошких и других истраживања о одлучивању и усредсређује се на теорије одлучивања. За разлику од класичних теорија одлучивања, које су постулирале идеализованог појединца који увек и без изузетка поступа са циљем да максимизира сопствену добит, у савременим теоријама одлучивања које аутор цитира установљена су бројна одступања од раније постулиране рационалности приликом доношења одлука. Из перспективе савремених теорија одлучивања, доношење субоптималних одлука на основу различитих личних и контекстуалних ограничења појединца показује се као правило, а не као изузетак. Један од најзанимљивијих примера о (не)рационалности судијских одлука који Спаић препричава у књизи јесте онај о утицају близине паузе за ручак на одлуку судије о смањивању казне затвора: што је пауза ближа а судија гладнији, проценат одлука којима се смањује казна приближава се нули.³

У другом поглављу аутор се бави одлучивањем на основу правила и анализира на који начин правила руководе понашањем појединца, тиме што постају разлози за даље делање и одлучивање. Аутор притом наглашава правна правила, које назива формализоване укорењене нормативне генерализације. Субјекти одлучивања на основу правила су тим правилима везани. Управо та везаност правилима требало би да смањи, а пожељно је и да елиминише везану рационалност и когнитивне предрасуде које постоје у сваком одлучивању. Тако нас аутор наводи на помисао о оправданости формализма, чије основне идеје представља у трећем поглављу књиге. Формализам је тренутно доминантна идеологија о тумачењу права. Према тој теорији правног тумачења, постоји једно и само једно исправно значење правног текста и судије треба да га пронађу и на основу њега донесу одлуку у појединачним случајевима. Ограничена рационалност људи је превазиђена постојањем формалних правила, али да ли је заиста тако?

³ Још једно занимљиво истраживање које се бави (бизарним) факторима који могу да утичу на судијске одлуке тиче се близине рођендана окривљеног приликом изрицања казне. У тим случајевима казне су много блаже (Chen, Phillippe 2020). У српским правничким круговима влада мит да судије најблаже казне изричу пред Нову годину и новогодишње празнике.

Том питању је посвећено следеће, четврто поглавље. Зашто је формалистички приступ погрешан? Основни аргумент је да је судијска одлука о значењу правног текста вољна и стваралачка и да је судијско тумачење заправо ауторитативно одлучивање о нормативном значењу правног текста. Правна правила нису довољна да би се предвидео исход спора. Аутор закључује да судије нису само ствараоци појединачних правних норми и примењивачи општих правних норми већ саучесници у стварању општих правних норми на основу текстова извора права. У прилог тој, за локални и глобални правнички контекст прилично смелој тврдњи, аутор наводи три приговора, које једном речју назива приговорима неодређености права. Први приговор је приговор избора судија: судије одлучују чак и када своју одлуку представљају као једини могући исход тумачења правног текста. У приговору неодређености језика истакнуто је да је језик којим се право служи увек непотпун. Непотпуност се односи на то што правна правила укључују или искључују превише ситуација на које се односе или на то што постоји неки облик семантичке неодређености или због правних празнина и конфликта извора права. Трећи приговор је приговор неразликовања текста норме и норме, у којем аутор показује да правни текст није исто што и правна норма и да је норма значење правног текста које ауторитативно утврђује судија актом своје воље.

Најзад, у петом поглављу говори се о основним поставкама антиформализма, као алтернативној теорији о природи судијског тумачења којој се превазилазе грешке формализма. Аутор заступа тезу да та теорија верно осликава природу судијског одлучивања. Ако прихватимо ауторову тезу да је антиформализам исправна теорија о правном тумачењу, намеће се питање да ли то значи да судије одлуке доносе произвољно? Односно, уколико имају слободу да бирају између више потенцијалних значења правних текстова, како њихове одлуке нису хаотичне и неуједначене? Аутор нас не оставља без одговора и у последњем делу петог поглавља говори о детерминантама судијског тумачења права. То је и најоригиналнији и највреднији део књиге. Аутор разликује три врсте детерминанти судијског тумачења: нормативне, институционалне и епистемичке. Нормативним детерминантама аутор није посветио много простора, те нас упућује на праксу Врховног касационог суда (ВКС). У оквиру институционалних детерминанти разликујемо поделу власти и односе између судова. Епистемичке детерминанте су оне које потичу од епистемичких ауторитета, а то су најчешће професори права. Те детерминанте су уједно и облици институционалне контроле који омогућавају стабилност у примени права и обезбеђује правну сигурност у савременим правним системима.

Недостатак овог дела је то што обрада тема постаје све краћа како се приближавамо крају књиге. Најважнији и најоригиналнији део књиге, онај који говори о детерминантама судијског одлучивања, заузима само 33 стране, што чини само петину књиге. Рецимо, питања о неправним начинима тумачења права само је дотакнута, иако смо сигурни да аутор има још много штошта да дода на ту тему. Спрам важности тог дела књиге, требало му је посветити више простора. На самом почетку књиге аутор наводи да је ова књига нека врста увода за једно веће дело на енглеском језику *Institutional Control of Legal Interpretation*, која тек треба да буде објављена. Очекујемо да у том издању буду детаљније разрађене теме које овом издању недостају.

Предност овог дела је најсавременија литература и из света права и из области теорија одлучивања, која је анализирана објективно и критички. Такође, аутор даје значајне алузије и осврте на тренутна дешавања у свету и популарну културу те на тренутке заборављамо да је у питању правничко штиво. Спаић заиста успева да нас убеди да на судије и на исход њихове одлуке утиче читав низ фактора о којима нема ни речи у законским текстовима. Посебно ће бити занимљиво видети на који начин судије доживљавају ово дело и да ли се слажу са основном идејом књиге јер је „званична“ теорија о судијском одлучивању и даље формалистичка, а судије здушно негирају своју улогу у стварању права.

Тумачење права је активност која се одвија у одређеном друштвеном контексту – у одређеном правном систему, у одређеном политичком систему и у одређеном друштву. Друштвени контекст несумњиво утиче на то какво значење судије приписују правним текстовима. Ипак, правна наука се најчешће не бави тим неправним утицајима на судијске одлуке и негира их, а ова књига је корак ка томе. Она је добар пример сарадње правне науке са осталим друштвеним наукама и показатељ да једна другој имају много шта да понуде – а све са циљем долажења до истинитих научних сазнања.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Келзен, Ханс. 2007. Чиста теорија права. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [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/>, последњи приступ 1. новембра 2021.

/СЕЋАЊА

Др Добросав МИЛОВАНОВИЋ*

ДРАГОЉУБ КАВРАН (1933–2021)

Поштовани и драги Коко, Лолице, Павле и Јасна, драге колегинице и колеге,

Недавно смо остали без Драгољуба Каврана, уваженог професора, стручњака светског гласа, великог спортисте, мудрог и драгог човека изузетних одлика. Рођен у Београду, професор Кавран је одрастао у окружењу које је представљало својеврсну комбинацију официрског реда и дисциплине, префињене уметности, адвокатске професије... Сви ти аспекти, заједно са специфичном снагом његове личности, изнедрили су човека невероватног сплета особина и изузетног стила и усмерили га ка великим достигнућима у, према некима, неспојивим областима живота.

Имао сам ту срећу, част и задовољство да будем његов сарадник дуже од три деценије. О професору Каврану може се говорити веома дуго а да се притом исказе само мали део његових драгоцених, успешних, живописних, узбудљивих и раскошних животних искустава. Плену је као особа, имао је ретку способност да разуме људе који потичу из веома различитих окружења, да их подстиче да досегну и пређу

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

границе својих способности и да им несебично помаже. Располагао је незамисливим знањима из најразличитијих области. Имао је дар да у најсложенијим ситуацијама остане миран и да реши проблеме на оптималан начин. Поседовао је велику психичку и физичку снагу, красили су га борилачки дух спортисте, али и снажне емоције. Био је човек изузетне интелигенције и истински лидер у свему што је радио. Имао је нарочит таленат за хумор. Људи су га волели и поштовали.

Коко, Лолице и Павле, пре приказивања професионалних достигнућа професора Каврана, желим да кажем да ме је посебно дирнула његова свест о значају породице. Увек је личним примером показивао како треба бринути о својим најближима. Такође, увек би ме искрено разумео и подржавао када сам морао да одложим неки посао из породичних разлога. То је ретка особина јер многи људи, нарочито ако су професионално успешни, забораве да, осим каријере, постоје и друге значајне вредности. Професор је имао срећу да доживи успехе своје деце и да се радује у игри са својим унуцима.

Спортови, а нарочито веслање у коме је остварио изузетне резултате, били су велика љубав професора Каврана, коју је успешно пренео на своју децу која су такође достигла снежне врхове у скијању и побеђивала секунде у базену. Спорт му је пружио велику енергију и истрајност у остваривању, за већину људи, незамисливих постигнућа у наставној и научноистраживачкој каријери на домаћем и међународном плану. Професор Кавран је предавао на свом Правном факултету Универзитета у Београду, али и другим бројним правним факултетима у земљи (Нови Сад, Крагујевац, Ниш, Бања Лука, Загреб и Љубљана). Учествовао је у оснивању Факултета организационих наука у Београду. Такође, бројни факултети у иностранству су могли да уживају у његовим надахнутим предавањима (САД, В. Британија, Португалија и Шведска).

Предавања професора Каврана представљала су за студенте посебан доживљај. Темељна теоријска знања која је поседовао из најсавременије литературе, минуциозно сагледавање проблема, повезивање материје из различитих области којима се бавио, сликовито приказивање богатих непосредних искустава из међународне и домаће праксе – освајала су студенте и одржавала њихову пажњу, будила у њима жељу за знањем и константним усавршавањем. Зато су сви видови његове наставе били посећени, а студенти су често губили осећај да је истекло предвиђено време. Професор је истицао да се студентима највише помаже у суштинском савладавању материје и формирању личности – разумљивим објашњавањем, саветовањем и подстицањем. Професор Кавран им је на том плану пружао много. Студенти су желели да полагају код њега, свесни чињенице да резултат испита зависи искључиво од њих самих. Сматрали су га правим професором и правим господином.

Професор Кавран објавио је низ драгоцених књига, уџбеника, монографија и око 260 студија, чланака и саопштења у часописима и научним публикацијама у земљи и иностранству. Међутим, остале су и бројне значајне мисли и идеје, које је износио у вишесатним инспиративним разговорима. Задатак свих нас је да следимо његове принципе професионализма и критички дух и настојимо да запишемо и пренесемо следећим генерацијама сву мудрост и знање професора Каврана.

На међународном плану професор је достојно репрезентовао своју земљу. Био је специјални саветник Генералног секретара УН. У својству експерта водио је бројне пројекте у области реформе јавне управе у Бахреину, Индонезији, Јемену, Катару, Кини, Монголији, Зимбабвеу, и сарађивао на концептуализацији и примени реорганизације управе у више од 40 земаља. Због изузетних резултата, жеље да спозна и способности да открије историјски, политички, економски и културолошки контекст, објективности и непристрасности – поверавани су му најкомплекснији и најосетљивији пројекти. Такође, из тих разлога био је прихваћен од стране држава у којима их је спроводио и добијао је највише награде и признања. Увек је говорио да метод рада експерта не сме бити настојање да се некритички примене решења која, колико год била добра за земљу порекла, могу да доведу до веома лоших и дугорочних последица у земљи примене.

Професор је учинио много за свој народ и прибављањем хуманитарне помоћи и развејавањем негативних предубеђења насталих током 90-их година, на њему својствен и уверљив начин.

Имао сам част и задовољство да са њим учествујем на бројним међународним конференцијама где су своја достигнућа приказивали еминентни професори и експерти. Професор Кавран је у том окружењу имао посебан статус. Његова инспиративна излагања, идеје и решења које је нудио, праћена су са посебном пажњом и уважавањем. Професор је изналазио тзв. *win win* солуције, због чега су га иностране колеге изузетно цениле. Показао је како, релативно мала земља, захваљујући великој креативности, дубинским знањима, виспренности, као и професионалном односу који је професор Кавран увек гајио, може да заузме водеће место у одређеној области на међународном нивоу.

Професор је био главни уредник и члан уређивачких одбора неколико стручних часописа. За нашу земљу, на међународном плану, посебан значај је придавао Копаоничкој школи природног права у чијем утемељењу је учествовао са својим великим пријатељем професором Слободаном Перовићем, где је и уређивао секцију за управно право преко 30 година.

У стручним асоцијацијама и институцијама обављао је одговорне функције и био активан члан. Био је потпредседник Кадровског комитета Светске асоцијације за управне науке, члан Друштва за јавну управу САД, Америчке и британске академије за менаџмент, Председник Савезне комисије за реорганизацију управе и директор Завода за високо образовање. Од поновног успостављања, скоро три деценије, предводио је Удружење за јавну управу Југославије, односно Србије.

Однос према колегиницама и колегама био је изузетан. Енормна и разноврсна знања и вештине којима је располагао и непрестано обогаћивао, професор Кавран је несебично преносио. Поседовао је огроман суштински ауторитет и никада се није користио формалним ауторитетом. Имао је ретку особину да пажљиво саслуша, и знатно млађе сараднике, и да уважи њихове аргументоване ставове. Искрено се радовао успесима својих млађих колегиница и колега. То је особина великих људи који никада не престају да се усавршавају, који верују у себе и у млађе генерације и желе трајан напредак свог народа и друштва.

Поред професионалне димензије, професор Кавран је бринуо о колегама, на њему својствен, пријатељски начин. Увек је налазио време да нас чује, разуме и пружи немерљиво корисне савете из свих животних области. Надам се да смо успели да професору Каврану, бар делимично, допринесемо за све што је за нас учинио. Било ми је драго када ми је својевремено рекао: „Ја сам већ 18 година у пензији, а захваљујући теби и седморо величанствених, тога нисам свестан“. Професор Кавран нам је дао леп пример начина на који треба градити међуљудске односе не само на Факултету, него и уопште.

Темељи тих односа су добијали посебну позитивну енергију и надахнуће из добронамерног смисла за хумор професора Каврана. Чак и у најтежим ситуацијама умео је да бистрином свога ума изнађе смешну димензију и да релаксира људе у свом окружењу. Анегдоте из његовог живота су изузетно бројне. Као човек који није имао сујету, често се шалио на свој рачун, показујући тиме ширину и снагу своје личности.

Дух професора Каврана и његова енормна достигнућа остају заувек са нама, осветљаваће нам наставни, научни и животни пут, служиће нам као вечита инспирација за то како треба стварати, којим карактеристикама правог професора и стручњака треба тежити и како треба без било каквог страха, оптимистички и са великим стилем приступити животу и свим његовим тешкоћама и лепотама.

Својевремено ми је отац рекао да живимо онолико дуго колико имамо тренутака који нас истински испуњавају. Сваки тренутак професора Каврана био је прожет стваралаштвом и способношћу за решавањем

комплексних проблема, великом одважношћу, талентом за преношење немерљивих знања и вештина, разумевањем правих вредности и начина на који треба живети. Професор Кавран је пленио ведрином духа, изузетним смислом за хумор, способношћу и жељом да помогне другима.

Стога се може рећи да је ваш отац и супруг, наш драги колега и мој духовни отац знао разлоге свог доласка на овај свет, да је испунио све мисије свог постојања и да његова дела, мисли, речи и хуманост остају вечно са нама, до поновног сусрета на неком другом месту или у некој другој димензији. Нека му је вечна слава и хвала.

Др Андреја КАТАНЧЕВИЋ*

МАРКО ПЕТРАК (1972–2022)

Лоше вести се ређају у несрећном времену. Све је дужа колона драгих људи од којих се растајем. У њу је 17. јануара ступио и професор Свеучилишта у Загребу Марко Петрак. Био је професор римског права и мој пријатељ. Опроштај од њега је болан, горак и личан. Не желим да говорим о његовој научној биографији. Фактографија је лако доступна. Пишем оно по чему ћу га се сећати. Волео бих да ово буде субјективан прилог за животопис једног веома посебног професора, великог човека и доброг пријатеља. Хтео бих да се опростим оним чега нема на званичним сајтовима.

Познавали смо се, дружили се и сарађивали дуже од деценије. Разговарали смо о Риму, праву, историји, политици, уметности, вери, животу. Проводили смо време на научним конференцијама, за кафанским столовима, дописивали се понекад данима. Знао сам много о Марку Петраку. Тек у вестима о његовој смрти сам сазнао сва његова академска постигнућа. Имао је чудну и ретку скромност. Разметање није познавао. Није се гордио. Крио је сопствени успех.

Марко је показао да се може бити одан и предмету који се предаје. Користио је и најмању прилику да уради нешто добро, корисно и системско за римско право. Дубоко га је погађало ако би се нешто лоше догодило нашем предмету и колегама. Патио је због сваког напада на нас, макар он био ситан, бесмислен и долазио од безначајних људи. Увек ћу памтити како ми је после једне свечане вечере, у часу инспирације,

* Ванредни професор, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, katancevic@ius.bg.ac.rs.

оним својим снажним гласом рекао: „Знаш, за мене је римско право нешто свето.“ Римско право је била његова страст, његов свемир и његова мисија. Напредовање у звањима импресивно и беспрекорно. Живот је окончао у свом професорском кабинету.

Маркова каријера је прекинута много пре свог природног и очекиваног краја. За кратко време је успео да остави неуобичајено много академског потомства. Био је ментор и члан комисија бројним научницима, не само у Хрватској, него и у Србији, Црној Гори, Естонији... Част је бити део те породице. Његова етика односа према млађим колегама високо је надилазила академска правила. НепокOLEбљиво је веровао да ментор и старији колега треба да безрезервно стоји на располагању својим докторандима и млађима у звању. Био је мудри саветодавац у свако доба дана и ноћи. И не само то. Витешки се борио за сваког млађег колегу. Беспштедно је притицао у помоћ где год је било потребно. Био је утеха, лек и брана од туђег зла, тако честог у академским круговима.

Марко је био човек традиције, правне, универзитетске, хришћанске. Био је далеко од помпе и празног ритуала, који у универзитетском животу зна да буде гротескан. Као сваког истински успешног човека, красила га је једноставност.

Његова социјална интелигенција је била задивљујућа, без икаквог лошег призвука. Срдачан и непосредан. Никад наметљив и заморно фамилијаран. Ласкање и кез били су му страни. Смејао се ретко, али силовито. Био је крупан и тих човек, дубоког гласа, који се далеко чуо. Чак и у његовом одсуству. Није тражио пажњу. На скуповима је седео у последњим редовима. Привлачио је миром и тишином. Говорио је када га питају. Ћутали су док је причао. До његовог мишљења се држало. Није питао. Увек је слушао. И њега су слушали. Нису га се бојали. Ценили су га. Веровали су му. Волели су га.

Иза Марка Петрака су остали мајка, супруга, двоје деце, пријатељи... Колегама који су га познавали остао је узор. Велики и недостижан.

До поновног сусрета,

Хвала му!

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

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

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

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

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

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

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

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

Рукопис треба да буде уређен на следећи начин:

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

1. НАСЛОВНА СТРАНА

Насловна страна рукописа треба да садржи следеће податке:

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

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

2. АПСТРАКТ И КЉУЧНЕ РЕЧИ

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

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

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

3. РУКОПИС И СПИСАК ЛИТЕРАТУРЕ

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

Текстови морају да буду написани у следећем формату:

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

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

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

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

Европска унија – ЕУ,

The United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL

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

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

Поднасловe треба писати на следећи начин:

1. ВЕЛИКА СЛОВА

1.1. Прво слово велико

1.1.1. Прво слово велико курсив

Цитирање

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(видети посебно Бакић 1959)

(Станковић, Орлић 2014)

Један аутор

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

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

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

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

Т: Васиљевић (2007, број стране),

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

Два аутора

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

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

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

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

Три аутора

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

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

Више од три аутора

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

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

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

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

Институција као аутор

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

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

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

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

Дело без аутора

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

Л: *Journal of the Assembly of the State of New York at Their Forty-Fifth Session, Begun and Held at the Capitol, in the City of Albany, the First Day of January, 1822.* 1822. Albany: Cantine & Leake.

Цитирање више дела истог аутора

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

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

Цитирање више дела истог аутора из исте године

Т: (White 1991a, page)

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

Истовремено цитирање више аутора и дела

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

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

Поглавље у књизи

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

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

Поглавље у делу које је издато у више томова

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

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

Књига са више издања

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

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

T: (Поповић 2018, број стране),

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

Навођење броја издања није обавезно.

Поново издање – репринт

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

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

Чланак

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

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

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

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

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

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

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

Цитирање целог броја часописа

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

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

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

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

Коментари

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

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

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

Л: Schmalenbach, Kirsten. 2018. Article 2. Use of Terms. 29–55. *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, eds. Oliver Dörr, Kirsten Schmalenbach. Berlin: Springer-Verlag GmbH Germany.

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

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

Чланак у часопису или дневним новинама без аутора

Т: објављено у *Политици* (2019)

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

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

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

Чланак у часопису или дневним новинама са аутором (ауторима)

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

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

T: (Mathews, DeBaise 2000)

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

Необјављени рукопис

T: (Аврамовић, Тодоровић 2017)

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

T: (Daughety, Reinganum 2002)

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

Радни документ

T: (Стојановић, Савић 2017)

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

T: (Eisenberg, Wells 2002)

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

Нумерисани радни документ

Т: (Томић, Павловић 2018)

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

Т: (Glaeser, Sacerdote 2000)

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

Лична кореспонденција/комуникација

Т: Као што тврди Дамњановић (2017),

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

Т: (Welch 1998)

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

Стабилни интернет протокол (URL)

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

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

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

У штампи

T: (Богдановић 2019, број стране)

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

T: (Spier 2003, број стране)

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

Прихваћено за објављивање

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

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

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

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

Судска пракса

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

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

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

Закони и други прописи

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

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

Л: Не треба наводити прописе у списку коришћене литературе.

4. ПРИЛОЗИ, ТАБЕЛЕ И СЛИКЕ

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

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

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

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

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

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

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

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

Не треба користити оквир за текст испод или око слике.

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

Графици не садрже било какву боју.

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

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

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34(497.11)

АНАЛИ Правног факултета у Београду : часопис за правне и друштвене науке = The Annals of the Faculty of Law in Belgrade : Belgrade law review / главни и одговорни уредник Марија Караникић Мирић. – [Српско изд.]. – Год. 1, бр. 1 (1953)–. – Београд : Правни факултет Универзитета у Београду, 1953– (Београд : Бирограф). – 24 cm

Тромесечно. – Преузео је: Annals of the Faculty of Law in Belgrade.
– Друго издање на другом медијуму: Анали Правног факултета у Београду (Online) = ISSN 2406-2693.

ISSN 0003-2565 = Анали Правног факултета у Београду

COBISS.SR-ID 6016514

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

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

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

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

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

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

Часопис излази тромесечно.

ISSN 0003-2566



БУЛЕВАР КРАЉА АЛЕКСАНДРА 67
11000 БЕОГРАД
СРБИЈА
anali@jus.bg.ac.rs
anali.rs