

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS
BELGRADE LAW REVIEW

- 1 Andreas SERAFIM
REVISITING THE HILL OF PNYX: THE PHYSICAL, RHETORICAL, AND SOCIOCULTURAL CONTEXTS
- 65 Ana ODOROVIĆ
OPEN BANKING: BETWEEN COOPERATION AND COMPETITION
- 93 Тамара МЛАДЕНОВИЋ
ПРАВО ДЕТЕТА НА ИДЕНТИТЕТ У КОНТЕКСТУ ПРАВИЛА О АНОНИМНОСТИ ДОНОРА РЕПРОДУКТИВНИХ ЋЕЛИЈА
- 119 Катинка БЕРЕТКА
ФОРМАЛНОПРАВНИ АСПЕКТИ ДЕРОГАЦИЈЕ ЉУДСКИХ ПРАВА ЗБОГ ПАНДЕМИЈЕ КОВИДА 19
У УПОРЕДНОЈ УСТАВНОСУДСКОЈ ПРАКСИ
- 157 Вукашин СТАНОЈЛОВИЋ
СЛУЖБЕНОСТ УПОТРЕБЕ (*USUS*) У РИМСКОМ И СРПСКОМ ПРАВУ
- 177 Томас БРЕМЕР
ЦРКВЕНИ ПРИСТАНАК ЗА НАСТАВНИКЕ ТЕОЛОГИЈЕ – РАЗМИШЉАЊА СА СТРАНЕ
- 189 Дејан ПОПОВИЋ, Зоран С. МИРКОВИЋ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ КАО *ALMA MATER*: ПОВОДОМ ДВЕ ПЕДЕСЕТОГОДИШЊИЦЕ

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), Светислав Костић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија)

ЧЛАНОВИ МЕЂУНАРОДНОГ УРЕЂИВАЧКОГ ОДБОРА /

Brian Leiter (University of Chicago Law School, USA), Ralf Michaels (Max Planck Institute for Comparative and Int. Private Law, Hamburg, Germany), Herbert Hovenkamp (University of Pennsylvania, USA), Eleanor Fox (New York University School of Law, USA), Yariv Brauner (University of Florida, USA), John Cerone (Tufts University, USA), Silvio Ferrari (University of Milan, Italy), Kenneth Einar Himma (University of Washington, USA), Christa Jessel Holst (Max Planck Institute for Comparative and Int. 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 Int. Private Law, Hamburg, Germany), Ingeborg Maus (Goethe University Frankfurt, Germany), Thomas Mertens (Radboud University, Netherlands), Slobodan Milačić (University of Bordeaux, France), Paul du Plessis (The University of Edinburgh, Scotland), Vesna Rijavec (University of Maribor, Slovenia)

СЕКРЕТАРИ /

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

ТЕХНИЧКИ СЕКРЕТАРИ /

Ксенија Џипковић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија) и Вукашин Станојловић (Правни факултет Универзитета у Београду, 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 /

ДОСИЈЕ
СТУДИО

ШТАМПА /

Сајнос

ТИРАЖ /

300

СЕКУНДАРНЕ ПУБЛИКАЦИЈЕ У КОЈИМА СЕ ИНДЕКСИРА ЧАСОПИС /

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

АНАЛИИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS
BELGRADE LAW REVIEW

- 1 Andreas SERAFIM
REVISITING THE HILL OF PNYX: THE PHYSICAL, RHETORICAL, AND SOCIOCULTURAL CONTEXTS
- 65 Ана ODOROVIĆ
OPEN BANKING: BETWEEN COOPERATION AND COMPETITION
- 93 Тамара МЛАДЕНОВИЋ
ПРАВО ДЕТЕТА НА ИДЕНТИТЕТ У КОНТЕКСТУ ПРАВИЛА О АНОНИМНОСТИ ДОНОРА РЕПРОДУКТИВНИХ ЋЕЛИЈА
- 119 Катинка БЕРЕТКА
ФОРМАЛНОПРАВНИ АСПЕКТИ ДЕРОГАЦИЈЕ ЉУДСКИХ ПРАВА ЗБОГ ПАНДЕМИЈЕ КОВИДА 19
У УПОРЕДНОЈ УСТАВНОСУДСКОЈ ПРАКСИ
- 157 Вукашин СТАНОЈЛОВИЋ
СЛУЖБЕНОСТ УПОТРЕБЕ (*USUS*) У РИМСКОМ И СРПСКОМ ПРАВУ
- 177 Томас БРЕМЕР
ЦРКВЕНИ ПРИСТАНАК ЗА НАСТАВНИКЕ ТЕОЛОГИЈЕ – РАЗМИШЉАЊА СА СТРАНЕ
- 189 Дејан ПОПОВИЋ, Зоран С. МИРКОВИЋ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ КАО *ALMA MATER*: ПОВОДОМ ДВЕ ПЕДЕСЕТОГОДИШЊИЦЕ

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

- 1 Andreas Serafim**
Revisiting the Hill of Pnyx: The Physical, Rhetorical, and Sociocultural Contexts
- 65 Ana Odorović**
Open Banking: Between Cooperation and Competition
- 93 Тамара Младеновић**
Право детета на идентитет у контексту правила о анонимности донора репродуктивних ћелија
- 119 Катинка Беретка**
Формалноправни аспекти дерогације људских права због пандемије ковида 19 у упоредној уставној пракси
- 157 Вукашин Станојловић**
Службеност употребе (*usus*) у римском и српском праву

ПОЛЕМИКА

- 177 Томас Бремер**
Црквени пристанак за наставнике теологије – размишљања са стране

ПОВОДИ

189 Дејан Поповић, Зоран С. Мирковић

Правни факултет као *alma mater*: поводом две педесетогодишњице

ПРИКАЗИ

- 199** Demarais, Agathe. 2022. *Backfire: How Sanctions Reshape the World Against U.S. Interests*. New York: Columbia University Press, 293.
(Boris Begović)
- 216** Шулић, Милан. 2022. *Међународно кривично право: просторно важење кривичног права, кривично право међународног порекла, међународна кривичноправна помоћ, зачеци кривичног права ЕУ*. Београд: Службени гласник, 833.
(Алекса Шкундрић)

VARIA

227 Упутство за ауторе

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

- 1** **Andreas Serafim**
Revisiting the Hill of Pnyx: The Physical, Rhetorical, and Sociocultural Contexts
- 65** **Ana Odorović**
Open Banking: Between Cooperation and Competition
- 93** **Tamara Mladenović**
The Right of the Child to Identity in the Context of Reproductive Cell Donor Anonymity Rules
- 119** **Katinka Beretka**
Formal Aspects of Derogation of Human Rights Due to the Pandemic of Covid 19 in Comparative Practice of Constitutional Courts
- 157** **Vukašin Stanojlović**
The Right to Use in Roman and Serbian Law

DEBATE

- 177** **Thomas Bremer**
Church Consent for Theology Professors – An External Perspective

ANNIVERSARIES

189 **Dejan Popović, Zoran S. Mirković**

The Faculty of Law as the *Alma Mater*: On the Occasion of Two 50th Anniversaries

BOOK REVIEWS

199 Demarais, Agathe. 2022. *Backfire: How Sanctions Reshape the World Against U.S. Interests*. New York: Columbia University Press, 293.

(Boris Begović)

216 Škulić, Milan. 2022. *Međunarodno krivično pravo: prostorno važenje krivičnog prava, krivično pravo međunarodnog porekla, međunarodna krivičnopravna pomoć, začeci krivičnog prava EU*. Beograd: Službeni glasnik, 833.

(Aleksa Škundrić)

VARIA

227 **Guidelines for Authors**

Andreas SERAFIM, PhD*

REVISITING THE HILL OF PNYX: THE PHYSICAL, RHETORICAL, AND SOCIOCULTURAL CONTEXTS

This paper offers a holistic reconsideration and reexamination of what the transmitted texts say about the political and rhetorical processes on the hill of Pnyx in classical Athens. It has three specific aims: (1) to explore existing ancient literature references to the Pnyx as a physical and constitutional/political place; (2) to identify and discuss a wide range of aspects of rhetoric in action, or performance, in a suitable sample of symbouleutic (or political) speeches – specifically, the three Olynthiacs and the four Philippics of Demosthenes; and (3) to offer answers to the question about the how physical conditions and the architectural form of the Pnyx might have affected acoustics and delivery of speeches, and why the hill was chosen to be the location of the Athenian Assembly meetings.

Key words: *Pnyx. – Assembly. – Political speeches. – Performance. – Acoustics.*

* Assistant Professor, Department of Classical Studies, Nicolaus Copernicus University in Toruń, Poland, aseraphim@umk.pl. This research has been funded in part by National Science Centre, Poland, grant number 2021/41/B/HS2/00755. I would like to thank the anonymous reviewers for their comments. I also owe sincerest thanks to Professor Christos Zerefos, Secretary General of the Academy of Athens: it is because of his steady and incisive encouragement that I decided to reexplore the topographical, institutional, rhetorical, and overall cultural importance of the Pnyx. This paper is dedicated with gratitude to the staff of the library at the Academy of Athens for their moral and practical support when life was tough.

1. INTRODUCTION

The Pnyx is rightly considered the most important landmark of the mature phase of Athenian democracy.¹ Yet, despite intense interdisciplinary research, many questions remain unanswered. It is also notable that in classical scholarship references to the Pnyx are mostly concentrated in studies about its function within the system of Athenian democratic politics, and its legislative importance as the location of the meetings of the *ecclesia*, the Assembly (see Hansen 1991, 128–129 for a succinct description of the physical construction of the Pnyx in a book that discusses Athenian democracy; Bicknell 1987, 51–92; Bicknell 1989, 83–100 on the constitutionalized character of political conventions on the Pnyx). A prominent exception is H.M. Hansen’s full-scale study, entitled *The Athenian Ecclesia: A Collection of Articles 1976–1983* (Hansen 1983; also, Hansen 1985, 129–141; Hansen 1986, 143–153). Another striking common feature of most publications is that they are early (on archaeological evidence, following the excavations of the 1930s, and the function of the hill as the meeting place of the Athenian Assembly see Kourouniotes, Thompson 1932, 96ff.; Thompson 1936; and Thompson, Scranton 1943, 299ff.), leaving the question why there was no up-to-date interest in intriguing cultural aspects of the hill. Studies are also focused on technical aspects, e.g., how many Athenians were allowed to gather on the hill, and where and how they were seated in the auditorium (see Hansen 1976, 130–132; Hansen 1982, 241–249; and Hansen 1989, 129–153). The most influential, fully-fledged, and comprehensive study of several aspects of the Pnyx is *The Pnyx in the History of Athens*, by Forsén and Stanton. This volume contains chapters, specifically, on the archaeological construction of the hill, the shape and size of the place of the Assembly meetings, the date of its construction, and matters that

¹ Aristophanes, *Knights* 42: “We two have a master who’s rustic in his bad temper, a bean-chewer, quick to be irritated — Demos of the Pnyx (*Δῆμος πικνίτης* or *Δῆμος Πυγκίτης*), a peevish little hard-of-hearing old man”; translation: Sommerstein 1981, 15. The assumption of Sommerstein 1981, 146 that the reference may be to an individual, as in *Wasps* 98 (“And, by Zeus, if he sees scribbled on a door anywhere ‘Pyrilampes’ son of Demos is beautiful’, he goes on and writes close beside it ‘the voting-urn’s funnel is beautiful’”; translation: Sommerstein 1983, 13), seems to be erroneous for two reasons: first, because in the whole of *Knights* the Orchestra represents the Pnyx in Athens; and second, because there is a reference to the Pnyx in relation to Demos, which corroborates the idea that the latter is a reference to the democratic body of citizens in classical Athens. The combination of two passages from Aeschines 3, *Against Ctesiphon*, leaves no doubt that the Pnyx and *ecclesia* are used interchangeably: in §35, where a law is cited, specifying the crowning of the Athenians who contributed to the protection of the city on the site of the Pnyx, and §32, where it is mentioned that the crowning should take place in the *ecclesia*.

underline its religious function in the Athenian *polis* (see Forsén, Stanton 1996). C. L. Johnstone's combination of textual investigation and field work on the acoustics of the Pnyx is also memorable in posing and answering (regrettably, not invariably in a fully satisfactory way) questions about the physical context of the Pnyx and the practical restraints this imposed on political speech-making (including the audibility of vocal delivery; on acoustics on the Pnyx see Johnstone 1996, 122–127; on performance in the Assembly see Johnstone 2001, 121–143; Johnstone and Graff 2018, 2–88; and Bers 2013, 27–40).

This paper has three interrelated aims, as per each of the main sections it comprises. The first is to explore the references that exist in ancient literature to the Pnyx as a physical and constitutional/political place; hence, the search for two specific words, *Πνύξ* and *ἐκκλησία*, was carried out, to compile an annotated compendium of references, which will help readers to find information and passages relating to the Pnyx. The second aim of this paper is to provide an analysis of rhetoric in action, i.e., performance, in a suitable sample of symbouleutic (or political) speeches – specifically, the three *Olynthiacs* and the four *Philippics* of Demosthenes. Beyond the most obvious aspect of performance, *hypocrisis*, i.e., vocalics and kinesics, two other aspects are considered – first, the means of establishing and facilitating the communicative relationship between the speaker and the audience, and, second, *ēthopoiia* and *pathos*. A comparison between forensic (court) and symbouleutic (Assembly on the Pnyx) performance is carried out, with the aim of drawing conclusions about the difference in rhetorical tactics between the two institutional contexts. The third and final aim of the paper is to offer some answers to two questions that are still largely under-researched and unanswered by researchers, exploiting the texts of ancient (Greco-Roman) literature and applying the knowledge of archaeoacoustics (a field that adopts theories and research tools from a wide range of disciplines such as archaeology, audio production, and sensory history). The first question concerns the physical conditions and architectural form of the place and how these affected the political and rhetorical mechanisms, specifically what the acoustics on the hill might have been like and whether they allowed speeches to be delivered to the whole audience of 6,000 Athenians who could gather on the Pnyx at once, or many times to rotating audiences. The other question concerns the sociocultural significance of the Pnyx, which has left the scholarly community wondering why it was chosen to be the location of the Athenian Assembly meetings.

2. TEXTUAL REFERENCES TO THE PNYX AND THE *ECCLĒSIA*

This section, using *The Diorsis Ancient Greek Corpus*, a digital collection of 820 ancient Greek texts (from Homer to the early 5th century AD), explores and presents passages that reference the Pnyx, and discusses both its political function as the nucleus of Athenian democracy in the 4th century and other practical issues (e.g., seating and buildings). Particularly examined is the use of two Greek words (in various cases): *Πνύξ* and *ἐκκλησία*. The references to the latter, discussed below, are those that strictly refer to the Pnyx as the meeting place of the Assembly in the 4th century BC. Surprisingly, there are only three references to the first term, while there are 104 to the second; but despite references to the *ecclēsia* evidently being more numerous than references to the Pnyx, the frequency is still low – the quotient of the number of references and the total number of words in the corpus of Attic speeches is ca. 0.05%.

The dearth of references cannot easily be explained; it presumably may be due to the self-evident character of the information that is conveyed by the two terms, i.e., every Athenian (and possibly even non-Athenian) knew that the *ecclēsia* was assembled on the Pnyx. The three references to the Pnyx are all in Aeschines' speeches. The only reference to the political function of the place can be found in 3.34: "You hear, fellow citizens, how the lawgiver commands that the man who is crowned by the people be proclaimed among the people, on the Pnyx, at a meeting of the assembly, 'and nowhere else.'" The mention of the Pnyx in 1.81 has nothing to do with the political function of the place, but rather concerns topography and residential matters,² while the mention in 1.82 refers to the reputation of the place. As such, this is discussed in the third section of this paper, which examines the sociocultural reasons why the Pnyx was used as the physical setting for the meetings of the Assembly.³

² Aeschines 1.81: "The Senate of the Areopagus appeared before the people in accordance with the resolution that Timarchus had introduced in the matter of the dwelling-houses on the Pnyx. The member of the Areopagus who spoke was Autolycus, a man whose life has been good and pious, by Zeus and Apollo, and worthy of that body." Translations of texts in this paper are from LOEB Classical Library Editions, unless otherwise stated.

³ Aeschines 1.82: "Now when in the course of his speech he declared that the Areopagus disapproved the proposition of Timarchus, and said, 'You must not be surprised, fellow citizens, if Timarchus is better acquainted than the Senate of the Areopagus with this lonely spot and the region of the Pnyx,' then you applauded and said Autolycus was right, for Timarchus was indeed acquainted with it."

References to the *ecclēsia* were made most frequently when it was necessary for the speaker to describe what had happened in the past and can be classified in three major categories. The first category consists of references to the Athenians, mainly with the purpose of castigating the unconstitutional behavior of the audience when, by means of uproar, they created impediments to the fully free expression of the speakers, or when the audience members let themselves be beguiled by mere rhetoric, rather than rational arguments; this kind of references could be labeled as *internal*. The second category of references contains those that indicate the presence of non-Athenians in the *ecclēsia*, or about matters that regulate or determine the relation between the Athenians and groups of foreigners; this kind of references could be labeled as *external*. The third category includes what could be labeled as *neutral* references, i.e., those that simply convey information about the political gathering of the Assembly.

The following is an annotated list of the references to the political functioning of the Pnyx.⁴

⁴ It is important to note, at this point, that not all attestations of the word *ecclēsia* refer to various functions of the Athenian political decision-making body. Those mentioned in the annotated compendium provided in this paper are those that relate to the political space of the Pnyx.

Table 1 - An annotated list of the references to the political functioning of the Pnyx

Internal references	External references	Neutral references
<p>Demosthenes 8.32, in a plea for the unimpeded right of speakers to express themselves at the meetings of the <i>ecclesia</i> (the so-called <i>parrhēsia</i>),⁵ Demades 1.54⁶ and 9.1, about foreign threats that are discussed;⁷</p> <p>Demosthenes 8.33, for the benign behavior that people should exhibit in the Assembly, most likely indicating that the <i>cle</i> used to boo or shush the speaker,⁸ and Aeschines 2.72 on ways of manipulating the audience in the Assembly;⁹</p>	<p>Demosthenes 7.19, Aeschines 1.180, 2.53, 3.68, Lycurgus 13.8, with references to the presence of foreign ambassadors at the Assembly;</p> <p>Isocrates 8.59, on the relationship between the Athenians and foreigners.¹⁶</p>	<p>Aeschines 1.110, 121, 2.63, 65–67, 82–85, 95, 158, 3.69,¹⁷ 71 (2 references), 125–126, 146, 149, 175, 224, on the presence of people from Athens and other Greek cities in the Assembly,¹⁸ 251, Andocides 1.11, 82, Dinarchus 1.42, 99, Hyperides 1.3, 3.32, Isaeus 1.38, Lycurgus 1.16, Lysias 12.71–72, 75–76, 13.32, 55, 19.49, 28.9;</p>

⁵ Demosthenes 8.32: “But as to the reason for this—and in Heaven’s name, when I am pleading for your best interests, allow me to speak freely—some of our politicians have been training you to be threatening and intractable in the meetings of the Assembly, but in preparing for war, careless and contemptible.”

⁶ Demades 1.54: “War, like a cloud, was threatening Europe from every quarter, suppressing my right to speak my mind in the assembly and taking away all power of free and noble utterance.”

⁷ Demosthenes 9.1: “Many speeches are delivered, men of Athens, at almost every meeting of the Assembly, about the wrongs that Philip has been committing, ever since the conclusion of peace, not only against you but also against the other states.”

⁸ Demosthenes 8.33: “For it ought to have been the reverse, men of Athens; all your politicians should have trained you to be gentle and humane in the Assembly, for there you are dealing with rights that concern yourselves and your allies, but in preparing for war they should have made you threatening and intractable, because there you are pitted against your enemies and rivals.”

⁹ Aeschines 2.72: “And Philip from his base in Macedonia was no longer contending with us for Amphipolis, but already for Lemnos, Imbros, and Scyros, our own possessions, while our citizens were abandoning the Chersonese, the undisputed property of Athens. And the special meetings of the assembly which you were forced to hold, in fear and tumult, were more in number than the regular meetings.”

¹⁶ Isocrates 8.59: “But now matters have taken such a turn that the Thebans are saving us and we them, and they are procuring allies for us and we for them. So that if we were sensible, we should supply each other with money for our general assemblies; for the oftener we meet to deliberate the more do we promote the success of our rivals.”

¹⁷ Aeschines 3.69: “When now, fellow citizens, the Dionysia were past and the assemblies took place, in the first assembly a resolution of the synod of the allies was read, the substance of which I will give briefly before having it read to you.”

¹⁸ Aeschines 3.224: “When I convicted you of this in the presence of all Athens and charged you with being the murderer of your host, you did not deny the impious crime, but gave an answer that called forth a cry of protest from the citizens and all the foreigners who were standing about the assembly.”

Internal references	External references	Neutral references
<p>Aeschines 1.178, Demosthenes 8.34, 9.4, and Isocrates 8.52, where instructions are given to audience members about how to listen to the essence of arguments and the gist of a case, not to flattery or unreasonable thinking that deprives them of the right to make the best decision;</p> <p>Aeschines 3.2, on the proper constitutional way of functioning of the <i>ecclēsia</i>; and Aeschines 2.60–61, 3.24, 27, 32, 35 (2 references), 39, 43–45, 47–48, 204 (2 references), 211 on the constitutional uses of the place, e.g., for the election of magistrates, Aeschines 1.22 and Dinarchus 2.16 on the importance of the proceedings in the Assembly;¹⁰</p> <p>Demosthenes 9.6 on the malpractice of rhetoric in the Assembly, when speakers are accused of propagating the arguments of foreigners;¹¹ Aeschines 1.26,¹² 1.33 (2 references), 1.86, 2.71, 2.92 (on falsifying the accounts about the meetings of the</p>		<p>Aeschines 1.35 (2 references), 1.81, 3.95 on procedural issues, such as speech-making by others, not the speaker himself (these are not simply references that convey information, but have an ironic dimension, which is, however, only implicit and indirect), Andocides 4.14;</p>

¹⁰ Aeschines 1.22: “For when the lawgiver had finished with these laws, he next turned to the question of the proper manner of conducting our deliberations concerning the most important matters, when we are met in public assembly.” Dinarchus 2.16: “Like the early lawgivers, Athenians, who made laws to deal with those addressing your ancestors in the Assembly, you too should try, by your behavior as listeners, to make the speakers who come before you better. What was the attitude of the lawgivers to these men? In the first place, at every sitting of the Assembly they publicly proclaimed curses against wrongdoers, calling down destruction on any who, after accepting bribes, made speeches or proposals upon state affairs, and to that class Aristogiton now belongs.”

¹¹ Demosthenes 9.6: “If, then, we were all agreed that Philip is at war with Athens and is violating the peace, the only task of a speaker would be to come forward and recommend the safest and easiest method of defence; but since some of you are in such a strange mood that, though Philip is seizing cities, and retaining many of your possessions, and inflicting injury on everybody, you tolerate some speakers who repeatedly assert in the Assembly that the real aggressors are certain of ourselves, we must be on our guard and set this matter right.”

¹² Aeschines 1.26: “See now, fellow citizens, how unlike to Timarchus were Solon and those men of old whom I mentioned a moment ago. They were too modest to speak with the arm outside the cloak, but this man not long ago, yes, only the other day, in an assembly of the people threw off his cloak and leaped about like a gymnast, half naked, his body so reduced and befouled through drunkenness and lewdness that right-minded men, at least, covered their eyes, being ashamed for the city, that we should let such men as he be our advisers.”

Internal references	External references	Neutral references
<p>Assembly),¹³ 3.67, 3.73; Dinarchus 1.46, on other forms of malfunctioning in, and of, the Assembly (e.g., the improper nonverbal behavior of orators the unconstitutional election of the presiding officer in the Assembly, as in Aeschines 1.26 and 33);</p> <p>Isocrates 8.25, on how to keep peace;¹⁴ Lysias 13.17, on the meeting of the Assembly examining a peace treaty;¹⁵</p> <p>Aeschines 2.145, Dinarchus 1.99, Isocrates 8.129–130 and 12.13, with references to two kinds of menace against Athenian democracy, i.e., sycophancy and the exaggerated love the Athenians have for participation in trials and Assembly meetings.</p>		<p>Isocrates 7.68 on economic examination of a debt payment.¹⁹</p>

Source: Author

¹³ Aeschines 2.92: “And now do you imagine that there is one word of truth in his account of what was done in Macedonia or of what was done in Thessaly, when he gives the lie to the senate-house and the public archives and falsifies the date and the meetings of the assembly?”

¹⁴ Isocrates 8.25: “But I think we should not go forth from this assembly, having merely adopted resolutions in favor of the peace, without also taking counsel how we shall keep it [...]” Lysias 13.17: “Theramenes and the others who were intriguing against you took note of the fact that there were some men proposing to prevent the subversion of the democracy and to make a stand for the defence of freedom; so they resolved, before the Assembly met to consider the peace, to involve these men first in calumnious prosecutions, in order that there should be none to take up the defence of your people at the meeting. Now, let me tell you the scheme that they laid.”

¹⁵ Lysias 13.17: “Theramenes and the others who were intriguing against you took note of the fact that there were some men proposing to prevent the subversion of the democracy and to make a stand for the defence of freedom; so they resolved, before the Assembly met to consider the peace, to involve these men first in calumnious prosecutions, in order that there should be none to take up the defence of your people at the meeting. Now, let me tell you the scheme that they laid.”

¹⁹ Isocrates 7.68: “But the best and strongest proof of the fairness of the people is that, although those who had remained in the city had borrowed a hundred talents from the Lacedaemonians with which to prosecute the siege of those who occupied the Piraeus, yet later when an assembly of the people was held to consider the payment of the debt, and when many insisted that it was only fair that the claims of the Lacedaemonians should be settled, not by those who had suffered the siege, but by those who had borrowed the money, nevertheless the people voted to pay the debt out of the public treasury.”

3. RHETORIC IN ACTION: PERFORMANCE IN DEMOSTHENES' *OLYNTIACS* AND *PHILIPPICS*

3.1. Performing in the Court and the Assembly: Convergences and Divergences

This section aims to examine “rhetoric in action”, a term that is comparable to and almost synonymous with “performance”: both describe how rhetorical strategies were used by speakers in public speaking forums in antiquity, with the aim of communicating effectively with the audience and winning it over cognitively – both in terms of reason and emotion. Seven high-profile symbouletic (political) speeches of Demosthenes (the three *Olyntiacs* and the four *Philippics*)²⁰ are selected for a case study about what were the features of rhetoric in the Assembly and how they were used for agonistic political processes, to achieve the principal desired outcome – persuasion. Three categories of rhetorical stratagems are examined: those used to establish a relationship between the speaker and the audience, enabling the former to win over the latter; techniques of *ēthopoia* (presentation of the character and general behavior of individuals and collectives, e.g., the Athenians or foreign ethnic/cultural communities) that rouse emotions (*pathopoia*); and *hypocrisis*, i.e., the clues in the text that point to the use of vocalics and kinesics of all sorts.

The recently published book *Attic Oratory and Performance* (Serafim 2017) offers a full theoretical reinterpretation of performance, how it was practically applied to the ancient forensic oratorical context, and what impact this may have had on the trial audience. By examining the same aspects of performance that have been examined in recent studies, it is the aim of this paper to reconstruct a picture of the convergences and divergences between forensic and symbouletic performance – a topic that

²⁰ A note on the selection of the seven specific speeches is necessary at this point. The decision to discuss these speeches was made for two reasons. The first is that these speeches were given at crucial points in Athenian political and military history, when the escalation in the relationship between Athens and Macedon was at its peak, requiring urgent action by the former to diminish the strength of the latter and impede its expansion into mainland Greece. The second reason for exploring these seven symbouletic speeches was that they are by Demosthenes, whose speeches 18 and 19 have recently been a topic of updated discussion in Serafim (2017). Given that in this chapter, performance in forensic and symbouletic oratory are compared, it was necessary to choose speeches by the same author, since arguably performance differs from author to author. Oratorical performance is neither simply a matter of place (e.g., law court or Assembly) nor is it only tailored to the expectations of the occasion (e.g., the need for military action), but it is also determined by the distinctive personal and rhetorical style of the speaker.

remains, in classical scholarship, an essential research enquiry (for attempts to examine oratorical performance, centered on forensic speeches, see Hall 1995, 39–58; 2006, 353–392; Serafim 2017). Johnstone and Bers argue that the performative style of speakers (with special reference to *hypocrisis*) was vastly determined by the architectural and topographical development of the Pnyx, and that for this reason performance of symbouleutic oratory was significantly different from that of forensic oratory (see Johnstone 1996, 128–133; Bers 2013, 27–40).²¹ I argue for the opposite: that, despite some differences between rhetoric in forensic and symbouleutic oratory, mainly in style and frequency, the similarities are noteworthy, effectively implying that persuasion was uniform in public speaking settings, despite the variations in the character and etiquette of the institutional contexts in Athens. The notable difference in the approach to and analysis of performance and persuasion in forensic and symbouleutic oratory between this paper and the work of Bers (2013, 34, 36) is perhaps due to the approach adopted by the latter: it bases its conclusions about the relationship between symbouleutic and political oratory largely on rhetorical theory (despite occasional glimpses into the use of language, e.g., the particles *οὐν*, *τοίνυν*, and *τε...τε*). On the other hand, I explore symbouleutic passages themselves to discern linguistic, stylistic, and rhetorical patterns, and compare these aspects of rhetoric in action/performance with those that can be found in Attic forensic oratory.

Before proceeding to the core of this research inquiry into the texts themselves, it is worth mentioning and shedding light on the notion of performance. Performance is, as Bauman (1990, 41) suggests, “an aesthetically marked, heightened form of communication, framed in a special way, and put on display for an audience,” or, as Taplin (1999, 33) argues, “an occasion on which appropriate individuals enact events, in accordance with certain recognized conventions, in the sight and hearing of a larger social group, and in some sense for their benefit.” This “benefit” is strong in political speech-making on the Pnyx, since all the meetings evidently were regarding important political, military, and economic matters, and discussions determined the decisions of the Athenians, which had the greatest impact on the *polis*. The following definition of the notion of performance adds another dimension that enhances the “benefit” that Taplin mentions in his book: “performance is the [kind of] communication between a performer and an audience, which is informed by the etiquette of a specific occasion and is based on the interactive communication, explicit or otherwise, between the transmitter of a message and its receiver” (Serafim 2017, 16–17). Benefit can be obtained from the communication between the

²¹ On the three phases of the construction of Pnyx, see Section 4.1. below.

speaker (performer) and the audience, especially inasmuch as the audience is not a passive recipient of stimuli but rather an active co-producer of them via *thorubos* (the vocal or nonverbal reaction, such as booing or applauding the speaker (see Bers 1985, 1–15; Thomas 2011, 175–185)).²² The reactions of the audience, which are sometimes described in the speeches themselves (such as, e.g., in Demosthenes 18.52),²³ regardless of whether accurate or not, convey to us the opinion of the wider public about individuals and actions alike (on fake news in oratory, see: Worthington 2020, 15–31; Serafim, forthcoming).²⁴ Therefore, the available texts reveal a lot about the mindset and practice of ancient civic and cultural communities.

The similarities that have been argued above exist among the seven symbouleutic speeches (of Demosthenes), which were delivered in the Assembly on the Pnyx and law court speeches, cover all three broad areas of features of rhetoric in action that this paper examines. The techniques that Demosthenes uses to establish a channel of communication with the audience, in both the *Olynthiacs* and the *Philippics*, are addressed to the audience specifically: the presentation of the speaker in the role of the good advisor to the Athenian *dēmos*, criticism of the Athenians for inertness and indecisiveness, and the importance of the proverbial synergy between divine will and human determination. The techniques of *ēthopoia* in forensic and in symbouleutic speeches also share commonalities in that in both oratorical genres the speaker constructs and deconstructs the *ēthos* of the Athenians and his/their opponents, depending on the circumstances and the purposes he aims to serve. *Hypocrisis*, finally, is indicated in the transmitted texts by

²² Cf. Aristophanes, *Acharnians* 40–42: “Oh! Athens! Athens! As for myself, I do not fail to come here before all the rest, and now, finding myself alone, I groan, yawn, stretch, break wind, and know not what to do.” It is of course necessary to say that there were no provisions for direct and unimpeded conversation between the speaker and the audience in the law court and perhaps possibly in the Assembly on the Pnyx, but the reaction of the audience, which revealed its knowledge of and attitude towards the matter of discussion, was important in determining or altering the arguments of the speakers and their way of communicating them to the audience.

²³ Demosthenes 18.52: “But it is not so. How could it be? Far from it! I call you Philip’s hireling of yesterday, and Alexander’s hireling of today, and so does every man in this Assembly. If you doubt my word, ask them; or rather I will ask them myself. Come, men of Athens, what do you think? Is Aeschines Alexander’s hireling, or Alexander’s friend? You hear what they say.”

²⁴ We can say, as a matter of principle, that the transmitted oratorical speeches are not “objective” accounts of historical reality or actions, but rather a biased means by which the speakers present (part of the truth about) what happened. In other words, fake news is not simply occasional in speeches, but an inherent feature of the speeches themselves.

figures of speech (such as repetition); the accumulation of questions and/or their elaborate use (e.g., when questions are asked without the need for or expectation of answers, or in the form of *hypophora*, when the speaker answers his own questions) to make the speech more forcible; direct speech; use of strong moralistic terms and other expressions that denote emotions; and references to religion, which are accompanied, at least according to ancient sources, by gestural and vocal ploys.

The similarities between the law court and the Assembly indicate that, when persuasion is the purpose and desired outcome of political or public speaking processes, the techniques employed do not vary considerably. The setting that accommodates speech-making, the specific occasion to which an oration is tailored, and institutional processes, i.e., what happens in the settings of forensic, symboletic, and epideictic orations, determine the use of argumentative and stylistic modes (see Serafim 2021, especially Chapters 1 and 2). This conclusion about the patterns of using religious discourse is in full alignment with the theory of New Institutionalism, according to which different institutions have different “logics of appropriateness” that condition the ways in which discourses interact and affect society. The findings of the present paper, however, indicate that, when it comes to persuasion, the difference between forensic and symboletic oratorical texts and public speaking contexts does not generate significant divergences, despite what scholars argue about the differences between other generic oratorical dichotomies, i.e., public and private cases (on how appeals to emotion are made in speeches and how other rhetorical techniques are used, see Rubinstein 2004, 187–203; 2005, 129–145).

The only considerable identified divergence concerns the use of tragic and comic markers, i.e., themes, language, and imagery that draw on ancient drama, mostly for *ēthopoia*, the depiction of characters. The lack of such techniques in symboletic speeches is easily discernible. In the seven Demosthenic speeches examined in this paper, the only identified passage that may, arguably, have some affinities with tragedy is in Demosthenes 2.18 (the *Second Olynthiac*), where Philip is told to put aside the soldiers who prove themselves skillful and talented on the battlefield – because they overshadowed him.²⁵ This is reminiscent of the behavior of tyrants, as presented in tragedy, who, being suspicious of their (apparent) allies, do not

²⁵ Demosthenes 2.18: “If there is anyone among them who can be described as experienced in war and battle, I was told that Philip from jealousy keeps all such in the background, because he wants to have the credit himself of every action, among his many faults being an insatiable ambition. Any fairly decent or honest man, who cannot stomach the licentiousness of his daily life, the drunkenness and the lewd dancing, is pushed aside as of no account.”

hesitate to put them aside or even kill them (e.g., the depiction of Creon in *Antigone*, *Medea*, and *Oedipus at Colonus*). But this is merely an intuition, as there is nothing in the text itself – no specific word, for example, as we have in forensic speeches – that points unambiguously to tragedy (on the use of language, themes, and imagery that have implications for or strong affinities with tragedy in forensic speeches, see Serafim 2017, 99–105). After all, the depiction of tyrants as suspicious and cruel toward their allies is also made in non-dramatic works (cf. Herodotus 3.39 and Polyaeus, *Στρατηγήματα* 1.23, where Polycrates is depicted as having obtained power unlawfully and killed his associates; and Periander in Herodotus 3.49, 5.92, who killed his wife).

Demosthenes 2.18 is the only section of the seven speeches that vaguely resembles a theme that appears in and is thematized by tragedy. It has been argued – and rightly so – that the law courts and the Assembly share significant features, given the politicized nature of trials that are, at times, about important political matters, as are the meetings in the Assembly. As argued elsewhere, “often, it was the synergy between forensic rhetoric and political momentum that determined the outcome of trials” (Serafim 2021, 68). The key suggested for answering the intriguing question about why there is a significant lack of dramatic patterns in symbolleutic oratory (at least in the seven speeches of Demosthenes examined in this paper) is that histrionic and theater-related techniques may have been deemed indecorous and inappropriate when there were urgent matters of discussion and decisions to be made, which would have benefited or harmed the *polis* as a whole, rather than a single individual. Speakers in trials – even in those that had to do with political affairs, both within the city and in the Hellenic world in general – had the convenience of discussing the past without the pressure of persuading the judges to make decisions that would affect the historical present of the entire city. One can be as elaborate and sophisticated as one likes in articulating arguments in a way that appears decorous, proper, and potentially persuasive, when there is time to do so, but it is necessary to be to the point, without using theatricalized ornaments, when the decisions one is convincing the audience to make will instantly affect the entire civic community. Knowing one’s audience and being specific, clever, and effective in using rhetorical strategies for persuasion, but not diverting from the core political, military, and moral argumentation is key when fellow citizens need to urgently make up their minds and pass their verdict. Carefully targeted, not “literary” and thus also a bit vague, arguments are necessary in times of political and military crises, such as those at the center of the seven speeches

of Demosthenes explored in this paper.²⁶ One of the most notorious features of the forensic speeches of Demosthenes, which leaves him vulnerable to the accusation of insincerity, especially speeches 18 and 19, is the extensive use of probability arguments and the overelaboration of rhetoric, not least the use of theatrical quotations and dramatic patterns for the presentation of his character and that of Aeschines.

The following sections discuss passages that show how rhetoric was set in action in the Assembly to satisfy persuasive ends. Emphasis is placed on two levels: the *macroscopic* (the overarching), i.e., how the speakers try to communicate with and engage the audience, and what their purpose is in each case; and the *microscopic*, examining the pragmatic features of the text (e.g., language, religious discourse, issues of morality), which reflect the socio-political and cultural context of the time when the speech was given and indicate the beliefs, customs, and general mindset of the Athenians.

3.1.1. Speaker–Audience

It is reasonable expect – at least from a modern standpoint – that the speaker, whether at a political convention, other occasions for public speaking, or even in the private company of friends, will try to win over the audience through cajoling, establishing in them a sense of self-value and self-importance, in order to indicate how much he supports and admires them and how many values they all share within the group. Sustaining groups to which the speaker and the audience both belong is an effective way of swaying the decision-making body to accept the speaker’s propositions and arguments. As Burke (1969, 54–55) argues, rhetoric can generate unity (which presupposes exclusion); it focuses on appealing to core groups and defining oneself against others. A speaker gives signals to the audience that indicate that his “characteristics” are the same as or similar to those of the audience, thereby affirming a shared community.

Of all the means that Demosthenes uses in the political meetings of the Assembly, the most puzzling, yet intriguing, is the criticism that he hurls at the Athenians regarding their inaction and indecision. It is undoubtedly risky

²⁶ Cf. Dionysius of Halicarnassus, *Isaeus* 4, on the claim that the process of construction of Demosthenes’ speeches aroused suspicion in people. Dionysius refers to Pythias’ allegation that the speeches of Demosthenes, like those of his teacher Isaeus, were generally suspected of chicanery and deception “because of their great rhetorical skill” (4.23–24: τῆς πολλῆς ἐπιτεχνήσεως). Plutarch, *Demosthenes* 8.4–6 refers to Pythias’ barbed comments on Demosthenes’ speeches as having the “smell of lamp” because he prepares them in advance.

to accuse the members of the decision-making audience of not being worthy of their ancestral glory and of being unable to defend the *polis* and promote its best interests because they cannot make up their minds about the actions that should be undertaken. But the Pnyx is not called the cradle of democracy for nothing: the speakers had *parrhēsia*, the freedom and determination to express themselves without restraint and at any cost to them as politicians; this is a diachronically praiseworthy virtue not only of speakers but also of all citizens who might want to prove themselves useful to their country and fellows. I do not argue that Athenian (what is erroneously called Greek) democracy was perfect: it evidently was not. It was marred by exclusion (e.g. of women, slaves, and metics), socio-economic discrepancies that affected the right of some people to speak (those who could not afford to pay for the services of a speechwriter did not have any chance of preparing and delivering an effective oration in court, let alone winning a case), procedural malfunctions and undemocratic deliberations described and complained about by the speakers themselves (e.g., Demosthenes in 4.29).²⁷ Rhetoric was misused in the Athenian forums of public speaking for deceiving or misleading the audience and distorting the truth. Yet, the orators on the Pnyx showed integrity, decency, and sincerity whenever it came to matters that concerned the *polis*. This is perhaps because their own lives were not in immediate danger that they had the license to speak freely and criticize the audience for what they thought was not right for the city.²⁸

In the Pnyx orations that are examined in this paper, Demosthenes steadily accuses the Athenians of inaction. Examples of this accusation can be found in 1.8, 9–11, 14–15, 19–20; 4.2, 8; 9.5; and 10.1, 6, 8–9, 20, 29. There is, unsurprisingly, yet also interestingly, an incessant play between the notions of inaction and action, and indecision and decisiveness. Demosthenes says, specifically, that the Athenians are slow in making decisions and taking action (if they ever do so), while it is decisive communities (and individuals) who see themselves as benefitting from the gods and prospering. A good example of this line of criticism can be found in 2.20:

²⁷ Demosthenes 4.29: “Your habit, then, is not to listen until, as now, the events themselves are upon you, and not to discuss any question at your leisure but whenever Philip makes his preparations, you neglect the chance of doing the same, and you are too remiss to make counter-preparations; and if anyone speaks out, you drive him from the platform, but when you learn of the loss of this place or the siege of that, then you pay attention and begin to prepare.”

²⁸ Criticism of the audience also happened in the law court, but the frequency at which such tactics were used in the Assembly is significant.

καίτοι ταῦτα, καὶ εἰ μικρά τις ἡγεῖται, μεγάλ', ὧ ἄνδρες Ἀθηναῖοι, δείγματα τῆς ἐκείνου γνώμης καὶ κακοδαιμονίας ἐστὶ τοῖς εὖ φρονούσιν. ἀλλ', οἷμαι, νῦν μὲν ἐπισκοτεῖ τούτοις τὸ κατορθοῦν: αἱ γὰρ εὐπραξίαι δειναὶ συγκρύψαι τὰ τοιαῦτ' ὄνειδη: εἰ δέ τι πταίσει, τότε ἄκριβῶς αὐτοῦ ταῦτ' ἐξετασθήσεται. δοκεῖ δ' ἔμοιγ', ὧ ἄνδρες Ἀθηναῖοι, δείξειν οὐκ εἰς μακράν, **ἂν οἱ τε θεοὶ θέλωσι καὶ ὑμεῖς βούλησθε.**

These are perhaps trivial things, and yet, Athenians, to wise men they afford an important proof of the infatuation of his character. For the present, however, his prosperity throws all this into the shade (for success is apt to cover a multitude of faults); but if he trips, then we shall know all about his vices. And it seems to me, Athenians, **that we shall not have to wait long for the exposure, if heaven wills and you so resolve** (emphasis by the author).

The speaker claims that the success of Philip is not due to his ability, but to the supineness of the Athenians. But if Demosthenes' fellows take decisive action and Philip fails, the entire Hellenic world will realize how weak the king of Macedon truly is. By mingling divine will with human determination in stating that together they make things happen in human (political and military) history, Demosthenes underlines the value of self-initiative, while also reminding his fellows of the cultural belief that the gods (and *tychē*) intervene in human affairs, and that prosperity is the result of the synergy between them and people (whether individuals or communities).²⁹ Beyond the speaker himself, who, a few paragraphs later, in 2.23, repeats that "one who is himself idle cannot possibly call upon his friends, much less upon the gods, to work for him," other sources also underline the synergy between the gods and humans as the determining factor of progress; cf. Aeschylus (fr. 395) notes, "φιλεῖ δὲ τῶ κάμνοντι συσπεύδειν θεός" ("god loves to aid the man who toils"); Sophocles fr. 407: "οὐκ ἔστι τοῖς μὴ δρῶσι σύμμαχος τύχη" ("good luck never accompanies those who do not work"). Aesop (6th century BC) also underlines the significance of action in his notable phrase "σὺν Ἀθηνᾶ καὶ χεῖρα κίνει" ("along with Athena, move also your hand") (*Fables*

²⁹ References to the belief that the gods and fortune intervene in human affairs: for Eubulides' prayer to the gods that a son might be born to him as a daughter had been see *Against Macartatus* 12, for rituals devoted to specific gods in order for them to issue a divine portent and send good fortune see §66). References to the belief that individuals are attached to ill fortune for the misfortunes that befell the Athenians because of Theocrines, see *Against Nicostratus* 7; *Against Theocrines* 60. On *tychē* in particular, see Demosthenes 1.1, 3, 10–11.

30: *Shipwrecker*; cf. *Proverbs* 36). Demosthenes, perhaps capitalizing on these established cultural patterns, many times in his symbouleutic speeches (as indeed in 2.1)³⁰ points out that the gods (and *tychē*, as in 4.12)³¹ favor the city of Athens.

A question that may readily occur to modern readers of Demosthenes is why in some parts of his speeches he presents Philip's success as being fragile, while mentioning in others (as in 4.42 and 10.23)³² that it is stable because it is the admirable result of his steadfast determination and hyperpolitical and skillful military action. This is because the speaker has different purposes to serve at different points in his speech. The central argument remains the same throughout his three *Olynthiacs* and four *Philippics*: Philip is exploiting the inactivity of the Athenians – and he has the gods on his side for this very reason. If the Athenians change course, Philip's luck will, almost Surely, vanish and be overturned; in Demosthenes' words, "[w]herever, I believe, we send out a force composed partly or wholly of our citizens, there the gods are gracious and fortune fights on our side."

A clearer example of Demosthenes' claim about the instability of Philip's power can be found in 4.8:

³⁰ Demosthenes 2.1: "On many occasions, men of Athens, one may, I think, recognize the manifest favour of heaven towards our city, and not least at the present crisis. That Philip has found men willing to fight him, situated on his frontiers and possessed of considerable power, above all so determined that they regard any accommodation with him as both delusive and fatal to their own country— this has all the appearance of a superhuman, a divine beneficence."

³¹ Demosthenes 4.12: "Nor is this all. If anything happened to him, or if Fortune, which always cares for us better than we care for ourselves, should bring that result about, remember that you must be on the spot if you want to take advantage of the general confusion and to control the situation at your pleasure; but in your present condition you would be unable, even if the opportunity offered, to take over Amphipolis, having neither a force nor a policy ready to hand."

³² Demosthenes 4.42: "It seems to me, Athenians, as if some god, out of very shame for the conduct of our city, had inspired Philip with this activity. For if he did nothing more but were willing to rest satisfied with what he has already captured and subdued, I believe some of you would be quite content with what must bring the deepest disgrace upon us and brand us as a nation of cowards. But by always attempting something new, always grasping at more power, he may possibly rouse even you, if you have not utterly abandoned hope." 2.23: "No wonder that Philip, sharing himself in the toils of the campaign, present at every action, neglecting no chance and wasting no season, gets the better of us, while we procrastinate and pass resolutions and ask questions. I cannot wonder at this: the contrary would rather surprise me, that we, performing no single duty of a combatant, should overcome the man who fulfils them all."

μη γὰρ ὡς θεῶ νομίζετ' ἐκείνω τὰ παρόντα πεπηγῆναι πράγματ' ἀθάνατα, ἀλλὰ καὶ μισεῖ τις ἐκείνον καὶ δέδιεν, ὧ ἄνδρες Ἀθηναῖοι, καὶ φθονεῖ, καὶ τῶν πάνυ νῦν δοκούντων οἰκείως ἔχειν: καὶ ἅπανθ' ὅσα περ κὰν ἄλλοις τισὶν ἀνθρώποις ἔνι, ταῦτα κὰν τοῖς μετ' ἐκείνου χρῆ νομίζειν ἐνεῖναι. Κατέπτηχε μέντοι πάντα ταῦτα νῦν, οὐκ ἔχοντ' ἀποστροφὴν διὰ τὴν ὑμετέραν βραδυτῆτα καὶ ῥαθυμίαν: ἦν ἀποθέσθαι φημί δεῖν ἤδη.

Do not believe that his present power is fixed and unchangeable like that of a god. No, men of Athens; he is a mark for the *hatred and fear and envy* even of those who now seem devoted to him. One must assume that even his adherents are subject to the same passions as any other men. At present, however, all these feelings are repressed and have no outlet, thanks to your indolence and apathy, which I urge you to throw off at once (emphasis by the author).

Apostrophizing the Athenians directly, Demosthenes claims that Philip's power conceals his great weakness, that he is isolated from the rest of the Macedonians, a situation that is in turn caused by his high-handedness, as indicated in the text by three strongly emotional verbs: Philip is accused of hating (*μισεῖ*), fearing (*δέδιεν*), and envying (*φθονεῖ*). It is notable that the speech in 4.8 starts with an imperative, which issues a forceful and prompt exhortation to the audience to realize that Philip's power is not as stable as that of the gods. Present-stem, or *imperfective/durative*, imperatives denote that the order, i.e., the request of the speaker to the addressees, is constant, continuous, and repeating; “[this] is the obvious choice for an imperative when there can be no doubt as to *what* action the person addressed is supposed to be taking – whether 1) because this action has been mentioned or implied earlier or 2) because he is already performing it – and the imperative serves to ask him or her either to continue or stop doing so” (Sicking 1991, 157, emphasis in original). Imperatives, as in the context of 4.8, do not have an abrasive, aggressive, or impolite character or force, but they do aim to instill forcibly in the mind of the audience members the need to take immediate action (see Serafim 2021, 388–417). The first part of the text in 4.8 links well to the last part: “do not believe Philip's power is stable,” Demosthenes asks the Athenians, and “take action against him” (“*βραδυτῆτα*

καὶ ῥαθυμίαν ἀποθέσθαι”). Imperatives that urge actions are regularly used both in forensic and in symbouleutic orations (as in 1.25 and 4.14; for more on imperatives in symbouleutic orations see Serafim 2022).³³

An interesting feature of Demosthenes 2.20 is the use of the civic address, ὦ ἄνδρες Ἀθηναῖοι. It has been argued that any speaker in Athens had at his disposal three stock formulas of address: in addition to the civic address, he also had the judicial address (ὦ ἄνδρες δικάσταί) and the descriptive one (ὦ ἄνδρες). And however reasonable and expected the use of the civic address in political orations may be, it is also important to underline the persuasive role this pattern serves by reinforcing the belief in the Athenians that their decision is important for the entire city, and that they should, therefore, cast their vote responsibly (on addresses to the audience see Martin 2006, 75–88; Serafim 2017, 26–41; 2021, 71–98). The speaker thinks that he has an important message to convey to his audience, as indeed indicated at the beginning and end of 2.20, where he states emphatically the need for the Athenians to act, so that they would have the support of the gods. The use of the civic address in this context makes it abundantly clear that the audience, as members of the city, should take immediate and decisive action. Because the addresses have this important message to communicate to the audience, they are used heavily in all seven speeches that are explored in this paper, and they occur evenly, i.e., from exordium to peroration: *Olynthiac 1*, 14 instances; *Olynthiac 2*, 19 instances; *Olynthiac 3*, 20 instances; and *Philippic 1*, 25 instances; *Philippic 2*, 5 instances; *Philippic 3*, 10 instances; *Philippic 4*, 14 instances.

The civic addresses to the audience also enable Demosthenes to undertake the political role he always reserves for himself: he is talking to the men of the city as their virtuous advisor. In his words in 6.1:

If the question before us were a new one, men of Athens, I should have waited until most of the regular speakers had delivered their opinions, and if satisfied with any of their

³³ Demosthenes 1.25: “One point more, men of Athens. Do not forget [μηδέ... λανθανέτω] that you can today choose whether you must fight there, or Philip must fight here. If Olynthus holds out, you will fight there, to the detriment of his territory, while you enjoy in security the land that is your home. But if Philip takes Olynthus, who is to prevent his marching hither? The Thebans?”; 4.14: “Wait till you have heard everything before you pass judgement [κρίνατε]. Do not be premature [μὴ πρότερον προλαμβάνετε]; and even if at the outset I seem to be suggesting a novel kind of expeditionary force, do not imagine that I am trying to postpone our operations. It is not those who cry ‘at once’ or ‘today’ that really speak to the purpose, for no dispatch of forces now could prevent what has already happened.”

proposals, I should have remained silent, but if not satisfied, I should then have tried to express my own views. Since, however, it is our fortune to be still debating a point on which they have often spoken before, **I can safely claim your indulgence if I am the first to rise and address you [ἡγοῦμαι καὶ πρῶτος ἀναστᾶς]**. For if in the past their advice had been sound, there would be no need for deliberation today (emphasis by the author).

Demosthenes claims that he alone can offer the best advice to the Athenian *dēmos* on the Pnyx, whereas the other speakers are failed advisors whose help has led the city into misfortune and political turmoil. This strongly resembles the phraseology in 18.172–173, where Demosthenes, after describing the panicked reactions of the Athenians to the news that Philip had captured an allied *polis*, Elatea, claims that he was the only citizen willing and able to stand up in the Assembly and advise the Athenians about how to cope with their foreign enemy (for further details see Serafim 2015, 103–105).³⁴

3.1.2. *Ēthos and Pathos*

It is well established in both ancient and modern theory that the presentation of character is persuasive because it stirs up emotions. Aristotle, to mention an important figure in the process of systematizing ancient rhetorical theory, says that to persuade is “to put the hearer into a certain frame of mind” (“τὸν ἀκροατὴν διαθεῖναι πῶς”; *Rhetoric* 1356a1–4), a condition achieved by means of the portrayal of moral character and *pathos*. *Ēthopoia*, the process of presenting character, often mentioned in works of modern scholarship (Serafim 2017, 25), aims to create groupings that unite or divide people – both those present on the Pnyx and those absent from the political proceedings of the Assembly. It is important to note that symbouleutic speeches were made for political reasons (as indeed trials were politicized), not simply to sway those citizens present in the audience, but

³⁴ Demosthenes 18.172–173: “But, it seems, that day and that crisis called not only for the patriot and the rich man, but for the man who had followed the course of events from the beginning and had calculated correctly the reason and purpose of Philip’s actions. For anyone who had not grasped those purposes, or had not studied them long beforehand, however patriotic, and however wealthy he might be, was not the man to appreciate the needs of the hour, or to find any counsel to offer to the people. Well, I was the man who came forth on that day and addressed you.”

also all the Athenians in the *polis*. This is the distinction between *immediate* and *distant audience* that has been made elsewhere by the author (Serafim 2017). Unity and division, as argued in modern sociological theories, e.g., the *social identity* in Tajfel, Turner (1979) and the *emotional community* in Rosenwein (2002), determine the cognitive attitudes toward persons and actions (see Tajfel, Turner 1979; Miller *et al.* 1981, 494–511; Conover 1984, 760–785; Lau 1989, 220–223; Rosenwein 2002, 821–845; Huddy 2003, 511–558; Hall 2006, 388; Rosenwein 2006; Arena 2007, 151; Michalopoulos *et al.* 2021). The speaker presents himself in such a way as to denote that he belongs to the same group as the other audience members because they all espouse the same values, the most important of which is love of the *polis*, and must cope with common dangers that are fondly encapsulated by their opponents within and outside the *polis*, both individuals and hostile communities. This is close to the Aristotelian assertions that “the orator persuades by moral character when his speech is delivered in such a manner as to render him worthy of confidence” (*Rhetoric* 1356a4–6) and “character has almost, so to speak, the greatest authority in winning belief” (1356a13; cf. 1377b20–24; 1378a6–15). *Ēthopoiia* also generates division, alienation or dissociation, and prolongs hostility, denigrating individuals against the background of societal preconceptions, with the aim of isolating them from the community, and persuading the audience by setting up people, matters and ideas as antithetical to the listeners.

The construction (positive presentation) and deconstruction (negative presentation) of character is a common feature of both symbouleutic and forensic oratory. There is a difference in technique, however, in that, in symbouleutic oratory, *the character of collectivities*, i.e., civic/ethnic and cultural communities, is presented positively or negatively, whereas, in forensic oratory, it is mostly *the character of individuals* that is depicted. This is reasonable, given that forensic speeches are accusations or apologies about a past legal incident, in which individuals are involved either as perpetrators or as victims of the illegality. Symbouleutic orations, on the other hand, are about matters that concern and affect the entire city – that is why there are abundant references to the city itself: its ancestral past, its historical successes and failures, and the attitude its people have toward important matters of inter- and intra-state politics. It is not surprising, therefore, that in the symbouleutic speeches that are examined, Demosthenes at times praises the Athenians as a political whole and at times castigates them, depending on his aim at crucial points in the process of speech-making in the Assembly on the Pnyx.

His accusations mostly revolve around the supine attitude that he accuses the Athenians of showing toward Philip, as he does in *Olynthiac* 1.24. What marks this attempt of the speaker to deconstruct the collective *ēthos* is the use of terms that have strong emotive value. The text is as follows:

δεῖ τοίνυν ὑμᾶς, ὧ ἄνδρες Ἀθηναῖοι, τὴν ἀκαιρίαν τὴν ἐκείνου καιρὸν ὑμέτερον νομίσαντας ἐτοίμως συνάρασθαι τὰ πράγματα, καὶ πρεσβευομένους ἐφ’ ἃ δεῖ καὶ στρατευομένους αὐτοὺς καὶ παροξύνοντας τοὺς ἄλλους ἅπαντας, λογιζομένους, εἰ Φίλιππος λάβοι καθ’ ἡμῶν τοιοῦτον καιρὸν καὶ πόλεμος γένοιτο πρὸς τῇ χώρᾳ, πῶς ἂν αὐτὸν οἴεσθ’ ἐτοίμως ἐφ’ ὑμᾶς ἐλθεῖν; **εἴτ’ οὐκ αἰσχύνεσθε**, εἰ μὴδ’ ἂ πάθοιτ’ ἄν, εἰ δύναιτ’ ἐκεῖνος, ταῦτα ποιῆσαι καιρὸν ἔχοντες οὐ τολμήσετε;

Look then, Athenians, upon his difficulties as your opportunity. Be prompt to take up the challenge. Send embassies when necessary. Take the field in person. Rouse all the other states. Reflect how eagerly Philip would march against you, if he had such a chance as we have, and if the war were on our frontiers. **Are you not ashamed if**, having the opportunity, you lack the courage to do to him what he would certainly do to you if he could (emphasis by the author)?

The speaker addresses the Athenians directly (this is why the civic address is most pertinent in the given context) to exhort them strongly as to what decisions they should make and what actions should be urgently undertaken against Philip of Macedon. This part of the Demosthenic speech ends climactically with a rhetorical question, a means of argumentative *auxēsis*, i.e., the strengthening of the argument that a speech puts forward, which adds to the liveliness of the speech and generates emotional reactions, given also that a word that carries strong emotional force is used (*αἰσχύνεσθε*). By its very lack of restraint – meaning that this word has an innate aggressive character, as it is used to accuse the audience of inertness and exert moral and emotional pressure – *αἰσχύνεσθε* works well in the general context of the question, as a means of grasping the attention of the audience and affecting the way its members think of others (i.e., Philip and how to oppose him), but above all of themselves (i.e., what to do to regain self-confidence and protect themselves from the infamy of inaction). Demosthenes is clever here in twisting the standard version of character assassination: instead of claiming that the Athenians have a blameworthy collective character, he says they will acquire such a character if they do not stand up to Philip. The deconstruction of character is, thus, forthcoming, imminent, and potentially perdurable, in the sense that the Athenians will be ashamed whenever they

do not stand up to their enemies, especially when they have opportunities to do so effectively. This negative *ēthopoia* is intended to intimidate the Athenians, who are emphatically urged by the speaker to avoid shameful inaction *in perpetuum*; the burden on their shoulders is extremely heavy.

Regarding the use of questions in particular, ancient theory acknowledges that, if skillfully used, they serve strategic purposes. For Longinus in *On the Sublime* 18.1–2, for example, questions add to the vehemence of a speech. Demetrius, in his treatise *On Style* 279, points out that “in speaking it is sometimes forcible to address questions to the audience without disclosing one’s own view. For instance: ‘nay, he was appropriating Euboea and establishing a fortress to command Attica; and in so doing was he wronging us and violating the peace, or was he not?’ The orator forces his auditor into a sort of corner, so that he seems to be brought to task and to have no answer. If the positive statement ‘he was wronging us and violating the peace’ were substituted, the effect would be that of precise information rather than of cross-examination.” Tiberius, in *Figures* 13, recognizes four functions of questions: to engage the audience and grasp the attention of its members, to clarify matters, to create vividness or convey excitement, and to refute an opponent’s arguments (Serafim 2020, 229–248; Hall 2022).

Therefore, *ēthopoia*, which is achieved by means of combined rhetorical techniques, such as questions and carefully chosen wording, increases the emotional power of political oration and perhaps its effectiveness in controlling the audience. An intriguing aspect of the emotions that the speeches of Demosthenes delivered on the Pnyx aim to stir up (e.g. intimidation in 1.24, 1.2, 12–14, and 4.11, and anger in 1.8–11, 4.42) is that they aim unambiguously to lead to decisive actions. Fear can thus be defined as “an intervening variable between sets of context-dependent stimuli and suites of behavioral response” (Adolphs 2013, 1). It has been proved by experimental psychological and neurophysiological research that fear scenarios, such as danger and inescapability, may lead to *passive* or *active behavioral responses*. Passivity in responses describes an utter lack of physical or mental/cognitive action (e.g., fear leads to freezing and immobility). Unlike anxiety, which leads to prediction and preparedness, fear may cause people to “cringe” when they see or must face a shocking incident and are unable to perform cognitive processes. To be in fear means, in some cases, to be in a state of helplessness, having no way to extricate yourself from excruciating difficulties. Activeness in behavioral responses is when a living creature that faces a threatening stimulus reacts by physical movement (both kinetic, e.g., running, and vocal, e.g., screaming) and cognitive activity (e.g., working out how to overcome danger; see Adolphs 2013, 1). Researchers seek to explain the difference between passive and active responses to fear through the lens

of physiology. Adolphs notes, for example, that “switches from passive to active fear responses ([from] freezing to fleeing) are tightly dependent on distance from a predator, because different behaviors would be adaptive at different distances (for example, the possibility of evading detection *versus* the need to engage). [...] A major contextual factor in the evaluation of fear-inducing stimuli is whether or not escape might be possible, or whether the threat seems inescapable, a distinction related to the modulatory factor of control that we noted earlier. The former is typically associated with flight, whereas the latter is typically associated with freezing and defense” (Adolphs 2013, 10).

Thousands of years before Adolphs and other researchers thought of and undertook experiments to explain the difference between passive and active responses to fear, Demosthenes himself presented these two kinds of behavior when, in 18.170, he described his fellow Athenians as being so terrified by the news that Philip had conquered an ally of theirs, the city of Elatea, that they did not even dare to ascend the *bēma* in the Assembly to debate how they could escape the dire consequences of Philip’s imperialism.³⁵ They rather ran around (this is an example of a kinetic, active response to fear), as we are told in §169,³⁶ but were unable to think, make decisions, or implement them.

It is noteworthy that in the speeches delivered on the Pnyx, which are examined in this paper, where emphasis is placed on the actions of the Athenians against Philip, Demosthenes makes sure his fellow citizens receive as clearly and forcefully as possible the message that they should act in a cognitively coherent and effective way. A good example is in 4.11:

³⁵ Demosthenes 18.170: “The Council arrived, the presiding Councilors formally reported the intelligence they had received, and the courier was introduced. As soon as he had told his tale, the marshal put the question, “Who wishes to speak?” No one came forward. The marshal repeated his question again and again, but still no one rose to speak, although all the commanders were there, and all the orators, and although the country with her civic voice was calling for the man who should speak for her salvation; for we may justly regard the voice, which the crier raises as the laws direct, as the civic voice of our country.”

³⁶ Demosthenes 18.169: “Evening had already fallen when a messenger arrived bringing to the presiding councillors <https://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Dem.+18+169&fromdoc=Perseus:text:1999.01.0072> the news that Elatea had been taken. They were sitting at supper, but they instantly rose from table, cleared the booths in the marketplace of their occupants, and unfolded the hurdles, while others summoned the commanders and ordered the attendance of the trumpeter. The commotion spread through the whole city. At daybreak on the morrow the presidents summoned the Council to the Council House, and the citizens flocked to the place of assembly. Before the Council could introduce the business and prepare the agenda, the whole body of citizens had taken their places on the hill.”

“Is Philip dead?” you ask. “No, indeed; but he is ill.” And what is that to you? Even if something happens to him, you will soon raise up a second Philip, if that is the way you attend to your affairs; for even this Philip has not grown great through his own unaided strength so much as through our carelessness.

Demosthenes calculatedly tries to present Philip as a threat, and thus a source of fear – *in perpetuum* (as in 1.24, discussed above): even if “the current Philip” dies, another will emerge to move against the Athenians. Audience members and citizens are made the center of actions and events; they bear all the responsibility for whatever might happen. They cause the problem because of inactivity, i.e., character deconstruction or negative *ēthopoiia*, but they have a solution to that: changing their collective character and showing dynamism in dealing with their enemies. Inaction is what causes fear in this passage, so it can no longer be the Athenians’ choice.

More bitter and thorny are the words of Demosthenes in 4.42. Fear is no longer the emotion that he thinks will best serve his purposes; instead he chooses to elicit anger from the Athenians, but without simply referring to Philip’s *ēthos* – how rapacious he is and how aggressive toward Athens he shows himself to be (e.g., in 2.5 where Philip is accused of perjury and chicanery; or in 4.9 and 10.2, passages that derogate Philip systematically, from beginning to end).³⁷ Demosthenes 4.42 is as follows:

It seems to me, Athenians, as if some god, **out of very shame** [*αἰσχυνόμενος*] **for the conduct of our city**, had inspired Philip with this activity. For if he did nothing more but were willing to

³⁷ Demosthenes 2.5: “Now to call a man perjured and faithless, without drawing attention to his acts, might justly be termed mere abuse; but to describe his conduct in detail and convict him on the whole count fortunately requires only a short speech. Moreover, I have two reasons for thinking the story worth the telling: Philip shall appear as worthless as he really is, and those who stand aghast at his apparent invincibility shall see that he has exhausted all the arts of chicanery on which his greatness was founded at the first, and that his career has now reached its extreme limit.” 4.9: “For observe, Athenians, the height to which the fellow’s insolence has soared; he leaves you no choice of action or inaction; he blusters and talks big, according to all accounts; he cannot rest content with what he has conquered; he is always taking in more, everywhere casting his net round us, while we sit idle and do nothing.” 10.4: “Now the extent of the recklessness and rapacity that Philip shows in his dealings with all men is indeed as great as it has been described to you; but how impossible it is to stay him in this career by argument and declamation, assuredly no one is ignorant. For indeed, if no single thing else can teach a man the truth of that, let him weigh the following consideration. When we have had to speak in defence of our rights, we have never yet been defeated or proved in the wrong, but in every case we vanquish all our opponents and have the best of it in argument.”

rest satisfied with what he has already captured and subdued, I believe some of you would be quite content with what must bring the deepest disgrace upon us and brand us as a nation of cowards. But by always attempting something new, always grasping at more power, he may possibly rouse even you, if you have not utterly abandoned hope. (emphasis by the author)

It appears that the target of anger in this passage is not only Philip, however covetous, insolent, and reckless he is presented to be. The target of anger is mostly the Athenians themselves, since the actions that Philip undertook are masterfully correlated in the passage with their inertness. Rhetoric is put into action superbly here. Demosthenes identifies the target audience by means of the address – the Athenians are the recipients of the central message that they need to become active agents by deciding to stand up to Philip, immediately and decisively. Therefore, the agents are directed by the speaker to blame themselves for the actions of the king of Macedon. “Self-anger” leads to the urgent undertaking of actions before it is too late to act. Anger at Philip may have theoretically been caused by the events themselves, since he had conquered the allied cities of Athens one after another; this, however, led to no action by the Athenians if we are to believe Demosthenes. But the feeling that the Athenians themselves should be ashamed – specifically, that the gods feel that the citizens of Athens have brought shame on their city through their political and military conduct – aims to move them decisively forward. Shame generates a sense of guilt, and this leads to self-anger, relief from which is achieved by removing the cause of shame and guilt – inaction, in the case of the Athenians (on the phenomenology of shame and guilt see Gilbert, Pehl, and Allan 1994, 23–36; Deonna, Rodogno, and Teroni 2011).

Because anger is mostly other-directed (at individuals, groups, and institutions), its self-direction is left vastly understudied in modern interdisciplinary phenomenology, as also in classical scholarship on the Attic orators (see Ellsworth, Tong 2006, 572–586). Current research unambiguously indicates that anger is, of all humanly felt emotions, the one that generates action; as L. Silva points out, “unlike other negative emotions such as sadness, where coping potential is paradigmatically low (little can typically be done to change the saddening event or its consequences), anger involves an element of optimism regarding the agent’s capacity to change the triggering event, keep it from repeating itself, or seek reparations for

it” (Silva 2022, 2; cf. Roseman 1991, 161–200; Scherer 2005, 312–324). A superb description of self-directed anger is offered by Plato at *Republic* 439e–440b (see also Jimenez 2020, 285–307).³⁸

The construction, i.e., the positive depiction, of the collective *ēthos* of the Athenian community is also made by means of the presentation of exceptional examples of citizens who encapsulate the ancestral glory and the civic ideal of *kalokagathia*, virtue and goodness. Heroes and respected statesmen, and the stories told about them, frame a community’s consciousness, worldview, and perception of the past. As James Mayer pointed out, “[t]hey are seen as exemplars of the community ideal and they attain (semi-)divine status in the worldviews of those who are imagined as their descendants. [...] Constructing myths around the stories of heroic figures is a straightforward means to streamline a complex history into a simple and instructive narrative. Heroic figures carry preconceived associations that can be easily attached to new narratives, and the form of the epic or other heroic narrative is an entertaining and easily memorable structure to transmit and perpetuate understandings of the community’s past” (Mayer 2011, 15–16). One such an example of how exceptional individuals represent the whole Athenian body politic is given in Demosthenes 3.26:

ὥστε τὴν Ἀριστείδου καὶ τὴν Μιλτιάδου καὶ τῶν τότε λαμπρῶν οἰκίαν εἴ τις ἄρ’ οἶδεν ὑμῶν ὅποια ποτ’ ἐστίν, ὄρᾳ τῆς τοῦ γείτονος οὐδὲν σεμνοτέραν οὔσαν: οὐ γὰρ εἰς περιουσίαν ἐπράττετ’ αὐτοῖς τὰ τῆς πόλεως, ἀλλὰ τὸ κοινὸν αὔξειν ἕκαστος ᾤετο δεῖν. ἐκ δὲ τοῦ τὰ μὲν Ἑλληνικὰ πιστῶς, **τὰ δὲ πρὸς τοὺς θεοὺς εὐσεβῶς**, τὰ δ’ ἐν αὐτοῖς ἴσως διοικεῖν μεγάλην εἰκότως ἐκτήσαντ’ εὐδαιμονίαν.

The houses of their famous men, of Aristides or of Miltiades, as any of you can see that knows them, are not a whit more splendid than those of their neighbors. For selfish greed had

³⁸ Plato, *Republic* 439e–440b: “Leontius, the son of Aglaion, was going up from the Piraeus along the outside of the North Wall when he saw some corpses lying at the executioner’s feet. He had an appetite to look at them but at the same time he was disgusted and turned away. For a time, he struggled with himself and covered his face, but, finally, overpowered by the appetite, he pushed his eyes wide open and rushed towards the corpses, saying, ‘Look for yourselves, you evil wretches, take your fill of the beautiful sight! I’ve heard that story myself. It certainly proves that anger sometimes makes war against the appetites, as one thing against another. Besides, don’t we often notice in other cases that when appetite forces someone contrary to rational calculation, the person reproaches himself and gets angry with that in him that’s doing the forcing, so that of the two factions that are fighting a civil war, so to speak, spirit allies itself with reason?’”

no place in their statesmanship, but each thought it his duty to further the common weal. And so by their good faith towards their fellow Greeks, **their piety towards the gods**, and their equality among themselves, they deserved and won a great prosperity (emphasis by the author).

As argued elsewhere by the author, Demosthenes makes a tacit yet skillful association between religion and politics: one of the praiseworthy qualities that the two prominent Athenians share, beyond their integrity, honesty, love for the *polis* and care for Hellas as a whole, and sense of justice, is reverence for the gods. “By choosing to refer specifically to these two historical Athenian statesmen, Demosthenes invites the Athenians to identify themselves with Aristides and Miltiades and all they represent, including piety” (Serafim 2021, 134–135). Religion is closely connected with patriotism and politics, an association that is succinctly described in theory as *polis*-religion (see Sourvinou-Inwood 1988, 259–274; 1990, 295–322). The reference to *Ἑλληνικά*, fellow Greeks or Greek affairs, is also important in the context of 3.26, where Demosthenes’ aim is to persuade his fellow Athenians to stand up to Philip and protect Olynthus. Two of the exemplified and ideal personages of the glorious ancestral past cared for Hellas – and so should the Athenians. The message of the speaker becomes, in context, crystal clear: to become as *kaloï kagathoi* as Aristides and Miltiades were, encapsulating the glory of Athens, they should stand up for their allies and the entire Greek world.

3.2.3. Hypocrisy

The transmitted symbouleutic speeches of Demosthenes contain specific textual markers that give us clues to the likely use of gestures and vocal ploys (such as the elevation of tone and volume to give emphasis to his arguments). Unfortunately, we cannot be more assertive, given the lack of any visual records of what was said and happened on the Pnyx. The markers that point to *hypocrisy* include direct speech, questions (either rhetorical or followed by immediate answers, which is known as *hypophora*), figures of speech (such as repetition, as in 2.10, 3.33, 4.46, and antithesis, as in 2.5 and 10.70), ritualistic dicta, such as prayers and invocations to the gods and oaths (as in Demosthenes 3.17; 9.54; 10.7, 20, 25), which would have been accompanied, according to sources, by gesticulation and sonorous vocal recitation (on *hypocrisy* that accompanies ritualistic dicta in Attic

oratory see Serafim 2021, 83–95),³⁹ and the use of words that have strong emotional value and point to the vehemence and forcefulness of the oration. The purpose of *hypocrisis*, as already recognized in ancient rhetorical theory, is to emphasize the arguments and maximize the persuasive potential of orations. As Aristotle, for example, notes in *Rhetoric* 1404a1–5, “since the whole business of rhetoric is to influence opinion, we must pay attention to it, not as being right, but necessary. Now, when *hypocrisis* comes into fashion, it will have the same effect as acting. Wherefore people who excel in this in their turn obtain prizes, just as orators who excel in delivery; for written speeches owe their effect not so much to the sense as to the style.” Several other sources also highlight the significant persuasive potential of *hypocrisis* in public speaking, e.g., Plutarch, *Lives of the Ten Orators* 845b1–5; *Demosthenes* 11.2–3 (on the potential of *hypocrisis* to add verve to the features of an oration and maximize its persuasive impact upon the audience see Serafim 2017; 2021, 83–84).

A notable feature of the seven Assembly speeches of Demosthenes that are examined in this paper is that they are full of questions, which are used evenly, from exordium to peroration.⁴⁰ This is evidently because questions, as has already been argued, introduce a sense of liveliness and immediacy to the speech; their use is a signal by the speaker of his will to communicate with the audience. This communicative approach to the audience is rather artificial, of course, as there was no institutional provision for the speakers and audience on the Pnyx to formally engage in conversation during an oration. Questions are also a means of highlighting important arguments by grasping the attention of the audience: interrupting the narrative to ask a question indicates that the point that follows, due to the change in the mode of expression, is “special”, noteworthy and important, especially when questions accumulate in the narrow space of a few sections (as in 3.16–17 and 4.43–44, where nine and six questions respectively are used in a row, and 9.32–35 where twelve questions are used). It is Demosthenes 4.43–44

³⁹ According to Demosthenes 18.259–260, in praying, the performer would have raised his voice, while also raising his hands to the heavens. Pseudo-Aristotle says that people in antiquity raised their hands to the sky when praying (*On the Universe* 400a16), a reference that is also made in Demosthenes 43.66. In *Laws* 717a, Plato also informs us that whenever someone called on the Olympian gods he would raise his right hand, whereas when he prayed to chthonian gods, such as Earth, he would raise his left hand.

⁴⁰ Questions can be found in the following sections of Demosthenes’ seven symbouleutic speeches, which are examined in this paper: 1.15, 24; 3.6, 16–17, 19, 22, 29, 27, 30; 4.10, 26, 43–44; 6.20; 9.27; 10.65–66.

that Longinus discusses in *On the Sublime* 18 to illustrate the vehemence that *hypophora*, a pattern of asking and answering questions,⁴¹ injects into an Assembly (or any other) oration.⁴²

A superb example of rhetoric in action through *hypophora* – or *pathētikē*, to borrow the Longinus’ expression in *On the Sublime* 18 – i.e., its aim to stir up emotions in the Athenians and urge them to take action, can be found in Demosthenes 10.64–66:

§64: [1] What do you imagine is his motive in **outraging** [ὕβριζειν] you now—I think no other term describes his conduct—or why is it that, in deceiving the others, he at least confers benefits upon them, but in your case he is resorting to threats? For example, the Thessalians were beguiled by his generosity into their present state of servitude; no words can describe how he formerly deceived the miserable Olynthians by his gift of Potidaea and many other places; the Thebans he is now misleading, having handed over Boeotia to them and relieved them of a long and trying war.

§65: So each of these states has reaped some benefit from him, but while some have already paid the price by their sufferings, the others have yet to suffer whatever shall fall to their lot. As for you, I do not say how far you have been robbed, but in the actual making of the peace, how completely you were deceived, how grievously you were robbed! [2] Were you not deceived about Phocis, Thermopylae, the Thrace-ward districts, Doriscus, Serrium, Cersobleptes himself? [3] Is not Philip now holding the city of the Cardians, and admitting that he holds it?

⁴¹ Examples of *hypophora* can be found in Demosthenes 1.25; 2.3, 26; 4.2, 11, 25, 20, 22, 27, 34; 6.7, 31; 9.15, 18, 56, 70; 10.44, 51, 58, 61, 64–66.

⁴² Longinus notes in *On the Sublime* 18: “The impassioned rapidity of question and answer and the device of self-objection have made the remark, in virtue of its figurative form, not only more sublime but more credible. For emotion (τὰ παθητικὰ) carries us away more easily when it seems to be generated by the occasion rather than deliberately assumed by the speaker, and the self-directed question and its answer represent precisely this momentary quality of emotion (μιμνῆται τοῦ πάθους τὸ ἐπίκαιρον). Just as people who are unexpectedly plied with questions become annoyed and reply to the point with vigor and exact truth, so the figure of question and answer arrests the hearer and cheats him into believing that all the points made were raised and are being put into words on the spur of the moment.”

§66: [4] Why then does he deal in that way with the other Greeks, but with you in this way? Because yours is the one city in the world where immunity is granted to plead on behalf of our enemies, and where a man who has been bribed can safely address you in person, even when you have been robbed of your own. It would not have been safe in Olynthus to plead Philip's cause, unless the Olynthian democracy had shared in the enjoyment of the revenues of Potidaea (emphasis by the author).

Four questions (numbered) can be found in the three sections that are cited above: they function, in context, as repeated “punches” to the audience, an incessant stimulus of the mind, conscience, and collective civic/cultural ego of the Athenians. Demosthenes, calculatedly, starts by levelling a heavy accusation against Philip – that he is insulting the Athenians in an outrageous way (*hybris*), which leads to infamy and humiliation. Then, to maximize the effect of the question that will almost certainly trigger anger and exasperation among the Athenians, he claims that Philip is crueler toward them than toward the other Hellenes. But instead of making this point by means of narrative, he exploits the surprise element of the first question in §64, while also enhancing the vehemence of the accusation and inviting the audience to get involved in the game of negatively evaluating Philip's hostile behavior toward Athens. The answer to the first question is not given in the next section, §65, but rather Demosthenes prolongs the excruciation of the audience by continuing to ask upsetting questions about Philip's stance toward the Athenians. These questions are designed to incite anger and direct it against the enemy. The final blow to the audience is given in §66: it is here that the question of §64 is repeated and answered. In other words, the *hypophora* starts in §64 and is concluded two sections later. Extending the emotional pressure that is placed on the audience from section to section, asking questions that force the Athenians to think and feel – putting them, in other words, in a sort of inescapable cognitive “corner” – Demosthenes aims to elicit a reaction, which in fact is an action against Philip. To keep up the forcefulness of *hypophora* from the first to the last section of this part of his oration, and to thus maximize its effect on the audience, it is likely that Demosthenes would have used vocal ploys – such as raising his tone of voice – when he asked the four questions and when he gave his answer.

In addition to questions, direct speech is also ubiquitous in all the parts of Demosthenic symbouleutic orations: exordium, main part (*pistis/apodeixis* and narrative), and peroration.⁴³ The combined use of direct speech and questions (as in 3.19, 22, 29) aims to maximize the liveliness of the speech and its communicative efficacy. A possible reason why Demosthenes uses direct speech so frequently throughout his speeches could be because it has the effect of surprising and engaging the audience, in the sense that it breaks up the “normal”, and perhaps also “dull”, succession of narrative sections, adding to the verve and immediacy that a speech delivered before a live audience should have. It is very likely that, to strengthen the sense of immediacy, the speaker would have used vocal ploys, inasmuch as it appears that some instances of direct speech invite sarcastic or playful mimicry, especially when the alleged utterances of enemies or excuses of the Athenians – which the speaker considers petty – should be emphasized. A caveat is necessary here: the examination of the markers that oratorical (and any other) texts contain as indicators of mimicry (and, more broadly, *hypocrisy*) is mostly based on the intuition of individual or group readers (known in theory as *interpretative communities*). The textual markers that point to aspects of *hypocrisy* can, arguably, be of two kinds: “objective”, i.e., those that give us unambiguous clues as to what aspects of gesticulation and vocality are used by speakers (e.g., *deixis*, manifested usually by pronouns, almost certainly requires the use of hand or head gestures to direct people’s gaze toward the intended target); and “subjective”, i.e., those that take meaning from the ways in which readers understand the text.

Mimicry belongs to the second category. It is my view that it is the context, not every instance of direct speech independently of it, that creates the need for mimicry. One such context is in Demosthenes 3.22:

But ever since this breed of orators appeared who ply you with such questions as “**What would you like? What shall I propose? How can I oblige you?**” [“*τί βούλεσθε; τί γράψω; τί ὑμῖν χάρισωμαι;*”] the interests of the state have been frittered away for a momentary popularity. The natural consequences follow, and the orators profit by your **disgrace** [*αἰσχρῶς*] (emphasis by the author).

⁴³ Instances of direct speech can be found in 1.14; 3.10, 19, 22, 29; 4.44; 9.27, 42; 10.11, 27, 70.

Not only does the text contains three staccato questions that are placed in direct speech, it is also that the context is adversarial, in the sense that the speaker is accusing his opponents – whom he deems irresponsible – of bringing disgrace upon the Athenians because they are cajoling their fellows to gain temporary popularity, despite the dire consequences this behavior may have for the *polis*. The severe accusation that is levelled against his opponents – enhanced by the use of the strong moral term αἰσχροῦς, which aims to incite anger and indignation toward the alleged perpetrators – arguably demands the use of vocal emphasis. To undermine the public/political status and authority of the orators to whom he scathingly refers, he would surely have delivered the utterance he calculatedly attributes to them in a such a way as to highlight their boldness and shamelessness. After all, it is highly unlikely that the adverb αἰσχροῦς was delivered deadpan, either here or elsewhere, as in 10.25,⁴⁴ where there is an accumulation of strong moral terms – αἰσχροῦς and ἀνάξιον. The expression of emotion can become authentic through *hypocrisis*, as Plutarch’s *Demosthenes* 11.2–3 clearly indicates.⁴⁵

4. PHYSICAL CONDITIONS AND SOCIOCULTURAL SIGNIFICANCE

This section raises two questions that have not been satisfactorily answered, despite having been addressed in some works of modern scholarship. The first is how the physical setting of the Pnyx affected the political workings of the Assembly. It has been argued by Johnstone (1996, 127) that speeches were passed from the front to the rear of the auditorium, and those Athenians who could not hear the speakers adequately because of the distance and noise, made their judgments based on “the speaker’s name and reputation”. Enos (1998, 331) opines that the speakers delivered

⁴⁴ Demosthenes 10.25: “By Zeus and all the other gods, it would be disgraceful [αἰσχροῦς] and unworthy [ἀνάξιον] of you and of the resources of your city and the record of your ancestors to abandon all the other Greeks to enslavement for the sake of your own ease, and I for one would rather die than be guilty of proposing such a policy.”

⁴⁵ In *Demosthenes* 11.2–3, Plutarch says that “there is a story about Demosthenes, that he was approached by a man asking him to help him plead in court. When the man explained how he had been beaten by someone, Demosthenes said ‘But you haven’t at all suffered what you say you have suffered.’ The man raised his voice and screamed ‘Have I, Demosthenes, not at all suffered?!’ and then Demosthenes said, ‘Oh yes, now I do hear the voice of someone who has been wronged and suffered.’ This shows how important for persuasion he considered the pitch (of voice) and delivery to be of those who speak.”

their pieces to “rotating audiences”. This topic is examined further, together with the second question: what sociocultural qualities of the Pnyx made the hill the center of political speech-making and, in fact, the cradle of Athenian democracy?

4.1. The Physical Setting of the Pnyx: Construction and Acoustics

Before going further into the two questions – especially the first one about the acoustic conditions in the auditorium – it is necessary to depict the setting. The Pnyx is a well-designed platform, theater-like in shape, which was carved into the rocky heights in the western part of the city of Athens. There were three phases of construction and architectural development. None of the three phases altered the main structure of the site: the Assembly area was unroofed and roughly semi-circular in form. Each of the three phases did, however, have its own unique features. During the first, around 500 BC, the auditorium followed the natural slope of the hillside, but this was thought not to have been completely practical, because the auditorium, approximately 40 meters deep and 60 meters wide, would have probably been exposed to wind.⁴⁶ The second phase of construction took place in 404–403 BC, when the auditorium was moved from the north to the southwest slope, in order for the seats to be protected from strong winds. Johnstone (1996, 116) argues that the acoustics improved on Pnyx II because of the reorientation of the auditorium and the speaker’s platform, with northeast winds blowing from behind the *bēma*. The third and final structural phase probably occurred around 330 BC (see Rotroff, Camp 1996, 263–294), when the auditorium were enlarged considerably (to 60 m deep and almost 120 m wide) by the addition of stoas that were never fully constructed (Figures 1 and 3).⁴⁷ The landmark of the site, which is still visible on the hill, is the stone *bēma* (the platform or “the stone”, ὁ λίθος, as it is known; cf.

⁴⁶ The speech of Andocides, *On His Return*, is perhaps the only transmitted piece of political oratory that was performed on Pnyx I (possibly delivered between 410 and 406 BC).

⁴⁷ If Pnyx III is to be dated around 330 BC, contrary to the argument that it was constructed around 340 BC, it is possible that none of the transmitted symbouleutic speeches of Demosthenes were actually delivered there. The speech dated most closely to 330 BC is the spurious *On the Treaty with Alexander* (speech 17), which, according to Hitchings (2017, 194) would have been delivered between late 334 and late 333 BC.

Aristophanes, *Acharnians* 683) for the speaker (Figure 4a-b-c; for the dating of the site on the slope of the Pnyx and detailed descriptions of the place see Kourouniotes, Thompson 1932, 90–217; Moysey 1981, 31–37).

The issue of the acoustics of the Pnyx and the practical, non-verbal arrangements in the *ecclesia* has relatively recently attracted the interest of scholars. Johnstone, though with somewhat impromptu and methodologically faulty fieldwork, attempted to reconstruct the acoustics of the site, concluding rather dishearteningly that, even in ideal physical and meteorological circumstances, the speeches, passing from the rear of the auditorium to the front, would have been heard by three-quarters of the audience members only, requiring the remainder to base their decisions upon the reputation of the speakers rather than the essence of their argumentation. A strong voice would be a fundamental prerequisite for speakers to be able to deliver orations in the Assembly, which is why Demosthenes supposedly tried hard to overcome the vocal shortcomings which both he himself and the late textual tradition attribute to him.⁴⁸

Johnstone notes that not even a strong voice would make a speech fully audible and comprehensible to the audience on the Pnyx. What Johnstone does not consider, however, is that environmental circumstances in today's Athens, especially the level of noise, are vastly different from those of the ancient city, and this difference almost certainly has a significant impact on audibility on the Pnyx (as indeed in every precinct of Athens). Therefore, any conclusions that can be drawn will always remain merely conjectural, even if by revisiting the political arena of the Pnyx, we use modern climatological, architectural, and topographical evaluations of the setting. This is what the Academy of Athens intends to do. It should also be underlined that the ancients were more performatively competent than we are, not least because of their education and high level of knowledge of performative matters, especially sound, as texts indicate (e.g., Aristophanes, *Clouds* 961–972).⁴⁹

⁴⁸ Demosthenes, referring apparently to his vocal shortcomings, calls himself *Βάτταλος*, “lisper” or “stammerer” (18.180). Demetrius of Phalerum claims, as reported by Dionysius of Halicarnassus (*On the Style of Demosthenes* 53) and Plutarch (*Demosthenes* 11.1-3), that he was personally aware of Demosthenes' vocal shortcomings. The validity, factuality, and reliability of these reports are doubted; even if there is any truth in the tradition, it may have been derived from the credulous taking of Demosthenes' own comments at face value.

⁴⁹ Aristophanes, *Clouds* 961–972: “I will, therefore, describe the ancient system of education, how it was ordered, when I flourished in the advocacy of justice, and temperance was the fashion. In the first place it was incumbent that no one should hear the voice of a boy uttering a syllable; and next, that those from the same quarter of the town should march in good order through the streets to the school of the harp-master, naked, and in a body, even if it were to snow as thick as meal.

Therefore, even if you have the voice of Luciano Pavarotti, whom Johnstone thought of when delivering Demosthenes 4 (the first of the *Philippics*) with strained vocal cords (see Johnstone 1996, 131), this does not mean that one has the speaking skills of the ancients, nor the audience's listening skills.

But what do the transmitted texts say about the acoustics on the Pnyx? The answer to this question is relatively disheartening because ancient texts are largely silent on this topic. Given that texts and material evidence are the only ways we have to try to reconstruct an impression of what happened in the past, our knowledge and understanding of audibility in the amphitheater on the Pnyx will perpetually be fragmentary and uncertain. The texts, unfortunately, do not tell us anything about the acoustics on the Pnyx, and not much about the acoustics in theaters or other sites of public speaking, but there are some limited, and hitherto largely under-discussed, sources that are worthy of (re)examination. The correlation between the theatrical and the political space on the Pnyx is methodologically pertinent: if theatergoers at the Asklepeion of Epidaurus, who could number as many as 14,000 (not to mention larger theaters such as the one in Megalopolis in Arcadia, with a capacity of 20,000 spectators), can listen to unamplified voices in the back row, about 60 meters from the *skēnē* and the broader scenic building (Figure 5), then it is possible that audience members in the Assembly crowd of 6,000 on the hill of Pnyx also could. Both the theater and the Assembly are – to use the expression from Hall (2002, 7) – “a palette of vocal techniques”: voice was of paramount importance for the activity in both settings, and one is justified in arguing, as modern scholars do, that performers were trained as to vocally perform their roles as effectively as possible (see Pickard-Cambridge 1968, 167–171; Csapo, Slater 1995, 256–258 and 265–268; MacDowell 2000, 352; Hall 2002, 22–23; Ley 2006, 54; on voice in law court speaking see Serafim 2017, 28–32 and 114–136).⁵⁰

The theoretical foundations of the systematic science of sound in Greek antiquity, especially concerning the interrelation between pitch and the length of the vibrating string, were laid by Pythagoras (6th century BC).

Then again, their master would teach them, not sitting cross-legged, to learn by rote a song, either ‘pallada persepolin deinan’ or ‘teleporon ti boama’ raising to a higher pitch the harmony which our fathers transmitted to us. But if any of them were to play the buffoon, or to turn any quavers, like these difficult turns the present artists make after the manner of Phrynis, he used to be thrashed, being beaten with many blows, as banishing the Muses.”

⁵⁰ On the importance of voice for actors see Plato, *Republic* 568c3; Aristotle, *Rhetoric* 1403b26–33; 1413b14–28; Aristotle, *Problems* 11.22; Demetrius, *On Style* 193-5; Demosthenes 18.308–309; Diodorus Siculus 15.7, 16.42; Plutarch, *Life of Ten Orators* 848b.

Later, in the 4th century, Archytas described the production of sound as a phenomenon of having two objects strike each other, while also examining the conditions of sound propagation in a physically designated scenery (Guthrie 1962, 371). Nearly a century later, Aristoxenus, one of Aristotle's disciples, discussed the principles of auditory matters in the performative settings of the ancient *polis*. Burkert (1972) also refers to the theories of Plato and Aristotle (mainly in *Poetics* on music, a form of sound in the theater, and in *Problems*, presuming that this treatise can credibly be assigned to him) about sound propagation, with the former arguing that the movement of sound is a matter of pitch (higher pitch leads to faster propagation),⁵¹ a topic that is also examined by Theophrastus of Eresus (see Hunt 1978). Matters pertaining to the propagation of sound waves were also examined by the Stoic philosopher Chrysippus and the Roman architect and engineer Marcus Vitruvius Pollio (born ca. 80 BC). Selected passages from his treatise *On Architecture* (which is dedicated to Augustus and was probably composed between 16 and 13 BC) are discussed extensively below. Perhaps the earliest examination of acoustics in ancient literature is the account of Herodotus, in Book 4 of the *Histories*, about the underground passageways that the Persians dug to get underneath the walls of the city Barce during their siege of it.⁵²

Vitruvius' remark in 5.3.4, about theater architecture that allows sound to travel unimpeded, is useful in shedding light on how the height of the Pnyx and its onsite structures would have helped the propagation of sound as well:

The number of passages must be regulated by the height of the theatre, and are not to be higher than their width, because if made higher, they will reflect and obstruct the voice in its passage upwards, so that it will not reach the upper seats above the passages, and the last syllables of words will escape.

⁵¹ This idea about the pitch of the voice playing a role in determining the speed and the quality of the sound is rejected by Vitruvius: "Herein the ear does not perceive any difference of tone between the beginning and ending, by the voice rising higher or descending lower; neither that from a high pitch it becomes lower, nor the contrary" (5.4.2).

⁵² Herodotus 4.200: "As for the tunnels, a blacksmith discovered them by the means of a bronze shield, and this is how he found them: carrying the shield around the inner side of the walls, he struck it against the ground of the city; all the other places which he struck returned a dull sound; but where there were tunnels, the bronze of the shield rang clear. Here the Barceans made a counter-tunnel and killed those Persians who were digging underground. Thus, the tunnels were discovered, and the assaults were repelled by the townsfolk."

In short, the building should be so contrived, that a line drawn from the first to the last step should touch the front angle of the tops of all the seats; in which case the voice meets with no impediment.

In 5.3.7, Vitruvius also makes a comment that applies indirectly to the acoustics on the Pnyx, even if this is not the subject of his transmitted treatise on architecture:

In the same manner the voice spreads in a circular direction. But, whereas the circles in water only spread horizontally, the voice, on the contrary, extends vertically as well as horizontally. Wherefore, as is the case with the motion of water, so with the voice, if no obstacle disturbs the first undulation, not only the second and following one, but all of them will, without reverberation, reach the ears of those at bottom and those at top.

The analogy between the acoustics of the theater, described by Vitruvius, and the acoustics of the Pnyx is clear: the site of the *ecclēsia* does not present any architectural hindrance to the easy diffusion of sound, and this, in combination with the height of the hill, would allow sound to reach the ears of the audience members at the top and the bottom. This conclusion may seem speculative, since there is no direct reference to the Pnyx in Vitruvius' treatise, but the similarities between theater architecture and the Pnyx make any assumption about the properties of sound in the latter more than reasonable. The Pnyx, according to its physical description, is not a dissonant place, i.e., one of those "in which the voice, rising first upwards, is obstructed by some hard bodies above" (5.8.1). Its openness and the minimal structure of the buildings allow for optimal propagation of sound.

The wide span of the auditorium (as seen in Figure 1, the auditorium space steadily grew from phase I to phase III) and the distance that separates the speaker and the pulpit on the Pnyx from the audience seating, are key factors that allow sound to travel better. As Chourmouziadou (2007, 80) argues, "the more the actor approached the audience, the smaller the part of the audience that received the direct sound, due to the propagation of sound at nearly grazing incidence". Another architectural feature of the site of the *ecclēsia* on the Pnyx appears to be relevant to the discussion about the propagation of sound: as seen in Figures 1, 2a and 2, the platform of the speaker is placed at a lower level than that of the auditorium, allowing its rear to function as a sound reflector, exactly like the rear of the raised stage in the theater (Camp 1996, 45 offers a different approach regarding

the level of the auditorium on Pnyx III, arguing that it was either level with or sloping downward away from the raised speaker's platform. This cannot be the case if one accepts the presentation of Pnyx III in Figure 1). This contributes to increased reverberation (see Wiles 1997). This suggestion is corroborated by Lucretius (1st century BC), who points out that "among solitary places the very rocks give back the counterparts of words each in due order, when we see our comrades wondering amid the dark hills, and with loud voice summon them scattered here and there. [...] So does hill to hill buffet the words and repeat the reverberation [...] no one can see beyond a wall although he can hear voices through it" (*On the Nature of Things* 4.522–721, translated by Sinker 1937; on reverberation not worsening sound or impeding intelligibility see Manzetti 2019, 434–443). Modern interdisciplinary acoustic experiments also suggest that ground-level or low theatrical platforms are more efficient than higher platforms, in terms of sound propagation (see Izenour 1977; Barkas 1994, 39–56), while also indicating that the gradual raising of the platform, mostly in Roman times, had a negative impact on the intelligibility of the theatrical performance (see Canac 1957; Athanasopoulos 1976; Barkas 1994, 39–56). The same principles can be applied to the sites of the *ecclesiā* on the Pnyx.

Beyond architectural features, the effectiveness of speech projection and the quality of sound propagation are also determined by other onsite measurements: the number of audience members (a maximum of 6,000, in the case of the Pnyx), their seating and clothing, and other aspects of the physical scenery, such as wind and heat. The Pnyx, as has been previously stated, was likely windy, therefore, the meetings of the Assembly would not have taken place during the winter.⁵³ But the "windy character" of the physical setting on the Pnyx, which can reasonably be assumed to have hindered the audience, preventing them from comfortably attending the Assembly due to low temperatures and humidity, is thought to have increased and facilitated the propagation of sound. Goularas (1995) argues that the open-air theater design where the wind blows toward the audience, in combination with a minimum temperature of 8°C, is superior, a conclusion that is not unopposed

⁵³ Cf. Thucydides 8.97, on the use of the Pnyx as the place of the meetings of the Assembly. The Pnyx was not the only place where the meetings of the Assembly were held; sources also indicate that the Theatre of Dionysus was also used, though not for environmental reasons, but rather for religious. Both Aeschines 2.61 and Demosthenes 21.8 mention that the Assembly was moved to the theatre after specific festivals: Aeschines speaks about the celebration of the City Dionysia (when it is reasonable for the meetings to be held nearer the precinct of Dionysus) and Demosthenes about the Pandia (festival of Zeus).

by other modern research studies (see Declercq, Dekeyser 2007, 2012; Johnstone 1996, 124, which presented the opinion that wind reduced intelligibility in the Assembly amphitheater).

The strengthening of acoustics is accomplished by a specific type of paraphernalia called *ήχεῖα*, a bronze vessel that acts as a megaphone, on the principle that sound propagates by setting air in movement. The functioning of these vessels is known in archaeoacoustics as “the Vitruvian secret” (in 1.1.9):

So, the vessels, called *ήχεῖα* by the Greeks, which are placed in certain recesses under the seats of theatres, are fixed and arranged with a due regard to the laws of harmony and physics, their tones being fourths, fifths, and octaves; so that when the voice of the actor is in unison with the pitch of these instruments, its power is increased and mellowed by impinging thereon. He would, moreover, be at a loss in constructing hydraulic and other engines, if ignorant of music.

These vessels work, specifically, as a technical means of improving the clarity of the voice, not its strength. In Vitruvius’ words (5.5.3):

The voice which issues from the scene, expanding as from a centre, and striking against the cavity of each vase, will sound with increased clearness and harmony, from its unison with one or other of them.

In 5.3.8, Vitruvius also claims that the bronze loudspeakers were tuned to correspond with the voices of the actors (“since in bronze or horn wind instruments, by a regulation of the genus, their tones are rendered as clear as those of stringed instruments, so by the application of the laws of harmony, the ancients discovered a method of increasing the power of the voice in a theatre”). That the material of Vitruvius’ vessels, bronze, is a good reflector and radiator of sound and was known to the Ancient Greeks, as indicated in Aristotle’s *On the Soul* 2.8, where it is remarked that “not all bodies can by impact on one another produce sound; impact on wool makes no sound, while the impact on bronze or other body which is smooth and hollow does. Bronze gives out a sound when struck because it is smooth; bodies which are hollow owing to reflection repeat the original impact over and over again, the body originally set in movement being unable to escape from the concavity.” Something similar about the capacity of bronze to produce strong sound is mentioned in Pollux, *Onomasticon* 4.70, in a description of the “watery aulos”, a musical instrument consisting of bronze pipes that

are blown from below, with water compressing air upward. Pollux says, specifically, that “the bronze gives the aulos a bolder sound” (*Onomasticon* 4.70: *καὶ ὁ χαλκὸς ἔχει τὸ φθέγμα ἰταμώτερον*; cf. comments in 4.85–86, on the material of the salpinx, another musical instrument made of bronze and iron).

The existence of bronze sound vessels and their use are still uncertain and vastly controversial issues. Vitruvius refers, in *On Architecture* 5.5.8, to Roman General Lucius Mummius, who, upon returning to Rome from Corinth (perhaps in 146 BC), “brought [...] some of its bronze vases, and dedicated them as spoils at the temple of Luna.” It is indeed argued that there were niches in theaters, beneath the *diazōma* (the corridor that separates the upper and lower tiers of the theater and facilitates the circulation of spectators), that held the bronze loudspeakers – this seems to be so in the case of the theater at Aizanoi, a Phrygian city in western Anatolia (1st century AD), despite scholarly dissent (see Dilke 1948, 137). “The ‘bell’ is inserted in the cavity and is supported by wedges of half a foot, which is the same height as the neck. The niche must thus be higher, about two or three feet (60–90 cm) what [sic] makes the internal volume larger than the volume of the neck” (see Valière *et al.* 2013, 72). An attempt has been made by scholars to reconstruct the placement of Vitruvius’ bronze vessels based on his writings (Figure 6): they are evenly distributed in all *diazōmata* and rows (13 in each) in the theater (see Sevillano *et al.* 2008); it is perhaps this even distribution that makes the acoustics effective. Izenour (1977) has also described the existence of nine cavities behind the *diazōma* in the ruins of a Roman theater in Beit She’an, Israel (expressing doubts about the effectiveness of the use of bronze vessels). The fact, however, that similar technology has been used extensively throughout history to strengthen the acoustic potential of places of spectatorship is enough to indicate that the acoustic pots would have been effective in fulfilling the purpose they were designed for. Similar vessels dating from the 10th to the 16th centuries have been used all across Europe (Figure 7)⁵⁴ and in the Ottoman Empire, inside the walls of churches and mosques (on the use of acoustic pots in Irish churches see Fitzgerald 1855, 303–310; on the use of vessels in Danish churches from 1100–1300 AD see Bruel 2002; Valière *et al.* 2013, 70–81; on the use of acoustic pots in the Ottoman Empire see Atay, Gül 2021, 1–12).

There are two caveats to bear in mind when reading Vitruvius’ intriguing treatise: first, we do not know whether this technology was used in 4th century BC classical Athens (it may not have been used until Vitruvius’

⁵⁴ Figure 7 presents an acoustic (or resonance) pot incorporated in the wall of the church at the Chartreuse du Val de Benediction, Villeneuve-lès-Avignon, France.

time, or only in other areas of the Roman Empire); and second, if it was used, whether it was used in the auditorium of the Assembly on the Pnyx, or only in the theater. Given that Vitruvius' treatise draws information from earlier treatises on construction, especially Aristoxenus (5.5.6; see Valière *et al.* 2013, 73), it should not be considered impossible that his description applies to Ancient Greek theaters of the 4th century. There is no reason why the vessels, if used in the Greek theaters, would not have also been used in the Athenian Assembly, unlike other paraphernalia, such as masks, which were strictly confined to the theatrical space, where it is argued that they had a voice-enhancing function (on the use of dramatic masks as a means of amplifying the voices of actors see Vovolis, Zamboulakis 2007, 1–7).⁵⁵ It is the placement of the pots on the site of the Pnyx that poses the most difficult question. They may have been placed beneath the floor, as in the Hazine-I Evrak Building in İstanbul (Figure 8); this possibility should be explored (by archaeologists).

Another intriguing remark by Vitruvius is that there was no need for sounding vessels in wooden auditoriums that were built in Rome, because the boarding itself was resonant.⁵⁶ Assuming that the reference in Aristophanes' *Acharnians* 23–26 is correct, the Pnyx would have had the same acoustic potential as Roman auditoriums because it had wooden seats in the pit, the main area of the auditorium. Stone seats were hewn out in the wall of the terrace, but the other benches would probably have been made of wood: “οὐδ’ οἱ πρυτάνεις ἤκουσιν, ἀλλ’ ἄωρίαν/ ἤκοντες εἶτα δ’ ὥστιοῦνται πῶς δοκεῖς/ ἐλθόντες ἀλλήλοισι περὶ πρώτου ξύλου,/ ἀθρόοι καταρρέοντες” (“The Prytanen even do not come; they will be late, but when they come they will push and fight each other for a seat in the front row”). There is, then, considerable ancient evidence and steadily growing modern interdisciplinary knowledge which both point to the function of physical scenery and the construction of Greek theatrical spaces – and thus also on the Pnyx – as natural amplifiers of the voices of performers (whether actors

⁵⁵ On the acoustic capacity of musical instruments, such as the trumpet, see Julius Pollux, *Onomasticon* 4.88, where it is mentioned that the instrument could be heard at a distance of 10 km (or 50 stades).

⁵⁶ Vitruvius 5.5.7: “Someone may perchance urge, that many theatres are yearly built in Rome, without any regard to these matters. But let him not be herein mistaken, inasmuch as all public theatres which are constructed of wood, have many floors, which are necessarily conductors of sound. This circumstance may be illustrated, by consideration of the practice of those that sing to the harp, who when they wish to produce a loud effect, turn themselves to the doors of the scene, by the aid of which their voice is thrown out. But when theatres are constructed of solid materials, that is of rubble, squared stones, or marble, which are not conductors of sound, it is necessary to build them according to the rules in question.”

or public speakers), which would compensate for the energy loss due to the open-air setting and the seasonal adversities this causes (see Barkas 2019, 337–353). Declercq, Dekeyser (2007) even argues that the “geometry of the theatre”, i.e., the benches and the limestone *cavea* (audience area), would boost the sound while muffling the background audience noise. There is, therefore, no reason for classicists to assume that speeches in the Assembly were delivered before rotating audiences, or that the audience members based their decisions on the name and the authority of the speakers in front of them. Rumor could, arguably, be thought of as having divine status, at least according to Aeschines 1.127–130 (see Serafim 2021, 34–36, 73–74),⁵⁷ but it would be sheer speculation to argue that it was a key factor in political decision-making in Athens.

4.2. The Sociocultural Importance of the Pnyx

In answering the second question about the sociocultural reasons for choosing the Pnyx as the meeting place of the Assembly, scholars refer with puzzlement to Aeschines 1.82, where it has been argued that the poor reputation of the place by 346/5 BC (when the speech was delivered) is underlined (Harrison 1890, 107; Judeich 1931, 86; Kourouniotes, Thompson

⁵⁷ Aeschines 1.127–130: “But in the case of the life and conduct of men, a common report which is unerring does of itself spread abroad throughout the city; it causes the private deed to become matter of public knowledge, and many a time it even prophesies what is about to be. [...] **You will find that both our city and our forefathers dedicated an altar to Common Report, as one of the greatest gods;** and you will find that Homer again and again in the *Iliad* says, of a thing that has not yet come to pass, ‘Common Report came to the host’; and again you will find **Euripides declaring that this god** is able not only to make known the living, revealing their true characters, but the dead as well, when he says, ‘Common Report shows forth the good man, even though he be in the bowels of the earth’; and Hesiod expressly represents her as a goddess, speaking in words that are very plain to those who are willing to understand, for he says, ‘**But Common Report dies never, the voice that tongues of many men do utter. She, too, then, is divine.**’ You will find that all men whose lives have been decorous praise these verses of the poets. For all who are ambitious for honour from their fellows believe that it is from good report that fame will come to them. **But men whose lives are shameful pay no honour to this god,** for they believe that in her they have a deathless accuser. Call to mind, therefore, fellow citizens, what common report you have been accustomed to hear in the case of Timarchus. The instant the name is spoken you ask, do you not, ‘What Timarchus do you mean? The prostitute?’ Furthermore, if I had presented witnesses concerning any matter, you would believe me; **if then I present the god as my witness, will you refuse to believe?** But she is a witness against whom it would be impiety even to bring complaint of false testimony” (emphasis by the author).

1932, 186. Fisher (2001, 217) argues that “we can glean only that specific proposals concerned areas around the Pnyx itself: unbuilt-up, secluded areas, *erēmiai*, deserted house-sites, cisterns, all places of inactivity or seclusion.” There are arguments for the opposite, in line with the concerns in Thompson, Scranton (1943, 361), as well as about the validity and the factuality of what Aeschines says. The passage in 1.82 is as follows:

ἐπειδὴ δὲ που προϊόντος τοῦ λόγου εἶπεν ὅτι τό γε εἰσήγημα τὸ Τιμάρχου ἀποδοκιμάζει ἢ βουλή, ‘καὶ περὶ τῆς ἐρημίας ταύτης καὶ τοῦ τόπου τοῦ ἐν τῇ Πυκνὶ μὴ θαυμάσητε, ὧς ἄνδρες Ἀθηναῖοι, εἰ Τιμάρχος ἐμπειροτέρως ἔχει τῆς βουλῆς τῆς ἐξ Ἀρείου πάγου,’ ἀνεθορυβήσατε ὑμεῖς ἐνταῦθα καὶ ἔφατε τὸν Αὐτόλυκον ἀληθῆ λέγειν: εἶναι γὰρ αὐτὸν ἐμπειρον.

When, in the course of his speech, he [Autolykos] said that the Areopagos council was opposing Timarchos’ motion and he added “on the subject of that deserted spot and the place on the Pnyx, you should not be surprised, Athenians, if Timarchos is more experienced than the Council of the Areopagos,” at that moment you burst into uproar and said that Autolykos was telling the truth: you said that he was certainly experienced with those places (translation: Fisher 2001, 90).

It is not only that we cannot trust what Aeschines says about Timarchus, as Thompson and Scranton rightly remark, not least because used every opportunity to attack his adversary at the trial and undermine his public (speaking) credentials. Carey (2000, 52 n. 90) and Rydberg-Cox (2000, 426) are correct in suggesting that Aeschines makes, in 1.82, a clever innuendo about Timarchus engaging in prostitution, which could only be fully practiced in the secrecy of desolate places.⁵⁸ It has recently also been argued that the physiognomic details that are attributed to Timarchus, especially about his stature, are fake (see Serafim, forthcoming). Therefore, a speaker who would dare distort details about the body of his adversary, while he was present in

⁵⁸ I would like, however, to take issue with the expression of Carey, when he claims that Aeschines accuses Timarchus of “grubby sexual encounters.” If this is a reference to prostitution, as it should be, it is not fully clear – and that is a problem. “Sexual encounters” may, arguably, be an insinuation of homosexual encounters, which were not, however, considered “grubby” at the time. Carey could have been clearer about the point he is making here. The point made by Fisher (2001, 220) is more coherent.

court, would not hesitate to accuse him of grubby actions, inasmuch as he would not credibly expect the audience members to fully remember actions from the past.

It is also the case that Aeschines never refers to the Pnyx as being desolate and, thus, ill-reputed. The text contains two prepositional phrases: the first is clear, *καὶ περὶ τῆς ἐρημίας ταύτης*; the second is unseen, but we can find it by adding the preposition *περὶ*, which is missing because it is, in context, syntactically and semantically self-explicable, *καὶ [περὶ] τοῦ τόπου τοῦ ἐν τῇ Πυκνί*. The conjunction *καὶ* indicates a distinction between the two prepositional phrases: “this deserted spot and the area of the Pnyx.” So it is possible that “the deserted spot” may not refer to the Pnyx, the place where the *ecclesia* took place, but to another, unidentified place, perhaps one that is adjacent to the meeting place of the Assembly, or to a specific spot on the hill – neither the Pnyx as a whole nor the central part of it.⁵⁹ This is all the more likely bearing in mind that the delivery of Aeschines 1 almost coincides with the start of the enlargement of the Pnyx, which may have improved accessibility. The unidentified spot to which Aeschines 1.82 points may or may not be the same place as that in Xenophon’s *Ways and Means* 2.6; the ancient “complaint” about the housing policy of Athens, made in Xenophon’s account, indicates that there were other deserted places in the broader territory of the *polis*.⁶⁰

Pushing aside I stigma Aeschines attaches to the physical place of the Pnyx, the ancient texts are marked by a surprising paucity of information about why the hill was preferred as the meeting place of the Assembly. To combat this textual silence, the following section will explore the criteria of theater- and temple-building. There are two interrelated aspects of the cultural identity of the ancient *polis*, since many theaters were built around sanctuaries (e.g., the theater in Epidaurus, which is located on the west side of mount Kynortio, was erected as part of the general development of the sanctuary of Asklepios) to decode the rationale behind the choice of the places where activities important for democracy were carried out. It is not coincidental that “the layout and orientation of the Pnyx borrowed the

⁵⁹ This suggestion is evident in the translation of the text in Rydberg-Cox (2000, 426): “During his speech, Autolykus said that the council did not approve of the proposition and said, ‘Do not be surprised if Timarchus has more knowledge than the Areopagus council **about this isolated spot on the Pnyx**’” (emphasis by the author).

⁶⁰ Xenophon, *Ways and Means* 2.6: “Then again, since there are many vacant sites for houses within the walls, if the state allowed approved applicants to erect houses on these and granted them the freehold of the land, I think that we should find a larger and better class of persons desiring to live at Athens.”

theatrical innovations that took place under the tyrants, including the layout of the agora and the rise of the single actor, or *protagonist[ē]s*, facing and answering the chorus and audience, attributed to poets like Thespis in the sixth century” (see Fredal 2006, 123).

The Pnyx was not protected from the wind and other natural pestilential causes of health problems, as described in ancient literature. An invaluable source of information is Vitruvius’ *On Architecture*, despite this being significantly late and thus not fully relevant to the reasoning behind choosing a specific natural scenery for constructing important sites in democratic Athens. In 1.6.3, Vitruvius refers to the topographical reasons for choosing a specific place to erect public edifices, which mostly have to do with the observation of natural effects (in addition to other sociocultural reasons, including religiously laden ones, such as soothsaying,⁶¹ or even the gods themselves choosing the place to erect their temples, as, for example, in the *Homeric Hymn to Apollo* 244–304):⁶²

In a place sheltered from the winds, those who are in health preserve it, those who are ill soon convalesce, though in other, even healthy places, they would require different treatment, and this entirely on account of their shelter from the winds. The disorders difficult to cure in exposed situations are colds, gout, coughs, phthisis, pleurisy, spitting of blood, and those diseases which are treated by replenishment instead of exhaustion of the natural forces. Such disorders are cured with

⁶¹ Vitruvius, *On Architecture* 1.4.9: “The precepts of the ancients, in this respect, should ever be observed. They always, after sacrifice, carefully inspected the livers of those animals fed on that spot whereon the city was to be built, or whereon a stative encampment was intended. If the livers were diseased and livid, they tried others, in order to ascertain whether accident or disease was the cause of the imperfection; but if the greater part of the experiments proved, by the sound and healthy appearance of the livers, that the water and food of the spot were wholesome, they selected it for the garrison. If the reverse, they inferred, as in the case of cattle, so in that of the human body, the water and food of such a place would become pestiferous; and they therefore abandoned it, in search of another, valuing health above all other considerations.”

⁶² In the *Homeric Hymn to Apollo* 244–304 there are details of the physical scenery that beguiled Apollo to choose it for the construction of his temple, as, for example, in 267–274 (Telphousa, the Boeotian Naiad-nymph of the Telphousian spring on Mount Tilphousios, talks to Apollo): “Lord, you are than I am, yours surely the strength that is greatest— do you in Krisa erect it, below a ravine of Parnassos. There will no beautiful chariots ever be dashing, or swift-hoofed horses be clattering loudly, surrounding your well-built altar; rather, to you great gifts will the glorious nations of mankind bring, as *Iēpaíán*, Hail Healer; delighting in mind you then will receive fine victims from all of the neighboring peoples.”

difficulty. First, because they are the effect of cold; secondly, because the strength of the patient being greatly diminished by the disorder; the air agitated by the action of the winds becomes poor and exhausts the body's moisture, tending to make it low and feeble; whereas, that air which from its soft and thick nature is not liable to great agitation, nourishes and refreshes its strength.

And again, in 5.3.1–2:

When the forum is placed, a spot as healthy as possible is to be chosen for the theatre, for the exhibition of games on the festival days of the immortal gods, according to the instructions given in the first book respecting the healthy disposition of the walls of a city. For the spectators, with their wives and children, delighted with the entertainment, sit out the whole of the games, and the pores of their bodies being opened by the pleasure they enjoy, are easily affected by the air, which, if it blows from marshy or other noisome places, infuses its bad qualities into the system. These evils are avoided by the careful choice of a situation for the theatre, taking especial precaution that it be not exposed to the south; for when the sun fills the cavity of the theatre, the air confined in that compass being incapable of circulating, by its stoppage therein, is heated, and burns up, extracts, and diminishes the moisture of the body. On these accounts, those places where bad air abounds are to be avoided, and wholesome spots to be chosen.

At another point, 5.9.9, Vitruvius points out there are two reasons for the choice of the locations for public edifices: "they are conducive to two good purposes; to health in time of peace, and to preservation in time of war." The Pnyx may satisfy the second reason, providing protection to the Athenians in times of war because it sits above the city, but it certainly does not fulfil the first reason, to protect against natural causes of ill health. As mentioned above, on Pnyx I, when the edifices followed the natural slope, the challenge was that the pulpit and the seats were stricken by north winds. This problem has already been stated in Kourouniotes, Thompson (1932, 136), when arguing that "there must have been many days when it would have been utterly impossible to hold a public meeting on the place unless some protection [was] available against the whistling, piercing wind. On such days, however, the Theater of Dionysus would lie in perfect calm and comparative warmth as a result of the shelter afforded by the Acropolis to the north."

Therefore, there may be other reasons why the *ecclēsia* took place on the slope of the Pnyx, specifically three. The first is the hill's central location in Athens. Theatrical performances, which attracted the interest of vast Athenian and non-Athenian audiences, were held in the Theater of Dionysus, on the south slope of the Acropolis, and near two other key areas of the ancient *polis*: the agora, the center of political, economic, and other public activities, and the Pnyx. In *Acharnians* 1–42, Aristophanes commented on the behavior of the presiding officers in the Assembly, saying that they came to the meetings late because “they are gossiping in the marketplace, slipping hither and thither to avoid the vermilioned rope.” All the important activities of democratic Athens took place in the broad political area, with Fredal noting that “the Pnyx is not located in the *physical center* of the city, but as the site for collective deliberation among the entire demos, it constituted the *political center*, signified by the fact that it ‘centered’ upon the *agora*” (see Fredal 2006, 121, emphasis by the author). In 1.7.1 Vitruvius corroborates the idea that sacred edifices, “if inland, should be in the centre of the town.” Therefore, given that the Pnyx is close to the other important precincts, it is reasonable to presume that its centrality made it a good choice for the place where the Athenians took decisions about the city.

The second reason is the height of the hill and the views it offers. In 4.5.2 Vitruvius points out that “the temple is to be turned as much as possible, so that the greater part of the city may be seen from it” (cf. 1.7.1, “the temples of the gods, protectors of the city, also those of Jupiter, Juno, and Minerva, should be on some eminence which commands a view of the greater part of the city”). This appears to be the case with the Pnyx: the physical setting where the Assembly held its meetings should face the *polis*, functioning as a proper and (cognitively/emotionally) effective reminder to the decision-making Athenians of their sacred duty to cast their vote to the advantage of the city. The location of the *ecclēsia* on the Pnyx, therefore, acquires a symbolic dimension: the Athenians climbed the hill to see what they must protect by their vote – the city below. Their decision was not, therefore, driven by an abstract idea of their land, but by a very concrete one, which may have functioned as a source of inspiration for the speakers (see Wordsworth 1855, 55; Fredal 2006, 121–122), while also creating a sense of magnitude and solemnity that enhanced the allure of the place where important decisions about the city were taken (cf. Aristotle, *Poetics* 1451a).⁶³

⁶³ Aristotle, *Poetics* 1451a: “As then creatures and other organic structures must have a certain magnitude and yet be easily taken in by the eye, so too with plots: they must have length but must be easily taken in by the memory.”

The third architectural and topographical reason why the Pnyx was selected for Assembly meetings is suggested by Fredal, who argues that “[u]nlike the bema on a plain (the *agora*), which would raise the speaker above his audience, the Pnyx (period 1) placed the speaker below his audience, who looked down upon him. [...] [T]he whole audience was kept before him so that they could be seen easily at a glance” (Fredal 2006, 122–123, emphasis by the author). To add to Fredal’s reasoning, the setting allows the audience members to appear before the speaker as a seamless decision-making body – and this enhances the sense of unity among them, reminding them pertinently that, despite their argumentative and rhetorical clashes, which underline the stark differences between political factions, they are united on the hill, as they should be, for the benefit of the *polis*. The Pnyx promotes somatic unity to harness its symbolic, civic meaning; after all, it is civic unity that guarantees that Athens will function properly and prosper unequivocally.

5. CONCLUSION

Despite its extensive length this study is but a modest step forward in the direction of researching and further understanding the topographical, rhetorical, and other cultural workings on the Pnyx. The aims of this study were threefold. The first was to prepare an annotated compendium of references in Attic oratory to two words that most often describe the place and the political workings there: *Πνύξ* and *ἐκκλησία*. The second aim was to offer an analysis of performance as it is incorporated into and indicated by the text of seven symbouleutic speeches of Demosthenes – three *Olynthiacs* and seven *Philippics*. Analysis of performance in the Assembly is compared with that in the law court, with some overarching conclusions being drawn about how much of a difference the etiquette of specific institutional settings truly makes in sustaining a lively presentation of the speech and in achieving persuasion. The third and final aim of this study was to explore aspects that have to do with topography: the physical setting, the construction of the Assembly and its acoustics, and the impact that topography may have had on determining the character of the political processes in the Assembly. Another aim has been to answer the question of why the hill was chosen as the meeting place for the Athenians when they sought to make decisions about crucial matters that regulated the internal functioning of the *polis* and its relationship with other *poleis*. The arguments that this paper puts forward have the potential to ignite further interdisciplinary work and help

scholars better and more adequately understand what happened in the hill whose name is synonymous with democracy and political deliberation in classical Athens.

REFERENCES

- [1] Adolphs, Ralph. 2013. The Biology of Fear. *Current Biology* 23: R79–R93.
- [2] Arena, Valentina. 2007. Roman Oratorical Invective. 149–160 in *A Companion to Roman Rhetoric*, edited by W. Dominik, J. Hall. London: Wiley-Blackwell.
- [3] Athanasopoulos, Christos. 1976. *Problems in Contemporary Theatrical Developments*. Athens: Edition Sideris.
- [4] Barkas, Nicolaos. 1994. *The Acoustical Parameter of Ancient Greek Theater Design*. Thessaloniki Greece: Monument & Environment.
- [5] Barkas, Nikos. 2019. The Contribution of the Stage Design to the Acoustics of Ancient Greek Theatres. *Acoustics* 1: 337–353.
- [6] Bauman, Richard A. 1990. *Political Trials in Ancient Greece*. London and New York: Routledge.
- [7] Bers, Victor. 1985. Dikastic Thorubos. 1–15 in *CruX: Essays Presented to G. E. M. de Ste Croix on his 75th Birthday*, edited by Paul A. Cartledge and David Harvey. Devon: Duckworth.
- [8] Bers, Victor. 2013. Performing the Speech in Athenian Courts and Assembly Adjusting the Act to Fit the Bēma? *Bulletin of the Institute of Classical Studies* 123: 27–40.
- [9] Bicknell, Peter J. 1987. Voting in Tribal Groups in the Athenian Assembly. *Greek Roman and Byzantine Studies* 28: 51–92.
- [10] Bicknell, Peter J. 1989. Athenians Politically Active in Pnyx II. *Greek Roman and Byzantine Studies* 30: 98–100.
- [11] Bruel, Per V. 2002. Models of Ancient Sound Vases. *Journal of the Acoustical Society of America* 112: 2333.
- [12] Burke, Kenneth. 1969. *A Rhetoric of Motives*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press.
- [13] Burkert, Walter. 1972. *Lore and Science in Ancient Pythagoreanism*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

- [14] Camp, John M. 1986. *The Athenian Agora: Excavations in the Heart of Classical Athens*. New York: Thames and Hudson.
- [15] Canac, François. 1957. *L'acoustique des Theatres Antiques, ses enseignements*. France: Centre national de la recherche scientifique.
- [16] Carey, Christopher. 2000. *Aeschines*. Austin: University of Texas Press.
- [17] Chourmouziadou, Kalliopi. 2007. *Ancient and Contemporary Use of Open-air Theatres: Evolution and Acoustic Effect on Scenery Design*. Diss. The University of Sheffield.
- [18] Conover, Pamela Johnston. 1984. The Influence of Group Identifications on Political Perception and Evaluation. *The Journal of Politics* 46: 760–785.
- [19] Csapo, Eric, William J. Slater. 1995. *The Context of Ancient Drama*. Ann Arbor: Michigan University Press.
- [20] Declercq, Nico F., Cindy S. A. Dekeyser. 2007. Acoustic diffraction effects at the Hellenistic amphitheater of Epidaurus: Seat rows responsible for the marvelous acoustics. *The Journal of the Acoustical Society of America* 121: 2011–2022.
- [21] Deonna, Julien A., Raffaele Rodogno, Fabrice Teroni. 2011. *In Defence of Shame*. Oxford: Oxford University Press.
- [22] Dilke, Oswald Ashton Wentworth. 1948. The Greek Theatre Cavea. *The Annual of the British School at Athens* 43:125–192.
- [23] Ellsworth, P. C., E. M. W. Tong. 2006. What Does it Mean to be Angry at Yourself? Categories, Appraisals, and the Problem of Language. *Emotion* 6: 572–586.
- [24] Enos, Richard Leo. 1998. Review of *Theory, Text, Context: Issues in Greek Rhetoric and Oratory*, by C. L. Johnstone. *Rhetoric Review* 16: 327–334.
- [25] Fisher, Nick. 2001. *Aeschines, Against Timarchos: Introduction, Translation and Commentary*. Oxford: Oxford University Press.
- [26] Fitzgerald, E. 1855. On Acoustic Vases and Other Relics Discovered in Restorations Lately Made in the Church of St. Mary, Youghal. *Proceedings and Transactions of the Kilkenny and South-East of Ireland Archaeological Society* 3: 303–310.
- [27] Forsén, Björn, Greg Stanton. 1996. *The Pnyx in the History of Athens. Proceedings of an International Colloquium Organised by the Finnish Institute at Athens, 7–9 October, 1994*. Athens: Finnish Institute at Athens.

- [28] Fredal, James. 2006. *Rhetorical Action in Ancient Athens: Persuasive Artistry from Solon to Demosthenes*. Carbondale: Southern Illinois University Press.
- [29] Gilbert, Paul, Julie Pehl, Steven Allan. 1994. The Phenomenology of Shame and Guilt: An Empirical Investigation. *British Journal of Medical Psychology* 67: 23–36.
- [30] Goularas, Dionysis. 1995. *Acoustics of Ancient Theatres*. Diss. Aristotle University of Thessaloniki.
- [31] Gülnihan, Atay, Zühre Sü Gül. 2021. Clay Pots of Ottoman Architecture: Acoustics, Structure, and Ventilation. *Proceedings of Meetings on Acoustics* 42: 015003.
- [32] Guthrie, William Keith Chambers. 1962. *A History of Greek Philosophy: Volume 1, The Earlier Presocratics and the Pythagoreans*. Cambridge: Cambridge University Press.
- [33] Hall, Edith. 1995. Lawcourt Dramas: The Power of Performance in Greek Forensic Oratory. *Bulletin of the Institute of Classical Studies* 40: 39–58.
- [34] Hall, Edith. 2002. The Singing Actors of Antiquity. 3–38 in *Greek and Roman Actors, Aspects of an Ancient Profession*, edited by Patricia Easterling, Edith Hall. Cambridge: Cambridge University Press.
- [35] Hall, Edith. 2006. *The Theatrical Cast of Athens. Interactions between Ancient Greek Drama and Society*. Oxford: Oxford University Press.
- [36] Hall, Edith. 2022. Some Functions of Rhetorical Questions in Lysias' Forensic Orations. TBA in *Style and the City: Form and Functions of Language in Attic Oratory* (special issue in *Trends in Classics*), edited by Alessandro Vatri and Andreas Serafim.
- [37] Hansen, Mogens Herman. 1976. *Apagoge, Endeixis and Ephegesis against Kakourgoi, Atimoi and Pheugontes*. Odense: Odense University Press.
- [38] Hansen, Mogens Herman. 1982. The Athenian Ecclesia and the Assembly-Place on the Pnyx. *Greek Roman and Byzantine Studies* 23: 246–248.
- [39] Hansen, Mogens Herman. 1983 *The Athenian Ecclesia: A Collection of Articles 1976–83*. Copenhagen: Museum Tusulanum Press.
- [40] Hansen, Mogens Herman. 1985. *Demography and Democracy: The Number of Athenian Citizens in the Fourth Century BC*. Herning: Systime.
- [41] Hansen, Mogens Herman. 1989. *The Athenian Ecclesia II, A Collection of Articles, 1983–1989*. Copenhagen: Museum Tusulanum Press.

- [42] Hansen, Mogens Herman. 1991. *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes: Structure, Principles, and Ideology*. Oxford and Cambridge/MA: B. Blackwell.
- [43] Harrison, Evelyn B. 1890. *The Athenian Agora*. Princeton, NJ: American School of Classical Studies at Athens.
- [44] Hitching, Sam. 2017. The Date of [Demosthenes] 17, On the Treaty with Alexander. *Harvard Studies in Classical Philology* 109: 167–197.
- [45] Huddy, Leonie. 2003. Group Identity and Political Cohesion. 511–558 in *Oxford Handbook of Political Psychology*, edited by David O. Sears, Leonie Huddy and Robert Jervis. Oxford: Oxford University Press.
- [46] Hunt, Lester H. 1978. Character and Thought. *American Philosophical Quarterly* 15: 177–186.
- [47] Izenour, George C. 1977. *Theater Design*. New York: McGraw-Hill.
- [48] Jimenez, Marta. 2020. Plato on the Role of Anger in Our Intellectual and Moral Development. 285–307 in *Emotions in Plato*, edited by Laura Candiotta, Olivier Renaut. Leiden and Boston: Brill.
- [49] Johnstone, Christopher Lyle, Richard J. Graff. 2018. Situating Deliberative Rhetoric in Ancient Greece: The Bouleutêrion as a Venue for Oratorical Performance. *Advances in the History of Rhetoric* 21: 2–88.
- [50] Johnstone, Christopher Lyle. 1996. Greek Oratorical Settings and the Problem of the Pnyx: Rethinking the Athenian Political Process. 97–127 in *Theory, Text, Context: Issues in Greek Rhetoric and Oratory*, edited by Christopher Lyle Johnstone. Albany: State University of New York Press.
- [51] Johnstone, Christopher Lyle. 2001. Communicating in Classical Contexts: The Centrality of Delivery. *Quarterly Journal Speech* 87: 121–143.
- [52] Judeich, Walter. 1931. *Topographie von Athen*. 2d ed. Munich: Beck.
- [53] Kim, Kyungyoon, Bret Jackson, Ioannis Karamouzas, Moses Adeagbo, Stephen J. Guy, Richard Graff. 2015. Bema: A multimodal interface for expert experiential analysis of political assemblies at the Pnyx in ancient Greece, *2015 IEEE Symposium on 3D User Interfaces (3DUI)*, 19–26.
- [54] Kourouniotes, Konstantinos, Homer A. Thompson. 1932. The Pnyx in Athens. *Hesperia* 1: 90–217.
- [55] Lau, Ronald Siu Man. 1989. Individual and Contextual Influences on Group Identification. *Social Psychology Quarterly* 52: 220–231.

- [56] Ley, Graham. 2006. *A Short Introduction to the Ancient Greek Theater*. Rev. ed. Chicago: The University of Chicago Press.
- [57] MacDowell, Douglas. 2000. *Demosthenes, On the False Embassy*. Oxford: Oxford University Press.
- [58] Manzetti, Maria Cristina. 2019. The Performances at the Theatre of the Pythion in Gortyna, Crete. Virtual Acoustics Analysis as a Support for Interpretation. *Open Archaeology* 5: 434–443.
- [59] Martin, Gunther. 2006. Forms of Address in Athenian Courts. *Museum Helveticum* 63: 75–88.
- [60] Mayer, James. 2011. Mythological History, Identity Formation, and the Many Faces of Alexander the Great. https://digitalcommons.maclester.edu/classics_honors/11/ (last visited 16 February 2023).
- [61] Michalopoulos, Andreas, Andreas Serafim, Alessandro Vatri, Flaminia Beneventano della Corte (eds.). 2021. *The Rhetoric of Unity and Division in Ancient Literature*. Berlin and Boston: De Gruyter.
- [62] Miller, Arthur H., Patricia Gurin, Gerald Gurin, Oksana Malanchuk. 1981. Group Consciousness and Political Participation. *American Journal of Political Science* 25: 494–511.
- [63] Moysey, Robert A. 1981. The Thirty and the Pnyx. *American Journal of Archaeology* 85: 31–37.
- [64] Pickard-Cambridge, Arthur Wallace. 1968. *The Dramatic Festivals of Athens*. Oxford: Clarendon University Press.
- [65] Roseman, Ira J. 1991. Appraisal determinants of discrete emotions. *Cognition and Emotion* 5: 161–200.
- [66] Rosenwein, B. 2002. Worrying about Emotions in History. *American Historical Review* 107: 821–845.
- [67] Rosenwein, B. 2006. *Emotional Communities in the Early Middle Ages*. Ithaca: Cornell University Press.
- [68] Rotroff, Susan I., John McK. Camp. 1996. The Date of the Third Period of the Pnyx. *Hesperia: The Journal of the American School of Classical Studies at Athens* 65: 263–294.
- [69] Rubinstein, Lene. 2004. Stirring up Dicastic Anger. 187–203 in *Law, Rhetoric, and Comedy in Classical Athens. Essays in honour of Douglas M. MacDowell*, edited by Douglas L. Cairns and Ronald Arbuthnott Knox. Wales: Classical Press of Wales.

- [70] Rubinstein, Lene. 2005. Differentiated Rhetorical Strategies in the Athenian Courts. 129–145 in *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, edited by Michael Gagarin and David Cohen. Cambridge: Cambridge University Press.
- [71] Scherer, K. R. 2005. Unconscious Processes in Emotion: The Bulk of the Iceberg. 312–334 in *Emotion and Consciousness*, edited by Lisa Feldman Barrett, Paula M. Niedenthal, Piotr Winkielman. London and New York: The Guilford Press.
- [72] Serafim, Andreas. 2015. Making the Audience: Ekphrasis and Rhetorical Strategy in Demosthenes 18 and 19. *Classical Quarterly* 65: 96–108.
- [73] Serafim, Andreas. 2017. *Attic Oratory and Performance*. London and New York: Routledge.
- [74] Serafim, Andreas. 2020. ΕΡΩΤΗΣΕΩΝ ΑΥΤΟΥΣ: Questions, Rhetorical Purpose, and Hypocrisis in Attic Forensic Oratory. 229–248 in *Law, Magic, and Oratory*, edited by Gerhard Thür, Sima Avramović, Andreja Katančević. Belgrade: University of Belgrade Faculty of Law.
- [75] Serafim, Andreas. 2021. “I, He, We, You, They”: Addresses to the Audience as a Means of Unity/Division in Attic Forensic Oratory. 71–98 in *The Rhetoric of Unity and Division in Ancient Literature*, edited by Andreas Michalopoulos, Andreas Serafim, Alessandro Vatri, Flaminia Beneventano della Corte. Berlin and Boston: De Gruyter.
- [76] Serafim, Andreas. 2021. *Religious Discourse in Attic Oratory and Politics*. London and New York: Routledge.
- [77] Serafim, Andreas. 2022. The Mood of Persuasion: Imperatives and Subjunctives in Attic Oratory. 299–317 in *Style and the City: Form and Functions of Language in Attic Oratory* (special issue in *Trends in Classics*), edited by Alessandro Vatri and Andreas Serafim.
- [78] Serafim, Andreas. Forthcoming. As in a Game of Minesweeper: Fakeness, Imprecision, and Truth about the Body in Attic Oratory. TBA in *Fake News in und aus der Antike: Formen und Funktionen von “Falschmeldungen” in der antiken griechischen Literatur und ihre Auswirkungen auf das moderne Verständnis*, edited by Amphiloichios Papatomas, Diego De Brasi and Theofanis Tsiampokalos. *Mnemosyne Supplements*.
- [79] Sevillano, Arturo Barba, Radu Lacatis, Alicia Giménez, José Romero. 2008. Acoustics Vases in Ancient Theatres: Disposition, Analysis from the Ancient Tetracordal Musical System. *The Journal of the Acoustical Society of America* 123: 3604.

- [80] Sicking, Christiaan Marie Jan. 1991. The Distribution of Aorist and Present Tense Stem Forms in Greek, Especially in the Imperative. *Glotta* 69: 14–43, 154–170.
- [81] Silva, Laura. 2022. On Being Angry at Oneself. *Ratio* 35: 236–244.
- [82] Sinker, A.P. 1937. *A Verse-Translation of Lucretius Lucretius, De Rerutn Natura*. Cambridge: Cambridge University Press.
- [83] Sommerstein, Alan H. 1981. *The Comedies of Aristophanes*. Warminster: Aris & Phillips.
- [84] Sourvinou-Inwood, Christiane. 1988. Further Aspects of Polis Religion. *AION* 10: 259–274.
- [85] Sourvinou-Inwood, Christiane. 1990. What is Polis Religion? 295–322 in *The Greek City: From Homer to Alexander*, edited by Oswyn Murray and Simon Price. Oxford: Oxford University Press.
- [86] Tajfel, Henri, John. C. Turner. 1979. An Integrative Theory of Intergroup Conflict. 33–37 in *The Social Psychology of Intergroup Relations*, edited by William G. Austin, Stephen Worchel. Michigan: Brooks Cole Publishing.
- [87] Taplin, Oliver. 1999. Spreading the Word Through Performance. 33–57 in *Performance Culture and Athenian Democracy*, edited by Simon Goldhill and Robin Osborne. Cambridge: Cambridge University Press.
- [88] Thomas, Rosalind. 2011. And You, the Dēmos, Made an Uproar: Performance, Mass Audiences, and Text in the Athenian Democracy. 161–187 in *Sacred Words: Orality, Literacy, and Religion*, edited by André P. M. H. Lardinois, Josine H. Blok and Marc G. M. van der Poel. Leiden and Boston: Brill.
- [89] Thompson, Homer A., R. L. Scranton. 1943. Stoas and City Walls on the Pnyx. *Hesperia* 12: 269–383.
- [90] Valière, Jean-Christophe, Bénédicte Palazzo-Bertholon, Jean-Dominique Polack, Pauline Carvalho. 2013. Acoustic Pots in Ancient and Medieval Buildings: Literary Analysis of Ancient Texts and Comparison with Recent Observations in French Churches. *Acta Acustica united with Acustica* 99: 70–81.
- [91] Vovolis, Thanos, Giorgos Zamboulakis. 2007. The Acoustical Mask of Greek Tragedy. *Didaskalia* 7: 1–7.
- [92] Wiles, David. 1997. *Theatre and Citizenship: The History of a Practice*. Oxford: Oxford University Press.

- [93] Wordsworth, Christopher. 1855. *Athens and Attica: Notes of a Tour*. London: John Murray.
- [94] Worthington, Ian. 2020. 'Fake News': The Greek Orators' Rhetorical Presentation of The Past. *Roda da Fortuna: Electronic Journal about Antiquity and Middle Ages* 9: 15–31.

FIGURES

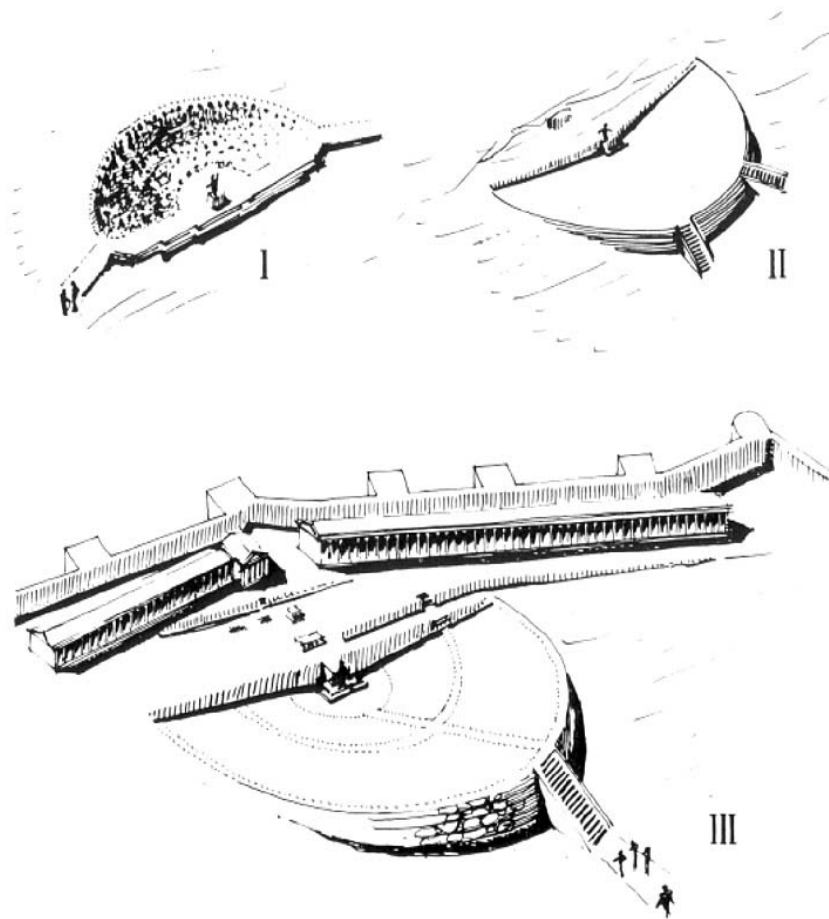
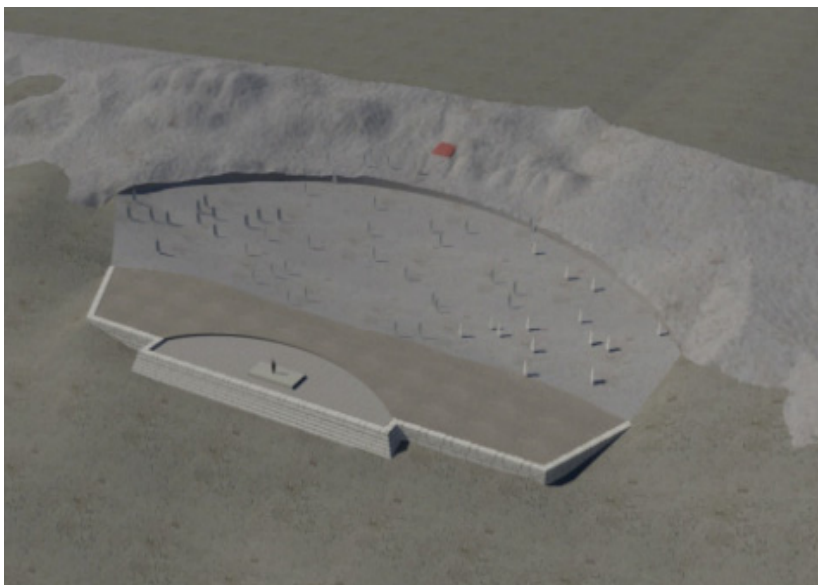
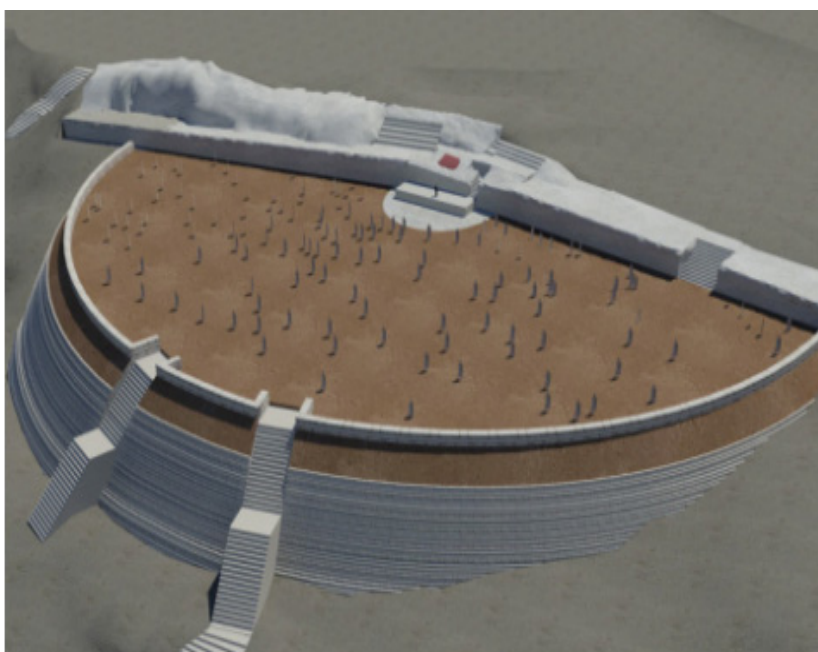


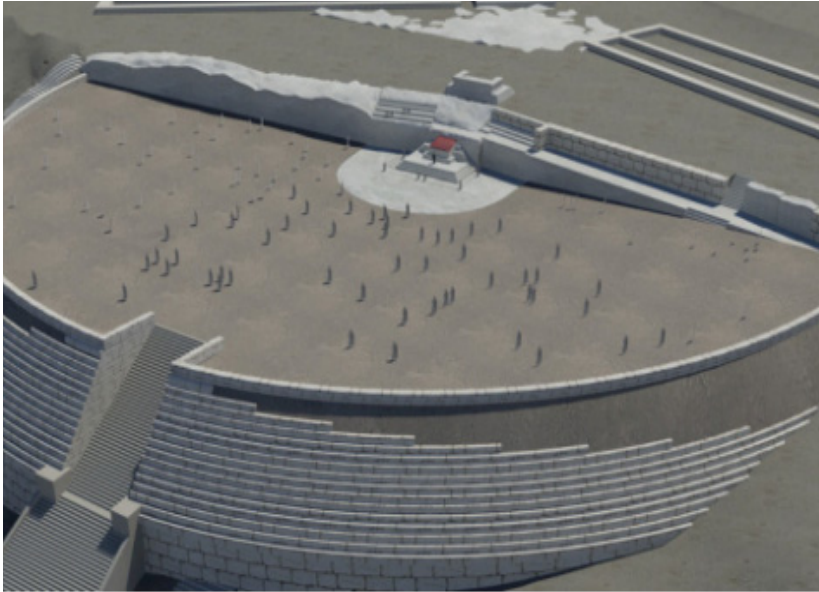
Figure 1. The three phases of the Pnyx. Drawing by John Travlos. http://www.agathe.gr/democracy/the_eklesia.html (last visited: 20 February 2023).



(a) Pnyx I



(b) Pnyx II



(c) Pnyx III

Figure 2 (a-b-c). 3D models showing the evolution of the Pnyx assembly area and relative size of the three phases. Kim, Kyungyoon *et al.* 2015.



Figure 3. The Pnyx, about 500 BC. Model by C. Mammelis. Athens, Agora Museum. http://www.agathe.gr/democracy/the_ekklesia.html (last visited: 20 February 2023).



Figure 4a. The remnants of the *bēma*, the speaker's platform, on the Pnyx. Source: the author.



Figure 4b. The *diateichisma* – a new fortification wall behind the stoas, built in the 4th century BC. Source: the author.



Figure 4c. Remains of the retaining wall built during the third phase of the Pnyx's development. Source: the author.

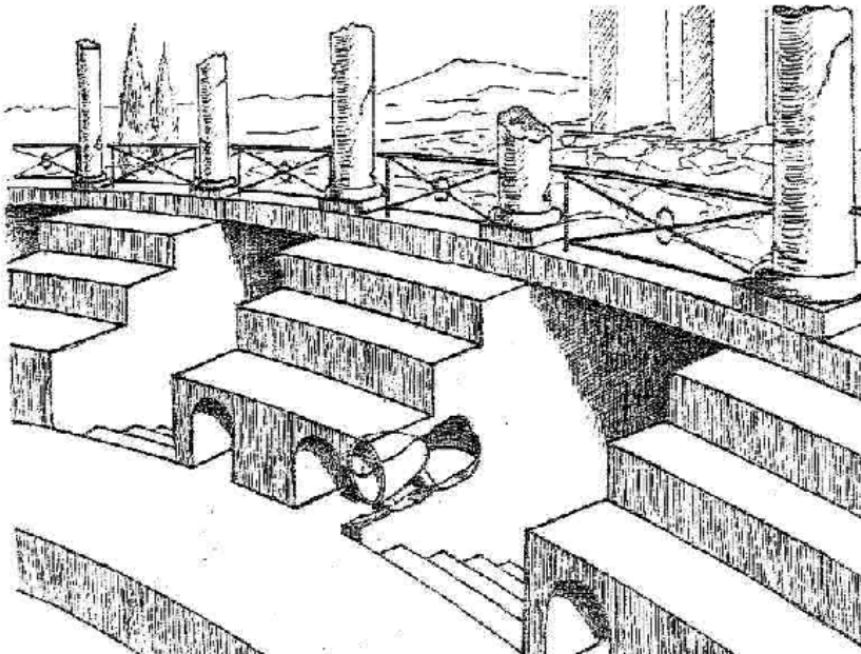


Figure 5. The reconstruction of Vitruvius' *ēcheia* by R. Floriot (after Panckoucke's 1847 publication of Vitruvius). Source: Valière *et al.* 2013, 70–81.

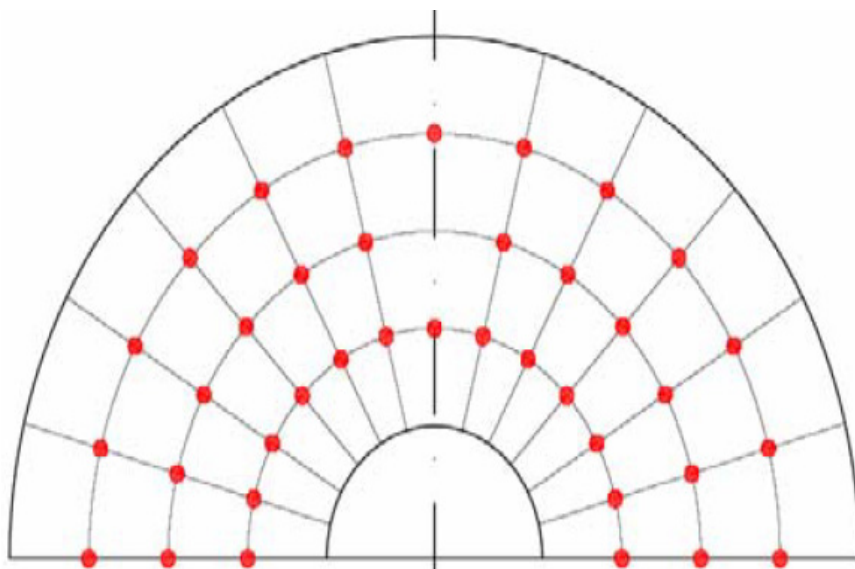


Figure 6. Reconstruction of Vitruvius' information about the distribution of bronze acoustic pots in an ancient theatre. Source: Sevillano *et al.* 2008.



Figure 7. Acoustic pot that is embedded in the wall of the church of the Chartreuse Notre-Dame-du-Val-de-Bénédiction, Villeneuve-lès-Avignon, France. https://en.wikipedia.org/wiki/Acoustic_jar (last visited: 20 February 2023).



Figure 8. Clay pots used in the flooring system of the Hazine-i Evrak Building in Constantinople. Source: Atay, Gül (2021, 1–12, on p. 8).

Article history:
Received: 14. 10. 2022.
Accepted: 3. 3. 2023.

УДК 005.21:336.717

CERIF: S 180, S 181

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_23102A

Ana ODORVIĆ, LL.M.*

OPEN BANKING: BETWEEN COOPERATION AND COMPETITION**

The emergence of financial technology companies (fintechs) has spurred expectations that they will lead to large-scale disintermediation in finance and significantly disrupt the banking industry. Regulators in several jurisdictions have supported their market entry through the adoption of open banking policies, whose purpose is to facilitate third-party access to banking data, subject to customer consent. Data access has been seen as a competitive bottleneck in the banking industry, while customers hold the ultimate ownership over their data. This paper aims to critically assess proclaimed promises of open banking by analysing existing barriers to entry and market-based collaborations between banks and fintechs as identified in the literature. Since the expected effects can vary depending on the regulatory model embraced, the paper also outlines the economic trade-offs of different regulatory solutions. Consequently, the paper may help regulators who are considering introducing or designing open banking policies.

Key words: *Open banking. – Open finance. – Fintech. – Competition in banking. – Fintech regulation.*

* Teaching Assistant, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia, PhD candidate at the University of Hamburg Faculty of Law, Germany, research affiliate at the Cambridge Centre for Alternative Finance (Judge Business School, University of Cambridge), United Kingdom, ana.odorovic@ius.bg.ac.rs.

** I am grateful to Boris Begović, Branko Radulović and anonymous reviewers for their helpful comments and suggestions. Naturally, none of them is responsible for possible remaining errors and the value judgments in this paper.

1. INTRODUCTION

The past decade has seen a rapid digital transformation of the banking industry. One of the driving forces has been the emergence of financial technology companies (fintechs), which introduced many incremental innovations in banking. Fintechs are praised for their flexibility and ability to leverage cutting-edge technology to offer affordable and customer-centric services. These companies raised great expectations, among industry members, academics, and the wider public, that they would bring about a revolution in banking (The Economist 2015), disintermediate the banking value chain (e.g. Macchiavello 2021), and ‘disrupt’ the traditional banking business model (e.g. Anand, Mantrala 2019; Cai 2018; Oshodin *et al.* 2017). Fintech activity rapidly spread across different fintech verticals. Recent literature captured their presence in 22 out of 36 banking service domains, while the biggest concentration is in the area of payments and transfer of funds (Hanafizadeh, Amin 2022).

Despite the rising threat of these potential competitors, banks have largely managed to shelter their rents and accommodate fintech entry. The reason is that fintechs often depend on banking infrastructure, licenses, customer bases, products, and data, compelling them to partner with incumbents (Enriques, Ringe 2020). As industry reports in different countries have shown insufficient levels of contestability and competition in the banking sector, regulators worldwide have been incentivised to adopt open banking policies. The idea of open banking is to mandate banks to allow third-party access to their customer data upon receiving customer consent. The main regulatory goal has been to reduce informational rents enjoyed by banks and to induce market entry. Open banking resides on the premise that data is a competitive bottleneck in the banking industry, while customers hold the ultimate ownership over their data and should be allowed to share it with third party providers that can generate new value for them.

Given that the adoption of open banking policies is relatively recent, the theoretical account of this phenomenon is still emerging. While the literature on open banking is fast growing (a notable contribution is *Open Banking*, edited by Linda Jeng (2022)), it appears that none of the existing studies examines open banking in the context of a broader set of factors facilitating the market entry of fintechs, either as competitors or partners of incumbents. Therefore, this paper aims to explore the potential effects of open banking policies in light of existing market-driven practices of competition and cooperation between banks and fintechs. To assess the promises of open banking, the paper also explores the differences in the regulatory approaches of several prominent jurisdictions: the European

Union (EU), the United Kingdom (UK), Australia, and India. The paper is among the first to discuss trade-offs of different regulatory design features and assess their expected impact on competition and cooperation in the market. In terms of methodology, this is a conceptual paper that draws upon the existing literature at the intersection of economics, finance, and law.¹ Its theoretical propositions are suitable for further empirical testing as time elapses and more data becomes available.

The paper aims to contribute to three strands of literature. An overarching framework for the paper is the literature looking into the relationship between regulation and competition in banking (e.g. Vives 2016). While the dominant paradigm is that regulation tends to soften and deregulation tends to strengthen competition (Degryse, Ongena 2008), open banking is specific as a pro-competitive regulatory intervention. The paper also aims to contribute to scholarship examining the determinants of fintech emergence and development. A growing number of papers is looking into successful fintech business models in different sectors, and factors driving fintech development at a country level (e.g. Haddad, Hornuf 2019). Recent literature has also opened up the question of why fintechs and banks tend to cooperate, either focusing on the bank (Faes *et al.* 2022) or fintech perspective (e.g. Bömer, Maxin 2018; Drasch, Schweizer, Urbach 2018; Gozman, Hedman, Sylvest 2018). Finally, the paper is connected to the literature examining the effects of regulations on fintech markets, which have predominantly focused on specific fintech verticals (e.g. Dushnitsky *et al.* 2016; Rau 2021). In contrast, open banking policies promise to have an impact across different fintech industries.

The structure of the paper is as follows. The next section explores the bank–fintech interaction landscape, trying to systemise different models of fintech entry. Section 3 discusses the foundations of open banking, outlining key concepts and regulatory objectives. Section 4 explores variations in open banking approaches in different jurisdictions, such as mandatory vs voluntary nature, the (un)existence of technical standards for data access, the scope of data to be shared, the regulatory perimeter regarding market participants, etc. Section 5 examines whether and to what extent open banking frameworks will likely drive competition and collaboration in banking, given the theoretical considerations on market-driven practices (Section 2) and different regulatory design features (Section 4). The last section concludes by elaborating on the potential developments of open banking and sets a research agenda.

¹ Additional insights come from personal work in the capacity of a tutor for the Cambridge Fintech and Regulatory Innovation programme (CFTRI).

2. BANK–FINTECH INTERACTION LANDSCAPE

To understand the ‘disruptive’ potential of fintechs and the implications of open banking policies for their expansion, it is helpful to better understand the existing modes of fintech market entry. Fintechs encompass a wide range of different innovations, which can roughly be divided into those that concern the delivery of (core) banking services and those that employ advancements in general-purpose technology (e.g. artificial intelligence (AI)), cloud computing, distributed ledger technology (DLT) to enhance existing banking products and processes (Bank for International Settlements 2018, 9). Examples of fintechs that fall within the latter category include fintechs that provide software for customer digital authentication and customer onboarding (e.g. Onfido), programmes that enable algorithmic credit-scoring (e.g. Aire), or programmes that facilitate regulatory compliance (also known as RegTech). These companies essentially provide inputs for the delivery of financial services. The banks’ incentives to integrate their services are straightforward, i.e. banks can streamline processes, save on human resources expenditures, and provide cheaper and more reliable services.

Fintechs that deliver core banking services seldom do so independently and in direct competition with banks. Banks typically engage in a broad spectre of activities (Boot 2016, 436), thus performing a set of interrelated functions: maturity transformation and liquidity provision by accepting short-term deposits and extending medium and long-term loans, and payment and transaction services. In contrast, fintech services usually intend to target specific customer needs or even specific customer segments. Thus, fintech competition that involves market entry along all or most banking activities is rare. Nevertheless, two types of fintech business models compete directly with banks. The first type is so-called neo (digital, challenger) banks, which are essentially licensed entities that engage in banking activities exclusively via digital means, without any physical location and traditional branch networks. Depending on the jurisdiction, they hold a full blown banking licence or, as of recently, new types of lighter licenses aimed at facilitating market access.² Examples include Monzo Bank and Fidor in the UK, WeBank in China, N26 in Germany, etc. The second type of fintechs, whose products can be deemed substitutes for banking services, are companies whose business model is built on the premise of banking disintermediation. They offer technology platforms that stand as an alternative to ‘balance-sheet intermediaries’ and ‘trusted third parties’, and instead, provide matching

² For example, the Swiss regulator, FINMA, introduced a fintech licence to boost innovative financial companies (FINMA 2022).

services between lenders and borrowers, or two sides of a payment transaction (Bank for International Settlements 2018, 20). Examples include licensed crowdfunding platforms in the area of lending and capital raising, and cryptocurrencies in the area of payments. The ability of these fintechs to compete with banks is constrained by increased exposure to counterparty risk, among other factors.³

Among the fintechs that deliver banking services independently, there is an increasing number of companies that offer banking services to unbanked or underbanked parts of the population. These fintechs developed innovations ‘where incumbent service providers were not present and in market segments where customer needs were not met’ (Carletti *et al.* 2020, 7). Examples include mobile money payments in developing countries, such as M-Pesa in Kenya. In essence, these companies are not direct competitors to banks as the markets they operate in are not in the banks’ sphere of interest.

An increasingly large number of fintech entries is enabled or facilitated by cooperation with a bank, which leads to the shared delivery of banking services. This phenomenon is often described as ‘disaggregation of the banking value chain’ or ‘unbundling of banking services’. It involves the departure from the premise that ‘the offering to the customer is exclusively created and distributed in-house by a bank’ (Gozman, Hedman, Sylvest 2018, 7). Cooperation can take various forms, such as direct equity investments, joint ventures, alliances, incubation, etc. (Drasch, Schweizer, Urbach 2018, 10; Oshodin *et al.* 2017, 8–9).

The shared delivery of banking services by banks and fintechs is enabled by the use of application programming interfaces (APIs). This interface allows to synchronise and connect the database or services of a bank with different third-party applications or programs (Chakray 2022, 8). APIs in banking (or open banking in a broader sense) are ‘about letting third parties build applications and services around the platforms of the financial institutions’ (Gozman, Hedman, Sylvest 2018, 6). In other words, by decomposing the banking value chain, APIs enable service creation and distribution by third party providers.

Bank–fintech collaborations are driven by the banks’ need for faster access to innovation. Their cumbersome legacy systems and bureaucratic and complex governance infrastructure make the internal innovation process sluggish. Fintech innovations can help banks enrich their service

³ For a concise discussion on promises and expectations of cryptocurrencies, see Carletti *et al.* 2020, 8–11.

offer, or improve their distribution channels and customer experience. Partnerships with fintechs can also open new revenue streams for banks. The fintechs' incentives for cooperating with banks are diverse and directly relate to barriers to entry into the banking services market. The most important barriers are the lack of an established customer base, limited data on potential customers, lack of reputation and brand recognition, relatively high cost of capital, regulatory infrastructure,⁴ and the need to integrate banking products into their services (Bömer, Maxin 2018, 11; Carletti *et al.* 2020, 7).

If one were to roughly decompose the banking value chain into service creation and distribution (customer interface), fintechs can perform both (Gozman, Hedman, Sylvest 2018, 6–8). Most often they serve as distributors of banking products, such as the case with mobile wallets (Google Pay, AliPay), marketplaces for banking services (e.g. platforms that match borrowers with bank lenders), or different kinds of information aggregators. The case of aggregators is interesting (especially in light of open banking, as will be discussed below), as they offer customers a single interface through which they can manage financial accounts held at various institutions (including the option of initiating payments).

In many instances, banks enable the provision of services created by third party providers, either through their distribution channels (e.g. offering 'robo-advisor' investments to their clients) or by lending their regulatory license. In the latter case, also called 'white-label bank' (Bömer, Maxin 2018, 17), a fintech can offer deposit-taking, lending, or payment services under its brand, while the bank providing the regulatory infrastructure remains in the background, often not visible to the fintechs' customers. The outsourcing arrangement is established on a contractual basis.⁵

Independently of the fintech's place in the value chain (service creation vs distribution), it is important to understand who can claim ownership over the customer base, which is tightly related to the question of which brand is visible to customers. In instances in which a bank has a relegated role (Bank for International Settlements 2018, 19–20), which is typically

⁴ Regulatory infrastructure, in this context, is understood as a regulatory license complemented with necessary systems and procedures in place to ensure regulatory compliance.

⁵ An example of this model is the German-based fintech Penta, which cooperated with Solarisbank. For detailed regulatory implications of this model, see Enriques, Ringe (2020).

the case with the ‘white-label bank’ model, but increasingly more so with information aggregators, bank–fintech cooperation can indirectly lead to more competition in the market as well.

Despite a proliferation of bank–fintech cooperation, banks’ willingness to voluntarily integrate a third-party provider, i.e. the ‘troublemaker’ (Drasch, Schweizer, Urbach 2018), is often constrained for several reasons. Firstly, banks continue to bear all the regulatory compliance risk without being in full control over the fintech’s operations. Simply put, bilateral contracts may not be effective enough in inducing fintechs to meet all the regulatory standards, while monitoring efforts by the bank may be limited and costly. Moreover, due to legacy systems, banks usually find it complex and costly to modernise their infrastructure and create APIs for third-party access. Finally, in collaborative models in which fintechs are customer-facing, banks may be afraid of ceding their customer base to their partners.

In summary, limited direct competition between fintechs and banks and factors hindering bank–fintech partnerships suggest that there is a need for more contestability in markets for banking services. Financial markets regulators with a competition mandate have sought to address this issue by adopting open banking policies. The following sections will explore the basic concepts of open banking, discuss major regulatory models, and assess their potential effects on competition and cooperation in the market.

3. THE FOUNDATIONS OF OPEN BANKING

Customer data has always been one of the key inputs in financial intermediation services. The very existence of banks is often explained by their ability to overcome or mitigate pronounced information asymmetries, which lead to trade frictions in direct interactions between lenders and borrowers (Damme 1994).⁶ Namely, banks are considered superior in the screening of borrowers *ex ante*, and monitoring the contract execution *ex post*, thus reducing adverse selection and moral hazard. While banks have different ways of gathering relevant information about borrowers’ creditworthiness, banks have traditionally relied on their lasting relationships with their customers – a concept also known as relationship

⁶ In addition to trade frictions caused by asymmetric information, banks can mitigate trade frictions arising because lenders prefer to hold liquid assets, while borrowers prefer a longer maturity of their loan (a bank’s function of maturity transformation). For an overview of microeconomic theories in banking, see Damme (1994).

banking or relationship lending (Elyasiani, Goldberg 2004). It is often held that long-lasting relationships with customers, together with the continuity of the organisation, determine a bank's value (Boot 2016, 433). Empirical studies also document that continuous relationships between banks and their clients are associated with lower interest rates, less strict collateral requirements, and a lower likelihood of credit rationing (Berlin, Mester 1999, 579). Moreover, banks' insights into customer transaction accounts, savings accounts, lending patterns, and repayment history over time give them a competitive advantage in cross-selling other banking products and services. The abundant data that customers produce as a by-product of their financial activities serves as a basis for offering, for instance, wealth-management services.

As in other segments of the economy, the importance of data in financial services is increasing. Data is often colloquially referred to as the 'new oil' (The Economist 2017). This is due to the technological progress, which reduces the costs of collecting, storing, and processing data (such as via machine learning, AI, and prediction algorithms), thus, enabling to extract a greater value from it (Acquisti, Taylor, Wagman 2016, 444; Allen, Gu, Jagtiani 2021, 2; Carrière-Swallow, Haksar 2022, 128). Being aware of this trend, regulators in several countries have adopted, or are considering adopting, open banking policies to facilitate the access and use of available banking data, thus promoting innovation and competition in the market. According to some studies, open banking policies are 'on the way to adoption' in more than 80 countries (Babina, Buchak, Gornall 2022, 19).

The concept of open data implies that customers are permitted to share their data held at banks with third party providers. The access to data is provided under controlled standards, while individual customer data is usually retrieved in a standardised format, allowing for easy analysis and comparison. Open banking, mandated by regulation, resides on three interrelated premises. The first premise is that customers are the ultimate owners of their data, and they have the right to decide who will have access to it and for which purposes. Customers' explicit consent to share their data presupposes that the value of services they receive outweighs the disutility that comes with reduced privacy.⁷ The idea is embedded in the term 'data portability', as part of a broader concept of 'active data rights'. The latter

⁷ This assumption implies that the customer (data subject) has sufficient information and control over the consequences of collecting their data, such as when their data is collected and for what purposes, which is often not the case in the digital economy (see Acquisti, Taylor, Wagman 2016).

implies that individuals not only enjoy protection from their data misuse or theft, but can also take actions concerning information about themselves (Asrow 2022, 33–34).

The second premise is that financial institutions have the incentive to shield the customer data they gather from their competitors. From an efficiency point of view, banks' exclusive use of their customer data is suboptimal. The non-rival nature of the data, i.e. that the same information can be used by multiple economic agents, suggests that society would be better off if the data is shared among different agents that can derive value from its exploitation (Carrière-Swallow, Haksar 2022, 130–131).⁸

In connection to this, the third premise is that customer data can be a competitive bottleneck in the banking industry (e.g. Dell'Ariccia 2001; He, Huang, Zhou 2023). The essential idea is that established incumbents benefit from relationship banking, i.e. proprietary information gathered through continuous interactions with their customers allows them to better assess their creditworthiness. Based on this, they can acquire some market power over their customers to their competitors' disadvantage.⁹

Therefore, allowing customers to share their transactional data with third party providers of their choice should lower barriers to entry in the banking sector and increase competitive pressure on incumbents, thus leading to lower prices and greater innovation in the provision of banking services. Another argument that further supports open banking policies is that data is at the heart of fintech businesses (Wolberg-Stok 2022, 17). As technology companies that focus on specific customer needs, they can use individual granular data more efficiently than banks. In other words, they can better exploit customer heterogeneity, bringing change along three important dimensions (Babina, Buchak, Gornall 2022, 15). Firstly, fintechs can offer better customised products (for instance, financial advice or wealth management services). Secondly, using advanced tools of data analysis helps

⁸ It is worth noting, however, that there is a difference between situations in which information on an individual customer is used for selling different banking products (e.g. consumer loans and mortgages) and situations in which such information is used for selling a unique banking product but different market players compete in offering the best terms to the customer. In the latter case, even though all competitors who have access to information can derive value from its exploitation, only the competitor that offers the best terms will ultimately conclude the transaction with the customer and actually benefit from it. Nevertheless, this will improve allocative efficiency.

⁹ This has to be understood in the context of a wider 'data economy where the size of the data pool determines competitive strength' (Arner, Buckley, Zetzsche 2022, 150).

them to predict better customer willingness to pay for certain products or services, thus facilitating price discrimination. While price discrimination allows service providers to extract more consumer surplus (primarily from willing to pay customers), it also enables them to provide services to previously underserved customers with low willingness to pay. Moreover, fintechs often combine banking data with non-traditional data sources, providing more efficient tools for risk pricing and credit decisions (Babina, Buchak, Gornall 2022; Berg *et al.* 2020; Langenbucher, Corcoran 2021).¹⁰ Better estimation of individual customer risk is essential for mitigating adverse selection, which is a result of a ‘pooling equilibrium’ – situation in which ‘good’ and ‘bad’ types of borrowers receive loans under similar conditions because they are non-differentiable.¹¹

It is important to note that the optimism about open data policies resides on the idea that the amount of data produced within the banking sector will remain unchanged. Nevertheless, the fact that open banking regulations will turn customer data into a common good can alter the incentives of market participants involved in its production: customers and banks. Customers may reduce data production if they are unsure how their data is used (Babina, Buchak, Gornall 2022, 19) or if they are afraid of incurring costs as a result of it, for instance, if the data reveals that they are risky customers. An important interrelated question to understand is whether and when they will decide to ‘opt in’ to share their banking data with third party providers. Banks usually do not incur significant costs when collecting customer data that is a by-product of regular financial activities. However, all the costs borne to establish and maintain relationship banking may now be futile due to a lack of exclusivity over customer data, again potentially reducing the total amount of data available (Carrière-Swallow, Haksar 2022, 140–141).

¹⁰ For instance, Upstart is a US-based lending platform that uses AI to predict creditworthiness based on alternative data, such as educational background and current employment, and provides consumer loans in cooperation with banks (Langenbucher, Corcoran 2021, 142–143). Berg *et al.* (2020) analyses the importance of simple and easily accessible digital footprint variables for predicting default rates. It analyses data typically available to a e-commerce website (device type, operating system (iOS vs Android), email address (with or without a personal name), etc.) to show that simple digital footprints variables are equal or superior in predicting default rates when compared to credit bureau scores. They also show significant complementarity between traditional and non-traditional risk assessment methods.

¹¹ While efficient risk pricing helps low-risk customers to obtain loans under more favourable terms, it can also lead to the exclusion of the riskiest customers, who would otherwise go unnoticed in a large pool of borrowers that are difficult to discriminate (Carrière-Swallow, Haksar 2022, 137).

Regarding more technical aspects, for open banking policies to be implemented, banks have to reconfigure their IT architecture to allow third party providers to access customer data via APIs (as explained in the previous section). Open banking presumes 'open' or 'public' APIs, implying that they are accessible by anyone (who satisfies pre-defined criteria set out by the API provider or the regulator) (Zachariadis, Ozcan 2017, 6–7). This stands in contrast to private APIs, used for voluntary cooperation arrangements between banks and fintechs, which are highly customised, non-visible to the public, and subject to specific contractual obligations between the two parties. It is debatable whether 'openness' also implies that access to APIs is loyalty-free (Cardinal, Thomas 2022, 93; Zachariadis, Ozcan 2017, 6).

However, a mere regulatory requirement for banks to create open APIs is insufficient for creating a reliable and secure system that will foster a large-scale exchange of customer data. The first set of necessary conditions entails the implementation of data rights, broadly speaking. This includes 'passive data rights' (e.g. standards regarding data protection, cybersecurity, appropriate use of data, etc.), and 'active data rights' (e.g. the above-mentioned data portability, standards regarding customer consent, the right to delete or correct data, etc.) (Asrow 2022, 33–34).

Some aspects of data rights are embedded in the technical architectures and solutions of APIs. APIs are a set of protocols that govern communication, authentication, and data functionalities/payloads (Cardinal, Thomas 2022, 96–99). Communication standards define how two systems connect and exchange data in a secure manner. Authentication standards are there to ensure that approved third party providers gain access to customer data without using or possessing customer credentials (ID and password) for accessing their accounts, but instead relying on a substitute object. Data functionalities/payloads determine the type (scope) of data that third party providers are allowed access to. Access to data is sometimes limited to 'read only', or can include a 'write' function as well, meaning that third party providers can initiate transactions on behalf of customers. It is important to emphasise that APIs architecture and technical (security) standards are sometimes prescribed by the regulator, sometimes recommended by industry associations or other self-regulatory bodies, or merely governed by internationally-accepted best practices, leading to varying degrees of

uniformity (World Bank 2022, 17–18).¹² When designing their APIs, banks have the option to develop them in-house or get a ‘ready-made’ solution from API providers.¹³

In addition to data rights that follow from technical standards of APIs, all market participants involved in data handling and storage (banks, fintechs, data intermediaries) are usually subject to an additional set of rules that ensure the robustness of their systems. Such rules may be part of the open banking framework, but they can also stem from operational risk management requirements for licensing of financial intermediaries/third party providers, or general data protection regulations (e.g. the General Data Protection Regulation (GDPR)¹⁴ in the EU). A related issue is how to delineate liability between banks and third party providers in instances of a system failure, i.e. data breaches, misuse, unauthorised login, unauthorised transactions, etc. While financial institutions have been *per se* liable for ‘protecting their customers from financial loss as a result of fraud’, open banking practises require modernisation of regulatory rules and specific guidance, since appropriate apportionment of liability is usually difficult to achieve through contractual arrangements between market participants (Boms, Taussig 2022, 59, 56–72).

In addition to creating a robust and secure data exchange system, including associated consumer protection issues that may arise, the second prerequisite of an effective open banking policy is achieving a certain level of interoperability of API standards across the industry. Interoperability implies the use of standardised data protocols and a customary interface that allows external systems and applications to simply ‘plug in’, without the need to understand the particularities of the APIs’ provider’s system

¹² It is interesting to note that, in terms of regulatory remit, implementation of an open banking framework (defining (technical) rules and their effective monitoring) is delegated to various authorities and entities in different jurisdictions. It can be a banking authority (e.g. in the EU, India, Singapore, Hong Kong), competition authority (e.g. in the UK, Australia), an entity created and/or financed by financial industry members, or a combination thereof. This has to do with the fact that not all banking supervisory authorities have a competition mandate, or the necessary technical expertise and capacity within the institution to set the standards and enforce them.

¹³ A growing number of banks rely on API platforms whose role is to create an additional layer of interface between banks and third party providers, ensuring the necessary level of compliance (World Bank 2022, 18–19).

¹⁴ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

(Zachariadis, Ozcan 2017, 6). Interoperability also entails standardisation of data recording formats, ensuring that data stored by one market participant can readily be used by other market participants (incumbents and fintechs) (Carrière-Swallow, Haksar 2022, 141), avoiding the unnecessary costs of adapting to the customised protocols of individual banks. Thus, common API standards are important for the ability of third party providers to achieve economies of scale in regard to data collection, aggregation, and analysis.

While this section outlined some of the cornerstones of open banking policies, abstracting from design features of specific countries, the following section will offer a comparative overview of regulatory solutions in ‘frontrunner’ jurisdictions in terms of open banking (the EU, the UK, Australia, and India). Other than being among the earliest adopters, the selected jurisdictions exhibit some interesting differences that bear importance for the main research question – whether and to what extent open banking is likely to foster competition and cooperation in banking. The overview is meant to be a high-level synopsis of key characteristics, leaving a more detailed comparative analysis to (future) legal scholarship. The factual basis for the synopsis relies on the findings in the recent World Bank report on open banking policies (World Bank 2022) and is complemented by scholarly research.

4. OPEN BANKING REGULATORY MODELS

The trend of adopting open banking policies is relatively recent, yet jurisdictions exhibit significant differences regarding institutional details. The reasons for the significant disparities can be found in different regulatory remits and institutional objectives of the competent authorities, their administrative capacity and internal technical expertise, as well as market-driven factors, such as incumbents’ readiness or level of resistance, the banking market structure, and the level of fintech penetration. Existing financial regulations (such as licenses for non-bank financial intermediaries) and the current data protection frameworks undoubtedly influence the regulatory architecture of open banking policies. Open banking regulatory models can be roughly divided into mandatory and voluntary. Within the mandatory regimes, one can also differentiate between regimes that also prescribe technical standards for APIs, and those embracing more flexibility in this regard. A complementary institutional trait is whether banks are allowed to charge royalty fees. Voluntary regimes, in contrast to mandatory ones, typically leave it up to the banks to decide on charging fees for access to their customer data (World Bank 2022, 19). Another important

differentiating design feature is the scope of data that is subject to data portability, as well as functions that third party providers are allowed to perform concerning this data ('read' and/or 'write' access). Finally, banking regimes differ regarding the rules on market participants, including both the supply (financial institutions) and the demand side (fintechs) of the data exchange process.

4.1. The EU

The EU was the first jurisdiction to create a mandatory open banking regime, with the implementation of the Second Payment Services Directive (PSD2) in 2015.¹⁵ The Directive came into full effect on 14 September 2019. The requirement to allow third party providers to access consumer financial data was coupled with strong customer authentication measures (also known as multi-factor authentication). In addition, the implementation of open banking was facilitated by the adoption of a comprehensive data protection regime embedded in the GDPR, effective as of 2018.¹⁶

While the PSD2 did not introduce a technical framework for 'common and secure open standards of communication' between banks and third parties, this task was delegated to the European Banking Authority (EBA), which issued complementary second-level texts.¹⁷ Yet, the EBA merely requires banks (account servicing payment service providers) to offer a 'dedicated interface', without specifying the technical standards of communication, to ensure technology and business model neutrality.¹⁸ Instead, 'to ensure the interoperability of different technological communication solutions, the interface should use standards of communication which are developed by international or European standardisation organisations'.¹⁹ In the meanwhile, the industry autonomously adhered to standards created by several market-

¹⁵ Directive (EU) 2015/ 2366 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015, on Payment Services in the Internal Market, Amending Directives 2002/65/EC, 2009/110/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No. 1093/2010, and Repealing Directive 2007/64/EC, 2015 O.J. (L 337) 35.

¹⁶ On the implications of GDPR on Open Banking, see Arner, Buckley, Zetzsche (2022, 157–162).

¹⁷ Commission Delegated Regulation (EU) 2018/389 of 27 November 2017 supplementing Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council with regard to regulatory technical standards for strong customer authentication and common and secure open standards of communication.

¹⁸ Commission Delegated Regulation (EU) 2018/389, Recital 20.

¹⁹ Commission Delegated Regulation (EU) 2018/389, Recital 21.

led initiatives.²⁰ With regard to the scope of data, the European regulator was rather conservative, allowing access only to payment accounts. ‘Data from a loan, mortgage, saving, investment, pension, and insurance accounts’ falls outside the scope (Littlejohn, Boskovich, Prior 2022, 182). The PSD2 was created with the view of facilitating entry into the payment-related services market. For this reason, ‘read’ and ‘write’ access to data is allowed, so that fintechs holding an appropriate license can also initiate a transaction from an account held at another institution. Regarding market participants subject to open banking regulations, the European regulator does not differentiate between banks of different sizes, creating a level playing field across the industry.

One distinctive feature of the open banking regime in the EU is that it introduced a set of new licenses for market players, who can build their business model around open access to customer data. Namely, the PSD2 created licenses for ‘payment initiation services providers’ (PISPs), and ‘account information services providers’ (AISPs). PISPs are businesses that initiate the transfer of funds between the customer’s account and the merchant’s account, without the need to go through the online platform of the bank where the customer account is held. PISPs offer customers low-cost payment solutions for their online transactions, without the need for a card intermediary (Vezzoso 2018, 32). AISPs are businesses that offer customers a comprehensive overview of their financial situation by collecting and aggregating information from payment accounts held at different banks and displaying it in an informative and accessible manner. Based on this, customers can change their spending/saving patterns or provide consent for this data to be shared with fintechs that provide additional services, such as banking products price comparisons, personalised advice regarding banking products, etc. (Vezzoso 2018, 32).²¹ Neither AISPs nor PISPs are authorised to hold customer accounts directly. The approach of the European regulator – to allow only licensed third parties to access customer data – also bears significance on potential liability. Namely, the PSD2 prescribes that authorised third parties must comply with specific risk management requirements and hold indemnity insurance (or an equivalent guarantee) against specified liabilities (World Bank 2022, 17).

²⁰ These include standards created by German-based STET Group, and Polish-based API (World Bank 2022, 17).

²¹ The PSD2 also introduced a license for payment instrument issuer service providers (PIISPs), which is less important for the discussion on open banking.

4.2. The UK

Open banking was introduced in the UK following the adoption of the PSD2 in 2018, as the country was still a member of the EU at the time. The mandatory regime was set up by the Competition and Markets Authority. Open banking in the UK embraced most of the EU solutions, such as that it mandates customer-permissioned data sharing only with licensed third party providers (regulated by the Financial Conduct Authority, or an equivalent authority in the EU Member State).

However, the framework exhibits some notable differences from its predecessor. The UK regulator recognised early on the necessity of adopting industry-wide technical standards and delegated their creation to an independent body – the Open Banking Implementation Entity (OBIE), which would work closely with industry members. The nine largest banks in the UK (also known as the CMA9) were mandated to finance its activities. To ensure interoperability across the industry, the OBIE went even further to create Operational Guidelines and Customer Experience Guidelines (Littlejohn, Boskovich, Prior 2022, 184). Regarding the scope of customer data, as is the case in the EU, third party access in the UK is limited to ‘demand deposit accounts’ (personal current accounts and business current accounts). However, it goes beyond this to allow for retrieval of information on bank products and services (Littlejohn, Boskovich, Prior 2022, 187). Finally, an important difference from the PSD2 solution is that the open banking framework in the UK is mandatory only for the CMA9, recognising that the insufficient level of competition and innovation in the market needs to be balanced against compliance costs for smaller market players.

4.3. Australia

Similar to the UK, the open banking regime in Australia was set up by the Australian Competition and Consumer Commission in 2018, with phased implementation starting in July 2019. In Australia, like in the UK, technical standards were mandated by regulations and followed by additional customer experience guidelines. Concerning the scope of data, the Australian regulator embraced an all-encompassing solution where access to data involves credit and debit cards, mortgages, and banking products and services, in addition to deposit and current accounts. However, unlike in the EU and the UK, the regulatory framework does not allow payment initiation. The novelty of the Australian approach is reflected in its area of application. Namely, open banking is merely one segment of a wider open data initiative, where access

to customer data is also mandated in other sectors of the economy, such as energy and telecommunications. Nevertheless, in the banking sector, a phased approach was foreseen so that the open banking framework was mandatory only for major banks during the first period, whereas other banks could adapt with a one-year delay.

4.4. India

The approach of the Indian regulator (the Reserve Bank of India) differs from the approaches presented above, most notably regarding the voluntary nature of rules. However, to better grasp the uniqueness of the open banking policy in India, it is helpful to distinguish between the 'read' and 'write' access to data, i.e. payment initiation.

The principles of open banking were first introduced in India with regard to payment initiation services, through the adoption of several interrelated policies, known under an overarching term 'Indian Slack' (Carrière-Swallow, Haksar, Patnam 2022, 247–253). The first important policy enabling the introduction of open banking is the Aadhaar identification system. It is a system of digital IDs for all Indian citizens who sign up for it. It enables financial institutions to easily verify customer identity via APIs, thus facilitating digital onboarding and compliance with Know Your Customer (KYC) rules necessary to open an account. The second important policy was the creation of the Unified Payments Interface (UPI) in 2016 – an interoperable payment system also based on standardised API protocols, which enables retail payments and settlements between financial service providers. The UPI is maintained as a public digital infrastructure, and access to it is provided to all licensed intermediaries – banks and non-banks fintechs that hold a 'special payment bank licence' (Carrière-Swallow, Haksar, Patnam 2022, 250). This license was created with the view of enabling the provision of financial services on a smaller scale, thus facilitating fintech entry.

While payment initiation data access is fully operational on a voluntary basis, data sharing among regulated financial service providers is still underway. The proposed data-sharing solution is unique in several respects (Carrière-Swallow, Haksar, Patnam 2022, 251–253). While the participation of banks is voluntary, it is meant to be facilitated through a special type of regulated aggregators. Moreover, data sharing will be established on a reciprocal basis, so that fintech companies will equally be required to

share financial data on their customers. Concerning the scope of data, as in Australia, data sharing will gradually evolve from financial services data to insurance and health data.

5. OPEN BANKING – FALLING SHORT OF EXPECTATIONS BUT HOLDING NEW PROMISES?

The growing enthusiasm of regulators worldwide about open banking policies and their effects on contestability and competition in banking (despite notable differences in approaches) requires a better understanding of the mechanisms potentially leading to the desired effects. The analysis of different models of fintech market entry (Section 2) shows that direct competition between banks and fintechs is not common due to factors that are far more comprehensive than access to customer information. Clearly, open banking policies will bear little or no consequence on fintechs that do not offer substitutes for banking products or intend to expand into these markets. This primarily includes companies that provide technology-based inputs for banking services, and companies that focus on niche banking services, customer segments, and geographies, i.e. markets in which banks do not operate.

Secondly, a wide array of fintechs that could potentially act as competitors to banks concerning specific products are dependent on cooperation with a bank to enter the market. For instance, a lack of reputation and customer base has often led to the integration of fintech products into banks' offerings. Fintechs whose business model entails operating under the regulatory umbrella of a licensed bank could potentially benefit from access to customer data under open banking, but in most jurisdictions they would need to get a special license (e.g. AISP, PISP). Moreover, the incumbent bank in the background (which enables the fintech to offer banking services, such as deposit taking and lending) can always withdraw its license, while retaining the deposit accounts opened by the fintech company.²²

One fintech business model that would arguably benefit the most from open banking policies is information aggregators and marketplaces for financial services. These platforms could offer a unique interface through

²² Contracts between fintechs and banks, under the regulatory umbrella model, often include clauses that stipulate that the fintech holds ownership over the customer base. However, it is questionable whether such clauses are enforceable and how customers' deposit accounts would be taken over by a different partner bank (or the fintech if it subsequently obtains its own banking license).

which customers could integrate and manage all their accounts held at various institutions, especially with the payment initiation function that some jurisdictions have enabled through open banking. Bank for International Settlements (2018) described a potential scenario in which aggregators would lead banks to become 'commoditised service providers and cede the direct customer relationship' to the aggregator (the platform) (Bank for International Settlements 2018, 19). While aggregators will likely continue to be just another distribution channel for banking products, one can conjecture that they will intensify the competition among incumbent banks, primarily by increasing the transparency of various banking offerings and facilitating their comparison. For platforms acting as aggregators of financial services to become established market players, thus fostering competition among incumbents, they would have to build a customer base. For this reason, it has been argued that technology platforms from non-financial sectors also known as BigTechs (Amazon, Apple, Google, Facebook, Alibaba, Tencent), acting as aggregators and marketplaces for financial services, will leverage their existing reputation, the customer base, and complementary data to become an indispensable distribution channel for banking products (Carletti *et al.* 2020, 12). With strong network effects, under this scenario, there would be a highly competitive market for banking products, with a few technology platforms dominating the interface with customers.

Even though an open banking regime has limited potential to intensify competition between fintechs and banks, there is nevertheless one more channel through which it can intensify competition among incumbents (including licensed neo (challenger) banks). Namely, with banks being able to get access to each other's customer information, the competitive advantage of relationship banking will be reduced, allowing smaller banks to compete along other price and non-price dimensions.

As mentioned above, proponents of open banking have mainly focused on competition and innovation as the regulatory goals. An often-neglected aspect of open banking policies is their potential effect on bank-fintech collaboration. As explained in Section 2, banks may be reluctant to engage in partnerships with fintechs due to the costs of creating APIs and regulatory and reputational risks, among others. One may conjecture that open banking will lead to a greater number of collaborations between banks and fintechs, primarily because banks will need to upgrade their core infrastructure for open APIs, making it more modular and flexible for further integration of fintech products and services. In addition, banks will bear a smaller risk when partnering with third party providers when there are clear regulatory standards regarding data transfer and technical integration of their products and services. In the same vein, the risk of collaborations will be lower with

a clear regulatory stance on how liability is split in case of a data breach or misuse of consumer rights. Open banking regulations are more likely to drive collaborations when third party providers are required to hold their license (e.g. AISP, PISP) and are thus subject to direct supervision of the regulatory authority. Nevertheless, the danger of reputational spillovers may undermine collaboration incentives (Klus *et al.* 2019, 16).

Interestingly, open banking regulations may create a loop between competition and cooperation in banking. Let us assume that open banking regulations will intensify the competition among incumbents. In that case, they may indirectly lead to greater cooperation with fintechs, whose innovations can help banks keep their competitive edge, for instance, by making better use of customer data and offering more personalised services.

The institutional variations described in Section 4 are usually difficult to capture in large-scale cross-country empirical studies, but they are also likely to make an important difference in the effects of open banking. It is straightforward to argue that mandatory open banking policies will lead to greater competition than voluntary ones. Nevertheless, an ill-fitting top-down approach may be more difficult to implement and thus less effective than voluntary rules created by and widely accepted among industry members. It has been mentioned before that mandatory regimes are usually royalty-free, while voluntary regimes give banks more freedom to decide on fees. If banks decide to charge fees for their customer data, competitive constraints are likely to be lessened. Still, voluntary partnerships are likely to increase, as banks can potentially create new revenue streams.

One regulatory feature that is likely to have a decisive effect on the effectiveness of open banking is common API standards. When considering the foundations of open banking (Section 3), it has been discussed how important interoperable API standards are for the ability of third party providers to achieve economies of scale in regard to data collection, aggregation, and analysis. Therefore, one can argue that the EU approach of favouring technology neutrality over common standards will weaken the potential effects of open banking.

The regulatory perimeter of open banking creates trade-offs. If all market participants in the banking sector are subject to the same rules (such as in the EU, as opposed to the UK solution), a level-playing field will naturally intensify competition. Nevertheless, smaller banks may find the implementation of open API architecture disproportionately burdensome, forcing them to increase margins or cut expenses in other areas important for their ability to innovate and compete (e.g. R&D, advertising, etc.). In other words, competitive pressure from smaller incumbents may be reduced.

In connection to this, the regulatory perimeter regarding third party providers, i.e. beneficiaries of open banking, can have countervailing effects on the prevalence of bank–fintech collaborations. Namely, as explained above, banks’ willingness to expand their collaborations beyond regulatory requirements will depend on their ability to minimise regulatory and reputational risks stemming from partnering with fintechs. This means that open banking frameworks that provide access to data only to licensed third party providers will induce greater confidence among banks. However, such rules can also reduce the diversity of fintech innovations, since many innovative fintech business models or products do not neatly fit one of the existing licenses.

6. CONCLUSIONS

The paper has outlined several theoretical proposals regarding the expected effects of open banking on competition and cooperation in the market, which can be subject to further empirical testing as more data becomes available over time. The baseline finding is that open banking will primarily increase competition between incumbents rather than between incumbents and fintechs. The reason is that fintechs are seldom direct competitors to banks for reasons that are far more paramount than data access. Some fintechs act as technology suppliers to banks, some focus on geographical and product markets in which banks do not operate or target customer segments underserved by banks, while a large portion of them depend on establishing a cooperation with a bank for market entry. However, the activity of fintechs will likely enable mechanisms through which competition between incumbents will materialise. Thanks to open banking, fintechs, in particular those that act as data aggregators, will foster the transparency of banking offerings. Moreover, data-sharing infrastructure created as a result of open banking implementation can facilitate more encompassing collaborations between banks and fintechs, thus increasing the banks’ innovation potential.

The paper has also discussed the economic trade-offs of the different regulatory approaches embraced by the jurisdictions that were among the early adopters of open banking policies (the EU, the UK, Australia, and India). The most notable differences concern the following dimensions: the mandatory vs voluntary nature of rules, the ability to charge fees for data access, the (un)existence of common API standards, the scope of data being shared, the functions that third party providers are allowed to perform concerning these data, and the rules on market participants on the supply

and demand sides of the data exchange. The paper has examined of how such regulatory choices can affect competition and cooperation in banking, which can be of interest to regulators and policymakers in the process of drafting an open banking framework.

All the theoretical prepositions in this paper rely on the assumption that open banking will lead to successful data-sharing practices, which further depend on two interrelated questions that call for further research. The first question is whether the amount of customer data will change with the introduction of open banking policies. As briefly discussed in Section 3, open banking can potentially alter the incentives of both customers and banks to produce data. The second question is whether and to what extent customers will give their consent for data to be accessed by third party providers. Their willingness to share will inevitably be affected not only by their perception of the quality of data protection, but also by a number of cultural and institutional factors, which need to be better understood.

Future research agenda will also need to follow developments in open banking policies, which may take several directions. From a contestability point of view, the most effective direction would be to open up core banking infrastructure via APIs for third party providers to integrate (plug in) their products and services. This would essentially mean mandating banks to establish cooperation with fintechs to alleviate barriers to entry. An obvious obstacle to this is the regulatory treatment of such services. Putting fintechs under banks' regulatory umbrella, as has been the practice in some of the market-driven collaborations, is unacceptable for the obvious reason that banks cannot be held accountable for non-compliance of third party providers which they were unable to choose themselves. Even for services that would not necessarily fall within the regulatory remit, the question is on which economic grounds one could justify such a policy, such as the premise that customers own their data, which provides grounds for existing open banking regulations. Some similarities can be drawn to the essential facilities doctrine, as developed in competition policy and applied both in the case of physical infrastructure and some intangible assets (e.g. Graef 2019). Still, the latter is applicable under a very restrictive set of conditions, which would not hold in banking.

The second, more realistic direction of development of open banking is to continually expand the scope of (banking) data that third party providers can have access to with customer consent, as well as to increase the scope of services that can be provided based on this data. As discussed in Section 3, the approaches of individual jurisdictions already exhibit differences along these dimensions. Increasing the scope of (open) data and associated services

will likely depend on the growing trust that banks and their customers put in data security and data sharing standards, as well as consumer protection standards adhered to by third party providers.

Another direction of development already taking place in several jurisdictions is to expand open banking regulations to other financial industries beyond banking, e.g. insurance companies (also known as ‘open finance’). The theoretical considerations developed in this paper likely bear implications for open finance frameworks as well, as fintechs in other financial markets face similar barriers.

The most controversial direction of change is to impose open data²³ standards on BigTechs who will likely benefit the most from existing open banking policies, while exclusively owning their pools of alternative data (e.g. purchasing patterns, search interests, behaviour on the internet). Their economic power coupled with network effects can help them expand quickly into markets for financial services. It is not a surprise that open data policies are most welcome among incumbents who are currently primarily cost-bearers of existing open banking regulations. There is no doubt that such developments would considerably contribute to creating an even playing field between BigTech and traditional intermediaries, and potentially significantly improve the allocation of resources with advanced screening available to all market players. In addition to privacy and ethical concerns that such a policy would raise, the public choice theory may come into play when trying to understand why such a regulatory change will be difficult to achieve in the near future.

REFERENCES

- [1] Acquisti, Alessandro, Curtis Taylor, Liad Wagman. 2016. The Economics of Privacy. *Journal of Economic Literature* 54, 442–492.
- [2] Allen, Franklin, Xian Gu, Julapa Jagtiani. 1/2021. A Survey of Fintech Research and Policy Discussion. *Review of Corporate Finance*, 259–339.
- [3] Anand, Divya, Murali Mantrala. 3/2019. Responding to disruptive business model innovations: The case of traditional banks facing fintech entrants. *Journal of Banking and Financial Technology* 3, 19–31.

²³ Open data is a generic term encompassing open e-commerce, open social media, open (Google) search, open health data, open telcoms, and all other domains in which asymmetries in data access hinder new business avenues as well as creating additional value for consumers (Wolberg-Stok 2022, 27–29).

- [4] Arner, Douglas W., Ross P. Buckley, Dirk A. Zetsche. (2022). Open Banking, Open Data, and Open Finance: Lessons from the European Union. 147–172 in *Open Banking*, edited by Linda Jeng. Oxford: Oxford University Press.
- [5] Asrow, Kaitlin. 2022. Defining Data Rights and the Role of the Individual. 31–54 in *Open Banking*, edited by Linda Jeng. Oxford: Oxford University Press.
- [6] Babina, Tania, Greg Buchak, Will Gornall. 2022. Customer Data Access and Fintech Entry: Early Evidence from Open Banking. *SSRN*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4071214 (last visited 30 January 2023).
- [7] Bank for International Settlements. 2018. Sound Practices: implications of fintech developments for banks and bank supervisors. <https://www.bis.org/bcbs/publ/d431.pdf> (last visited 30 January 2023).
- [8] Berg, Tobias, Valentin Burg, Ana Gombović, Manju Puri. 2020. On the Rise of FinTechs: Credit Scoring Using Digital Footprints. *The Review of Financial Studies* 33, 2845–2897.
- [9] Berlin, Mitchell, Loretta J. Mester. 1999. Deposits and Relationship Lending. *The Review of Financial Studies* 12, 579–607.
- [10] Bömer, Max, Hannes Maxin. 2018. Why fintechs cooperate with banks—Evidence from Germany. *Zeitschrift Für Die Gesamte Versicherungswissenschaft* 107, 359–386.
- [11] Boms, Steven, Sam Taussig. 2022. Customer Protection and the Liability Conundrum in an Open Finance Ecosystem. 55–73 in *Open Banking*, edited by Linda Jeng. Oxford: Oxford University Press.
- [12] Boot, Arnould W.A. 2016. Understanding the Future of Banking Scale & Scope Economies, and Fintech. 429–447 in *The Future of Large, Internationally Active Banks*, edited by Asli Demirguc-kunt, Douglas D. Evanoff, and George G. Kaufman. World Scientific.
- [13] Cai, Cynthia Weiyi. 2018. Disruption of financial intermediation by FinTech: A review on crowdfunding and blockchain. *Accounting & Finance* 58, 965–992.
- [14] Cardinal, Don, Nick Thomas. 2022. Data Access Technology Standards: A History of Open Banking Data Access. 91–106 in *Open Banking*, edited by Linda Jeng. Oxford: Oxford University Press.
- [15] Carletti, Elena. 2008. Competition and regulation in banking. *Handbook of Financial Intermediation and Banking* 126, 449–482.

- [16] Carletti, Elena, Stijn Claessens, Antonio Fatás, Xavier Vives. 2020. *Post-Covid-19 World*. London: Centre for Economic Policy Research.
- [17] Carrière-Swallow, Yan, Vikram Haksar, V. 2022. Open Banking and the Economics of Data. 127–145 in *Open Banking*, edited by Linda Jeng. Oxford: Oxford University Press.
- [18] Chakray. 2022. Open Banking: How APIs are transforming the banking sector. <https://www.chakray.com/ebooks/open-banking-apis-transforming-banking-sector/> (last visited 30 January 2023).
- [19] Damme, Eric van. 1994. Banking: A Survey of Recent Microeconomic Theory. *Oxford Review of Economic Policy* 10, 14–33.
- [20] Degryse, Hans, Steven Ongena. 2008. Competition and Regulation in the Banking Sector: A Review of the Empirical Evidence on the Sources of Bank Rents. *Handbook of Financial Intermediation and Banking*, 483–554.
- [21] Dell’Ariccia, Giovanni. 2001. Asymmetric information and the structure of the banking industry. *European Economic Review* 45, 1957–1980.
- [22] Drasch, Benedict J., André Schweizer, Nils Urbach. 2018. Integrating the ‘Troublemakers’: A taxonomy for cooperation between banks and fintechs. *Journal of Economics and Business* 100, 26–42.
- [23] Dushnitsky, Gary, Massimiliano Guerini, Evila Piva, Cristina Rossi-Lamastra. 2016. Crowdfunding in Europe: Determinants of Platform Creation across Countries. *California Management Review* 58, 44–71.
- [24] Elyasiani, Elyas, Lawrence G. Goldberg. 2004. Relationship lending: A survey of the literature. *Journal of Economics and Business* 56, 315–330.
- [25] Enriques, Luca, Wolf-Georg Ringe. 2020. Bank–Fintech Partnerships, Outsourcing Arrangements and the Case for a Mentorship Regime. *Capital Markets Law Journal* 15, 374–397.
- [26] Faes, Alessandro, Vito Gunnella, Marco Giorgino, Milan Italy Milano. 2022. Collaborate or Perish: A Conceptual Framework for Banks and FinTechs Partnerships. *ECIE 2022 17th European Conference on Innovation and Entrepreneurship*. <https://papers.academic-conferences.org/index.php/ecie/article/download/593/664> (last visited 30 January 2023).
- [27] FINMA. 2022. FinTech licence. <https://www.finma.ch/en/authorisation/fintech/fintech-bewilligung/> (last visited 30 January 2023).

- [28] Gozman, Daniel, Jonas Hedman, Kasper Sylvest Olsen. 2018. Open Banking: Emergent Roles, Risks & Opportunities. *26th European Conference on Information Systems, ECIS 2018*. <https://scholar.archive.org/work/yvpue7ignrdltajksjynrz5kia/access/wayback/> https://aisel.aisnet.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1182&context=ecis2018_rp (last visited 30 January 2023).
- [29] Graef, Inge. 2019. Rethinking the essential facilities doctrine for the EU digital economy. *RJT Ns* 53, 33–72.
- [30] Haddad, Christian, Lars Hornuf. 2019. The emergence of the global fintech market: Economic and technological determinants. *Small Business Economics* 53, 81–105.
- [31] He, Zhiguo, Jing Huang, Jidong Zhou. 2023. Open banking: Credit market competition when borrowers own the data. *Journal of Financial Economics* 147, 449–474.
- [32] Klus, Milan Frederik, Todor Stefan Lohwasser, Friedrich Holotiuk, Jürgen Moormann. 1/2019. Strategic Alliances between Banks and Fintechs for Digital Innovation: Motives to Collaborate and Types of Interaction. *The Journal of Entrepreneurial Finance* 21, 1–23.
- [33] Langenbucher, Katja, Patrick Corcoran. 2021. Responsible AI Credit Scoring – A Lesson from Upstart.com. 141–180 in *Digital Finance in Europe: Law, Regulation, and Governance*, edited by Emiliós Avgouleas and Heikki Marjosola. Berlin–Boston: De Gruyter.
- [34] Littlejohn, Gavin, Ghela Boskovich, Richard Prior. 2022. United Kingdom: The Butterfly Effect. 173–200 in *Open Banking*, edited by Linda Jeng. Oxford: Oxford University Press.
- [35] Macchiavello, Eugenia. 2021. Disintermediation in Fund-raising: Marketplace Investing Platforms and EU Financial Regulation. 291–306 in *Routledge Handbook of Financial Technology and Law*, edited by Iris HY Chiu and Gudula Deipenbrock. London: New York, NY: Routledge.
- [36] Oshodin, Osemwonyemwen, Alemayehu Molla, Stan Karanasios, Chin Eang Ong. 2017. Is FinTech a Disruption or a New Eco-system? An Exploratory Investigation of Banks' Response to Fintech in Australia. *ACIS 2017 proceedings*. <https://core.ac.uk/download/pdf/301385383.pdf> (last visited 30 January 2023).
- [37] Rau, P. Raghavendra. 2021. Sometimes, Always, Never: Regulatory Clarity and the Development of Crowdfunding. *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3797886> (last visited 30 January 2023).

- [38] Stiglitz, Joseph E., Andrew Weiss. 1981. Credit Rationing in Markets with Imperfect Information. *The American Economic Review* 71, 393–410.
- [39] The Economist. 2015. The fintech revolution. A wave of startups is changing finance—for the better. <https://www.economist.com/leaders/2015/05/09/the-fintech-revolution> (last visited 30 January 2023).
- [40] The Economist. 2017. The world’s most valuable resource is no longer oil, but data. <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data> (last visited 30 January 2023).
- [41] Vezzoso, Simonetta. 2018. Fintech, Access to Data, and the Role of Competition Policy. *SSRN Electronic Journal*. <https://ssrn.com/abstract=3106594> (last visited 30 January 2023).
- [42] Vives, Xavier. 2016. *Competition and stability in banking: The role of competition policy and regulation*. Princeton: Princeton University Press.
- [43] Wolberg-Stok, Andres. 2022. Open Banking Ecosystem and Infrastructure: Banking on Openness. 13–30 in *Open Banking*, edited by Linda Jeng. Oxford: Oxford University Press.
- [44] World Bank. 2022. Technical Note on Open Banking: Comparative Study on Regulatory Approaches. <https://elibrary.worldbank.org/doi/pdf/10.1596/37483> (last visited 30 January 2023).
- [45] Zachariadis, Markos, Pinar Ozcan. 2017. The API economy and digital transformation in financial services: The case of open banking. Working Paper No. 2016–001. Swift Institute.

Article history:

Received: 31. 1. 2023.

Accepted: 3. 3. 2023.

Тамара МЛАДЕНОВИЋ, мастер*

ПРАВО ДЕТЕТА НА ИДЕНТИТЕТ У КОНТЕКСТУ ПРАВИЛА О АНОНИМНОСТИ ДОНОРА РЕПРОДУКТИВНИХ ЋЕЛИЈА

Значај права детета на идентитет, које је изричито признато чланом 8 Конвенције Уједињених нација о правима детета, резултирао је напуштањем традиционалног принципа анонимности донора репродуктивног материјала у великом броју европских држава. Међутим, одређена национална законодавства још увек се приклањају том концепту забране откривања идентитета донора, док поједина предвиђају мешовити модел с циљем уравнотежења супротстављених интереса. Дебата је поларизирана између права на приватност донора и родитеља и права детета да зна своје биолошко порекло. У раду је размотрен утицај правила о анонимности на могућност остваривања права детета на идентитет. Анализа различитих решења држава европског правног простора и ставова органа надлежних за контролу примене најзначајнијих међународних уговора довела је до издвајања одговарајућих смерница за одмеравање интереса у конфликту. Иако је идеално решење тог питања тешко замисливо, задовољавајући би могао бити режим који пружа гаранције интересима свих лица, с фокусом на заштиту права детета као најугроженије стране.

Кључне речи: *Право детета на идентитет. – Анонимност донора. – Биомедицински потпомогнута оплодња. – Право на приватност. – Право детета да зна биолошко порекло.*

* Асистенткиња, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Србија, tmladenovic@jura.kg.ac.rs.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Значај биолошког порекла детета сликовито је описао амерички новинар и писац Вилијам Ходдинг Картер (*William Hodding Carter*) речима: „Постоје само два трајна завештања која можемо дати својој деци. Једно су корени, а друго крила“ (Hodding Carter 1953, 337). Не треба да изненађује то што се корени наводе на првом месту, као полазна основа живота сваког појединца, али и уточиште коме се увек враћа. Ипак, у појединим ситуацијама, било да су оне сплет животних околности или последица државне регулативе, дете може бити ускраћено тог наслеђа. Слично древној установи усвојења деце, правни одраз технолошког напретка у области асистираних репродукције може у одређеним случајевима резултирати ограничењем или потпуним негирањем права детета да зна своје биолошко порекло. Такве ситуације могу да буду последица зачећа уз биомедицинску помоћ донирањем репродуктивних ћелија или ембриона у хетерологној артифицијелној инсеминацији. Ако их прати апсолутна анонимност донора, детету се ускраћује могућност да спозна истину о својим биолошким коренима.

Медицински потпомогнута репродукција подразумева низ технологија којима се особама које не могу природним путем да добију потомство пружа могућност да се остваре у улози родитеља. Као метод зачећа, потпомогнута репродукција превазилази у извесном смислу идеје конвенционалне породице.¹ Оно што је данас познато као зачеће уз помоћ дарованих полних ћелија, нарочито семених², практиковано је најмање неколико стотина година. Као први пример употребе ове медицинске процедуре наводи се инсеминација жене под анестезијом и без њеног знања још 1884. године. Информације о том чину изведеном

¹ Иако донирање семених ћелија ефикасно замењује репродуктивну улогу партнера жене која је прималац, такав чин је у почетним фазама развоја имао сексуалну конотацију, те је повезиван са блудом и прељубом. То је један од разлога што поједине религије тај поступак сматрају апсолутно неприхватљивим. Интересантан је пример подручје Азије где постоји оштра разлика у ставовима о донирању репродуктивних ћелија у исламским државама и онима које то нису. Шеријатско право изричито забрањује донирање семених ћелија. Сличан став је исказала и Римокатоличка црква. Одлука италијанске Владе да у марту 2004. године забрани све облике зачећа које укључују донора и сурогат материнство несумњиво дугује заслуге утицају Католичке цркве (Burr 2010, 802; Blyth 2006, 247).

² Донирање јајних ћелија није тако успешан ни једноставан процес. Осим тога, трошкови зачећа и акутни недостатак донора додатно компликују његову употребу (Clark 2012, 621 фн. 1).

у тајности сачувао је њен муж, док њихов син није био упознат са околностима свог зачећа, следствено томе, ни са идентитетом донора (Yuko 2016). Иако је тај драстичан пример далеко од савремених схватања о људским правима и правилима поступка асистираних репродукције, будући да се он обавља уз изричиту сагласност корисника, принцип анонимности донора успео је да опстане дуже од једног века (Blyth 2006, 246).

Историјски посматрано, осим идентитета донора, и сама чињеница зачећа детета уз употребу репродуктивног материјала даваоца традиционално је била обавијена велом тајне. Међутим, релативна лакоћа са којом је сада могуће утврдити идентитет генетских родитеља и политика отвореног усвојења значајно су утицале на развој идеје о праву детета да зна своје порекло, као ужем сегменту права на идентитет (Clark 2012, 621). Поменуте ситуације у којима може бити нарушено то право детета толико су различите да онемогућавају холистичко решење (Besson 2007, 138). Ипак, у области асистираних репродукција сукоб интереса детета са правима других лица, интересима јавне власти или чак осталим правима која му се признају отежава процену ситуације. Конфликт је нарочито изражен у односу на конкурентно право донора на анонимност, али и права родитеља на поштовање приватног и породичног живота (Kovaček Stanić 2022, 207). Све то је допринело да се идеја о праву детета да зна истину о свом биолошком пореклу претвори у својеврсну „Пандорину кутију“ (Besson 2007, 138).

Оштра дискусија која се у последњих неколико година водила о сукобу права и интереса у овој области успела је да оконча апсолутну надмоћ правила о анонимности. На међународном нивоу, осим Европске конвенције о људским правима (ЕКЉП)³ усвојене од Савета Европе која на посредан начин гарантује заштиту права на идентитет, то право се први пут у члану 8. Конвенције о правима детета (КПД)⁴ изричито признаје и детету као титулару. Као резултат тих тенденција, у

³ European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Council of Europe), 4 November 1950, ETS 5. Ондашња државна заједница ратификовала је ЕКЉП 2003. године (вид. *Службени лист СЦГ – Међународни уговори* 9/2003, 5/2005 и 7/2005 – испр. и *Службени гласник РС – Међународни уговори* 12/2010 и 10/2015).

⁴ Convention on the Rights of the Child (UN General Assembly), 20 November 1989, United Nations, Treaty Series, vol. 1577, 3. Интересантан је податак да је то најбрже потписан међународни уговор о људским правима свих времена (Frith 2007, 645), што је последица десетогодишњег процеса усаглашавања о тексту Конвенције. Тадашња СФРЈ је ратификовала Конвенцију већ наредне

складу са принципом отворености и истинитости, у појединим законодавствима детету се пружа могућност да, под одређеним условима, сазна идентитет донора (Влашковић 2014, 241).

Насупрот томе, изван број држава још увек се приклања принципу анонимности у асистираној репродукцији. Диспропорција националних решења је изненађујућа ако се узме у обзир да су све те државе везане истим обавезама у међународним инструментима. Разлике произлазе из социолошких, културолошких и историјских схватања због којих се придаје већи значај одређеним интересима него другима (Besson 2007, 152). Док једни право детета да зна своје порекло постављају на пиједестал, други сукоб између тог права и правила о анонимности решавају у корист донора.

У раду ће бити изнете одређене смернице за одмеравање интереса у сукобу. Осим различитих решења националних законодавстава и међународних докумената о људским правима, пракса Европског суда за људска права (ЕСЉП) пружа корисне принципе и ставове који могу допринети успостављању баланса. Избор између принципа анонимности и тајности или принципа отворености и истинитости не треба посматрати искључиво са аспекта права детета или интереса донора већ и уз уважавање положаја родитеља и породице креиране на тај начин. Он је неминовни показатељ значаја који се придаје породичном животу и социолошком родитељству, с једне стране, односно биолошком пореклу, с друге стране.

2. УТИЦАЈ ПРАВИЛА АСИСТИРАНЕ РЕПРОДУКЦИЈЕ НА ОПСЕГ ПРАВА ДЕТЕТА НА ИДЕНТИТЕТ

Идентитет је изузетно сложени појам, па је разумљиво то што готово никада није законски дефинисан. Мајкл Фриман (*Michael Freeman*) истиче да је право на идентитет „право које спречава обмањивање појединца у погледу истине о свом пореклу“ (Freeman 1996, 291). Теоријску основу формирања идентитета поставио је психолог Ерик Ериксон (*Erik Erikson*), поделивши га на три суштинска дела – биолошки, који се тиче

године. Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета, *Службени лист СФРЈ* – Међународни уговори 15/90 и *Службени лист СРЈ* – Међународни уговори 4/96, 2/97.

сазнања генетског порекла, психолошки, као синоним за обликовање сопствене личности, и културолошки, који подразумева усвајање система вредности шире заједнице.⁵

Генетски део је статичан елемент идентитета (Tobin 2019, 293). Недвосмислено признавање тог права и детету као титулару још је један значајан показатељ његове слојевитости. Другим речима, КПД, осим изричитог регулисања права детета на идентитет у члану 8, поједине његове сегменте гарантује и у неколико других чланова. Управо је право детета да сазна биолошко порекло значајан степен на путу ка формирању личног идентитета. Угрожавање, чак и потпуно негирање тог права, може бити последица утицаја различитих спољних фактора (Младеновић 2021, 450). Значајну улогу у одређивању опсега његовог остваривања имају прописи којима се регулише поступак медицински потпомогнуте оплодње уз донирање репродуктивног материјала. Правила о (не)анонимности донора могу утицати на развој детета зачетог тим поступком. Остваривање права детета у таквим ситуацијама зависи од приступа законодавне власти, али и сопствених родитеља.

Потпуно остваривање права детета на сазнање порекла, у контексту асистираних репродукција уз донирање материјала, подразумева истовремену реализацију два сасвим различита права, која се могу посматрати као његови неопходни састојци. Прво је право детета да зна околности сопственог зачећа, односно генетско порекло. Друго је могућност да сазна идентитет донора или поједине информације о његовој личности. Њихова условљеност је очигледна. Без свести о природи зачећа не може се ни приступити тражењу информација о донору (Frith 2001, 476). Мало је вероватно да би дете, ако му родитељи не саопште истину, уопште поставило питање генетске повезаности са њима. Зачеће уз донирање репродуктивног материјала је и даље довољно ретка појава да деца која посумњају у биолошку везу са једним или оба родитеља не морају нужно узети у обзир могућност тог начина доласка на свет.

⁵ Истичући значај идентитета, психолози су често употребљавали метафору „огледала“. Без њега појединац не може видети, а ни препознати себе. Човек доживљај сопствене личности зависи од тога шта околина, породица или шира друштвена заједница одражавају – шта знају, говоре или осећају о њему. Лица лишена сазнања о својим прецима, било зато што су усвојена или зачета уз помоћ донираног репродуктивног материјала, изгубила су ту важну компоненту самоспознаје. Друкчије речено, непостојање „огледала“ омета формирање идентитета (Benward 2012, 166–167).

Упркос томе, готово ниједна земља од оних које су укинуле правила о анонимности донора не обезбеђује механизам који би осигурао да дете зачето тим путем буде о томе информисано⁶. Одлука да се дете обавести о природи његовог зачећа потпуно се препушта родитељима (Frith 2001, 477). Генерално, држава даје предност аутономији родитеља на основу претпоставке да се они налазе у најпогоднијем положају да процене најбољи интерес детета. Иако би законодавне промене могле утицати на измену тренда прикривања истине од стране родитеља⁷, њихова одлука је изузетно сложена породична ствар те веома комплексна за регулисање законом. Штавише, на подручју држава чланица Савета Европе таква интервенција би се несумњиво могла протумачити као кршење члана 8 ЕКЉП, којим се гарантује право на поштовање приватног и породичног живота (Clark 2012, 623).

Резултат те правне ситуације јасно је видљив у различитој правној природи два поменута права. Право на сазнање података о личности донора, у случајевима предвиђања његове неанонимности, било би гарантовано самим законским одредбама, док би право да сазна истину о природи свог зачећа представљало морално право детета. Иако поједини аутори наглашавају да обавеза лежи и на страни државе и на страни родитеља, као што је већ истакнуто, чак и законодавства

⁶ Изузетак је решење ирског Закона о деци и породичним односима, којим се, уз забрану анонимног донирања, намеће обавеза држави да обавести особу која је зачета тим поступком у случају да она са навршених 18 година живота захтева извод из матичне књиге рођених (Mulligan 2022, 124).

⁷ Родитељи могу имати различите разлоге због којих оклевају да детету саопште ту истину. Њихов фокус се помера од страховања за значај сопствене улоге родитеља до бриге за очување најбољег интереса детета. Многи од њих желе да заштите свој положај, из бојазни да би дете могло донора да доживи као „правог“ родитеља. Постоје и ставови да би таква истина неспорно упућивала на неплодност, најчешће мушког партнера, што се још увек сматра високо стигматизованим. Истраживања су показала да потребу за донирањем репродуктивних ћелија поједини мушкарци доживљавају као лични неуспех. Управо то је и разлог што су мајке склоније од очева да саопште такве информације. Због чињенице да су носиле и родиле дете, односно да су гестационе мајке, осећају већу повезаност са њиме. Међутим, важно је разумети да зачеће које укључује донора репродуктивних ћелија пружа могућност породици креираној на такав начин да се уклопи у привидну културолошку норму и испуни очекивања генетске повезаности, што је важан фактор утицаја на одлуку многих парова да се одреде за тај поступак. Између осталог, поједини од њих чин донирања доживљавају као ништа више од једног алтруистичног геста или услуге попут донирања крви или неког органа. Стога, неоткривање тих података заправо обезбеђује паровима већу повезаност са дететом. Ипак, појавом све већег броја једнородитељских породица и одгајања деце од истополних партнера, такве податке је тешко сакрити (Clark 2012, 641; Bugg 2010, 804; Влашковић 2014, 240).

која забрањују анонимност донора истовремено не гарантују детету сазнање о начину његовог зачећа (Самарџић 2012, 171). Међутим, постојање једног таквог права јасно подразумева консеквентно наметање моралне дужности другима (Frith 2001, 477). У правним системима који су напустили правила о анонимности та обавеза пада на терет родитеља.⁸ Морална је управо због непостојања правних средстава којима би се контролисало њено поштовање у пракси. Законско право детета је условљено испуњењем моралне дужности родитеља.

Премда правила о неанонимности донора полажу значајне гаранције праву детета на сазнање порекла, препуштање одлуке која условљава могућност његовог остваривања родитељима несумњиво открива чињеницу да превагу односи њихово право на приватност (Frith 2001, 479). За многе родитеље чин ношења детета у утроби, дојење, одгајање и подизање детета има драстично већу важност од чисто генетске везе. Ако би им се обавеза обавештења наметала законом,⁹ она би могла представљати инвазију на њихову приватност. Уместо тога, искреност и постепено прихватање таквог метода концепције током времена чини се као најадекватнији начини стварања осећаја обавезности откривања истине у свести родитеља (Clark 2012, 640).

⁸ Дobar пример можемо пронаћи у законодавству Шведске, која је пионир у напуштању правила о анонимности донора. Према шведском праву, родитељима се саветује да би „требало“ да саопште детету истину о зачећу уз помоћ донираног репродуктивног материјала (Frith 2001, 478). Слично решење се може пронаћи и међу нормама домаћег законодавства које се тичу усвојења детета. У једној од фаза у поступку његовог заснивања предвиђена је и нарочита дужност службеног лица органа старатељства да препоручи усвојитељима да детету саопште истину о биолошком пореклу, и то што је могуће пре (Поњавић, Влашковић 2022, 234).

⁹ У Великој Британији парламентарна измена Закона о хуманој фертилизацији и ембриологији пружила је повод за изношење предлога да се особама зачетим тим методама осигурају конкретнија права. На тај начин би држава себе потпуно удаљила од улоге „саучесника“ у ускраћивању њиховог права на сазнање истине о биолошком пореклу. У том смислу, изложен је низ сугестија да се већ приликом регистрације детета у матичну књигу рођених упише податак да је реч о детету зачетом уз донирани репродуктивни материјал. Иако тај амандман није усвојен, представљао би значајно средство подстицања родитеља да саопште те податке, будући да би их дете ионако сазнало увидом у матичну књигу рођених (Blyth, Frith 2009, 185). Међутим, намеће се питање колико би такво законско правило водило рачуна о равноправности деце, с обзиром на то да би за појединце могло деловати као својеврсно „обележавање“, те дискриминација у односу на децу зачету природним путем, али и ону која су настала хомологом биомедицински потпомогнутом оплодњом.

Када се та препрека успешно превазиђе саопштавањем детету информације о околностима његовог зачећа, преостаје знатно компликованија морална ситуација. Сложеност питања да ли детету омогућити приступ подацима које се тичу донора или гарантовати његову анонимност последица је очигледног сукоба интереса. Могу се издвојити три основна интереса детета да сазна своје биолошко порекло, а то су медицински, психолошки и интерес крвне повезаности (Самарџић 2018, 247).

Повод за највећа размимоилажења у ставовима теорије, али и решењима националних законодавстава, јесте потреба детета да сазна идентификационе податке о личности донора. Оно што већина узима „здроаво за готово“ постаје вишеструко значајније уколико буде ускраћено. Анонимност донора аутоматски кида све везе између детета и његових крвних сродника. Последица тога је могућност појаве осећаја „генетске збуњености“ (*genealogical bewilderment*)¹⁰ оних који открију да нису биолошки повезани са једним или оба родитеља. Међутим, постоје и они који оспоравају штетан утицај „генетске збуњености“ на појединца. И заиста, није свака особа зачета донираним материјалом радознала, а још мање заинтересована за тражење тих података, будући да свако придаје различит значај генетској вези. Међутим, проблем са правилима о анонимности јесте то што она на површан начин поричу да биолошко порекло икада може бити од велике важности или да непостојање података о њему може штетно деловати (Shanner 2012, 239). Другим речима, није свако дете зачето на тај начин оштећено повредом његовог права на сазнање биолошког порекла, али је свакако изложено ризику од таквих последица. Посебно је значајна улоге државне власти у задржавању тих података у тајности. Информације о биолошком пореклу, у таквим околностима, третирају се као нешто што држава „даје“, односно посебан ресурс на који дете зачето донирањем гамета сматра да има право, а што друштво не мора да му обезбеди. Међутим, његово право није садржано у пружању информација већ у уклањању баријера за приступ тим информацијама, и то оних које је држава поставила око поступка који је претходно сама

¹⁰ Термин се односи на потенцијалне проблеме са идентитетом које би могло да искуси дете у хранитељској, усвојитељској породици или зачето путем поступка потпомогнуте репродукције попут сурогације или донирања гамета. Тај израз је сковао психолог Сантс (*H. J. Sants*) још 1964. године, истичући да је „генетска збуњеност“ додатни стрес који погађа усвојену децу, за разлику од оне која одрастају у биолошкој породици (Clark 2012, 647–655). Такође, у литератури се истиче да деца која осећају губитак идентитета због непознавања једног или оба генетска родитеља себе описују као „генетску сирочад“ (*genetic orphans*) (Somerville 2010, 41; Gilman, Nordqvist 2018, 319).

омогућила (Ravitsky 2014, 36). Потпуно је разумљиво да дете у таквој ситуацији тражи информације којима држава располаже. Немогућност детета да сазна своје биолошко порекло услед животних околности не може се изједначити са случајевима када то право детету ускраћује држава.¹¹

Правила о анонимности донора чине више од самог прекида сродничких веза. Она су плодно тле за злоупотребу моћи у којој одрасли постављају своје интересе испред права детета, али и својих обавеза као родитеља, и социолошких и биолошких (Shanner 2012, 240). Њихово прописивање с циљем заштите донора може се оспорити. Легитиман захтев детета за откривање идентитета донора, који би био јасно правно ограничен, не би представљао стварно кршење његовог права на приватни живот (Cordray 2012, 46). Сасвим је разумљиво и истицање потребе за заштиту интереса родитеља од мешања трећег лица у породичне односе. Ипак, уколико се толики значај придаје заштити приватности донора и родитеља, као спорно се јавља питање сразмерних интереса детета. Ако се другим лицима даје већа контрола над његовим личним подацима, онда је и приватност детета ефективно нарушена (Shanner 2012, 234). Такође, оправдано је схватање да право детета на идентитет, али и на заштиту приватног живота, чак и када би се посматрали удружено, дефинитивно губе битку са основним људским правом на живот.

Суштина се огледа у томе да се не може рећи како држава наноси штету детету уколико обезбеђује рођење детета и живот вредан живљења. Интенција законодаваца је разумљива имајући у виду да је општеприхваћен став да је у најбољем интересу детета да се роди, а правила о неанонимности донора могу ограничити те могућности. Међутим, чак и прихватање таквог мишљења не гарантује заштиту

¹¹ Такво гледиште су критиковали поједини аутори, који сматрају да би прихватање правила о неанонимности донора морало имати последица и на децу која нису зачета на овај начин. Они истичу да је заузимање истог става о том питању нужан услов задовољења принципа равноправности деце, те да је неопходно или прихватити неограничено право на сазнање порекла или га ограничити услед узимања у обзир права и интереса других лица. Јер, ако дете претрпи штету услед ускраћивања сазнања о свом биолошком пореклу до те мере да би држава требало да пропише обавезни регистар донора против његове или воље родитеља детета, поставља се питање зашто онда не применити исти пропис на природну репродукцију. Решење које предлажу јесте увођење обавезног ДНК тестирања већ при самом рођењу деце зачете природним путем или установљењем регистра чак и пролазних, краткотрајних веза због постојања могућности зачећа (Самарцић 2018, 257; Cohen 2012, 443).

интереса детета након његовог доласка на свет. Прописе за које се тврди да промовишу најбољи интерес детета не треба оправдавати на основу екстремног аргумента да, у њиховом одсуству, дете не би имало живот вредан живљења (Sahn 2009, 940). Ако пођемо од претпоставке да укидање правила о анонимности не би било у интересу извесног броја донора и родитеља, истовремено можемо претпоставити да би поједини ипак уживали у сазнању да њихово дете одраста у систему који му обезбеђује неометано формирање идентитета.¹²

3. РАЗЛИЧИТИ ПРИСТУПИ ДРЖАВА УСКЛАЂИВАЊУ ПРАВА ДЕТЕТА НА ИДЕНТИТЕТ И ПРАВА ДОНОРА НА ПРИВАТНОСТ

Анонимност донора репродуктивних ћелија више није принцип који ужива једногласну подршку на европском правном подручју. Тенденције проширења значаја права детета да зна своје порекло у области медицински потпомогнуте оплодње постоје већ неколико деценија. Међутим, последњих година су изазвале драстичне промене у решењима националних законодавстава.¹³

Прва у низу земаља која се одрекла принципа анонимности била је Шведска још 1984. године, предвиђајући да дете има право на приступ подацима о донору који се чувају у регистру конкретне здравствене установе уколико је довољно зрело.¹⁴ Шведски пример је потом следило неколико држава: Аустрија (1992), Швајцарска (2001), Холандија (2004), Велика Британија (2005), Финска (2007), Немачка (2018) и Ирска (2020) (Indekeu *et al.* 2021, 94; Ковачек Станић 2021, 22). Пажњу привлачи решење холандског права, које условљава могућност приступа информацијама о донору претходним писменим одобрењем донора и

¹² Једна од значајнијих улога родитеља јесте стварање услова да њихово дете постигне оно што жели. Родитељи детета зачетог дарованим полним ћелијама имају добар разлог да мисле како ће њихово дете желети да зна идентитет донора (Groll 2021).

¹³ Фактички, ишчезла је група држава чији закони су предвиђали апсолутну анонимност донора која искључује право детета да открије не само податке везане за његов идентитет, већ и оне неидентификационе. У том смислу, може се рећи да је апсолутна анонимност донора суштински постала ствар прошлости (*Šansa za roditeljstvo* 2019).

¹⁴ Претпоставља се да је тај услов испуњен са навршених 18 година живота, док се малолетницима може одобрити приступ информацијама након претходне процене Националног одбора за здравство и добробит (*Socialstyrelsen*) (Preložnjak 2020, 1190; Lampic *et al.* 2022, 511).

узрасом детета од 16 година живота. Међутим, и без испуњења првог критеријума, подаци о донору се ипак могу пружити након узимања у обзир интереса конкретног детета и донора (Влашковић 2014, 241).

Исте године када је Шведска усвојила принцип неанонимности, у Великој Британији је супротан концепт снажно промовисан у Варноковом извештају (Blyth 2006, 249). Било је неопходно да прође више од 20 година како би енглеско право дало предност праву детета да зна своје порекло. Према актуелним законским прописима, право увида у податке о идентитету из регистра Управе за људску ембриологију и оплодњу имају особе са навршених 18 година живота.¹⁵

Занимљиво да је Француска последња у низу држава које су се придружиле тој групи. Њен традиционални аргумент да треба поштовати приватни живот, који је, између осталог, и темељ института анонимног порођаја, чинио је ту државу типичним примером давања предности интересима донора. Не само да је његов идентитет био заштићен законом већ је и његово откривање представљало кривично дело. Контроверзни закон, који је отворио могућност приступа медицински потпотмогнутој оплодњи хомосексуалним партнеркама и женама које живе саме, од септембра 2022. године омогућава детету да са достигнутим годинама пунолетства оствари право да сазна идентитет донора.¹⁶ Француски законодавац се определио за једно једино решење, односно дозволио је могућност искључиво неанонимног донирања (Giovannini 2022, 11; *Le monde* 2022). Драстичним изменама закона, та држава је из једне крајности отишла у супротну.¹⁷ Осим тога што апсолутну предност даје правима детета, такав приступ истовремено

¹⁵ То решење се примењује од априла 2005. године, без могућности ретроактивног дејства. Према томе, 2023. године ће први осамнестогодишњак зачет донираним материјалом моћи да оствари увид у те податке под окриљем енглеског права (Clark 2012, 637; Emerson 2022, 431; Baylor 2021).

¹⁶ Подаци се тичу породичне и професионалне ситуације, њиховог општег стања и физичких карактеристика. Закон се не примењује ретроактивно, изузев у случају да постоје посебан захтев детета и одобрење донора. Законске норме гарантују право детету да сазна идентитет донора, али не и обрнуто (Fitzpatrick 2022).

¹⁷ Законодавна активност је у првом реду последица притиска међународних органа. Наиме, Француска је тренутно једина држава која је тужена страна у поступцима пред ЕСЉП по питању заштите права на сазнање порекла особа зачетих уз помоћ донираног материјала. Иако још увек није донета пресуда у предметима *Sillau v. France* и *Gauvin-Fournis v. France*, њихов прилично изврстан исход подстакао је законодавне измене (Preložnjak 2020, 1187; Mulligan 2022, 120).

спречава могућност сукоба са правом потенцијалног донора на приватност будући да он једноставно може одбити да се нађе у тој улози (Tobin 2019, 266).

Другу групу чине државе које предвиђају право детета да сазна одређене информације¹⁸ о лицу које је донирално оплодне ћелије, али не и његов идентитет. За апсолутну забрану неограничене доступности идентификационих података о донору, као отелотворење принципа анонимности, изузимајући искључиво податке од медицинског значаја, определио се законодавац Републике Србије (Драшкић 2016, 148 фн. 344). Према Закону о биомедицински потпомогнутој оплодњи, дете зачето тим поступком које је способно за расуђивање има право да из медицинских разлога тражи од Управе за биомедицину податке од медицинског значаја који се односе на донора полних ћелија и то када наврши 15 година живота.¹⁹ Готово идентично решење предвиђено је у праву Грчке.²⁰ Шпански законодавац успоставља „релативну анонимност донора“, односно и дете и његови родитељи имају право да добију опште информације о донору, а у ситуацијама постојања ризика по живот или здравље деце“ (Riaño-Galán, Martínez González, Gallego Riesta 2021, 337). Међутим, тренутно је актуелна дебата о укидању анонимности донора у Шпанији, која успех поступака репродуктивних технологија у великој мери дугује доступности донора, будући да се осећају заштићеније јер њихов идентитет неће бити откривен.²¹

¹⁸ То могу бити подаци који се тичу образовања, социјалног статуса, здравствене историје, интересовања или одређених физичких карактеристика донора. На први поглед, такво решење се чини компромисним и прихватљивим, успостављајући адекватан баланс између интереса донора да остане анониман и потребе детета да сазна истину о генетском пореклу. Ипак, недостатак изнетог приступа се огледа у психолошком доживљају детета, које је свесно да подаци о идентитету донора постоје, али му је ограничен приступ тим подацима (Драшкић 2011, 97).

¹⁹ Закон о биомедицински потпомогнутој оплодњи, *Службени гласник РС* 40/2017, 113/2017 – др. закон, чл. 57 ст. 1.

²⁰ Медицински подаци о донору чувају се у потпуној тајности у Банци за криопрезервацију и регистру који води Национална управа за медицински потпомогнуту репродукцију. Приступ тим информацијама је дозвољен искључиво детету из разлога релевантних за његово здравље (*Cryogonia* 2022).

²¹ Управо је бојазан од смањења броја донора један од кључних аргумената против откривања идентитета. На тај начин би се знатно ограничило право на слободно родитељство, односно поткопала могућност будућих родитеља да приступе техникама асистираних репродукције. Ипак, док је право детета на сазнање порекла експлицитно признато као људско право на међународном нивоу, то исто се не може рећи за право на потпомогнуту оплодњу у сврху остваривања појединца у улози родитеља. Чак и ако би укидање анонимности

Комитет за биоетику је препоручио измену важећих прописа у корист права детета да зна своје порекло. Након многих година потпуног недостатка контроле над бројем деце рођене употребом ћелија истог донора,²² чини се пожељним да се успоставе одговарајући регистри како би се уравнотежила права заинтересованих страна (Giovannini 2022, 12). Режији заштите анонимности могу се пронаћи и у законодавствима Пољске, Бугарске и Чешке Републике (Mulligan 2022, 125 фн. 38).

Последњи приступ је комбинација решења претходна два. Данска је пример овог хибридног модела, конвенционално познатог као систем „двоструког избора“ (*‘double track’*), у коме донирање оплодних ћелија може бити анонимно или уз откривање идентитета донора, по избору учесника поступка артифицијалне инсеминације (Blyth 2006, 251). Питање анонимности је структурирано као реципрочни „двоструки избор“ јер обе стране, и донор и корисници поступка артифицијалне инсеминације, морају постићи сагласност о истом питању – анонимно донирање наспрам могућности откривања идентитета (Pennings 1997, 2839). Модел је изграђен на схватању да једно решење није само по себи боље од другог и да би стога учесницима поступка требало препустити одлуку под којим условима желе да се она обави. Међутим, могућност остваривања права детета да зна своје биолошко порекло ограничена је избором који су направили њихови родитељи, па не нуди адекватно решење сукоба интереса у сваком конкретном случају. Још једна варијанта таквог приступа јавља се у правним системима Исланда и Русије, а у литератури је позната под називом „систем троструког колосека“ (*‘triple track’*). Суштина се своди на надоградњу

заиста резултирало падом нивоа донација, неодржив је став да би то донело више штете него користи. Упркос томе што не постоје јасни докази да би до оваквих последица дошло, страх од такве могућности је главни разлог због којег поједине државе и даље уступају предност интересима оних који желе да на такав начин добију потомство (Tobin 2019, 267). У Великој Британији подаци о повећању броја донора у истој години када је анонимност забрањена не подржавају тај закључак (Guichon, Mitchell, Giroux 2012, 215). Шведска је забележила искључиво промену у старосном профилу особа које су се јављави као донори. Осим тога, било је и ставова да је несташница репродуктивног материјала очигледан проблем чак и у јурисдикцијама које и даље примењују режим анонимности (Vign 2010, 803).

²² Феномен „серијских донора“ је последица недостатака система за размену података између клиника које врше оплодњу унутар државе, али и прекограничних донирања. На тај проблем указала је Парламентарна скупштина Савета Европе у извештају Комитета за социјална питања, здравље и одрживи развој, наводећи Белгију као пример (Sutter 2018, 3).

претходног концепта додавањем још једне могућности избора, односно одређење за донора кога будући родитељи познају, најчешће крвног сродника (Łukasiewicz, Viglianisi Ferraro 2021, 268).

4. ТЕНДЕНЦИЈЕ У ОДМЕРАВАЊУ СУПРОТСТАВЉЕНИХ ПРАВА НА МЕЂУНАРОДНОМ НИВОУ

Изложени тренд измене законодавих решења у правцу ограничавања или укидања анонимности инспирисан је тенденцијама на међународном нивоу. КПД и ЕКЉП, подржани праксом ЕСЉП, препознају значај права детета да зна своје порекло. Док широко декларишу то право, истовремено допуштају одређена прилагођавања са циљем уклапања у контекст националних политичких и друштвених околности (Preložnjak 2020, 1182).

Чланом 7 КПД признаје се право детету да зна идентитет особа са којима има генетску, гестациону или социолошку везу.²³ Разлог тако широког тумачења појма родитеља лежи у чињеници да срж идентитет детета неминовно представља његово право да зна своје порекло. Формулација тог члана може довести до закључка да то право ипак није неограничено већ да је његово уживање квалификовано околностима сваког конкретног случаја и потребом уравнотежења са правима и интересима других. Израз „ако је то могуће“²⁴ (*as far as possible*) указује на постојање животних околности у којима ће бити практично немогуће утврдити идентитет родитеља детета, чак и када су уложени истински напори да се то учини. Истовремено, јављају се и ситуације у којима таква могућност постоји, али је ограничена државном регулативом.²⁵

²³ Концепт родитељства је тродимензионалан. Он обухвата сегменте који не морају да постоје истовремено, а тиме ни да буду савршено усклађени. Са аспекта тумачења КПД можемо разликовати гестационог родитеља, у смислу жене која носи и рађа дете, а не мора нужно бити генетски повезана са њиме, управо имајући у виду могућност донирања јајних ћелија или ембриона. Затим генетски, односно биолошки родитељ, чији је репродуктивни материјал довео до зачећа, и социолошки, односно лице које се фактички стара о детету (Tobin 2019, 259; Kessler 2019, 318).

²⁴ Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета, *Службени лист СФРЈ* – Међународни уговори 15/90 и *Службени лист СРЈ* – Међународни уговори 4/96, 2/97, чл. 7 ст. 1.

²⁵ Управо је та формулација резултат приговора које су уложиле делегације бивше Демократске Републике Немачке, СССР и САД током израде текста Конвенције, изразивши забринутост да би неограничено признавање права детету да зна биолошко порекло угрозило установу „тајног усвојења“ које су

Иако се може сматрати да Комитет УН за права детета (Комитет) често тумачи та права на апсолутан начин, истина је да се у КПД показује мало толеранције према неоткривању идентитета родитеља. Напротив, полазиште је да у случајевима у којима је могуће знати идентитет дете има право на информације о томе. Примењено на конкретан случај, дете зачето поступком потпомогнуте репродукције има право да сазна идентитет донора уколико држава располаже тим подацима. У том смислу, од држава потписница се очекује да креирају систем за евидентирање информација о донору како би се оне могле учинити доступним детету када је то у његовом најбољем интересу (Schmahl 2021, 141; Tobin 2019, 262). Штавише, ограничење остваривања права у контексту потпомогнуте репродукције, али не и у погледу поступка усвојења, у супротности је са чланом 2 КПД, којим се забрањује сваки облик дискриминације (Рињеро 2012, 265).

Како фраза „ако је то могуће“ поставља висок праг у погледу ситуација у којима постоји обавеза да се подаци о биолошком пореклу открију, и сам Комитет је доследно захтевао од држава да олакшају те могућности.²⁶ Додатну потпору таквом тумачењу пружа члан 8 КПД, којим се гарантује право детета на идентитет. Упркос својој наизглед иновативној природи, у том члану се не дефинише појам идентитета већ се наводе примери његових елемената, као што су држављанство, име и породични односи.²⁷ Премда одредбе којима се гарантују та

познавали њихови правни системи. Према томе, истиче се став да је таква фраза уведена само како би се сачувала тајност усвојења и ни из каквог другог разлога (Tobin 2019, 261; Рињеро 2012, 264).

²⁶ Комитет је више пута износио ставове о примени чланова 7 и 8 КПД на потпомогнуту репродукцију. Сваки од њих је истицао важност признавања права детету зачетом уз донирани материјал на приступ информацијама о свом генетском пореклу. У својим Закључним запажањима упућеним Норвешкој још 1994. године, он примећује „могућу контрадикторност између ове одредбе Конвенције и политике државе чланице у вези са вештачком оплодњом, односно чувањем идентитета донора семених ћелија у тајности“. Коментаришући ситуацију у Швајцарској 2002. године, Комитет наглашава да „закон који признаје право на идентитет, али га не штити недвосмислено у пракси представља разлог за забринутост“ те препоручује да конкретна држава „обезбеди, колико је то могуће, поштовање права детета да зна своје родитеље“ (Lyons, 2018, 4).

²⁷ Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета, *Службени лист СФРЈ* – Међународни уговори 15/90 и *Службени лист СРЈ* – Међународни уговори 4/96, 2/97, чл. 8 ст. 1. У току израде текста КПД било је примедба на то поновно наглашавање идентитета детета које се чинило сувишим с обзиром на члан 7. Водећи се истим разлозима као приликом формулисања фразе „ако је то могуће“, тој одредби је додат израз „како је признато законом, без незаконитог мешања“ (*as recognised by law without*

права нису написане имајући у виду донирање репродуктивног материјала (Correia, Rego, Nunes 2021, 71)²⁸, поједини аутори сматрају да листа елемената од суштинског значаја за очување идентитета укључује и право на сазнање истине о биолошком пореклу (Риџеро 2012, 258). Сличан је и став Комитета. У низу својих Закључних запажања он истиче да усвојена, као и деца зачета путем потпомогнуте репродукције имају право приступа информацијама о свом пореклу, идентитету биолошких родитеља и о њиховој медицинској историји, у одговарајућем узрасту и нивоу развоја. Мада се може учинити да иде предалеко, приступ Комитета о том питању представља одговарајуће тумачење КПД којим се уважавају питања од суштинског значаја за идентитет детета (Tobin 2019, 289–290). Сходно томе, КПД захтева од држава потписница да предузму све законодавне, административне и друге мере са циљем заштите деце од незаконитог мешања у остваривање права на идентитет, тумачећи га на динамичан начин, у светлу актуелних услова.

Међутим, у случају сукоба права детета на идентитет и права његових биолошких родитеља на приватност, ниједан од поменутих чланова КПД не пружа решење конфликта нити садрже критеријуме за одмеравање супротстављених интереса. Такво балансирање се може пронаћи у одлукама ЕСЉП. Премда се у ЕКЉП не предвиђа изричито право на идентитет или истину о биолошком пореклу, пракса ЕСЉП то право изводи из члана 8 којим се пружа заштита приватном и породичном животу. Основна карактеристика тог корпуса судске праксе јесте то што придаје централни значај подацима о биолошком пореклу са циљем успостављања идентитета појединца и што минимално толерише могућност да држава ограничи приступ тим информацијама.²⁹

unlawful interference). И поред додавања фразе „како је признато законом“ уз породичне односе тај члан се широко тумачи у корист познавања и законских и биолошких родитеља (Besson 2007, 143).

²⁸ Таквог става биоје и Јап Дук (*Jaap Doek*), председавајући Комитета за права детета од 2001. до 2007. године. Он је истакао да је члан 8 првобитно састављен имајући у виду специфичну ситуацију, односно отмицу деце аргентинских политичких затвореника, а не са циљем да се бави заштитом права детета зачетог употребом полних ћелија донора. Ипак, додао је да се „у светлу данашњег развоја и динамичног тумачења КПД, може сматрати да он подразумева и право на истину о свом биолошком пореклу“ (Риџеро 2012, 258).

²⁹ Са једним уочљивим изузетком у случају *Одијевр против Француске* (*Odièvre v. France*), Application no. 42326/98, ECtHR Judgment of 13 February 2003. Упркос неким површним сличностима, постоје разлике између анонимности донора и института анонимног порођаја. Са аспекта јавног интереса, држава би могла легитимно предвидети анонимни порођај као средство спречавања негативнијих последица, попут прекида трудноће или чедоморства, док се анонимно донирање полних ћелија не би могло окарактерисати као „нужно

Препознавање идентитета као сегмента приватног живота појединца датира још од случаја *Гаскин (Gaskin v. the United Kingdom)*,³⁰ а заокружено је у предметима *Микулић (Mikulić v. Croatia)*³¹ и *Јагу (Jaggi v. Switzerland)*.³² Иако предмет тих одлука није регулисање сукоба интереса донора и детета зачетог његовим репродуктивним материјалом, будући да ЕСЉП још увек није имао прилике да се о томе изјасни³³, њихов значај није занемарљив. Став исказан у тим одлукама заснован је на виталној важности права на идентитет и гледишту да се појединцу, ако не нужно штета, наноси неправда лишењем тог права. Имајући то у виду, ЕСЉП признаје право на приступ информацијама о свом генетском пореклу као кључном аспектима идентитета, те захтева његово ригорозно спровођење, сужавајући поље слободне процене држава чланица у овом погледу (Mulligan 2022, 131). Следствено томе, правила о апсолутној анонимности донора репродуктивних ћелија представљају кршење члана 8 ЕКЉП.

Док ЕСЉП још увек није заузео став о питању анонимности донора, други орган Савета Европе, Парламентарна скупштина, изнео је врло детаљан предлог у својој Препоруци упућеној Комитету министара 2019. године.³⁴ Он је заснован на неколико принципа, од којих је кључан онај који сугерише забрану анонимности донора у државама чланицама

зло“. То није начин решавања кризне ситуације већ поступак који иницирају лица која у њега улазе добровољно. Такође, значајна разлика постоји и у правним последицама откривања идентитета мајке код анонимног порођаја у односу на донора (Mulligan 2022, 142–143).

³⁰ *Gaskin v. the United Kingdom*, Application no. 10454/83, ECtHR, Judgment of 7 July 1989, para. 39.

³¹ *Mikulić v. Croatia*, Application no. 53176/99, ECtHR, Judgment of 7 February 2002.

³² *Jaggi v. Switzerland*, Application no. 58757/00, ECtHR, Judgment of 13 July 2006. У предмету *Микулић против Хрватске*, ЕСЉП понавља да „право на поштовање приватног живота подразумева да се свакоме омогући да утврди детаље везане за сопствени идентитет“, те истиче да су информације које се на њега односе важне због својих „формативних импликација“ (*Mikulić v. Croatia*, para. 54; Mulligan 2022, 129–130). С друге стране, у пресуди *Јагу против Швајцарске* он истиче „да је право на идентитет, које обухвата и право на истину о биолошком пореклу, саставни део појма приватног живота“ те да је у таквим случајевима „потребна посебно ригорозна контрола у процени супротстављених интереса“ (*Jaggi v. Switzerland*, para. 37; Mulligan 2022, 129–130).

³³ Изузимајући два, већ поменута, предмета која су у току против Француске (вид. фн. 46).

³⁴ Recommendation (Parliamentary Assembly, Council of Europe) No. 2156/2019: *Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children*.

de lege ferenda. Такав систем би подразумевао да, изузев када се у улози донора појављује сродник или блиски пријатељ, његов идентитет не би био познат родитељима у тренутку зачећа већ би приступ тим подацима био омогућен детету са навршених 16 или 18 година живота. Идеално би било да дете у таквим случајевима буде обавештено од државе о околностима његовог зачећа и доступности додатних података.³⁵ То укидање анонимности не би производило правне последице на статус родитеља, односно донор би био заштићен од могућности утврђивања његовог или њеног очинства односно материнства.³⁶

Даље, препоручује се да државе чланице које дозвољавају донирање репродуктивног материјала успоставе и воде адекватне националне регистре донора и деце зачете на тај начин, као и да се анонимност не укида ретроактивно.³⁷ Иако је Парламентарна скупштина Препоруку окарактерисала као усмерену ка унапређењу права свих заинтересованих страна, фокусирајући се на права детета да зна биолошко порекло, Комитет министара је дао донекле компромисан одговор. Указао је на то да, с обзиром на велике варијације међу законодавним решењима држава чланица и осетљивост тог питања, било какав предлог у том смислу не би требало да буде правно обавезујући. Према ставу Комитета министара, неопходно је усвојити необавезујући инструмент који би пружио помоћ државама у заштити права особа зачетих из донираног репродуктивног материјала, истовремено осигуравајући равнотежу са правима других лица укључених у поступак зачећа (Mulligan 2022, 127).

5. ЗАКЉУЧАК

Док је некада опсег права детета зачетог поступком биомедицински потпомогнуте оплодње директно зависио од правила којим државне власти штите интересе донора, може се рећи да се, у светлу актуелних околности, одиграва супротан процес. То што међународни органи промовишу значај права детета на идентитет има повратни утицај на регулисање правила о (не)анонимности донора репродуктивних ћелија у национални законодавствима. Мада још увек постоје значајне разлике у режимима које предвиђа свака конкретна држава, јасан је правац

³⁵ Recommendation No. 2156/2019, Art 7 (1).

³⁶ Recommendation No. 2156/2019, Art 7 (2).

³⁷ Осим из медицинских разлога или када се донор одрекао сопствене анонимности. Recommendation No. 2156/2019, Art 7 (3), Art 7 (4).

у коме се крећу измене закона у тој области. Напуштање апсолутне анонимности донора је разумно решење инспирисано потребом да се постигне одговарајући баланс. Хибридни систем „двоструког избора“, који је замишљен као својеврсна златна средина, усвојен у појединим државама, не штити права детета зачетог уз донирани материјал знатно више од режима апсолутне анонимности. Може се очекивати да би он побрао највише симпатија од ЕСЉП, иначе познатог противника апсолутних правила и општих забрана. Закони којима се предвиђају изузеци са циљем постизања равнотеже супротстављених права у складу су са актуелном судском праксом тог органа. Међутим, док режим „двоструког избора“ може површно да изгледа као атрактиван компромис, суштина је да држава препушта апсолутно одлучивање о судбини детета родитељима и донору. На тај начин се не спречава могућност рођења детета које ће бити потпуно лишено права на формирање идентитета већ се ствара додатна опасност неравноправности деце зачете под потпуно једнаким условима. Из тих разлога, чини се да је систем неанонимности и одложеног приступа детета информацијама о донору најбоља алтернатива у сукобу интереса различитих страна. Као што је већ истакнуто, у таквим околностима просто одбијање донора да се појави у тој улози спречиће конфликт њихових интереса. Осим тога, откривање података о идентиту лица које је донирало семене ћелије ни у једној од држава које су већ усвојиле такав систем не ствара могућност утврђивања његовог статуса родитеља те не производи никакве правне последице. Чак је и Препорука Парламентарне скупштине Савета Европе из 2019. године заснована на изложеном систему регулисања поступка асистираних репродукције.

Такође, интереси родитеља детета заштићени су забраном утврђивања очинства, односно материнства донора, будући да се тиме штите њихов статус родитеља и породични живот од задирања „трећег лица“. Њихово право на приватност тешко може надјачати право детета да зна своје биолошко порекло. Уколико је жеља за дететом које ће бити генетски повезано барем са једним од родитеља довољно јака да их подстакне на зачеће уз помоћ донора, онда је крајње двоструки стандард замислити да жељу за биолошким везом неће једнако снажно осетити дете зачето на тај начин.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Benward, Jean. 2012. Identity Development In The Donor-Conceived. 166–191. *The Right To Know One's Origins: Assisted Human Reproduction and the Best Interests of Children*, ed. Juliet Guichon, Ian Mitchell, Michelle Giroux. Brussels: Academic and Scientific Publishers.
- [2] Besson, Samantha. 2007. Enforcing the Child's Right to Know Her Origins: Contrasting Approaches Under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights.: *International Journal of Law, Policy and the Family* 21: 137–159.
- [3] Blyth, Eric. 2/2006. Donor Anonymity and Secrecy versus Openness Concerning the Genetic Origins of the Offspring: International Perspectives. Jerusalem: *ASSIA – Jewish Medical Ethics* 5: 4–13.
- [4] Blyth, Eric, Lucy Frith. 2009. Donor-Conceived People's Access To Genetic And Biographical History: An Analysis of Provisions in Different Jurisdictions Permitting Disclosure of Donor Identity. Oxford: *International Journal of Law, Policy and the Family* 23: 174–191.
- [5] Burr, Jennifer. 2010. To name or not to name? An overview of the social and ethical issues raised by removing anonymity from sperm donors. Shanghai: *Asian Journal of Andrology* 12: 801–806.
- [6] Baylor, Solveig. 2021. To Know or not to Know: Anonymous Reproductive Donors and Their Children. <https://guulr.com/2021/01/14/to-know-or-not-to-know-anonymous-reproductive-donors-and-their-children/>, последњи приступ 29. новембра 2022.
- [7] Cahn, Naomi. 4/2014. Do Tell! The Rights of Donor-Conceived Offspring. *Hofsa Law Review* 42: 1077–1124.
- [8] Clark, Brigitte. 3/2012. A Balancing Act? The Rights of Donor-Conceived Children to Know Their Biological Origins. Athens: *Georgia Journal of International and Comparative Law* 40: 621–640.
- [9] Cohen, Glenn. 2012. Response: Rethinking Sperm-Donor Anonymity: Of Changed Selves, Nonidentity, and One-Night Stands. Washington: *The Georgetown Law Journal* 100: 431–447.
- [10] Cordray, Bill. 2012. Does the Right to Know Matter? 40–48. *The Right To Know One's Origins: Assisted Human Reproduction and the Best Interests of Children*, ed. Juliet Guichon, Ian Mitchell, Michelle Giroux. Brussels: Academic and Scientific Publishers.

- [11] Correia, Monica Bessa, Guilhermina Rego, Rui Nunes. 1/2021. The Right to be Forgotten Versus the Right to Disclosure of Gamete Donors' ID: Ethical and Legal Considerations. Santiago: *Acta Bioethica* 27: 69–78.
- [12] Драшкић, Марија. 2011. Право детета на сазнање порекла. *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [13] Драшкић, Марија. 2016. *Коментар Породичног закона, Пракса Европског суда за људска права, пракса Уставног суда, пракса редовних судова према стању законодавства од 1. децембра 2015. године*. Београд: Службени гласник.
- [14] Emerson, Rachel L. 1/2022. Privacy vs. Identity Rights: A Call for the United States to Adopt the United Kingdom's „Open ID“ System for Artificial Reproductive Technology. Ohio: *Case Western Reserve Journal of International Law* 54: 420–446.
- [15] Fitzpatrick, Michael. 2022. Sperm donors lose their anonymity under French bioethics law. <https://www.rfi.fr/en/france/20220902-sperm-donors-lose-their-anonymity-under-french-bioethics-law>, последњи приступ 29. новембра 2022.
- [16] Freeman, Michael. 1996. The new birth right? Identity and the child of the reproduction revolution. Alphen aan den Rijn: *The International Journal of Children's Rights* 4: 273–297.
- [17] Frith, Lucy. 5/2001. Beneath the Rhetoric, The Role of Rights in the Practice of Non-anonymous Gamete Donation. Oxford: *Bioethics* 15: 473–484.
- [18] Frith, Lucy. 9/2007. Gamete Donation, Identity, and the Offspring's Right to Know. Chicago: *American Medical Association Journal of Ethics* 9: 644–648.
- [19] Gilman, Leah, Petra Nordqvist. 2018. Organizing Openness: How UK Policy Defines the Significance of Information and Information Sharing about Gamete Donation. Oxford: *International Journal of Law, Policy and The Family* 32: 316–333.
- [20] Giovannini, Giulia. 2022. The French Law on Bioethics and its Limitations: Challenges for the Future from a Comparative Perspective. Oxford: *International Journal of Law, Policy and The Family* 00: 1–22.
- [21] Groll, Daniel. 2021. „Who am I?„: The ethics of sperm and egg donation. <https://bioethics.umn.edu/news/who-am-i-ethics-sperm-and-egg-donation>, последњи приступ 28. новембра 2022.

- [22] Guichon, Juliet, Ian Mitchell, Michelle Giroux. 2012. *The Right To Know One's Origins: Assisted Human Reproduction and the Best Interests of Children*. Brussels: Academic and Scientific Publishers.
- [23] Hodding Carter II, William. 1953. *Where Main Street Meets the River*. New York: Rinehart & Company.
- [24] Indekeu, Astrid, A. Janneke, B. M. Maas, Emily McCormik, Jean Benward, Joanna E. Scheib. 2/2021. Factors associated with searching for people related through donor conception among donor-conceived people, parents, and donor: a systematic review. Washington: *American Society for Reproductive Medicine* 2: 93–119.
- [25] Kessler, Guillaume. 2019. The Parentage Disruption: A Comparative Approach, *International Journal of Law, Policy and The Family* 33: 316–336.
- [26] Ковачек Станић, Гордана. 2021. Право детета на родитељско старање – савремени аспекти. *30 година примене Конвенције Уједињених нација о правима детета – савремени аспекти*. Београд: Српска академија наука и уметности.
- [27] Kovaček Stanić, Gordana. 2022. The child's right to know their biological origin in comparative European Law: Consequences for parentage law. 199–210. *Global reflections on children's rights and the law: 30 years after the Convention on the Rights of the Child*, ed. Ellen Marrus, Pamela Laufer-Ukeles. London – New York: Routledge Research in Human Rights Law.
- [28] Lampic, Claudia, Agneta Skoog Svanberg, Johannes Gudmundsson, Pia Leandersson, Nils-Gunner Solensten, Ann Thurin-Kjellberg, Kjell Wånggren, Gunilla Sydsjö. 3/2022. National survey of donor-conceived individuals who requested information about their sperm donor – experiences from 17 years of identity releases in Sweden. Oxford: *Human Reproduction* 37: 510–521.
- [29] Łukasiewicz, Rafal, Angelo Viglianisi Ferraro, 3/2021. Anonymity and openness in gamete donation: the Russian policy on the third-party reproduction. Bitola: *Journal of Liberty and International Affairs* 7: 267–279.
- [30] Lyons, Donna. 2018. Domestic Implementation of the Donor-Conceived Child's Right to Identity in Light of the Requirements of the UN Convention on the Rights of the Child. Oxford: *International Journal of Law, Policy and The Family* 32: 1–26.

- [31] Младеновић, Тамара. 2/2021. Право на анонимни порођај наспрам права детета на идентитет. Београд: *Правни записи*: 443–463.
- [32] Mulligan, Andrea. 2/2022. Anonymous gamete donation and Article 8 of the European Convention on Human Rights: The case of incompatibility. *Medical Law International* 22: 119–146.
- [33] Pennings, Guido. 12/1997. The ‘double track’ policy for donor anonymity. Oxford: *Human Reproduction* 12: 2839–2844.
- [34] Piñero, Veronica. 2012. This Is Not Baby Talk: Canadian International Human Rights Obligations Regarding the Rights to Health, Identity and Family Relations. 251–275. *The Right To Know One’s Origins: Assisted Human Reproduction and the Best Interests of Children*, ed. Juliet Guichon, Ian Mitchell, Michelle Giroux. Brussels: Academic and Scientific Publishers.
- [35] Поњавић, Зоран, Вељко Влашковић. 2022. *Породично право*. Београд: Службени гласник.
- [36] Preložnjak, Barbara. 2020. Modern Challenges in the Implementation of the Child’s Right to Know His Origin. Osijek: *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series* 4: 1175–1203.
- [37] Ravitsky, Vardit. 2/2014. Autonomous Choice and the Right to Know One’s Genetic Origins. New York: *Hastings Center Report* 44: 36–37.
- [38] Riaño-Galán, Isolina, Carmen Martínez González, Sergio Gallego Riesta. 2021. Cuestiones èticas y legales del anonimato y la condifidencialidad en la donción de gametes. Madrid: *Anales de Pediatría* 94: 337.e1–337.e6.
- [39] Самарџић, Сандра. 2012. Право детета на сазнање порекла у случају биомедицински потпомогнуте оплодње – упоредноправни приказ. 166–182. *Права дјетета и равноправност полова – између нормативног и стварног*, зборник радова. Пале.
- [40] Самарџић, Сандра. 2018. *Права дјетета у области медицински асистираних репродукције*. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду.
- [41] Sauer, Julie. 2009. Competing Interests and Gamete Donation: The Case for Anonymity. New York: *Seton Hall Law Review* 39: 919–954.
- [42] Schmahl, Stefanie. 2021. *United Nations Convention on the Rights of the Child – Article-by-Article Commentary*. London: Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG.

- [43] Shanner, Laura. 2012. When Is a Secret Justified? Ethics and Donor Anonymity. 233–248. *The Right To Know One's Origins: Assisted Human Reproduction and the Best Interests of Children*, ed. Juliet Guichon, Ian Mitchell, Michelle Giroux. Brussels: Academic and Scientific Publishers.
- [44] Somerville, Margaret. 2010. Children's Human Rights to Natural Biological Origins and Family Structure. *International Journal of the Jurisprudence of the Family* 35: 35–53.
- [45] Sutter, Petra. 2018. *Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children*. Council of Europe: Committee on Social Affairs, Health and Sustainable Development, Parliamentary Assembly.
- [46] Tobin, John. 2019. *The Un Convention on the Rights of the Child: A commentary*. Oxford: Oxford University Press.
- [47] Влашковић, Вељко. 2014. *Начело најбољег интереса детета у породичном праву*. Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.
- [48] Yuko, Elizabeth. 2016. The First Artificial Insemination Was an Ethical Nightmare. The Atlantic. January 8th. <https://www.theatlantic.com/health/archive/2016/01/first-artificial-insemination/423198/>, последњи приступ 12. новембра 2022.
- [49] *Šansa za roditeljstvo*. 2019. Анонимност донора постаје прошлост у неким земљама – зашто? Decembar 12. <https://sansazaroditeljstvo.org.rs/anonimnost-donora-postaje-proslost-u-nekim-zemljama/>, последњи приступ 29. новембра 2022.
- [50] *Le monde*. 2022. End of automatic anonymity for sperm and egg donors in France. September 1st. https://www.lemonde.fr/en/france/article/2022/09/01/end-of-automatic-anonymity-for-sperm-and-egg-donors-in-france_5995495_7.html, последњи приступ 29. новембар 2022.
- [51] *Cryogonia*. 2022. Provision of donor sperm. <https://cryogonia.gr/en/become-a-recipient/faq-3/>, последњи приступ 29. новембра 2022.

Tamara MLADENVIĆ, LL.M.

Assistant, Faculty of Law University of Kragujevac, Serbia

THE RIGHT OF THE CHILD TO IDENTITY IN THE CONTEXT OF REPRODUCTIVE CELL DONOR ANONYMITY RULES

Summary

The right of the child to identity has been gaining importance in the efforts to revise legislation on donor anonymity in a large number of European countries. However, certain national legislations are still in favor of the concept of the identity disclosure prohibition, while some envision a mixed model, with the aim of balancing conflicting interests. The debate is centered on the donor and parent's right to privacy and the child's right to know their biological origins. An analysis of solutions from various European states, as well as the positions of the authorities overseeing the implementation of the most important treaties, has led to the development of guidelines when weighing interests in a conflict. Although an ideal solution is difficult to imagine, a system that protects the interests of all parties, focusing on the protection of the child's rights, could be satisfactory.

Key words: *Child's right to identity. – Donor anonymity. – Assisted reproduction. – Right to privacy. – Child's right to know one's origin.*

Article history:

Received: 29. 12. 2022.

Accepted: 3. 3. 2023.

УДК 342.76(497.11); 351.77:[616.98:578.834

CERIF: S 112, S 148

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_23104A

Др Катинка БЕРЕТКА*

ФОРМАЛНОПРАВНИ АСПЕКТИ ДЕРОГАЦИЈЕ ЉУДСКИХ ПРАВА ЗБОГ ПАНДЕМИЈЕ КОВИДА 19 У УПОРЕДНОЈ УСТАВНОСУДСКОЈ ПРАКСИ

У раду се представљају сличности и разлике у аргументацији уставних судова Републике Србије, Републике Хрватске, Босне и Херцеговине и Мађарске приликом одлучивања о процедуралним, односно формалним аспектима дерогације људских права и других (рестриктивних) мера донетих поводом ковида 19, као што су надлежност органа и тела за доношење рестриктивних мера, карактер, односно квалитет аката којима се те мере наређују и контрола од законодавне и/или извршне власти. Заједничко им је да су, иако судови ни у једној одлуци нису занемарили потребу за рестриктивним мерама због очувања јавног здравља, другачије третирали значај формалноправних захтева владавине права у условима пандемије. Циљ рада је да се анализом релевантних уставносудских одлука пронађу неки заједнички критеријуми, мерила и тестови за оцену уставности тих мера ради повећања правне сигурности у сличним животним ситуацијама у будућности.

Кључне речи: *Ковид 19. – Уставни суд. – Владавина права. – Формални аспекти.*

* Доценткиња, Факултет за правне и пословне студије „Др Лазар Вркатић“, Србија, beretka.katinka@gmail.com.

1. УВОД

Након избијања пандемије ковида 19, изазваног вирусом SARS-CoV-2, прва реакција скоро свих држава света је било увођење озбиљних рестриктивних мера у разним областима друштвеног живота које су несумњиво погодиле и поједина људска права и слободе и начин њиховог ефективног остваривања. Иако постоји много сличности између држава у погледу врста мера које су примениле (а делом примењују и дан-данас) за сузбијање пандемије, независно од њиховог политичког уређења, правног система, степена економске развијености (Лугонић, Арсенијевић 2021), поставља се питање да ли су и национални уставни судови на сличан начин приступали решавању правних питања која су се појавила поводом ограничења људских права и слобода.

Према резултатима једног глобалног истраживања на узорку од сто држава, потврђено је да је у тим поступцима улога (уставних) судова (била) вишеструка: да „обезбеде процедурални интегритет ванредних режима“ (Ginsburg, Versteeg 2020, 28), да успостављају равнотежу између рестриктивних мера и основних људских права и слобода и да од политичких актера захтевају предузимање афирмативних мера за борбу против ковида 19 ради испуњења њихових уставом предвиђених обавеза (Ginsburg, Versteeg 2020, 28).

У овом раду проучавамо праксу уставних судова Републике Србије, Републике Хрватске, Федерације Босне и Херцеговине¹ и Мађарске поводом ковида 19; тачније сегмент њихове уставносудске праксе који се бави споменутим „процедуралним интегритетом“ режима (било ванредног, било „редовног“) и односи се на формалноправна питања процеса одступања од људских права у борби против пандемије. Заједничко им је да су то уставни судови младих, „нових“ демократија, иако су се две државе већ придружиле Европској унији (Мађарска и Хрватска). Три државе (бивше чланице некадашње СФРЈ) имале су значајне заједничке правноисторијске моменте у току свог правног развоја, што такође може (али, с обзиром на веома различит пут демократизације након деведесетих, не мора) да буде од утицаја на сличан исход уставносудских поступака, односно логику образложења одлука у сличним предметима (Hendriks, Loughlin, Lidström 2011, 724–726).

¹ У раду се не анализира посебно пракса Уставног суда Републике Српске, али се позива на неке његове одлуке, где је то релевантно.

Ради сужавања обима предмета истраживања, истакнут је упоредно-правни приказ само оних уставносудских одлука споменutih држава које су донете у поступцима за оцену уставности и законитости прописа, како је већ речено, фокусирајући се првенствено на поштовање начела (строге) формалне уставности и законитости поступајућих уставних судова. Тај методолошки приступ иначе одговора и све више заступљеној доктрини да се законодавне, нормативне активности вршене мимо формалноправних правила сматрају изузетно тешком повредом устава (Krčinski 2011, 84), док процесне недостатке у уставним жалбама треба блаже третирати, „осећајем за меру“, имајући у виду основну мисију уставних судова да пружају заштиту повређеном људском праву (Манојловић Андрић 2013, 170–171).

Након неколико таласа вируса, на основу досадашњег искуства и на правном пољу и на терену, може се закључити да борба света против ковида 19 још није готова, а оправдано се може очекивати и појава нових здравствених и медицинских изазова због промена у животној средини. Због очекивања друштва да се осим највише вредности човечанства, а то је здрав живот, истовремено сачувају и највише вредности самог правног развоја, укључујући владавину права у њеном пуном капацитету, велики је терет на уставним судовима да пронађу одговарајући баланс између адекватне заштите тих вредности. Циљ рада је да се диференцирају сличности и разлике у појединим аргументацијама уставних судова у региону које су поводом ковида 19 изнели у поступцима за оцену уставности и законитости прописа и да се на тај начин препознају спорна питања чије би решавање допринело повећању правне сигурности у сличним животним ситуацијама у будућности.

У ту сврху, у првом поглављу, ради увођења предмета, даје се општи приказ одлука уставних судова у региону које су се тицале ковида 19 („ковид одлуке“), док се у другом поглављу анализирају поједини аспекти формалноправне димензије рестриктивних мера: правни основ дерогације, надлежност органа и тела за доношење рестриктивних мера, карактер аката којима се те мере наређују и (било превентивна, било накнадна) контрола делатности тих органа и тела од законодавне власти, и то све имајући у виду различите приступе уставних судова скоро истоврсним питањима.

2. „КОВИД ОДЛУКЕ“ У РЕГИОНУ

Уместо дубље анализе свих елемената релевантних одлука, као што су детаљна садржина, врсте и исход уставносудских поступака, решавање фактичких питања насупрот оригиналној функцији уставних судова за решавање правних питања, начин дефинисања јавног интереса, примена праксе Европског суда за људска права и теста законитости, нужности и сразмерности, порука издвојених мишљења итд., у овом поглављу пракса уставних судова у региону приказана је само оквирно, пре свега извођењем генералног закључка о самом моделу одлучивања у области ковида 19; наравно, под условом да се може причати о некаквом обрасцу у поступању суда, а не само о изолованим одлукама, без заједничких тачака у аргументацији. У том погледу, уставни судови Мађарске и Хрватске су се показали прилично доследним, а с обзиром на мањи (мали) број предмета у Србији и Босни и Херцеговини не би било методолошки исправно извести било какав закључак.

Државе су приступиле решавању *неправних* проблема најразличитијим нормативним оружјима, због чега се разликује карактер, односно „количина“ прописа који су се појавили или би се могли појавити пред уставним судовима, што се огледа и у броју уставносудских предмета у том пољу. Уставни суд Србије је расправљао најмањи број предмета у области ковида 19, а Уставни суд Мађарске више десетина.

Иницијатори поступака за оцену уставности и законитости – независно од тога како се у појединим националним правним системима називају (предлагатељ/предлагач, апелант, иницијатор, подносилац уставне жалбе у изузетним случајевима), руководили су се скоро истим, односно сличним разлозима приликом иницирања нормативне контроле пред уставним судовима у региону; а то је било наводно кршење њихових основних личних права и слобода (достојанство, право на живот, безбедност лична слобода, укључујући слободу кретања, право на приватност, телесни и психички интегритет, здрав развој деце, слободу вероисповести), политичких права (слобода изражавања и примања информација, изборно право и право на локалну самоуправу, слобода окупљања) и економских, културних, социјалних права (мирно уживање имовине, права у области рада, право на образовање, приступ здравственој заштити) у оспореним актима. Према наводима иницијатора, рестриктивним мерама су дискриминисане, чак и стигматизоване поједине друштвене групе (стари људи, деца, запослени појединих професија и предузетници у појединим привредним областима, корисници услуга социјалне заштите, затвореници, особе са инвалидитетом, мигранти). Такође се поставило као уставноправо

релевантно питање да ли је повређена добробит животиња у условима полицијског часа у Србији, односно да ли је јединицама локалне самоуправе у Мађарској ускраћено право на самосталну имовину реорганизацијом буџетских прихода.²

Заједничко обележје пракси националних уставних судова у истраживању је да ни у једној одлуци нису занемарили значај рестриктивних мера за очување општег интереса, односно овлашћење државе да разним средствима штити здравље становништва у условима пандемије, чак и противно остваривању појединих људских права у пуном капацитету. Између осталог, разликују се у степену „толеранције“ судова према држави, односно у томе колико далеко њени (главни) органи могу ићи у давању предности супстанцијалном концепту владавине права над њеним формалном концепту. Уместо истовременог уважавања оба концепта, како је то прихваћено и у предложеној дефиницији Венецијске комисије (шире у European Commission for Democracy Through Law 2010), односно макар покушаја балансирања између формалних (начин доношења, јасноћа и предвидљивост норме) и материјалних захтева (стварни садржај, бит норме) владавине права (Banić 2015, 46–47), државе су најчешће под окриљем ефикасности и ефективности заобишле неке процесне кораке у одлучивању о дерогацији људских права. Питање је да ли је то у уставноправном смислу био прихватљив начин на који су се државе у региону бориле против ковида 19.

2.1. Србија

У Србији је већина рестриктивних мера донета изменама и допунама Уредбе Владе о тзв. мерама за време ванредног стања³ која више није била на снази за време њене нормативне контроле.⁴ Уставни суд је ретроактивно утврдио да поједине одредбе које су се односиле на потенцијално двоструко правноснажно одлучивање у погледу истог кажњивог дела (прекршај због повреде забране кретања у одређеном

² Иначе је одговор био негативан у оба случаја. Вид. одлуку Уставног суда Србије, IУо-45/2020, 28. 10. 2020, *Службени гласник РС* 126/2020, односно одлуку Уставног суда Мађарске, 3234/2020 (VII. 1.), 1. 7. 2020.

³ Уредба о мерама за време ванредног стања, *Службени гласник РС* 31/2020, 36/2020, 38/2020, 39/2020, 43/2020, 47/2020, 49/2020, 53/2020, 56/2020, 57/2020, 58/2020 и 60/2020.

⁴ Остале уредбе Владе донете уз супотпис председника државе за време ванредног стања претежно су се односиле на техничка и организацијска питања, финансијску подршку или фискалне мере.

периоду, односно кривично дело непоступања по здравственим прописима за време епидемије), нису биле у сагласности са Уставом за време њиховог важења, док је уставност већине мера (нпр. ограничење слободе кретања и слободе бављења професијом, прављење разлике на основу старости) потврђена, такође ретроактивно.⁵ Иницијативе за нормативним контролом других правних прописа у области борбе против ковида 19 Уставни суд Србије је одбацио због непостојања претпоставки за покретањем поступка, односно мериторним одлучивањем.⁶ Интересантна је чињеница да уредбе о мерама за спречавање и сузбијање заразне болести ковид 19 којима се такође прописују извесне рестрикције, односно обавезе како за грађане, тако за пословни сектор након укидања ванредног стања у Србији, нису биле предмет нормативне контроле пред Уставним судом Србије.

Наиме, Влада је, на основу непосредног овлашћења из Закона о заштити становништва од заразних болести⁷, донела три истоимене уредбе и неколико десетина измена којима су, између осталог, регулисани обавеза ношења заштитних маски, организовање рада у пословним јединицама различитих категорија, на разним манифестацијама, на јавном превозу, начин извођења наставе, околности уласка и повратка у земљу, итд.⁸ Иако важећа уредба не садржи овлашћење Владе да посебном одлуком измени општи режим заштите за поједине јединице локалне самоуправе, то је било предвиђено првом и другом верзијом уредбе, ако то налажу посебне околности.⁹ Одредба једне

⁵ Уставни суд Србије, IУо-45/2020, 28. 10. 2020, *Службени гласник РС* 126/2020.

⁶ Уставни суд Србије, IУо-63/2020, 20. 10. 2020, IУз-66/2020, 24. 12. 2020, IУо-62/2020, 30. 12. 2020, IУо-100/2020, 30. 12. 2020.

⁷ Закон о заштити становништва од заразних болести, *Службени гласник РС* 15/2016, 68/2020 и 136/2020.

⁸ Уредба о мерама за спречавање и сузбијање заразне болести Covid-19, *Службени гласник РС* 66/2020, 93/2020, 94/2020, 100/2020, 109/2020, 111/2020, 120/2020, 122/2020, 126/2020, 138/2020, 141/2020, 144/2020 и 145/2020, Уредба о мерама за спречавање и сузбијање заразне болести Covid-19, *Службени гласник РС* 151/2020, 152/2020, 153/2020, 156/2020, 158/2020, 1/2021, 17/2021, 19/2021, 22/2021, 29/2021, 34/2021, 48/2021, 54/2021, 59/2021, 60/2021, 64/2021, 69/2021, 86/2021, 95/2021, 99/2021, 101/2021, 105/2021, 108/2021, 117/2021, 125/2021, 7/2022 и 10/2022, Уредба о мерама за спречавање и сузбијање заразне болести Covid-19, *Службени гласник РС* 33/2022, 48/2022, 53/2022 и 69/2022.

⁹ Уредба о мерама за спречавање и сузбијање заразне болести Covid-19, *Службени гласник РС* 66/2020... чл. 9а ст. 2, Уредба о мерама за спречавање и сузбијање заразне болести Covid-19, *Службени гласник РС* 151/2020... чл. 13 ст. 2.

такве одлуке, донете на основу ове ауторизације Владе, којом је било предвиђено дуже радно време за угоститељске објекте и ноћне клубове на територији града Београда у односу на остала места у Србији, једино је оспорена пред Уставним судом због наводне дискриминације на основу пребивалишта и седишта, што Уставни суд није прихватио као уставноправно релевантан разлог.¹⁰

2.2. Мађарска

За разлику од Србије где се поступак за оцену уставности покреће предлогом државних органа, органа аутономних покрајина, јединица локалне самоуправе и народних посланика, односно прихватањем иницијативе сваког другог физичког или правног лица,¹¹ у Мађарској се разликују поступци за оцену уставности општих правних аката на основу иницијативе за накнадну нормативну контролу, односно уставних жалби посебне врсте. Након ступања на снагу новог Основног закона (Устава) од 1. јануара 2012. године, накнадну нормативну контролу прописа могу да иницирају само Влада, једна четвртина народних посланика, омбудсман, председник Врховног суда и републички јавни тужилац, док је пре 31. децембра 2011. године буквално свако имао ту могућност.¹² Од више десетина предмета пред Уставним судом Мађарске који се тичу ковида 19, само четири иницијативе су поднели народни посланици (поводом ограничења имовине јединице локалне самоуправе одузимањем права на порез на моторна возила,¹³ одступања од одредаба Законика о раду за време ванредне ситуације¹⁴ и измењених правила о прерасподели радног времена¹⁵, односно поводом тога што је Влада прогласила територију у локалној својини посебном привредном зоном¹⁶), а већина поступака је иницирана по основу специфичне уставне жалбе физичких лица или приватних организација.

¹⁰ Уставни суд Србије, IУо-100/2020, 30. 12. 2020.

¹¹ Закон о Уставном суду, *Службени гласник РС* 109/2007, 99/2011, 18/2013 – одлука УС, 103/2015 и 40/2015, чл. 29 ст. 1 тач. 1–2.

¹² Magyarország Alaptörvénye (2011. április 25), чл. 24 ст. 2 тач. е.

¹³ Уставни суд Мађарске, 3234/2020 (VII 1), 1. 7. 2020.

¹⁴ Уставни суд Мађарске, 3326/2020 (VIII 5), 5. 8. 2020.

¹⁵ Уставни суд Мађарске, 3426/2021 (X 25), 25. 10. 2021.

¹⁶ Уставни суд Мађарске, 3388/2020 (X 22), 22. 10. 2020.

У Мађарској се разликује три типа уставних жалби, од којих се један односи на право подносиоца да оспори општи правни акт (или његове поједине одредбе) уколико је повреда Уставом зајамченог права наступила због саме примене тог акта, чак и без претходне судске одлуке, а подносиоцу не стоји на располагању друго правно средство.¹⁷ Имајући у виду споменуту структуру иницијатора „ковид предмета“, и логично је да је најчешћи разлог за неприхватање захтева за покретање поступка био недостатак непосредног, актуелног правног интереса подносиоца.

У поступку оцењивања уставности уредбе о вакцинацији запослених у приватном сектору,¹⁸ Уставни суд је одбацио уставне жалбе због недостатка повезаности подносиоца са оспореном уредбом и њеним правним последицама. Према образложењу суда, оспорена уредба се не примењује *ex lege*, него посредно, путем дискреционе оцене послодавца који слободно одлучује о томе да ли ће захтевати вакцинацију против ковида 19 за конкретно радно место или неће. То јест, у том случају запослени незадовољни одлуком послодавца могу да се обрате надлежном суду ради правне заштите у оквиру обичног радноправног спора и, у крајњем случају, Уставном суду „редовном“ уставном жалбом.¹⁹ На основу раније праксе Уставног суда већ је утврђено да се не може доказати лична повезаност са предметом ако оспорен пропис још није произвео правно дејство директно у односу на подносиоца, односно ако сама повреда права још није наступила, није актуелна.²⁰ Но, нису се сви у суду сагласили са одлуком већине. На пример, суткиња др Агнеш Цине (Czine Ágnes) изразила је другачији став у издвојеном мишљењу, сматрајући да ће наводна повреда права ускоро наступити јер ће ступањем на снагу уредбе подносиоци бити изложени ризику губитка радног места ако не буду примили вакцину у одређеном року. Према њеном мишљењу, постоји блиска веза између адресата норме (запослени), правне позиције подносиоца и саме оспорене норме, што указује на непосредан правни интерес подносиоца да се оспорена уредба поништи.²¹ Нажалост, та аргументација није била довољно убедљива да би суд расправљао о вакцинацији против ковида 19 у меритуму.

¹⁷ 2011. évi CL. Törvény az Alkotmánybíróságról, чл. 26 ст. 2.

¹⁸ A munkahelyek koronavírus elleni védelméről szóló 598/2021. (X 28) Korm. rendelet.

¹⁹ Уставни суд Мађарске, 3088/2022 (III 10), 10. 03. 2022, тач. 22–25.

²⁰ Уставни суд Мађарске 33/2017 (XII 6), 06. 12. 2017, тач. 33–35.

²¹ Уставни суд Мађарске, 3088/2022 (III 10), 10. 3. 2022, тач. 49.

Такође, Уставни суд Мађарске је обуставио поступке за оцену уставности специјалних прописа који су важили за време посебног правног режима,²² претежно са образложењем да спровођење поступака није основано нити оправдано ако оспорени акт више није на снази, односно не примењује се. С обзиром на динамичност нормативног рада, нарочито на самом почетку пандемије, поднесци су улазили у фазу одлучивања пред Уставним судом неретко након укидања или измене оспорених аката. Иако Уставни суд Мађарске може такође ретроактивно да утврди (не)сагласност оспореног акта са Основним законом, ако постоји таква околност која оправдава наставак поступка,²³ ни у једном случају није се определио за продужетак. С једне стране, тај приступ је свакако економичан и смањује број предмета, то јест растерећује суд, али, с друге стране, постоји бојазан да је суд пропустио да одговори на нека важна правна питања која могу поново да се појаве у пракси. У мањем броју предмета суд је одлучио у меритуму, али одбијајући иницијативе, односно уставне жалбе без изузетка; то јест, није утврдио несагласност оспорених одредаба са Основним законом Мађарске ни у једној одлуци.

Садржински гледано, уставним жалбама су били побијани најразличитији прописи, претежно уредбе Владе, почевши од прописа о предузетим мерама за очување стабилности националне привреде, преко правила о заштитним мерама за време ковида 19, до аката о потврђивању заштићености од вируса и обавезној вакцинацији. На службеном сајту Уставног суда Мађарске редовно се ажурира списак решених предмета поводом ковида 19, укључујући и поступке у току.²⁴ У овом раду се анализирају само оне коначне одлуке које су релевантне са аспекта овог чланка.

²² За појам посебног правног режима у Мађарској видети поглавље 3.1. овог рада.

²³ 2011. évi CL. Törvény az Alkotmánybíróságról, чл. 64, тач. е.

²⁴ Уставни суд Мађарске https://alkotmanybirosag.hu/uploads/2022/05/inditvanyok_vezelyhelyzet_szignalt_2022_05_20.pdf, последњи приступ 26. септембар 2022.

2.3. Хрватска

Пракса прилично плодног Уставног суда Хрватске у овој области обогаћена је и детаљним издвојеним мишљењима мање-више истих судија чија се аргументација делом заснива и на формалноправним разлозима, што ће бити анализирано касније.

Као што је већ речено, Уставни суд Хрватске се показао доследним у погледу исхода поступака у „ковид предметима,“: или је одбацио или није прихватио предлоге за покретање поступака за оцену уставности и законитости рестриктивних мера, али је, за разлику од Мађарске, прогласио неуставним нападнуте акте у три изузетна случаја. Суд је утврдио (поступајући *ex officio*) да забрана рада трговинских објеката недељом није у сагласности са Уставом јер приликом одређивања нерадног дана у току недеље Стожер цивилне заштите (овлашћени доносилац рестриктивних мера) није поступио у складу са начелом сразмерности.²⁵ Затим није нашао разумно и објективно оправдање за техничка ограничења којима је активно учешће посланика на расправи на седницама Сабора, у условима пандемије било значајно ограничено.²⁶ И на крају, није прихватио образложење Владе Хрватске да аутономија универзитета обухвата овлашћење руководства високошколских установа да одлучи о изузимању студената од примене Одлуке о увођењу посебне сигурносне мере обавезног тестирања на вирус SARS-CoV-2 те посебне сигурносне мере обавезног предочења доказа о тестирању, цепљењу или пребољењу заразне болести ковид 19 ради уласка у просторе јавноправних тела.²⁷

Уставни суд је покренуо поступак по службеној дужности једино у првом споменутом случају (забрана рада недељом), након престанка важења спорне одредбе, чија нормативна контрола иначе није била иницирана од других лица нити је била повод за масовно подношење уставних жалби. Зато се поставило питање узалудног „трошења енергије“ суда за један такав случај који није проузроковао значајне штете у правном поретку, односно није произвео такве последице

²⁵ Уставни суд Републике Хрватске, У-II-2379/2020, 14. 9. 2020, *Narodne novine* 105/20.

²⁶ Уставни суд Републике Хрватске, У-I-4208/2020, 20. 10. 2020, *Narodne novine* 119/20.

²⁷ Уставни суд Републике Хрватске, У-II-7149/2021, 15. 2. 2022, *Narodne novine* 25/22.

које је Уставни суд морао да отклони на овај ретроактиван начин.²⁸ Поступање Уставног суда је иначе било повезано са питањем уставности рада недељом у редовним околностима које је било предмет више уставносудских поступака пре неколико година, интензивно праћених од јавности. Тада је суд утврдио да „законско прописивање забране рада продавница недељом наметнуло прекомеран терет трговцима на које се та забрана односи, посебно у светлу околности да су том забраном погођени и они трговци који у целости поштују права својих запосленика“.²⁹ На крају су спорне одредбе Закона о трговини биле укинуте због поремећаја равнотеже између заштите права радника у продавницама и заштите слободе предузетништва трговаца. О осетљивошћу ове теме сведочи и чињеница да је за „време ковида“ Уставни суд иначе одбацио већину предлога за оцену уставности оних аката који су међувремено стављени ван снаге или значајно измењени (иако би по уставном закону имао овлашћење за оцену уставности прописа ако није протекло више од годину дана од дана престанка важења до подношења захтева, односно предлога за покретање поступка³⁰). Према једном издвојеном мишљењу судије Горана Селанца, суткиње Ловорке Кушан и судије Андреја Абрамовића, нису иницијатори поступка криви што је Уставни суд толико дуго чекао да донесе одлуку да је нападнут пропис на крају укинут.³¹ С друге стране, према образложењу суда, ретроактивно поступање може бити оправдано једино у светлу тежине аргумената у иницијативама, постојања јавног интереса и оцене појединачних интереса иницијатора који се појаве у већем броју.³²

2.4. Босна и Херцеговина

Пракса Уставног суда Босне и Херцеговине има на неки начин најшароликије исходе поступака у вези са ковидом 19: потврдио је да је обавеза ношења заштитних маски легитимна наспрам формалне

²⁸ Издвојено мишљење судије Мирослава Шумановића, Уставни суд Републике Хрватске, У-II-2379/2020, 14. 9. 2020, *Narodne novine* 105/20.

²⁹ Уставни суд Републике Хрватске, У-I-642/2009, 19. 6. 2009, *Narodne novine* 76/09.

³⁰ Уставни закон о Уставном суду Републике Хрватске, *Narodne novine* 99/99, 29/02, 49/02 – пречишћен текст, чл. 56 ст. 1.

³¹ Уставни суд Републике Хрватске У-II-1373/2020, 14. 9. 2020.

³² Уставни суд Републике Хрватске, У-II-6267/2021, 12. 4. 2022.

нелегалности поступка доношења релевантне мере,³³ изјавио је да наставом на даљину није повређена сам бит права на образовање,³⁴ одбацио је као недопуштену апелацију у вези са обавезом ношења личне заштитне опреме и дистанцирања због тога што је *ratio materiae* инкомпатибилна са Уставом Босне и Херцеговине³⁵ и одбацио је апелацију због забране кретања ван места пребивалишта јер су се правне околности промениле – предметна наредба је у међувремену стављена ван снаге.³⁶

Уставни суд Босне и Херцеговине може да одлучи да ли је било која одредба устава или закона једног ентитета у складу са Уставом Босне и Херцеговине, што обухвата и нормативну контролу закона саме федерације (значи не само ентитета). Такве поступке може да иницира само ограничен круг лица: чланови Председништва, председавајући или његов заменик или једна четвртина било којег већа Парламентарне скупштине или једна четвртина чланова било којег законодавног већа неког ентитета.³⁷ Интересантно је да ниједан „ковид поступак“ није био покренут по тој основи, него од приватно правних лица подношењем тзв. апелације.

Слично решењу применљивом у Мађарској, Уставни суд Босне и Херцеговине може изузетно да разматра апелацију и када нема претходне (појединачне) одлуке надлежног суда, уколико апелација указује на озбиљна кршења права која штити Устав или неки међународни акт који се примењује у Босни и Херцеговини.³⁸ Да би таква апелација била допустива, апелант мора да наводи разлоге због којих се сматра жртвом повреде права. Неке апелације су одбачене баш због недостатка

³³ Уставни суд Босне и Херцеговине, АП-3683/20, 22. 12. 2020.

³⁴ Уставни суд Босне и Херцеговине, АП-3667/20, 10. 12. 2020.

³⁵ Уставни суд је сматрао да оспорене наредбе којима се налаже обавезно ношење заштитних маски и одржавање социјалне дистанце на јавним површинама и затвореним јавним местима никако не могу довести у везу са оним одредбама Устава Босне и Херцеговине, односно Европске конвенције за заштиту људских права на које се апелант позивао; то јест, „из чињеничног стања предмета не произлази да се апелант држи у ропском или потчињеном положају, нити да је лишен слободе, нити се обвеза одржавања социјалне дистанце може сматрати ограничењем слободе кретања“ (став 14 одлуке Уставног суда Босне и Херцеговине, АП-1844/20, 2. 7. 2020).

³⁶ Уставни суд Босне и Херцеговине, АП-1580/20, 20. 5. 2020.

³⁷ Уставни суд Босне и Херцеговине, Анекс IV Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини и *Службени гласник БиХ* 25/2009 – Амандман I, VI, 3, а.

³⁸ Правила Уставног суда Босне и Херцеговине, чл. 18 ст. 2.

непосредног правног интереса, док су друге усвојене али без истовременог укидања оспореног акта. На пример, у једној одлуци суд је потврдио да је апелантова слобода на кретање била повређена због непостојања пропорционалности између заштите јавног здравља и наложене мере, али, с обзиром на несумњив јавни интерес да се уведу одређена ограничења, односно због могућих негативних последица за целокупно друштво, Уставни суд није укинуо предметну наредбу Федералног штаба цивилне заштите.³⁹

За разлику од Федерације, у Републици Српској свако може дати иницијативу за покретање поступка за оцењивање уставности и законитости, као у Србији,⁴⁰ што је резултирало тиме да су пред Уставним судом Републике Српске нападнути скоро сви прописи донети поводом ковида 19: уредбе са законском снагом председника РС, закључци Републичког штаба за ванредне ситуације и сама одлука о проглашењу ванредног стања.

3. ФОРМАЛНОПРАВНА ДИМЕНЗИЈА РЕСТРИКТИВНИХ МЕРА

У својој дугогодишњој пракси, Европски суд за људска права је изradio посебан тест на основу којег се у сваком појединачном случају утврђује да ли је ограничење људског права спроведено у складу са принципима Европске конвенције за заштиту људских права. Иако се елементи тог теста могу различито тумачити (шире у Greer 2000, 23–26), уставни судови се континуирано позивају на њих када одлучују о томе да ли је постојала повреда људских права, а то су: 1) да ли је мешање државе у вршење конкретног индивидуалног људског права било нужно у демократском друштву, 2) да ли је мешање, односно ограничење било прописано законом и спроведено у складу са законом и 3) да ли је мешање било пропорционално легитимном циљу који се жели постићи. У вези са праксом уставних судова у истраживању, једногласно се може закључити да ни у једном случају није било спорно да су рестриктивне мере биле нужне, односно да је циљ (тј. очување јавног здравља) био легитиман. Међутим, разликују се по томе да ли би се тај циљ могао постићи блажим мерама (питање

³⁹ Уставни суд Босне и Херцеговине, АП-1217/20, 22. 4. 2020, тач. 72–73.

⁴⁰ Закон о Уставном суду Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске* 104/01 и 92/12, чл. 4. ст. 1.

пропорционалности), односно да ли су приликом усвајања мера били испоштовани захтеви (формалне) легалности. У овом раду се бавимо само овим другим питањем.

На почетку изградње доктрине, критеријум да свака дерогација мора имати валидан правни основ био је фокусиран искључиво на обавезу органа државне власти да делују у оквиру закона и других правних прописа (легалитет у смислу супремације права) (European Commission for Democracy Through Law 2010, 9). Временом су се развили и неки други атрибути у вези са квалитетом аката, као да ти прописи морају бити доступни, разумљиви и предвидљиви адресатима, односно предвидљиви и самим органима извршне власти у смислу да знају границе својих овлашћења, то јест како, када и према којим субјектима могу да изричу (рестриктивне) мере (легалитет у смислу правне сигурности) (Sloot 2020, 163).

Иако су ти захтеви утврђени као претпоставке за ограничење људских права у тзв. редовним приликама, сматра се да се морају применити и у случају одступања од људских права у ванредним околностима.⁴¹ Такав је и став Интерамеричке комисије за људска права која је у посебној резолуцији изјавила да међународно право поставља бројне критеријуме, као што су легалитет, нужност, сразмерност и правременост, које државе морају да поштују чак и у екстремним случајевима (Inter-American Commission on Human Rights 2020, 8).

3.1. Правна квалификација ковида 19 као разлога за одступање од људских права и повезана питања

Државе су суверене да одлуче да ли би потенцијална опасност за живот и здравље људи оправдавала привремено или трајно одступање од уобичајених модела деловања у националном правном систему. Независно од тога што ковид 19 несумњиво представља стварну и непосредну претњу за право свих појединаца на здравље и живот (шире у Le Bret 2020), према неким мишљењима његове евентуалне последице не захтевају увођење ванредног режима.

⁴¹ Према члану 15 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, ванредне околности су ратно стање или друге јавне опасности које прете опстанку нације, укључујући претњу организованом животу заједнице и државе (*Lawless v. Ireland* (no. 3), 1961, § 28).

Примери Хрватске, Мађарске и Србије, а делимично и Републике Српске, потврђују да један исти догађај може да се третира веома различито у правном смислу у разним правним системима, и да су уставни судови у пракси заузели прилично опрезан став наспрам теоријског концепта да би као чувари устава требало да прихватају активистички приступ у оцени ванредног стања (Миљоковић 2021, 140).

У контексту овог истраживања правна квалификација ковида 19, и у прописима, и од уставних судова, релевантна је да би се утврдило да ли је изрицање рестриктивних мера имало свој валидан правни основ у појединим правним системима; то јест, да ли су органи власти деловали у складу са својим уставним овлашћењима и имали прави повод за увођење режима који се битно разликовао од режима „у стању нормалности“.

3.1.1. Дискреција законодавне власти у примени уставних одредаба – случај Хрватске

У остваривању своје законодавне власти, када ограничава поједина људска права и слободе, Хрватски сабор може да поступа на темељу две уставне основе: члан 16 и члан 17 Устава Републике Хрватске.⁴² Док се у првом случају ограничавају људска права у тзв. редовним приликама, на основу закона донетих у стандардним законодавним поступцима, у другом случају Хрватски сабор двотрећинском већином одлучује о ограничењу појединих права „у доба ратног стања или непосредне угрожености независности и јединствености државе, те великих природних непогода“.

У конкретном случају, уместо двотрећинске, квалификоване већине предвиђене за ограничење права за време ванредног стања, Хрватски сабор је „обичним“ законом – донетим обичном већином, у хитном поступку – утемељио надлежност органа извршне власти (кризног штаба) за ограничење људских права због околности које су наступиле због ковида 19.

Имајући у виду да се у Уставу Републике Хрватске епидемија не спомиње изричито међу разлозима за увођење ванредног стања у држави, поставило се као спорно питање да ли ковид 19 може да се квалификује као „велика природна непогода“ која може да оправда поступање Сабора на основу члана 17 Устава. Према Уставном суду,

⁴² Устав Републике Хрватске, *Narodne novine* 56/90, 135/97, 113/00, 28/01, 76/10 и 5/14.

одговор на то питање уопште није битан јер нико није овлашћен да наложи Хрватском сабору како да поступи у таквим ситуацијама. Другим речима, питање да ли ће се активирати члан 17 (проглашење ванредног стања због ковида 19) или неће, у искључивој је надлежности Хрватског сабора. Интерпретација Уставног суда нам указује на претпоставку уставности свих закона (односно мера донетих на основу тих закона) који су усвојени на темељу члана 16, макар у погледу постојања валидног правног основа: „[...] чињеница да оспорени закони (и мере) нису донесени на темељу чланка 17 Устава, по оцени Уставног суда, не чини сама по себи те законе неуставнима“.⁴³

Ради отклањања сваке недоумице, Грађанска иницијатива „Одлучујмо заједно!“ поднела је предлог за расписивање референдума за допуно релевантне уставне одредбе речима „епидемије, односно пандемије“ јер се „једино уставном допуном чланка 17 може зајамчити да ће убудуће у стању епидемије, односно пандемије, о ограничењу слобода и права Хрватски сабор морати одлучивати највишом квалификованом већином коју познаје Устав Републике Хрватске“.⁴⁴ Иако је, формалноправно гледано, референдумско питање одговарало захтевима уставности, Уставни суд Хрватске је утврдио да, посматрајући устав као целину, то није у складу са Уставом јер „не удовољава захтеву разумне сврховитости и делотворности референдума које су по нарави ствари инхерентне владавини права као једној од највиших уставних вредности“.⁴⁵ Суд је дао образложење да свака епидемија јесте и природна непогода, али у конкретном случају Хрватски сабор није нашао да ковид 19 представља такву претњу која би се могла изједначити са природном катастрофом државних размера – и која је „довољно јак разлог“ за активирање члана 17 Устава.

Одлука већине је бурно критикована, између осталог, због ограничења непосредне демократије и сувише флексибилне интерпретације надлежности Хрватског сабора у смислу чланова 16 и 17, сматрајући да Уставни суд на тај начин жели да спречи да у случају успешног референдума Сабор изгубио луксуз избора између споменутих уставних овлашћења, односно уставног основа за дерогацију људских права.

⁴³ Уставни суд Републике Хрватске, U-I-1372/2020, 14. 9. 2020.

⁴⁴ Образложење захтева Организацијског одбора, цитира Уставни суд Републике Хрватске, U-VIIR-2180/2022, 16. 5. 2022, тач. 15.

⁴⁵ Уставни суд Републике Хрватске, U-VIIR-2180/2022, 16. 5. 2022.

3.1.2. Допуна уставних одредаба законом – случај Мађарске

Проблем у погледу квалификације ковида 19 као елементарне непогоде појавио се и у Мађарској, али само на нивоу научних расправа. Наиме, Влада Мађарске је прогласила (прву) ванредну ситуацију Уредбом од 11. марта 2020. године,⁴⁶ на основу непосредног овлашћења из Основног закона Мађарске које гласи: „Влада проглашава ванредну ситуацију у случају оружаног сукоба, ратне ситуације или хуманитарне катастрофе у суседној држави, као и елементарне непогоде или индустријског удеса који угрожава безбедност живота и имовине, као и ради спречавања њихове последице.“⁴⁷ Иако ковид 19 несумњиво угрожава безбедност живота и имовине, према владајућем научном схватању, не спада у појмовни круг елементарних непогода у мађарском позитивном праву (Szente 2020, 132). Ипак, то није спречило Владу Мађарске да прогласи ванредну ситуацију баш због епидемије изазване хуманим вирусом, па се поставља питање уставности дотичне уредбе и свих других прописа који су донети на основу непостојећег или спорног уставно правног основа. „Уколико ови прописи материјално правно нису у супротности са Основним законом, то јест садрже одредбе које је Влада ионако могла да донесе у складу са својим нормативним овлашћењима, и тада су делимично формалноправно мањкави, јер се позивају на погрешан правни основ“ (Szente 2020, 133).

Наиме, Влада Мађарске је прогласила ванредну ситуацију полазећи од законске дефиниције да епидемија изазвана животињским или/и хуманим вирусима представља *опасност другог порекла*, осим „класичних“ природних опасности и опасности цивилизацијског порекла, поводом којих, такође, може да се прогласи ванредна ситуација, односно да се уведе посебан правни режим у земљи.⁴⁸ Међутим, спорно је да ли је сам закон у складу са Уставом. Али у Мађарској нико није покренуо уставносудски поступак за оцену уставности спорног закона којим је Парламент Мађарске без непосредног овлашћења из Устава проширио обим концепта опасности на описани начин.

У посебном правном режиму проширују се овлашћења извршне власти која чак може привремено да суспендује примену појединих законских одредаба, односно да од њих привремено одступа (Országgyűlés Hivatala 2000). То решење је „иновација Основног закона“ Мађарске која

⁴⁶ 40/2020. (III 11) Korm. rendelet a veszélyhelyzet kihirdetéséről.

⁴⁷ Magyarország Alaptörvénye, чл. 53.

⁴⁸ 2011. évi CXXVIII. Törvény a katasztrófavédelemről és a hozzá kapcsolódó egyes törvények módosításáról, чл. 44.

нема свој јасан еквивалент у међународном праву, иако поједини елементи могу да се нађу у међународној литератури (Till 2018, 4). Тако је Влада Мађарске успела да у складу са самим Уставом прописује мере у скоро свим гранама права које су одступиле од редовног правног режима (нпр. у области извршења кривичних санкција, права азиланата, права привредних друштава, урбанистичког планирања, рударства, ауторских права, страних представништава, основних личних и политичких права) без интервенције законодавне власти (Rácz 2021). То не значи да су Парламенту Мађарске одузета сва овлашћења за увођење посебног правног режима јер је и даље једино овлашћен да одлучи о ратном стању, односно о ванредном стању због непосредне ратне опасности или непосредне претње правном поретку у земљи – осим ако је спречен да доноси те одлуке. У том случају председник државе преузима ту одговорност.⁴⁹

Имајући у виду да прилично широка овлашћења Владе Мађарске за време ванредних околности представљају уставну материју, питање надлежности за увођење ванредне ситуације *per se* није се ни појавило пред Уставним судом Мађарске, али је и даље дискутабилно постојање валидног правног основа у самом Уставу с обзиром на спорну квалификацију ковида 19 као елементарне непогоде.

3.1.3. Спорна граница између ванредног стања и ванредне ситуације – случај Србије

У Србији је одлука о проглашењу ванредног стања донета уз супотпис председника Народне скупштине, Владе и државе на самом почетку избијања пандемије,⁵⁰ што је оспорено пред Уставним судом и због саме процедуре и због постојања разлога за проглашење ванредног стања. Према иницијативама, успешно управљање ситуацијом изазваном ковидом 19 било би могуће и у условима тзв. ванредне ситуације. За разлику од ванредног стања, које се уводи непосредно на основу Устава „када јавна опасност угрожава опстанак државе или грађана“⁵¹, ванредна ситуација је стање које настаје „када су ризици и претње или настале последице по становништво, животну средину и материјална и културна добра таквог обима и интензитета да њихов настанак или

⁴⁹ Magyarország Alaptörvény, чл. 43 ст. 1 тач. 3.

⁵⁰ Одлука о проглашењу ванредног стања, *Службени гласник РС* 29/20.

⁵¹ Устав Републике Србије, *Службени гласник РС* 98/2006 и 115/2021, чл. 200 ст. 1.

последнице није могуће спречити или отклонити редовним деловањем надлежних органа и служби⁵². Према оцени Уставног суда, скоро је немогуће тачно дефинисати границу између ових правних института, али је био мишљења да „правни ‘капацитет’ ванредне ситуације ни приближно не гарантује такву делотворност реаговања,⁵³ као ванредно стање.

Уставни суд Србије није себе сматрао надлежним да оцени јесу ли конкретне околности случаја оправдавале увођење ванредног правног режима или нису, али је истицао „да се не може закључити да није био испуњен уставни основ за проглашење ванредног стања“. На основу премисе да два негативна чине позитивно добили бисмо констатацију да је био испуњен уставни основ за проглашење ванредног стања у Србији због ковида 19. Али ако је тако, поставља се питање зашто је суд заузео тако „тактичан“ став.

Не улазећи у научну расправу о односу поменутих правних категорија, сасвим је прихватљива животна реалност да се разлози за увођење ванредне ситуације интензивирају и временом прерасту у ванредно стање (вид. пример Републике Српске). Иако то није био случај у Србији, и сам уставносудски поступак је показао да је „остављен сувише велики нормативни простор који би се морао боље попунити, како би био спречен висок степен волунтаризма приликом процењивања“ (Аврамовић, Млађан 2014, 779) да ли је један догађај довољан разлог за једну или другу врсту поступања. Да се подсетимо, за увођење ванредне ситуације за читаву државу надлежна је Влада на основу предлога Републичког штаба за ванредне ситуације,⁵⁴ а за проглашење ванредног стања примарно је надлежна Народна скупштина. А како је и Карл Шмит (Carl Schmitt) потенцирао, онај ко одлучује о стању нужде истински је суверен.

Да ли је Народна скупштина стварно била ограничена да се састане и самостално одлучи о увођењу ванредног стања, према оцени Уставног суда, фактичко је, а не правно питање. „Имајући у виду да Устав, а ни други правни акти нису одредили које су то ситуације кад Народна скупштина није у могућности да се састане, а нарочито имајући у

⁵² Закон о смањењу ризика од катастрофа и управљању ванредним ситуацијама, *Службени гласник РС* 87/2018, чл. 2 ст. 1 тач. 7.

⁵³ Уставни суд Србије, *УО-42/2020*, 22. 5. 2020, *Службени гласник РС* 77/2020.

⁵⁴ Закон о смањењу ризика од катастрофа и управљању ванредним ситуацијама, чл. 39 ст. 1 тач. 1.

виду и чињеницу 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.⁵⁵

Уставни суд Србије, слично Уставном суду Хрватске, прихватио је да је дискрециона одлука народних посланика како, односно по којој уставној одредби ће поступити. „Дакле, на делу је самомаргинализовање Народне скупштине и препуштање доминантне улоге извршној власти. То је уосталом трајно обележје српског парламентаризма, па се и није могло очекивати да ће у периоду ванредног стања бити другачије“ (Симовић 2020, 13). Такође, због очигледно непостојећих материјалних услова за проглашење ванредног стања, а и због поштовања оскудних а постојећих процедуралних корака из Устава, „одлука о проглашењу ванредног стања може бити критикована са становишта конституционализма, али не и са становишта уставности, схваћене у позитивно-правном смислу“ (Симовић 2020, 15). Тај став је иначе потврђен одлуком Уставног суда Србије, који је одбацио предмет због ненадлежности.

3.1.4. Епидемија као посебан разлог за проглашење ванредног стања – случај Републике Српске

Устав Босне и Херцеговине не садржи одредбе о проглашењу ванредног стања на државном нивоу него је проглашено „само“ стање несреће узроковано појавом вируса корона на основу Закона о заштити и спашавању људи и материјалних добара од природних и других несрећа.⁵⁶ За разлику од Федерације, у Републици Српској (РС) уведена је ванредна ситуација дан пре проглашења стања несреће на федералном нивоу, а непуне две недеље касније проглашено је и ванредно стање на нивоу ентитета (Бањалучки центар за људска права 2020, 8) „због епидемиолошке ситуације у Републици Српској услед корона вируса 2019-нCoV“.⁵⁷ Тај пропис је иначе био нападнут пред Уставним судом РС јер, према наводима иницијатора, Устав РС не познаје термин „епидемиолошка ситуација“, с једне стране, односно због тога што је, ради управљања потенцијалним претњама у земљи, на снази већ била ванредна ситуација са извесним рестриктивним мерама, с друге стране. Уставни суд РС није се посебно бавио питањем преласка из ванредне

⁵⁵ Уставни суд Србије, IUo-42/2020, 22. 5. 2020, *Службени гласник РС* 77/2020.

⁵⁶ Закон о заштити и спашавању људи и материјалних добара од природних и других несрећа, *Службене новине ФБиХ* 39/03, 22/06 и 43/10.

⁵⁷ Одлука о проглашењу ванредног стања за територију Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске* 31/2020, тач. 1.

ситуације у ванредно стање, као што је учинио, на пример, Уставни суд Србије, односно занемарио је терминолошку примедбу у вези са наводном разликом између израза епидемија и епидемиолошка ситуација.

Народна скупштина РС проглашава ванредно стање у случају угрожавања безбедности, услед елементарних непогода (поплава, земљотреса и пожара), природних катастрофа, *епидемија*, повреда људских права и слобода и нормалног функционисања уставних органа републике.⁵⁸ Значи, за разлику од осталих држава у региону, није било спорно да епидемија (која је *expressis verbis* наведена у самом Уставу) представља другачију опасност од елементарних непогода и природних катастрофа⁵⁹ него се поставило питање да је ли настала епидемиолошка ситуација стварно угрозила безбедност, односно онемогућила нормално функционисање законодавног тела због повећаног здравственог ризика. Према оцени Уставног суда, и један и други услов је био испуњен јер је ковид 19 изазвао висок степен угрожености здравља и живота грађана, што само по себи представља угрожавање безбедности.⁶⁰ Иако утврђивање степена угрожености безбедности у земљи због забрињавајуће епидемиолошке ситуације јесте фактичко питање, Уставни суд РС није одбацио предмет него је анализом околности случаја одлучио у меритуму.

Што се тиче Босне и Херцеговине, увођење стања несрећа се није појавило као уставноправно спорно питање пред Уставним судом Босне и Херцеговине, али је сам суд „изузетном забринутошћу“ констатовао „да је у овој нарочитој ситуацији, у којој се због пандемије ковида 19 налази и Босна и Херцеговина, изостала правовремена реакција

⁵⁸ Устав Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске* 21/1992 – пречишћен текст, 28/1994 – амандмани XXVI–XLIII, 8/1996 – амандмани XLIV–LI, 13/1996 – Амандман LII, 15/1996 – испр. 16/1996 – Амандман LIII, 21/1996 – амандмани LIV–LXV, 21/2002 – амандмани LXVI–XCII, 26/2002 – испр. 30/2002 – испр. 31/2002 – амандмани XCIII–XCVIII, 69/2002 – амандмани XCIX–CIII, 31/2003 – амандмани CIV и CV, 98/2003 – амандмани CVI–CXII, 115/2005 – Амандман CXIV, 117/2005 – амандмани CXV–CXXI и 48/2011 – Амандман CXXII и *Службени гласник БиХ* 73/2019 – одлука УС БиХ, чл. 70 ст. 3.

⁵⁹ Интересантна је чињеница да се у Федерацији БиХ масовне појаве људских, животињских и биљних болести сматрају природном непогодом. Закон о заштити и спашавању људи и материјалних добара од природних и других несрећа, чл. 3 тач. 1.

⁶⁰ Уставни суд Републике Српске, U-24/20, 29. 4. 2021.

надлежног законодавца,⁶¹; уместо Парламента ФБиХ, Влада ФБиХ је предузела конкретне и благовремене кораке да би се спречило неконтролисано ширење болести.

3.1.5. Резимирање и закључци

Сасвим је разумљиво и прихватљиво да уставни аранжмани предвиђају ситуације које могу да утичу на опстанак државе и њених грађана, када држава није у стању да реагује довољно брзо. С друге стране, не би било рационално очекивати да уставне одредбе садрже све потенцијалне опасности. Тако се десило да се у уставима земаља које су обухваћене истраживањем епидемија не спомиње изричито као разлог за увођење другачијег, ванредног режима, осим Устава РС. Но, чак ни у случају РС нису све епидемије довољан узрок за проглашење ванредног стања, само епидемије великих размера које угрожавају безбедност целокупне земље. Зато, када се у поменутиим предметима оспоравала уставност самог правног основа за одступање од „стања нормалности“ (било да је реч о ванредном стању, ванредној ситуацији или проширењу овлашћења извршне власти у редовним околностима), уставни судови су морали да дају одговор не само на правна него и на фактичка питања. Уставни суд Србије није се сматрао надлежним, док је Уставни суд РС одлучио у меритуму. Уставни суд Хрватске није се упуштао у детаље јер сам законодавац треба да оцени по ком уставном основу ће поступити, имајући у виду околности конкретног случаја. Уставни суд по правилу не може да преиспитује ту одлуку. Иако пред Уставним судом Мађарске нико није оспоравао повод и правни основ за увођење посебног правног режима, стручна јавност је изразила своју забринутост.

Сумирајући искуства из уставносудских поступака, може се закључити да су уставни у региону непотпуни и/или проблематични у погледу разлога за увођење ванредног режима у којима се може одступити од људских права; па, уставни судови су се нашли у ситуацији да се празнине могу попунити давањем одговора на нека фактичка питања – што је свакако ван њихове надлежности.

⁶¹ Уставни суд Босне и Херцеговине, АП-1217/20, 22. 4. 2020, тач. 54.

3.2. Надлежност за доношење рестриктивних мера и повезана питања

„Надлежност државног органа је по својој природи *par excellence* системско питање. У најмању руку, надлежност је услов формалне ваљаности сваког правног акта“ (Славнић 2013, 225). Зато је изузетно важно, нарочито у тако осетљивим околностима као што су оне које су наступиле због ковида 19, да се унапред зна ко, којим актима и на основу чега може да дерогира људска права. У Хрватској и Босни и Херцеговини већину рестриктивних мера је донео директно кризни штаб, а у Мађарској и Србији влада, у облику уредби (наравно са изузецима, вид. касније случај Србије). У Србији је повремено радно тело Владе, Кризни штаб за сузбијање заразне болести COVID-19, на челу са премијерком, учествовало у доношењу рестриктивних мера само посредно: на самом почетку је био задужен за обавештење јавности,⁶² а касније се, развојем ситуације, његова улога проширила те је давао предлоге, мишљења и стручна образложења.⁶³ Што се тиче Мађарске, професионалну потпору су пружала посебна одељења појединих министарстава, нарочито Министарства за људске ресурсе, али коначну реч у сваком случају је имала Влада.

Иако органи извршне власти и управе подлежу мањем броју ограничења у ванредним, односно неуобичајеним околностима, препрека њиховом брзом деловању је демократија као таква, која захтева консензус већине и постојање разних модела међусобне контроле између органа власти. „Дакле, да би се заштитио опстанак демократије као такве, законодавна процедура је морала да створи парадокс: смањењем демократске контроле како би се повећала ефикасност извршне власти“ (Zwitter 2012, 100). У овом поглављу првенствено анализирамо како су уставни судови у региону приступали питањима основаности надлежности и демократске контроле органа извршне власти који су уместо законодавца прописали рестриктивне мере и неретко регулисали одступање од људских права поводом ковида 19 ван уставних оквира.

⁶² Закључак Владе (05 број 53-2928/2020), *Службени гласник РС* 48/2020.

⁶³ Одлука о образовању Кризног штаба за сузбијање заразне болести Covid-19, *Службени гласник РС* 132/2020.

3.2.1. Непостојећа директна парламентарна контрола – случај Хрватске

Као што је већ у уводном делу истакнуто, у раду смо се концентрисали „само“ на оне уставносудске поступке који су иницирани поводом потврђивања (не)сагласности неког прописа са уставом, односно законима. Шта се сматра *прописом*, осим закона и класичних општих правних аката чију уставност и законитост може да испитује уставни суд, зависи од уставног поретка конкретне државе и тумачења које је усвојио сам уставни суд. То питање се поставило као релевантно поводом нормативне контроле одлука кризног штаба у Хрватској (Стожер цивилне заштите), које, као „стручно, оперативно и координативно тело за провођење мера и активности цивилне заштите у великим несрећама и катастрофама“ под директним надзором Владе Републике Хрватске, може непосредно да нареди сигурносне мере за спречавање ширења вируса, уз министра здравља.⁶⁴ Имајући у виду да је већина рестриктивних мера била прописана одлукама Стожера цивилне заштите, првобитни задатак Уставног суда Хрватске био је да потврди (или одбије) да ли Стожер уопште може бити овлашћен (захваљујући измени закона, а не непосредно на основу устава) да ограничава људска права.

Анализирајући законодавни оквир, одговор суда је био позитиван: одговарајућим изменама закона Стожер је добио овлашћење да нормира питања из надлежности Хрватског сабора, укључујући и ограничење људских права, у складу са Уставом. У свом издвојеном мишљењу поједине судије Уставног суда сматрале су да такав став, између осталог, подржава делатност једног „паралелног законодавца, на челу с министром полиције, који се не мора оптерећивати уставним ограничењима нити законодавним процедурама“.⁶⁵ Наиме, Хрватски сабор може једино посредством Владе да контролише њена тела, укључујући и Стожер, да тражи посебне извештаје о њиховом раду и у крајњем случају незадовољства да покрене поступак гласања о неповерењу Влади (Гардашевић 2021, 115). С друге стране, већина судија Уставног суда сматра да недостатак директне контроле законодавне власти над Стожером није проблематичан док се обезбеђује уставносудска заштита против одлука Стожера, односно евентуалне злоупотребе надлежности кризног штаба.

⁶⁴ Уставни суд Републике Хрватске, U-I-1372/2020, 14. 9. 2020.

⁶⁵ Издвојено мишљење судије Анреја Абрамовића, Ловорке Кушан, Горана Селанеца, Уставни суд Републике Хрватске, U-I-1372/2020, 14. 9. 2020.

Иако се његове одлуке сматрају интервентним мерама које у нормалним околностима немају карактер „других прописа“ у смислу допуштеног предмета оцене уставности и законитости, према Уставном суду, оне могу бити предмет нормативне контроле уколико се њима неспорно ограничавају нека људска права, односно када угрожавају саму бит тих права.⁶⁶

3.2.2. Неуставне мере у формалноправном смислу – случај Босне и Херцеговине

Уставни суд Босне и Херцеговине је заузео другачије стајалиште од колега у Хрватској, иако је модел доношења рестриктивних мера у земљи био сличан. У Босни и Херцеговини, када је Влада Федерације БиХ прогласила стање несреће, Федерални штаб цивилне заштите је добио овлашћење „да у складу с Федералним планом и важећим законским прописима преузме све активности око координације и руковођења акцијама заштите и спашавања људи на угроженом подручју“, укључујући и налагање бројних мера доношењем наредби и других општих аката.⁶⁷ Пред Уставним судом Босне и Херцеговине поставило се као спорно питање да ли је законодавна власт стварно одобрила, доделила извршној власти, то јест Федералном штабу, толико широка овлашћења за управљање кризом због ковида 19 којима су озбиљно ограничена људска права. Уставни суд се показао као изузетно детаљан, а и критички у анализи процедуралних гаранција владавине права. У првом кругу, испитивао је да ли је правни основ (у конкретном случају закон) за деловање Федералног штаба испунио све услове легалитета у смислу правне сигурности јер фактички свака непрецизност законских одредаба може водити произвољности у одређивању рестриктивних мера; затим је анализирао да ли је постојала контрола тих мера, тачније да ли је законодавац контролисао доносиоца тих мера. Чак и у условима поремећеног система поделе власти, до којег је несумњиво дошло у скоро свим државама због ковида 19, „надзор законодавне власти мора да постоји [...], неопходно [је] да постоји такав правни оквир на основу којег извршна власт предузима мере [...], који суштински успоставља ограничења извршној власти с циљем да се онемогући злоупотребавање својих овлашћења“.⁶⁸

⁶⁶ Уставни суд Републике Хрватске, U-I-1372/2020, 14. 9. 2020, тач. 33.1.

⁶⁷ Уставни суд Босне и Херцеговине, AP-1217/20, 22. 4. 2020, тач. 55.

⁶⁸ Уставни суд Босне и Херцеговине, AP-3683/20, 22. 12. 2020, тач. 69.

Према Уставном суду Босне и Херцеговине, пасивност Парламента Федерације БиХ „да на јасан и благовремен начин у оквиру својих овлашћења успостави оквир деловања извршне власти“⁶⁹ у супротности је са уставним гаранцијама појединих људских права и, на пример, на основу тог образложења прогласио је обавезу ношења заштитних маски у држави неуставном. Надаље, слобода кретања за разне категорије становништва била је ограничена, односно право које из те слободе произлази било је прекршено чињеницом да Федерални штаб није добио јасне смернице од виших тела, односно да није утврђена његова обавеза да рестриктивне мере „редовно преиспитује и продужи само ако је то ‘неопходно у демократском друштву’“.⁷⁰ Уставни суд је усвојио тај став независно од општепознате уставне обавезе сваког органа и организације да своје активности усклади са уставним гаранцијама људских права и слобода – што значи да морају „водити рачуна о томе да се њима не нарушавају људска и уставна права у мери већој него што је то неопходно, а нарочито да мере буду ограниченог трајања, да се у разумним временским роковима преиспитују и прилагођавају тренутној ситуацији, те да не стављају прекомеран терет на оне на које се односе“.⁷¹

С друге стране, Уставни суд није оспорио сам значај ограничења, закључивши да би укидање оспорених и првенствено у формалноправном смислу неуставних мера било неосновано с обзиром на несумњив јавни интерес за њихово увођење, односно потенцијалне негативне последице које би могле наступати укидањем тих мера.⁷²

3.2.3. Питање злоупотребе законодавне власти – случај Мађарске

У Мађарској су оригинално све мере које су усвојене од извршне власти за време ванредне ситуације непосредно на основу Основног закона биле ограниченог трајања; важиле би најдуже 15 дана, осим ако је Парламент посебно овластио Владу на продужење тог рока.⁷³ Али уместо појединачне ауторизације сваке мере посебно, Парламент Мађарске је усвојио једно специфично решење ради обезбеђивања парламентарне

⁶⁹ Уставни суд Босне и Херцеговине, АП-3683/20, 22. 12. 2020, тач. 72.

⁷⁰ Уставни суд Босне и Херцеговине, АП-1217/20, 22. 4. 2020, тач. 72.

⁷¹ Уставни суд Босне и Херцеговине, АП-1217/20, 22. 4. 2020, тач. 56.

⁷² Уставни суд Босне и Херцеговине, АП-1217/20, 22. 4. 2020, тач. 73.

⁷³ Magyarország Alaptörvénye, чл. 53 ст. 3.

контроле над деловањем Владе и у специјалном закону о заштити против ковида 19 омогућавао да сама Влада одлучи о продужењу дејства појединих мера и прописа до краја ванредне ситуације.⁷⁴ Иако се на први поглед чини да је извршна власт потпуно слободна да ради буквално све што хоће, Парламент Мађарске је задржао право да било кад повуче ту ауторизацију, односно на основу самог закона је и даље остао у обавези на накнадну потврду сваке мере Владе. Такође, према Уставном суду Мађарске, ни уставотворац није дао неограничена овлашћења Влади јер је „начело неограничене или неконтролисане власти супротно духу Основног закона, чак и за време посебног правног режима“.⁷⁵ Осим тога, чињеница да се функционисање Уставног суда не може суспендовати ни у ванредним околностима такође обезбеђује могућност накнадне (нормативне) контроле.⁷⁶

Стручна јавност се мало критичније опходи према установи специјалног правног режима, сматрајући да поштовање уставних захтева као што су утврђивање реалне опасности, јасно разликовање правила „нормалног“ и специјалног правног режима и привремени карактер ванредних мера начелно представља одговарајуће средство против концентрације власти, али не може да пружа никакву заштиту од злоупотребе нормативне власти самог законодавца (Vögös 2020, 41). У сличном контексту се може анализирати и случај Хрватске.

3.2.4. Делегирање овлашћења за дерогацију људских права – случај Србије и Републике Српске

У Србији „кад Народна скупштина није у могућности да се састане, мере којима се одступа од људских и мањинских права може прописати Влада, уредбом, уз супотпис председника Републике“.⁷⁷ С обзиром на то да је и сама одлука о проглашењу ванредног стања била донета мимо Народне скупштине, било је очекивано да неће учествовати ни у доношењу рестриктивних мера (само накнадно, њиховим потврђивањем). Али да ли у Србији постоји могућност да се овлашћење за дерогацију људских права делегира даље? Другим речима, да ли орган државне управе (конкретно Министарство унутрашњих послова, уз сагласност министра здравља) може да донесе рестриктивне мере

⁷⁴ 2020. évi XII. Törvény a koronavírus elleni védekezésről, чл. 3.

⁷⁵ Уставни суд Мађарске, 15/2021. (V 13), 13. 5. 2021, тач. 33.

⁷⁶ Уставни суд Мађарске, 23/2021 (VII 13), 13. 7. 2021, тач. 25.

⁷⁷ Устав Републике Србије, чл. 200 ст. 6.

уместо извршне власти, на основу уредбе Владе, и тако ограничи, чак и забрани кретање за време ванредног стања? Према издвојеном мишљењу судије проф. др Тамаша Корхеца (Korhecz Tamás), имајући у виду важеће уставне одредбе у Србији, одговор је негативан. Цитирано уставно овлашћење значи да, осим прописивања људских права од којих се може одступити, Влада је у обавези да одреди и мере којима се одступа од тих права, а органе државе управе може једино да овласти да конкретизују те мере ради лакшег и ефикаснијег спровођења. Првобитна уредба Владе је гласила да „Министарство унутрашњих послова, у сагласности са Министарством здравља, може привремено да ограничи или забрани кретање лицима на јавним местима“,⁷⁸ а наредбом су конкретизовани субјекти, временски оквир, места итд.⁷⁹ Наредба министра је управни пропис којим се не могу стварати или укидати права и обавезе чак ни за време ванредног стања, иако је тачно то учињено.

Уставни суд, односно већина судија, није се посебно бавио правном садржином оспорене наредбе, односно уредбе којом је дато овлашћење за спровођења мера, него се руководио практичним потребама, а то је „што конкретизација мера у таквим ситуацијама и по природи ствари припада органу који их ефикасно и ефективно може применити на терену, у оквирима развоја фактичке ситуације која се временски може веома брзо мењати, а од чега ће у великој мери зависити и интензитет примене прописане мере“.⁸⁰ Насупрот издвојеном мишљењу, став већине је био „да оспорена Наредба министра унутрашњих послова суштински представља одговарајући спроведбени акт, који сам по себи не представља вид изворног и самосталног одлучивања самог министра унутрашњих послова, већ је на тај начин само реализована и конкретизована уредба Владе“.⁸¹ Ако је тако, поставља се питање зашто је Влада ставила ван снаге оспорену наредбу и сматрала потребним да имплементира све релевантне одредбе у своју уредбу.⁸²

⁷⁸ Уредба о мерама за време ванредног стања, *Службени гласник РС* 21/2020, чл. 2.

⁷⁹ Наредба о ограничењу и забрани кретања лица на територији Републике Србије, *Службени гласник РС* 34/20, 39/20, 40/20, 46/20 и 50/20.

⁸⁰ Уставни суд Србије, *Уо*-45/2020, 28. 10. 2020.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Уредба о изменама и допунама уредбе о мерама за време ванредног стања, *Службени гласник РС* 53/2020.

Након укидања ванредног стања у складу са Уставом, Народна скупштина је потврдила Уредбу Владе о мерама за време ванредног стања заједно са свим другим изменама и допунама,⁸³ укључујући првобитну верзију којом је дата ауторизација за регулисање услова за ограничење и забрану кретања, односно измену којом је оспорена наредба стављена ван снаге. На тај начин је законодавна власт и у овом случају, макар посредно, остварила накнадну контролу рестриктивних мера, али треба имати у виду да оспорена наредба није по наслову споменута.

Пред Уставним судом Републике Српске појавила се слична дилема (само са другачијим исходом), то јест да ли је Републички штаб за ванредне ситуације био овлашћен да ограничи кретање у зараженом и угроженом подручју, имајући у виду уставну одредбу да се „само законом могу увести ограничења кретања, уколико је то, између осталог, неопходно ради заштите безбедности и здравља људи“.⁸⁴ Према схватању Уставног суда, „оспорени закључци нису донесени с циљем извршавања закона, већ је њима извршено непосредно уређивање односа... који представљају законску материју“.⁸⁵ Зато је суд утврдио да предметни закључци нису били у складу са Уставом за време њиховог важења. Нажалост, након утврђивања тих разлога неуставности, односно незаконитости, суд се није упустио у расправу о другим наводима иницијатора, као што је објављивање закључака Републичког штаба у Службеном гласнику Републике Српске, и на тај начин је пропустио да се позабави још једним сегментом правне сигурности, а то је обавеза обавештења грађана о њиховим обавезама, нарочито у ванредним приликама.

3.2.5. Резимирање и закључци

Независно од исхода поступака, односно начина одлучивања уставних судова о правној квалификацији ковида 19 као разлога за увођење посебних режима, може се закључити да су се земље (а и национални уставни судови) у региону мање-више сагласиле да је то релативно велика опасност која оправдава различито поступање у односу на уобичајено – чак и кад није уведено ванредно стање у конкретној земљи. Такође, слични аспекти су узети у обзир скоро у свакој држави приликом

⁸³ Закон о потврђивању уредаба које је Влада уз супотпис Председника републике донела за време ванредног стања, *Службени гласник РС* 62/2020.

⁸⁴ Уставни суд Републике Српске, U-40/20, 29. 4. 2021.

⁸⁵ *Ibid.*

успостављања ванредне управљачке структуре за руковање константно променљивом ситуацијом због ковида 19. Како образложење предлога релевантне одредбе Основног закона Мађарске гласи, „након проглашења посебног правног режима, потребно је обезбедити брзо, оперативно и одговорно одлучивање како у политичком, тако у правном смислу, на које се Влада показује једино способним у правном поретку Мађарске“.⁸⁶ Тај приступ је у складу са концепцијом Карла Шмита и Ђорџа Агамбена (Giorgio Agamben) који тврде да је највероватније „извршна власт најбољи и можда једини институционални актер који може да управља хитним ситуацијама безбедносног карактера“ (Diaz Crego, Kotanidis 2020, 4). Остале државе у истраживању дошле су до сличног закључка.

С друге стране, не смемо заборавити да „уставна уређења која дефинишу политички поредак државе за време нормалности важе и за време ванредног стања. ... норме ванредног стања се и даље руководе принципима демократије и владавине права“ (Zwitter 2012, 101). Зато је изузетно важно да поступајући органи имају овлашћење за дерогаацију људских права непосредно на основу устава и да се анализа рестриктивних мера коју врше уставни судови доведе „у везу са механизмима заштите којима се успоставља контрола над таквим деловањем органа извршне власти“⁸⁷, осим испитивања законитости, сразмерности, нужности, односно легитимности сваког мешања извршне власти у вршење људских права. Тај концепт одговара тзв. Медисоновом приступу према ванредном стању, који каже да се систем кочница и равнотеже мора сачувати чак и у екстремним околностима, односно да се акти извршне власти увек морају подвргнути судској провери и контроли законодавца (Diaz, Kotanidis 2020, 5). Тај модел „не захтева од судова да поништавају акте ванредне управљачке структуре или да се ангажују судском активизмом, већ да постављају уставне стандарде према којима ће се ти акти оцењивати“ (Miljojković 2021, 142). Уставни суд Хрватске, на пример, није успео да испуни стандарде тог модела (Miljojković 2021, 142) и пратио је више заступљену, иако контроверзну теорију Карла Шмита о томе да су ванредна овлашћења суверена неограничена и невезана јер једино он може деловати изван правне нормалности (Diaz, Kotanidis 2020, 4). Такав притуп се може приметити

⁸⁶ Az Alaptörvényhez és annak módosításaihoz indokolások, Indokolások tára, *Magyar Közlöny* 2020/161.

⁸⁷ Уставни суд Босне и Херцеговине, АП-3683/20, 22. 12. 2020, тач. 69.

и у Мађарској и Србији, док су се Уставни суд БиХ и Уставни суд РС критичније опходили према законодавним решењима у вези са борбом против ковида 19.

Генерално гледано, уставни судови у региону нису превише инсистирали на стриктној испуњености процедуралних захтева владавине права у смислу правне сигурности – да ли је надлежност органа који је стекао овлашћење за доношење рестриктивних мера успостављена тачно на уставом предвиђен начин, да ли постоји директна парламентарна контрола деловања тих органа и да ли су законодавац и/или влада прекршили границе својих овлашћења из устава приликом регулисања појединих елемената ванредне управљачке структуре – него су више нагласили важност материјалне стране владавине права (њену ширу садржајну перспективу).

4. КОНКЛУЗИЈА

Приликом оспоравања аката донетих „за време ковида“ или због ковида 19 иницијатори нормативне контроле руководили су се најразличитијим разлозима: непостојање правног основа за дерогацију људских права и доношење рестриктивних мера, позивање на погрешан правни основ приликом одступања од људских права, односно регулисања ванредних управљачких структура, што је повезано и са спорном квалификацијом пандемије, то јест епидемије као повода за увођење ванредног стања, ненадлежност за доношење рестриктивних мера, недостатак контроле тих мера од законодавне власти, дефекти у самом квалитету аката, као што су неразумљивост, необјављивање итд.; као да иницијатори „који сагледавају ситуацију искључиво са формалног становишта“ заправо не увиђају да се држава налази у колико тешкој ситуацији када се суочава са ширењем до сада непознате заразне болести.⁸⁸

Превелико инсистирање на форми може испразнити суштину саме правне норме⁸⁹ и промовисати владавину разума и доминацију рационалности над позитивним правом и правним мишљењем, а то је сувише широк и нејасан циљ да би му се тежило (Chiassoni 2021, 787). С друге стране, према формалном схватању владавине права, правила

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Издвојено сагласно мишљење Јована Ђирића, судије Уставног суда Србије, Уставни суд Србије, Уо-45/2020, 28. 10. 2020, *Службени гласник РС* 126/2020.

по којима се обликује државно деловање, нарочито подела власти, укључујући и „инструментална ограничења понашања државне власти“ (Laus 2015, 51), подједнако су битна. Иако је „еволуција уставне праксе довела до знатне толеранције ситних грешака“ у начину доношења прописа (Мијановић 1963, 217) тоталним одбацавањем процедуралне перспективе владавине права као „мање битне“, игноришу се вишевековне тековине самог правног развоја. То само потврђује потребу да се пронађе одговарајућа равнотежа између форме и садржине, што је у суштини основни задатак уставних судова у чувању и одржавању уставног поретка.

Анализом релевантних уставносудских предмета, независно од различитих нормативних решења применљивих у региону, потврђено је да су се, у недостатку одговарајућих, јасних уставних и/или законских дефиниција и регулатива у свакој држави која је обухваћена истраживањем, уставни судови као институционалне гаранције владавине права нашли у тешкој ситуацији. С једне стране, морали су да пазе да без искоришћавања широког поља оцене „сами не доносе арбитражне одлуке, да не стварају само своја вредносна мерила, да не одлучују активистичко или да не траже формалне разлоге у циљу да избегну доношење мериторне одлуке“ (Коррић, Horvat 2018, 84). С друге стране, од њих се очекивало да нађу макар начелна решења за најургентнија питања која су се поставила поводом ковида 19 да би се избегли будући уставносудски спорови због евентуалне појаве нових болести.

Уставни судови у региону генерално су бирали линију мањег отпора и уместо да сачувају основе система кочница и баланса за време једне екстремне ситуације каква је била пандемија ковида 19, прихватили су самомаргинализовање парламента и скоро неограничено проширење овлашћења извршне власти у ширем смислу (почевши од владе преко органа државе управе до повремених радних тела, на пример, кризних штабова) приликом одлучивања о рестриктивним мерама. Читајући образложења уставносудских одлука можемо закључити да су судови претежно дали предност материјалним аспектима владавине права, то јест владавине стандарда уместо *правила*, системском закључивању уместо дословног значења, аргументацији уместо непосредне примене правила и мукотрпним тумачењима уместо *ex ante* јасноће (Waldron 2011, 21). Такође, искристализовали су се неки не мање важни формални захтеви као што су јасан повод за одступање од „нормалног“ правног режима, уставна регулатива надлежности ванредне управљачке структуре, задржавање непосредне контроле законодавне власти над

деловањем ванредних структура извршне власти. Регулисањем тих питања избегли би се потенцијални уставносудски спорови или би се бар олакшало рад судија приликом одлучивања у будућности.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Аврамовић, Драгутин, Драган Млађан. 2/2014. Ванредно стање и ванредна ситуација – Компаративни термилошки и садржински аспекти. *Теме* 38: 767–781.
- [2] Banić, Slavica. 2015. Uloga Ustavnog suda u izgradnji vladavine prava. 45–58. *Uloga Ustavnog suda u izgradnji vladavine prava. Zbornik radova*, ur. Lutz Kober, Miločer: Ustavni sud Crne Gore – Fondacija „Hanns Seidel“.
- [3] Бањалучки центар за људска права. 2020. *Људска права у периоду COVID-19. Утврђени пропусти у остваривању људских права у Босни и Херцеговини*. Бања Лука – Сарајево: Мисија ОЕБС-а у Босни и Херцеговини.
- [4] Chiassoni, Pierluigi. 4/2021. Promoting the Rule of Rationality Over Positive Law and Legal Thinking. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 69: 785–792.
- [5] Diaz Crego, Maria, Silvia Kotanidis. 2020. *States of Emergency in Response to the Coronavirus Crisis. Normative Response and Parliamentary Oversight in EU Member States During The First Wave Of The Pandemic – Study*. Brussels: European Parliamentary Research Service.
- [6] European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission). 2010. *Draft Report on the Rule of Law*. Study No. 512/2009. Strasbourg.
- [7] Гардашевић, Ђорђе. 1/2021. „Business as Unusual“. Pandemic Concentration of Executive Powers in Croatia. *Pravni zapisi* XII: 91–122.
- [8] Ginsburg, Tom, Mila Versteeg. 2020. The Bound Executive: Emergency Powers During the Pandemic. Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2020–52. University of Virginia School of Law, Charlottesville; Public Law Working Paper No. 747. University of Chicago, Chicago.
- [9] Greer, Steven. 2020. *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion Under the European Convention on Human Rights*. Human rights files No. 17. Strasbourg: Council of Europe.

- [10] Hendriks, Frank, John Loughlin, Anders Lidström. 2011. European Subnational Democracy: Comparative Reflections and Conclusions. 715–748. *Oxford Handbook of Local and Regional Democracy in Europe*, eds. Frank Hendriks, John Loughlin, Anders Lidström. Oxford [England] – New York: Oxford University Press.
- [11] Inter-American Commission on Human Rights. 2020. Pandemic and Human Rights in the Americas. Resolution 1/2020, April 10.
- [12] Korpič-Horvat, Etelka. 2015. Značaj Ustavnog suda Republike Slovenije pri ostvarivanju vladavine prava. 73–88. *Uloga Ustavnog suda u izgradnji vladavine prava. Zbornik radova*. ur. Lutz Kober, Miločer: Ustavni sud Crne Gore – Fondacija „Hanns Seidel“.
- [13] Krčinski, Blaže. 2/2011. Normativna kontrola ustavnosti i zakonitosti pravnih akata u Republici Makedoniji. *Strani pravni život* 55: 83–97.
- [14] Lauc, Zvonimir. 3–4/2015. Načelo vladavine prava u teoriji i praksi. *Pravni vjesnik* 32: 45–67.
- [15] Lebret, Audrey. 1/2020. COVID-19 Pandemic and Derogation to Human Rights. *Journal of Law and the Biosciences* 7: 1–15.
- [16] Лугонић, Марија, Оља Арсенијевић. 2021. Covid 19 и људска права. 4–16. *Тематски зборник радова XXVII научног скупа међународног значаја „Технологија, култура и развој“*, ур. Ђуро Кутлача, Душица Семенченко. Београд: Удружење „Технологија и друштво“ – Институт „Михајло Пупин“, Центар за истраживање развоја науке и технологије.
- [17] Манојловић Андрић, Катарина. 2013. Поступак и обим испитивања уставне жалбе. 161–180. *Улога и значај Уставног суда у очувању владавине прava*, ур. Боса М. Ненадић. Београд: Уставни суд Републике Србије.
- [18] Мижановић, Гаšo. 1963. *Kontrola ustavnosti zakona*. Doktorska disertacija. Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu.
- [19] Миљојковић, Теодора. 1/2021. Emergency Governance (Un)bound: A Brief Reflection on Southeast Europe’s Response on the Covid-19 Pandemic. *Pravni zapisi* 12: 123–145.
- [20] Országgyűlési, Hivatal. 6/2020. A különleges jogrend és a veszélyhelyzet. *Infojegyzet*: 1–4.

- [21] Rácz, Lilla. 2021. A veszélyhelyzet első kihirdetésének évfordulójára: 365 nap rövid veszélyhelyzeti kronológiája. *Jogtudományi Intézet blogoldala*. Március 11. <https://jog.tk.hu/blog/2021/03/a-veszelyhelyzet-első-kihirdetesenek-evfordulojara>, последњи приступ 17. septembar 2022.
- [22] Сивовић, Дарко. 2020. Ванредно стање у Србији: уставни оквир и пракса поводом Covid-19. Радни документ. Београд: Фондација Центар за јавно право.
- [23] Славнић, Љиљана. 2013. Решавање сукоба надлежности – традиционални домен Уставног суда Србије. 224–241. *Улога и значај Уставног суда у очувању владавине права*, ур. Боса М. Ненадић. Београд: Уставни суд Србије.
- [24] Szente, Zoltán. 2020. A 2020. március 11-én kihirdetett veszélyhelyzet alkotmányossági problémái. MTA Law Working Papers 2020/9. Budapest: Hungarian Academy of Sciences.
- [25] Till, Szabolcs. 2018. Különleges jogrend. *Internetes Jogtudományi Enciklopédia*, ed. Jakab András, Fekete Balázs. <https://ijoten.hu/szocikk/kulonleges-jogrend>, последњи приступ 17. septembar 2022.
- [26] Van der Sloot, Bart. 2020. The Quality of Law: How the European Court of Human Rights gradually became a European Constitutional Court for Privacy Cases. *JIPITEC* 11: 160–185.
- [27] Vörös, Imre. 2020. A felhatalmazási törvénytől az egészségügyi válsághelyzetig és tovább. 17–73. *Jogi diagnózisok I. – A Covid-19-világjárvány hatásai a jogrendszerre*, ed. Gárdos Orosz Fruzsina, Lőrinc Viktor Olivér. Budapest: Társadalomtudományi Kutatóközpont Jogtudományi Intézet, l’Harmattan.
- [28] Waldron, Jeremy. 2011. The Rule of Law and the Importance of Procedure. *Nomos* 50: 3–31.
- [29] Zwitter, Andrej. 1/2012. The Rule of Law in Times of Crisis: A Legal Theory on the State of Emergency in the Liberal Democracy. *ARSP* 98: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*: 95–111.

Katinka BERETKA, PhD

Associate professor, Faculty of Law and Business Studies
“Dr Lazar Vrkatić”, Serbia

FORMAL ASPECTS OF DEROGATION OF HUMAN RIGHTS DUE TO THE PANDEMIC OF COVID 19 IN COMPARATIVE PRACTICE OF CONSTITUTIONAL COURTS

Summary

The paper presents the similarities and differences in the argumentation of the constitutional courts of the Republic of Serbia, the Republic of Croatia, Bosnia and Herzegovina, and Hungary when deciding on procedural/formal aspects of human rights derogation and other (restrictive) measures adopted due to COVID-19, such as the competence of bodies ordering restrictive measures, character/quality of their acts, control by the legislature and/or the executive. The commonality is that, despite the courts not neglecting the need for restrictive measures and the general interest in preserving public health, they treated the importance of formal requirements of the rule of law differently in pandemic conditions. The aim of this paper is to identify relevant common criteria and tests for assessing the constitutionality of these measures, in order to increase legal certainty in similar situations in the future, caused by new epidemics.

Key words: *COVID-19. – Constitutional court. – Rule of law. – Formal requirements.*

Article history:
Received: 3. 10. 2022.
Accepted: 3. 3. 2023.

Вукашин СТАНОЈЛОВИЋ, мастер*

СЛУЖБЕНОСТ УПОТРЕБЕ (USUS) У РИМСКОМ И СРПСКОМ ПРАВУ

*Право употребе је лична службеност, која титулара права овлашћује да ствар користи у границама својих потреба. Сходно класификацији насталој у римском праву, убраја се у *servitutes personarum*, заједно са правом плодуживања, бесплатног становања и коришћења рада туђега роба или животиње. Уобличен у посткласичном римском праву, уз незнатне измене, институт је преузело српско средњовековно, а средином XIX века и модерно право доношењем Грађанског законика за Књажевство Српско. Сервитут познаје и позитивно право Републике Србије. Упркос томе, дилеме које се тичу обима вршења права – да ли узуар стиче право на плодове и да ли је властан право уступити другом, задавале су главобоље и римским јуриспрудентима и данашњим правницима. На то да укажемо на проблематику института и понудимо прагматична решења, навео нас је Одговор Привредног апелационог суда на питање нижестепених судова о поменутиим контроверзама.*

У раду су примењени језичко, системско и историјско тумачење и историјски метод.

Кључне речи: Римско право. – Грађански законик Аустрије (ABGB). – Грађански законик за Књажевство Српско (СГЗ). – Личне службености. – Право употребе (*usus*).

* Сарадник у настави, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, vukasin.stanojlovic@ius.bg.ac.rs.

1. УВОД

Употреба (*usus*) је стварно право коришћења туђе ствари, чији титулар (*usuarius*) може употребљавати ствар у границама својих потреба (*Правна енциклопедија* 2 1985, 1773; Mousourakis 2012, 170). Према Марцијановој класификацији службености (D.8.1.1;¹ потенцијалне недоследности Станојловић 2021, 22–23), спада у *servitutes personarum*, које су се у римском праву конституисале легатом, поклоном (*donatio*), у поступку *in iure cessio* (*G. Inst.* 2.30; види Катанчевић 2017, 39–43) или путем *deductio servitutis* (*G. Inst.* 2.33). Поред права употребе (*usus*), у личне службености су у јустинијановом праву убројани плодуживање (*ususfructus*), право становања (*habitatio*) и право коришћења рада туђег роба или животиње (*operae servorum vel animalium*). Време њиховог настанка се не може са сигурношћу одредити, а међу романистима влада уврежено мишљење по коме су право употребе и право плодуживања настали у периоду позне републике (Du Plessis 2020, 169). Уобличен у посткласичном римском праву, концепт *servitutes personarum*, уз незнатне измене, преузели су бројни правни системи, настали на рушевинама римске империје, те тако и српско средњовековно и модерно право.

2. USUS У СРПСКОМ ПРАВУ

Личне службености су доспеле у српско средњовековно право посредством византијских правних² и канонских извора (Новаковић 1986, 250–257; Соловјев 1928, 58–68). Утицај византијско-римског права

¹ *Marcianus libro tertio regularum: Servitutes aut personarum sunt, ut usus et usus fructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum.* <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, последњи приступ 2. јул 2022.

² Јустинијанов *Corpus Iuris Civilis* био је важећи извор права у Византији до доласка на престо Лава Исавријанца (685–741), оснивача Исавријанске или Сиријске династије. Ипак, он је наставио да буде посредан извор права у каснијим световним и црквеним зборницима. У домену световног права следили су му: Еклога (*έκλογή*) из 739. године и три незванична приручника права – Војни законик (*Nomos Stratiotikos*), Поморски (Родски) законик (*Nomos (Rhodion) Nautikos*) и Земљораднички законик (*Lex Rustica* или *Nomos Georgikos*); Прохирон (*Prokcheiros nomos*) из 879. године; Епанагога (*έπαναγωγή*) из 886. године и Василике (*Vasilike*) из 892. године. После Василика није издат ниједан нови законик већ само низ сажетих извода који почињу *Epitome Legum* или *Ecloga Legum* из 920. године, а завршавају се Хексабиблионом или „Шестокњижјем“ (*Hexabiblos*) из 1345. године. Најзначајније

у немањићкој Србији ширио се путем Законоправила Светог Саве,³ али и тзв. Јустинијановог закона⁴ и скраћене Синтагме Матије Властара, који су уобичајено пратили Душанов законик (Соловјев 1928, 49–50, 53–58). Ти зборници садрже правила која се тичу *servitutes praediorum urbanorum*,⁵ док *servitutes praediorum rusticorum*⁶ и личне службености⁷ – право употребе и право плодуживања, помињу властелинске и владарске повеље. Са личним службеностима сусрећемо се углавном у даровним повељама манастирима и црквама – у Светоарханђеловској повељи из 1348. године властелин Никола Утоличић и његова мајка прилажу манастиру св. Арханђела баштинско село Љубочево, под условом да га „држе“ док су живи као сваку баштину (Соловјев 1928, 115 фн. 5), а краљ Стефан Душан поклања манастиру Хиландар цркву Николе Мрачког са њеним земљама и уједно установљава право „ужитка“

компилације црквеног права биле су: Синтагма (*Syntagma*) или Фотијев Номоканон из 883. године; Валсамонов *Exegesis canonum* из 1175. године и Синтагма (*Syntagma canonum*) Матије Властара из 1335. године (Рансиман 2020, 62–64).

³ Законоправило Светог Саве, Номоканон или Крмчија из 1219. године, у највећој мери је превод Фотијевог Номоканона, коме су придодате норме из Јустинијанових Новела (*Novellae*), Новеле Алексија Комнина, Зборник Јована Схолостика (*Collectio tripartita*), Мојсијев закон и Прохирон – у средњовековној Србији познат и као „Закон градски“. Прохирон у XXXVIII глави, која носи назив *Περὶ καινοτομιῶν* (*De novis operibus*), говори о различитим врстама службености, а правила су помешана са полицијским прописима о зидању нових зграда. Од 64 одредбе, колико их садржи XXXVIII глава Прохирина, Матија Властар је у своју Синтагму уврстио само 18 и начинио кратку главу К-3 под истим насловом – *Περὶ καινοτομιῶν*. Редактори скраћене Синтагме су главу о службеностима задржали у целини без икаквих измена (Соловјев 1926, 127–129; Стојановић 2014, 27; Станковић, Владетић 2018, 390; Шаркић 2013, 1007).

⁴ Тзв. Јустинијанов закон представља српску компилацију правних правила преузетих из Прохирина, Еклогe и Земљорадничког закона (Станковић, Владетић 2018, 390).

⁵ Једна зграда не може другој заклањати видик на море – *servitus prospectus* (С.С. К-2 § 4, ex Proch. 38.5); забрањено је пуштати дим из оцака на суседну зграду (С.С. К-2 § 12, ex Proch. 38.18); забрањено је бацање смећа око суседног зида – *servitus sterquilini* (С.С. К-2 § 14, ex Proc. 38.22); забрањено је затворити суседов прозор зидањем новог објекта (С.С. К-2 § 2, ex Proch. 38.4) (Соловјев 1928, 128 фн. 4, 6–8).

⁶ Призренска тапија (XIV век) помиње *servitus itineris ac viae*, а Скопска повеља (1300) *aqueductus* (Соловјев 1928, 128–129; Тарановски 1996, 638).

⁷ Први трагови личних службености помињу се у повељи краља Милутина манастиру Бањска, издатој између 1313. и 1318. године, и тичу се права удочичког ужитка. У Душановом закону помињу се личне службености на два места: у случају проније и у случају права уживања жениног мираза (Лазич 2000, 34).

старцу Иоану (Тарановски 1996, 635). Постоје и два сачувана правна споменика у којима се право није конституисало уговором о поклону. Краљ Милутин је властелинки Радослави, Мелшиној жени, поклонио манастир Светог Георгија и село Улитишта, а тај дар су потврдили краљеви Стефан Дечански и Душан. Међутим, краљ Душан је, у поступку својеврсне експропријације (или ревокације поклона), одлучио да Радославину имање поклони Хиландару, а властелинки остави право плодуживања (Тарановски 1996, 634). Осим тога, уговором о купопродаји од 19. јануара 1438. године, којим Радослава Мирковић продаје своју кућу у Трепчи манастиру Светог Павла, предвиђено је право доживотног коришћења једне собе за Радославу и њену сестру (Шаркић 2013, 1010).

Други, значајнији талас романизације права заплуснуо је Србију доношењем *Грађанског законика за Књажевство Српско* 25. марта 1844. године (СГЗ). Законик задржава основну поделу на стварне (§ 332) и личне (§ 333) службености, уз могућност одступања од те оштре поделе (§ 339) (Кнежић Поповић 1996, 75–76). Следећи аустријски узор, творац СГЗ Јован Хаџић прописао је правила којима се уређују право плодуживања (§§ 374–383), употребе (§§ 372, 373) и бесплатног становања (§§ 384, 385). Живковић пише да је право употребе уређено као деминутив плодуживања, а да се у СГЗ обим овлашћења ограничава потребама имаоца које постоје у тренутку настанка права. Додаје да користи које не припадају имаоцу права употребе припадају власнику ствари те да у погледу преносивости употребе, иако се чини да она није искључена одредбама СГЗ, постоји начелан став да је право непреносиво и да је уступање вршења права било забрањено (Живковић 2014, 181–194).

Све до ступања на снагу Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације⁸, СГЗ је био важећа кодификација грађанског права у Србији. Материја стварног права није била законски уређена у послератном периоду од 1946. до 1980. године, када је донет савезни Закон о основама својинскоправних односа.⁹ Иако се на први поглед може чинити да је материја стварног права коначно нормирана, у области личних

⁸ Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације – Закон о неважности правних прописа, *Сл. лист ФНРЈ* 86 од 25. октобра 1946, 105 од 27. децембра 1946, 96 од 12. новембра 1947 – обавезно тумачење. Закону је претходила Одлука АВНОЈ-а бр. 132 од 3. фебруара 1945. (Живковић 2014, 182 фн. 2).

⁹ Закон о основама својинскоправних односа – ЗОСПО, *Сл. лист СФРЈ* 6/80 и 36/90, *Сл. лист СРЈ* 29/96 и *Сл. гласник РС* 115/2005 – др. закон.

службености ситуација се само закомпликовала. Наиме, у члану 60¹⁰ ЗОСПО набројане су личне службености, али је пропуштено да буду ближе уређене и то је остављено законодавствима република и покрајина СФРЈ. Непостојање правних норми којима би се та материја уредила на јединствен и целовит начин ствара својеврстан правни вакуум праћен лутањем судске праксе и недоумицама око тога које норме треба применити.

Тако су се у новембру 2019. године пред Одељењем за привредне спорове и Одељењем за привредне преступе Привредног апелационог суда у Београду нашла питања: *„Која овлашћења има титулар личне службености ‘права употребе’? Да ли ‘право употребе’ подразумева право титулара да само непосредно искоришћава предмет личне службености, односно да ли право употребе садржи овлашћење титулара да предмет личне службености изда у закуп другом лицу без обавештења / сагласности власника предмета личне службености?“* (Привредни апелациони суд, Одговори на питања 20. 11. 2019, *Paragraf Lex*). Одговор¹¹ који је на њих дат на седницама оба одељења био је мотив да се у раду укаже на дилеме које наша судска пракса има, а које су

¹⁰ Чл. 60 ЗОСПО: „Право плодуживања, право употребе, право становања, као и право стварног терета уређују се законом.“ Иако је ЗОСПО ступио на снагу 1. септембра 1980. године, до дана објављивања овог чланка није донет посебан закон који би уредио материју личних службености. Покушај уређења личних службености у Републици Србији учињен је Нацртом законика о својини и другим стварним правима из 2012. године, којим је предвиђено и уређено право употребе (Део VI, Глава Ђ, чл. 391); законик никада није ступио на снагу. Позитиван искорак учињен је Нацртом грађанског законика Републике Србије од 29. маја 2015. године. Глава III Другог одељка, Другог дела III Књиге носи наслов „Лична службеност употребе“ и у чл. 2007–2013. садржи норме којима се уређује то право. Остаје да се види да ли ће предложени Нацрт бити усвојен као важећа кодификација грађанског права Републике Србије.

<https://ius.bg.ac.rs/wp-content/uploads/2020/10/NACRT-ZAKONIKA-O-SVOJINI.pdf>, последњи приступ 2. јул 2022; <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, последњи приступ 2. јул 2022.

¹¹ Већина аутора полази од тога да је стварање права нормативна делатност, односно да је стварање права једино могуће доношењем општих правних аката. За разлику од земаља система *common law*, код нас се судска пракса не сматра извором права, то јест одлуке Врховног касационог и Уставног суда немају карактер прецедента. Осим судских одлука, судови на посебним општим седницама (свих одељења истог суда) или заједничким седницама (два или више судова) могу заузимати начелне ставове и правна мишљења. У том случају, мишљење Врховног касационог суда или Привредног апелационог суда јавља се (*de facto*) као општи акт тог суда. Треба напоменути да је улога судова значајнија када се одређеном пресудом или мишљењем попуњава правна

идентичне или сличне онима које су имали и римски јуриспруденти. То су: 1) која су тачно овлашћења имаоца права употребе; 2) да ли узур има искључиво право коришћења ствари, без прибарања плодова (*uti potest, frui non potest*); 3) да ли се вршење права употребе може уступити другом лицу? Осим њих пажњу привлачи и питање да ли је Хаџић у § 372 потпуно трансплантирао § 505 *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB) или СГЗ садржи извесне разлике у односу на свој узор?

3. ОВЛАШЋЕЊА ИМАОЦА ПРАВА УПОТРЕБЕ

3.1. Право на плодове – римски концепт

Читајући текстове римских правника, стиче се општи утисак да је право употребе лична службеност која титулара права овлашћује да ствар користи без убирања плодова (Watson 1968, 219). Такав начелан став износи Гај у коментару преторовог едикта, али и Улпијан стотинак година касније:

D.7.8.1.1. *Gaius libro septimo ad edictum provinciale: Constituitur etiam nudus usus, id est sine fructu: qui et ipse isdem modis constitui solet, quibus et usus fructus.*¹² [Може се установити голо право употребе, без права на плодове: оно се углавном установљава на исти начин као и плодуживање.]

D.7.8.2. пр. *Ulpianus libro 17 ad Sabinum: Cui usus relictus est, uti potest, frui non potest.*¹³ [Коме је остављено право коришћења (неке ствари), може да користи, али не и да прибира плодове (од те ствари).]¹⁴

Дата дефиниција не даје много информација. Имати право коришћења ствари, без права убирања плодова превише је штур одредница која ствара дилеме, превасходно шта значи *употребљавати* ствар и шта се подразумева под забраном убирања плодова. Дилема, која живи и данас, мучила је класичне римске правнике те тако први

празнина. Иако се таква одлука (мишљење) не може сматрати прецедентом у нашем правном систему, њен значај је велики и на њу ће се у великој мери угледати нижи судови када решавају конкретан спор (Лилић 2000, 77–88).

¹² <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, последњи приступ 3. јул 2022.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Превод Полојац, Катанчевић 2015, 89.

покушај одређења обима права (D.7.8.10.4)¹⁵ проналазимо код Августовог савременика Лабеона. Он разматра ситуацију у којој је дато право коришћења сеоског имања и у први план истиче две особине права: 1) да се не може поистоветити са плодуживањем јер је обим права ужи те 2) нормира дејство личне службености *erga omnes*. Оно се огледа и у свом позитивном аспект, да има искључиво право коришћења складишта за вино и уље, и у негативном, да власнику имања може забранити приступ. Поменута дистинкција, да није реч о плодуживању, значајна је за предмет овог рада, али је и даље недовољна да се поуздано може рећи шта тачно приликом вршења права узурар сме, а шта не.

Наредни покушај ближег одређења обима права (D.7.8.12.1)¹⁶ наводи Улпијан који у делу *Libri ad Sabinum* помиње мишљења Сабина, Касија, Нерве, Лабеона, Прокула и Јувенција. У тексту се разматра ситуација у

¹⁵ *Ulpianus libro 17 ad Sabinum: Si usus fundi sit relictus, minus utique esse quam fructum longeque nemo dubitat. Sed quid in ea causa sit, videndum. Et Labeo ait habitare eum in fundo posse dominumque prohibitorium illo venire: sed colonum non prohibitorium nec familiam, scilicet eam, quae agri colendi causa illic sit: ceterum si urbanam familiam illo mittat, qua ratione ipse prohibetur, et familiam prohibendam eiusdem rationis est. Idem Labeo ait et cella vinaria et olearia eum solum usurum, dominum vero invito eo non usurum.* [Ако је остављено право коришћења имања, нема сумње да је то далеко од права плодуживања. Али хајде да видимо у чему се право састоји. Лабеон наводи да узурар има право да живи на имању и да власнику може забранити приступ: али не и колону или (власниковим) робовима, тј. робовима који обрађују земљу: с друге стране, ако (власник) пошаље кућне робове на имање, таквим робовима може бити забрањен приступ као и власнику. Лабеон наводи и да узурар има искључиво право коришћење просторија за складиштење вина и уља и да их власник не сме користити без његове дозволе.]. <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, последњи приступ 3. јул 2022.

¹⁶ *Ulpianus libro 17 ad Sabinum: Praeter habitationem quam habet, cui usus datus est deambulandi quoque et gestandi ius habebit. Sabinus et Cassius et lignis ad usum cottidianum et horto et pomis et holeribus et floribus et aqua usurum, non usque ad compendium, sed ad usum, scilicet non usque ad abusus: idem Nerva, et adicit stramentis et sarmentis etiam usurum, sed neque foliis neque oleo neque frumento neque frugibus usurum. Sed Sabinus et Cassius et Labeo et Proculus hoc amplius etiam ex his quae in fundo nascuntur, quod ad victum sibi suisque sufficiat sumpturum et ex his quae Nerva negavit: iuventius etiam cum convivis et hospitibus posse uti: quae sententia mihi vera videtur: aliquo enim largius cum usuario agendum est pro dignitate eius, cui relictus est usus. Sed utetur his, ut puto, dumtaxat in villa: pomis autem et oleribus et floribus et lignis videndum, utrum eodem loco utatur dumtaxat an etiam in oppidum ei deferri possint: sed melius est accipere et in oppidum deferenda, neque enim grave onus est horum, si abundant in fundo.* [Осим што има право да станује, лице коме је додељено право коришћења (сеоског имања и куће), има право да пролази пешке и колима. Сабин и Касије нам кажу да може користити дрва за огрев, за своје свакодневне потребе, и да може имати право употребе на башти и узимати воће, поврће, цвеће и воду; међутим, он то може чинити, не

којој лице има право употребе сеоског имања и куће те јуриспруденти наводе у чему се састоји његово право. Узуар може становати у кући (*habitatio*), али и прелазити преко имања пешке или колима (*iter et via*). Може употребљавати дрва за огрев, воће, поврће, цвеће, воду, сламу и суво грање, али и друге производе *sed ad usum, scilicet non usque ad abusum*. Нерва се томе делимично противи и сматра да титулар нема право на лишће (латице), маслиново уље, житарице или плодове других биљака, вероватно узимајући у обзир њихову економску вредност. Шта заправо желе да кажу ти правници? Анализирајући тај текст, али пре свега стављајући га у контекст других правила из титулуса D.7.8. *De usu et habitatione*, може се закључити да је акценат и даље на *употреби*, а не на плодовима. Као што и сам Улпијан каже, потврђујући ставове старијих колега, узуар нема право на плодове (D.7.8.2. pr), док побројана добра која се производе на имању може конзумирати у личне сврхе, само ради остваривања потпуне *употребе* сеоског поседа (Kaser 1984, 151). Добити на коришћење сеоско газдинство, без могућности привређивања и прибирања плодова са њега, било би апсурдно и не би водило остваривању циља због кога је право установљено. Ту није реч о овлашћењу имаоца права службености да слободно располаже (Buckland 1921, 272; Ourliac, De Malafosse 1961, 396) плодовима (*ius fruendi*) већ о нормирању права употребе – одређивању његових граница, које надилази пуко, фактичко коришћење ствари. Употреба тог економског добра, датог одређеном лицу на коришћење, може се остварити једино тако што ће узуар моћи да станује у кући, да долази на имање – пешке или колима, да производи храну, да захвата воду и да користи дрва за огрев и кување, како би се прехранио и преживео (Girard 1918, 377; Buckland 1921, 272; Du Plessis 2020, 169). *Ius fruendi*,

да би остваривао профит, већ само у складу са својим правом коришћења, то јест, не у пуном обиму. Нерва заузима исти став, додајући да може користити сламу и суво грање, али не и лишће (латице), маслиново уље, житарице или плодове других биљака. Међутим, Сабин, Касије, Лабенон и Прокул сматрају да поред тога, може узети од онога што је произведено на имању онолико колико је потребно за издржавање себе и своје породице, укључујући и производе за које Нерва каже да не сме узети; Јувенције чак каже да може користити те производе када има госте или приређује забаву. Сматрам да је ово исправан став јер, на неки начин, према узуару треба поступати великодушније, у складу са поштовањем према особи којој је остављено право коришћења. Међутим, моје мишљење је да он може поменуте производе користити само на имању. Што се тиче воћа, поврћа, цвећа и огревног дрвета, вреди размислити да ли их може употребљавати само на имању или их може донети и у град; мислим да је боље дозволити му, јер то није велики намет, ако их имање даје у изобиљу.]. <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, последњи приступ 3. јул 2022.

као стварноправно овлашћење, подразумева убирање *fructus naturales et fructus civiles* и њихово слободно располагање, те код службености употребе можемо говорити једино о „крњем“ овлашћењу узуара да користи природне плодове које ствар даје ради задовољења личних потреба, то јест остварења пуног обима стеченог права – употребе конкретне ствари. Такво објашњење се среће у Помпонијевој парафрази једне Хадријанове конституције:¹⁷

D.7.8.22. pr. *Pomponius libro quinto ad Quintum Mucium: Divus Hadrianus, cum quibusdam usus silvae legatus esset, statuit fructum quoque eis legatum videri, quia nisi liceret legatariis caedere silvam et vendere, quemadmodum usufructuariis licet, nihil habituri essent ex eo legato.*¹⁸ [Божански Хадријан, у случају у коме је завештано право коришћења шуме,

¹⁷ Потврду таквог става проналазимо и у другим текстовима. D.7.8.12. *Ulpianus libro 17 ad Sabinum: 2. Sed si pecoris ei usus relictus est, puta gregis ovilis, ad stercorandum usurum dumtaxat Labeo ait, sed neque lana neque agnis neque lacte usurum: haec enim magis in fructu esse. Hoc amplius etiam medico lacte usurum puto: neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum.* [2. Ако је остављено право коришћења стоке, на пример, стада оваца, Лабеев сматра да их може користити само за потребе ђубрења и да не сме узимати вуну, јагњад или млеко, јер су то плодови. Сматрам да може узимати умерену количину млека; јер воље мртвих не треба тумачити тако строго (као што Лабеев чини).] 3. *Sed si boum armenti usus relinquatur, omnem usum habebit et ad arandum et ad cetera, ad quae boves apti sunt.* [3. Ако је остављено право коришћења стада говеда, узуар ће имати право да их користи у целости, како за орање тако и за све друге послове за које је стока погодна.]; D.7.8.15. pr. *Paulus libro tertio ad Sabinum: Fundi usu legato licebit usuario et ex penu quod in annum dumtaxat sufficiat capere, licet mediocris praedii eo modo fructus consumantur: quia et domo et servo ita uteretur, ut nihil alii fructuum nomine superesset.* [Ако је завештано право коришћења имања, узуар може узимати усеве онолико колико је потребно за подмирење његових потреба у току наредне године, али не више од тога, иако би се на тај начин исцрпели сви плодови са имања просечне величине, и то по истом принципу који му омогућава да користи кућу или робе на начин да ништа од плодова не остане другима.]; D.7.8.14.1. *Ulpianus libro 17 ad Sabinum: Usus fructus an fructus legetur, nihil interest, nam fructui et usus inest, usui fructus deest: et fructus quidem sine usu esse non potest, usus sine fructu potest...* [Без обзира на то да ли је завештано плододуживање или право на плодове, право на плодове укључује право коришћења, али право коришћења не укључује право на плодове, и док не може постојати право на плодове без права коришћења, може постојати право коришћења без права на плодове...]. <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, последњи приступ 3. јул 2022. У Јустинијановом праву I.2.5.1–4. преузета су виђења класичних правника уз истицање јасне разлике да узуар може користити природне плодове за личну употребу, а плододуживалац све плодове које ствар даје. <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, последњи приступ 3. јул 2022.

¹⁸ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, последњи приступ 3. јул 2022.

сматрао је да треба дозволити и убирање плодова, јер, ако се легатарима не би дозволило да секу и продају дрва, баш као што је то дозвољено плододуживаоцима, они не би имали никакву корист од легата.]

3.2. Право на плодове – концепт СГЗ

Док се у АВГВ службеност употребе уређује у пет чланова (§§ 504–508), у СГЗ се то чини у два:

§ 372 *Ко има права једну ствар употребити, онај може према своје стању без призрења на своје остало имање истом ствари користити се по потреби, која се узима од оног времена, кад је право речено почело. Но саму ствар такви не може изменити, нити на другога пренети.*¹⁹

§ 373 *У осталом сва друга корист принадежи господару ствари, који је дужан све терете са ствари скопчане носити, и исту у добром стању одржавати. Само у колико би корист ова мања била него терет, мора онај, који право на употребљење има, додати, или од употребљења престати.*²⁰

За тему која се обрађује у овом чланку значајно је навести §§ 505 и 506 аустријског узора:

§ 505 *Wer also das Gebrauchsrecht einer Sache hat, der darf, ohne Rücksicht auf sein übriges Vermögen, den seinem Stande, seinem Gewerbe, und seinem Hauswesen angemessenen Nutzen davon ziehen.*²¹ [Ко дакле има право употребе туђе ствари, тај сме, без обзира на своју осталу имовину, вући од ње користи, која се одмерава према његовом сталежу, занимању и домаћој потреби.] (Аранђеловић 1922, 138)

¹⁹ <https://www.overa.rs/gradanski-zakonik-kraljevine-srbije-1844-god-sa-kasnijim-izmenama.html>, последњи приступ 2. јул 2022.

²⁰ *Ibid.*

²¹ <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>, последњи приступ 2. јул 2022.

§ 506 *Das Bedürfnis ist nach dem Zeitpunkte der Bewilligung des Gebrauches zu bestimmen. Nachfolgende Veränderungen in dem Stande oder Gewerbe des Berechtigten geben keinen Anspruch auf einen ausgedehnteren Gebrauch.*²² [Потреба се одређује по времену одобрења употребе. Доцније промене у сталежу или занимању употребиоца не дају никаква права на пространију употребу.] (Аранђеловић 1922, 138)

Приликом писања чланова о службености права употребе, Хаџић је сублимирао §§ 504–507 ABGB у један члан СГЗ (§ 372), њему својственом техником, којом се обилато користио и због које је оштро критикован (Гамс 1996, 17). Српски законодавац користи конструкцију „*користити се* (ствари) *по потреби*“, а аустријски „*Nutzen davon ziehen*“ („*вући од ње* [ствари] *користи*“). Чини се да је Хаџић ближи римском поимању службености права употребе него што је то ABGB. Синтагмом „*користити се* (ствари) *по потреби*“, српски законодавац, угледајући се на римске правнике, ограничава право употребе на коришћење ствари и условно убирање природних, али не и цивилних плодова, искључиво ради задовољења личних и породичних потреба.²³ Држимо да израз „*користити се*“ и евентуалне *користи* које ствар даје никако не могу обухватити отуђење дела природних плодова, односно да је институт дефинисан по угледу на схватања класичних јуриспрудената. С друге стране, „*вући... користи... према... сталежу, занимању и домаћој потреби*“ (*den seinem Stande, seinem Gewerbe, und seinem Hauswesen angemessenen Nutzen davon ziehen*) обухватило би убирање и природних и цивилних плодова које ствар даје. Према свему судећи, у том погледу нема ограничења даљег располагања природним плодовима. Дакле, аустријски законодавац јасније и прецизније прописује да узур, осим права употребе, има право убирања свих плодова, које се не ограничава на личну употребу, и право њиховог даљег правног и фактичког располагања.

²² <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>, последњи приступ 2. јул 2022.

²³ Употребилац има право на плодове у границама личних и породичних прилика. Обим потребе се утврђује према породичном стању у моменту конституисања права. Лазих сматра да је такво решење неправично и да би требало дозволити повећање (о смањењу не каже ништа) обима захватања плодова сходно променама у породици узурара (рођење или усвојење детета, закључење брака итд.), али не и услед стварања нове породице (нпр. женидба) (Лазих 2000, 64–65).

Упоредним и историјским тумачењем § 372 СГЗ, српски правници су тој норми дали карактер какав има њен аустријски узор.²⁴ Хипотеза да је решење у СГЗ настало по угледу на римско класично, а не аустријско право, може се оспоравати тврдњом да је посредни неспретност у превођењу текста са немачког, у шта мало верујемо, имајући у виду да је реч о адвокату који је правничко знање стицао у Хабзбуршкој монархији.

3.3. Преносивост права употребе – креационизам или непознавање права?

Ригидна римска концепција према којој узур не ма право на убирање плодова није издржала тест времена те већ у римском праву, а и данас, има лац права употребе, осим права коришћења ствари, има овлашћење да убира одређену количину плодова. Друго значајно спорно питање је да ли узур може своје право добродино или теретно пренети на друго лице. Као и у првом случају, јуриспруденти су децидни:

D.7.8.8. *pr. Ulpianus libro 17 ad Sabinum: Sed neque locabunt seorsum neque concedent habitationem sine se nec vendent usum.*²⁵ [Ко има право коришћења куће не може другима уступити просторије или право да у њој живе без њих; такође, не може (право употребе) дати у закуп.]

D.7.8.11. *Gaius libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum: Inque eo fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit neque his, per quos opera rustica fiunt, impedimento sit: nec ulli alii ius quod habet aut vendere aut locare aut gratis concedere potest.*²⁶ [Узуар може боравити на имању онолико колико не смета власнику земљишта и

²⁴ Данас се право употребе разликује од плодуживања само у обиму овлашћења и немогућности преноса вршења права на друго лице; чл. 630 Code Civil; § 1091 BGB. Вид. Рашовић 2005, 353–355; Апелациони суд у Београду, Гж 1687/2014 28. 4. 2014, *Paragraf Lex*; Апелациони суд у Крагујевцу, Гж 1988/2019 3. 12. 2019, *Paragraf Lex*; Апелациони суд у Новом Саду, Гж 2987/2016 20. 10. 2016, *Paragraf Lex*; <https://codes.droit.org/PDF/Code%20civil.pdf>; <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf>, последњи приступ 3. јул 2022.

²⁵ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, последњи приступ 3. јул 2022.

²⁶ *Ibid.*

онолико колико не смета онима који обављају пољске радове: он не може право које има продати или дати у закуп или бесплатно другом лицу.]

D.7.8.12.6. *Ulpianus libro 17 ad Sabinum: Operas autem servi usuarii non locabit neque alii utendo concedet, et ita Labeo: quemadmodum enim concedere alii operas poterit, cum ipse uti debeat?...²⁷* [Као што нам Лабео каже, узуар не сме давати у закуп услуге роба на коме има право коришћења, нити га уступити другоме; јер како човек може уступити такве услуге другоме, када се од њега захтева да их сам користи?]

Право употребе, као строго лична службеност, конституише се у корист одређеног лица и, као такво, непреносиво је и ненаследиво. Римско правило о непреносивости права употребе задржавају и АВГВ (§ 507) и СГЗ (§ 372), иако Хаџић штуро нормира правило речима: *Но саму ствар такви не може изменити, нити на другога пренети*. Узевши у обзир континуитет римског права, али и СГЗ, нејасно је одакле дилема у домаћој судској пракси у вези са тим да ли је право употребе преносиво. Да ли је реч о конфузији која је последица непостојања послератних норми, незнању или креационизму српских судова?

На упућено питање привредних судова Привредном апелационом суду: *Која овлашћења има титулар личне службености „права употребе„? Да ли „право употребе“ подразумева право титулара да само непосредно искоришћава предмет личне службености, односно да ли право употребе садржи овлашћење титулара да предмет личне службености изда у закуп другом лицу без обавештења / сагласности власника предмета личне службености?* Привредни апелациони суд је на седници Одељења за привредне спорове одржаној 19. и 20. новембра 2019. године и на седници Одељења за привредне преступе одржаној 20. новембра 2019. године изнео одговор у коме се, између осталог, каже:

Употребилац (uzuar) не може уговором пренети на треће лице ни право употребе у целини, ни вршење појединих овлашћења.

Али, сопственик послужне ствари може, уговором са употребиоцем или тестаментом, дозволити употребиоцу да закључи уговор о закупу послужне ствари и да прибира закупнину ради задовољења личних и породичних потреба.

²⁷ *Ibid.*

Правна доктрина („Стварно право“, девето издање, издавач „Номос“, аутора проф. др Обрена Станковића и проф. др Миодрага Орлића, стр. 227) упућује на то да је такво решење садржано и у другим модерним законцима.²⁸

Усвајањем Закона о неважности правних прописа, СГЗ престаје да буде важећа кодификација грађанског права у Србији. Међутим, у члану 4 тог закона се предвиђа:

Правна правила садржана у законима и другим правним прописима поменутих у чл. 2 овог закона, која у смислу чл. 3 овог закона нису проглашена обавезним, могу се по овом закону примењивати на односе који нису уређени важећим прописима, и то само уколико нису у супротности са Уставом ФНРЈ, уставима народних република, законима и осталим важећим прописима донетим од надлежних органа нове државе, као и са начелима уставног поретка Федеративне Народне Републике Југославије и њених република (став 1).

Државни органи не могу своја решења и друге акте заставити непосредно на овим правним правилима (став 2).

Како у послератном периоду материја личних службености није уређена, СГЗ је наставио да буде важећи правни пропис у тој области.²⁹ Због тога чуди то што је Привредни апелациони суд дао одговор такве

²⁸ Привредни апелациони суд, Одговори на питања, 20. 11. 2019, *Paragraf Lex*.

²⁹ Иако се у чл. 3 Закона о неважности правних прописа предвиђа: *Президијум Народне скупштине ФНРЈ може одредити да се поједина правила садржана у законима и другим правним прописима поменутих у чл. 2 овог закона примењују, одређујући при том потребне измене и допуне* (став 1); *Ово право имају и президијуми народних скупштина народних република за правне прописе чије доношење на основу Устава ФНРЈ спада у надлежност република* (став 2), судови су почели да попуњавају правне празнине директном применом одредаба СГЗ, без посебне одлуке Народне скупштине. Такође, Лазић пише: „На основу чл. 4 Закона о неважности судови могу примењивати 'правна правила' из одредаба: §§ 340, 342, 371–391. Не могу се применити §§ 392 (осим ст. 1), 393 и 938.“ (Лазић 2000, 37; Живковић 2014, 184–185; Водинелић 1996, 400–404; Врховни суд Србије, Рев. 355/2006 8. 7. 2006, *Paragraf Lex*; Апелациони суд у Београду, Гж. 667/10 23. 7. 2010, *Paragraf Lex*; Врховни касациони суд, Рев. 493/2010 13. 6. 2011, *Paragraf Lex*; Апелациони суд у Крагујевцу, Гж. 1500/2011 13. 6. 2011, *Paragraf Lex*; Апелациони суд у Београду, Гж. 14797/2010 16. 11. 2011, *Paragraf Lex*; Апелациони суд у Београду, Гж. 5531/17 31. 5. 2018, *Paragraf Lex*)

садржине када постоје предратне норме које се имају применити у датом случају те се поставља питање због чега као релевантан не наводи доктринаран став о правилу из домаћег већ из других правних система.³⁰ Вођени тим аргументом, домаћи судови би, у случајевима када нека материја није регулисана послератним а била је уређена предратним правним нормама, требало да примене страна правна решења, а не домаћа предратна, како је прописано Законом о неважности правних прописа. Тиме се знатно нарушава правна сигурност јер се не зна које од различитих упоредних решења би било примењено. У Одговору се не наводи из ког страног правног система треба преузети решења и применити их нити се то чини у уџбенику на који се у Одговору позива.

Осим тога, такво решење, које је у супротности са правом Републике Србије, руши и начела права употребе постављена још у класичном римском праву, која је дефинисао Лабеон пре две хиљаде година (D.7.8.10.4), да је право употребе уже од плодуживања. Решење из Одговора узуару даје могућност да му власник дозволи „*уговором ... или тестаментом... да прибира закупнину*“, што одговара обиму овлашћења који има плодуживалац, а не каже се да би тиме сопственик ствари узуара учинио плодуживаоцем. Такав став суда може се тумачити као негирање самосталне природе права употребе. На крају остају питања да ли се суд ставио у улогу законодавца и да ли *curia novit iura*.

4. ЗАКЉУЧАК

Када излажу материју која се односи на службеност употребе, писци уџбеника римског права на српско-хрватском говорном подручју листом наводе следеће: *usus* је лична службеност која овлашћује имаоца права да ствар употребљава и убира плодове у мери у којој је то довољно за задовољење личних и породичних потреба; узуар није био овлашћен да вршење права уступа другоме; право се гасило смрћу лица или услед *capitis deminutio*; на све остале односе у вези са вршењем права сходно су се примењивала правила о плодуживању (види Horvat 1980, 161; Стојчевић 1985, 175; Милошевић 2016, 287–288). Међутим, иза тако штурог одређења узуса крију се динамизам римског права и иста питања која муче правнике скоро две хиљаде година касније.

³⁰ На месту у уџбенику које је цитирано у Одговору се каже: „...законицима је прописано да је непреносиво не само право употребе него ни његово вршење. Та одредба, међутим нема императивни карактер, барем што се тиче вршења права употребе“ (Станковић, Орлић 2014, 227).

Анализирајући текстове римских правника сачуваних у Јустинијановим Дигестима долазимо до закључка да је узурар имао право употребе ствари, без права на плодове. Међутим, одређена добра је могао конзумирати у личне сврхе, ради остваривања потпуне употребе ствари. Дакле, ималац права службености није могао слободно располагати плодовима, те код узуса можемо рећи да је постојало „крње“ овлашћење титулара права да користи природне плодове како би подмирио личне и породичне потребе, то јест остварио пун обим права. Осим тога, право је било непреносиво *inter vivos et mortis causa*.

Рецепцијом института у српско модерно право преузете су исте дилеме и питања која су имали и класични јуриспруденти. Како нам се чини, творац СГЗ није био пуки преписивач и преводилац АВГВ већ је питање убирања плодова код службености употребе уредио ближе класичном римском него аустријском праву. Српски законодавац, угледајући се на римске правнике, ограничава право употребе на коришћење ствари и предвиђа условно убирање природних, не и цивилних плодова, искључиво ради потпуног остварења права, то јест правилне и потпуне употребе ствари. *A contrario*, аустријски законодавац јасније и прецизније прописује да узурар, осим права употребе, има право убирања свих плодова, квантитативно ограничено индивидуалним приликама узурара, при чему га не ограничава се на личну употребу и даје му право њиховог даљег правног и фактичког располагања. Римско правило о непреносивости права прописано је и у АВГВ и у СГЗ.

Јасно нормирано правило да је службеност употребе непреносива и донекле супротан став српског суда о том питању навели су нас да свеобухватније сагледамо тај институт. Привредни апелациони суд пренебрегава постојање предратних законских норми и као аргументе за то да је право преносиво наводи доктринарне ставове и упоредно-правну праксу. Не само што је то схватање *contra legem* већ је и у супротности са природом института и његовом самосталношћу у односу на право плодуживања.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Аранђеловић, Д. 1922. *Аустријски грађански законик* (превод). Београд.
- [2] Buckland, W. W. 1921. *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*. Cambridge.
- [3] Du Plessis, P. J. 2020. *Borkowski's Textbook on Roman Law*. Oxford.

- [4] Gaius. 2009. *Institutiones* (превод О. Станојевић). Београд.
- [5] Girard, P. Fr. 1918. *Manuel élémentaire de droit romain*. Paris.
- [6] Гамс, А. 1996. Значај Српског грађанског законика за Србију у XIX веку. *Сто педесет година од доношења српског грађанског законика (1844–1994)*, ур. М. Јовичић. Београд
- [7] Horvat, M. 1980. *Rimsko pravo*. Zagreb.
- [8] Iustinianus. *Digesta*.
- [9] Iustinianus. *Institutiones*.
- [10] Kaser, M. 1984. *Roman private law* (translated by R. Dannenbring). Pretoria.
- [11] Катанчевић, А. 2017. *Начини стицања својине у римском праву*. Београд.
- [12] Кнежић Поповић, Д. 1996. Удео изворног римског права у српском грађанском законнику. *Сто педесет година од доношења српског грађанског законика (1844–1994)*, ур. М. Јовичић. Београд.
- [13] Лазић, М. 2000. *Личне службености: ususfructus, usus, habitatio*. Ниш.
- [14] Лилић, С. 2000. Судске одлуке и стварање права (са посебним освртом на стварање управног права Европске уније). *Стварање права. Трећи скуп Југословенског удружења за теорију, филозофију и социологију права, Милочер 24–25. септембар 1999*, ур. С. Табороши. Београд.
- [15] Милошевић, М. 2016. *Римско право*. Београд.
- [16] Mousourakis, G. 2012. *Fundamentals of Roman Private Law*. Berlin – Heidelberg.
- [17] Новаковић, С. 1986. *Васкрс државе српске и друге студије. Средњовековна Србија и римско право*. Београд.
- [18] Ourliac, P., Jehan de Malafosse. 1961. *Histoire du Droit privé*. Paris.
- [19] *Правна енциклопедија 2*. 1985. Београд: Савремена администрација.
- [20] Полојац, М., Андреја Катанчевић. 2015. *Практикум за римско право (I)*. Београд.
- [21] Рансиман, С. 2020. *Византијска цивилизација*. Београд.
- [22] Рашовић, З. 2005. *Стварно право*. Београд.
- [23] Соловјев, А. 1928. *Законодавство Стефана Душана цара Срба и Грка*. Скопље.

- [24] Станковић, Е., Срђан Владетић. 79/2018. Универзалност правила римског права везаних за институт службености. *Зборник радова Правног факултета у Нишу* LVII.
- [25] Станковић, О., Миодраг Орлић. 2014. *Стварно право*. Београд.
- [26] Станојловић, В. 2021. *Habitatio у римском и српском праву*. Мастер рад. Београд.
- [27] Стојановић, Н. 1/2014. О наслеђивању у Законоправилу Светог Саве. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*.
- [28] Стојчевић, Д. 1985. *Римско приватно право*. Београд.
- [29] Тарановски, Т. 1996. *Историја српског права у немањихкој држави*. Београд.
- [30] Водинелић, В. 1996. Сто педесет година касније: шта је још увек живо у Српском грађанском законнику? *Сто педесет година од доношења српског грађанског законика (1844–1994)*, ур. М. Јовичић. Београд.
- [31] Шаркић, С. 2013. Службености у византијском и српском средњовековном праву. *Зборник радова Византолошког института* L.
- [32] Watson, A. 1968. *The Law of Property in the Later Roman Republic*. Oxford.
- [33] Живковић, М. 2014. Уређење личних службености у Српском грађанском законнику. *Српски грађански законик – 170 година*, ур. М. Полојац, З. С. Мирковић, М. Ђурђевић. Београд.

Vukašin STANOJLOVIĆ, LL. M.

Teaching Fellow, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

THE RIGHT TO USE IN ROMAN AND SERBIAN LAW

Summary

The right to use is a personal servitude, which authorizes the holder to use the property within the limits of their needs. According to the Roman classification, it is personal servitude, together with the right of usufructus, free housing and use of the work of someone else's slave or animal. Formed in post-classical Roman law, with minor changes, the institute was absorbed into Serbian medieval law, and subsequently, in the mid-19th century, into the Civil Code of the Principality of Serbia. Servitude is also recognized in the law of the Republic of Serbia. The dilemmas concerning the scope of rights – whether the holder acquires fruits or can transfer the right to another – gave headaches to both Roman jurists and jurists today. An interpretation by the Commercial Court of Appeal, regarding a question about the abovementioned controversies, posed by a lower court, has highlighted the problems regarding the institute.

Key words: *Roman law. – Austrian Civil Code (ABGB). – Serbian Civil Code (SGZ). – Personal Servitudes. – Right to use (usus).*

Article history:

Received: 1. 10. 2022.

Accepted: 30. 11. 2022.

/ПОЛЕМИКА

УДК 37.014.523:271.2

CERIF: H 160

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_23106A

Др Томас БРЕМЕР*

ЦРКВЕНИ ПРИСТАНАК ЗА НАСТАВНИКЕ ТЕОЛОГИЈЕ – РАЗМИШЉАЊА СА СТРАНЕ

Досадашња дискусија о потреби црквеног благослова за универзитетске наставнике теологије у Србији указала је на правне елементе и проблеме тог питања. Међутим, постоји и теолошка димензија која је повезана са саморазумевањем теологије као науке: кад се теологија разуме као наука, онда за њу, у епистемолошком и теоријском смислу, важе исти услови као и за било коју другу грану науке, што не искључује посебну улогу цркве. И друге науке функционишу у одређеним друштвеним и политичким контекстима и у одређеној мери су зависне од њих. Улога теологије, према томе, није тако изузетна. Право је сваке цркве да очува своју теолошку традицију, али је отворено питање како се то најбоље постиже. У интересу је теологије, али и саме цркве, да се контрола над теологијом препушта највише научном дискурсу.

Кључне речи: *Теологија. – Црквени пристанак. – Благослов. – Нихил обстат. – Богословски факултети.*

* Професор емеритус, Ökumenisches Institut, Katholisch-Theologische Fakultät der Universität Münster, Немачка, th.bremer@uni-muenster.de.

1. УВОД

Ретко се дешавало да кадровска решења у академском свету изазову толико јавно узбуђење као што је то био случај последњих година с одлукама којима је било отпуштено неколико професора са Православног богословског факултета (ПБФ) Универзитета у Београду (УБ). Реаговали су црквени, а посебно светски медији и расправљали о томе колико Српска православна црква (СПЦ) треба да утиче на састав и рад тог факултета. И на страницама овог часописа се развила дискусија о том питању (Ракитић 2022; Вукомановић 2022). Изгледа да је у међувремену пронађено законско решење. Међутим, Вукомановић (2022) указује на правне проблеме који су повезани с тим решењем. Према томе, није искључено да садашња ситуација није последња реч у одговору на питање како треба да изгледа троугао УБ – СПЦ – ПБФ.

Хтео бих овим текстом да укажем на неке елементе који су, како ми се чини, били пренебрегнути у досадашњој дискусији. Будући да нисам правник него теолог, не намеравам да се бавим правним аспектом овог питања него аспекта саморазумевања теологије па и цркве. Пошто нисам православни него римокатолички теолог, не намеравам да разматрам конкретан случај ПБФ него ћу се ограничити на елементе који су заједнички свим црквама. Католичка црква има свој начин поступања, посебно у случајевима у којима је склопила конкордат с дотичном државом.¹ Али проблем је исти за било коју цркву: какав је однос између теолошке науке и цркве? Како се обликују идентитет и реалност неке цркве у односу на њену теологију? Тај динамичан однос је предмет и правног и теолошког размишљања, а он собом носи и цео низ епистемолошких и теоријских питања. Он претпоставља професионалну теологију, онакву каква она данас преовлађује у Европи. Ваљало би размишљати и о односу професионалних и натпрофесионалних теолошких факултета или о ставу цркава према тим факултетима који постоје нарочито у Енглеској и у Северној Америци, али то је већ друга тема.

¹ О немачком поступку види моју кратку скицу: <https://teologija.net/teologija-i-crkva-pogled-iz-druge-perspektive/>.

2. СВРХА ЦРКВЕНЕ КОНТРОЛЕ

Ракитић (2022) у свом чланку приказује историјско порекло идеје црквеног пристанка на избор професора. Аутор се концентрисао на западну традицију, с обзиром на то да су универзитети (у модерном смислу) настали у Западној Европи. Та историјска перспектива може да буде веома корисна. Она нам, наиме, показује да први циљ црквене контроле оних који предају теологију није била чистоћа, дакле исправност учења, него квалитет академског предавања. Мада су оба та аспекта повезана, она нису иста. Цркви је теологија била превише драгоцене и важна како би могла да допусти да се предаје на неадекватном нивоу. Модерних научних стандарда тада није било, тако да се црква бринула о томе како су предавачи испуњавали своју обавезу. То се види и по томе што се радило о *предавању* теологије, не о публикацијама. Тек касније се догодило да се црквени пристанак односи и на садржај онога што је био предмет теолошке наставе, а посебно на садржај теолошког истраживања које је по својој нарави било много више у центру јавне пажње.

Црквена контрола се тада повезала са цензуром, дакле са контролом онога што је било написано, а постала је важнија кад се појавила могућност штампања књига. Католичка црква је касније развила ту своју контролну функцију скоро до савршенства, укључујући састављање списка књига које католици нису смели ни да поседују а камоли да читају, чувени *Index librorum prohibitorum* (Индекс забрањених књига). У православљу, међутим, таквог покушаја потпуне контроле (који ни у Католичкој цркви није успео) никад није било. У Русији је постојала државна цензура која је (због тесне повезаности цркве и државе) цензурисала и неподобне теолошке текстове, али православне цркве као такве никад нису изградиле систем контроле теолошких мисли сличан католичком. И треба нагласити да су се у историји цркве разлике у разумевању учења решавале углавном теолошком расправом, дакле научним дискурсом који је временом оставио по страни становишта која нису била убедљива. А кад је било потребно, саборским одлукама је дефинисано шта је у складу с црквеном традицијом, а шта није. У античко доба таква одлука се звала „граница“ (гр. *ὄρος*, *хорос*, лат. *finis* – отуд де-фини-ција), тим одлукама се, дакле, разграничавало исправно од погрешног, то јест право учење од јереси.

Али кад посматрамо све то, треба имати на уму да је овде реч о контроли цркве над својим учењем, а (још) не о контроли појединих теолога који су били у тако дефинисаним границама. Због тога је ограничење њихове делатности (укључујући и наставу) проблематично питање јер човек који није проглашен за јеретика се, према томе, налази у оквирима

цркве и њеног учења. Забрана предавања се, дакле, мора односити на нешто друго, а не на његове теолошке ставове. Рекосмо, на почетку је то био инструмент очувања квалитета наставе, а не контроле тога да ли је оно што одређени предавач каже својим студентима у сагласју с оним што је надлежни црквени ауторитет сматрао исправним. Према томе, ваља размислити какав је значај те средњовековне западне праксе за данашњу ситуацију (било које цркве).

3. *NIHIL OBSTAT* И БЛАГОСЛОВ

У католичкој традицији се данас за црквени пристанак користи термин *nihil obstat* , ништа не спречава (да један кандидат буде професор теологије), док се у православној традицији уобичајено говори о „благослову“ који дотични мора да добије од цркве. Занимљиво је да се тим различитим терминима наглашавају различити садржаји. Благослов је црквена радња којом се Бог моли да некоме да благодат, а *nihil obstat* је правни термин који има своју основу у договорима између цркве и државе. Идеја благослова подразумева да се на његовог приматеља призива Божји благослов, дакле да се њему жели нешто што је изнад моћи онога ко га даје. Већ је према томе сама идеја повлачења благослова (у том смислу) проблематична јер импликује да давалац благослова има неку моћ над Божјим радњама. Уколико је реч о пристанку који се изражава тиме што се особа препоручује Богу, онда би логична последица повлачења благослова била да се његов давалац дистанцира од своје претходне радње (и да моли Бога да уради то исто). *Nihil obstat* , с друге стране, део је једног уговора и када се једна страна тог уговора држи тамо предвиђених начела, онда и друга мора адекватно да реагује. Другим речима: кад католички бискуп договореним путем повуче *nihil obstat* , онда је и држава обавезна да поступи на одговарајући начин, то јест да сходно томе искључи дотичног из наставе теологије на универзитету. У многим земљама то нема кобне последице за тог наставника јер остаје професор (и задржава своје припадности), само што више не може да предаје и испитује теолошке предмете. Тиме је и осигурано да се повлачење црквеног пристанка не може користити као казна која би угрозила егзистенцију тог предавача.

Према том разумевању, изгледа да је благослов замишљен као нешто трајно, барем у смислу да је неповратан. Он је израз лојалности црквених власти према кандидату који је и сâм показао своју лојалност према цркви и теологији. У принципу, реч је о трајној лојалности, према претходно реченом. Међутим, људи се мењају током својих живота,

а црквени пристанак се може односити само на одређени тренутак. Он је, дакле, израз неке наде, неког поверења у то да ће се тај професор (који ће се развијати током свог живота као свако живо биће) развити у смеру који је користан и плодноносан за теологију, а тиме и за цркву. Гаранције за то никад нема. *Nihil obstat* је у том смислу на неки начин искренији јер укључује могућност „погрешног“ (у смислу црквене контроле) развоја и одговарајуће реакције црквеног ауторитета – повлачења *nihil obstat*-а. А благослов је више израз поверења за које се може претпоставити да је доживотно. Тиме што се даје благослов, кандидат се препоручује за рад у теолошкој науци јер се верује да ће испунити наду која је положена у њега. А та нада подразумева и слободу интелектуалног развоја. Таква слобода је историјски омогућавала напредак теолошког мишљења, посебно превазилажење погрешних схватања и јереси. Примера ради, да није било теолога који су мислили другачије од (тада превладавајуће) норме, не бисмо данас имали иконе у храмовима. Данас нисмо у сличној ситуацији као у време иконоборства, али теологија мора да има могућност кретања и необичним стазама.

Писцу ових редова је познато да се благослов данас у православљу користи фактички, у правном смислу, као нека дозвола за нешто („мој духовник ми је дао благослов да идем на тај пут“). Али то је сужавање правог смисла благослова, који је много шири од једноставне дозволе. Благослов може дати свако свештено лице, па и лаик (за то има много примера, као у контексту свадбе или крсне славе). Благослов у смислу дозволе за теолошку наставу, међутим, у случају ПБФ, не даје чак ни епископ, него Синод, дакле руководеће тело СПЦ. Тиме се жели јамчити да одлука буде саборна, а не решење једног појединца. Међутим, остаје отворено питање ко може да дâ коначан суд о исправности црквеног учења. Сигурно црква као таква, али кад се то своди на групу људи или чак на једну особу (као у католичкој цркви), онда то постаје компликованије.

Један важан елемент је, дакле, то што се благослов у принципу односи на човека, на појединца, а не на то шта тај појединац мисли или верује. Благослов служи побољшању стања човека (које је свима нама увек потребно), он садржи жељу за његовом добробити, а не одобравање неке његове црте или карактеристике, као што је оно што он предаје студентима или пише у својим публикацијама.

Према томе видимо да терминологија пристанка цркве није јасна него оставља простор за тумачење. Будући да је то црквено-државни однос, било би пожељно да се што прецизније регулише процедура, а то подразумева и ингеренције обе стране. Држава, конкретније универзитет,

има обавезу да изабере најбољег кандидата за свако радно место, и то треба да буде једини циљ. Обавеза цркве је, пак, друкчије природе: она нема задатак да брине о квалитету кандидата него да очува теолошку традицију. Нажалост, ти процеси ни у једној цркви нису транспарентни. У интересу је теологије, па и цркве, да се кандидату за професорско место даје информација о поступку, као и могућност жалбе.

Речено се односи на теолошку наставу у случајевима у којима је склопљен договор, тако да постоји законска основа између државе и цркве о положају теологије у јавним (државним) наставним институцијама. Осим њих, функционишу још и бројне црквене установе. У њима нема потребе за договором с државом јер она нема надлежности. С правног аспекта, црква може у својим установама да поступа како год жели, да запошљава или отпушта наставнике, да уводи наставне планове или нове предмете или да поништава досадашње. Али постоји теолошко, а у неком погледу и морално питање да ли црква заиста може да поступа произвољно. Чини ми се да ту постоје границе, а историја цркве и теологије показује да је важно да се оне поштују. То, нажалост, није увек био случај; многи чувени и важни теолози били су подвргнути дисциплинарним мерама због својих погледа, мада су касније били рехабилитовани.

4. НАУЧНА СЛОБОДА И ЊЕНА ОГРАНИЧЕЊА

Теологија није једина наука поред које стоји друштвена институција која не само што примењује њене резултате него и, на одређени начин, одређује или макар утиче на теме, предмете научних истраживања. Правна наука, на пример, не ради у вакууму него у контексту конкретне државе, с конкретним законима, а они су (односно начела на којима почивају) предмет правног научног размишљања. Закони се могу одлуком законодавца мењати и различити су у разним земљама. Шта би било с европским професором права који би, на пример, заступао идеју да поново треба увести смртну казну или мучење осуђеника? Био би изолован у својој струци, колеге би га сматрале чудаком и расправљале би с њим у академским публикацијама и дискусијама, уколико би их било. У том случају не постоји никаква институција која контролише налазе и правац истраживања науке него то чини друштво (које се одлучило против смртне казне и мучења) односно законодавац. Други пример: за неколико година, индустрија више неће производити аутомобиле који за погон користе фосилна горива. То је друштвено-политичко решење. Професор машинског факултета који би радио на побољшању рада досадашњих мотора (са унутрашњим сагоревањем)

не би био избачен са факултета због тога, али би му друштво на неки начин одредило правац рада. Кад би он наставио својим смером истраживања, факултет би му вероватно ускратио средства за истраживачке пројекте, не би му више давао новац да иде на научне конгресе итд., како би показао: ово није правац којим ми као друштво желимо да идемо. Дакле, друштво односно држава има своје механизме којима утиче на поља истраживања у академској средини, а да тиме ипак не повреди аутономију универзитета.

Али ко контролише професоре у осталим наукама, на пример, у хуманистичким наукама, историји, књижевности, филологији и другим? Нико их не контролише формално, у смислу да постоји институција која може да одреди шта је подобно и шта није. Али та контрола је инхерентна науци као систему самоконтрола. Наука постоји само због научног дискурса који унапређује наша знања и спознају одређене области. Научне тезе се потврђују (*verification*) или оповргавају (*falsification*) у том дискурсу. То је процес који може дуго да траје, али који је неопходан за постојање науке. Због тога су неслагање са ставовима других, јавно супротстављање тим ставовима и самостална промена сопствених налаза неопходни елементи научног прогреса. За неупућене то делује понекад као слабост и мана, али само тај систем самоконтроле омогућава напредак и даље спознаје. То су показале дискусије о пандемији у последње три године; ретко да је научна дискусија (а камоли из области као што су вирологија и епидемиологија) била толико у центру јавне пажње. То је изазвало забуне многих људи који нису свесни тог приступа науке. Они су очекивали готове одговоре, какве наука, срећом, често и може да пружи, а добили су научни дискурс који им није дао путоказ коју су желели.

Тај принцип важи и за теологију. Кад у теологији не би било напретка и промене, нових сазнања и открића, она не би имала место на универзитету него би се могла научити, као што се нешто учи у школи. Али она се разуме као научна грана, што значи да сваки њен резултат може, средствима разума, свако заинтересован да репродукује – и да тим путем дође до истог резултата. Човек који је разуман (и који је стекао нека предзнања) може да разуме или да образложено одбије резултате теолошког размишљања и истраживања. Услов за то је, наравно, да прихвати тезу о постојању више реалности, Бога, која се као таква не да доказати него је аксиом, али чак и неверник може да разуме структуре теолошког размишљања и да резултате прихвата или одбија – само што су они за њега без религиозног значаја. Али теологија није једина наука која полази од аксиома; и друге имају своје, на пример, медицина, која није „неутрална“ него је њен циљ да служи здрављу

човека, или опет право које жели да постигне што праведније друштво. Према томе, теологија се као наука разликује од осталих само својим предметом, док су методе (у епистемолошком смислу, не у практичном раду) исте.

5. ЦРКВА И ОЧУВАЊЕ ТРАДИЦИЈЕ

Како онда црква може да очува своју теологију? За размишљање о том питању треба да се размишља и о појму традиција, предање. Црква чува традицију – али и традиција је нешто живо. Предање значи проследити иску, ватру, а не хладан пепео, дакле чувати оно што је живо, промењиво. Историја цркве је пуна примера који показују тај живи развој црквеног научавања. Али ту се црква налази на осетљивом путу на којему прети опасност произвољности, с једне стране, и доктринаризма, с друге стране. Разумљиво је да не може свако прогласити било шта као учење своје цркве – то би било произвољно и убрзо не би било јасно шта је суштина вере. Али лек против тога је жива дискусија у теологији којом се кристалише доминантно мишљење – понекад и више од једног; у свим хришћанским црквама о одређеним питањима постоји неколико теолошких ставова који се сматрају ваљаним. Улога цркве се може упоредити с улогом насипа дуж велике реке. Најбоље би било да насип никад не мора да се користи. Он је ту за сваки случај, али док се река налази у оквирима насипа са обе стране, не постоји проблем. А доктринаризам је чврсто инсистирање на непроменљивости чак и формулације црквеног учења, што означава неисторијски приступ према питању предања. Такав став се у протестантизму звао „фундаментализам“, а касније се тај појам користио и за друге вероисповести, посебно за ислам.

Црква, дакле, има осетљив задатак да врши своју функцију надзора над теологијом најбоље тако што је уопште не врши, то јест да не интервенише иако има право на то. Црквено учење се не чува „чистим“ забранама него дискурсом, као што то бива и с другим хуманистичким наукама. Црква је везана својом традицијом. Јасно је да је традиција проблематичан термин, који треба објаснити и тумачити. Због тога објашњење захтева и та повезаност, дакле однос цркве према традицији. Овде се може само напоменути да у том питању постоје конфесионалне разлике, с тим што православне цркве, као и Католичка, имају тенденцију да поистовећују цркву с традицијом. Према томе, традиција није нешто шта црква поседује него је (као што каже и реч „предање“) она у исто време и процес преношења – предаје из једне

генерације у другу. Дакле, то је историјски процес који подлеже, као и све у историји, променама и развоју. Јасно је да је то компликовано и динамично догађање, о којем овде не можемо детаљно да дискутујемо.

6. ДРУГА ПОЉА ЦРКВЕНОГ УТИЦАЈА НА ТЕОЛОГИЈУ

Питање је да ли црква треба да има још неке ингеренције према теолошким факултетима, осим давања сагласности приликом запошљавања нових наставника. Важан елемент је структура наставног плана, то јест колико часова има сваки предмет, и који предмети се уопште предају. Ту постоје професионалне традиције; тако су код протестаната библијске науке знатно важније него код других, патрологија има виши статус код православца итд. У земљама на чијим универзитетима постоје неконфесионалне теолошке студије, као у Енглеској или Северној Америци, цркве углавном имају додатне студије за свој кадар или их одмах шаљу (посебно будуће свештенике) у црквене установе. То показује важност тих традиција. Кад професионални факултети делују у оквиру светских универзитета, цркве су углавном резервисале себи право да утичу на наставни план. Међутим, то се односи на структуру, али не и на садржај теолошке наставе.

Друго занимљиво питање је избор студената. Да ли државни универзитет може од студента да тражи, осим прописаних докумената (матура, пријемни испит), и додатне услове, на пример припадност одређеној цркви или писмено мишљење свештеног лица? Ако студент жели да се упозна с професионалном теолошком културом а није члан те конфесије, требало би да има ту могућност на универзитету. Универзитет је јавна установа која се финансира порезима свих грађана; према томе, не постоји разлог да студије буду отворене само за студенте који испуњавају додатне услове. Писац ових редова је пре више од 40 година похађао предавања на ПБФ који је тада још био у власништву СПЦ. Није био званично уписан (јер би то било проблематично за стипендисту СФРЈ), али је био врло задовољан што је постојала та могућност која му је дала шансу да студира оно што је хтео. Исто тако, студенти и докторанди СПЦ су, с благословом црквених ауторитета, били на католичким и протестантским факултетима у иностранству и много њих је стекло научне титуле, што је допринело развоју и напретку теологије у Србији.

И овде пример из друге науке може да буде од користи: да ли би се на медицински факултет могао уписати човек који је положио све потребне испите, али који каже да не верује у школску медицину

него у натприродне снаге и да намерава да се касније у животу бави врачарењем и исцељивањем људи помоћу магије? Требало би да може. Ако буде наставио са својим плановима, он ће касније наићи на велике потешкоће и препреке. Али није задатак универзитета да то спречи. Професори ће покушати све да му докажу исправност својих медицинских достигнућа, али и ако остане при своме, може да остане на факултету уколико испуњава све обавезе, то јест полаже све испите. Слично би било са студентом теологије који не припада дотичној цркви али који жели да студира њену теологију. Зашто му се то не би омогућило? Према томе, не види се разлог да црква има утицај на избор студената теолошких факултета.

7. ЗАКЉУЧАК

Право је сваке верске заједнице да одреди целокупан свој унутрашњи и спољни живот, укључујући своје форме богослужења, своје начине одлучивања и садржаје своје вере. Али ниједна верска заједница не стоји изван неколико контекста – свака се налази у одређеном времену, на одређеном месту и у контакту је са људима исте или друге (или никакве) вере. То значи да не постоји верска заједница која не подлеже променама, као и све друго у историји. Међутим, посебност вере је у томе што захтева да постоји и нешто непроменљиво, нешто трајно у њој. Задатак је верске заједнице да то идентификује, а онда може мирно да допусти промене и разлике у свему осталом. Историја свих теологија, не само хришћанских, показује да то уопште није лако ни тривијално.

Црквени пристанак као предуслов за предавање на теолошким факултетима једна је (од више) конкретизација тог проблема. Кад се црква, као што то у многим црквама бива, разуме као организам који се састоји од људског и од натприродног, онда је разумљиво зашто тај процес собом може да носи толико проблема. Кад се, међутим, сва та питања непристрасно посматрају и када се онај натприродни фактор узме озбиљно, постаје јасно да црква не би требало да се боји овог или оног теолошког правца. За вернике, историја је показала да на крају и црква и теологија остају у принципу на исправном путу, без обзира на странпутице којима су морале да иду и које су ваљда увек неопходне.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Вукомановић, Милан. 2/2022. *Nihil obstat* – средњовековне стран-путице виског образовања у Србији. *Анали Правног факултета у Београду* 70: 571–585.
- [2] Ракитић, Душан С. 1/2022. О пореклу благослова за избор професора богословских факултета – национални и упоредни план. *Анали Правног факултета у Београду* 70: 313–341.

Thomas BREMER, PhD

Professor emeritus, Ökumenisches Institut, Katholisch-Theologische Fakultät der Universität Münster, Germany

CHURCH CONSENT FOR THEOLOGY PROFESSORS – AN EXTERNAL PERSPECTIVE

Summary

The past discussion on the necessity of church blessing for university theology instructors in Serbia has highlighted the legal elements and problems related to this issue. However, there is a theological dimension that is linked to the self-understanding of theology as a scholarly discipline: when theology is understood as a scholarly discipline, the same epistemological and theoretical conditions apply to it as to any other discipline – which does not exclude a special role of the church. Other scholarly disciplines also function in certain social and political contexts and are dependent on them to a certain extent. The role of theology is therefore not that exceptional. It is the right of every church to preserve its theological tradition, but the question remains open how this is best achieved. It is in the interest of theology, as well as of the church itself, to cede control over theology mostly to the scholarly discourse.

Key words: *Theology. – Church consent. – Blessing. – Nihil obstat. – Faculties of theology.*

Article history:
Received: 4. 1. 2023.
Accepted: 3. 3. 2023.

/ПОВОДИ

УДК 378.6:34(497.1)(091)

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_23107A

Др Дејан ПОПОВИЋ*

Др Зоран С. МИРКОВИЋ**

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ КАО ALMA MATER: ПОВОДОМ ДВЕ ПЕДЕСЕТОГОДИШЊИЦЕ

I

Правни Факултет Универзитета Црне Горе у Подгорици је на свечаности одржаној 22. децембра прошле 2022. године прославио педесет година постојања. Колеге из Подгорице су представницима Правног факултета Универзитета у Београду дали значајно и видљиво место на овој свечаности. Ово је прилика да се подсетимо улоге Правног факултета у Београду као институције и његових професора у настајању подгоричког Правног факултета.

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

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

Све је почело још крајем 1968. године. На IV седници Факултетског већа одржаној 13. децембра 1968. године декан проф. Павле Димитријевић је обавестио Веће да се Секретаријат за образовање, културу и науку Социјалистичке Републике Црне Горе (класичним речником речено: Министарство за образовање, културу и науку) обратио с молбом да се оснује Центар за ванредне студије у Титограду. Тој молби се придружила и Скупштина општине Титоград и тамошњи Раднички универзитет „Милун Божовић“. Ова молба је била проучена и први контакти су били обављени. Факултет је упознат са потребом за оснивање овог центра, јер је предстојао упис око 200 ванредних студената. Понуду је био учинио и Правни факултет у Сплиту, али „представници одређених установа сматрали су за потребно да се прво обрате Правном факултету у Београду, с обзиром на то да у Титограду постоје два факултета који су саставни део Београдског универзитета“. Факултетско веће је дало начелну сагласност за оснивање Центра за ванредне студије у Титограду и наложило Комисији за сарадњу са привредом и друштвеним службама да спроведе ово у дело.

Комисија је то у наредним месецима и учинила и поднела Факултетском већу извештај 13. октобра 1969. године¹. У Извештају се најпре помиње да је утврђено интересовање свршених матураната у Црној Гори за овакве студије. Потом, да су успостављени контакти и вођени разговори са низом установа и органа у Црној Гори о начину и форми помоћи при овом организовању. Наводи се да су вођени разговори са Радничким универзитетом који је требао да преузме на себе техничке послове у вези са радом центра.

Комисија је предложила начин организације наставе. На свим предметима прве године, осим предвојничке обуке, одржало би се по 40 часова, што би чинило укупно 200 часова. У октобру и новембру 1969. би се одржало 80, а у априлу и мају 1970. године 120 часова. Испити би се одржали, у складу са Статутом Правног факултета у Београду, у јунском, септембарском и октобарском року. Потом су изложени финансијски детаљи. Центар би се издржавао од годишњих „доприноса сваког појединог студента у износу од 1.200 динара годишње“. Од 150.000 динара укупних трошкова, 100.000 динара би припало Правном факултету за организацију наставе и испита, хонораре наставницима, путне трошкове и друго, а 50.000 динара за организацију Рад-

¹ Грешком на документу је записана 1961. година, али из свега што је у документу забележено јасно је да се ради о 1969. години.

ничком универзитету, са којим би се склопио уговор на годину дана. Посебно се напомиње да је износ студентске „партиципације“ од 1.200 динара „прихваћен као веома умерен од свих, а посебно од самих заинтересованих кандидата“.

Комисија је предложила да центар води колегијум од два наставника и једног радника Секретаријата који би били Управа центра.

На крају Комисија наглашава да су се стекли сви услови да Центар „отпочне са радом већ ове јесени“. Извештај је потписао председник Комисије за сарадњу са привредом и друштвеним службама др Владан Станковић.²

Факултетско веће је на својој седници одржаној 15. октобра 1969. године прихватило предлоге Комисије за сарадњу са привредом и друштвеним службама. Такође, одредило је у Управу центра за ванредне студије у Титограду проф. Павла Димитријевића, проф. Јелену Даниловић и Танасија Јанићијевића. Они су се имали старати о функционисању Центра и спровођењу одлука Факултетског већа и других органа у вези са овим радом.³ Факултетски савет је на седници од 23. октобра 1969. године једногласно донео Одлуку о давању сагласности на Одлуку Факултетског већа о оснивању Центра за ванредне студије у Титограду.⁴

Центар је радио школске 1969/70. и 1970/71. године. Факултетско веће је 29. јуна 1971. године донело одлуку о накнади управнику, члану управе, секретару Центра за ванредне студије у Титограду и другим службеницима Факултета за рад у том центру.⁵ Факултетско веће је 27. септембра 1971. године једногласно прихватило предлог да се, на основу писма Извршног вијећа СР Црне Горе у коме је замолило „Правни факултет у Београду да помогне да Центар за ванредне студије у Титограду ради још и ове године, с тим што би они за следећу школску годину предузели мере ради отварања правног факултета у Титограду“. Управник Центра проф. Павле Димитријевић „је навео да 300 канди-

² АПФ, *Извештај Комисије за сарадњу са привредом и друштвеним службама од 13. октобра 1969. године*, 1–2; *Извод из записника са IV седнице Факултетског већа од 13. децембра 1968. године*.

³ АПФ, *Записник са седнице Факултетског већа од 15. октобра 1969. године*, 5–6.

⁴ АПФ, *Записник са седнице Факултетског савета од 23. октобра 1969. године*.

⁵ АПФ, *Записник са седнице Факултетског већа од 29. јуна 1971. године*, 12–13.

дата чека упис и траже да се настави рад у Центру у Титограду“.⁶ Тако се ушло и у трећу школску 1971/72, како ће се испоставити последњу годину постојања Центра.⁷

Факултетско веће је на седници од 15. маја 1972. године имало као десету тачку дневног реда „Престанак наставе у Центру за ванредне студије у Титограду“. Управник Центра проф. П. Димитријевић је обрзложио писмени предлог Управе Центра о престанку одржавања наставе у Титограду, крајем те школске године. Управа је учинила овај предлог „због тога што је Републичко извршно веће СР Црне Горе донело одлуку о отварању Правног факултета у Титограду, са правом уписа студената I и II године“. Факултетско веће је једногласно прихватило „предлог Управе Центра за ванредне студије у Титограду о престанку одржавања наставе са 30. IX 1972. године“.⁸ Тако је престао да постоји Центар за ванредне студије Правног факултета у Београду са седиштем у Титограду, након три школске године, 1969/70, 1970/71. и 1971/72.

Законом који је донела Скупштина СР Црне Горе 25. маја 1972. године основан је Правни факултет у Титограду као наставно-научна и образовна установа у којој се организује и развија образовни и научно-истраживачки рад у области правних и њима сродних друштвених наука. Том приликом је истакнуто да се „оснивање ове високошколске Установе намеће као неопходно са становиштва укупних друштвених потреба Републике“.

Поред Центра за ванредне студије који је омогућио да из њега настане нови Факултет, професори Правног факултета у Београду дали су велики и немерљив допринос овом настанку. Од седам чланова Матичне комисије коју је формирало маја месеца исте године Извршно вијеће СР Црне Горе, четворица су били професори Правног факултета у Београду: Милан Милутиновић, председник Матичне комисије и чланови декан проф. Никола Стјепановић и професори Павле Димитријевић и Војислав Бакић. Од четворице првих наставника, које је изабрала Матична комисија, двојица су била ранији професори Правног факултета у Београду: Никола Срзентић и Бранислав Недељковић, који су изабрани

⁶ АПФ, Записник са седнице Факултетског већа од 27. септембра 1971. године.

⁷ Видети АПФ, Записник са седнице Центра за ванредне студије у Титограду одржане 4. фебруара 1972. године.

⁸ АПФ, Записник са седнице Факултетског већа од 15. маја 1972. године, 9.

за редовне професоре. Први декан новооснованог Правног факултета у Титограду постао је професор Срзентић. Настава за прву и другу годину студија је почела октобра 1972. године.⁹

О оснивању Правног факултета у Титограду у Аналима Правног факултета у Београду скромно и непретенциозно је забележено: „У току школске 1971/72. године Правни факултет је указао помоћ, и преко својих органа и појединаца, при образовању Правног факултета у Титограду.“¹⁰

II

Правни Факултет у Крагујевцу је 7. октобра 2022. године обележио 50 година постојања правних студија у том граду. Свечаност је била повод да се сетимо тих почетака.

Факултетско веће је, на седници од 26. јуна 1972. године, под тачком IX и IXа расправљало о отварању одељења у Крагујевцу и именовану управника тог одељења. Најпре је продекан проф. Радомир Ђуровић поднео извештај о предузетим мерама за отварање одељења у Крагујевцу. Потом је уследила дискусија у којој су учествовали професори Н. Стјепановић, В. Бакић, И. Максимовић, Ј. Даниловић, В. Симовић, В. Брајић, Д. Кавран, А. Ваџић, Д. Шошкић, В. Рајовић и Р. Ђуровић. На крају је Факултетско веће донело одлуку да предложи отварање Одељења београдског Правног факултета у Крагујевцу и именовало за управника тог Одељења др Живомира Ђорђевића, ванредног професора Правног факултета у Београду.¹¹

Факултетски савет је о овоме расправљао на седници од 29. јуна 1972. године. На почетку је продекан Р. Ђуровић (и председник Комисије за финансијска питања) упознао чланове Савета са предлогом Скупштине општине Крагујевац да Правни факултет у Београду отвори своје одељење у Крагујевцу. Вођени су разговори са представницима Скупштине општине Крагујевац, разгледане су будуће радне просторије и констатовано да постоје услови за нормалан рад. Према нацрту уговора,

⁹ *Правни факултет 35 година. 1972–2007 (на сигурном путу)*, Подгорица 2007, 34–36.

¹⁰ АПФ, *Извештај о раду Факултета у школским годинама 1971/72. и 1972/73.* Београд фебруар 1974, 7.

¹¹ АПФ, *Записник са седнице Факултетског већа од 26. јуна 1972. године*, 7–9.

Скупштина општине Крагујевац је требало да стави Правном факултету у Београду на располагање око 90 милиона старих динара за „ову календарску годину за потребе овог одељења“.

После овог образложења и дискусије у којој је учествовао декан и неколико чланова Савета, Факултетски савет је донео Одлуку о оснивању Одељења београдског Правног факултета у Крагујевцу. Члан 1: „Оснива се Одељење Београдског Правног факултета у Крагујевцу.“ Одељење је имало статус основне организације удрушеног рада без својства правног лица у оквиру Правног факултета у Београду (чл. 2). Члан 3 је прописао да Одељењем руководи управник кога именује Веће Правног факултета у Београду из реда наставника. Управник је имао наредбодавна права у границама овлашћења „која на њега пренесе декан“. Узајамна права и обавезе, а нарочито материјални услови и финансијска средства за најмање пет школских година били би регулисани уговором између Правног факултета у Београду и Скупштине општине Крагујевац (чл. 4). До конституисања органа управљања Одељења, органи управљања Правног факултета у Београду доносили би све одлуке које се односе на организацију и рад Одељења (чл. 5). Чланом шест овлашћено је Факултетско веће да даје објашњења и упутства за примену и спровођење ове одлуке. Према одредби члана седам, ова одлука је имала да важи од дана потписивања уговора из члана четири, а ступала је на снагу даном потврде од стране Скупштине СР Србије.

Након усвајања Одлуке, декан је предложио да се у дневни ред уврсти посебна тачка „Доношење одлуке о броју студената за упис у прву годину студија Одељења у Крагујевцу у школској 1972/73. години“. Ово је било усвојено и након дискусије Факултетски савет је донео поменути Одлуку. Члан 1 прописао је да се на Одељење београдског Правног факултета у Крагујевцу „може уписати до 200 редовних и неограничен број ванредних студената“. Услове уписа и начин избора кандидата имао је одредити Савет Факултета конкурсом (чл. 2). Члан 3 је предвидео да текст конкурс за Одељење у Крагујевцу буде исто као за Правни факултет у Београду.

Факултетски савет је расписао конкурс за пријем студената „на Правни факултет у Београду – за Одељење у Крагујевцу у прву годину студија школске 1972/73. године“. Предвиђено је да се упише до 200 редовних студената. Одабир кандидата би се вршио према успеху у гимназији „и то тако што би се најпре примили кандидати који су гимназију завршили са одличним и врлодобрим успехом, с тим што би се за школску 1972/73. годину узео у обзир и успех на завршном

испиту (матури), с обзиром на промењени систем полагања и садржини матурског испита у гимназији“. Пријем кандидата имао се вршити по следећем реду:

- „1. Добитници Вукове или њој по рангу равне дипломе;
2. кандидати који имају одличан успех у најмање три сведочанства било ког разреда гимназије или завршног испита;
3. кандидати који имају одличан успех у два сведочанства било ког разреда гимназије или завршног испита и најмање један врлодобар успех;
4. кандидати који имају одличан успех у једном сведочанству било ког разреда гимназије или завршног испита и најмање два врлодобра;
5. кандидати који имају одличан успех у сведочанству о завршном испиту и четвртном разреду гимназије;
6. кандидати који су завршили Вишу војну академију;
7. кандидати који су завршили други факултет;
8. кандидати који имају врлодобар успех у свих пет сведочанстава гимназије;
9. кандидати који имају врлодобар успех у најмање три сведочанства гимназије;
10. кандидати који имају врлодобар успех у најмање два сведочанства гимназије;
11. кандидати који имају врлодобар успех на завршном испиту и четвртном разреду гимназије;
12. кандидати који су положили пријемни испит кандидата без прописане школске спреме на овом Факултету.“

Уколико број од 200 не би био попуњен из категорије одличних и врлодобрих кандидата, то би било учињено „из групе свих осталих кандидата, тј. оних који су гимназију завршили са добрим и довољним успехом и то према просеку оцена свих предмета из сведочанстава до четвртог разреда гимназије и сведочанства завршног испита“.

Одељење београдског Правног факултета у Крагујевцу примало је те школске 1972/73. године неограничен број ванредних студената: 1) кандидате који су завршили гимназију са завршним испитом; 2) кандидате који су дипломирали на другом факултету; 3) кандидате који

су завршили Вишу војну академију, и 4) кандидате који су положили пријемни испит за кандидате без прописане школске спреме за упис на Правни факултет. Кандидат који је желео да буде примљен за ванредног студента требало је да буде у радном односу или да буде пријављен Заводу за запошљавање или да из оправданог разлога не може да студира као редован студент (примера ради, болест дужег трајања, упоредно студирање и слично). По завршетку прве године студија могао се ванредни студент, ако жели, уписати у другу годину студија као редовни студент.¹²

Скупштина СР Србије је 14. јула 1972. године донела Одлуку о потврди Одлуке о оснивању Одељења Правног факултета у Београду, са седиштем у Крагујевцу.¹³

Коначно, Правни факултет у Београду и Општина Крагујевац су закључили уговор „о финансирању Одељења Правног факултета у Београду, са седиштем у Крагујевцу“ 26. јула 1972. године. Општина се обавезала да ће одмах „обезбедити средства за нормалан рад Одељења“, пре свега просторије за коришћење, „део зграде бивше Учитељске школе са потребним припадајућим просторијама у укупној површини од око 2.500 квадратних метара“, као и потребна финансијска средства за редовну делатност. Правни факултет у Београду се обавезао да ће благовремено да организује и редовно одржава наставу и испите на Одељењу.¹⁴

На основу „препоруче Универзитета у Београду којим се апелује на факултете да се прими већи број студената од конкурсом одређеног броја“, а после излагања управника Одељења у Крагујевцу проф. Ж. Ђорђевића, Факултетско веће је на седници 29. септембра 1972. године одлучило да се на првој години студија Одељења београдског Правног факултета у Крагујевцу „повећа број редовних студената од 200 на 280 редовних студената“. На истој седници Факултетског већа су донете још две одлуке везане за Одељење у Крагујевцу: прва, да ће ван-

¹² АПФ, *Записник са седнице Факултетског савета од 29. јуна 1972. године* (који је садржао „Одлуку о оснивању Одељења београдског Правног факултета у Крагујевцу“ и „Конкурс за пријем редовних и ванредних студената на Правни факултет у Београду – за Одељење у Крагујевцу у прву годину студија школске 1972/73 године“), 2–5.

¹³ АПФ, *Одлука о потврди Одлуке о оснивању Одељења Правног факултета у Београду, са седиштем у Крагујевцу Скупштине СР Србије од 14. јула 1972. године*.

¹⁴ *Правни факултет 1976–2016*, Крагујевац 2016, 27–28.

редни студенти допринос уплатити на жиро рачун Одељења и друга, о формирању комисије за пријем једног службеника за рад у Одељењу у Крагујевцу.¹⁵

Свечано отварање прве школске године на Одељењу београдског Правног факултета у Крагујевцу је одржано 23. октобра 1972. године. Колико је значај отварање Одељења имало за град Крагујевац сведочи и то да је уврштено у програм Октобарских свечаности.

О отварању Одељења у Крагујевцу у архиви матичног Правног факултета остао је траг у духу тадашњег сувопарног бирократског речника: „После низа дискусија и разматрања питања, а у заједници са Општином Крагујевац и уз сарадњу републичких органа, донета је одлука о образовању Одељења у Крагујевцу, као посебне организације удруженог рада у саставу Правног факултета у Београду. Исто тако обезбеђено је и извођење наставе на првој години студија, а перспективно и на наредним годинама.“¹⁶

Article history:

Received: 20. 12. 2022.

Accepted: 03. 02. 2023.

¹⁵ АПФ, *Записник са седнице Факултетског већа од 25. септембра 1972. године*, 8.

¹⁶ АПФ, *Извештај о раду Факултета у школским годинама 1971/72. и 1972/73*, 7.

/ПРИКАЗИ

Boris BEGOVIĆ, PhD*

Demarais, Agathe. 2022. *Backfire: How Sanctions Reshape the World Against U.S. Interests*. New York: Columbia University Press, 293.

'We can shut down the Turkish economy.'
US Secretary of the Treasury
Steven Mnuchin, October 2019.

After browsing just the book's front cover, the reader wonders: how on earth can US (economic) sanctions backfire? How it is possible that the most powerful nation in the world, a nation that complacent contemporary American political thought (Mandelbaum 2022) considers a hyperpower, has been wilfully introducing something that backfires and has reshaped the world against US interests? What are the hidden pitfalls of the US economic sanctions that have made them backfire? Why are the US decision-makers unable to spot these pitfalls? Or, perhaps, they can, and they already have, but they just do not care?

Agathe Demarais, the Global Forecasting Director of the *Economist Intelligence Unit*, boldly confronts this conundrum in an uncompromising manner, without evading a single relevant issue. At the very beginning of the book – in the Preface – the author spells out the reasons why the US government, both the executive and legislative branches of it, has been

* Professor (retired), University of Belgrade Faculty of Law, Serbia, begovic@ius.bg.ac.rs.

imposing economic sanctions against so many countries and so frequently in the past several decades. The first is that the sanctions are a quick way for the United States to demonstrate resolve and to punish what is considered unacceptable behaviour by some countries and their decision-makers. Although it is a good selling point for sanctions for the US public, demonstrating the nations' decisiveness on the international stage, these swift moves are usually hasty, without thorough and meticulous consideration of the direct and side effects, let alone that some side effects can be discovered only *ex-post*, but even then, the 'ripple' effects of sanctions remain understudied, as the author suggests.

There is no universal blueprint for 'good' sanctions, those that are efficient and with moderate adverse side effects. As the author demonstrates throughout the book using numerous case studies of US sanctions in recent history, each situation is specific: the countries against which sanctions are imposed and their economies are different, as are the political institutions, the aims of the sanctions differ (both those announced and those hidden), therefore there are no ready-made, off the shelf solutions for 'good' sanctions. Nonetheless, meticulous consideration takes time, inevitably undermining the first selling point of the sanctions – they are no longer the swift way. In terms of political rating, this is a very important feature, especially if the public is aroused – by media reports, social networks frenzy and advocacy of NGOs – to 'do something' mode. Because 'do something' is actually shorthand for 'do something and do it *right now* without considering the consequences'.

The second selling point of the US sanctions, according to the author, is that sanctions are a low-cost policy. On the one hand, only a handful of civil servants are needed to draft sanctions and not many more for their implementation. Demarais points out that the burden of implementing US sanctions falls on multinational (real sector) companies and banks, which shoulder lost opportunities and compliance costs. This is a refreshing view compared with the mainstream academic contributions on sanctions (e.g. Mulder 2022) which completely neglect the burden of sanctions on the business world, not only on US-based businesses but on businesses regardless of where they are located. Furthermore, in addition to the lost business opportunities and increased transactions costs, in the numerous case studies the author provides ample evidence that US sanctions have been inconsistent over time regarding their application, creating substantial

uncertainty when sanctions are not imposed at all, declining expected returns on investments and other business endeavours, decreasing both international trade and investment flows, and growth rates.¹

On the other hand, Demarais points out that the immediate political and human costs of sanctions to the US also appear to be low, making them more attractive than other forms of coercion in international relations, such as military intervention. Sanctions fill the policy void in the diplomatic space between ineffective declarations and potentially deadly full-fledged military operations. 'With sanctions, the U.S. administration can pressure countries to comply with its demands from the safety of Washington' (p. x). Naturally, the human costs to the population of the country that the US sanctions are imposed on are not of concern to the US public, so it is also not of concern for US decision-makers, as the politicians have constituents to please and appearing to act decisively to defend US interests is usually a vote winner. The reader, supporting this line of argumentation, could even accept it from another viewpoint. Who (in America) cares about the well-being of some people in some 'far away country'? Furthermore, the difference between the present 24/7 media and social networks coverage of ostensible villains around the world and Neville Chamberlain's time is substantial – punishing people in some nasty country boosts the approval ratings of the US policy-makers who impose the sanctions. They deserve it – justice is done! After all, it was the Serbs who supported Milošević and the Russians who have supported Putin. Considering the (negligible) cost side, it is not surprising that sanctions have become so popular in the US over the past several decades.

Finally, the author points out that US sanctions have proven to be effective in persuading countries to alter their behaviour and refers to Iran as a case in point. 'If sanctions had not put tremendous pressure on the Iranian economy, it is doubtful that Tehran would have ever agreed to sign the 2015 nuclear deal' (p. x-xi). Well, the reader understands this insight as a selling point of the sanctions for the US policy-maker, meaning the sanctions *can* be efficient, i.e. effective in the pursuit of US foreign policy goals. The point is that the author provides ample evidence throughout the book that most US sanctions have not been efficient, even counterproductive in the majority of cases.

¹ The author points out that, for example, despite lifting the sanctions against Iran in 2015, European firms remained wary of re-entering the Iranian market as they all thought the United States would not stay true to its word and would soon reimpose sanctions on the Islamic republic. They were correct, proving how credible the deterrent effect of the sanctions is, even if they are not in place.

With these political incentives in mind, the author specifies the aim of the book. 'This book is not for or against sanctions. It does not take a view on whether the United States should resort to sanctions when it feels that its interests are being threatened. However, if it wants to ensure the long-term effectiveness of arguably its most powerful economic weapon, America has to build a clear picture about the side effects of sanctions and of how these shape the strategies of companies, allies, and enemies across the world' (p. xii).

The aim of the book is so relevant, because at the end of June 2020 the US government had around 70 sanctions programs, targeting more than 9,000 individuals, companies, entire countries, and economic sectors in virtually every country in the world (Eineman 2020). The author points out that some sanctions focus on non-state actors, such as Islamist terror groups, Latin American drug cartels, and Syrian warlords. Other programs apply to whole countries, such as Venezuela, Cuba, or North Korea. Iran and Russia are by far the most targeted nations, subjected to thousands of sanctions designations, probably with Russia taking a comfortable lead following its 2022 aggression in Ukraine.

Part One of the book (*Sanctions Genesis*) starts with a brief history of sanctions, with the first sanctions of the modern era – Continental Blockade, i.e. Napoleon's trade sanctions against Great Britain – with two main takeaways. First, it was not effective, since the French Navy was not capable of imposing a thorough naval blockade of the British Isles, hence Great Britain readjusted its overseas trade routes,² but also smuggling goods to and from continental Europe, making the Continental Blockade ineffective. Lesson#1: countries under sanctions adapt in order to evade them or at least to lessen their impact. To what extent they will succeed depends on the many factors, the reader would add – there is no unambiguous answer. The second takeaway is that the Continental Blockade hurt the French economy and its public finances. Lesson#2: 'Sanctions do not harm only their intended targets: the measures often cause ripple effects and may incur costs for the country that imposes them, too' (p. 5).

Fast forward to the 1960 and the early stage of the US sanctions, this time against Cuba, as the US trade embargo imposed by President Dwight Eisenhower, in response to Cuban leader Fidel Castro's decision to

² There is a significant difference to a situation 130 years later, with German unrestricted submarine (U-boat or *U-boot* from *Unterseeboot*, in naval parlance) warfare that almost accomplished nearly impregnable naval blockade of the British Isles. In words of a key decision-maker (Churchill 1949, 529): 'The only thing that ever really frightened me during the war was the U-boat peril'.

nationalize three American oil refineries. The author points out that the real, though not disclosed objective of the sanctions was a regime change in Havana. With American companies absorbing 73 per cent of Cuba's exports and providing 70 per cent of its imports, to the US policy-makers the trade embargo seemed a lethal weapon against the regime in Havana. Nonetheless, there has been no trade embargo imposed by the Soviet Union, countries of Western Europe and Canada, so Cuba adjusted to the US sanctions and start trading with all other nations (Lesson#1). This took its toll, a country cannot get trade preferences and aid from the Soviet Union for nothing, but the main mechanism that the US policymakers hoped would work – pain inflicted on the population would inflict popular unrest and removal of Castro from office, with a more US-friendly regime stepping in – simply did not occur.³ In short, Fidel Castro died in office of the old age, but the regime remind. Nonetheless, all the sanctions against Cuba are still in place, despite all the evidence that they have not been effective, because the US policymakers are sending a message to the world: we are never wrong. Under that façade, US policy-makers learned the lesson that sanctions must be global in order to work. That is basically the origin of contemporary US secondary sanctions, which are addressed later in the book and this review.

The author points out that it is difficult to assess the effectiveness of sanctions, 'given that we do not have the counternarrative: no one knows what would have happened if sanctions had not been imposed in the first place' (p. 7). Well, counterfactual analysis is rather common in contemporary historiography, and although it is not exact (let alone failproof), it provides some framework for analysis. Fidel Castro attempted to establish normal relations with the US in the early stage of his rule, and it is undoubted that the trade embargo pushed him closer to Moscow and away from the US. Perhaps the outcome would have been the same without the US sanctions, but it is evident that they did not help achieve US strategic goals.

Trade embargoes, a traditional mechanism of sanctions, can be circumvented in different and imaginative ways (Early 2015), and the author provides ample examples as evidence for the insight that trade flows are notoriously difficult to oversee, especially in remote corners of the world. It was the US administration that also realised that. Hence, according to Demarais, financial sanctions, which target banking ties, were born. These

³ A simple truth is that when the ruler acknowledges that the aim of the sanctions against his country is regime change, he has no incentives to cooperate – he is doomed whatever he does. The sanction then, with him on the throne, and with a little help from government propaganda, become a cohesive factor for the society, breeding xenophobia, and proving to be a general excuse for all the disasters occurring in the country.

enable the US Treasury's Office of Foreign Assets Control (OFAC), which was created in 1950, but at the time fairly innocuous, to become the main star of the US sanctions show.

The point is that trade is an exchange: the flow of products is accompanied by the flow of money, and the latter is channelled by banks. Hence, follow the money. International trade is done to a great extent in US dollars, directly or indirectly, because of the depth and liquidity of the US dollar markets, meaning that transactions are done via a corresponding account in one of the US banks. Furthermore, according to the author, OFAC has initiated a secret partnership with SWIFT, the Belgium-based cooperative that provides the infrastructure to process financial wires around the world. The US administration sent a strong signal, not only to the countries under sanctions and specific entities within the country, but to the international business community, especially multinationals and banks: Big Brother is watching you! In other words, the US Treasury monitors all the transactions, both legal and illegal, and its weapon (cutting access to the US dollar with devastating business effects) is locked and loaded. Hence many Western banks, according to the author, think twice before clearing wires involving companies located in a country that is targeted by the US sanctions, such as Iran.

With all the sanctions mechanisms in place, and based on the recent US experience, the author concludes that there are four factors that 'may help to determine whether sanctions might work (or not): how long they have been in place; whether they have a narrow or a broad goal; the preexistence of trade ties between the United States and the targeted country; and, perhaps most important of all, whether allies are aboard' (p. 39). These questions are intuitive as are the answers, i.e. the necessary conditions for the US sanctions to work. Answering these questions in every specific case of sanctions can provide some guidelines, something like road signs for the case-by-case evaluation and forecasting whether the sanctions will work, but the reader should not mistake them for an academic exercise of producing a 'general' theory of the sanctions' effectiveness.

The reader's concern is the goal of the sanctions because in many cases there is a hidden agenda and the goal that is publicly specified is not the (only) goal of the US policy. In some other cases, the goal of sanctions is specified so broadly that it is very difficult to evaluate, as in the foremost case, whether the sanction's goal has been accomplished. For example, the incumbent US Secretary of Defence Lloyd Austin specified in late April 2022 that '[w]e want to see Russia weakened to the degree that it can't do the kinds of things that it has done in invading Ukraine' (Ryan, Timsit 2022). Not only is that goal extremely broad – weakening a nation is a much broader goal

than even a regime change – and it is virtually impossible to unambiguously conclude whether it has been accomplished, but also it cannot be achieved in the short run: weakening Russia means years of sanctions. Considering the present US sanctions against Russia, they do not fulfil the third condition, as the trade ties between Russia and the US are not substantial, and as to the fourth one – not all the allies are on board and some relevant players (e.g. China) are not allies at all. Nonetheless, with all these negative answers, the reader would hardly bet that the US sanctions against Russia will eventually fail.

Part Two of the book (*Sanctions Crossfire*) deals with the side effects ('ripple' effects, as the author specifies) of US sanctions. The big and true picture of sanctions should include all these effects, not only the goal of the sanctions and the evaluation of whether the goal has been achieved. Even if it is achieved, perhaps the total costs of that achievement outweigh the benefits.

The author has no second thoughts: sanctions entail substantial collateral damage, in military parlance. The point is that the collateral damage – by definition unintended consequences – is misleading. The author doubts that it is possible to design effective sanctions that do not harm civilians 'Sanctions aim to put pressure on the populations of targeted countries to prompt policy changes by their governments. It follows that penalties that do not inflict pain would probably be worthless. This means that by design, sanctions are weapons that have damaging humanitarian consequences' (p. 66). It is true, according to the author, that the sanctions produce fewer deaths than conventional, fully fledged wars, but they kill (civilians) nonetheless. Furthermore, conventional war is regulated by international law, but US sanctions are not. 'Under the Geneva Convention, weapons must discriminate between civilians and combatants. Even in war zones, soldiers cannot do as they please; they must abide by rules that seek to avoid the killing or harming of innocent civilians' (p. 66). The author provides ample evidence of humanitarian crises and the suffering of civilians, including children in many countries that have been under US sanctions.⁴

The other important point is that the US sanctions substantially affect not only firms located in the USA but also firms in other allied countries. According to the author, there are two main mechanisms for that

⁴ US officials have been aware of that. When confronted in 1995 with the information that a substantial number of children died in Iraq because of the sanctions, the then-US ambassador to the United Nations, Madeleine Albright, declared, according to the book, that this death toll had been 'worth it', given the need to apply pressure on Saddam Hussein.

impact: extraterritorial penalties and secondary sanctions. As to the US extraterritorial laws and regulations, they are nothing new. In 1789 the United States adopted the Alien Tort Statute, an example of such legislation. Nonetheless, the application of such legislation has become more frequent in recent decades and, according to the author, since 2009 the OFAC has imposed more than USD 4 billion in fines on foreign companies for violating sanctions; over the same period, US firms were fined less than USD 300 million for evading sanctions (Early, Preble 2020).

Secondary sanctions, the other mechanism for impact on non-US businesses is straightforward. They threaten to punish foreign businesses, wherever they are located in, including US-allied countries, that do not respect US sanctions against individuals, entities, and nations. Firms that are placed under secondary sanctions 'lose access to the US dollar for their international transaction and must leave the American market. In addition, their executives may be subject to individual penalties' (p. 71). Secondary sanctions can be imposed on both firms from the real sector and financial sector, and it is international banks with global networks that are especially vulnerable to these sanctions. All these companies are caught in the sanctions' crossfire.

The author explains that there are two main motives for these measures. The first one is the Cuban experience in which Cuba adjusted to the US sanctions by switching to trading with other countries, making the sanctions virtually ineffective. Hence international sanctions are needed for the isolation of a country to be effective. Sanctions imposed by the UN Security Council would do the trick, but the problem for the US administration is the veto power of Russia and China which has frequently undermined US international relations goals. The way out of this awkward situation for the US government is to use extraterritorial penalties and secondary sanctions.

The other reason for them to be applied is US domestic politics. It is US businesses that are subdued by the US sanctions, as American firms cannot do business with some or all firms in the countries that are under US sanctions. They lose the market and lucrative business deals to their competitors from countries that have not imposed sanctions. Accordingly, US businesses have every incentive to lobby against US sanctions, for the obvious reason – they undermine their business. The US government, especially the legislative one, is very sensitive to business lobbying. Hence, the obvious way out of the conundrum – how to simultaneously demonstrate decisiveness to the domestic constituency by imposing sanctions on other countries and keeping content the US businesses that are against the sanctions because of the restrictions – is to impose the same restriction on non-US businesses. In short, this is a lose-lose equilibrium.

There is more bad news to come. With all the companies worldwide becoming liable to US sanctions, the number of people tasked with keeping track of legal requirements regarding sanctions has increased substantially in the past two decades. 'Nowadays, about 15 percent of the staff of a major bank works in the compliance department, making sure that all transactions respect international rules. For a major bank such as Citi, this represents 30,000 people ... HSBC's risk and compliance budget stands at US\$1 billion per year' (p. 67). This means increasing transaction costs and decreasing economic efficiency – the resources dedicated to compliance could have been allocated to productive ends, producing goods or services for the customers, or being engaged in research and development (R&D) – innovating, either improving existing products or introducing completely new products. These costs are aggravated by rather nebulous US sanctions provisions, intentionally fostering uncertainty, for more leverage for the government in the implementation, generating augmented deterrence.

Furthermore, the author points out, the impact of US sanctions is felt well beyond those firms that are caught in the sanctions' crossfire. If the target of sanctions is producers of commodities, either countries or specific large producers, then substantial ripple effects are created on the commodities markets. The impact of the downstream side effects of these sanctions, on all producers that directly or indirectly purchase commodities, can be massive and ubiquitous. The author demonstrates that in a few case studies, with the global aluminium market and sanctions against Russia-based company Rusal being sanctioned as the most important one. The consequences were as grim as unintended, as the sanctions ended up having unexpected side effects on commodity markets, and consequently on hundreds of manufacturing and related companies in dozens of countries. Furthermore, some of the side effects were counterproductive. 'Ironically, sanctions looked set to benefit Chinese metals producers; they had ample spare capacity and made it clear that they were keen to fill the void left by Rusal. By sanctioning Rusal, the United States was penalizing global aluminum consumers while inadvertently supporting Chinese metals makers' (p. 93). Perhaps, some people in Washington DC still have not realised that these days China is America's main rival.

The saga of (already destroyed, by whomever, at the time of the publishing of the book) Nord Stream 2 is a long and telling story about US sanctions against Soviet/Russia gas pipelines to Western Europe, motivated by a blend of foreign policy and domestic lobbying considerations. The story started with the first Soviet–German attempts to establish a gas partnership, but it reached its pinnacle with Nord Stream 2. and all the US sanctions in all these cases have been of a stop-and-go pattern, without a clear goal, let alone a

roadmap for achieving the goal. Perhaps the crescendo was achieved with the arch-volatile Trump administration; the story told by the author is the one of its casualties. In addition to the companies, with exception of some US-based beneficiaries (gas suppliers), the main causality is the relations between the allies – America and Western Europe.⁵ The fractures have been sustained, and most of them have at least healed, mainly courtesy of Russian President Putin's recent actions, but the scars remain. It is these scars that will be a cost component of the projections of the US allies for a very long time. These costs only increased with Trump's presidency and its aftermath, as none of the US allies can 'be sure that the United States will never elect another president who wants to make America great again at the expense of everyone else?' (p. 133). The reader wonders what happened to the cost-benefit analysis that was initially introduced precisely in America. It seems it is not used in Washington for foreign policy decisions.

Part Three of the book (*Sanctions Blues*) starts with a review of the recent developments on the sanctions-busting front. The point is that, according to the author, in recent years Washington's enthusiasm for sanctions has fuelled the development of state-backed mechanisms aimed at circumventing America's coercive measures. 'U.S. allies and foes alike are openly taking steps to evade American sanctions, which they often believe are an abuse of power. These sanctions-busting mechanisms vary, but they have one thing in common: they all seek to build alternative financial channels that bypass the U.S. dollar' (p. 125). The US dollar's omnipresence around the world, explains the author, is due to the lack of direct links between central banks of many countries, hence the US currency, with the depth of its liquidity, is a suitable intermediary in currency exchanges. This starts to change with the introduction of currency swaps, financial derivatives that enable the direct exchange of currencies. The financial institution with the most currency swap lines is – surprise, surprise – the Chinese central bank.

'Yet it would be of no use for them to get rid of the U.S. dollar if they continue to use Western financial channels, such as Swift. The undisputed leader for financial messaging services, Swift is a cooperative that links virtually all banks' (p. 129). It depends on access to the US dollar, hence SWIFT is very cooperative with the US financial authorities, enabling them to monitor all

⁵ After the US (Reagan administration) decision to retroactively introduce sanctions on Western companies involved in pipeline construction and maintenance, in July 1982 the UK prime minister Margaret Thatcher declared: 'The question is whether one very powerful nation can prevent existing contracts from being fulfilled. It is wrong that it should prevent those contracts from being fulfilled.' It was the closest US ally in Europe at the time of 'special relations', at least between the leaders (Reagan and Thatcher) of the two countries.

financial transactions and, in that way, enforce US secondary sanctions. As a way around this possible hurdle in sanctions-busting operations, China started to build its own financial messaging service, called CIPS, to process international payments in renminbi. It is still in the infant stage, it processes only a small fraction of SWIFT transactions, but according to the author, it has been appealed to 1,300 banks in 100 countries. It is not a global competitive threat to SWIFT, but the banks that are or can be under US sanctions in what the US administration considers rogue countries, now have an alternative. That was the initial aim. In due course, China's government will be able to monitor a substantial chunk of financial transactions in the world, especially in the countries that are a neuralgic point from the Chinese diplomacy point of view.

The US sanctions enforcement effectiveness crucially depends on the dominance of the US dollar as the global reserve currency. Nonetheless, recent developments on the currency front, according to the author, could undermine that leverage. The first development of the kind is the advent of cryptocurrencies, those that are not controlled by central banks, i.e. no government is involved in any way. The author points out that rogue countries already have used cryptocurrencies in trade to avoid the US dollar and the potential US sanctions implementation mechanism. The reader does not share the author's (modest) optimism about the prospects of cryptocurrencies, not only regarding the sanctions-busting mechanism but also as a method of payment. It seems to the reader that they will remain (if they remain at all) only as an investment vehicle. The other development is much more important – digital currencies, those issued electronically by central banks, implying that every customer, household or company, at home or abroad, has a current account with the central bank. It is not helpful that in some segments of the chapter, the author confuses cryptocurrencies and digital currencies. Focusing to the latter, the author claims that the biggest 'leap forward' in digital currencies is unsurprisingly being recorded in China, with the People's Bank of China gradually introducing the digital renminbi. With such a constellation, two transaction parties located anywhere in the world can conduct financial transactions without intermediation based on the US dollar. One of the motives for such a move is obviously US sanctions-busting since it eliminated the US dollar as an intermediary and circumvents US financial monitoring capabilities. The other motive is Beijing's obsession with monitoring financial transactions in general, especially those of its own citizens. The third motive, the author points out, is that with the development of the digital renminbi and further advancement of China as an economic powerhouse, that very currency will become a suitable intermediary currency for international transactions, enabling the Chinese

government to be in the current position of the US administration. Although the book is about US sanctions, no government in the world dismisses economic sanctions for accomplishing its international relations aims.

These aims need not be political – they can be fundamentally economic. The final two chapters of the book focus on the US sanctions against China, specifically against China-based businesses. This is a high-tech game: it is about semiconductors, i.e. microchips, which are components of any electronic products, and there is a growing share of products that are electronic these days. The restriction on China's import of state-of-the-art semiconductors and the hurdles for Chinese firms to produce them on their own is basically an export-control mechanism used in the showdown between the two countries. 'The conflict between America and China is one for economic dominance between an incumbent economic superpower and its rising challenger' (p. 162). Obviously, the primary goal of the sanctions is to prevent the economic challenger from becoming a superpower. Accordingly, crippling China's economy – to the extent America can achieve this – is the goal itself and not the mechanism to accomplish some political aim.

This is a U-turn for US foreign policy. It was US President Woodrow Wilson, referred to in the book as the person who introduced sanctions in international law, whose idea was that the threat of sanctions would discourage nations to go war. A century later, the US administration is using sanctions in the economic confrontation with another country, what the author referred to as 'rolling out a revamped version of economic imperialism' (p. 162), with a bipartisan consensus at home.

The author rightly points out that economic imperialism undermines free trade. The trade war that America started with China demonstrates precisely that. Decoupling from China, as a US strategy, and the sanctions that are considered as a crucial method for that decoupling, are conceived in corridors of power in Washington, not in the boardrooms of US companies, as the latter are aware of all benefits of the international division of labour. It seems that it is not quite evident to the US consumers that the division of labour with China has brought cheaper and more innovative products to the market. The author's hint that decoupling from China would backfire on America is quite convincing. What remains to be seen is what the relative lobbying power of business will be, compared to the pressure from the electorate, which is obviously engulfed in an anti-China frenzy.

Taking all this into account, the reader wonders whether the US political elite is aware of what they is doing and what are the consequences of the policies of the sanctions that it is implementing, not only towards China. The

author provides an answer, refereeing to the findings of a US government office: 'In a 2019 report, the Government Accountability Office (GAO) noted that the U.S. government does not know whether existing sanctions programs work, and what effects they have. This is not surprising. The U.S. Treasury does not publish studies on the effectiveness of sanctions before they are imposed or after they have been in place for some time. Nor do the State and Commerce Departments. In fact, such assessments do not exist: before imposing sanctions, an administration checks only whether they could cause immediate humanitarian damage' (p. 38). Hence, the answer should be – it does not know.

Nonetheless, the author refers to the results of a Congressional review of all U.S. sanctions programs since 1970 (Elliott 1997), which demonstrates that targeted countries altered their behaviour in the way that the US government hoped that they would only 13 per cent of the time. In an additional 22 per cent of cases, the policies of the sanctioned states became somewhat (but not fully) more palatable to Washington. Hence, the reader, following the insights of the others (Whang 2011) concludes – the elite knows but just does not care.⁶

Perhaps the explanation is that the US decision-makers take care only of short-term political benefits, related to retaining or hopefully improving their popularity rating, at least before the next elections. US sanctions have proved to be beneficial for them. With such a focus, it is simply irrelevant what are the costs of these sanctions imposed on other counties, international companies, people around the world, whoever. The only exception may be (but it is not always the case) the short-term interest of well-organised businesses, if their lobbying is more effective that the beneficial effects on the US

⁶ The author rightfully points out that there is a vicious circle of sanctions. A reasonable questions is: if the sanctions have not achieved the goals, should they be lifted? If the answer is yes, this would diminish the US leverage, because the author points out this will send a clear signal to all sanctioned countries (present and future) that it is reasonable to stick to whatever they stick to for a few years and then Washington will lift the sanction. US administration, quite reasonably, does not want to provide such an incentive, so it is a vicious circle in which the US sanctions, though ineffective stands for decades. Furthermore, it would not go well with the US constituency to lift the sanctions (symbol of the US determination in the international relation) without achieving results. Such a vicious circle, concludes the reader, can be avoided only *ex-ante*. Either by introducing sanctions that are well thought out, hence they accomplish the goal, or do not introduce them at all. Both options, as clearly explained in the book, contradict the domestic political motives for the introduction of US sanctions.

decision-makers' popularity.⁷ In this short-term time frame, the ripple effects, most of which are long-term, are also irrelevant. This has created, the reader concludes, a sanctions-obsessed mentality in Washington, considering US sanctions as the panacea for political popularity ratings. And, based on the evidence from the book, all that has backfired horrendously.

The author rightfully considers the backfire of the US sanctions from the perspective of the effectiveness of future US sanctions. 'The time of peak U.S. sanctions has passed. American diplomats will soon be deprived of their favorite weapon to cajole, threaten, or punish U.S. enemies. ... Washington's lack of interest in the side effects of its unilateral policies also united both friends and enemies against U.S. sanctions. For American policy makers, the loss of the previously all-powerful sanctions weapon will be a seismic change' (p. 200). Quite a convincing prophecy! Some US sanctions enthusiasts will not like it. Good! Perhaps they will start to question their approach.

The reader, not disputing this kind of backfire, finds it interesting to consider America's long-term position in the world. For decades America was a beacon for many people around the globe. Friendship with America was important to many nations, for good reason. It was America who saved Europe twice (from various perils, both times German), it was America who speeded-up the decolonisation process, it was America who enabled the swift and efficient reconstruction of Europe after the Second World War, in the Cold War it was America that stood for freedom and democracy, it was American pilots who died in the crashes during the Berlin Airlift. For decades America has been fighting for the minds and hearts of the people in other countries. Nonetheless, that has changed. This book and numerous episodes mentioned in it demonstrate that these days America just does

⁷ It is illustrative that after the introduction of the 2022 sanctions on Russia, all the government financial assets in US banks were frozen, with the explanation that such a move was a method of denying Russia's government a source for funding the war in Ukraine. It was expected that Russia would have been denied payment of the obligations due stemming from its US dollar-nominated bonds because that would make Russia default and prevent any possibility of it borrowing money on the international financial market. Nonetheless, due to the lobby pressure of US bondholders, who would have lost their returns on Russia-issued bonds, the US Treasury effectively allowed Russia to service a chunk of its sovereign debt when it became due on 16 March 2022. The constellation of power changed, and the lobby pressure by the bondholders become less effective, hence Russia's further payments of the obligations due were not allowed, on account of the US sanctions. Accordingly, Russia defaulted on 27 June 2022, although the Russian government (The Ministry of Finance) tried to process the payments. The story produced a bitter taste around the world. On the one hand, the US administration declared the noble goals of US sanctions against Russia, on the other hand, these noble goals were side-lined when the lobby pressure of the US-based bondholders was strong enough.

not care about others and their perception.⁸ Perhaps that is the reason why there are so many enemies of America (real or perceived) around the world. What is the reason for such a change? Perhaps it was the end of the Cold War.⁹ Perhaps, it was the end of ideological competition. Perhaps, it was the complacency of being a hyperpower. Perhaps...

One way or the other, from idealism, from people like Woodrow Wilson and his global projection of America as a beacon of peace and democracy, FDR's 'Arsenal of Democracy', JFK's '*Ich bin ein Berliner!*', and Ronald Reagan's 'Mr. Gorbachev, tear down this wall!', America has become a country without any grand idea whatsoever, a country of Trumps and Bidens, who will be remembered only for their gaffes and uttered stupidities, such as Donald Trump's recommendations for COVID-19 treatment. Also, these days America is a country of the arrogance of its political elite, it is embodied in the bragging statement of the former US Secretary of the Treasury quoted at the beginning of this review: 'We can shut down the Turkish economy.' Well, Mr Mnuchin, in October 2019 you (plural) could possibly do that, and these days it is difficult to say, but if you (plural) are successful, Turkey will probably adapt, and Turkish businesses will probably readjust to the new circumstances. It will take some time, in the short run some GDP will inevitably be lost, but in the long run what would definitely come to stay for the foreseeable future is a lack of confidence in America, both its government and businesses, fostering anti-Americanism for generations. Hence, it is reasonable for someone who is an attested enemy of America to apply Dirty Harry's (Clint Eastwood) appeal to Mr. Mnuchin: 'Go ahead, make my day!'.

The book is riveting stuff for the reader. It encompasses case studies of many episodes of US sanctions in recent decades, starting with Cuba. Almost every case study is very well elaborated. It is not only a description of the situation, but a small story with *dramatis personae*, incentives for each of them, twists and turns along the way, building up the tension, and the outcome in the final act – if any, because some of these stories are still ongoing. Caveats are provided in each case, as are the takeaways that a

⁸ It was a Serbian poet, at a literature event held in the mountains of Montenegro during the 1999 US lead NATO bombing of Serbia (known as the Kosovo War in Western historiography), who spelt out the sentence: 'Instead of being loved, America has decided that it should be feared'. Quite succinct (that is what poetry is about) and rather accurate.

⁹ It was suggested (Kaempfer, Lowenberg 2007) that the collapse of the Soviet Union initiated a spurt of sanctioning activity because the country that introduced sanctions no longer needed to be concerned that its actions would exacerbate Cold War tensions between the superpowers' blocs.

meticulous observer can gain from it. In short, an abundance of high-quality and delicious food for thought. Not only about sanctions, but especially about contemporary America.

Another quality of the book is its emphasis on something that has been hardly mentioned before: the burden of US sanctions on businesses – not only US-based but especially non-US-based businesses and international companies. The segment of increased compliance costs (i.e. transaction costs) and lost entirely legitimate business opportunities due to fear of US sanctions, which are intentionally kept unclear to foster uncertainty – a situation that economic analysis of law labels as overdeterrence – is extremely illuminating. These insights were almost completely neglected in sanctions literature. Perhaps this is one of the most important inefficiencies created by the US sanctions, and definitely the most neglected one. And inefficiencies, i.e. increased costs, are passed through, at least up to a point (depending on the price elasticity of demand), in the higher prices for consumers.

For the reader accustomed to academic texts, reading this book was somewhat weird in the beginning. In a standard academic text, there is a coherent structure that moves precisely, almost like on the rails, from the departure point to the destination. Then, after a number of pages read, the reader realises that this book narration is similar to González Iñárritu's brilliant 2003 film *21 Grams*.¹⁰ Everything is disclosed in flashbacks – various episodes – and exposed in seemingly random order, but as the film/book moves on, the big picture emerges. The movie deals with human tragedy. So does the book. There are no heroes and villains in the movie – the choices of the characters are constrained by destiny – there are only victims. In the book, there are many victims, definitely no heroes, perhaps some villains, but the reader is just not quite sure whether it is appropriate to paint weathercocks as villains. If something is to be blamed, then it is the short-term blindness of both the elected and the electorate, with a robust and nationwide feeling of American exceptionalism. Reading this book, it seems, can do nothing about the former. Perhaps, let us hope, it can do something about the latter.

¹⁰ <https://www.imdb.com/title/tt0315733/>

REFERENCES

- [1] Churchill, Winston S. 1949. *Their Finest Hour (The Second World War)*, Vol. 2. London: Cassell.
- [2] Early, Bryan R. 2015. *Busted Sanctions: Explaining Why Economic Sanctions Fail*. Stanford: Stanford University Press.
- [3] Early, Bryan R., Keith Preble. 2020. Trends in U.S. Sanctions Enforcement During the Trump Administration, *New York University School of Law Program on Corporate Compliance and Enforcement*, August 7.
- [4] Eineman, Abigail. 2020. Sanctions by the Numbers: The Geographic Distribution of U.S. Sanctions. *Center for a New American Security*, June 15.
- [5] Elliott, Kimberly Ann. 1997. Evidence on the Costs and Benefits of Economic Sanctions. *Subcommittee on Trade, Committee on Ways and Means*. Washington D.C.: U.S. House of Representatives, October 23.
- [6] Kaempfer, William H., Anton D. Lowenberg. 2007. The Political Economy of Economic Sanctions. 867–911 in *Handbook of Defense Economics*, Volume 2, edited by Todd Sandler and Keith Hartley. Amsterdam: Elsevier B.V.
- [7] Mandelbaum, Michael. 2022. *The Four Ages of American Foreign Policy: Weak Power, Great Power, Superpower, Hyperpower*. Oxford: Oxford University Press.
- [8] Mulder, Nicholas. 2022. *The Economic Weapon: The Rise of Sanctions as a Tool of Modern War*. New Haven and London: Yale University Press.
- [9] Ryan, Missy, Annabelle Timsit. 2022. U.S. wants Russian military ‘weakened’ from Ukraine invasion, Austin says, *Washington Post*, April 25. <https://www.washingtonpost.com/world/2022/04/25/russia-weakened-lloyd-austin-ukraine-visit/> (last visited 8 February 2023).
- [10] Whang, Taehee. 3/2011. Playing to the Home Crowd? Symbolic Use of Economic Sanctions in the United States. *International Studies Quarterly* 55: 787–801.

Алекса ШКУНДРИЋ, мастер*

Шкулић, Милан. 2022. Међународно кривично право: просторно важење кривичног права, кривично право међународног порекла, међународна кривичноправна помоћ, зачеци кривичног права ЕУ. Београд: Службени гласник, 833.

Међународно кривично право је једна од најмлађих правних дисциплина уопште. Суштински, све до краја Другог светског рата и потоњих процеса у Нирнбергу и Токију тешко да се и може говорити о њему као посебној дисциплини. Штавише, ретке су државе које су се до данас и сусреле са његовом практичном применом у већем обиму. Ипак, будући да у то „неславно друштво“ спада и Србија, имајући пре свега претежно негативно искуство са Међународним кривичним трибуналом за бившу Југославију, не чуди то што се у српској правној литератури протеклих неколико деценија појавило појачано интересовање за ту правну област.

Један од аутора који је својим делима веома допринео утемељењу и даљем развоју српске међународнокривичноправне мисли јесте професор др Милан Шкулић, са сада већ вишедеценијским искуством у тој дисциплини. Осим већег броја научних чланака, Шкулић је током своје универзитетске каријере из те области објављивао и радове монографског карактера, попут књига *Међународни кривични суд: надлежност и поступак* (2005) и *Међународно кривично право* (2020). Дело *Међународно кривично право: просторно важење кривичног права, кривично право међународног порекла, међународна кривичноправна помоћ, зачеци кривичног права ЕУ* представља круну његовог бављења међународним кривичним правом као дисциплином. Заправо, чини нам

* Сарадник у настави, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, aleksa.skundric@ius.bg.ac.rs.

се да нећемо претерати ако ту књигу оценимо и као најсвеобухватније системско дело из међународног кривичног права икада објављено на српском језику. Међутим, осим несумњиво великог значаја тог дела за развој српске међународнокривичноправне теорије, оно такође има и одређену практичну вредност, а поготово за рад државних органа у Републици Србији, за које је посебним законом¹ предвиђено да поступају у односу на одређена међународна кривична дела, попут Тужилаштва за ратне злочине и специјалних одељења Вишег, односно Апелационог суда у Београду. Такав својеврстан „спој“ теоријске и практичне оријентисаности књиге и није велико изненађење, поготово када се има у виду чињеница да је њен аутор, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, истовремено и судија Уставног суда Републике Србије, те у том капацитету упућен и на практична, а не само на теоријска правна питања.

Већ се на први поглед на садржај књиге види једна од њених основних карактеристика – изразита систематичност. Аутор се, наиме, потрудио да обрађену материју консеквентно подели на више нивоа, односно целина, чиме се постиже њена изузетна прегледност. У првом реду, цео садржај је подељен на петнаест главних поглавља, која су даље издељена на више мањих одељака.

Прво поглавље носи назив „Појам, основна начела и извори међународног кривичног права“. Као што се већ из самог наслова види, у том поглављу Шкулић настоји да одговори на нека од најапстрактнијих питања науке међународног кривичног права. У том смислу се посебно истиче навођење немалог броја могућих теоријских схватања међународног кривичног права у његовом тоталитету и појединих његових делова, попут међународног кривичног процесног права. Када је реч о начелима међународног кривичног права, од посебног је значаја подробна анализа начела законитости у међународном кривичном праву и са правнотеоријског и са практичног аспекта (49–69).

У наредном, другом поглављу Шкулић се бави правилима просторног важења кривичног законодавства. Наиме, према једном, у историјском смислу најстаријем схватању појма међународног кривичног права, које аутор наводи и објашњава у првом поглављу (35), оно се своди

¹ Закон о организацији и надлежности државних органа у поступку за ратне злочине, *Службени гласник РС* 67/2003, 135/2004, 61/2005, 101/2007, 104/2009, 101/2011 – др. закон и 6/2015.

управо на та правила просторног важења кривичног законодавства.² У том смислу је оправдано што је Шкулић у овом делу посвећеном међународном кривичном праву у најширем смислу речи обрадио и ту тематику.

Треће поглавље садржи веома интересантан и изузетно исцрпан приказ историјског развоја међународног кривичног права. Најпре се анализира његова „праисторија“, сасвим ретки историјски примери неких суђења која су имала одређене међународне елементе, да би се потом прешло на прве (додуше, неуспеле) покушаје успостављања међународног кривичног права као посебне гране права, те упоредо са тим и прве (такође неуспеле) покушаје међународних кривичних суђења. Посебна пажња је посвећена процесима у Нирнбергу и Токију након Другог светског рата јер су то прва права („успела“) међународна кривична суђења. Даље, Шкулић се бави *ad hoc* међународним кривичним трибуналима Савета безбедности Уједињених нација, а посебно Међународним кривичним трибуналом за бившу Југославију,³ а централно место тог дела књиге заузима његова критичка анализа легалности и легитимности оснивања тог трибунала (164–177). Имајући то у виду, пун смисао добија и ауторова основна теза о историјском развоју међународног кривичног права и правосуђа – реч је о једном неправoliniјском развоју, а усвајање Римског статута и оснивање сталног Међународног кривичног суда пре се може разумети као почетак једне нове традиције међународног кривичног права него као наставак старе, у којој су се пред органима међународног кривичног правосуђа гонили или само припадници у рату поражених држава (суђења у Нирнбергу и Токију) или је такво кривично гоњење било изразито селективно и пристрасно (као, на пример, у случају оснивања и праксе „Хашког трибунала“).

² Према таквим схватањима, међународно кривично право би, барем према својој природи, било веома слично међународном приватном праву, будући да би се сводило на систем својеврсних „колиззионих норми“ чији је задатак да одговори на питање у којим се ситуацијама (које могу имати и одређене елементе иностраности) има применити кривично право конкретне државе.

³ Имајући значај који је деловање тог, колоквијално названог „Хашког трибунала“ имало на Србију и, уопште, на све земље бивше СФРЈ, разумљив је Шкулићев метод којим он у целој књизи на одговарајућим местима указује на одређена правна решења (материјалноправна и/или процесна) која су постојала пред тим трибуналом. Следствено томе, у трећем поглављу, које је посвећено историји међународног кривичног права, аутор обрађује само одређена „општа питања“ која се тичу тог трибунала.

Након историје међународног кривичног права, аутор у четвртном поглављу прелази на проблематику општег дела међународног кривичног права.⁴ То је веома важан део међународног кривичног права који је до сада, што у самом позитивном праву, што у доктрини, у већој или мањој мери био занемариван у односу на неке друге делове те гране права.⁵ Због тога је и више него оправдана пажња коју му је Шкулић у својој књизи посветио. У суштини, он је у том поглављу обрадио сва најважнија питања која се уобичајено обрађују у системским делима посвећеним општем делу кривичног (материјалног) права, као што су општи појам (у овом случају међународног) кривичног дела и његови саставни елементи, облици учествовања у (међународном) кривичном делу и облици одговорности за (међународно) кривично дело, основи искључења одговорности за (међународно) кривично дело⁶ и, напослетку, питање казни и (не)застаревања (међународних) кривичних дела. Имајући у виду суштинску партикуларност међународног кривичног права, односно чињеницу да на тренутном степену његовог развоја не постоји универзално међународно кривично право већ онолико „међународних кривичних права“ колико има облика међународног кривичног правосуђа, ауторова анализа се првенствено бави правилима општег дела кривичног права садржаним у Римском статуту сталног Међународног кривичног суда, као до сада најзначајнијем облику међународног кривичног правосуђа. Ипак, на одговарајућим местима, аутор с правом указује и на одређена решења која су постојала и у правима неких, сада већ историјских облика међународног кривичног правосуђа те тако, примера ради, говорећи о институту командне одговорности, објашњава и критикује његову најширу варијанту у историјском смислу, односно тзв. заједнички злочиначки подухват који је настао као плод праксе „Хашког трибунала“.

⁴ Пун наслов четвртог поглавља гласи „Општа кривичноправна правила одговорности за међународно кривично дело (општи део међународног кривичног права)“.

⁵ Попут посебног дела материјалног права и процесног права, која су примењивана пред конкретним облицима међународног кривичног правосуђа.

⁶ Аутор је под тај термин, у складу са позитивним међународним кривичним правом, подвео и основе који се у (европскоконтиненталној) доктрини означавају као основи искључења противправности (основи оправдања) и основе који се означавају као основи искључења кривице (основи извињења).

У петом поглављу⁷ аутор издваја одређене заједничке (опште) карактеристике за сва конкретна међународна кривична дела, односно кривична дела која имају одговарајућу међународноправну компоненту, те такође исцрпно указује на међународноправни основ регулисања бројних кривичних дела у унутрашњем праву, попут прања новца (члан 245 КЗ), повреде равноправности (члан 128 КЗ) итд. Потом се у шестом поглављу⁸ посебно обрађује пиратерија, и у правноисторијском смислу као најстарије међународно кривично дело и у смислу позитивног права Републике Србије (члан 294 КЗ), али и нека друга кривична дела против безбедности јавног саобраћаја прописана кривичним правом Републике Србије.

Седмо поглавље носи наслов „Кривична дела која спадају у надлежност Међународног кривичног суда“. Сходно наслову, Шкулић спроводи темељну анализу сва четири кривична дела из стварне надлежности Међународног кривичног суда, што, имајући у виду да су сва та кривична дела веома сложена те да нека од њих имају изразито велик број облика, не представља лак посао. Притом, сваком од њих аутор најпре приступа правноисторијским методом, да би их касније подвргао класичној догматској анализи. У осмом поглављу⁹ књиге обрађена су међународна кривична дела у ужем смислу, садржана у глави XXXIV Кривичног законика Републике Србије.¹⁰ То су кривична дела која су комплементарна кривичним делима прописаним Римским статутом. У том смислу, изузетак представља једино кривично дело агресивног рата (члан 386 КЗ), које се битно разликује од кривичног дела агресије прописаног Римским статутом, а то је последица чињенице да Република Србија није ратификовала амандмане на Римски статут усвојене у Кампали 2010. године, којима је, између осталог, кривично дело агресије коначно било дефинисано.

⁷ Пун наслов петог поглавља гласи „Посебни део међународног кривичног права – опште карактеристике међународних кривичних дела/кривичних дела која имају одговарајућу међународноправну компоненту“.

⁸ Пун наслов шестог поглавља гласи „Пиратерија као најстарије/традиционално међународно кривично дело и друга сродна кривична дела против безбедности јавног саобраћаја“.

⁹ Пун наслов осмог поглавља гласи „Основна међународна кривична дела садржана у глави XXXIV Кривичног законика комплементарна одредбама Римског статута“.

¹⁰ Кривични законик, *Службени гласник РС* 85/2005, 88/2005 – испр. 107/2005 – испр. 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94//2016 и 35/2019.

Након обраде међународних кривичних дела у ужем смислу која су инкриминисана у унутрашњем праву Републике Србије, Шкулић у деветом¹¹ и десетом¹² поглављу издваја и посебно анализира кривична дела расне и друге дискриминације (члан 387 КЗ) и тероризма (члан 391 КЗ), као и са њима повезана кривична дела. Осим догматске анализе тих кривичних дела, аутор чини и својеврстан екскурс упоредноправним приказом инкриминисања одобравања, негирања односно релевантног минимизирања одређених најтежих међународних кривичних дела у немачком праву, конструкцијом инкриминације која се колоквијално назива „Аушвиц лаж“. Такође, значајно је поменути и уводни део десетог поглавља, које се тиче тероризма, у којем Шкулић, излажући о тероризму уопште, односно о тероризму као појави, показује и завидан степен познавања криминологије као ванправне кривичне науке. Коначно, у једанаестом¹³ поглављу се анализирају остала кривична дела садржана у глави XXXIV КЗ, као што је кривично дело трговине људима (члан 388 КЗ).

Дванаесто поглавље, које носи наслов „Кривични поступак пред Међународним кривичним судом“ у целини је посвећено проблематици кривичне процедуре пред тим, за сада првим и јединим, сталним обликом међународног кривичног правосуђа. Конструкција тог кривичног поступка, која у себи садржи и елементе европскоконтиненталног и елементе адверзијалног (англосаксонског) кривичног поступка, захтева поседовање продубљених знања из области упоредног кривичног процесног права, уколико се жели ухватити у коштац са њеном научном обрадом. Квалитетом и обимом анализираних питања, Шкулић је показао да је један од најбољих савремених српских познавалаца управо кривичнопроцесне компаративистике, а поготово да суверено влада устројством и системом адверзијалне кривичне процедуре.¹⁴ Сама излагања правила поступка пред Међународним

¹¹ Пун наслов деветог поглавља гласи „Расна и друга дискриминација као кривично дело против човечности и других добара заштићених међународним правом“.

¹² Пун наслов десетог поглавља гласи „Тероризам и друга кривична дела терористичког карактера у глави XXXIV Кривичног законика Србије“.

¹³ Пун наслов једанаестог поглавља гласи „Друга међународна кривична дела у глави XXXIV Кривичног законика Србије“.

¹⁴ Шкулић је своја знања из области англосаксонског кривичног процесног права посебно показао на примеру кривичног процесног права САД, као данас типичног представника адверзијалне кривичнопроцесне традиције, које је на системски начин обрадио у својој недавно објављеној монографији *Основи кривичног права Сједињених Америчких Држава* (2021, 242–357).

кривичним судом прате систематику уобичајену за уџбенике из кривичног процесног права – најпре се излажу правила која спадају у његов општи, а потом и правила која чине његов посебни део. У том смислу аутор најпре излаже¹⁵ о надлежности Међународног кривичног суда те о основним процесним субјектима и њиховим функцијама, а затим прелази на анализу појединих стадијума и фаза поступка. Шкулић се не либи ни да на одређена решења из Римског статута и/или Правила о поступку и доказима изнесе примедбе, те тако, примера ради, критици излаже решење према којем је предвиђено да, осим стручњака за кривично право, кандидати за судије Међународног кривичног суда потпуно равноправно могу бити и стручњаци из неких других области међународног права које по својој садржини нису кривичноправне (међународно хуманитарно право и међународно право људских права), будући да се од судија Међународног кривичног суда очекује да решавају питања кривичноправног карактера (524–525). Уз то, као још један пример ауторове критике актуелних решења поступка пред Међународним кривичним судом можемо навести указивање на недовољну регулисаност питања изрицања казне (661–662).

У тринаестом поглављу књиге говори се о међународном кривичном извршном праву.¹⁶ То је област која је, као уосталом и кривично извршно право уопште, неправедно запостављена у науци, иако има несумњив значај за „затварање круга“ кривичноправне реакције на криминалитет.¹⁷ У том смислу, Шкулић излаже и анализира још увек донекле рудиментарна правила међународног кривичног извршног права.

Четрнаесто поглавље, „Међународна кривичноправна помоћ“, подељено је на четири целине. Најпре је дат кратак осврт на теоријска питања међународне правне помоћи у кривичним стварима, те се у том смислу наводи њена традиционална теоријска подела на малу и велику

¹⁵ На овом месту указујемо на то да је излагање о начелима поступка пред Међународним кривичним судом садржано у првом поглављу књиге, непосредно након излагања о начелу материјалног међународног кривичног права (76–102).

¹⁶ Пун наслов тринаестог поглавља гласи „Елементи међународног кривичног извршног права“.

¹⁷ У литератури се, наиме, истиче да је „сврха прописивања и изрицања кривичних санкција и њиховог извршења јединствена, што указује на садржинску повезаност материјалног (и процесног, прим. А. Ш.) и извршног кривичног права“ (Срзентић, Стајић, Лазаревић 1986, 11).

кривичноправну помоћ (700–701). Потом се аутор бави општим правилима, али и посебним врстама међународне кривичноправне помоћи у кривичном праву Републике Србије. Након тога укратко се излаже о Интерполу и његовој улози у поступцима међународне кривичноправне помоћи. Последња целина у том поглављу бави се међународном сарадњом и кривичноправном помоћи са Међународним кривичним судом.

Последње, петнаесто поглавље¹⁸ посвећено је кривичном праву Европске уније као праву у (потенцијалном) настајању.¹⁹ Као посебне целине обрађују се основни заједнички кривичноправни механизми на нивоу ЕУ, деловање Суда правде ЕУ у кривичноправној области и основи међународне кривичноправне помоћи на нивоу ЕУ.

Осврт на теме којима се Шкулић у овој књизи бавио још једном потврђује на почетку изражену констатацију – да је то најсвеобухватније системско дело из области међународног кривичног права икада објављено на српском језику. Сам начин на који је аутор приступио тим темама је такав да се оне максимално приближавају читаоцу, и то не само оном који је стручњак из области кривичног права, већ у великој мери и читаоцима-лаицима. Наиме, осим већ наглашене систематичности рада, Шкулић пише јасним, прецизним језиком, без непотребних убичајених фраза, што његов текст чини пријемчивим и занимљивим за читање. Квалитету самог рада значајно доприноси и веома опширна коришћена литература, што домаћа, што страна,²⁰ и немали број обрађених одлука из судске праксе националних и међународних судова.

Иако постоје извесне зебње у том погледу, што оправдано, што неоправдано, ипак сматрамо да ће међународно кривично право опстати као посебна грана права те да ће се даље развијати већом или мањом

¹⁸ Пун наслов петнаестог поглавља гласи „Основни кривичнопроцесни/кривичноправни механизми на нивоу Европске уније и зачеци кривичног права ЕУ“.

¹⁹ Напомињемо да је Шкулић основне теоријске поставке о кривичном праву ЕУ, те свој начелни став о њима, изнео у првом поглављу књиге (37–38).

²⁰ Обимности, квалитету и актуелности коришћене литературе значајно су допринели истраживачки студијски боравци аутора у Немачкој, поготово у два наврата (2003–2005. и 2019) на Институту за инострано и међународно кривично право „Макс Планк“ у Фрајбургу (који је недавно преименован у Институт за истраживање криминалитета, безбедности и права „Макс Планк“), на основу истраживачке стипендије, односно алумни програма Хумболтове фондације.

брзином²¹ те да је неопходно наставити са даљом едукацијом српских правника у тој дисциплини. Имајући то у виду, чини нам се неспорним да ће ово ново, капитално Шкулићево дело не само у годинама, већ и у деценијама које долазе представљати најзначајније средство за стицање продубљених знања из међународног кривичног права.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Бабић, Милош. 2011. *Међународно кривично право*. Бања Лука: Правни факултет у Бањој Луци.
- [2] Срзентић, Никола, Александар Стајић, Љубиша Лазаревић. 1986. *Кривично право Социјалистичке Федеративне Републике Југославије – општи део*. 13. издање. Београд: Савремена администрација.
- [3] Стојановић, Зоран. 2017. *Међународно кривично право*. 10. издање. Београд: Правна књига.
- [4] Шкулић, Милан. 2005. *Међународни кривични суд: надлежност и поступак*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [5] Шкулић, Милан. 2020. *Међународно кривично право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [6] Шкулић, Милан. 2021. *Основи кривичног права Сједињених Америчких Држава*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

²¹ И у литератури се констатује да „остаје реална нада да ће Међународни кривични суд даљим развојем међународног кривичног права постати респектабилна институција, чије ће избегавање сваку државу коштати бар дела њеног угледа који ужива у међународној заједници“ (Стојановић 2017, 186), односно да је „међународно кривично право постало самостална правна дисциплина која је ненадомјестива за сузбијање оних облика савременог криминала који угрожавају основне вриједности човјечанства, а посебно оних најопаснијих којима се државе појединачно нису у могућности адекватно супротставити“ (Бабић 2011, 27).

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

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

У *Аналима* се објављују научни чланци, критичке анализе, коментари судских одлука, прилози из међународног научног живота и прикази. Прихватају се искључиво аналитички, а не дескриптивни прикази научних и стручних књига.

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: <https://anali.rs/eticki-kodeks/>.

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: <https://anali.rs/uputstvo-za-autore/?lang=en>.

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 курзив

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.

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

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

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

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

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

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

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

(видети посебно Бакић 1959)

(Станковић, Орлић 2014)

Један аутор

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

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

T: 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.

T: Васиљевић (2007, број стране),

Л: Васиљевић, Мирко. 2007. *Корпоративно управљање: правни аспекти*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Два аутора

T: 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.

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

Л: Станковић, Обрен, Миодраг Орлић. 2014. *Стварно право*. Београд: Номос.

Три аутора

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

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

Више од три аутора

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

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

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

Л: Варади, Тибор, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, Владимир Павић. 2012. *Међународно приватно право*. 14. издање. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

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.

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

T: 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

T: 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), *P:* Поповић, Дејан. 2018. *Пореско право*. 16. издање. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Навођење броја издања није обавезно.

Поновно издање – репринт

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

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

Чланак

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

Т: 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.

Т: 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.

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

Л: Орлић, Миодраг. 10/2010. Субјективна деликтна одговорност у српском праву. *Правни живот* 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.

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.

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

Л: Schmalenbach, Kirsten. 2018. Article 2. Use of Terms. 29–*Л:* Томић, Јанко, Саша Павловић. 2018. Упоредноправна анализа прописа у области радног права. Радни документ бр. 7676. Институт за упоредно право, Београд.

T: (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

T: Као што тврди Дамњановић (2017),

Л: Дамњановић, Вићентије. 2017. Писмо аутору, 15. јануар.

T: (Welch 1998)

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

Стабилни интернет протокол (URL)

T: 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.

T: 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.

T: (Spier 2003, број стране)

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

Прихваћено за објављивање

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

L: Петровић, Марко. Прихваћено за објављивање. Права мањинских акционара у контексту функционисања скупштине акционарског друштва. *Правни живот*.

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

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

Судска пракса

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

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

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

Закони и други прописи

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

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– (Нови Сад : Сајнос). – 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), Миролуб 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 рецензента, 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 0003-2565



БУЛЕВАР КРАЉА АЛЕКСАНДРА 67
11000 БЕОГРАД
СРБИЈА
anali@jus.bg.ac.rs
anali.rs