

АРХИВ

ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

2

БЕОГРАД
2022.

**АРХИВ
ЗА
ПРАВНЕ
И
ДРУШТВЕНЕ
НАУКЕ**

2
БЕОГРАД
2022.

АРХИВ ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ
ARCHIVE FOR LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

Основаан 1906.

ИЗДАЈЕ

Савез Удружења правника Србије и Републике Српске и
Институт за политичке студије
Адреса: Крунска 74, Београд; Светозара Марковића 36, Београд
Телефони: 011/2446-910; 011/3039-380
Е-mail Редакције: arhiv@ips.ac.rs

ISSN 0004-1270 УДК 34 Број 2/2022 Година 117

DOI: <https://doi.org/10.22182/apdn.22022>

Главни и одговорни уредник
проф. др Владан ПЕТРОВ

Заменик главног и одговорног уредника
проф. др Милан ЈОВАНОВИЋ

РЕДАКЦИЈА

проф. др Владан ПЕТРОВ, проф. др Бранко РАКИЋ,
проф. др Небојша ШАРКИЋ, проф. др Милан ЈОВАНОВИЋ,
проф. др Сретен ЈУГОВИЋ, проф. др Вања БАЈОВИЋ, др Бојан ТУБИЋ,
проф. др Милош СТАНКОВИЋ, др Милош СТАНИЋ,
др Драган ТРАИЛОВИЋ, Ђорђе МАРКОВИЋ

Секретари часописа

др Богдана СТЈЕПАНОВИЋ, Јована МИСАИЛОВИЋ, Војислав БАЧАНИН

САВЕТ

председник Академије наука и умјетности
Републике Српске (АНУ РС) Рајко КУЗМАНОВИЋ,
академик АНУ РС Мирко ВАСИЉЕВИЋ, академик АНУ РС Витомир ПОПОВИЋ,
проф. др Гжегорж ПАСТУШКО, проф. др Рената ДЕСКОСКА,
проф. др Миодраг ОРЛИЋ, проф. др Драгор ХИБЕР, др Живојин ЂУРИЋ,
проф. др Зоран Томић, проф. др Милан ШКУЛИЋ, др Боса НЕНАДИЋ,
проф. др Саша БОВАН, проф. др Никола МОЈОВИЋ,
проф. др Маријана ДУКИЋ МИЈАТОВИЋ, проф. др Драгана КОЛАРИЋ,
проф. др Бојан МИЛИСАВЉЕВИЋ, Ирена МОЈОВИЋ,
др Јован ЋИРИЋ, Катарина МАНОЈЛОВИЋ АНДРИЋ, Јелена ИВАНОВИЋ,
проф. др Александар В. ГАЈИЋ, проф. др Дарко СИМОВИЋ

ЧАСОПИС ИЗЛАЗИ ТРОМЕСЕЧНО

Прелом и штампа – Ситопринт, Житиште
Тираж: 50

Радове објављене у овом часопису није дозвољено прештампавати, било у целини, било у деловима, без изричите сагласности издавача. Оцене изнесене у чланцима лични су ставови њихових писаца и не изражавају мишљење уредништва, нити установа у којима су аутори запослени.

ARCHIVE FOR LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

Established 1906.

PUBLISHERS

Union of Lawyers Associations of Serbia and Republika Srpska
and Institute for Political Studies
Address: Krunska 74, Beograd; Svetozara Markovića 36, Beograd
Phones: 011/2446-910; 011/3039-380
E-mail: arhiv@ips.ac.rs

ISSN 0004-1270 UDK 34 No 2/2022 Year 117

DOI: <https://doi.org/10.22182/apdn.22022>

Editor in chief

Prof. dr Vladan PETROV

Deputy of editor in chief

Prof. dr Milan JOVANOVIĆ

EDITORIAL BOARD

Prof. dr Vladan PETROV, prof. dr Branko RAKIĆ,
prof. dr Nebojša ŠARKIĆ, prof. dr Milan JOVANOVIĆ,
prof. dr Sreten JUGOVIĆ, prof. dr Vanja BAJOVIĆ, dr Bojan TUBIĆ,
prof. dr Miloš STANKOVIĆ, dr Miloš STANIĆ,
dr Dragan TRAILOVIĆ, Đorđe MARKOVIĆ

Secretary of Editorial board

dr Bogdana STJEPANOVIĆ, Jovana MISAILOVIĆ, Vojislav BAČANIN

COUNCIL

President of the Academy of Sciences and Arts
of the Republika Srpska (ASA RS) Rajko KUZMANOVIĆ,
academician of the ASA RS Mirko VASILJEVIĆ,
academician of the ASA RS Vitomir POPOVIĆ, dr. hab. Grzegorz PASTUSZKO,
prof. dr Renata DESKOSKA, prof. dr Miodrag ORLIĆ,
prof. dr Dragor HIBER, dr Živojin ĐURIĆ, prof. dr Zoran TOMIĆ,
prof. dr Milan ŠKULIĆ, prof. dr Bosa NENADIĆ, prof. dr Saša BOVAN,
prof. dr Nikola MOJOVIĆ, prof. dr Branislav RISTIVOJEVIĆ,
prof. dr Dragana KOLARIĆ, prof. dr Marijana DUKIĆ MIJATOVIĆ, Irena MOJOVIĆ,
dr Jovan ĆIRIĆ, Katarina MANOJLOVIĆ ANDRIĆ,
Jelena IVANOVIĆ, prof. dr Aleksandar V. GAJIĆ, prof. dr Darko SIMOVIĆ

THE JOURNAL IS PUBLISHED QUARTERLY

Print – Sitoprint, Žitište
Circulation: 50

Papers published in this journal may not be printed, either in whole or in parts, without the consent of the publisher. The observations given in the articles are the personal views of their writers and do not express the opinion of the editorial board or the institutions where the authors are employed.

АРХИВ

ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ

БРОЈ 2

АПРИЛ – ЈУН 2022.

ГОД. 117 СТР. 1-154

САДРЖАЈ

УВОДНА РЕЧ УРЕДНИКА.....9

ЧЛАНЦИ

1. Zehra ODYAKMAZ, Bayram KESKIN – THE FUTURE OF STATES FACING THE COVID-19: THE THOUGHT OF CONSTITUTIONALISM AND A REVIEW IN TERMS OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW.....13
2. Владан ПЕТРОВ – КАКО ДО ПРАВИХ ИСТАКНУТИХ ПРАВНИКА У ПРАВОСУДНОМ САВЕТУ.....37
3. Снежана РАДОВАНОВИЋ – КОНСЕНЗУС И ЊЕГОВА ПРИМЕНА У ЈАВНОМ ПРАВУ.....55
4. Миљана ЈАКОВЉЕВИЋ – КУЛТУРНА АПРОПРИЈАЦИЈА УПРКОС ГАРАНТОВАНОМ ПРАВУ НА КУЛТУРНО НАСЛЕ.....75
5. Ружица КИЈЕВЧАНИН – О ИЗБОРУ СУДИЈА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ.....95

ПАРЛАМЕНТАРНА ХРОНИКА

1. Мирослав ЂОРЂЕВИЋ – СУСПЕНЗИВНИ ВЕТО НА НЕЦЕЛИСХОДАН ЗАКОН (ЗАКОН О ИЗМЕНАМА И ДОПУНАМА ЗАКОНА О ЕКСПРОПРИЈАЦИЈИ).....119

ПРИЛОЗИ

1. Војислав М. БАЧАНИН – КРАТКО ПОДСЕЋАЊЕ НА ДЕЛО ЉУБОМИРА С. ДУКАНЦА И ЊЕГОВЕ СТАВОВЕ О ПРЕДМЕТУ ЈАВНИХ ФИНАНСИЈА.....123

ИЗ НАШЕ БАШТИНЕ

1. Љубомир С. ДУКАНАЦ – НАУКА О ФИНАНСИЈАМА НА ПРЕКРЕТНИЦИ.....133

IN MEMORIAM

1. Слободан ПАНОВ – ЗБОГОМ : IN MEMORIAM
ОЛИВЕР Б. АНТИЋ (1950-2022).....139
2. Владимир ВУЛЕТИЋ – ТРИ ЖИВОТНЕ ИСКРЕ ЈЕДНОГ
БЛИСТАВОГ УМА : IN MEMORIAM
ОЛИВЕР Б. АНТИЋ (1950-2022).....143
3. Милош СТАНКОВИЋ – ХВАЛА ВАМ, ПРОФЕСОРЕ :
IN MEMORIAM ОЛИВЕР Б. АНТИЋ (1950-2022).....145

ARCHIVE FOR LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

№ 2

APRIL – JUNE 2022.

YEAR 117 PAGE 1-154

CONTENTS

EDITOR'S WORD.....9

ARTICLES

1. Zehra ODYAKMAZ, Bayram KESKIN – THE FUTURE OF STATES FACING THE COVID-19: THE THOUGHT OF CONSTITUTIONALISM AND A REVIEW IN TERMS OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW.....13
2. Vladan PETROV – HOW TO GET REAL PROMINENT LAWYERS IN THE JUDICIAL COUNCIL?.....37
3. Snežana RADOVANOVIĆ – THE APPLIANCE OF CONSENSUS IN PUBLIC LAW.....55
4. Miljana JAKOVLJEVIĆ – CULTURAL APPROPRIATION DESPITE RIGHT TO CULTURAL HERITAGE.....75
5. Ružica KIJEVČANIN – ON ELECTION OF JUDGES IN THE REPUBLIC OF SERBIA.....95

PARLIAMENTARY CHRONICLE

1. Miroslav ĐORĐEVIĆ – A SUSPENSIVE VETO ON AN INEXPEDIENT LAW (THE LAW ON AMENDMENTS TO THE LAW ON EXPROPRIATION).....119

NOTES

1. Vojislav M. BAČANIN – A BRIEF REMINDER OF THE WORK OF LJUBOMIR S. DUKANAC AND HIS VIEWS ON THE SUBJECT OF PUBLIC FINANCE.....123

FROM OUR HERITAGE

1. Ljubomir S. DUKANAC – THE SCIENCE OF FINANCE AT A TURNING POINT.....133

IN MEMORIAM

1. Slobodan PANOV – GODSPEED : IN MEMORIAM
OLIVER B. ANTIĆ (1950-2022).....139
2. Vladimir VULETIĆ – THREE LIFE SPARKS OF A BRILLIANT
MIND : IN MEMORIAM OLIVER B. ANTIĆ (1950-2022).....143
3. Miloš STANKOVIĆ – THANK YOU PROFESSOR : IN MEMORIAM
OLIVER B. ANTIĆ (1950-2022).....145

РЕЧ УРЕДНИКА

Насловна страна *Политике* од 23. јула 2022. године: „Рат који мења свет“ – 150 дана од почетка сукоба у Украјини“. Како год овај сукоб квалификовали, било као агресију Руске федерације на Украјину, било као специјалну операцију Руске федерације у Украјини – једно је сигурно – то је рат. А сваки рат носи собом смрт великог броја невиних људи, огромна материјална разарања, колективну духовну патњу и економску пустош. То је и посебан рат по много чему. Рат који се дубоко у 21. веку води на тлу Европе. Рат који се, формално, води између једне велике силе и једне релативно мале европске државе, која је по свим параметрима далеко од Европе „организоване“ у Европску унију. Суштински, то је рат светских размера (у неким својим аспектима, макар по економским последицама, али свакако не само по њима), а не чини се погрешним рећи – и светски рат. Не улазећи у питање ко све у њему учествује и на које све начине, то је, без сумње, рат после којег свет неће бити исти.

У ствари, тај свет већ сада није исти. Какав је он сада или какав ће бити, тешко је у овом моменту одговорити, јер, преовлађујуће заснован на принципима глобализма, одржава се на многим „химерама“, лажним истинама и истинитим лажима, тако да мислећи савременици (којих је, чини се, мање него икад) и не могу да одреде његове битне опште карактеристике. Живимо у доба „плагијата“, али не само научних, чије је „откривање“ последњих година у Србији постало једно од главних средстава личног обрачунавања у академском, и не само академском, свету, већ и разних „фалсификата“ који нам долазе из виртуелног света друштвених мрежа и других облика квази-јавне комуникације. Такав свет је последица одсуства система који доиста почива на универзалним хуманистичким идејама.

Живимо у свету у којем демократија, људска права, владавина права, култура дијалога и толеранције, изгледају као празне „љуштуре“. Но, чак и као такве, оне су једине „тачке ослонца“, готово сасвим згасли „светионици“ који нам ипак показују пут ка заједници у којој би државе и њихови грађани сарађивали макар на економском и културном, а, следствено томе, и на политичком плану. Стога, требало би озбиљно узети у обзир све концепте који воде приближавању народа, било ужих – регионалних, било ширих – европских. Има, дакако, и у њима противречности, али и потребе за новом и друкчијом дипломатијом која ће кроз процесе правог дијалога и компромиса обезбедити ширење простора слободне размене роба, услуга, капитала и култура.

Време је, дакле, да се сложније него у прошлом и на почетку овог века подрже процеси који воде унапређењу сарадње, јачању економског партнерства, културе мира и узајамног поштовања у различитостима. Ту подршку, малу, али постојану, очекујем да ће пружати и наш часопис у наредним бројевима, бавећи се темама које сам споменуо, као и свим другим које могу да послуже да процеси мира и стабилности завладају на различитим просторима (од бившег југословенског, преко регионалног до европског – јер, време је да Европа ојача).

Овај број започињемо једном од тема које су нас у последње три године највише заокупљале: пандемијом *COVID-19* и њеним утицајем на област људских права и конституционализма. Насловни рад дело је узоритих аутора и великих пријатеља Зехране Одиакмаз (*Zehra Odyakmaz*) и Бајрама Кескина (*Bayram Keskin*), професора угледних правних факултета у Турској. Са њиховим коауторским радом отпочиње процес „интернационализације“ нашег *Архива*. Поред ове, и у овом броју доминира једна национална тема од прворазредног значаја за јачање Србије као правне државе – реформа правосуђа (о њој у радовима Владана Петрова и Ружице Кијевчанин). Бавимо се и једним од основних принципа у демократији – принципом консензуса (Снежана Радовановић), као и културним правима (тема културне апропријације, младе ауторке Миљане Јаковљевић). Остајемо одани и националној правној традицији – у области јавних финансија и финансијског права важан допринос пружио је професор Правног факултета у Београду Љубомир Дуканац, о чијем кратком и научно садржајном животу пише Војислав Бачанин. Овај број завршавамо једином неминовношћу – суочавањем са физичком смрћу. Три *In memoriam*-а тројице професора Правног факултета Универзитета у Београду, по ко зна који пут, потврђују да универзитетски професори настављају свој живот кроз дела својих ученика и да се тај живот, по правилу, не подударе са оним реалним, али, свакако, у њему има полазиште.

На крају, да најавим и изазовну јесен. *Архив* ће морати да се мења и јача: кадровски, технички, организационо. Мораћемо да потражимо и одговор на питање колико Савез Удружења правника Републике Српске и Удружења правника Републике Србије може стварно да подржи такво настојање. У супротном, или ће период од 2019. до 2022. године бити убележен у историји нашег научног издаваштва као замало успешан повратак великог часописа или ће *Архив* морати да пронађе неки други пут да би се даље развијао. Верујем у ову другу опцију, са или без нас који смо с великим прегалаштвом и љубављу вратили *Архив* на велику

сцену научних часописа из области друштвених наука, на којој, без сумње, заслужује једно од водећих места.

проф. др Владан Петров, главни и одговорни уредник
У Београду, јуна 2022. године

Zehra ODYAKMAZ*
Ufuk University Law School

УДК 616.98:578.834/:341.231
DOI: <https://doi.org/10.22182/apdn.22022.1>
Оригинални научни рад

Bayram KESKIN**
Faculty Of Law, Kocaeli University

THE FUTURE OF STATES FACING THE COVID-19: THE THOUGHT OF CONSTITUTIONALISM AND A REVIEW IN TERMS OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW

*Epidemics are like sign-posts from which the statesman of stature can read that a disturbance has occurred in the development of his nation. -
Rudolf Virchow****

- Abstract -

The Covid 19 pandemic, which started in 2020 and spread to the world, has become an important issue of international politics. In this context, the social, economic and political effects of the pandemic constitute the focal point of global discussions. During the pandemic, some states preferred to declare a state of emergency, and in states that did not declare a state of emergency, governments began to use “extraordinary powers”. These powers began to be perceived as powers transferred to ordinary constitutional orders over time. It

* Author is professor at Ufuk University Law School, Chairwoman of Public Law Department, Head of Administrative Law Department. Email: odyakmaz.zehra@gmail.com.

** Author is professor at Kocaeli University, Faculty of Law Dean, Head of Administrative Law Department. Email: bayram.keskin@kocaeli.edu.tr.

*** It is not a verbatim translation. “Epidemics are like sign-posts from which the statesman of stature can read that a disturbance has occurred in the development of his nation that not even careless politics can afford to overlook” (Virchow 1985, 115, German pathologist). Rudolf Virchow, “Collected Essays on Public Health and Epidemiology”, Rather LJ, Canton, MA 1985, p.22, Science History Publications.

is observed that the measures taken in these states can also exceed the rules of the ordinary constitutional order. Constitutional courts and/or high courts of many countries may find some measures taken by governments to be unconstitutional. In this study, examples from Hungary and Israel practices and the decisions of the US and Indian high courts regarding the measures taken by the governments will be discussed. In addition, the issue of the normalization of the emergency powers and the claim that the declaration of the state of emergency is a measure that the political powers take advantage of pandemics and crises will be mentioned. A further projection as a result of the exercise of the powers related to the state of emergency is also related to participation in the political processes: In the context of remote voting, the right to a fair trial, the principle of publicity of the hearings, and the ability of citizens to attend the hearings in their homes are positive developments in terms of public interest. In the end, what is certain is; after the Covid 19 pandemic, constitutional orders will continue by keeping changing.

Key Words: Covid 19 pandemic, democratic rights, state of emergency, constitutional law, constitutionalism.

1. INTRODUCTION

As of the end of June 2020, with the number of approximately 9,500,000 cases and 500,000 deaths¹, Covid-19 (Corona Virus Disease-2019) had spread almost all over the world.

On January 30, 2020 this pandemic has been declared as “Public Health Emergency of International Concern – PHEIC”² by the World Health Organization (WHO), the specialized agency of the United Nations (UN) in the field of health, with the International Health Regulations (IHR)³

¹ For information see: <https://covid19.who.int/>, 15.05.2022.

² International Health Regulations (IHR), adopted by the Assembly of the World Health Organization (WHO) in 2005 and in force since June 2007 is a binding document on the prevention and control of the international spread of diseases. For the document, see. United Nations, Treaty Series, V. 2509, p. 79 etc.; Also see. World Health Organization, International Health Regulations (2005), Third Edition, 2016, <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/246107/9789241580496-eng.pdf>, 15.05.2022. In the World Health Assembly held in 1995, it was stated that a new regulation should be made to replace the old regulation dated 1969, taking into account the developments in international trade and transportation, the re-emergence of international disease threats and the increase in other public health risks. Especially with the emergence of Severe Acute Respiratory Syndrome (SARS), the first public health emergency of the 21st century, and the subject of international concern, this process was accelerated and the IHR dated 2005 was made. [World Health Organization, IHR (2005), p. 1].

³ The Emergency Committee established by the WHO Director-General in accordance with Article 48 of the IHR offers opinions on whether an event constitutes a public health emergency of

Emergency Committee's⁴ Status Report of the Second Meeting of the New Coronavirus (2019-nCoV) Outbreak⁵.

On March 11, 2020, when the first case of the new coronavirus disease was detected in Turkey, it was stated by WHO that the situation became a pandemic⁶. The Covid-19 pandemic, which has spread all over the world, has become the most important issue of international politics. The occurrence of the pandemic and the social, economic and political effects of the pandemic constitute the focal point of the discussions in the global media. In particular, there is a lot of discussion in academic and political circles about how the pandemic will affect the future of states.⁷

The coronavirus, also known as the Covid-19 pandemic⁸, poses a challenge of the magnitude that modern states faced for the first time after the industrial revolution. Although many constitutions and international conventions give the relevant authorities the necessary power to declare a state of emergency in various crisis situations⁹, including dangerous

international concern, the termination of a public health emergency of international concern, and the publication, amendment, extension or termination of proposed interim recommendations.

⁴ Public Health Emergency of International Concern – PHEIC is defined in Article 1 of the IHR as an extraordinary event involving a disease that poses a public health risk to other States through international spread, and which is determined to require coordinated international response. For the Ministry of Health's announcement on the subject, see. <https://www.seyahatsagligi.gov.tr/Site/HaberDetayi/2222>, 15.05.2022.

⁵ For the announcement about the subject, see. WHO, Statement on the Second Meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee Regarding the Outbreak of Novel Coronavirus (2019-nCoV) [Jan. 30, 2020], [https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)), 15.05.2022.

⁶ For the WHO Director-General's statement, see. <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>, 14.05.2022.

⁷ Ahmet Görgeç, „Küreselleşme ve Ulus Devlet Tartışmaları Bağlamında COVID 19 Pandemisi Sonrası Dünya Düzeni (World Order After the COVID 19 Pandemic in the Context of Globalization and Nation-State Debates)”, Kafkassam, 2020/05/06, p.1, <https://kafkassam.com/kuresellesme-ve-ulus-devlet-tartismalari-baglaminda-covid-19-pandemisi-sonrasi-dunya-duzeni.html>, 15.05.2022.

⁸ The World Health Organization (WHO) defines Covid-19 as a pandemic. The related concept in the constitution “epidemic”, seems to be an inclusive term that includes the sub-divisions of epidemic and pandemic, rather than a technical medical term. In his related study, Tolga Şirin determines that the word “epidemic” in the English translation of the 1982 Constitution on the official website of the Ministry of Justice is considered as pandemic, and in the English translation on the official website of the Turkish Grand National Assembly, it is defined as epidemic. Moreover, referring to the relevant work in the Consultative Assembly that prepared the 1982 Constitution, he states that the term epidemic disease in the Constitution covers both epidemic and pandemic. Tolga Şirin,, „Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş (Introduction to Constitutional Fight Against Dangerous Epidemics)”, *Anayasa Hukuku Dergisi* (Constitutional Law Journal), Vol. 9, No. 17/2020, pp. 53-54.

⁹ For instance, Turkish Constitution art.119/1: “*In the event of...outbreak of dangerous epidemic diseases the President of the Republic may declare state of emergency in one region or nationwide*

pandemics, only some of the states struggling with the Covid-19 pandemic have chosen to declare a state of emergency¹⁰. On the other hand, it is observed that even in states that have not declared a state of emergency governments use “extraordinary powers”¹¹. However, the need to take measures on an unprecedented scale, created by the Covid-19 pandemic on the modern state apparatus, poses important problems in terms of constitutionalism and constitutional law.

From the aforementioned perspective, the first thing that comes to mind is the possibility that political powers may use the sociological situation created by the dangerous pandemic situation for their own political interests and arbitrarily expand their spheres of power¹². However, dangerous pandemics undoubtedly bring up the positive obligations of the state arising from the nature of the social state. It is important how the Supreme Courts and Constitutional Courts, whose vital roles in ordinary constitutional orders become more evident in times of crisis, will adopt an attitude towards the executive organs, which outstand with their extraordinary powers in the event of a dangerous pandemic. Again, it is seen that the measures taken within the scope of combating the Covid-19 pandemic necessitate alternative practices in the constitutional organization of the state. The first ones that leap to mind are the transfer of the functioning of the courts to virtual environments, the innovations that this phenomenon can create in terms of the right to a fair trial and the accountability of the judicial body, the postponement of the elections as a temporary solution, as well as the participation in the

for a period not exceeding six months.” In parallel the European Convention on Human Rights art. 15/1: “In time of war or other public emergency threatening the life of the nation any High Contracting Party may take measures derogating from its obligations under this Convention to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law”.

¹⁰ Ferejohn and Pasquino point out that contemporary constitutional-democratic states tend not to declare a state of emergency. See, John Ferejohn, Pasquale Pasquino, „The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 2, No. 2/2004, pp. 215-216. Turkey is one of the countries that prefer to spend this process within the constitutional framework of the ordinary period. However, as can be seen below, it is seen that many states have declared state of emergency during the Covid-19 pandemic. For up-to-date and interactive information on states that have declared state of emergency, see. Center for Civil and Political Rights, “State of Emergencies in Response to the Covid-19 Pandemic”, <https://datastudio.google.com/u/0/reporting/1sHT8quopdfavCvSDk7t-zvqKISOLju0/page/dHMKB>, 15.05.2022.

¹¹ Alan Greene, “State of Emergency: How Different Countries are Invoking Extra Powers to Stop the Coronavirus”, *The Conversation*, <https://theconversation.com/state-of-emergency-how-different-countries-are-invoking-extra-powers-to-stop-the-coronavirus-134495>, 13.05.2022.

¹² Joelle Grogan, “Introduction & List of Country Reports”, *VerfBlog*, 2020/4/06, <https://verfassungsblog.de/introduction-list-of-country-reports/>, 15.05.2022. This source is the introductory article of an online symposium where the extraordinary powers used by states in the fight against Covid-19 are examined country by country from the perspective of democracy, human rights and the rule of law. In this context, various country reports can be accessed from the relevant link.

political processes through remote methods such as virtual environment or mail. Of course, comparative observations about the state of emergency administrations and how the states use their extraordinary powers will also provide us with data about the future of this situation.

In line with the expectations that the challenging experience will not be short¹³ or last¹⁴ for the foreseeable future, it can be thought that both the measures taken and the alternative methods applied may leave permanent effects on the constitutional order of the states.¹⁵

2. CONSTITUTIONAL POSITION OF GOVERNMENTS IN THE FACE OF THE COVID-19 PANDEMIC

In the process of combating Covid-19 or similar dangerous pandemics, ahead of democratic societies there is a need to be balanced. The necessity of protecting public health on the one hand, and not violating fundamental rights and freedoms on the other, forms the basis of this need for balance.

However, in fact, it can be thought that the problems brought by the fight against dangerous pandemics also reveal a problem at the same level as their history, which gave birth to constitutionalism and therefore constitutional law. The idea of constitutionalism and constitutional law was built on the search for horizontal accountability of state¹⁶ by limiting the state by law.

In line with the thesis that “Every power tends to expand its area continuously unless it is limited by balance-control mechanisms”¹⁷, which can be considered as the basic motto of constitutionalism, many lawyers, journalists, and intellectuals have already drawn attention to the possibility that governments can see the Covid-19 pandemic as an opportunity and expand their areas of power in an unconstitutional way, in other words, usurp (power-grabbing) and similarly violating fundamental rights and freedoms under the guise of security.

¹³ <https://www.trtworld.com/life/coronavirus-will-be-with-us-for-a-long-time-who-35663>, 15.05.2022.

¹⁴ Bill Gates, „The Next Outbreak? We’re not Ready”, https://www.ted.com/talks/bill_gates_the_next_outbreak_we_re_not_ready/up-next, 15.05.2022.

¹⁵ For the predictions of historian Yuval Noah Harari, see. <https://edition.cnn.com/videos/tv/2020/03/15/yuval-noah-harari-amanpour-cnn-coronavirus.cnn>, 13.05.2022.

¹⁶ For the concept of horizontal accountability, see. Ergun Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi* (Constitutionalism and Democracy), Yetkin Yayınları, İstanbul, 2015, pp. 7-8, 79-83.

¹⁷ The original of this argument is as it is quite famous in the constitutionalism literature “Power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely”. Lord Acton, „Letter to Bishop Mandell Creighton, (April 5, 1887)” <https://history.hanover.edu/courses/excerpts/165acton.html>, 15.05.2022.

Although some states struggling with the Covid-19 pandemic have chosen not to declare a state of emergency in this process, some authors argue that at least some of the executive powers currently vested in ordinary constitutional orders are essentially powers of the state of emergency at their source¹⁸. Accordingly, these powers which have historically emerged as state of emergency powers, are understood as powers transferred to ordinary constitutional orders in the course of time¹⁹.

Undoubtedly, this situation obscures the meaning of the existence of the “state of emergency”, unlike the ordinary constitutional order. Because, the state of emergency means a state that requires going beyond the ordinary, in other words, beyond the normal constitutional functioning, and it contains elements such as “protection” and “duration/temporariness”²⁰. Using such powers without declaring state of emergency thus means normalizing the state of emergency²¹. According to Greene, these powers, used without the declaration of a state of emergency, essentially ensure that their “quarantining effect” disappears²². Moreover, according to the “ratchet effect theory” developed by economist Robert Higgs, governments enlarge the expansion and scope of their powers in times of crisis, however, when the crisis is over, the expanded powers are not withdrawn to their pre-crisis scope. Governments do not want to give up their accustomed powers and thus a new status quo is formed. ‘Like a mechanical ratchet that can only go in one direction, government rarely shrinks, but grows’²³. In the United Kingdom, which did not declare a state of emergency, at the government’s request, parliament passed a law in less than a week giving the government “emergency powers”²⁴. On the other hand, considering the

¹⁸ For Giorgio Agamben’s classical work on this subject, see. Giorgio Agamben, *State of Exception*, (translated by Kevin Attell), The University of Chicago Press, Chicago, 2005.

¹⁹ Giorgio Agamben, *State of Exception*, *op. cit.*, pp. 11-22.

²⁰ John Ferejohn Pasquino Pasquale „The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers”, *op. cit.*, p. 212. Kemal Gözler, on the other hand, uses the term state of exception or crisis to express the reasons that lead to the extraordinary administration procedures in general and expresses the elements of the concept as 1) the threat, 2) the proportionality, 3) the unpredictability and 4) the temporary. See. Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. II (General Theory of Constitutional Law, V. II)*, Bursa 2011, pp. 380-383. Both classifications are intended to provide essentially the same result: The state of emergency is a regime of extraordinary measures put into practice in order to return to the ordinary order in the face of a crisis that is foreseen to be unable to be dealt with in the ordinary order.

²¹ Alan Green, “State of Emergency: How Different Countries are Invoking Extra Powers to Stop the Coronavirus”, *op.cit.*

²² *Ibid.*

²³ Chrystie Swiney, “Will Governments Use Pandemic Emergency Orders to Expand Their Powers Indefinitely?”, *Washington Post*, <https://www.washingtonpost.com/politics/2020/06/01/will-governments-use-pandemic-emergency-orders-expand-their-powers-indefinitely/>, 15.05.2022.

²⁴ These powers are for six months and can be renewed by parliament. However, it will expire in a

rise of authoritarian regimes that are currently being observed all over the world, it is not difficult to think that the restricted right of assembly and demonstration can be converted to other purposes, for example, in order to prevent the spread of the virus.

However, there is no doubt that the understanding of the welfare state, which became widespread especially after the World War II, imposes an obligation on the executive body to intervene in social life in line with the relevant purpose.²⁵

Consequently, there are places where both perspectives are right. However, the problem remains. A record on the limitation of fundamental rights and freedoms in the 1982 Constitution of the Republic of Turkey is an explanatory example of this situation. According to article 13 of the 1982 Constitution, fundamental rights and freedoms can only be limited by law. However, in accordance with article 104/17 of the 1982 Constitution, it has been decreed that regulations can be made regarding the part of fundamental rights and freedoms that regulate social and economic rights, with the Presidential decrees, which is an example of the autonomous regulatory authority of the executive body. Regarding this provision, which is in line with his regulation on the institution of the Decree-Law, a Turkish scientist stated that the regulatory authority of the executive (Presidential decree for the post-2017 period) referred to in Article 13 may not be a “limitation” but a “regulation”. He draws attention to the fact that the said authority is an authority given to the executive body to fulfill the positive obligations of the social state.²⁶

On the other hand, although a legal state of emergency has not been declared, it is claimed by lawyers²⁷ that the measures taken by many states struggling with the Covid-19 pandemic created a de facto state of emergency and exceeded the requirements of the ordinary constitutional order, and also in many countries by applications made to judiciary and civil society and by important sections of the public²⁸. In the same manner, many Constitutional

maximum of two years in any case. See. Alan Green, “State of Emergency: How Different Countries are Invoking Extra Powers to Stop the Coronavirus”, *op.cit.*

²⁵ Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu *et al.*, *Turkish Constitutional Law Pursuant to 1982 Constitution*, 17. Edition, İstanbul 2018, pp 110-111.

²⁶ Fazıl Sağlam, “Kanun Hükümünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları: Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar (The Limits of the Power of Decree-Law: Problems that May Occur from the Spread of Practice)”, *Anayasa Yargısı*, V. 1, 1984, pp. 268-269. For the current discussion based on Fazıl Sağlam’s argument, see. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku, Turkish Constitutional Law*, 2. Edition, Bursa 2018, pp. 310-312.

²⁷ Tolga Şirin, “Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş”, *op. cit.*, p. 131.

²⁸ Saskia Brechenmacher, Thomas Carothers, Richard Youngs, “Civil Society and the Coronavirus: Dynamism Despite Disruption”, 21.04.2020, Carnegie Endowment for International Peace, <https://carnegieendowment.org/2020/04/21/civil-society-and-coronavirus-dynamism-despite-disruption>

Courts and Supreme Courts may find some measures taken by governments to be unconstitutional.²⁹

Therefore, it can be said that the first issue that emerged in the process of combating the Covid-19 pandemic, whether or not the state of emergency was declared, is the re-emergence of the problem that gave birth to constitutionalism with a new face. Today, as at the end of the 18th century, the main solution to this problem is a strong civil society composed of conscious citizens and the functioning of balance-control mechanisms in the state organization, especially judicial review.

The modern state of emergency is almost as old as the concept of the modern constitution³⁰. It appeared for the first time in France during revolution as a precaution against war and armed uprising³¹. Later, during and after the First World War³², especially with the concept of “war” becoming ambiguous with established analogies (for example, “war against the economic depression”³³), the powers specific to the states of emergency were transferred to ordinary periods by the political powers³⁴. In this respect, while these preferences of democratic states that have not declared a state of emergency can be explained by their trust in their democratic constitutional order at first glance, it can also be explained from a critical-academic point of view that contemporary democratic constitutional orders have already undertook the emergency powers even in ordinary times.

A basic indicator that can be used in this regard is that in the event of an official declaration of state of emergency, the powers of the state of emergency are limited to the scope of the state of emergency in terms of place and duration (sunset clauses)³⁵. However, if the aforementioned claim

pub-81592, 15.05.2022.

²⁹ For instance Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina (see. <https://balkaninsight.com/2020/04/22/bosnia-court-rules-against-movement-curbs-on-minors-seniors/>); Constitutional Court of Kosovo (see. <https://exit.al/en/2020/03/31/constitutional-court-rules-against-kosovo-governments-restrictive-coronavirus-measures/>); South African Supreme Court (see. <https://www.bbc.com/news/world-africa-52904043>) (Dates of access: 14.05.2022).

³⁰ Giorgio Agamben, *State of Exception*, *op. cit.*, p. 5.

³¹ *Ibid.*, p. 5 and et. al.

³² *Ibid.*, p. 7.

³³ The likening of the economic depression to war, and therefore the assumption of extraordinary powers, was carried out by President Roosevelt in the USA. Giorgio Agamben, *State of Exception*, *op. cit.*, pp. 22-23. For Roosevelt’s related speech, see. Franklin D. Roosevelt, *The Public Papers and Addresses*. Vol. 2, Random House, New York, 1938, pp. 14-15.

³⁴ For example, in France in 1924, the parliament’s transfer of legislative powers to the executive with a four-month time limit was described by the opposition as “equivalent to the parliament’s renunciation of its constitutional powers”. Giorgio Agamben, *State of Exception*, *op. cit.*, p.13.

³⁵ However, according to Swiney, among the countries declaring a state of emergency, Costa Rica, Hungary, Poland, Slovenia and the USA do not have expiration dates. See. Chrystie Swiney, “Will Governments Use Pandemic Emergency Orders to Expand Their Powers Indefinitely?”, *op. cit.*

is to be adopted, the transfer of powers that can be considered as a state of emergency power in material terms to the ordinary period will actually make these powers free from the relevant limitations³⁶. In line with this argument, the use of emergency powers while not officially declaring a state of emergency can be considered as the arbitrary management tendency of the political powers rather than the confidence of the democracies in their resilience.

Regarding this issue, it is also possible to say that the political powers are suggesting Covid-19 as a motive, thus increasing their authoritarian qualities in a way and creating a state of emergency from this situation. According to an evaluation made from the perspective of sovereignty and biopolitics, an important concept put forward by Michel Foucault, It has been stated that this state of confusion created by Covid-19 can strengthen the authoritarian character of states through new methods, and this may lead to the formation of an instrumentalized state of exception that has been accepted by the society³⁷. Moreover, it has been argued that the regimes, which have a techno-authoritarian³⁸ state structure, are governed by a technocrat bureaucracy, have laws but the state is exempt from these, and derive their power from economic growth, will or won't be more successful than other state models in the later stages of the pandemic process.³⁹

Undoubtedly, if the relevant practice is in this direction, civil society and the courts responsible for judicial review are under a historical obligation in such times whether a state of emergency is declared or not. However, correspondingly, it can be argued that in such situations, where the security and well-being of the society are under threat, it will be more difficult than

³⁶ In this regard, Greene gives the Patriot Act, which was enacted after the September 11 attacks in the USA, as an example of the ineffectiveness of time-limits. Although this law was originally conceived to be repealed on 31 December 2015, some controversial provisions are still in effect. Alan Green, "State of Emergency: How Different Countries are Invoking Extra Powers to Stop the Coronavirus", *op. cit.*

³⁷ For more information on this, see. Giorgio Agamben, "The Invention Of An Epidemic", *The European Journal of Psychoanalysis*, 2020/02/26, <https://www.journal-psychoanalysis.eu/coronavirus-and-philosophers/>, 14.05.2022.

³⁸ This concept, which is also called as digital authoritarianism, refers to a model in which the society is monitored by the state, the information obtained is stored in the digital environment, and thus the behaviors of the citizens are directed. "Social Credit System" implemented in China, where information about individuals is collected by the state in a way that covers almost every aspect of life, and citizens have some advantages or disadvantages according to the resulting point system, can be given as an example of this. For more information, see. Min Jiang, "Authoritarian Informationalism: China's Approach to Internet Sovereignty", *SAIS Review of International Affairs*, Vol. 30, No. 2/2010, pp. 71-89. (Project MUSE Project MUSE - Authoritarian Informationalism: China's Approach to Internet Sovereignty (jhu.edu)) 14.05.2022.

³⁹ Sönmez Köksal, "Covid-19 Sonrası Devlet-Rejim Tartışmaları, ABD, Çin ve BM (State-regime debates after Covid-19, USA, China and UN)", *Yetkin Report*, 2020/04/29, <https://yetkinreport.com/2020/04/29/covid-19-sonrasi-devlet-rejim-tartismalari-abd-cin-ve-bm/>, 15.05.2022.

normal/ordinary for the said centers to act and show a high sensitivity due to the socio-psychological reasons mentioned. Measures and future projections for the Covid-19 pandemic should be evaluated on such a background.

Hungary is one of the states that should be mentioned especially in terms of both its chronological priority and the gravity of the example. When the Covid-19 pandemic broke out, Hungary had already been under a state of emergency against the “migrant crisis” since 2016 – with the government’s six-month extension⁴⁰. Still, on March 11, 2020, the government declared a “state of danger due to pandemic”. Although the Hungarian Constitution, which regulates the state of emergency in great detail (art. 48-54), does not count pandemic disease (or “immigrant crisis” and similar reasons) among the reasons for the declaration of the state of emergency, the government has declared state of emergency in these matters based on Article 15 of the Constitution, which gives it vague powers⁴¹. Meanwhile, since the executive act of 11 March 2020 has a 15-day period without legislative approval, the government brought the “Coronavirus Protection Law”, which gave it broad powers, to the parliament on 23 March 2020 and demanded that it be discussed immediately. The relevant law, which could not be discussed immediately due to the resistance of the opposition, was only adopted by the parliament on 30 March 2020. Since it did not enter into force within the 15-day period, the executive’s “state of danger due to the pandemic” declaration was automatically abolished on March 26, 2020. However, the Hungarian government was able to put into effect procedures restricting the freedom of travel between 26-30 March without a state of emergency or seeking increased powers.⁴²

The Coronavirus Protection Act is a problem in itself. Above all, it gives the government the power to bypass the parliament and rule by decree, including changing laws and suspending the implementation of current laws⁴³. The prime minister will decide when the crisis will end (remember that the state of emergency against the “immigrant crisis” has been in effect for four years and has been extended every six months), and

⁴⁰ For “state of crisis” in the terminology used in the Hungarian Constitution, see. Kriszta Kovács, “Hungary’s Orbánistan: A Complete Arsenal of Emergency Powers”, *VerfBlog*, 2020/4/06, <https://verfassungsblog.de/hungarys-orbanistan-a-complete-arsenal-of-emergency-powers>, 13.05.2022.

⁴¹ Kriszta Kovács, “Hungary’s Orbánistan: A Complete Arsenal of Emergency Powers”, *op. cit.*; Hungarian Constitution art. 15: “*The government exercises powers not expressly vested in any other state body by law*”.

⁴² Kriszta Kovács, “Hungary’s Orbánistan: A Complete Arsenal of Emergency Powers”, *op. cit.*; Gábor Halmay, Kim Lane Scheppele, “Don’t Be Fooled by Autocrats!: Why Hungary’s Emergency Violates Rule of Law”, *VerfBlog*, 2020/4/22, <https://verfassungsblog.de/dont-be-fooled-by-autocrats>, 14.05.2022.

⁴³ *Ibid.*

elections and referendums will not be held during this period⁴⁴. The law also amends Hungary's Penal Code; reorganizes a crime and a new crime is defined⁴⁵. The first of these (that is, the provision that is the subject of the amendment) provides for a prison sentence of up to five years for publishing false and distorted news that interferes with the government's "successful protection" of the public⁴⁶. Again, the vague new definition of crime is the crime of interfering with the implementation of the measures taken by the Hungarian government in its fight against the pandemic⁴⁷. In a state with an already weak press freedom record, there are concerns that the relevant provision, together with the vague wording of the law, will be used as another tool of intimidation by the government against the free press⁴⁸. As a matter of fact, government spokespersons see no harm in labeling people who are skeptical of the measures taken by the government as "preventing the fight against the pandemic", similar to the expressions in the definition of crime mentioned above⁴⁹. At the same time, the related crimes will not only be of a temporary nature to cover the state of emergency, but will remain in force after the pandemic as a permanent part of the legal order.⁵⁰

On the other hand, the control of extraordinary powers and the right of citizens to apply to the court seem to have practically disappeared in Hungary. With the Decree No. 74/2020, the Hungarian government determines which court and how it will work during the state of emergency and on which issues new lawsuits can be filed. (For example, a lawsuit cannot be filed with a claim for compensation during the state of emergency⁵¹). According

⁴⁴ Kriszta Kovács, "Hungary's Orbánistan: A Complete Arsenal of Emergency Powers", *op. cit.*

⁴⁵ Csaba Györy, "Fighting Fake News or Fighting Inconvenient Truths?: On the Amended Hungarian Crime of Scaremongering", *VerfBlog*, 2020/4/11, <https://verfassungsblog.de/fighting-fake-news-or-fighting-inconvenient-truths>, 15.05.2022.

⁴⁶ Györy acknowledges that some elements of this provision, which are still criticized today, have been in force for decades and that preventing the spread of "fake news" against the epidemic can be seen as a positive regulation. However, he states that the re-arrangement did not improve any of the elements of the provision that was subject to criticism in its old version, and made it more open to abuse by the government. *Ibid.*

⁴⁷ For the English translation of the related law, see. <https://hungarianspectrum.org/2020/03/21/translation-of-draft-law-on-protecting-against-the-coronavirus/>, 13.05.2022. Although the translation was made while the law was in draft form, there was no change in the accepted law. See.: Gábor Halmai, Kim Lane Scheppelle, "Don't Be Fooled by Autocrats!: Why Hungary's Emergency Violates Rule of Law", *op. cit.*

⁴⁸ Kim Lane Scheppelle, "Orban's Emergency", *VerfBlog*, 2020/3/29, <https://verfassungsblog.de/orbans-emergency/> (Date of access: 15.05.2022); GYÖRY, Csaba: *ama*.

⁴⁹ Csaba Györy, "Fighting Fake News or Fighting Inconvenient Truths? On the Amended Hungarian Crime of Scaremongering", *op. cit.*

⁵⁰ Kriszta Kovács, "Hungary's Orbánistan: A Complete Arsenal of Emergency Powers", *op. cit.*

⁵¹ Gábor Halmai, Kim Lane Scheppelle, "Don't Be Fooled by Autocrats!: Why Hungary's Emergency Violates Rule of Law", *op. cit.*

to Halmai and Scheppele, “The courts of first instance in Hungary nowadays are either de facto closed – or optionally open, depending on whether [Prime Minister] Orban wants it or not⁵²”. Thus, although the Constitutional Court is open during the state of emergency pursuant to article 54/2 of the Hungarian Constitution, the means of appealing to the Constitutional Court seem blocked or ineffective⁵³.

Another state that is currently facing the Covid-19 pandemic under a state of emergency is Israel⁵⁴. Benjamin Netanyahu’s government, who served as the interim government in Israel during the days when the pandemic began to be widely seen, frequently applies to the army and national security institutions within the scope of the measures taken against Covid-19. In addition to social distance-based measures, the government has also made a temporary arrangement to follow the movements of people who have positive Covid-19 test. Accordingly, other people who approach the people who is tested positive for Covid-19 will be able to be detected. The mentioned technology was originally produced for national security purposes and is used by the army and the national security agency called the General Security Service. Since the technology is currently considered “confidential”, the government has also given its use under Covid-19 to the General Security Service rather than to civilian authorities⁵⁵. Although the government measure is temporary, it is a violation of the right to privacy due to its nature. With a state of emergency decree issued on March 12, 2020, the work of the courts was restricted and it was decided that only urgent matters would be discussed. Based on this Covid-19 measure, the criminal case against Prime Minister Benjamin Netanyahu for alleged bribery, which was supposed to begin five days later, has been postponed⁵⁶. The trial, which was expected to take several years, began on May 24, 2020⁵⁷. Meanwhile, on May 6, 2020, the Israeli Supreme Court decided that Netanyahu could be appointed to form the government upon the application made by the opposition.⁵⁸

⁵² Ibid.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Israel declared a state of emergency in 1948 when it was established, and the state of emergency has been extended ever since.

⁵⁵ For details, see. Tamar Hostovsky: “Israel’s Perfect Storm: Fighting Coronavirus in the Midst of a Constitutional Crisis”, VerfBlog, 2020/4/07, <https://verfassungsblog.de/israels-perfect-storm-fighting-coronavirus-in-the-midst-of-a-constitutional-crisis/>, 15.05.2022.

⁵⁶ Tamar Hostovsky Brandes, “Israel’s Perfect Storm: Fighting Coronavirus in the Midst of a Constitutional Crisis”, VerfBlog, 2020/4/07, <https://verfassungsblog.de/israels-perfect-storm-fighting-coronavirus-in-the-midst-of-a-constitutional-crisis/>, 15.05.2022.

⁵⁷ See. <https://www.timesofisrael.com/netanyahu-trial-divides-israelis-as-rival-rallies-held-in-jerusalem/>, 13.05.2022.

⁵⁸ Tamar Hostovsky Brandes, “Is it the Court’s Role to Save a Country from Itself?: On the Israeli

3. SUPREME COURTS AND CONSTITUTIONAL COURTS IN THE FACE OF THE COVID-19 PANDEMIC

Examples on tendency of political powers to expand their spheres despite the Covid-19 pandemic can easily be increased⁵⁹. However, it is the balance-control mechanisms that determine whether the governments will take action to realize this tendency that they can carry within their bodies or whether they will be successful in this direction. Undoubtedly, the first ones that come to mind here are the Constitutional Courts and the Supreme Courts.

Here, two Supreme Court decisions will be briefly discussed in order to exemplify the situation. The purpose of giving these examples is that; in one of the decisions (USA) the Supreme Court highlights the local political power in the fight against Covid-19, while in the other (India) the Supreme Court's detailed inquiry into the government stands out.

On May 29, 2020, the U.S. Supreme Court ruled in the case named *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom* (No. 19A1044), regarding a dispute about the measures taken to combat Covid-19). To briefly mention the event that is the subject of the decision; In the US state of California, with an executive order by the state governor Gavin Newsom, in line with the Covid-19 measures, gatherings in places of worship were limited to 25% capacity of the mentioned place or a maximum of 100 people. South Bay United Pentecostal Church located in California, filed a lawsuit on the grounds that this decision violated its respective rights protected in Annex I to the US Constitution. The Supreme Court of the United States decided to dismiss the case with 5 to 4 votes⁶⁰.

In his separate concurring opinion, US Supreme Court Chief Justice JG Roberts states that similar or stricter restrictions apply to secular gatherings such as lectures, concerts, theater and movie screenings where large-scale groups come together in close proximity for long periods of time, but laxer measures are taken where individuals are not together in large groups and for a long time, such as markets, banks, laundry. Chief Justice Roberts, in his perhaps more striking statements regarding our subject, stated the following:

“The sensitive question of when restrictions on certain social activities should be lifted during the pandemic is a dynamic and fact-intensive issue that contains reasonable incomprehensibility. Our Constitution entrusts the “safety and health of the people” for the purpose of “protecting and

Supreme Court's Rejection of the Petitions Against Netanyahu”, VerfBlog, 2020/5/12, <https://verfassungsblog.de/is-it-the-courts-role-to-save-a-country-from-itself/>, 15.05.2022.

⁵⁹ Joelle Grogan, “Introduction & List of Country Reports”, *op. cit.*

⁶⁰ *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom*, 590 U. S. 1, 2 (2020), https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/19a1044_pok0.pdf, 14.05.2022.

guarding” primarily to State officials who may be held politically responsible. *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U. S. 11, 38 (1905). While these officials are ‘obligated to act [...] in areas fraught with/full of medical and scientific uncertainties’, their latitude ‘must be particularly broad’. *Marshall v. United States*, 414 U. S. 417, 427 (1974). Unless these broad limits are exceeded, they should not be subject to second-guessing by an “unelected federal judiciary” who lacks the [necessary] background, competence and expertise in making public health assessments and who cannot be held accountable to the public. *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 U.S. 528, 545 (1985).⁶¹

What is particularly remarkable here is the US Supreme Court’s acceptance that, in pandemics such as Covid-19, which is full of medical and scientific uncertainties, the political power has broad powers that are responsible for being accountable to the public due to the volatile/inconsistent nature of the effects of the pandemic, and that these broad powers may involve reasonable disagreement. Unless these broad limits are exceeded, the “unelected federal” judiciary is, so to speak, secondary to the “local” political power in the field regarding the necessity of measures. Therefore, according to the Supreme Court, both state of being elected -therefore political accountability-, and locality -in other words the state government vis-à-vis the central government - are the main decision-makers. However, it should be remembered that the decision was taken 4 out of 5. In the dissenting opinion drafted by Judge Brett Kavanaugh, it was argued that the related decree violated the free exercise of religion protected in Annex I of the US Constitution by making discrimination on the basis of religion, based on the same comparison made by Chief Justice Roberts between assembly in places of worship and secular assemblies.⁶²

Therefore, in this decision of the US Supreme Court regarding a measure taken within the scope of Covid-19, with a small margin of 5 to 4, it can be said that the Supreme Court experienced an internal tension. This tension can be seen in the above passage quoted from Chief Justice Roberts. A judicial body has some basic duties in an epidemic such as Covid-19, which has no known treatment and vaccine, and is fraught with medical and scientific uncertainties. These basic duties will be carried out under the control of the authorities incurred by the political power. One of these main duties is how much an interrogative and intervening role the higher judicial bodies, which are to carry out the constitutional control of power, should play.

⁶¹ Ibid.

⁶² Ibid.

Undoubtedly, the internal dynamics of the relevant country and the jurisprudence of the relevant Supreme Court or Constitutional Court are also of great importance in the problem. For example, as mentioned above, judicial review in Hungary could be neutralized. Even if a related legal action of the Hungarian government goes before the Constitutional Court, the expectations from the Constitutional Court, whose many members are appointed by the same power, are negligible⁶³. On the other hand, in a country like India that has historically tense relations with political powers, the Supreme Court of India⁶⁴, which has signed a case law such as the Basic Structure Doctrine, has adopted a questioning attitude towards the political power on the same issue⁶⁵. It will be possible to observe in the near future how the Constitutional Courts and Supreme Courts will proceed on such issues as they come before them and whether there will be similarities in their orientations.

4. IMPRESSIONS OF THE FUTURE IN THE LINE OF DEVELOPMENTS OBSERVED IN CONSTITUTIONAL ORDERS

As the famous German philosopher G. W. F. Hegel briefly stated in the preface to his work “The Elements of the Philosophy of Right” (Grundlinien der Philosophie des Rechts), “Owl of Minerva flies at dusk/ The owl of Minerva spreads its wings only with the falling of the dusk”⁶⁶. Here, what Hegel means by the owl of Minerva flying after the end of the day, which is the symbol of virtue and philosophy means that, the safe interpretation of the events and the making of structural inferences - or perhaps in other words, the interpretation of the big picture - is not possible in the process of living experience, but only “when reality completes its development process and makes itself ready”⁶⁷. However, a few predictions can be made by looking at the developments.

⁶³ Gábor Halmaj, Kim Lane Scheppele, “Don’t Be Fooled by Autocrats!: Why Hungary’s Emergency Violates Rule of Law”, *op. cit.*

⁶⁴ Burt Neuborne, “Supreme Court of India”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 1, No. 3/2003, pp. 476-510.

⁶⁵ In one of its decisions regarding the Covid-19 measures, the Supreme Court of India has decided to abolish and end the complaints and prosecutions brought against “migrant workers” by the central government and states for violating the curfew and ordered train services to be arranged for the workers who had to walk to reach their homes due to prohibitions and to be delivered to their homes within 15 days. <https://www.thehindu.com/news/national/coronavirus-lockdown-migrant-workers-should-not-be-prosecuted-says-supreme-court/article31784841.ece>, 06.07.2020.

⁶⁶ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Philosophy of Right*, (translator: S. W. Dyde), Batoche Books, Kitchener, 2001, p. 20.

⁶⁷ *Ibid.*

Because although it is stated that the problem encountered at the beginning of this study actually presents the fundamental problem of constitutionalism with a new face, the problem ahead is just as new. The fact that the complex social relations network, which is the main determinant of contemporary state orders, has such a disruption for the first time, makes it necessary for governments to seek new solutions. In this context, it is necessary to focus on the nature of the state of emergency, participation in political processes and the functioning of judicial processes, which are especially important in terms of constitutional law.

The phenomenon of normalization of emergency powers was mentioned above. Again, the example of Hungary, which declared a state of emergency and rendered the political and judicial control over the state of emergency ineffective, was also discussed above. Here, in this direction, the statistical data on the states that declared or did not declare a state of emergency in the face of the Covid-19 pandemic and their interpretation will be discussed.

Based on the Covid-19 State of Emergency Data database⁶⁸, Alejandro Cortés-Arbelaéz states that, out of 173 countries covered in the database as of May 22, 2020, 83 (47.98%) declared state of emergency, 38 (21.97%) did not declare state of emergency and there is no information about 52 countries (30.05%)⁶⁹. Bjørnskov and Voigt state that as of 19 April 2020, 98 countries declared state of emergency⁷⁰. These authors also classified the countries that declared a state of emergency as democratic and autocratic and found that 54% of democratic states and 33% of autocratic states declared a state of emergency in the face of Covid-19⁷¹. The first conclusion to be drawn from this is that democratic states are more open to declaring a state of emergency than autocratic states. This should not be surprising when we consider that the state of emergency is open to effective balance-control instruments in the constitutional orders of democratic states. However, Bjørnskov and Voigt subject countries to another classification. Accordingly, while the constitutions of some states give wide-ranging powers to governments such as dissolving parliament and adjourning elections, some constitutions grant more limited powers⁷².

⁶⁸ Center for Civil and Political Rights, “State of Emergencies in Response to the Covid-19 Pandemic”, *op. cit.*

⁶⁹ Alejandro Cortés-Arbelaéz: “Pandemic and States of Emergency: A Comparative Perspective”, *International Journal of Constitutional Law, Blog*, May 22, 2020, <http://www.icconnectblog.com/2020/05/pandemic-and-states-of-emergency-a-comparative-perspective/>, 13.05.2022.

⁷⁰ Christian Bjørnskov, Stefan Voigt, “The State of Emergency Virus”, *VerfBlog*, 2020/4/19, <https://verfassungsblog.de/the-state-of-emergency-virus>, 13.05.2022.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*

The authors draw a number of conclusions based on this. First, they determined that governments that have the capacity to benefit more from the powers granted by the state of emergency are more likely to declare state of emergency. Secondly, states that give more powers in state of emergency declare state of emergency more quickly. Finally, it has been observed that compared to other states, the states to which the state of emergency gives more authority, have fewer detected cases at the time of the declaration of the state of emergency. In particular, this latest data reveals that there is no clear link between the declaration of state of emergency and the seriousness of the situation compared to the states that did not declare state of emergency⁷³. In other words, the concerned states apply to the declaration of the state of emergency in order to gain broad powers rather than absolute necessity. For example, Sierra Leone has even declared state of emergency for one year, without a single detected case in the country⁷⁴.

Therefore, it can be said that the declaration of the state of emergency is a precautionary measure applied by the political powers, although not always. In this regard, Bjornskov and Voigt, citing Japan as an example, argued that states would loosen the criteria for declaring a state of emergency, and hence more state of emergency declarations would be observed in the future after the pandemic. In this manner, the authors pointed out that the understanding that legal actions and measures in the classical state of emergency should be temporary is eroding, and that many states are making regulations in a way that will remain in effect after the pandemic. In addition, it is stated that methods such as electronic monitoring, which are used due to developing technology, may permanently violate the right to privacy⁷⁵.

The main conclusion that emerges from all these is that the institution of emergency and actually extraordinary powers whether or not they are issued under an official state of emergency, is a matter that should be carefully considered and analyzed in terms of constitutional law, especially from the perspective of the rule of law and pluralist democracy.

Another forward-looking inference is about participation in political processes. Although concepts such as remote voting or internet democracy were circulated long before the Covid-19 process, it can be thought that these and similar methods may be used more in the future. Although it can be argued that physical presence in political participation processes has an inherent value, from another point of view, it can be claimed that accountability mechanisms can work more in the virtual environment. A

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Ibid.

prime example of this is when legislatures and local governments broadcast their sessions live on their official websites.

In fact, at this last point, it is the functioning of the judiciary, not the processes of political participation, where the review of execution manifests itself more clearly today. Although first-instance courts in many countries are working with a limited capacity as part of the fight against Covid-19, the Constitutional Courts and Supreme Courts continue their work. These courts, which are of vital importance for the advocacy of constitutional rights and where judicial review of the governments are carried out, continue to operate and hearings can be followed on online platforms such as Zoom. These new developments, which are historically a first, are important in the context of the right to a fair trial and accountability.

In the context of the right to a fair trial, the principle of publicity of hearings is the first thing that comes to mind. While it is a fact that the physical capacities of the courts are insufficient in many important cases, the fact that citizens can attend the hearings from their homes as spectators is undoubtedly a positive development in terms of public interest. Also, the awareness of judges and prosecutors that they are under public observation during the hearings, which can be recorded even in virtual environment and watched by hundreds of members of the public, may enable the judicial process to be carried out more meticulously and accurately.

However, such practices are not observed for the time being in the courts of first instance, where the ordinary citizen is the main addressee in legal disputes. Nevertheless, taking this path in cases of public importance by the Constitutional Courts and Supreme Courts, and the public benefits seen, may cause a wide demand for this method to continue to be applied even when returning to physical courtrooms, and also may expand this method to include first-instance courts in the future.

5. CONCLUSION

In this study, first of all, the position of the political powers within the scope of the fight against the Covid-19 pandemic, then how the high judiciary is positioned against the political power in the face of extraordinary conditions while taking on the role of supervision, and finally the alternative orientations that the Covid-19 pandemic necessarily created in the functioning of constitutional orders are tried to be examined both theoretically and with empirical examples.

In this manner, while especially the executive organs have an important role in the fight against the Covid-19 pandemic, it can be observed that this

crisis situation gives the political powers the opportunity to arbitrarily expand their own power areas and consolidate their power. With this perspective, as a result of the evaluation -in terms of constitutionalism- of the situation of declaring a state of emergency or using extraordinary powers without declaring state of emergency in the fight against dangerous pandemics, which is the reason for declaring state of emergency in many constitutions, it can be inferred that the state of emergency administrations, whose meaning is already vague and therefore normalizing, may multiply and become settled.

Obviously, whether the political powers act as required by the extraordinary conditions or realize their own unconstitutional political agenda depends to a large extent on the higher judicial bodies, which are responsible for supervising them. However, it can be thought that the higher judicial bodies may head towards two basic tendencies in crisis situations.

One of them is the decision of the US Supreme Court, which was given as an example. In this decision, the factors of majority vote, being local/on-site, having expertise and being elected, therefore having political responsibility were taken into consideration. Due to the existence of these elements, there is a tendency to accept that the political power has a wide-ranging authority. It should not be overlooked that we are faced with the Covid-19 epidemic, which has no treatment and vaccine (at that time) and is expected to remain for a long time. Therefore, there is a tendency not to view possible, reasonable disputes as unconstitutional in this direction.

The other decision is the exemplary decision of the US Supreme Court. In this decision, there is a tendency to question the political power in an intrusive way. Especially in the case of India, there is a trend that directly dominates the Covid-19 measures.

However, it is foreseen that in some countries, even if it comes before the high court, the relevant courts will not even be able to perform a real inspection against strong political powers. Whether one of these two trends will become more dominant or whether they will crystallize as two opposing schools remains to be seen.

Finally, within the scope of the fight against Covid-19, both the acts and actions of the executive and judicial organs, as well as the alternative methods used in the functioning of state institutions, provide the opportunity to make some predictions for the post-Covid-19 period. Before all, as explained above, more work will undoubtedly be done on the normalized state of emergency. In this respect, with criticisms from the perspectives of democracy, human rights and the rule of law, it is possible to try to prevent legal or de facto state of emergency administrations, which may be seen more in the future, or to try to draw their boundaries more clearly. Apart from this

lesson to be learned from the Covid-19 process, it can be expected that the practices that are seen for the first time or revived both in the processes of political participation and in the functioning of the courts will become more noticeable and permanent. Among these two, the publication of the cases heard by the High Courts, the fact that citizens can watch these hearings in a virtual environment, and moreover, this is easier than being physically present in a courtroom, which can be recorded as a positive development within the scope of the right to a fair trial in accordance with the principle of publicity of the hearings. And also the collective participation of citizens can contribute to the more rigorous judicial processes of judges and prosecutors with the awareness that they are under public observation. It can also be said that the continuance of these practices after returning to the physical hearings and spreading them especially to the lower courts will increase the aforementioned benefits so much more.

Perhaps the only thing that is certain among all these predictions is that the post-Covid-19 constitutional orders will not continue unchanged. However, time will tell whether this change will be of a nature that guarantees human rights, strengthens democracy and the rule of law, or whether the authoritarianism and human rights violations that were seen in many countries before Covid-19 will increase with ease.

BIBLIOGRAPHY

Agamben Giorgio, *State of Exception*, (translator: Kevin Attell), The University of Chicago Press, Chicago 2005.

Agamben Giorgio, “The Invention Of an Epidemic”, *The European Journal of Psychoanalysis*, 2020/02/26, <https://www.journal-psychoanalysis.eu/coronavirus-and-philosophers>.

Bjørnskov Christian, Voigt Stefan, “The State of Emergency Virus”, *VerfBlog*, 2020/4/19, <https://verfassungsblog.de/the-state-of-emergency-virus>.

Brandes Tamar Hostovsky, “Is It The Court’s Role To Save A Country from Itself?: On the Israeli Supreme Court’s Rejection of the Petitions Against Netanyahu”, *VerfBlog*, 2020/5/12, <https://verfassungsblog.de/is-it-the-courts-role-to-save-a-country-from-itself>.

Brandes Tamar Hostovsky: “Israel’s Perfect Storm: Fighting Coronavirus in the Midst of a Constitutional Crisis”, *VerfBlog*, 2020/4/07, <https://verfassungsblog.de/israels-perfect-storm-fighting-coronavirus-in-the-midst-of-a-constitutional-crisis/>.

Brechenmacher Saskia, Carothers Thomas, Youngs Richard, “Civil Society and the Coronavirus: Dynamism Despite Disruption”, 21/4/2020, Carnegie Endowment for International Peace, <https://carnegieendowment.org/2020/04/21/civil-society-and-coronavirus-dynamism-despite-disruption-pub-81592>.

Center for Civil and Political Rights, “State of Emergencies in Response to the Covid-19 Pandemic”, <https://datastudio.google.com/u/0/reporting/1sHT8quopfavCvSDk7t-zvqKIS0Ljju0/page/dHMKB>.

Cortés-Arbeláez Alejandro, “Pandemic and States of Emergency: A Comparative Perspective”, *International Journal of Constitutional Law*, Blog, May 22, 2020, <http://www.iconnectblog.com/2020/05/pandemic-and-states-of-emergency-a-comparative-perspective/>.

Ferejohn John, Pasquale Pasquino, “The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 2, No. 2, 2004, pp. 210-239.

Gates Bill, “The Next Outbreak? We’re not Ready (video)”, https://www.ted.com/talks/bill_gates_the_next_outbreak_we_re_not_ready/up-next.

Görgen Ahmet, “Küreselleşme ve Ulus Devlet Tartışmaları Bağlamında COVID 19 Pandemisi Sonrası Dünya Düzeni (World Order After the COVID 19 Pandemic in the Context of Globalization and Nation-State Debates)”, *Kafkassam*, 2020/5/06, <https://kafkassam.com/kuresellesme-ve-ulus-devlet-tartismalari-baglaminda-covid-19-pandemisi-sonrasi-dunya-duzeni.html>.

Gözler Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C.II (General Theory of Constitutional Law, V.II)*, Ekin Publishing House, Bursa, 2011.

Gözler Kemal, *Türk Anayasa Hukuku (Turkish Constitutional Law)*, 2. Edition, Ekin Publishing House, Bursa, 2018.

Greene Alan, “State of Emergency: How Different Countries are Invoking Extra Powers to Stop the Coronavirus”, *The Conversation*, <https://theconversation.com/state-of-emergency-how-different-countries-are-invoking-extra-powers-to-stop-the-coronavirus-134495>.

Grogan Joelle, “Introduction & List of Country Reports”, *VerfBlog*, 2020/4/06, <https://verfassungsblog.de/introduction-list-of-country-reports/>.

Györy Csaba, “Fighting Fake News or Fighting Inconvenient Truths?: On the Amended Hungarian Crime of Scaremongering”, *VerfBlog*, 2020/4/11, <https://verfassungsblog.de/fighting-fake-news-or-fighting-inconvenient-truths>.

Halmai, Gábor, Scheppele Kim Lane, “Don’t Be Fooled by Autocrats!: Why Hungary’s Emergency Violates Rule of Law”, *VerfBlog*, 2020/4/22, <https://verfassungsblog.de/dont-be-fooled-by-autocrats>.

Hegel Georg Wilhelm Friedrich: *Philosophy of Right*, (translator: S. W. Dyde), Batoche Books, Kitchener, 2001.

Jiang Min, “Authoritarian Informationalism: China’s Approach to Internet Sovereignty”, *S AIS Review of International Affairs*, Vol. 30, No. 2/2010, <https://muse.jhu.edu/article/403440>.

Kovács Kriszta, “Hungary’s Orbánistan: A Complete Arsenal of Emergency Powers”, *VerfBlog*, 2020/4/06, <https://verfassungsblog.de/hungarys-orbanistan-a-complete-arsenal-of-emergency-powers>.

Köksal Sönmez, “Covid-19 Sonrası Devlet-Rejim Tartışmaları, ABD, Çin ve BM (Post-Covid-19 State-Regime Debates, USA, China and UN)”, *Yetkin Report*, 2020/04/29, <https://yetkinreport.com/2020/04/29/covid-19-sonrasi-devlet-rejim-tartismalari-abd-cin-ve-bm/>.

Lord Acton, “Letter to Bishop Mandell Creighton, (April 5, 1887)” <https://history.hanover.edu/courses/excerpts/165acton.html>.

Neuborne Burt, “Supreme Court of India”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 1, No. 3/2003, pp. 476-510.

Özbudun Ergun, *Anayasalcılık ve Demokrasi (Constitutionalism and Democracy)*, İ. Bilgi University Publications, Istanbul, 2015.

Roosevelt Franklin D., *The Public Papers and Addresses*, Vol. 2, Random House, New York, 1938,

Sağlam Fazıl, “Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları: Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar (The Limits of the Power of Decree-Law: Problems That May Occur From The Spread Of Practice)”, *Anayasa Yargısı (Constitutional Jurisdiction)*, V. 1, 1984, pp. 261-271.

Scheppele Kim Lane, “Orban’s Emergency”, *VerfBlog*, 2020.3.29, <https://verfassungsblog.de/orbans-emergency/>.

South Bay United Pentecostal Church v. Newsom, 590 U. S. (2020) https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/19a1044_pok0.pdf.

Swiney Chrystie: “Will Governments Use Pandemic Emergency Orders to Expand Their Powers Indefinitely?”, *Washington Post*, <https://www.washingtonpost.com/politics/2020/06/01/will-governments-use-pandemic->

emergency-orders-expand-their-powers-indefinitely/.

Şirin Tolga, “Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş (Introduction to Constitutional Fight Against Dangerous Epidemics)”, *Anayasa Hukuku Dergisi (Journal of Constitutional Law)*, Vol. 9, No. 17/2020, pp. 43-146.

Tanör Bülent, Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku (Turkish Constitutional Law According to the 1982 Constitution), 17. Edition, Beta Publishing House, İstanbul 2018.

Virchow Rudolf, “Collected Essays On Public Health And Epidemiology”, *Rather Law Journal*, Vol. 1. Canton, MA Science History Publications, 1985.

World Health Organization, International Health Regulations (2005), Third Edition, 2016, <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/246107/9789241580496-eng.pdf>.

World Health Organization, Statement on the Second Meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee Regarding the Outbreak of Novel Coronavirus (2019-nCoV) [Jan. 30, 2020], [https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)).

INTERNET SOURCES

<https://balkaninsight.com/2020/04/22/bosnia-court-rules-against-movement-curbs-on-minors-seniors/>

<https://www.bbc.com/news/world-africa-52904043>

<https://edition.cnn.com/videos/tv/2020/03/15/youval-noah-harari-amanpour-cnn-coronavirus.cnn>.

<https://covid19.who.int/>

<https://exit.al/en/2020/03/31/constitutional-court-rules-against-kosovo-governments-restrictive-coronavirus-measures/>

https://www.hssgm.gov.tr/content/documents/uluslararasi_antlasmalar/Uluslararası%20Sağlık%20Tutuculuğu%20Yerine%20Koruyucu%20Tedbirler%20Hakkında%2019%20Nisan%202020%20Tarihinde%20Alınan%20Kararlar.pdf

<https://hungarianspectrum.org/2020/03/21/translation-of-draft-law-on-protecting-against-the-coronavirus/>

<https://www.seyahatsagligi.gov.tr/Site/HaberDetayi/2222>

<https://www.thehindu.com/news/national/coronavirus-lockdown-migrant-workers-should-not-be-prosecuted-says-supreme-court/article31784841.ece>

<https://www.timesofisrael.com/netanyahu-trial-divides-israelis-as-rival-rallies-held-in-jerusalem/>

<https://www.trtworld.com/life/coronavirus-will-be-with-us-for-a-long-time-who-35663>

[https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020.](https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020)

* Рад је примљен 08.06.2022. године, а прихваћен на састанку Редакције 12.07.2022. године.

КАКО ДО ПРАВИХ ИСТАКНУТИХ ПРАВНИКА У ПРАВОСУДНОМ САВЕТУ?

- Сажетак -

У овом раду, аутор анализира три кључна питања у вези са предметом рада. Прво, каква је правна природа правосудног савета као државног органа и која је његова права улога. Друго, шта је или ко је истакнути правник и у вези с тим – да ли га у нормативном смислу одредити као правни стандард или као законом прецизно дефинисани правни појам? Треће је питање како изабрати праве, а не псеудо-истакнуте правнике, при чему ово последње питање има свој процесно-правни, материјално-правни и културолошко-социолошки аспект. Према аутору, појам истакнутог правника треба схватити у ширем смислу, као лица које поред врхунских правно стручних знања и компетенција, има и одређена обележја тзв. екстерне и интерне истакнутости. Законодавац не треба да непосредно интервенише у појам истакнутог правника нити да га прецизира као такав, али он мора, поштујући и уставотворчев налог, да одреди услове, поред оних који су прописани Уставом, који ће ближе „нормативно описати“ будућег члана ВСС из реда истакнутих правника и који ће обезбедити да такав избор буде рационалан и оптималан.

Кључне речи: истакнути правник, правосудни савет, правосудни закони, чланови ВСС-а који нису судије, критеријуми инелигибилитета, независно судство, одговорно судство.

* Аутор је редовни професор на Правном факултету Универзитета у Београду. Електронска адреса аутора: vpetrov@ius.bg.ac.rs

1. УВОД

„Заиста, док ревидирани уставни амандмани (...) имају потенцијал да донесу значајну позитивну промену у српском правосуђу, много ће зависити од њихове имплементације. Актуелна уставна реформа је неопходан и важан први корак у процесу али не представља окончање процеса“.¹ То је, у најкраћем, коначна оцена Венецијанске комисије (у даљем тексту: ВК) изречена у *Ургентном мишљењу о ревидираним амандманима на Устав Србије у делу о правосуђу*, примљеном у децембру прошле године, на пленарној седници Комисије. Ако смо се тада у јавној дискусији која је вођена око уставних амандмана пре њиховог потврђивања на референдуму вербално „рвали“ у вези са квалификацијом мишљења ВК: да ли је оно скроз позитивно или начелно позитивно, али са одређеним примедбама, у тренутку писања овог рада то више није важно. Важно је, међутим, да у нашем друштву треба да постоји јасна свест о томе да смо и даље врло далеко од крајњег циља – независног, ефикасног и одговорног правосуђа, као нужне претпоставке европски уређене правне државе. Када су грађани у јануару ове године потврдили уставне амандмане, Србија је тад ушла у „правосудну европску лигу шампиона“, али ако жели да у њој остане мора донети квалитетне правосудне законе, који ће или удахнути живот уставним амандманима или их оставити да буду „мртво слово на папиру“ и, у најбољем случају, пример узоритих уставних решења у области правосуђа без икаквог практичног ефекта.²

Дефинисање не само нормативно квалитетног, већ и функционалног модела правосудног савета који ће бити компетентан и одговоран и који ће уживати ауторитет у стручној и широј, друштвеној јавности није изводљиво уколико се не да адекватан одговор на питање: шта су и ко су истакнути правници – та лица која ће у релевантном броју и са потенцијално снажним утицајем учествовати у раду како Високог савета судства (у даљем тексту: ВСС), тако и Високог савета тужилаштва (у даљем тексту: ВСТ). Размишљања у вези са овим питањем која ће бити изнета у овом раду су фрагментарна и недовољно систематична, нека подлежу преиспитивању и даљем личном и колективном промишљању, али би могла бити узета у обзир од стране оних којима је допао тај одговорни задатак да израде нацрте правосудних закона, задатак не мање захтеван и комплексан од оног

¹ Venice Commission, *Serbia Urgent Opinion on the Revised Draft Constitutional Amendments on the Judiciary*, CDL-AD (2021)048, p. 10.

² Вид. Мирјана Дерикоњић, „Уређење судства у наредних годину дана“, *Политика*, 23. јануар 2022. године.

прошлогодишњег рада на уставним амандманима. Због рационалности излагања, употребљаваћемо општи израз „правосудни савети“ и само реферирати на ВСС, иако се углавном, *mutatis mutandis*, наши ставови и оцене односе и на ВСТ.

Три су кључна питања у вези са члановима правосудног савета који се бирају међу истакнутим правницима. Прво, каква је правна природа правосудног савета као државног органа и која је његова права улога. Друго, шта је или ко је истакнути правник и у вези с тим – да ли га у нормативном смислу одредити као правни стандард или као законом прецизно дефинисани правни појам? Треће је питање како избрати праве, а не псеудо-истакнуте правнике, при чему ово последње питање има свој процесно-правни, материјално-правни и културолошко-социолошки аспект.

2. ПРАВОСУДНИ САВЕТ – ДРЖАВНИ ОРГАН SUI GENERIS И ГАРАНТ НЕЗАВИСНОГ И ДРУШТВЕНО ОДГОВОРНОГ СУДСТВА

Ако се баш не може рећи да је о правној природи правосудног савета написано онолико колико о Монтескјеовој подели власти или о америчком судском спору *Marbury v. Madison*, неспорно је да је од појаве идеје о правосудном савету почетком прошлог века о томе речено доста. Данас се зна да правосудни савет није орган извршне власти нити сме бити под било каквим непосредним утицајем политичких власти. То није ни орган судске власти или правосуђа у ширем смислу нити сме бити под доминантним утицајем те гране власти. Најчешће се одређује као државни орган *sui generis*.³ Правници тај израз воле, он се односи на много тога, а неретко суштински не казује ништа. Бити орган *sui generis* или себи својствен није комбинација добијена спајањем два елемента – политичког и судског или судског и „несудског“. То није ни нешто између, премда ми народи на Балкану, а нарочито у Србији, волимо тај израз или смо га, кроз историју, били принуђени да „заволимо“ и да често наше свакодневно понашање, а неретко и поступање државе и њених званичника опредељујемо као „нешто између“.⁴

Важно је за ову нашу тему да правосудни савет није и не сме да буде „нешто између“ – орган који балансира између извршне власти, којој не сме бити потчињен, и судске власти, којој нити сме да служи,

³ Вид. Дарко Симовић, Владан Петров, *Уставно право*, Криминалистичко-полицијска академија у Београду, Београд 2018, стр. 290-294.

⁴ Асоцијација на југословенски филм с почетка 80-их година прошлог века, под називом „Нешто између“, који је режирао Срђан Карановић.

нити да јој господари. *Правосудни савет је државни орган уникатне природе која настаје амалгамацијом или сједињавањем различитих састојака друштва, а не само судства, у јединствену материју. То је, у правом смислу, орган друштва, а не орган било које власти или њихова проста мешавина.* Зато ВК, и не само она, инсистира годинама на проналажењу одговарајућег баланса у односу између тзв. судијских и „несудијских“ чланова правосудног савета.⁵ Није поента у равнотежи између судијског и „несудијског“ елемента, него у креирању посебног јединства изниклог из сарадње судијског и „несудијског“ чланства усмереног ка истом циљу. Ком циљу? Делотворном одлучивању о судству у држави: не ради судства као таквог и његових привилегија, а поготово не ради индивидуалних судија, него ради креирања амбијента у којем ће судство бити у функцији друштва – тј. грађана и делотворне заштите људских права. Према томе, правна природа *sui generis* овог органа изражава неопходност конституисања и остваривања уставне функције која надилази независност судства као уставну вредност и која се може одредити као највиша друштвена одговорност судства: некада, поетски и филозофски, казано – одговорност за изрицање правде, а данас одговорност за заштиту и остваривање уставом зајемчених људских права и слобода. Само друштвено одговорно тело може да доноси стратешки важне одлуке на путу изградње независног правосуђа и правне државе. У светлости реченог, можда би нову уставну дефиницију ВСС-а ваљало допунити тако да гласи: „ВСС је независан државни орган који обезбеђује и јемчи независност и одговорност (јавну, друштвену)⁶ судова, судија, председника судова и судија поротника“. Због постизања тог надасве тешко остваривог циља – правосуђа одговорног друштву, а не актуелној политици, оној правој или оној судској, неопходно је изабрати истакнуте правнике у ово тело. Не било које, не обичне, не правне ни врхунске правне стручњаке, него истакнуте правнике – оне који су и правни зналци и истакнути чланови друштва. Нема дилеме да њих треба да буде у релевантном броју у правосудном савету и да они формално-правно треба да имају исте ингеренције као и судијски чланови савета. Тај циљ је већ остварен уставним амандманима. Онај други, који није непосредно записан, а то је креирање друштвено одговорног судства или, политичким речником

⁵ „Одговарајући баланс треба да се нађе између судија и чланова лаика (*lay member* није прикладан израз јер чланови који нису судије нису и лаици, *В.П.*).“ *Rule of Law Checklist*, &82, CDL-AD(2016)007. Вид. и: *Opinion on the Judicial System of Bulgaria*, &17, 20, 21, 23, CDL-AD(2017)018.

⁶ Речи означене курзивом не налазе се у Уставном амандману XII, *Службени гласник РС*, бр. 115/21.

казано, судства у интересу грађана, зависиће, у знатној мери, од тога шта су и ко су истакнути правници у ВСС-у.

3. ШТА ЈЕ ИЛИ КО ЈЕ ИСТАКНУТИ ПРАВНИК?

Шта је то истакнути правник? Реч је о само на први поглед једноставном, а у ствари врло сложеном питању, које, поред правног, има и свој филозофски, социолошки и културолошки аспект.⁷

Сам појам истакнути правник није нов у позитивном праву Србије. Он је уведен Уставом Србије из 2006. којим је предвиђено да је један од посебних услова, поред правничког искуства и година живота, и тај да кандидат за судију Уставног суда буде истакнути правник.⁸ Изворни текст Устава из 2006. није прецизније одредио значење овог појма. То није учињено ни Законом о Уставном суду из 2007. Тада није постојала воља да се појам истакнути правник законски прецизира. Стало се на становиште да је у питању правни стандард чија се конкретна садржина одређује приликом сваког избора, односно именованја за судију Уставног суда. У тадашњим политичким круговима, преовладало је схватање да је боље законом не прецизирати овај појам како би се Скупштини и председнику Републике, који бирају по пет судија, дао већи „маневарски простор“ при номиновању, односно избору кандидата. То потврђују и речи тадашњег министра правде Душана Петровића који је, између осталог, рекао да „парламент процењује ко су истакнути правници“, мислећи на избор пет судија са листе од 10 кандидата коју је предложио председник Републике.⁹ Наравно да је овакав став сасвим погрешан. Не одређује парламент ко је истакнути правник нити избор у парламенту некеме даје својство истакнутог правника. Истакнути правник „долази“ пред парламент и бива изабран или не. Тако би бар требало да буде. Пракса је, нажалост, показала да се својство „истакнутости“ стицало избором од стране надлежног органа чешће него што се пред орган који бира долазило са раније формираним квалитетом „истакнутости“ у правној и широј заједници.

Правни стандард истакнути правник примењен је и код избора чланова ВСС-а и ДВТ-а према изворном тексту Устава у делу о правосудју. Био је, тачније, употребљен израз „два угледна и истакнута

⁷ Вид. Vladan Petrov, „Zašto sudija ustavnog suda (ne)mora biti istaknuti pravnik? – analiza pojma „istaknuti pravnik“ u Ustavu Srbije od 2006?“, u zborniku: *Ko bira sudije ustavnog suda* (priredio Edin Šarčević), Centar za javno pravo, Sarajevo 2012, стр. 229-248.

⁸ Члан 172. став 5. Устава Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/06.

⁹ Вид. Vladan Petrov, „Zašto sudija ustavnog suda (ne)mora biti istaknuti pravnik? – analiza pojma „istaknuti pravnik“ u Ustavu Srbije od 2006?“, наведено дело, стр. 238.

правника са најмање 15 година искуства у струци, од којих је један адвокат, а други професор правног факултета“.¹⁰ Не улазећи овом приликом у тумачење да ли је у питању исти правни стандард као и код судије Уставног суда, односно да ли су угледни и истакнути синоними или два блиска, али различита својства правника битно је истаћи да ни овде Устав ни одговарајући правосудни закон нису прецизирали појам „угледног и истакнутог правника“.

Ми смо, пишући уставне амандмане, прошле године задржали истакнуте правнике у оба правосудна савета и повећали њихов број са два на четири. Предвидели смо да Народна скупштина бира чланове ВСС-а међу истакнутим правницима са најмање 10 година искуства у правној струци од осам кандидата које предложи надлежни одбор Народне скупштине, после јавног конкурса, гласовима две трећине свих народних посланика, у складу са законом.¹¹ Дакле, ни актуелним уставним амандманима није се ушло на „клизав терен“ прецизнијег дефинисања појма истакнутог правника. Услов од најмање 10 година искуства у правној струци не односи се, бар не директно, на садржину појма истакнутог правника. То је посебан услов. Другим речима, није истакнути правник било који правник који има најмање 10 година искуства у правној струци. То би било бесмислено.

Са дистанце од скоро годину дана, истини за вољу, мишљења смо да је требало да код прописивања искуства у правној струци останемо доследни принципу уставног јединства и кохерентности. То значи да ако је за судију Уставног суда неопходно да буде истакнути правник са искуством од најмање 15 година, требало је да тако буде и за истакнутог правника који се бира у ВСС.¹² Уосталом, нека елементарна логика указује на то да се истакнутост не добија протоком времена, јер би онда сваки старији и искуснији правник могао да се сматра истакнутим. Ипак, за стицање овог изузетног и ретког својства доиста је неопходно време. У сваком случају, то је сада актуелни уставни текст, и то се законом не може исправити, а ни ВК није имала никаквих приговора на услов који се тиче година искуства у правној струци.¹³

Уставним амандманима прописани су још неки, мање или више одређени, услови које мора да испуњава лице које Народна

¹⁰ Члан 153. став 4. Устава Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/06.

¹¹ Уставни амандман XIII, *Службени гласник РС*, бр. 115/21.

¹² Непосредно сведочимо да је у Радној групи са израду нацрта акта о промени Устава било дискусије о томе, али смо на крају сагласно одлучили да се „лествица“ са 15 спусти на 10 година кад је реч о искуству истакнутог правника који се бира у ВСС и ВСТ.

¹³ Вид. Venice Commission, *Serbia Opinion on the Draft Constitutional Amendments on the Judiciary and the Draft Constitutional Law for the Implementation of the Constitutional Amendments*, CDL-AD(2021)032, &69.

скупштина бира за члана ВСС-а. Тако је одређено да члан ВСС-а којег је изабрала НС мора бити достојан те функције. Достојност је још један неодређен појам и можемо само претпоставити шта она подразумева. Препоручујемо писцима закона да потраже решење којим ће се кроз одређена својства носиоца јавне функције појам достојности учинити ближим и конкретнијим. У том смислу, треба консултовати, на пример Извештај Европске мреже правосудних савета из 2015/16 у којем се указује на Седам принципа јавног живота из 1995 (тзв. *Ноланови принципи*) као што су: несебичност, интегритет, објективност, одговорност, отвореност, поштење и лидерство.¹⁴

Устав (амандман XIII) прописује и један критеријум инелегibilitета: члан ВСС-а којег је изабрала Народна Скупштина не може бити члан политичке странке. То значи да, по Уставу, он то својство не може имати у моменту избора.

У сваком случају, нови устав у делу о правосудју, еволуира у свом поимању истакнутог правника. Уставни амандмани и даље не дефинишу појам истакнутог правника. То остаје правни стандард, али прописују услов достојности и забрану чланства у политичкој странци и налажу законодавцу не да прецизира, него да пропише, дакле, да установи, да одреди остале, односно друге посебне услове за избор истакнутих правника. Тиме се ствара један снажан нормативни подстицај законодавцу да се питањем истакнутог правника бави на продубљен и систематичан начин. Можда чак и да га третира као фокалну тачку читавог пројекта правосудних закона.

Стога би било корисно подсетити писце наших закона на два становишта у теорији о томе шта је, односно ко се може сматрати истакнутим правником.¹⁵ *Према једном тумачењу, истакнути правник је врхунски правни стручњак који се издваја по професионалним достигнућима од осталих правника. Дакле, према овом схватању, истакнути правник није обичан правни „техничар“, „занатлија“ или „параграфлија“, већ неко ко располаже највишим компетенцијама у тумачењу и примени права. Дакле, нису у питању само године живота, радни стаж и искуство, нити формално високе квалификације (нпр. редовни професор, научни саветник и сл.), већ и конкретни, материјални докази највише стручности кандидата – научно и стручно признати радови, реферати, јавни наступи у складу са највишим стандардима струке, међународни контакти и сарадња у области владавине права,*

¹⁴ Вид. European Network of Councils for the Judiciary (ENCJ), *Standards VI: Non-judicial Members in Judicial Governance*, ENCJ Report 2015-2016.

¹⁵ Вид. Vladan Petrov, „Zašto sudija ustavnog suda (ne)mora biti istaknuti pravnik? – analiza pojma „istaknuti pravnik“ u Ustavu Srbije od 2006?“, наведено дело, 238-239.

докази ангажовања и награде у области заштите људских права и сл.

Према другом схватању, које је шире, истакнути правник није само врхунски правни стручњак. Он мора поседовати изузетна лична својства, попут моралног интегритета, аутономности мишљења, храбрости подупрте аргументима, толерантности, извесне креативности, изразито развијене свести о одговорности. Овде је реч о унутрашњем и, теже уочљивом, а готово неухватљивом за нормативно дефинисање, *интерном аспекту истакнутости једног правника. Екстерни аспект ове истакнутости* је такође јако важан и он се нормативно, макар донекле, може изразити уобичајеним формулацијама, попут „признатог угледа“, „неспорне репутације“, „високог професионалног и моралног интегритета“. И ове формулације могу у лошим условима и стварањем лоше праксе бити итекако злоупотребљене, али оне ипак указују на једну важну ствар – ако истакнути правник можда и нема сва она побројана унутрашња својства, са којима се човек неретко и рађа, он без сумње не сме бити анониман, непознат правној па и широј заједници; он мора имати одређену друштвено признату репутацију, јер без ње, коју лошим радом може изгубити, тешко је очекивати од таквог лица висок степен шире, институционалне и друштвене одговорности. У споју интерног и екстерног аспекта истакнутости ми смо у потрази за јаким индивидуама које осећају дух институције, умеју да сарађују и да раде не некад готово недостижном споју теорије и праксе, „несудијског“ и судијског погледа, а да при том не жртвују своју индивидуалност. Само такве особе могу бирати квалитетне судије и уопште учествовати у креирању једног амбијента у којем ће судство бити изнад политике, не себе ради, него грађана и друштва ради. Ово шире схватање истакнутог правника као, спортским речником говорећи, играча врхунских индивидуалних квалитета спремних да се ставе у функцију колектива, води ка идеално-типском моделу. Али ни правна теорија ни правна пракса, као што је то случај и са ВК, не треба и не одустају од креирања идеалних модела.

Наравно, код оваквог поимања истакнутог правника суочавамо се са најмање две потешкоће. Једна је већ споменута. Како и да ли га уопште прецизно нормативно дефинисати и које све критеријуме инелигибилитета предвидети а да се у том нормативном „укалупљивању“ не зароби или сасвим изгуби његова изузетност? Истакнути правник мора бити довољно слободан да би био и довољно утицајан. Истакнути правници не треба да се прилагоде судијском начину размишљања него да, како се истиче и у извештају Европске мреже правосудних савета, „унесу њихово животно и професионално искуство у процес

евалуација“ и дају „поглед на ствар из шире перспективе, невезани професионалним судијским навикама и стереотипима“. ¹⁶ Према томе, није правосудни савет орган судства нити је „судство у малом“ које у њему доминира. То је орган у којем у симбиози погледа, искуства, плурализма ставова и идеја, две различите каквоће – судијске и „несудијске“, настаје јединство које омогућава креирање адекватних услова за нормалан, деполитизован, независан и одговоран рад судства.

Друга потешкоћа своди се на питање нарочито изражено у малој држави, чија правна култура још увек није досегла одговарајући ниво и где због тога постоји и велики јаз, па чак и својеврсно неповерење, између судија и професора, судија и цивилног сектора, судија и адвоката, судија и научника, и, генерално, неповерења јавности у све ове професионалне групе. То питање гласи: где наћи уставом прописан број истакнутих правника? Можда ћемо овде изнети прејаку субјективну оцену, али врло смо скептични у погледу тога да се у академској и научној заједници, на пример, може наћи довољан број оних који би суштински задовољили макар неколико критеријума за истакнутог правника. При том, да посебно не отварамо питање својеврсне апатије и незаинтересованости за такву јавну функцију која је скопчана са озбиљним послом, притисцима, тешким и осетљивим одлучивањем, практично, стратешким креирањем једног друкчијег судства, нечега у шта нажалост многи професори и научни радници који формално испуњавају услове, не желе да се упуштају, а највероватније и не верују.

У сваком случају, одговор на друго питање, ко је или шта је истакнути правник, могао би се сумирати у следећој реченици: појам истакнутог правника треба схватити у ширем смислу, као лица које поред врхунских правно стручних знања и компетенција, има и одређена обележја тзв. екстерне и интерне истакнутости. Законодавац не треба да непосредно интервенише у појам истакнутог правника нити да га прецизира као такав, али он мора, поштујући и уставотворчев налог, да одреди услове, поред оних који су прописани Уставом, који ће ближе „нормативно описати“ будућег члана ВСС из реда истакнутих правника и који ће обезбедити да такав избор буде рационалан и оптималан.

¹⁶ European Network of Councils for the Judiciary (ENCJ), *Standards VI: Non-judicial Members in Judicial Governance*, ENCJ Report 2015-2016, p. 16.

4. ИЗБОР ПРАВИХ ИСТАКНУТИХ ПРАВНИКА – ПРОЦЕДУРАЛНИ, МАТЕРИЈАЛНО-ПРАВНИ И ПРАВНО-КУЛТУРОЛОШКИ АСПЕКТИ

Три су кључна чиниоца која могу позитивно утицати да се до истакнутих правника дође: 1) законска процедура за селекцију кандидата и избор најбољих за чланове ВСС-а од стране Народне скупштине; 2) законски материјални услови које мора испунити сваки истакнути правник који се пријавио на конкурс; 3) правна култура. Сва три чиниоца треба кумулативно да дејствују.

Кад је реч о процедури, она је у основним елементима уређена Уставом (уставним амандманима): 1) Народна скупштина бира чланове ВСС међу истакнутим правницима на предлог надлежног одбора Народне скупштине; 2) нема „класичног“ предлагања кандидата од стране различитих институција и организација, него се кандидати који сматрају да испуњавају услове пријављују на јавни конкурс; 3) Народна скупштина бира ове чланове квалификованом, двотрећинском већином свих народних посланика; 4) Ако Народна скупштина не изабере сва четири члана у року одређеном законом, преостале чланове после истека законом одређеног рока између свих кандидата који испуњавају услове за избор бира комисија коју чине председник Народне скупштине, председник Уставног суда, председник Врховног суда, Врховни јавни тужилац и Заштитник грађана.¹⁷ Иако се, увидом у документа ВК и других релевантних међународних тела,¹⁸ закључује да је боља опција када различите институције предлажу, а Скупштина бира на њихов предлог, или чак када су чланови директно изабрани од стране ових институција без учешћа скупштине, прихватљиво је и решење са јавним конкурсом под условом да се обезбеди његова максимална транспарентност и, уопште, јавност целокупног поступка избора, као и одговарајућа подршка парламентарне опозиције.

И предвиђање „*anti-deadlock*“ механизма је у складу са међународним стандардима. Имајући у виду неопходност постизања највишег могућег консензуса у парламенту израженог у захтеву за квалификованом, у конкретном случају, двотрећинском већином добро је

¹⁷ Уставни амандман XIII, *Службени гласник РС*, бр.115/21.

¹⁸ „Именовање чланова који нису судије, са или без правног искуства, треба да буде поверено неполитичким телима; ако их ипак бира парламент, не треба да буду чланови парламента, треба да буду изабрани квалификованом већином уз неопходну значајну подршку опозиције, и треба да буду личности које пружају, у преовлађујућем судијском саставу Савета, различито представљање друштва“. ССЈЕ Opinion No. 24(2021): *Evolution of the Councils for the Judiciary and their role in independent and impartial judicial systems*, Strazbourg, 5 November 2021, ССЈЕ(2021)11, п. 4.

предвидети могућност „трансфера“ надлежности на друго компетентно тело, ако Скупштина не постигне неопходну квалификовану већину. ВК је до краја задржала одређену резерву према решењу које је предвиђено у уставним амандманима Србије, истина, не предложивши која би то опција конкретно била прихватљивија.¹⁹ Мишљења смо да петочлана комисија није идеално решење, али да такво решење има два озбиљна оправдања. Прво, оно је предвиђено управо да би приморало Скупштину да се не одриче своје изворне надлежности, што значи да би оно практично било примењивано као крајње изузетно средство, ако баш не може да дође до договора о најбољим кандидатима у плуралистичкој скупштини. Друго, од пет чланова те комисије, само један није истакнути правник – то је председник Народне скупштине који Скупштину у овој комисији и оличава. Осталих четворо су експлицитно или имплицитно у позитивном праву Србије дефинисани као истакнути правници,²⁰ те је логично да, у крајњем случају, истакнути правници бирају истакнуте правнике за чланове ВСС-а.

Рок у којем је Народна скупштина дужна да изабере чланове ВСС-а из реда истакнутих правника биће одређен законом. Трајање рока мора да буде пажљиво одмерено, а мора бити прецизно решено и питање од ког момента тај рок почиње да тече: да ли од момента покретања поступка за избор, то јест од дана објављивања конкурса у „Службеном гласнику“ или од дана достављања предлога са листом од осам кандидата од стране надлежног одбора председнику Скупштине. У овом другом случају, чини се да би рок од 30 дана од достављања предлога листе кандидата био довољан по аналогији са роком који је неопходан за избор нове Владе у случају превременог престанка мандата Владе. Дужина рока у којем Скупштина мора да изабере чланове ВСС-а треба да се одреди вођењем рачуна о разумном времену у којем је у оквиру једне потенцијално плуралистичке скупштине неопходно да се дође до најширег могућег консензуса између парламентарне већине и парламентарне опозиције о кандидатима, како би ови, поред личног, располагали и одговарајућим колективним, демократским легитимитетом народног представништва у целини, а не појединих владајућих структура.

¹⁹ „Препорука која се односи на анти-дедлок механизам за избор чланова који нису судије у ВСС није усвојена и она која се односи на ВСТ је делимично усвојена. Иако решења која су предложена у ревидираним уставним амандманима нису против ниједног међународног стандарда као таквог, Комисија жели да инсистира још једанпут на потреби редуковања ризика политизације два савета“. Venice Commission, *Serbia Urgent Opinion on the Revised Draft Constitutional Amendments on the Judiciary*, CDL-AD (2021)048, p. 10.

²⁰ За судију Уставног суда се тражи да буде истакнути правник, за Заштитника грађана да има одговарајуће искуство, као и високе моралне и стручне квалитете, а за председника Врховног суда и Врховног јавног тужиоца да се такво својство претпоставља.

Транспарентност, односно јавност поступка свакако је једна од основних претпоставки успешног избора чланова ВСС-а од стране Скупштине. Она се мора испољити у свакој фази поступка почев од објављивања конкурса, преко чињења доступним јавности свих пријављених кандидата и њихових биографија, па и комплетног конкурсног материјала у пријавама сваког појединачног кандидата, до упознавања шире, заинтересоване јавности са кандидатима. Није довољно само користити интернет страницу парламента. Улога медија ће бити кључна, можда чак и организовање сажетог представљања сваког кандидата који испуњава законом прописане услове на телевизији са националном фреквенцијом.

Поред транспарентности, потребно је обезбедити *максималну деполитизацију процеса и примену „merit based“ система*. Од кандидата се може тражити да у конкурсној документацији приложе и својеврсно „мотивационо писмо“ у којем дају своје виђење улоге ВСС-а, дефинишу елементе стратегије развоја судства и личне мотиве који су их подстакли да се пријаве на конкурс. Неопходни су људи са визијом, са ширим погледом и спремношћу да понесу одговорност која неће бити ни промил мања од оне које имају судијски чланови Савета. Још једном подвлачимо да основна улога Савета није да обезбеди независно судство ради судства и судија, већ зарад друштва и грађана. Владавина права или правна држава је много већа уставна вредност од независног судства као таквог. Независно судство, премда битно, само је претпоставка или инструмент за остваривање владавине права. Владавине права нема без демократског легитимитета и врхунске компетентности њених чувара и гараната – спој једног и другог треба да остваре „аристократе демократских погледа“, тј. истакнути правници, али тај спој треба да креира и супстанцу која одликује цео савет.

Пошто се уставотворац одлучио за јавни конкурс као начин селекције кандидата, важно је врло прецизно уредити све конкурсне радње. У том делу не сме бити правних празнина које би водиле произвољном или арбитрарном поступању надлежног одбора. То што свако ко сматра да испуњава прописане услове може да се пријави и што није предвиђено да ће кандидате предлагати различите институције и организације попут академске заједнице, научних института, адвокатске коморе и цивилног сектора, не значи да се не може прописати обавеза прибављања мишљења институција и организација из којих кандидати долазе. На пример, ако се на конкурс пријави професор правног факултета, надлежни одбор ће бити дужан да затражи мишљење матичног факултета или колегијума декана.

То ће, унеколико, продужити прву фазу поступка избора, али ће допринети да се добије образложено мишљење матичне куће које може бити добар индикатор о личним својствима кандидата, угледу који ужива у својој институцији или организацији и сл. Наравно, полагање одређених тестова интегритета, као и снимани усмени разговори чланова надлежног скупштинског одбора са кандидатима представљају пожељне радње у поступку утврђивања предлога осам кандидата. Приликом утврђивања предлога листе кандидата, могло би се, по аналогији са судијским члановима, водити рачуна о равномерној заступљености свих релевантних институција и организација: три су незаобилазне – академска заједница, научни институти (или научна заједница), цивилни сектор, јер су у питању институције, које су, по дефиницији, независне²¹. То не би нужно значило да би у крајњем исходу од стране Скупштине били изабрани само професори, научници и представници невладиних организација, јер, када би био предвиђен, такав праволинијски законодавчев налог искључио би из „трке“ доиста боље кандидате који не припадају ни једној од наведених категорија или преовлађујуће припадају само једној (на, пример три професора и један представник цивилног друштва). Не могу се „на силу“, ради неке формалне равнотеже и постизања највећег могућег плурализма, уводити представници свих релевантних стручних и професионалних група у савет, јер се тиме занемарује суштина – да у крајњем исходу буду изабрана четири права истакнута правника, идеално посматрано, четири најбоља истакнута правника која су се пријавила на конкурс. При том, свакако треба водити рачуна и о адекватној заступљености оба пола.

Што се материјалних услова које члан ВСС којег бира Скупштина мора да испуњава, три су већ прописана Уставом: 1) мора бити истакнути правник; 2) мора имати најмање 10 година искуства у правној струци; 3) бити достојан функције. Прописан је и један критеријум неизборности: члан ВСС-а којег бира Народна скупштина не може бити члан политичке странке. О законском прописивању осталих услова већ је било речи. Треба додати да је потребно да се води рачуна о стандардима које је утврдила Европска мрежа правосудних савета у свом извештају 2015/16. године и они се односе на одређене критеријуме инелигибилитета. Тако, одређена лица никада не могу бити изабрана за „несудијске“ чланове ВСС-а, попут некадашњих, чак и пензионисаних судија, лица правноснажно осуђених за кривична дела или ако их је неко друго против-правно понашање дисквалификовало за вршење

²¹ Свесни смо да у пракси и ове институције не испуњавају увек ни основне параметре независности и интегритета.

јавне функције, бивши чланови парламента и чланови владе (премда се поставља питање да ли такве људе треба заувек дисквалификовати или њихову неизборност везати за одређени временски период у прошлости) итд.²²

5. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА – ПРАВНА КУЛТУРА КАО АМАЛГАМ ЗА УСТАВНА И ЗАКОНСКА РЕШЕЊА

Напоследку, уставна и законска решења могу бити идеално најбоља, али су реално најбоља она која се примењују на начин да обезбеђују остваривање уставних и законских надлежности и опште уставне улоге правосудног савета. Стога, посебно треба водити рачуна о правној култури која у конкретном друштву може помоћи да се и нормативно имперфектно решење добро запати у пракси, као и да се најбоља норма избочијаји или изопачи. Правна култура је онај амалгам који нужно прожима живот уставних институција и одређује садржину њиховог узајамног односа. Ми живимо у друштву које није, како неки олако тврде, у својој суштини, ауторитарно, али у којем се остаци ауторитарних традиција итекако осећају. Политички и правни менталитет нашег народа има склоност ка обожавању или макар ка неоснованом респектовању носилаца високих јавних, нарочито политичких функција. Још увек смо претерано склони ауторитарним или бар псеудо-демократским методама управљања и вршења јавних функција. С друге стране, Србија није без демократских традиција. Њена уставност XIX века по својој садржини и нормативним донетима није заостајала за тадашњим најразвијенијим европским државама, а данас стабилним класичним европским демократијама. Не треба сметнути с ума и да смо у доба социјалистичке уставности задржали, макар формално, нека обележја класичне западно-европске уставности. Ни правна, а поготово државно-правна или уставно-правна наука готово никада није престајала да буде под утицајем, у датом тренутку, савремених појава и тенденција. Тако су се, на пример, наши правни писци бавили правосудним саветима још између два светска рата, далеко преко него што су ови постали „европски пожељан“ модел институционалног гарантовања независности судства (Ђорђе Тасић).

Стога Србија данас има основа за рационално утемељени оптимизам кад је реч о реформи правосудја. Тај оптимизам заснивамо на добрим нормативним решењима која су сада у Уставу, на, надамо се, квалитетним законским решењима, али и на демократским

²² European Network of Councils for the Judiciary (ENCJ), *Standards VI: Non-judicial Members in Judicial Governance*, ENCJ Report 2015-2016, p. 12.

потенцијалима нашег друштва које је спремно да се даље развија у складу са највишим европским вредностима и стандардима.

Ипак, морамо коначно постати свесни да је процес изградње институција правне државе дуг и да пречице углавном нису могуће. Тако, не можемо очекивати да ћемо одмах добити функционалан правосудни савет кад је овај актуелни пословао са огромним потешкоћама, нити да ће се резултати једног транспарентног, инклузивног и објективно спроведеног процеса избора истакнутих правника осетити у року од годину или две дана. Реформски пут је кривудава, на њему ће бити много озбиљних изазова. Свакако, од њега не треба да одустајемо. Имајући у виду богату уставну прошлост и уставно сазревање које је свој израз добило у уставним амандманима у правосудју, као и стратешку опредељеност државе на путу европских интеграција, која се, уверени смо, неће променити без обзира на страховите глобалне и регионалне изазове, Србија заслужује да постане европски уређена правна држава. И ми у такав исход уопште не сумњамо.

ЛИТЕРАТУРА

Дерикоњић, Мирјана, „Уређење судства у наредних годину дана“, *Политика*, 23. јануар 2022. године.

Симовић, Дарко, Петров, Владан, *Уставно право*, Криминалистичко-полицијска академија у Београду, Београд 2018.

Petrov, Vladan, „Zašto sudija ustavnog suda (ne)mora biti istaknuti pravnik? – analiza pojma „istaknuti pravnik“ u Ustavu Srbije od 2006?“, u zborniku: *Ko bira sudije ustavnog suda* (priredio Edin Šarčević), Centar za javno pravo, Sarajevo 2012, 229-248.

ПРАВНИ ИЗВОРИ

Устав Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/06.

Уставни амандмани на Устав Србије, *Службени гласник РС*, бр. 115/21.

CCJE Opinion No. 24(2021): *Evolutiona of the Councils for the Judiciary and their role in independent and impartial judicial systems*, Strazbourg, 5 November 2021, CCJE(2021)11.

European Network of Councils for the Judiciary (ENCJ), *Standards VI: Non-judicial Members in Judicial Governance*, ENCJ Report 2015-2016.

Venice Commission, *Rule of Law Checklist*, CDL-AD(2016)007.

Venice Commission, *Opinion on the Judicial System of Bulgaria*, CDL-AD(2017)018.

Venice Commission, *Serbia Opinion on the Draft Constitutional Amendments on the Judiciary and the Draft Constitutional Law for the Implementation of the Constitutional Amendments*, CDL-AD(2021)032

Venice Commission, *Serbia Urgent Opinion on the Revised Draft Constitutional Amendments on the Judiciary*, CDL-AD (2021)048.

Vladan Petrov

HOW TO GET REAL PROMINENT LAWYERS IN THE JUDICIAL COUNCIL?

Resume

In this article, the author analyzes three key issues related to the subject. First, what is the legal nature of the Judicial Council as a state body and what is its true role. His answer is that the JC is a state body of unique nature that is created by amalgamation of various components of (legal) society, and not only judiciary, into a single matter. It is, in true sense, an organ of society. Secondly, what is or who is a prominent lawyer and in this regard – should it be defined in the normative sense as a legal standard or as a legally precisely defined legal concept? The notion of a prominent lawyers should be understood in a broader sense, as a person who, in addition to top legal knowledge and competencies, has certain characteristics of the so-called external and internal prominences. The legislator should not directly intervene in the definition of a prominent lawyer or specify him as such, but he must, respecting the constitutional order, determine the conditions, in addition to those prescribed by the Constitution, which will more closely „normatively described“ the future member of the HJC. and the way to ensure that such choice is rational and optimal. Thirdly, the author deals with the way of choosing the right, not pseudo-prominent lawyers. This question has its procedural-legal, material-legal and cultural-sociological aspect.

Keywords: prominent lawyer, judicial council, judicial laws, the members of the HJC who are not judges (lay members), the ineligibility criteria, independent judiciary, responsible judiciary.

* Рад је примљен 17.06.2022. године, а прихваћен на састанку Редакције 12.07.2022. године.

КОНСЕНЗУС И ЊЕГОВА ПРИМЕНА У ЈАВНОМ ПРАВУ

- Сажетак -

За консензус важи да је разрађени и потврђени демократски принцип који омогућава једнакост и равноправност страна које учествују у доношењу заједничке одлуке. Зато је овакав начин одлучивања присутан и у јавноправној и у приватноправној сфери али је његов посебан значај у јавноправној сфери због тога што омогућава једнакост и равноправност учесника у одлучивању као посебан савремени демократски захтев, чиме се елиминишу конфликти интереса и омогућава напредак друштва. Међутим, недавање сагласности једног од учесника у одлучивању аутоматски блокира процес одлучивања на бази сагласности свих учесника у одлучивању. Због тога се и у теорији и у пракси разматрају начини да се процес „одблокира“ увођењем могућности да се остане „неутралан“ у одлучивању, или да се консензус, тамо где је то могуће, замени квалификованом већином, да се понуде алтернативе од стране незадовољних учесника, испуњење додатних услова и сл., а све у циљу да се постигне општа прихваћеност. Због блокирања процеса одлучивања у јавноправној сфери долази до распада конфедералних заједница, немогућности постизања „базичног консензуса“ потребног за доношење устава, а „методолошки консензус“ у америчкој теорији и пракси потребан је и захтева се у судијском тумачењу прописа. У међународним приватноправним односима се непостизање сагласности одражава на савремени, готово императивни захтев за слободним прометом роба и услуга, отежавајући га на сваки начин.

Кључне речи: сагласност, консенсуализам, блокада у одлучивању, конфликти интереса, неутралност у одлучивању.

* Ауторка је доцент на Правном факултету Мегатренд Универзитета у Београду. Електронска адреса ауторке: snezana.ra26@gmail.com

1. УВОД

Консензус као начин доношења одлука схвата се као *демократски принцип* који омогућава једнакост и равноправност страна које учествују у доношењу заједничке одлуке. Зато је широко заступљен у ситуацији када се јавља више учесника у неком односу за који је потребно да буде *заснован на користи и добробити свих учесника*.

Из тог разлога доношење одлуке на бази консензуса присутно је у различитим сферама друштвеног живота: у корпоративном одлучивању у националним и мултинационалним корпорацијама, у уговарању а посебно у уговарању међу државама, билатералном и мултилатералном, а потребно је посебно размотрити могућности употребе консензуса у јавноправној сфери због перманентне потребе демократског развоја савременог друштва и подстицања једнакости свих учесника као и елиминисању различитих сукоба интереса у друштву, који онемогућавају његов напредак и развој.

Код разних облика одлучивања на бази консензуса могу се уочити неке заједничке карактеристике. Најпре, процес одлучивања на бази консензуса захтева укључивање, подстицање и охрабривање *на пуно учешће у дискусијама све до постизања жељеног консензуса*. То захтева схватање консензуса *као процеса* који је усмерен на постизање широко постављеног и потпуног консензуса, у коме су чланови групе свеобухватно посвећени подстицању што веће сагласности унутар групе, без обзира на конкретна правила о гласању.

Стога свака дефиниција консензуса подвлачи да је то *процес са циљем да се постигне широка сагласност и допринос свих учесника у одлучивању*.¹ Акцент на процесу постизања консензуса је потребан јер одлучивање са *да* и *не* није тако једноставно када су у питању визионарске идеје и не може се обавити за кратко време, већ се мора радити *на постизању климе* у којој би сваки учесник био посвећен доношењу одлуке.² Веома важно је да процес одлучивања на бази консензуса подстиче *сарадњу учесника* у процесу одлучивања и пружање могућности оних који нису баш најзадовољнији постигнутом

¹ <http://www.consensusdecisionmaking.org> 08.07. 2021.

² «Да» није увек просто «да». Асоцијација GSE (*Global Services in Education*) као асоцијација у образовном менаџменту прави разлику између подизања свих пет прстију руке приликом гласања, када онај ко гласа сматра да је то најбоља одлука, са четири прста сматра да је таква одлука у реду, са три прста значи да је онај који гласа пола-пола за, односно, против такве одлуке а један подигнути прст приликом гласања, по мишљењу експерата GSE асоцијације, значи да се одлука не допада оном који гласа али до то није изричито не, да гласач види још неке алтернативе. Вид. <https://www.gsineducation.com/blog/consensus-decision-making-models> 08.07.2021.

одлуком да понуде алтернативе таквој одлуци да би се постигла пуна општа прихваћеност, најчешће у виду предлагања испуњења још неких додатних услова ради постизања пуног консензуса.

Може се слободно рећи да је доношење одлука на бази консензуса алтернатива уобичајено заступљеном не - колаборативном процесу одлучивања, јер консензус претпоставља укључивање што већег учешћа чланова групе у процес одлучивања и њихову кооперативност у смислу узимања у обзир њихових ставова и надзора, схватања. Непостизање консензуса односно блокирање доношења одлуке на бази консензуса од стране појединих чланова групе може се амортизовати а) тако што се блокирање консензуса предвиђа само за питања „фундаментална“ за мисију групе, б) или да се онима који нису сагласни са одлуком омогући да „стану по страни“ (*stand aside*), дакле, неутрални положај радије него блокирање процеса постизања консензуса, или в) елиминисањем оних чланова групе који блокирају консензус, дакле, одлучивање без њих, као и г) онемогућавањем да једни те исти више пута блокирају постизање консензуса у групи.³

Процес доношења одлука на бази консензуса захтева одређене претпоставке⁴:

- свест сваког члана групе да је одлука којој приступа његова, што претпоставља пуно присуство и учешће на свим састанцима поводом постизања консензуса;

- једнакост учесника;

- одлуком морају бити обухваћена сва релевантна питања;

- дискусија се не сме ограничавати, али се време мора поштовати и мора бити уједначено за све учеснике, без доминације неких учесника у том смислу;

- поштовање свих учесника у процесу одлучивања;

³ Tim Hartnett, *The Basics of Consensus Decision-Making* www.groupfacilitation.net/Articles%20for%20Facilitators/The%20Basics%20of%20Consensus%20Decision%20Making.pdf 08.07.2021. О неутралном положају учесника у групи могуће је говорити и у међународним приватноправним односима, као граничној области приватног и јавног права. Наиме, обзиром на разлике које постоје између земаља у међународној заједници „заједничка правила међународних уговора постају средство помоћу кога се поменуте разлике нивелишу или бар своде на најмању меру“ и тиме се не кочи размена добара и услуга. Мисли се на унифицирана правила утврђена билатералним и мултилатералним уговорима, конвенцијама у разним областима као што су превоз железницом, ауторска права, права индустријске својине, употреба чека и менице и сл., када неслагање једног или два члана групе омогућава њихов неутралан положај али не угрожава опстанак уговора. Вид. Милорад Рочмановић, „Врсте реципроцитета у Међународном приватном праву“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Нишу*, бр.1/1980, стр. 342-343; Михаило Јездич, *Међународно приватно право I*, Научна књига, Београд, 1983, стр. 11,15.

⁴ American Heart Association, *Consensus-Based Decision- Making Process* https://heart.org/ids/groups/heart-public/@wcmcy/@mwa/documents/downloadable/ucm_454080.pdf 08.07.2021.

- ћутање (ако, дакле, нема изричитог противљења) значи сагласност;

- свест о сврси одлучивања а то је постизање консензуса - ако га нема *не треба одмах проглашавати неслагање* односно противљење већ дозволити да учесници могу бити и *неутрални, што не значи недостатак консензуса*.

У зависности од резултата дискусије у погледу постизања консензуса могуће су три ситуације:

1. *неутралност* једног или два члана групе која одлучује консензусом;

2. закључак да се *постизање консензуса мора одгодити на неко време*, због присуства одређених потешкоћа које захтевају отклањање у сврху коначног постизања консензуса;

3. *блокирање консензуса* и изричито противљење консензусу због уверења, схватања и веровања једног или два члана групе. Наиме, неслагање једног или два члана групе са понуђеним решењем *joш увек не угрожава интегритет и поверење групе* и могућност постизања консензуса. Ако се тај један или евентуално два члана не слажу са одлуком групе али не сматрају да је одлука скроз погрешна, у смислу да процес одлучивања ипак може да се настави, ови чланови групе се могу означити као неутрални. Међутим, уколико се одлуци групе на бази консензуса противи више од два члана групе, група би морала поново да размотри решење и сам постигнути (непотпуни) консензус⁵, и да примени поменуте механизме за амортизацију блокаде.

Модерна теорија је, дакле, понудила методе и варијанте који имају за циљ да се спречи блокада у постизању консензуса. Отуда и широка прихваћеност консензуса у односима код којих је примарни захтев обострана корист, равноправан однос учесника као и релаксација односа на сваки начин због потребе постизања обостране добити.

Историјски посматрано, такав приступ није постојао у време настајања првих конфедерација, па је то био разлог њиховог кратког трајања и честих распада. Међутим, искуства Европске уније (ЕУ), на свом путу од конфедерације до федералног организовања, свакако су помирила традиционално и модерно схватање одлучивања на бази консензуса. Такође је присутан и *морални аспект* консензуса. Питање консензуса није заобишло ни судску власт па се у америчкој теорији и пракси јавља појам *методолошког консензуса* за тумачење прописа. Све су то начини да се демократизује друштво у целини и омогући и нова уставноправна култура, а затим и ојача ниво свести учесника у

⁵ American Heart Association, *Consensus-Based Decision- Making Process* https://heart.org/ids/groups/heart-public/@wcmv/@mwa/documents/downloadable/ucm_454080.pdf 08.07.2021.

одлучивању о потреби уважавања различитих интереса у савременој глобалној реалности. Из тог разлога је консензус као начин одлучивања подручје на коме треба ангажовати све друштвене снаге, њихова знања и искуства ради постизања општег прогреса.

2. ЈАВНОПРАВНИ АСПЕКТ КОНСЕНЗУСА

2.1. Конфедерални консензус

Сам појам консензуса се најчешће везује за јавноправни аспект, за конфедерални облик државног организовања у вези са односом између централних и периферних власти, где конфедералне државне јединице задржавају највећи степен самосталности у односу на органе конфедерације. Таква самосталност конфедералних јединица постиже се гласањем консензусом о питањима за која је, дакле, уговором предвиђено да се изјашњавање врши консензусом.

Овај аспект консензуса разматра се у контексту федерализма, с обзиром да се „облик уједињавања аутономних јединки“ у теорији се назива федерализмом.⁶ Реч је о процесу „институционализације једне сложене заједнице“⁷ као што је то случај са федерацијом или конфедерацијом. Устав Швајцарске од 1999 управо користи у свом тексту оба ова појма. Термин федерализам упућује на овлашћења федералних власти, која су таксативно набројана у чл.47, али, када је реч о овлашћењима Кантона, користи се термин „дискрециона овлашћења“ у извршавању прописа Конфедерације, упућујући на већи степен самосталности коју Кантони у том смислу имају (чл. 55).⁸ Овакво уставно решење је последица конфедералних искустава Швајцарске (Швајцарска Конфедерација (1291-1848)).⁹ Осим тога, потреба за већим

⁶ Ратко Марковић, *Уставно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Службени гласник, Београд, 2009, стр. 363.

⁷ Исто, стр. 363.

⁸ Тако, Кантони могу учествовати у преговорима са страним државама, ако то налажу њихови интереси (чл. 55). За разлику од америчког дуалног федерализма, Кантони су ти који извршавају федералне законе и по федералним прописима уживају дискрециона права у извршавању федералних норми, а та дискрециона права су им дата због недовољног познавања њихових специфичности (величина, демографија, топографија...) од стране Конфедерације. Thomas Fleiner, Alexander Misić, Nicole Töpfferwien, *Swiss Constitutional Law* Kluwer Law International, 2005. Стр. 103, 117, 118, 269-274.

⁹ Ademović Nedim, Marković Goran, Joseph Marko, *Ustavno pravo Bosne i Hercegovine*, Fondacija Konrad Adenauer Stiftung, Sarajevo, 2012, стр. 80, https://www.kas.de/c/document_library/get_file?UVID=e73986ce-4805-d59a-f86c-daOed0506d9a&groupId=25203b 21.05.2022.

степеном самосталности, без обзира на то да ли је реч о федералном или конфедералном уређењу, указује на „продуктивну димензију“ таквог уређења: нижи децентрализовани ниво власти често има бољи увид у конкретне чињенице на терену у одређеним областима а тиме и боље управљање, што омогућава да се животни стандард подиже, а грађани остварују бољи контакт са влашћу, која тиме добија потребни демократски квалитет.¹⁰ Зато је потребно истаћи значај спремности за компромис и консензус као могућности деблокаде, јер погрешно схватање самосталности децентрализованих нивоа власти може довести до конфликта интереса и немогућности да се напредује.¹¹ Такође, „одлуке које су резултат заједничког рада и договарања имају већи легитимитет код просечног грађанина, јер су резултат договора представника свих делова државе, њених интересних заједница (економских, језичких, културних, етничких итд.). Коначно, такве одлуке се лакше проводе на терену.“¹²

Конфедерацију карактерише слаба интеграција држава чланица конфедерације „најпре због једногласности у одлучивању о питањима везаним за статус конфедерације, а затим и због слободе сецесије коју задржава свака удружена држава.“¹³ Право сецесије је, по америчком политичару и теоретичару из 19. века Калхуну, на чијим схватањима је створен Устав САД од 1787, као иницијално Устав конфедерације (до 1788)¹⁴опредељујући критеријум за разграничење да ли је реч о унитарној држави или савезу држава. Наиме, по мишљењу Калхуна, савезна држава не постоји и по праву на сецесију овај теоретичар закључује да је, када су у питању САД, реч о савезу држава, односно конфедерацији.¹⁵

Међутим, право држава на сецесију и нулификацију у конфедерацији се не може неограничено користити већ само у *изузетним ситуацијама*, из разлога што би често коришћење овог средства довело државу у политичку изолацију у оквиру конфедерације и практично би се наметнуло питање опстанка те државе у чланству савеза.¹⁶ Изолација члана групе који омета договор нарочито је видљива

¹⁰ Исто, стр. 84.

¹¹ Исто, стр. 82.

¹² Исто, стр. 81.

¹³ Ратко Марковић, *Уставно право*, нав.дело, стр. 363.

¹⁴ Недим Адемовић, Joseph Marko, Горан Марковић, *Уставно право Босне и Херцеговине*, нав. дело, стр. 80.

¹⁵ Милан Петровић, *Савезна држава (федерација) и савез држава (конфедерација) у општој теорији државе и права и позитивном праву (други део)*, стр. 1-2, www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadrzaj/ZFull/PF/PF_Zbornik_2016_74.pdf, 21.05.2022.

¹⁶ Мирослав Живковић, *Уставно право*, Мегатренд Универзитет, Београд, 2015, стр. 258.

и у другим уговорним односима, како код мултилатералних уговора, међународних организација, тако и код уговора између држава о промету роба и услуга.

Зато, конфедерални органи нису власт над државама чланицама. Они су пре место договарања држава чланица о начину на који ће вршити заједничке послове ради којих су се удружиле (војни, дипломатски, економски послови). „Стога је консензус основни принцип одлучивања у конфедерацији.“¹⁷ Међутим, и државе као што је Швајцарска, која и сама у својем највишем акту говори о федералној власти и федерализму, не одричу се одлучивања на бази консензуса, инсистирајући на „демократији заснованој на консензусу“ (*consensus oriented democracy*). Политички систем Швајцарске, као прелаз између парламентарног, председничког и полупредседничког система, почива на демократији консензуса која генерише консензус и компромис.¹⁸

Поставља се, међутим, питање да ли су права на нулификацију и сецесију, карактеристична за државе чланице у конфедерацији, уопште спојива са споразумевањем као основним принципом одлучивања. Зато, значај права сецесије за процену статуса државе чланице у конфедерацији такође не треба преувеличавати. Право сецесије само значи да држава-чланица може иступити из конфедерације уколико то жели. Ово право, међутим, не мења из основа чињеницу да држава-чланица, све док је у конфедерацији, мора своје ставове о вршењу заједничких послова усаглашавати са осталим чланицама, што значи да она у њиховом вршењу није самостална и независна.¹⁹ То је разлог да неки теоретичари сматрају да је конфедерација најлабавија форма федерализма, тј. да су федерација и конфедерација две велике формуле федерализма.²⁰

Потреба усаглашавања ставова држава чланица конфедерације је разлог да неки писци, на пример, Слободан Јовановић, предлажу да државе чланице при склапању конфедералног уговора могу, не повређујући своју сувереност, пристати „на такву организацију савеза да све чланице нису подједнако заступљене и да се одлуке доносе већином гласова.“ (као што је то био случај са Немачким савезом (1815-1866)).²¹

¹⁷ Исто, стр. 257.

¹⁸ Thomas Fleiner, Alexander Misić, Nicole Topperwien, *Swiss Constitutional Law*, нав. дело, стр. 59.

¹⁹ Мирслав Живковић, *Уставно право*, нав. дело, стр. 259.

²⁰ Исто, стр. 260.

²¹ Исто, стр. 260.

Овакав теоријски приступ је био основа да се консензус, посебно приликом бројних реформи ЕУ, као искључиви начин изјашњавања замени квалификованом или неком другом већином у појединим областима, да би се задовољили различити интереси и обезбедила кохезија и сам опстанак заједнице.

Јавноправни аспект консензуса, какав јесте у основи међународни уговор којим се ствара конфедерално уређење засновано на једнакости и консензусу у одлучивању, простире се и на још једну сферу. То је консензус, као темељни (политички) захтев за демократским друштвеним развојем и напретком. Тада се говори о *базичном консензусу* на коме почива сваки демократски устав, а који је *еманација вредности* и принципа који омогућавају кохезију, јединство једног друштва. Такве вредности су, по мишљењу неких, (...) „уставни патриотизам“²², који је сличан концепту народа као „чуvara устава“²³, и обухвата и либералне *вредности слободе* за све и принцип *владавине права* као *средиште базичног консензуса*.²⁴

У том погледу политички консензус о уставним променама у нашем правном систему највише се односи на консензус „о потреби усклађивања са европским правним тековинама“ како у погледу политичких, правних реформи, њиховог усаглашавања са европским тековинама, али и у погледу усаглашавања са међународним правним поретком. Међутим, овај консензус би, по мишљењу стручњака и дела јавности, требало да обухвати и (...) „измене вредносног карактера заједнице“ који устав утемељује (држава грађана или национална држава).²⁵

Венецијанска комисија посебно разматра изгласавање *уставних правила* о референдуму, сматрајући да је посебно важно да ова правила *стекну легитимитет* непосредним изјашњавањем управо на референдуму, било да се он предвиђа као обавезни или уколико се организује на захтев дела бирачког тела. Овакав легитимитет посебно је потребан када „парламент жели да уведе меру којом се ограничавају права грађана.“ С тим у вези је и питање кворума - (...) „кворум на основу излазности (најмањи могући проценат)...“. Противници предлога

²² Милан Подунавац, „Темељи базичног консензуса“ у зборнику: *Посткомунизам и демократске промене*, (приредили Вучина Васовић и Вукашин Павловић), Југословенско удружење за политичке науке и Факултет политичких наука, Београд, 2002, стр.126.

²³ У познатом случају *Lochner v. New York* (1905), Врховни суд САД у образложењу своје одлуке америчког народа и америчког права, Вид. William Wiecek, *Liberty under law – The Supreme Court in American Life*, John Hopkins University Press, Baltimore, 1990, стр.3.

²⁴ Милан Подунавац, *Темељи базичног консензуса*, нав. дело, стр.126.

²⁵ *Анализа стручних и политичких предлога за уставну реформу*, Fridrich Ebert Stiftung, стр. 3, <https://library.fes.de/pdf/files/bueros/belgrad/12950.pdf>, 21.05.2022.

о којем се гласа на референдуму имају интерес да апстинирају, (...) „а подстицање апстиненције или наметање ставова није здраво за демократију...“.²⁶

Венецијанска комисија, такође, посебно разматра неопходност консензуса са аспекта европског изборног наслеђа и, у вези са тим, организовања референдума. Посебан је значај консензуса у вези са референдумом са аспекта *једнаких могућности*. Венецијанска комисија својим смерницама и мишљењима упућује на значај „равноправности лица која су за и која су против предлога о којем се гласа.“ (у јавним субвенцијама, присуству у медијима и другим облицима подршке). Принцип једнаких могућности нарочито је важно обезбедити између заговорника и предлога у сфери *финансирања из државних извора*. Ипак, (...) „не би било реално захтевати савршену равноправност оних који су за и који су против предлога у свим случајевима“, да не би дошло до блокирања организовања референдума. Таква равноправност се, примера ради, може очекивати у случају обавезног референдума о предлогу који је захтевао квалификовану већину у парламенту.²⁷

2.2. Посебан случај консензуса у судијској примени прописа

Неке савремене теорије тумачења права усмерене су на изналагање егзактних формула за доношење исправних судијских одлука, чија егзактност би одговарала оној која карактерише природне науке. Тако се у америчкој теорији јавља схватање о потреби примене *методолошког консензуса* за тумачење прописа. Овај приступ неки називају „модификованим текстуализмом“ и он се своди на „компромис“ између присталица 1. *текстуализма (textualists)*²⁸ односно објективног тумачења, по коме је норма „објективно дати текст норме пошто је сасвим неизвесно нити се може доказати каква стварна, али неисказана воља, је иза изјаве тј. текста норме“²⁹, и 2. *циљног тумачења (purposivists)* односно изналагања сврхе коју норма која се примењује има постићи (интересна јуриспруденција заговара, у ситуацији када

²⁶ Мишљење бр. 371/2006 Стразбур, 20. јануар 2009., Европска комисија за демократију кроз право (Венецијанска комисија), стр. 22, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2007\)008-mne](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2007)008-mne), 21.05.2022.

²⁷ Мишљење бр. 371/2006 Стразбур, 20. јануар 2009., Европска комисија за демократију кроз право (Венецијанска комисија), стр. 16, 19. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2007\)008-mne](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2007)008-mne) 21.05.2022.

²⁸ Ethan J. Leib & Michael Serota, *The Cost of Consensus in Statutory Constuction*, 47, 48. The Yale journal online https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1097&context=faculty_scholarship 09.07. 2021

²⁹ Радомир Зекавица, Мирослав Живковић, *Увод у право*, Криминалистичко-полицијска Академија, Београд, 2013, стр. 317.

„постоји неодређено или нејасно значење норме“ да (...), „тумач право значење одређује не само језичким и логичким средствима већ, пре свега, руководећи се друштвеним циљем односно друштвеном функцијом норме“).³⁰

Методолошки консензус свакако је пут до униформности у тумачењу, али има озбиљне проблеме у односу на „дискрециони приступ који већина федералних и државних судова тренутно примењује“. Предвидивост судских одлука је свакако нешто што странке, грађани, адвокати, прижељкују у суђењу али је посебна вредност „интерпретативна разноликост“ (*interpretative dissensus*), која може бити потцењена уколико се у потпуности не сагледа. Она омогућава дубљу примену принципа владавине права и богатство судијске интерпретације односно тумачења, а тиме и изналажење најбољих аргумената за судијске одлуке.³¹

Такође, интерпретативна разноликост омогућава боље прилагођавање старих закона промењеној реалности.³² Чини се да је ова дилема - методолошки консензус или интерпретативна разноликост, враћање на стару дилему везаности суда за закон: да ли се „држати закона и судити нерационално и неправично“ или да се допусти (...) „креативна примена“ која омогућава да се иде (...) „даље од закона у складу са његовим духом...“.³³

У том смислу још је интересна јурисприденција указала на вишезначност и неодређеност правног али и обичног говорног језика, с једне стране, али је и Томас Хобс (уговорна теорија), с друге стране, запазио да су одреднице истинито и лажно, заправо, делови људског говора а не „сталне особине ствари“.³⁴ За право је језик институција и веома је важно увидети могућности језика као говора у правној држави. За правника свако говорење у виду правничког говора извориште има у тексту.³⁵ Међутим, данас ниједан судија своју делатност не посматра као аутоматизам а овакво стање ствари означава се као *правнички дискурс* (у односу на правнички говор, правничку догматику и правничку праксу).³⁶

Правнички дискурс је, дакле, у тексту. „Нека те значењу речи

³⁰ Исто, стр. 316.

³¹ Ethan J. Leib, Michael Serota, *The Cost of Consensus in Statutory Construction*, The Yale Journal Online, стр. 48, 49, https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1097&context=faculty_scholarship, 09.07.2021.

³² Исто, стр. 57.

³³ Радомир Зекавица, Мирослав Живковић, *Увод у право*, нав. дело, стр. 315-316.

³⁴ Jan M. Broekman, „Правнички дискурс и правна теорија“, *Правни вјесник*, бр. 4/1988, стр. 341.

³⁵ Исто, стр. 343.

³⁶ Исто, стр. 346.

научи њена употреба“, говорио је Витгенштајн, упућујући на контекст у коме стоји реч чије значење желимо да знамо.³⁷ Зато се судије служе, учећи се од обичних људи, посматрају појава и образлагању истих путем правне реторике³⁸ и то је „дискурс образлагања“ (или правнички дискурс). Међутим, с правом се може поставити питање, ако је елемент правничког дискурса текст, у чему је неопходност правника (када сви знају да читају закон).³⁹

Реч је о томе да закон не даје, служећи се општим нормама и правним стандардима, одговоре за све случајеве, па судије морају саме себи помоћи од случаја до случаја, развијајући сопствено право случајева (судијско право).⁴⁰ При томе, судије најчешће мисле да уз помоћ аргумената констатују чињенице а не да их успостављају.⁴¹ А поступак се завршава када сви учесници увиђају да је све решено, да је чињенично стање заокружено на основу њихових интерпретација и аргументација, и зато је процес окончан.⁴² Дакле, по мишљењу многих, оно што је у конкретном случају правило, које стварно треба применити, не изналази се дедуктивним путем, већ се оно образлаже аргументима. (дискурс образлагања)⁴³, а језик је искључиво или бар примарно средство за представљање (описивање).⁴⁴ Изложени правнички дискурси су истовремено и границе судијске слободе, и указују на то *колико се даље од закона може ићи*.

Узевши у обзир правнички дискурс, произилази да је *методолошки консензус потребан без обзира на средство тумачења* које судија користи. Тако, ако се користи субјективно тумачење, полази се од садржаја свести, односно воље творца норме, а код објективног тумачења полазиште је објективно дати текст норме. Међутим, треба имати у виду да је „норма у извесном смислу објективизована и депсихологизована творевина која се одвојила од свог творца. С обзиром на природу и неодређеност језика, један језички исказ, по правилу, има шире значење од оног које је хтео да му да творац.“ Обзиром на ову чињеницу, иако објективна теорија омогућава да се изабере између више објективно могућих значења норме и тако омогућава (...)

³⁷ Валтер Грасник, *Ка новој теорији права*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Сремски Карловци – Нови Сад, 2001, стр. 98. Вид. Саша Бован, *Правна херменеутика између филозофије и логике*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2016, стр. 19.

³⁸ Исто, стр. 181.

³⁹ Исто, стр. 146.

⁴⁰ Исто, стр. 149.

⁴¹ Исто, стр. 236, 237.

⁴² Исто, стр. 243.

⁴³ Исто, стр. 181, 182.

⁴⁴ Исто, стр. 224.

„слободнији и креативнији приступ у тумачењу права“, присталице субјективног тумачења приговарају да код објективног тумачења (...) „значање норме, у ствари, зависи од тумача и његове воље“ а не од воље законодавца. Са друге стране, присталице објективног тумачења истичу да се права воља законодавца тешко може утврдити, нарочито (...) „код оних правних аката које стварају колективни органи или код правних аката веће старости.“⁴⁵

Може се прихватити да воља тумача не може бити увек опредељујућа у тумачењу, али се употреба *субјективног тумачења* никако не може искључити из разлога што „норму треба тумачити и у складу са чињеницама и околностима које указују на вољу творца нормe“⁴⁶, али у *садејству* са осталим средствима тумачења и *правничким дискурсом*.

2.3. Искуства Европске уније у примени консензуса

Искуства Европске уније (ЕУ) у изради Европског устава показала су да се још од 2000. г. радило на „поправци“ текста Устава, најпре, кроз увођење могућности да се, ради ефикасности у одлучивању, одлучивање о неким питањима, уместо консензусом, замени већинским гласањем држава чланица, осим када је реч о неким питањима од значаја за национални суверенитет и проширење ЕУ. Одустајање од консензуса, међутим, нису подржавале мање државе. Зато је у изради Резолуције од 25.10.2000. год., било и предлога за увођењем „променљивог вета“ (*variable veto*) за пет највећих држава чланица ЕУ⁴⁷. Променљиви вето би, када је у питању заједничка спољна и безбедносна политика (*CFSP - Common Foreign and Security Policy*), мањим државама дао могућност да не подрже одређене активности и да из њих изађу.

Истовремено је међу државама чланицама ЕУ растао скептицизам у погледу ситуација када се одустајало од консензуса приликом *преношења дела суверенитета на институције ЕУ*, пре свега на Европску комисију и Парламент, приликом њиховог одлучивања о одређеним питањима. Ове институције су конципиране као супранационалне институцијама (*les instances supranationales*)⁴⁸. Државе чланице ЕУ су сматрале да се тим преношењем дела суверенитета ризикује да ове супранационалне

⁴⁵ Радомир Зекавица, Мирослав Живковић, *Увод у право*, нав. дело, стр. 317.

⁴⁶ Исто, стр. 318.

⁴⁷ Fernand Herman, *Does Europe need a constitution*, Institute for Public Policy Research, London, 1966, стр. 28.

⁴⁸ Mario Telo, „Le constitutionnalisme europeen du XX au XXI siecle“, *La constitution de l'Europe*, Paul Magnette, redacteur, L' universite de Bruxells, Bruxells, 2002, стр. 65.

инстанце „не представљају политичку вољу народа“.⁴⁹

У ЕУ се приликом доношења Европског устава (Лисабонска повеља од 2010) размишљало и о оправданости уставних решења са становишта бројних етичких и моралних разлога. Размишљало се, дакле, и о „моралном консензусу“, посебно у областима у којима је уочено његово слабљење, као што је људски живот и људско достојанство, а као последица нових биотехничких идеологија. Отуда и захтеви да слобода, мир, једнакост, толеранција, солидарност, правда, људска права и демократија, као прокламоване вредности кроз националне уставе, морају бити промовисане и кроз европски устав.⁵⁰

У ЕУ се и схватање појма федерализма погрешно изједначава са централизацијом и елиминисањем плурализма. Супротна мишљења, међутим, истичу да федерализам, подржавајући културне и друштвене различитости, управо чува њихов идентитет, фаворизујући мање али истовремено и „дискриминишући велике“.⁵¹ У том смислу реформе европских институција стављају акценат на „управљање на више нивоа“ (*multilevel governance*) кроз оснажење Парламента, Европске комисије, Централне банке, Комитета региона, Комитета за животну средину, социјалних партнера итд.⁵²

Овде ипак треба истаћи да унутар Европског парламента постоји један тренд гласања на принципу гласања за партије а не на бази „националне лојалности“, тако да Европски парламент мора да анимира кандидате који заступају одређене „политичке фамилије“⁵³, кроз омогућавање партијама да представљају националне али и листе ЕУ на изборима. Овај тренд утиче и на гласање путем консензуса, дакле, излази из оквира држава чланица и њихових интереса, већ су оне под утицајем, чак и притиском, ширих политичких захтева, приликом њиховог гласања.

Одлучивање на пољу законодавства отвара питање положаја мањих држава чланица приликом напуштања почетног принципа гласања на бази консензуса а у корист гласања квалификованом мањином ради повећања ефикасности, услед чега би се те мање државе могле осетити мањином.⁵⁴ Гласање квалификованом већином је инструмент за остваривање „већег и демократски легитимног

⁴⁹ Исто, стр. 66.

⁵⁰ Fernand Herman, *Does Europe need a constitution*, нав. дело, стр. 24.

⁵¹ Ludger Kuhnhardt, *Constituting Europe*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 2003, стр. 18.

⁵² Mario Telo, „Le constitutionnalisme europeen du XX au XXI siecle“, нав. дело, стр. 83.

⁵³ Ludger Kuhnhardt, *Constituting Europe*, нав. дело, стр. 21.

⁵⁴ Исто, стр. 24.

супранационализма⁵⁵, али и начин да се прибави више јавне подршке у процесу одлучивања као израз демократске легитимности. То је био разлог што је консензус замењем квалификованом већином на пољу тржишта, телекомуникација, кретања производних фактора и сл., где су се државе одрекле дела свог суверенитета кроз одлучивање консензусом а у корист одлучивања квалификованом већином (*QMV – qualified majority vote*).⁵⁶ Тако, на пример, и Савет ЕУ своје одлуке, по правилу доноси квалификованом већином, ако Лисабонски уговор од 2010 не предвиђа другачије. Међутим, у најбитнијим стварима, чланице се труде да до одлуке дођу консензусом, „знајући да следећи пут оне саме могу бити прегласане“. Оваква позиција се мора сагледавати у светлу чињенице да је то најбитнији орган у законодавној процедури ЕУ и одлучивању о Буџету ЕУ, заједно са Европским парламентом, и да се у њему (...) „непосредно изражавају интереси држава чланица“.⁵⁷

Због дијалектике између различитих интереса присутних у ЕУ, ни квалификована већина се у неким ситуацијама није показала као једино одступање од једногласног одлучивања на бази консензуса. Тако је Савет министара дуго одлучивао једногласно а потом је Уговором из Нице квалификована већина била предвиђена за велики број области. Међутим и она је била замењена „двоструком већином“, тако да би се, од 2014. г., односно, на захтев одређених држава, од 2017. г., одлуке у Савету министара доносиле одлуком већине држава и, истовремено, већином становништва (55% држава, 65% становништва).⁵⁸ Наравно, неке одлуке Савет министара би и даље морао доносити једногласно (*консензусом*), као што су *веома релевантне области одлучивања попут пореза и спољне политике*.

3. ЗАКЉУЧАК

Консензус као широко распрострањен демократски принцип постизања сагласности свих учесника у процесу одлучивања (у групи), показао се као принцип, начело које обезбеђује једнакост и равноправност „малих и великих“ учесника у договарању. Управо је

⁵⁵ Исто, стр. 23.

⁵⁶ Fernand Herman, *Does Europe need a constitution*, нав. дело, стр. 31.

⁵⁷ Савет ЕУ чине ресорни министри ЕУ чланица, и требало би га разликовати од Европског савета који чине шефови држава или влада држава чланица уз председника Европског савета и председника Европске комисије, а такође и од Савета Европе као посебне европске међународне организације, као организације која окупља све државе Европе као чланице (Србија је од 2003. члан). Вид. *Водич кроз приступање Србије Европској унији*, стр. 10-12. <https://www.isac/fund.org/wp/content/uploads/2018/01/VODIC/XI/2017.pdf>, 21.05.2022.

⁵⁸ Fernand Herman, *Does Europe need a constitution*, нав. дело, стр. 24.

стога овај принцип широко заступљен у корпоративном одлучивању у националним и мултинационалним корпорацијама, у уговарању, посебно у уговарању међу државама, како билатералном тако и мултилатералном. Због својства да брише разлике између „малих“ и „великих“ учесника у договарању начело консенсуализма је еманација демократског процеса и стога веома заступљен и у јавноправној сфери, у међудржавним уговорима, у процесу доношења устава (базични консензус), па чак и у судијском тумачењу прописа (методолошки консензус), а постизање консензуса у сваком случају праћено је и моралним захтевима. Међутим, потребно је указати и на тешкоће у његовом постизању, које могу резултирати блокирањем постизања сагласности, понекад због угрожености „малих“ учесника, а понекад и због осећаја угрожености „великих“ учесника у групи. Разлог за потешкоће јесте у томе што постизање сагласности, нарочито када су у питању велики и важни пројекти, подразумева дуготрајан рад, а не кратко време, и то најпре на обезбеђивању услова и постизању климе за поспешивање *сарадње свих учесника* у остваривању *великих а често и визионарских идеја*. За овакве идеје потребно је *јачање свести код свих учесника у групи* о потреби постизања сагласности да би се такве идеје и пројекти могли реализовати. У том смислу савремена теорија и пракса разрадила је низ техника за амортизовање блокаде постизања сагласности, увођењем могућности да се остане неутралан у одлучивању, или да се консензус, тамо где је то могуће, замени квалификованом већином, потом, да се понуде алтернативе од стране незадовољних учесника, или испуњење додатних услова и сл., а све у циљу да се постигне општа прихваћеност. У том смислу пример може свакако бити и ЕУ, која је управо помирила традиционално и модерно схватање одлучивања на бази консензуса, правећи разлику између више или мање релевантних питања тако што је за ове друге обезбедила могућност одлучивања квалификованом већином (*QMV – qualified majority vote*). Слично, ЕУ је увела променљиви вето (*variable veto*) за пет највећих држава чланица ЕУ а у том случају мањим државама је дата могућност да не подрже одређене активности и да из њих изађу (нпр. у области безбедносне политике). Једна од могућности, уместо консензуса, је и двострука већина као одлука већине држава и истовремено и већине становништва држава чланица ЕУ. Један од сличних механизма уместо консензуса, а ради постизања што веће равноправности између великих и малих, јесте такође и одлучивање на више колосека (*multilevel governance*), укључивањем великог броја, како вертикално тако и хоризонтално повезаних, органа и институција

у ЕУ у процес доношења квалитетних одлука а са циљем све веће демократизације у свим областима друштвеног живота.

ЛИТЕРАТУРА

Бован Саша, *Правна херменеутика између филозофије и логике*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2016.

Грасник Валтер, *Ка новој теорији права*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Сремски Карловци – Нови Сад, 2001.

Живковић Мирослав, *Уставно право*, Мегатренд универзитет, Београд, 2015.

Зекавица Радомир, Живковић Мирослав, *Увод у право*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2013.

Јездих Михаило, *Међународно приватно право I*, Научна књига, Београд, 1983.

Марковић Ратко, *Уставно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Службени гласник, Београд, 2009.

Милан Петровић, „Савезна држава (федерација) и савез држава (конфедерација) у општој теорији државе и права и позитивном праву (други део)“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Нишу*, бр. 74, год. 2016, стр. 1-20.

Подунавац Милан, „Темељи базичног консензуса“ у зборнику: *Посткомунизам и демократске промене*, (приредили Вучина Васовић и Вукашин Павловић), Југословенско удружење за политичке науке и Факултет политичких наука, Београд, 2002.

Рочкмановић Милорад, „Врсте реципроцитета у Међународном приватном праву“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Нишу*, бр.1/1980, стр. 341-367.

Вроекман Јан М., „Правнички дискурс и правна теорија“, *Правни вјесник*, бр.4 (1-2), Загреб, 1988.

Fleiner Thomas, Mistic Alexander, Töpperwien Nicole, *Swiss Constitutional Law* Kluwer Law International, 2005.

Herman Fernand, *Does Europe need a constitution*, Philip Morrice Institute for Public Policy Research, London, 1966

Kuhnhardt Ludger, *Constituting Europe*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 2003.

Telo Mario, „Le constitutionnalisme europeen du XX au XXI siecle“, *La constitution de l' Europe*, Paul Magnette, redacteur, , L' universite de Bruxells, Bruxells, 2002.

Wiecek William, *Liberty under law – The Supreme Court in American Life*, John Hopkins University Press, Baltimore, 1990.

ИНТЕРНЕТ ИЗВОРИ

Ademović Nedim, Marković Goran, Joseph Marko, *Ustavno pravo Bosne i Hercegovine*, *Fondacija Konrad Adenauer Stiftung*, Sarajevo, 2012, https://www.kas.de/c/document_library/get_file?UVID=e73986ce-4805-d59a-f86c-daOed0506d9a&groupId=25203b.

American Heart Association, *Consensus-Based Decision- Making Process*, https://heart.org/idc/groups/heartpublic/@wcmu/@mwa/documents/downloadable/ucm_454080.pdf.

Анализа стручних и политичких предлога за уставну реформу, Fridrich Ebert Stiftung, <https://library.fes.de/pdf/files/bueros/belgrad/12950.pdf>.

Tim Hartnett, *The Basics of Consensus Decision-Making* www.groupfacilitation.net/Articles%20for%20Facilitators/The%20Basics%20of%20Consensus%20Decision%20Making.pdf.

Мишљење бр. 371/2006 Стразбур, 20. јануар 2009., Европска комисија за демократију кроз право (Венецијанска комисија), [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDLAD\(2007\)008-mne](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDLAD(2007)008-mne).

Водич кроз приступање Србије Европској унији, <https://www.isac/fund.org/wp/content/uploads/2018/01/VODIC/XI/2017.pdf>.

Leib Ethan J., Serota Michael, *The Cost of Consensus in Statutory Constuction*, *The Yale Journal Online* , https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1097&context=faculty_scholarship.

*** <http://www.consensusdecisionmaking.org>.

*** <https://www.gsineducation.com/blog/consensus-decision-making-model>.

Snežana Radovanović

THE APPLIANCE OF CONSENSUS IN PUBLIC LAW

Resume

Consensus is widely spread democratic principle in agreement which affords equality of each participant of the group and equality of small and big participants in the process of negotiation. Therefore, it could be find in national and multinational corporative decision-making, as well as in contracting, especially in contracting among the states, bilateral or multilateral, as well. Due to elimination of the differences of small and big participants in the process of negotiation, consensual principle is widely spread in public law relations, like in contracting among states, in process of bringing the constitutions (basic consensus), even in court interpretation of regulations (methodologic consensus). In each of these areas moral requests are assumed and must be taken into consideration (moral consensus). However, there are certain difficulties in realisation of agreement due to feeling of endangerment of small participants, as well as the big ones, sometimes. The reason for such difficulties is that achievement of agreement of participants of group assumes hard work in big and important projects, which could not be realised, of course, in a short time. Hard work is necessary, very often, in order to achieve conditions and the climate for the cooperation of the participants in their realisation of big and visionally ideas. For such ideas, the high level of consciousness of all participants is requested, in relation to necessity of their agreement for realisation of ideas and projects in private or public law areas. Therefore, *numerous technics in theory and practice* are developed in order to amortise blockade of agreement: introduction of neutral position in decision-making, or necessity to change consensus into qualified majority vote instead, or offer of the alternative by unsatisfied participants, or fulfilment of additional conditions etc. These technics are aimed by *achievement of general acceptance* in group. Therefore, the example could be European Union (EU) with combination of traditional and modern approach in consensus decision-making on the basis of difference between *more or less relevant issues*. For less relevant issues there is a possibility of qualified majority vote in decision-making. Likely, EU introduced variable veto for five biggest member states, leaving the option to smaller member states not to support some activities or to leave some areas of policy (exp. security policy). Instead of consensus, the double majority is possible,

sometimes, in order to afford voting of member states and their citizens, at the same time. There is one more mechanism which affords equality of big and small - multilevel governance. Multilevel governance is characterised by huge number of organs and institutions in EU, horisontally and vertically binded, included in process of decision-making, with important task – democratization of all areas of social life in community.

Keywords: agreement, consensual principle, blockade in decision-making, conflicts of interests, neutral position in decision-making.

* Рад је примљен 18.04.2022. године, а прихваћен на састанку Редакције 12.07.2022. године.

КУЛТУРНА АПРОПРИЈАЦИЈА УПРКОС ГАРАНТОВАНОМ ПРАВУ НА КУЛТУРНО НАСЛЕЂЕ

- Сажетак -

Неразвијеност културних права, а пре свега права на културно наслеђе оставља превелику слободу маневрисања, пре свега државама, али и другим актерима, те коришћења сивих зона и правних празнина. Културна апропријација једна је од последица наведених мањкавости. Узима различите, више или мање штетне облике, а погађа како материјално, тако и нематеријално културно наслеђе. Нespoјива је са адаптацијом, инспирацијом, синтетисањем, спајањем и другим појмовима коришћеним да се за њу нађе оправдање и избегне одговорност. У раду се полази од тога да право на културно наслеђе индиректно омогућава експлоатацију као облик културне апропријације, чиме утиче и на опстанак самог наслеђа. Употребом позитивноправног метода постојећа правна решења ће се анализирати, указати на латентне пропусте и разлоге правно-политичке природе који су до њих довели, а све уз помоћ адекватних примера из праксе. Делује да државе вођене својим интересима, под велом најбољих намера, присвајају елементе туђих култура користећи се околношћу да творци међународних конвенција нису ни имали у виду ове врсте повреда. Експлоатисањем се наслеђе губи или у најмању руку неповратно мења, а уколико његови творци реше да га прихвате назад, губе део себе, али остају под новим, туђим условима.

* Ауторка је докторанд Правног факултета Универзитета у Београду. Електронска адреса ауторке: miljana.jakovljevic@gmail.com.

Кључне речи: културно наслеђе, културна апропријација, културна експлоатација, идентификација, право на културно наслеђе.

1. УВОД

Иако већ дуго постоји, тек у последње време културна апропријација као врста штетне радње бива препозната у пракси, али и правној науци. Расправе су све чешће, а аргументи се нижу са свих страна. Њени противници заговарају чињеницу да су културе међусобно испреплетане, односно да је заправо у питању инспирација, а не врста злоупотребе. Исто тако, поставља се и питање ко има права да контролише културу?!¹ Контрола као последица правног регулисања културне апропријације ипак је екстрем, поготово што пре свега њоме бива погођено културно наслеђе, оно опипљиво, али и његов далеко апстрактнији парњак. Осетљивост теме, односно културне апропријације различитих облика културног наслеђа, захтева и развитак једнако прилагођеног, ефикасног приступа, какав тренутно не постоји.

Да не би дошло до забуне, на почетку треба истаћи да ће се строго тумачити наведени појам. Иако је неки аутори сматрају делом адаптације неће бити улажено у њихову корелацију. Полази се од премисе да право на културно наслеђе нема утицаја на експлоатацију као облик културне апропријације, и то како опипљивог, тако и нематеријалног наслеђа, индиректно је тиме и омогућава, чиме утиче и на његов опстанак. Користиће се позитивноправни метод како би се постојећа правна решења анализирали, указало на латентне пропусте и разлоге који су до њих довели.

2. ПОЈАМ, КАТЕГОРИСАЊЕ И ОПШТЕ ПОСЛЕДИЦЕ КУЛТУРНЕ АПРОПРИЈАЦИЈЕ

Напредније разумевање теме захтева и приближавање појма културне апропријације. Препознавање у пракси оваквих ситуација је кључ за даљи рад на овом проблему. Едукација, подиже видљивост, а представља и основ за промену уврежених мишљења и ставова, самим тим и понашања актера. Превенција бива тренутно најбоља постојећа опција за достизање жељеног исхода, њеног спречавања.

¹ Rebecca Tsosie, „Reclaiming Native Stories: An Essay on Cultural Appropriation and Cultural Rights“, *Arizona State Law Journal* Vol. 34, No.1/2002, стр. 299.

Више аутора се бавило овом темом, тако да постоји неколико више или мање сличних дефиниција, једнако значајних и прихваћених. Додуше, ниједна од поменутих још увек не односи превагу. Требало би поћи од оне што под апропријацијом подразумева сваку ситуацију где једна група позајмљује или имитира стратегије друге-чак и ако нема намеру да уништи или измени њено значење и искуства.² Пређашња износи суштину, спада међу најшире формулације па се користи и у другим случајевима апропријације попут нпр. феминистичке. Подједнако широко је и појашњење апропријације као коришћење културних симбола, артефаката, стилова, ритуала или технологије од стране чланова друге културе, што се не може се избећи кад год дођу културе у контакт, укључујући виртуелни и репрезентативни.³ Овакво схватање је можда и најподробније, а инкорпорише и у себе чињеницу да је ово активан процес.⁴ Џорџова (George) наводи да су пак Зиф и Рао (Ziff & Rao) далеко концизнији, указују на комплексност појма и његову мултидимензиону природу. Они под културном апропријацијом подразумевају узимањем из туђе културе-интелектуалне својине, културних израза или артефаката, историје и начина знања.⁵ Не праве поделу на мањинску и већинску културу, односно до ње може доћи и између две једнако снажне културе.

Роџерс (Rogers) се подробно бавио овим питањем па је отишао и корак даље извршивши категоризацију културне апропријације на културну размену, доминацију, експлоатацију и транскултуралност. Размену је објаснио као реципрочну, и то симбола, артефаката, ритуала, итд. између култура приближно једнаке снаге. Са друге стране, културна доминација би била употреба елемената доминантне културе од чланова потчињене у контексту у ком би они били наметнути. Даље, о културној експлоатацији, као једној од врста апропријације се најчешће и говори, а на њу се често прво и помисли на сам помен речи. Она се схвата као апропријација елемената потчињене културе од стране доминантне без суштинског реципроцитета, дозволе и/или компензације. Транскултуралност би подразумевала културне елементе креиране од стране више култура, тако да је идентификација једне појединачне културе проблематична.⁶

² Helena A. Shugart, „Counterhegemonic acts: Appropriation as a feminist rhetorical strategy”, *Quarterly Journal of Speech* No.83/1997, стр. 211.

³ Richard A. Rogers, „From Cultural Exchange to Transculturation: A Review and Reconceptualization of Cultural Appropriation”, *Communication Theory*, No. 16/2006, стр. 474.

⁴ Исто, стр. 476.

⁵ Wanda E. George, „Intangible cultural heritage, ownership, copyrights, and tourism”, нав. дело, стр. 380.

⁶ Вид. Richard A. Rogers, „From Cultural Exchange to Transculturation: A Review and

Но, у литератури се наилази и на ауторе са нешто другачијим ставом. Харисон (Harrison) има своју поделу, попут експлоатације, базирану на односима моћи, додатно разрађену у смеру како потчињене групе, тако и доминантне. Посматрајући апропријацију из угла преовлађујуће заједнице тврди да се она јавља, када једна група покуша да асимилује или потчини другу, мада није у стању да потисне или уништи туђи идентитет.⁷ Решење је да апроприше симболичне праксе других, редефинишући сопствени идентитет на начин погодан инкорпорисању ове праксе.⁸

Експлоатација, колико озбиљна, толико и болна тема инспирисала је и друге да се баве њоме више од осталих облика. Конкретно, на ово се надовезује и Сузан Скафиди (Susan Scafidi) са поделом на већинску и мањинску културу, где је потоња наравно угрожена. Изоси и становиште да се неки културни производи могу слободно да делили са широм јавношћу, док други губе вредност тренутка кад бивају апроприрани од стране већинске културе.⁹ Разврставање производа на оне подобне за представљање јавности и апроприсање, и оне друге, неподобне, зависило би искључиво од саме улоге коју они имају у мањинској култури. Скафиди шта више тврди да пре него што страна лица апропришу културни производ, би требало да буду у стању да идентификују његово постојање, заједницу од које је потекао и вредност.¹⁰

Културна апропријација посматрана у светлу експлоатације, може не само оштетити апроприсану заједницу уз негативан утицај на интегритет и идентитет културних група, него и утицати на културни објекат сам по себи, оштетити или трансформисати дато културно добро или праксу. Уз ову тврдњу Зиф и Рао наводе и како културна апропријација погрешно дозвољава некима да стекну материјалну корист на рачун других (лишавањем материјалне предности). Износе и још једну бригу-тренутно право не препознаје алтернативне концепције од тога шта би требало да буде третирано као имовина или својина међу културним добрима.¹¹ Поред наведеног велики проблем је и рађање негативног сентимента код заједнице чије наслеђе је апроприрано ка другој култури. Поменути може имати ефекат „снежне кугле“, те

Reconceptualization of Cultural Appropriation“, нав. дело, стр. 477.

⁷ Simon Harrison, „Identity as a scarce resource“, *Social Anthropology*, vol. 7, No. 3/1999, стр. 247.

⁸ Исто.

⁹ Susan Scafidi, *Who owns culture? Appropriation and authenticity in American Law*, Rutgers University Press, New Brunswick-New Jersey-London, 2005, стр. 9.

¹⁰ Исто, стр. 91.

¹¹ Вид. Wanda E. George, „Intangible cultural heritage, ownership, copyrights, and tourism“, нав. дело, стр. 380.

узроковати деструктивне облике понашања њених припадника уз продубљивање анимозитета.

Културна апроприација као појава није нова, шта више до сада разликујемо чак 5 различитих врста: објектну, садржинску, стилску, мотивну и субјектну.¹² Оно што јесте ново су покушаји правне заштите, тренутно недорасле проблему. Посебан је изазов када су за ово одговорни они обавезани да штите културу, којима не само да то дужност то налаже, него имају и моралну обавезу. Свесни су тежине и значаја, чињенице да док год се наслеђе негује и живи, државе се могу из пепела родити.

3. ПРИМЕРИ АПРОПРИЈАЦИЈЕ НЕМАТЕРИЈАЛНОГ КУЛТУРНОГ НАСЛЕЂА

Културна експлоатација један је од коришћених начина за успостављање доминације над мањинском заједницом и њеном културом. Феномен је за осуду, наноси највише штете и не може се бркати са осталим категоријама.

Нама близак пример долази управо из једне од бивших југословенских република-Македоније. За процес експлоатације овде су заслужни ни мање ни више него државни органи. Узрок се налази у грађењу што боље слике о земљи на глобалном плану, а омогућено је непостојањем прикладне регулативе на глобалном и локалном нивоу.

„Жртва“ је изузетно захтевна врста плеса, кола под називом „Тешкото“. Њиме се изражава животна сила столетних борби, које су Македонци водили по распаду империје Александра Великог, против Римљана, Хуна, Гота, Татара, Нормана, Авара, па све до Турака, уз упливе византијске културе, обликујувши своје етничке карактеристике.¹³ Символ је борби за национално ослобођење. Грађење нације је ушло у нову фазу након што је Македонија стекла независност 1991. године, са етничком политиком на централном месту.¹⁴ Тиме овај одвећ значајан плес добија још више на тежини. Међутим, позиција извођача овде

¹² Вид. James O. Young, *Cultural Appropriation and the Arts*, Blackwell Publishing, Malden, 2008, стр. 5-9.

¹³ Radoslav Hrovatin, *Konferenca folkloristov in festival folklore v Opatiji (Mednarodna konferenca Mednarodnega sveta za glasbeno folkloro in Festival plesov in pesmi narodov Jugoslavije v Opatiji od 8. do 14. septembra 1951)*, Slovenski etnograf 22, Etnografski muzej, Ljubljana, 1952, стр. 259.

¹⁴ Carol Silverman, „Macedonia, UNESCO and Intangible Cultural Heritage: The Challenging Fate of Teškoto“ in: *UNESCO on the Ground-Local Perspectives on Intangible Cultural Heritage*, (Editors Dylan Michael Foster, Lisa Gilman), Indiana University Press, Bloomington and Indianapolis, 2015, стр. 96.

је доста различита. Коло као такво, напорно је за извођење, па су и плесачи, сами по себи поприлично цењени. Статус музичара је пак, далеко од тога. Роми муслиманске вероисповести, чији је матерњи језик албански, из града Дебара близу албанске границе изводе пратећу музику за Тешкото.¹⁵ Након што је ратификована Конвенција о очувању нематеријалног културног наслеђа, македонски органи су у два наврата покушали да уврсте ово коло на репрезентативну листу, сваки пут без помињања ових музичара. У неким местима Северне Македоније претежно живи становништво муслиманске вероисповести. С тим у вези, негде се може и разумети (иако то не значи да је поступак оправдан) опредељење органа да искључе Роме из пријава на листу, а све ради грађења жељене слике о себи. Шта више, ту се нису зауставили него су уместо њих други музичари обучени да наступају на званичним прославама. Колико то вређа људско достојанство припадника ове мањине, те утиче на њихова друга права, може се претпоставити. Они теже да буду практични, те су свесни да су незаменљиви као музичари у нережираним прославама, иако игнорисани у процесу националног брендирања.¹⁶ Оваквом „бригом“ ће се можда и очувати део културе, али не и оно што многи сматрају њеном најфасцинантнијом цртом: способност да се створи историја.¹⁷

Без икакве сумње је да је читава једна мањина, не само вековно дискриминисана, него је и њихова култура експлоатисана спрам потреба. Одгурнути су у страну, а њихово знање узето и представљено као сопствено. Потребе држава за потврдом сопственог идентитета, грађењем слике о својој нацији на светској сцени и форсирањем уписа на листе ради приказивања што већег богатства приказале су се још након Конвенције из 1972. године. Самим тим остаје нејасно како су аутори Конвенције из 2003. године могли да сметну са ума овако очигледну злоупотребу. На дуге стазе, грађењем сопственог идентитета на рачун другог, потоњи бива оштећен. Несумњиво је да ово није усамљен случај, што може бити и један од разлога зашто данас многи историчари неретко имају проблема са разлучивањем праве истине.

Слична врста манипулације се десила скоро и у Турској. У питању је врста фестивала под називом „Невруз“, односно „Невроз“. Курди су вековима славили Невроз као њихову Нову годину, што је потврђено постојањем различитих извора у оквиру класичне курдске

¹⁵ Исто, стр. 97.

¹⁶ Исто, стр. 107.

¹⁷ Jeremy Waldron, „Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative“, *University of Michigan Journal of Law Reform*, Vol. 25, Nos. 3-4/1992, стр. 788.

литературе.¹⁸ Средином 70их година прошлог века па наовамо, курдске социјалистичке групе су кренуле да развијају легенду о Кави и мит о Неврозу у њиховом дискурсу ради конструисања курдског разликовања и политичког субјективитета.¹⁹ У дискурсу нових социјалистичких група, Невроз је конструисан да симболише дугу борбу Курда за слободу.²⁰ Међутим, турска држава је путем Министарства културе дала зелено светло за институционализацију Невруза широм земље.²¹ Повезивањем наводног порекла Невруза са Централном Азијом, постојао је покушај ублажавања наглашене везе са Курдима.²² Прва прослава, новог, званичног, контролисаног од стране Владе Невруза, била је 1996. године, праћена војним парадама, док су државне снаге обезбеђења предузеле посебне мере да спрече истовремено одржавање Невроза.²³ У ствари, циљ турске државе није више био да елиминише курдски идентитет, него да га редефинише као део веће турске целине, и да створи за себе улогу у овој апроприсаној форми.²⁴ „Рецепт опробан“ још 80их година када је сиријска влада прикрила популарност Невроза међу Курдима, чинећи га националним празником и интегришући га у званичан сиријски календар.²⁵

Тешко да је ово дешавање могло да прође испод радара на светској сцени. Но, неке озбиљне осуде није било. Турска је 2016. године регистровала ову прославу на репрезентативну листу заједно са још пар земаља, у којима постоје значајне турске мањине, попут нпр. Авганистана, Азербејџана, Казахстана, Киргистана, Ирана, итд. У литератури је било помена, међутим названо је „пропустом у разумевању нематеријалног културног наслеђа у Турској“.²⁶ Стиче се утисак да је Турска у тренутку регистровања била сасвим свесна шта ради и да је савршено разумела прилике унутар земље, своје окружење и стање у свету. Опције које јој право, односно Конвенција о очувању из 2003. године пружа, је искористила, и то за њу, на најбољи могући

¹⁸ Cengiz Gunes, *The Kurdish National Movement in Turkey: From Protest to Resistance*, Routledge, New York, 2012, стр. 77.

¹⁹ Исто.

²⁰ Исто.

²¹ Lerna K. Yanik, „‘Nevruz’ or ‘Newroz’? deconstructing the ‘invention’ of a contested tradition in contemporary Turkey”, *Middle Eastern Studies*, Vol. 42, No. 2/2006, стр. 288.

²² Исто, стр. 288.

²³ Simon Harrison, „Identity as a scarce resource”, нав. дело, стр. 247.

²⁴ Исто.

²⁵ Jordi Tejel, *Syria's Kurds-History, Politics and Society*, Routledge-London-New York, 2009, стр. 136.

²⁶ Sarah Elliott, „Damming Ava Mezin—Challenges to safeguarding minority intangible cultural heritage in Turkey“ in: *The Routledge Companion to Intangible Cultural Heritage* (Editors Michelle L. Stefano and Peter Davis), Routledge, New York, 2017, стр. 171.

начин. Осим негативних сентимената, Курдима је преостало или да се „препусте струји“ и пригрле назад такво, поново осмишљено, своје изворно наслеђе или да наставе да се боре, за шта су се они и определили. Поред сукоба са органима чији је задатак био да спрече одржавање фестивала, „борба“ се огледала и у песми, игри и другим симболичним праксама.

4. СЛУЧАЈЕВИ ЕКСПЛОАТАЦИЈЕ КУЛТУРНОГ НАСЛЕЂА

Културна апропријација као процес не познаје границе, а ни време, дешавала се много пута кроз историју, а занимљиво је да се и у наше доба наилази на „нападе“ ове врсте на материјално наслеђе. Колико год да претходни примери остављају утисак, у једнако критичним ситуацијама се могу наћи и споменици једног народа. На моментално актуелном примеру сукоба у Азији, између Јерменије и Азербејџана, примећује се узајамно оптуживање за чинове ове врсте. О приликама су обавештени и органи на наднационалном нивоу, попут Савета Европе, но он за сад мало шта конкретно чини, уосталом баш као и међународна заједница у целини.

Много чешће се може и налетети на текстове о страхотама непријатељстава и свему што са собом носе, него о далекосежним последицама на културе народа укључених у сукобе. Поменуте су тешке за појмити и предвидети у својој својој пунини и упућенима, али се могу наслутити спрам постојећих прилика. Наиме, званични извештај Центра за анализу међународних односа Републике Азербејџана од јула 2021. године, почиње списком уништеног огромног дела културног наслеђа и дела велике вредности. Но, истакнути су и случајеви за које одговарајуће правно средство не постоји. У питању су чиновници апропријације културног наслеђа. У наставку, напомиње се да Јерменија настоји да елиминира споменике у Карабах регији, с обзиром да историјски припадају Азербејџану. Уколико није у могућности да их физички уништи, онда их „отписује“ као не-азербејџанско наслеђе, попут маузолеја у Џафарабаду²⁷, или пак на њих качи јерменске натписе као што је то случај са каравансарајем из Зангезура.²⁸ Процесу „јерменизације“ како је то названо у извештају, подлегли су и бројни маузолеји и цамије, а наводи се да се отишло толико далеко да су плоче са арапском калиграфијом обрисане и уместо њих да су исцртани

²⁷ Report: *Armenia's Appropriation of Azerbaijani Cultural and Historical Heritage*, Center for analysis of International Relations, Baku, 2021, стр. 14.

²⁸ Исто, стр. 15.

јерменски крстови.²⁹ Питање вере је одувек за све народе и нације било осетљиво. Можда зато толико и боли када се здања прво скрнавe, да би им након тога било приписано персијско или монголско порекло, те оне на тај начин бивале презентоване свету.³⁰

По свој прилици, по поменутом извештају, несумњиво је дошло до процеса апропријације, конкретно експлоатације културног наслеђа. Културни споменици су идентификовани, као и њихов значај за заједницу, односно вредност. Након тога су били етикетирани где је било могуће јерменског порекла, а ако не онда као монголског или персијског. Тиме су брисани трагови постојања и живота азербејџанске заједнице на том подручју. Не само да су повређена осећања припадника овог народа, оштећени споменици, него практично им је негиран њихов идентитет. Поврх свега се подгрева већ увелико заоштрен сукоб.

Са друге стране, и ДР Јерменија сматра да је оштећена. Помиње културни геноцид и бројне разрушене културне споменике, за које је већ ургирала пред међународном заједницом да се заштите. Сматра и да је њено културно наслеђе на територији Арцах, жртва апропријације и фалсификације, у смислу да је окарактерисано као „кавказско албанско“³¹, односно да је наводно остало иза хришћанског народа ту настањеног у раном средњем веку. Практично, Азербејџан је присвојио поменуто културно наслеђе, али исто тако тврди да неће ни учинити ништа што би га могло уништити.³² Што је у неку руку и логично, с обзиром да га сада представља својим. Чини се и да је сама Јерменија свесна да тренутно до одређеног степена заштита може бити обезбеђена једино материјалном наслеђу, стога се експлоатација помиње од стране делегата на конгресу УН без икаквих додатних захтева. Међутим, управо промовисање овог културног наратива, уз истовремено негирање јерменског, изазива забринутост Савета Европе.³³

Дакако да су обе земље пристрасне, искључиво оптужују једна другу без освртања на своја (не)дела тако да све извештаје треба искључиво узети са резервом. Даље испитивање по пријавама, стања на терену и подробно истраживање од стране непристрасног тела су неопходни. Оно што стоји јесте да је по том питању тренутно *status quo*. Додуше, с обзиром на ограничене домете права не може се у овом

²⁹ Исто, стр. 16.

³⁰ Исто, стр. 26.

³¹ *Position paper on crimes against cultural property*, submitted by the delegation of the Republic of Armenia, 14th UN Congress on Crime Prevention and Criminal Justice, Kyoto, 2021, стр. 2.

³² Вид. Report: *Humanitarian consequences of the conflict between Armenia and Azerbaijan*, Committee on Migration, Refugees and Displaced Person, Rapporteur: Paul Gavan, Parliamentary Assembly, Council of Europe, Strasbourg, 2021, стр. 21.

³³ Исто, стр. 22.

моменту нешто друго ни очекивати. Исто тако, стоји и да у оба случаја, уколико се докажу истинитим постоје озбиљни случајеви културне апропријације, у једном од најгорих њених облика, где се мењају историјски наративи ради инкорпорисања у токове историје. Како ни тренутна политичка ситуација није завидна, неизвесна је будућност како и територије-предмета расправе, али и наслеђа. Оно је по обичају стављено у други план, а са досадашњом праксом делује да ће и она држава која изађе као победница из овог сукоба просто апроприсати другу културу по кратком поступку, као да је ту пре никада није ни било. Чини се и да тренутна „упирања прстом“ у погледу апроприсања наслеђа представљају само једне од покушаја манипулације, да би превагнули други, далеко значајнији интереси сваке од ове две државе.

5. ДОМАШАЈ ПРАВА НА КУЛТУРНО НАСЛЕЂЕ

За успостављање основа да се приступ културном наслеђу и уживање културног наслеђа сматра људским правом од значаја су две групе међународних правних аката: с једне стране, акти који се баве заштитом људских права, а с друге стране, акти који се баве заштитом културног наслеђа.³⁴ Експлоатација може имати и индиректног утицаја и на права на културни идентитет, права на учешће у културном животу, па онда са тим повезано и право на слободу изражавања, те права мањина, итд. односно акте који их регулишу. Редефинисање наратива наслеђа, далеко је од поштовања права сваког појединца и групе да буду различити, себе таквима сматрају и да буде поштовани као такви,³⁵ што предвиђа Декларација о раси и расним предрасудама. У наредним редовима биће испитано како акти посвећени конкретно заштити културног наслеђа „отварају врата“ помињаним тежим облицима узимања из туђе културе, односно посредним повредама других норми људских права.

Универзална декларација о људским правима из 1948. године, камен темељац у овој области, у свом чл. 27 каже да свако има право да учествује у културном животу заједнице, ужива у уметности, благодетима научног напретка и дели користи.³⁶ Издваја и да свако има право на заштиту моралних и материјалних интереса који проистичу из научног, књижевног и уметничког стваралаштва чији је творац.³⁷

³⁴ Бранко М. Ракић, „Културно наслеђе – право, идентитет и достојанство“, *Социолошки преглед*, Vol. LIV, бр. 4/2020, стр. 1213.

³⁵ Вид. Article 1 paragraph 2 Declaration on Race and Racial Prejudice 1978.

³⁶ Article 27 paragraph 1 The Universal Declaration of Human Rights (UDHR).

³⁷ Article 27 paragraph 2 UDHR.

Подсетимо ли се претходно приказаних случајева јасне су повреде. Роми у Македонији, делимично су лишени учешћа у културном животу, чији су пре били не само равноправни, него круцијални актери. Курди пак настављају са прославом свог Невроза, поред паралелног турског празника Невруза, тако да се они за то своје право све време без престанка боре. Оно што је пак проблематично јесте заштита моралних и материјалних интереса твораца. Разлог томе је, што је овде у питању група, а не појединац, и наслеђе, а не ново, оригинално дело. Практиканти се малтене стављају у ситуацију да морају да региструју наслеђе, као неки од облика интелектуалне својине да би оно могло бити заштићено.

Хашка конвенција о заштити културних добара у случају оружаног сукоба из 1954. године ограничена је само на материјалне облике наслеђа-у старту суженог домаћаја у односу на горе помињане облике апропријације. Заштита се по њој своди на очување и поштовање културних добара.³⁸ Уговорнице би требало да у време мира предузму одговарајуће мере за очување културних добара ситуираних на својој територији да би се спречили ефекти оружаног сукоба, који се могу предвидети.³⁹ У конкретном случају апропријације проблематично је одређивање како би непријатељска страна могла реаговати. Судска пракса осуђује акте разарања, али опција да га учини својим или измисли неко друго порекло остаје отворена. Нека превенција томе би били уписи на листе утврђене конвенцијама, но често ни то није довољно. Проблематично је и оно наслеђе са одређеном историјском и националном вредношћу, које се можда налази у националним регистрима или чак ни ту, а падне у непријатељске руке и заврши експлоатисано. Но, наредни члан Конвенције из 1954. године се фокусира на поштовање. По њему се уговорне стране обавезују да се суздрже од коришћења добара и њихових окружења на начин који ће највероватније довести до уништења или штете у случају оружаног сукоба, као и да се суздрже од било каквог непријатељства против таквог добра.⁴⁰ Међутим, овим опет није покривена ниједна од горе презентованих ситуација-апропријацијама што воде повредама права. Акти су такве врсте да се наслеђе означава као сопствено што значи да се не могу тумачити у овом светлу, осим ако неко независно тело

³⁸ Вид. Article 2 Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict with Regulations for the Execution of the Convention.

³⁹ Вид. Article 3 Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict with Regulations for the Execution of the Convention.

⁴⁰ Вид. Article 4 paragraph 1 Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict with Regulations for the Execution of the Convention.

касније не докаже право порекло па би се у том смеру могло говорити о штети нанетој током поступка апропријације.

Хашка конвенција даље брани између осталог и крађу, вандализам, па и одмазду.⁴¹ Ослања се притом на ранију норму Хашке регулативе из 1907. године која наводи да је свака заплена, уништавање или намерно наношење штете институцијама оваквог карактера, историјским споменицима, уметничким и научним делима, забрањена и биће предмет гоњења.⁴² Занимљиво је поменути и податак да историја бележи чак и случајеве у којима је одређено наслеђе преуређивано у хотеле, стоваришта⁴³, па и у нашем примеру Јерменије и Азербејџана када је цамија коришћена као свињац, док јој није у процесу апропријације било приписано друго порекло. Додуше, делује да је конкретан избор намене био искључиво усмерен да се повреде осећања припадника муслиманске вероисповести и изазове реакција. Стога ове врсте повреда не утичу само на имовину или налазишта, која су тим путем измењена.⁴⁴ Промена функције је одговорна за уништавање нематеријалних компоненти наслеђа у питању⁴⁵, што тек након одређеног времена испливава на површину.

Конвенција о заштити светске културне и природне баштине из 1972. године, још један је у низу аката који се бави наслеђем. Предвиђа и да свака држава треба да изврши идентификацију, заштиту, конзервацију, презентовање и преношење баштине будућим генерацијама. Наведено треба извршити државним средствима, а где је пригодно уз међународну помоћ и сарадњу посебно у виду финансијских, уметничких, научних и техничких средстава.⁴⁶ Апострофиране мере, баш као и оне правне, разуме се, свака држава потписница треба и сама да предузима.⁴⁷ Идентификација, оставља утисак најпроблематичније мере у погледу културне експлоатације. Од ње крећу остале радње, а не постоји ни могућност превенције, односно лека. У конвенцији, бива помињана

⁴¹ Вид. Article 4 paragraph 3 и 4 Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict with Regulations for the Execution of the Convention.

⁴² Article 56 paragraph 2 Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907.

⁴³ Вид. Christiane Johannot-Gradis, „Protecting the past for the future: How does law protect tangible and intangible cultural heritage in armed conflict?“, *International Review of the Red Cross*, Vol. 97, issue 900, 2015, стр. 1268.

⁴⁴ Исто.

⁴⁵ Исто.

⁴⁶ Вид. Article 4 Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage 1972.

⁴⁷ Вид. Article 5 point d Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage 1972.

још и везано за Фонд за заштиту светске културне и природне баштине, чији један од задатака је да пружа помоћ у виду тренинга особљу, специјалистима свих нивоа, националним и регионалним центрима.⁴⁸

Без обзира на прокламовано, делује да су манипулације толико суптилне да би се тешко могло рећи да је чак дошло и до изигравања овог акта. За њих свакако тренутно не постоји решење. Чл. 27 Конвенције прописује да државе чланице ће се залагати у највећој мери да свим одговарајућим средствима, а нарочито образовним и информативним програмима, стимулишу међу својим народима поштовање и уважавање културне и природне баштине.⁴⁹ Што и чине, након што га идентификују као своје наслеђе, односно присвоје, а мањине обично нису довољно јаке да би се одупрле. Тела основана овом регулативом, строго се држе своје утврђене надлежности, не излазе из њених оквира, па ни не дају решење за експлоатисано наслеђе.

Парњак претходног акта би можда била Конвенција о очувању нематеријалног културног наслеђа. Донета 2003. године, готово универзално прихваћени акт, са сврхом да га очува, обезбеди му поштовање, подигне свест о значају на локалном, националном и међународном нивоу, као и да омогући међународну сарадњу и помоћ.⁵⁰ Очување је дефинисано као мере усмерене на одрживост нематеријалног културног наслеђа, укључујући идентификацију, документацију, истраживање, очување, заштиту, промоцију, побољшање, преношење посебно кроз (не)формално образовање, као и ревитализацију различитих аспеката таквог наслеђа.⁵¹ Како би се обезбедила идентификација у циљу очувања, свака држава чланица спрам својих могућности би требало да створи један или више инвентара нематеријалног културног наслеђа присутног на њеној територији, који ће бити регуларно обнављан.⁵² Процес очувања захтева доста ангажовану улогу државе, уз тражено спровођење предвиђених мера.

Питање је овде само очувања чијег наслеђа. Јасно је од раније да експлоатација подразумева узимање из туђе културе, дакле идентификација је извршена, али јој је приписан други наратив, те на основу тога касније бива очувана. Поступак за експлоататора је још једноставнији, него када је у питању материјално наслеђе, чији карактер је такав да су понекад неопходне и физичке измене. У том

⁴⁸ Вид. Articles 22 и 23 Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage 1972.

⁴⁹ Article 27 Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage 1972.

⁵⁰ Article 1 Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage 2003.

⁵¹ Article 2 paragraph 3 Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage 2003.

⁵² Article 12 paragraph 1 Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage 2003.

смислу УНЕСКО-ва Декларација о намерном уништавању културног наслеђа из 2003. године би могла да буде од помоћи. На самом почетку препознат је значај наслеђа и подвучена посвећеност борби намерном уништавању било које његове форме.⁵³ Оно може бити у целини или делимично, чиме се компромитује интегритет наслеђа⁵⁴, што су акти специфични за експлоатацију. Касније, разрада иде у смеру захтева према државама за предузимање одговарајућих мера. Међутим, и она, а и претходно помињана норматива ступају на сцену тек ако се докажу намерне повреде, што је пак за апропријацију одиста шкакљиво.

У сваком случају, државе практично пред светом испуњавају своје преузете обавезе, иако их током самог поступка у неку руку и крше. Поготово ако се има у виду широко постављена одредба, која им оставља отворена врата да региструју и наслеђе других култура на сопственим територијама. За овакве кораке, илустроване на пређашњим описима, Конвенција из 2003. године, баш као и њена претходница „остају везаних руку“.

Подједнако је проблематична и околност што не учествују увек све земље у регистрацији. Аспект уписа на репрезентивне листе који представља изазов Комитету и УНЕСКО-у је постојање тенденција компетитивних уписа где једна уговорница под својим именом уписује заједничко наслеђе региона са другом уговорницом или уговорницама.⁵⁵ На примеру Азербејџана, може се видети да исти није учествовао у подношењу пријаве на листу утврђену Конвенцијом из 2003. године по питању арапске калиграфије. Поменута не само да је била уништена на одређеним богомољама током сукоба са Јерменијом, него такви акти имају утицаја и на цело здање. Колике би биле шансе да иста буде спасена да су околности биле другачије, те да се на време укључио у процес регистровања остаје енигма.

Нешто ужег територијалног домашаја би била Фаро конвенција из 2005. године, где се у преамбули се може наћи подсетник да свако има право да учествује у културном наслеђу по сопственом избору поштујући права и слободе других.⁵⁶ Као циљеве наводи: препознавање да права везана за културно наслеђе су инхерентна правима на учествовање у културном животу, препознавање индивидуалне

⁵³ Article 1 UNESCO Declaration Concerning the Intentional Destruction of Cultural Heritage 2003.

⁵⁴ Вид. Article 2 paragraph 2 UNESCO Declaration Concerning the Intentional Destruction of Cultural Heritage 2003.

⁵⁵ Janet Blake, *International Cultural Heritage Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, стр. 179.

⁵⁶ Framework Convention on the Value of Cultural Heritage for Society (Faro Convention 2005), Council of Europe, Treaty Series No. 199.

и колективне одговорности ка културном наслеђу, наглашавање да конзервација и одржива употреба имају људски развој и квалитет живота за приоритет, итд.⁵⁷ Биле потписнице или не, државе из горе помињаних примера то није нарочито ометало у науку. Апроприсањем наслеђа делале су противно самим циљевима, те тиме нанеле штету и заједничком наслеђу целе Европе.

Без обзира на гарантована права, она и даље бивају кршена на изузетно префињен начин. Идентификација, као кључан корак, се у овим актима узима здраво за готово, те се ни не обраћа превише пажње на њу. Једно је сигурно-аутори више конвенција приликом састављања нису ни имали на уму овакве видове повреда. Делује да су дали предност конкретнијим, отворенијим видовима повреда, уништавања, па и крађа, оним лакшим за препознавање и јавно осуђивање.

6. ЗАКЉУЧАК

Права су условљена нормативним понашањем (чињењем правне ствари) и системом вредности (шта је права ствар).⁵⁸ Но, делује да код културне апропријације формулисање правне ствари и њено чињење, још увек нису у потпуности прецизно утврђени или да пак подлежу другим интересима. Експлоатисањем нематеријалног наслеђа мења се знање, што временом улази дубље у поре живота, утиче на идентитет и културу. Уколико творци апроприсаног наслеђа реше да га прихвате назад, губе део себе, али опстају под новим, туђим условима. Опција им је и да се супротставе и наставе да практикују своје оригиналне облике. У том случају, питање је једино колико ће моћи тако да издрже док се правни оквир не промени, те омогући адекватна заштита, компензација, па и одговорност експлоататора. Материјално наслеђе, нешто је у бољој позицији и за сад има некакву, не конкретну, него посредну заштиту, чије примењивање није још увек утабано у пракси. Његове повреде утичу и на нематеријално и *vice versa*.

Неретко су државе оне које треба кривити. Вођене искључиво својим интересима, под велом најбољих намера, присвајају елементе из туђих култура спрам потребе. Користе се околношћу да је право на културно наслеђе недовољно развијено, заштита слаба, а творци међународних конвенција нису ни имали у виду ове врсте повреда. Заштићени правом, практично га злоупотребљавају, док се споља све време чини да делају по прописима. Јачање едукативних метода,

⁵⁷ Article 1 Faro Convention 2005, Treaty Series No. 199.

⁵⁸ Ian Hodder, „Cultural Heritage Rights: From Ownership and Descent to Justice and Well-being”, *Anthropological Quarterly* Vol. 83, No. 4/2010, стр. 875.

одбијање уписа на листе апроприсаног наслеђа и јавно осуђивање таквих чинова у међународној арени, могли би самостално, али и у комбинацији, дати ефекта.

ЛИТЕРАТУРА

Ракић М. Бранко, „Културно наслеђе – право, идентитет и достојанство“, *Социолошки преглед*, Vol. LIV, No. 4/2020, стр. 1210–1259.

Blake Janet, *International Cultural Heritage Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

Elliott Sarah, „Damming Ava Mezin-Challenges to safeguarding minority intangible cultural heritage in Turkey“ in: *The Routledge Companion to Intangible Cultural Heritage* (Editors Michelle L. Stefano and Peter Davis), Routledge, New York, 2017.

George E. Wanda, „Intangible cultural heritage, ownership, copyrights, and tourism“, *International Journal of Culture, Tourism and Hospitality Research* vol. 4 no. 4, 2010, стр. 376-388.

Gunes Cengiz, *The Kurdish National Movement in Turkey: From Protest to Resistance*, Routledge, New York, 2012.

Harrison Simon, „Identity as a scarce resource“, *Social Anthropology*, Vol. 7, No. 3/1999, стр. 239-251.

Hodder Ian, „Cultural Heritage Rights: From Ownership and Descent to Justice and Well-being“, *Anthropological Quarterly*, Vol. 83, No. 4/2010, стр. 861-882

Hrovatin Radoslav, Konferenca folkloristov in festival folklore v Opatiji (Mednarodna konferenca Mednarodnega sveta za glasbeno folkloro in Festival plesov in pesmi narodov Jugoslavije v Opatiji od 8. do 14. septembra 1951), Slovenski etnograf 22, Etnografski muzej, Ljubljana, 1952, стр. 257-271.

Johannot-Gradis Christiane, „Protecting the past for the future: How does law protect tangible and intangible cultural heritage in armed conflict?“, *International Review of the Red Cross*, Vol. 97 Issue 900, 2015, стр. 1253–1275.

Rogers A. Richard, „From Cultural Exchange to Transculturation: A Review and Reconceptualization of Cultural Appropriation“, *Communication Theory* No. 16/2006, стр. 474-503.

Scafidi Susan, *Who owns culture? Appropriation and authenticity in American Law*, Rutgers University Press, New Brunswick-New Jersey-London, 2005.

Shugart A. Helena, „Counterhegemonic acts: Appropriation as a feminist rhetorical strategy”, *Quarterly Journal of Speech* No.83/1997, стр. 210-229.

Silverman Carol, „Macedonia, UNESCO and Intangible Cultural Heritage: The Challenging Fate of Teškoto“ in: *UNESCO on the Ground-Local Perspectives on Intangible Cultural Heritage*, (Editors Foster Dylan Michael, Gilman Lisa), Indiana University Press, Bloomington- Indianapolis, 2015, стр. 93-111.

Tejel Jordi, *Syria's Kurds-History, Politics and Society*, Routledge, London-New York, 2009.

Tsosie Rebecca, „Reclaiming Native Stories: An Essay on Cultural Appropriation and Cultural Rights“, *Arizona State Law Journal* vol. 34 issue 1, 2002, стр. 299-358.

Waldron Jeremy, „Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative“, *University of Michigan Journal of Law Reform*, Vol. 25, Nos. 3-4/1992, стр. 751-794.

Yanik K. Lerna, „‘Nevruz’ or ‘Newroz’? deconstructing the ‘invention’ of a contested tradition in contemporary Turkey”, *Middle Eastern Studies*, Vol. 42, No. 2/2006, стр. 285-302.

Young O. James, *Cultural Appropriation and the Arts*, Blackwell Publishing, Malden, 2008.

ПРАВНИ ИЗВОРИ

Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage 1972

Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict with Regulations for the Execution of the Convention 1954

Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage 2003

Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land 1907

Declaration on Race and Racial Prejudice 1978

Framework Convention on the Value of Cultural Heritage for Society (Faro

Convention 2005), Council of Europe, Treaty Series No. 199

UNESCO Declaration Concerning the Intentional Destruction of Cultural Heritage 2003

The Universal Declaration of Human Rights (UDHR) 1948

ОСТАЛИ ИЗВОРИ

Position paper on crimes against cultural property, submitted by the delegation of the Republic of Armenia, 14th UN Congress on Crime Prevention and Criminal Justice, Kyoto, 2021

Report: *Armenia`s Appropriation of Azerbaijani Cultural and Historical Heritage*, Center for analysis of International Relations, Baku, 2021

Report: *Humanitarian consequences of the conflict between Armenia and Azerbaijan*, Committee on Migration, Refugees and Displaced Person, Rapporteur: Paul Gavan, Parliamentary Assembly, Council of Europe, Strasbourg, 2021

Miljana Jakovljević

CULTURAL APPROPRIATION DESPITE RIGHT TO CULTURAL HERITAGE

Resume

Underdevelopment of cultural rights, in particular right to cultural heritage, is leaving its mark. Grey areas, legal gaps and different state manoeuvres are constantly present as a part of functioning of international community. Cultural appropriation is just one of the consequences. Its various, more or less harmful forms, are affecting both tangible and intangible heritage. Adaptation, inspiration, synthesis, merging, etc. are just some of the notions used as an attempt to justify cultural appropriation, in addition to the avoidance of the responsibility by perpetrators. Hence, part of the paper will be dedicated solely to the understanding of this concept, its types and possible consequences. Initial hypothesis of the paper will be that right to cultural heritage is indirectly enabling exploitation, a form of cultural appropriation, which affects the very existence of the heritage. Legal positivism will be used to analyze existing legal solutions. Further on, legal and political fallouts, as well as latent omissions, will be presented via couple of adequate examples. It seems that states, under the veil of best intentions, guided by their own interests, are appropriating elements from other cultures. The fact that creators of international conventions didn't even had in mind these sorts of injuries are leaving „the door open“ for them. Exploitation of intangible cultural heritage changes deep rooted knowledge, identity and culture. Its creators have two options: to accept that particular appropriated form or continue to fight. If they opt for acceptance, their practices will be changed, twisted, maybe even a bit frozen in time. In case they decide to practice their original forms, nobody can tell for sure for how long they will be able to resist to dominant culture and will there be any sort of protection, compensation or responsibility of the appropriators. Tangible cultural heritage is in a bit better position-it has some sort of roundabout protection. Yet, it should be clear that damages done to intangible cultural heritage are affecting tangible and *vice versa*.

Keywords: cultural heritage, cultural appropriation, cultural exploitation, identification, right to cultural heritage.

* Рад је примљен 21.02.2022. године, а прихваћен на састанку Редакције 12.07.2022. године.

О ИЗБОРУ СУДИЈА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

- Сажетак -

У раду аутор полази од тезе да је независно, стручно и ефикасно правосуђе основ стабилног друштва и обезбеђивања владавине права и правне сигурности у једној држави. Да би се до тога дошло, пред Републиком Србијом стоји изазован пут и смернице Европске комисије садржане у годишњим извештајима по чијем се поступању врата интеграцији Европској унији шире отварају. Промена Устава из 2006. године је обухватила ово питање, а у том сложеном процесу су нам врло значајни и савети и мишљење Венецијанске комисије, односно Европске комисије за демократију путем права, чији састав чине стручњаци из области уставног права. Изменама Устава Републике Србије највећи искорак начињен је у минимизирању улоге Народне скупштине приликом избора судија на судијску функцију први пут (први избор судија). Народна скупштина није у потпуности избрисана из изборног процеса, већ је у значајној мери задржана и огледа се у њеном кредибилитету који је заснован на чињеници да је реч о представничком телу које ужива поверење грађана потврђено на изборима. Тачно је да Народна скупштина више не бира судије на „пробни мандат“ од три године и да је избор препуштен стручном органу – Високом савету судства, али састав овог органа судске власти обухвата 4 истакнута правника које бира управо Народна скупштина, поред осталих седам чланова, и то 6 судија које бирају судије и председника Врховног суда. Председнике свих судова, такође, више не бира Народна скупштина, већ Високи савет судства. Нова уставна решења прописију сталност судијске функције, без икаквих ограничења, чиме је укинут пробни мандат судија. Најновије

* Ауторка је истраживач-приправник на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу. Електронска адреса ауторке: rkijevcanin@jura.kg.ac.rs.

уставне промене из 2022. године отварају низ нових питања проналажења адекватних законских механизма који би обезбедили Уставом прокламовану независност правосуђа. Анализирајући нова решења и препоруке, аутор ће настојати да инспирише стварање смерница за њихово даље конкретизовање путем нижих правних аката, од којих зависи да ли ће се кренути у смеру напретка и квалитетно искористити нова „подлога“ за отклањање досадашњих неусаглашености, празнина и лоших решења.

Кључне речи: судија, Високи савет судства, Народна скупштина, владавина права, начело независности судске власти.

1. УВОД

Тежња сваке модерне државе јесте остваривање принципа владавине права који у себи сублимира основна начела на којима би требало да почива и развија се цивилизовано друштво. Та начела су: легитимност власти; подела власти; независност судства; уставност и законитост (начело легалитета); уставна јемства људских и грађанских права; слобода привреде и привредне активности.¹ Сва ова начела стреме остваривању једног идеала, а то је успостављање објективног права и ограничавање апсолутне, личне власти појединца, односно њене злоупотребе. Подела власти и независност судства су уско повезани принципи, па би се могло рећи да представљају лице и наличје једне медаље. Она обезбеђује стручно функционисање државних институција, али и поверење грађана у њих као носеће стубове правног поретка. Међутим, она неретко иницира питања о границама деловања, легитимности надовезивања, или чак међусобног мешања државних власти. О овим и сличним питањима ћемо се позабавити у раду, покушавајући да изнесемо став који би значао компромисно, унапређено решење.

Зачетке теорије о подели власти срећемо још у делима Платона, Аристотела, Цицерона, а нарочито Џона Лока, на чије се учење надовезао чувени филозоф Шарл Монтескје, који је постао главни заговорник овог начела.² Он је сматрао да слободе нема ако законодавна власт није одвојена од извршне, односно ако ове власти нису одвојене од

¹ Владан Петров, Дарко Симовић, *Уставно право - приручник за полагање правосудног испита*, Службени гласник, Београд, 2020, стр. 39.

² Драган Батављевић, *Уставно право*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац, 2013, стр. 86.

судске. Суштина је проистекла из жеље да се целокупна државна власт дислоцира из руку једне личности, како би се спречила арбитрерност и укључили грађани у вођење своје државе (која и постоји захваљујући њима). Међусобна контрола и равнотежа између све три гране власти је требало да побољша положај грађана и направи велики корак ка демократији, па су је устави различитих држава изричито прописивали. Устав Републике Србије из 2006. године утврђује да се уређење власти грана на законодавну, извршну и судску власт, као и да се њихов однос заснива на равнотежи и међусобној контроли, при чему је судска власт независна.³ Контрола се може успоставити између политичких власти, док стручна власт треба да ужива потпуну самосталност и независност, која се, уосталом, и предвиђа као следеће уставно начело.⁴

Независност судства се најверније одражава на два начина, и то: 1) немешање законодавне и извршне власти у рад, односно одлучивање о судским предметима, и 2) избор и положај судија. У Србији је избор судија био препуштен судској, али и законодавној власти оличеној у Народној скупштини. Ово решење је важило до промена Устава у јануару 2022. године. Сада судије бира Високи савет судства.

2. ИЗБОР СУДИЈА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ – РЕТРОСПЕКТИВНИ ПРИКАЗ

Уставни развој Републике Србије указује нам да судска власт до данас није претрпела корените промене, ни у организационом, ни у функционалном смислу.⁵ Начело независности и самосталности судске власти, установљено још Намесничким уставом, континуирано се прожимало до Устава Републике Србије из 2006. године. Оно што се настоји, нарочито последњих година услед тежње за отварањем националних граница и уласком у Европску унију, своди се на побољшање услова за ефикасније и доследније остварење прописаног начела. У том циљу, пошло се од предвиђања новог начина избора носилаца правосудних функција и промене њиховог положаја, као главних параметара у оцени постојања јасно дефинисане и независне треће гране власти. Кључна новина у уставном поретку Србије је уследила увођењем новог органа 2001. године Законом о судијама.

³ Устав Републике Србије, *Сл. Гласник РС*, 98/2006.

⁴ Ратко Марковић, „Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед“, *Анали Правног факултета у Београду*, Правни факултет у Београду, Београд, 2/2006, стр. 9.

⁵ Најновија уставна решења говоре у прилог чињеници да је уставотворац желео по први пут да обезбеди и организациону и функционалну независност судија. Да ли ће то тако бити и у пракси – видећемо, јер ће прилично зависити од тога каква ће бити нова законска решења која се морају усвојити како би се правни поредак ускладио са новодонетим уставним решењима.

У то време актуелни Устав (Устав из 1990. године), прописивао је да је избор судија у надлежности Народне скупштине. Стручни орган оличен у Врховном суду имао је само обавезу да оцени да ли је материјално стање подведено под законски опис повреда на основу којих би се судија могао санкционисати или чак разрешити дужности. Ради настојања очувања ефикасности највише судске инстанце у држави, 2001. године се реализовала идеја о формирању органа који ће бити при Врховном суду Србије и који ће одлучивати о статусним питањима судија. Овај орган је назван Велико персонално веће и његова организација и функционисање су били детаљно уређени Законом о судијама.⁶ Велико персонално веће је доносило образложену одлуку, а на изречену меру судија је имао право подношења приговора Општој седници. Ипак, одлуку о престанку дужности судије доносила је Народна скупштина, и на њу је била дозвољена уставна жалба. Законом о судијама, поред Великог персоналног већа, успостављен је и Високи савет правосуђа, чија се надлежност огледала у оглашавању избора судија, прибављању мишљења и података о стручности и достојности кандидата, прописивању накнаде и осталих примања судија које су упућене у други ред, предлагању Народној скупштини потребног броја судија и судија поротника, доношењу решења о премештају судија, али и одлучивању о приговорима које је судија изјављивао против одлуке Великог персоналног већа у одређеним случајевима. Исте године, донет је и Закон о Високом савету правосуђа. Високи савет правосуђа је имао 13 чланова, од тога 5 сталних и 8 позивних.⁷ Са ова два законска акта направљен је значајан корак унапред увођењем органа чија се улога огледала у јачању судске власти и тенденциозним корацима да се убудуће пруже гаранције о њеној самосталности и независности.

Пратећи преломне тренутке у уставном развоју Републике Србије, приметили смо да се наша држава приклонила иновативнијим решењима. Србија је Уставом из 2006. године⁸ конституционализовала Високи савет правосуђа, поделивши га на два засебна и самостална органа — Високи савет судства и Државно веће тужилаца. Високи савет судства дефинисан је највишим правним актом као независан и самосталан орган који обезбеђује и гарантује независност и самосталност судова и судија. Његова примарна надлежност се састојала у избору и разрешењу

⁶ Љиљана Благојевић, „Високи савет судства као гарант независности правосуђа у Републици Србији“, у зборнику: *Судије у правном систему : избор судија у Србији и земљама Региона* (приредили: Един Шарчевић, Владан Петров), Фондација Центар за јавно право, Сарајево, 2013, стр. 15.

⁷ Исто.

⁸ Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006.

судија. Овакав смер обећавао је задовољавајуће стање у нашој земљи у области правосуђа. Међутим, сагледавајући положај и улогу органа који су учествовали у избору носилаца судских функција, нисмо добијали тако ведру слику.

Устав Републике Србије гарантовао је сталност судијске функције, као још једну гаранцију независности и самосталности треће гране државне власти. Ипак, оштрице овог судског начела су биле иступљене прописивањем пробног периода предвиђеног за судије које су се први пут бирале на функцију. Избор судија у Србији вршили су Народна скупштина и Високи савет судства. Први избор судија био је у надлежности законодавног тела. Народна скупштина бирала је први пут судију, на предлог Високог савета судства, на период од три године који се називао „пробним периодом“. За ово време, судија почетник доказивао је кроз рад своју достојност и стручност или супротно, што би га опредељивало за напредак и прелазак у сталну судијску функцију или престанак њеног обављања. Високи савет судства ограничавао је круг потенцијалних судија, тј. народно представништво морало је начинити избор у оквиру датог предлога. Потреба за трогодишњим мандатом изазивала је доста полемике и опречних мишљења, али чињеница је да се радило о решењу које је прописано са циљем филтрирања и одабира квалитетног кадра. Уколико би се судија задовољавајуће показао у раду, бирао би се за сталну судијску функцију од стране Високог савета судства. Европска комисија за демократију путем права, у свом мишљењу о Уставу Србије, заузела је позитиван став о трајању пробног мандата судија, наводећи да се на тај начин решава проблем „привремених судија“.⁹

Прво питање које је изазивало пажњу и бројне критике јесте доминантна улога Народне скупштине приликом првог избора судија. Оваквим решењем уставотворац је у великој мери подредио судску власт политичком фактору.¹⁰ На ову критику надовезивало се питање положаја Високог савета судства у изборном процесу. Бирајући судије за сталну функцију, овај орган је на почетку био ограничен и то кандидатима које је претходно изабрало народно представништво. Дакле, Високи савет судства могао је изабрати судију само из круга

⁹ Јелена Вучковић, „Устав Србије и судска власт“, у зборнику: *Устав Републике Србије - пет година после (2006-2011) : зборник радова Правног факултета у Нишу и Правног факултета у Крагујевцу : тематски број* (приредио: Милан Петровић), Правни факултет у Нишу, Правни факултет у Крагујевцу, Ниш, 2011, стр. 256.

¹⁰ Марко Станковић, „Уставне одредбе о судству - да ли је судство у Србији заиста власт?“, у зборнику: *Устав Републике Србије - пет година после (2006-2011) : зборник радова Правног факултета у Нишу и Правног факултета у Крагујевцу : тематски број* (приредио: Милан Петровић), Правни факултет у Нишу, Правни факултет у Крагујевцу, Ниш, 2011, стр. 203.

судија почетника које је претходно изабрало политичко тело.

Народна скупштина је бирала и председника Врховног касационог суда, на предлог Високог савета судства, по прибављеном мишљењу опште седнице Врховног касационог суда и надлежног одбора Народне скупштине.¹¹ Законодавни орган бирао је и председнике осталих судова, на предлог Високог савета судства.¹² Напоменули смо да је начин избора судија један од фундаменталних показатеља положаја судске власти у односу на законодавну и извршну власт. Оваква решења провоцирала су закључак са негативним примесима који се односи на минимизирану улогу стручног тела у односу на политичко тело. Судијска функција подразумева одређене квалификације које бирачко тело и његови представници нису компетентни да препознају и оцене. Због овакве потребе конституционализован је Високи савет судства, коме су овлашћења била прилично умањена, а све у циљу веће контроле од стране власти. Венецијанска комисија, као саветодавно тело за уставна питања Савета Европе, старајући се о испуњавању стандарда европске уставне традиције од стране земаља које претендују да постану чланице Европске уније, заузела је став и по овом питању. Она је искритиковала укључивање парламента у именоване на судијску функцију, али и на избор чланова Високог савета судства, сугеришући да би у избору судија и чланова Високог савета судства требало да учествују одговарајуће струковне организације, а не политичко тело.¹³ Комисија се није устручавала да приликом анализе уставних решења препоручи своја, као замену за неподобне одредбе. Једно од њих је било да се избори судских органа и органа судске власти повере председнику Републике. На овај начин би се политизација судства дефинитивно појачала, бар у нашем систему, јер је председник лидер странке на власти, док је састав парламента демократичнији и чине га представници свих релевантних странака које заступају различите политичке идеологије и представљају различите групације грађана.¹⁴ То не значи да су оваква и слична решења лоша, већ неадекватна за

¹¹ Оливера Вучић, „Независно судство као нужни предуслов европских интеграција или колико је Република Србија данас далеко од европског стандарда независног судства“, у зборнику: *Актуелне тенденције у развоју и примени европског континенталног права : тематски зборник радова* (приредио: Милан Петровић), Правни факултет у Нишу, Ниш, 2010, стр. 263.

¹² Слободан Орловић, *Начело поделе власти у уставном развоју Србије*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2008, стр. 166.

¹³ Оливера Вучић, „Независно судство као нужни предуслов европских интеграција или колико је Република Србија данас далеко од европског стандарда независног судства“, *нав. дело*, стр. 265.

¹⁴ Исто.

земље које су у транзицији и које се боре да ојачају темеље државног поретка и успоставе владавину права. Упоредна решења земаља су различита и неминовно је да политику не треба искључивати из оваквог процеса, већ је само подвести под оквире легитимног и ограничити њену улогу. У Универзалној декларацији о независности правосуђа (1983) истиче се да „учествовање законодавне и извршне власти у постављању судија није у супротности са независношћу судства све док се такво постављање судија врши у консултацијама са припадницима правосуђа или правне професије или неког тела чији су чланови уједно припадници судске или правне професије“.¹⁵ Сходно изреченом, наша држава требало је да одмери пропорцију снага утицаја који имају органи који су носиоци изборног процеса, а у складу с крајњим уверењем — појача заступљеност струке, а умањи политике.

Друго питање које је изазивало велике полемике у области правосуђа јесте састав Високог савета судства. Устав Републике Србије одредио је Високи савет судства као независан и самосталан орган који обезбеђује и гарантује независност и самосталност судова и судија, на основу чега закључујемо да правна природа овог органа није судска, односно да он није орган судијске самоуправе. Имајући у виду да обавља послове правосудне управе, али да га то не сврстава у орган државне управе, Високи савет судства декларисан је као аутономни државни орган *sui generis*.¹⁶ Ипак, он је у теоријама о избору судија одређен као судски орган, насупрот Народној скупштини која је представник политичког органа. Постављало се питање: да ли се његова улога може остварити с обзиром на чланове који су га чинили? Високи савет судства састојао се од 11 чланова, од којих су три била по положају: председник Врховног Касационог суда, министар надлежан за правосуђе и председник надлежног одбора Народне скупштине. Осталих осам чланова су били изборни, од којих шест судија са сталном судијском функцијом и двоје истакнутих и угледних правника са најмање 15 година искуства у струци — један адвокат, а други професор правног факултета. Два члана по положају били су чисто политички функционери, док је трећег члана по положају — председника Врховног касационог суда, и преосталих осам чланова бирала Народна скупштина.¹⁷ Уставне одредбе о саставу овог органа представљале су погоршање у односу на стање законодавства у периоду од 2001. до 2005. године, када су изборни

¹⁵ Исто.

¹⁶ Исто.

¹⁷ Марко Станковић, „Судска власт у Уставу Србије од 2006. : критички поглед“, у зборнику: *Судије у правном систему : избор судија у Србији и земаља Региона* (приредили: Един Шарчевић, Владан Петров), Фондација Центар за јавно право, Сарајево, 2013, стр. 74.

чланови бирани од стране Врховног касационог суда, а не политичког тела.¹⁸ Изборни чланови били су подложни спољним или унутрашњим ограничењима слободе због начина доласка на овај положај. Многи аутори заступају становиште да постоје два концепта слободе која су уочљива у изборној процедури носилаца треће гране власти и на основу њих су утврђена два концепта судске независности. Први концепт независности судства темељи се на слободи која подразумева одсуство свих врста спољних притисака на судију, било да је реч о физичкој принуди, економском интересу, притиску јавности, политичке власти и сл. Други концепт подразумева лично ослобађање судија и слободно, поштено и законито обављање своје функције, без унутрашњих борби, страха, напетости и премишљања о потенцијалним санкцијама уколико се неком моћнику не би свидела донета одлука. Још екстремнија је ситуација када су у питању чланови по положају. Народног посланика у својству председника надлежног скупштинског одбора одликовала је најдискутабилнија позиција. Његов глас се рачунао приликом давања предлога за председника Врховног касационог суда, о ком се расправљало у скупштинском одбору, а након обезбеђивања већине гласова, исти се упућивао на гласање у пленуму Народне скупштине, где је такође учествовао. У истој улози се налазио и када се гласало о члановима Високог савета судства, председницима судова, као и судијама који су се бирали први пут. Учешће министра правосуђа у раду Високог савета судства би било основано и потребно само приликом расправљања о буџетским питањима, али не и о питањима која су у примарној надлежности овог органа и која су стручног карактера. Председник Врховног Касационог суда био би логично и прихватљиво решење, али је био споран начин његовог избора, па је трећи члан по положају био изложен преиспитивању, оспоравањима и негативним коментарима.

Примећујемо да је улога Народне скупштине била врло доминантна у организацији и функционисању органа који је Уставом одређен као независан и који би требало да буде носилац изборног процеса судија, па је, самим тим, политика велики уплив имала и у избору носилаца судских органа власти. Област правосуђа била је знатно дестабилизована оваквим уставним и законским решењима. Србија је држава која је увек одолевала тешкоћама и проблемима, храбро ишла у корак са потребама и будућношћу и никада није престајала да мења и унапређује спорне области. Аналогно томе, средином 2017. године започет је рад у смеру

¹⁸ Дарко Симовић, „Институционална јемства судијске (не)зависности у Републици Србији“, у зборнику: *Судије у правном систему : избор судија у Србији и земљама Региона* (приредили: Един Шарчевић, Владан Петров), Фондација Центар за јавно право, Сарајево, 2013, стр. 95.

промене устава, да би 2018. године била предложена нова уставна решења у области правосуђа. Устав Републике Србије из 2006. године је промењен када је Народна скупштина прогласила Акт о промени Устава Србије и Уставни закон за спровођење Акта о промени Устава Србије, чиме је Акт о којем су се 16. фебруара 2022. године грађани изјаснили на референдуму, ступио на снагу.

3. КРАТАК УПОРЕДНОПРАВНИ ОСВРТ

Имајући у виду уставна решења, разликују се четири основна модела одређивања судија: 1) избор судија од стране грађана; 2) избор судија од стране парламента; 3) именовање судија од стране шефа државе (на предлог другог државног органа); 4) избор судија од стране правосудног савета.¹⁹ У теорији је најчешће критикован трећи начин избора судија, док се у пракси неретко могу наћи државе које га имплементирају. Европске земље су углавном образовале посебна правосудна тела, чији корени сежу још од 1883. године када је француско законодавство предвидело надлежност савета у погледу дисциплиновања судија.²⁰ Први правосудни савети формиран су у Француској и Италији, а потом и у Шпанији и Португалији. Избор судија од стране правосудних савета обезбеђује диференцирање судске власти као посебне и независне од остале две државне власти. Ова тела, без обзира на начин организације који се разликује од државе до државе, представљају гарант стручности и професионализма. Тако је Венецијанска комисија заузела став о значају и нужности правосудних савета приликом одабира судија и одлучивања о њиховом напредовању или разрешењу.²¹

Осврнућемо се на неке земље региона и њихова решења о избору судских органа. Црна Гора припада државама које примењују четврти модел – избор судија врши се помоћу правосудног савета који носи назив Судски савјет²². Овај орган је самосталан и независан и сачињен је од председника и девет чланова. Чланови Судског савјета су: 1) председник

¹⁹ Владан Петров, „Избор судија упоредно и у Републици Србији - предлози за промену Устава“, у зборнику: *Судије у правном систему : избор судија у Србији и земљама Региона* (приредили: Един Шарчевић, Владан Петров), Фондација Центар за јавно право, Сарајево, 2013, стр. 41.

²⁰ Ирена Пејић, „Институционалне гаранције независног судства: Високи савет судства“, у зборнику: *Судије у правном систему : избор судија у Србији и земљама Региона* (приредили: Един Шарчевић, Владан Петров), Фондација Центар за јавно право, Сарајево, 2013, стр. 115.

²¹ Venice Commission, *Seminar on International Experiences and Standards in the Field of the Independence of the Judiciary*, CDL-JU, 2009, str. 6.

²² Ustav Crne Gore, *Sl. List CG*, br. 1/2007 i 38/2013 – Amandmani I-XVI, čl. 127.

Врховног суда; 2) четири судије које бира и разрешава Конференција судија, водећи рачуна о равномерној заступљености судова и судија; 3) четири угледна правника које бира и разрешава Скупштина, на предлог надлежног радног тела Скупштине по расписаном јавном позиву; 4) министар надлежан за послове правосуђа. Председника Судског савјета бирају чланови који нису носиоци судијске функције, и то двотрећинском већином гласова.²³ У правном поретку Републике Хрватске постоји Државно судбено вијеће²⁴ као самостално и независно тело које самостално одлучује о именовану, напредовању, премештају, разрешењу и одговорности судија и председника судова, осим председника Врховног суда. Државно судбено вијеће чини једанаест чланова, од чега седам судија, два истакнута професора правног факултета и два посланика, од којих је један из редова опозиције. Председник овог тела се бира међу члановима од којих је састављен.²⁵ У Босни и Херцеговини, надлежан за избор судија и тужилаца јесте орган који се одликује самосталношћу и независношћу и носи назив Високи судски и тужилачки савјет Босне и Херцеговине²⁶. Овај орган има 15 чланова који између себе, већином гласова, бирају председника и два потпредседника. Председник и два потпредседника не могу бити из реда истог конститутивног народа.²⁷ Мађарска такође бира судије преко стручног и самосталног државног органа, чији састав у потпуности чине носиоци правосудних функција. Правосудни савет у Македонији чини осам чланова који су носиоци судијских функција и пет чланова који су правници, изабрани од стране парламента самостално или на предлог председника. У Словенији судије бира парламент, на предлог Савета (и то је најближе нашем решењу).

Примећујемо да све наведене државе гарантују највишим правним актима независност и самосталност судске власти, па у тежњи обезбеђивања поштовања једног од најважнијих начела на којима почива правни поредак сваке земље, усвојила су решења која подразумевају инкорпорацију посебног државног органа чија ће примарна надлежност бити избор правосудних органа. Свака од држава на себи својствен

²³ Mijat Šuković, *Ustavno pravo – Univerzalna ustavna tematika i ustavno pravo Crne Gore*, CID, Podgorica, 2009, str. 225.

²⁴ *Ustav Republike Hrvatske*- pročišćen tekst, NN 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14, čl. 121.

²⁵ Branko Smerdel, *Ustavno uređenje europske Hrvatske*, II izdanje, Narodne novine, Zagreb, 2020, str. 186.

²⁶ *Zakon o Visokom sudskom i tužilačkom savjetu Bosne i Hercegovine*, *Sl. glasnik BiH*, br. 25/2004, 93/2005 i 48/2007.

²⁷ Nedim Ademović, Marko Joseph, Goran Marković, *Ustavno pravo Bosne i Hercegovine*, Konrad Adenauer Stiftung, Sarajevo, 2012, str. 162.

начин уређује организацију органа, која отвара различита питања и полемике о адекватности појединих решења. Ипак, то је супсидијарно питање о коме ћемо расправљати на другом месту. Оно што је важно увидети јесте утемељен принцип поделе власти у земљама региона и праћење уставног развоја оличеног у настојању да се створи јака, демократска и, пре свега, правна држава.

4. НА ПУТУ ПРОМЕНА МИТРОВДАНСКОГ УСТАВА

Министарство правде је 22.01.2018. године објавило Радни текст амандмана на Устав Републике Србије из 2006. године. Једно од носећих питања којим је требало оснажити стубове независности, стручности и самосталности судијске функције тицало се положаја судија. Судија примењује општу законску норму на појединачни случај, формирајући своје судијско уверење. То подразумева постојање услова у којима судија може исправно да тумачи и примењује закон. Услови за такав рад судија угрубо би се могли поделити у две групе: лична својства судије и заштита од извансудског утицаја (државног и недржавног) на рад судије.²⁸

Заштита од спољашњег утицаја на судије превентивно се обезбеђује кроз адекватна нормативна решења којима се уређује њихов положај. Тако, судска власт не би требало да подлеже провери легитимности каквој подлежу законодавна и извршна, манифестованој кроз изборе или реизборе. Разрешење и поновни избор свих судија нису пожељни ни целисходни, не само због политичких утицаја, већ и због могућих застоја и компликација у вођењу текућих судских предмета, али и због немогућности спровођења избора објективно, у нужно кратком року.²⁹ Судије морају бити растерећене од политичких утицаја, превирања и промена у структури власти. Њихово интересовање требало би да буде усмерено на стручан, поштен, непристрасан и професионалан рад, јер за судије које не постигну такав учинак на послу правни поредак предвиђа услове који воде до њиховог разрешења. У случају незаконитог, несавесног, некавалитетног рада судије, он се по утврђеној процедури разрешава и на његово место бира или именује други.

²⁸ Слободан Орловић, *Сталност судијске функције VS. опти реизбор судија у Републици Србији*, *Анали Правног факултета у Београду, Правни факултет у Београду*, Београд, 2/2010, стр. 164.

²⁹ Исто, стр. 165.

Моћна брана континуираном утицају егзекутиве на судство јесте и начело сталности судијске функције и судова.³⁰ Ово начело је било нарушено 2008. године, када се први пут настојала реформисати судска власт, и тадашњи процеси су наишли на строгу критику јавности, струке, као и академске заједнице. Ратко Марковић је оштро оценио тадашњу реформу наводећи да судска реорганизација не би смела ни за тренутак ништити начело сталности, поготово када је препуштена законодавцу. Ову неуставну реформу зауставио је Уставни суд Србије, који је поводом овог случаја донео седам одлука.³¹ Решење које је до скоро било на снази дефинитивно није оно које је било задовољавајуће и жељено. Тежње ка његовој промени нису временом јењавале, па се у круговима струке³² и теорије³³ истицала све јача жеља за променама, која је 2018. године преточена у предлоге амандмана.

Садржина радног текста једног од амандмана на Устав Републике Србије из 2006. године указивала је на то да пробни мандат више не постоји. Адвокатска комора Србије заузела је став да је добро решење да се укине именовање судија на „пробни период“ од три године, који је представљао изузетак од сталности судијске функције и објективну препреку судској независности.³⁴ Венецијанска комисија подржавала је напуштање овакве праксе, па је изнето мишљење: „Пробни мандати по дефиницији стварају потешкоће по судијску независност, али, уколико они постоје, не би требало да је то дуже него што је потребно да се процене одговарајући квалитети судије. Венецијанска комисија сматра да установљивање пробног мандата може да угрози независност судија, пошто они могу да осете притисак да на одређени начин доносе одлуке“.³⁵

Предложени амандман број VI на Устав Републике Србије из 2006. Године, садржајно надовезан на претходно питање, подстакао је размену различитих мишљења и негативно је оцењен од стране Венецијанске комисије. Њиме су били предвиђени услови за избор судија који се

³⁰ Исто, стр. 167.

³¹ Ђорђе Марковић, “Независност судства у Републици Србији – предлози за промену уставног оквира за избор судија и престанак судијске функције”, *Српска политичка мисао*, Институт за политичке студије, Београд, специјал/2017, стр. 207.

³² Друштво судија Србије, *Сведочанство припреме за промену Устава од 2006. године и струка*, Друштво судија Србије, Београд, 2018, стр. 44 (доступно на: https://www.sudije.rs/Dokumenta/Publikacije/Dru%C5%A1tvo_sudija_Srbije_-_Svedo%C4%8Danstvo.pdf (06.06.2022)).

³³ Владан Петров, “О неким „антиидентитетским“ местима у српском уставу”, *Српска политичка мисао*, Институт за политичке студије, Београд, специјал/2017, стр. 22.

³⁴ Друштво судија Србије, *Сведочанство припреме за промену Устава од 2006. године и струка*, нав. дело, стр. 208.

³⁵ Исто, стр. 465.

први пут бирају на функцију, и то на врло уопштен начин. Једини прецизирани услов подразумевао је да за судију може бити изабрано искључиво лице које је завршило обуку у специјализованој институцији за обуку у правосудју – Правосудној академији, и то, наравно, након окончаног Правног факултета, стажа и положеног правосудног испита. Србија је у периоду 2002-2009. године имала Правосудни центар за обуку и стручно усавршавање, који је потом прерастао у Правосудну академију, која је почела са радом 01.12.2010. године.³⁶ Правосудна академија није оспоравана као институција која ће пружати прилику младим правницима да се усавршавају, али је њен положај у правном систему изазивао пролонгирање несамосталности младих кадрова, као и бојазан од немогућности одолевања од политичког или других спољних утицаја.³⁷ Избор судија и заменика јавних тужилаца измештао се из досадашње скупштинске надлежности у институцију за обуку у правосудју, тј. у Правосудну академију, која *de facto* селекцијом својих полазника путем пријемног испита прелиминарно одлучује ко ће бити судија или заменик јавног тужиоца (јер се за носиоца правосудне функције у одређеним судовима и тужилаштвима бира само свршени полазник такве институције); сама Академија или било која институција која би имала та овлашћења, без гаранција независности, постаће врло брзо плен политичких партија.³⁸

Стварност је отварала још једно проблематично питање које се надовезивало на ово решење – шта ће се десити са судијским помоћницима који су се оспособили за важне функције радећи у правосудним органима и да ли ће они испасти из круга потенцијалних судија, јер њихово стручно и професионално усавршавање није утемељено на новим (предложеним) решењима која подразумевају обуку у специјалним институцијама?³⁹ Таквих људи је 2018. године било око 2000, како наводе из Удружења судијских и тужилачких помоћника Републике Србије.⁴⁰ Посебно споран био је начин формирања њеног најважнијег органа – Управног одбора. Од укупно девет чланова, четири члана именује Високи савет судства из реда судија, два члана именује Државно веће тужилаца из реда тужилаца, а три члана именује Влада. Овакав састав Управног одбора указује на то да би извршна власт

³⁶ Ђорђе Марковић, “Независност судства у Републици Србији – предлози за промену уставног оквира за избор судија и престанак судијске функције”, *нав. дело*, стр. 218.

³⁷ Исто.

³⁸ <http://www.ustp.rs/img/otvoreno-pismo.pdf>, (06.06.2022).

³⁹ Друштво судија Србије, *Сведочанство припреме за промену Устава од 2006. године и струка*, нав. дело, стр. 464.

⁴⁰ <http://www.ustp.rs/saopstenja-za-javnost.html>, (06.06.2022).

имала надмоћан утицај на избор кадра Академије, односно судског кадра. Ово стање је донекле изменио Уставни суд Србије, доневши почетком 2014. године одлуку о неуставности поменуте одредбе Закона о правосудној академији.⁴¹ Након ове одлуке, положен завршни испит на Академији представља само допунско мерило приликом одабира кандидата за будуће судије. Адвокатска комора Србије сматрала је да посебна обука на институцији за обуку у правосуђу не би требало да буде обавезан услов за први избор на судијску или тужилачку функцију, јер се тиме отежава приступ правосудним функцијама из адвокатуре. Комора је проценила да би овакво решење додатно ојачало баријере између правосудних професија и допринело непотизму и интерном протекционизму у поступку избора носилаца правосудних функција.⁴² Венецијанска комисија заузела је став да општи услови за избор судија треба да буду уређени на уставном нивоу, и у том случају би укључивали обавезу судске обуке, или би требало да буду остављени законском регулисању у потпуности. Спомињање Правосудне академије на овако посредан начин у уставу није адекватно решење, изазива правну несигурност и не би требало бити подржано.

Још једно од предложених уставних решења које је подигло много „прашине“ односило се на састав и функционисање Високог савета судства – органа који је симбол очувања независности судства. Радним текстом амандмана било је прописано следеће:

- смањен број чланова Високог савета судства са 11 на 10;
- пет чланова Високог савета судства бира Скупштина двотрећинском, а ако ње нема, већином од 5/9 гласова свих народних посланика;
- преосталих 5 чланова чине судије, чији је број смањен у односу на тренутни састав Високог савета судства са 7 на 5;
- забрањено је да председник Савета буде судија;
- прописано је да председник Савета има одлучујући (“златни”) глас у случају једнаког броја гласова;
- уређено је да су судије мањина у Високом савету судства јер имају пет од 11 гласова, а бирају четири од 11 чланова Савета;
- омогућено је Високом савету судства да доноси одлуке без иједног “судијског гласа”, зато што је за кворум довољно да само један судија присуствује седници, а за доношење одлуке у тој ситуацији није неопходан његов глас – и тај једини присутни

⁴¹ Ђорђе Марковић, “Независност судства у Републици Србији – предлози за промену уставног оквира за избор судија и престанак судијске функције”, нав. дело, стр. 219.

⁴² Друштво судија Србије, *Сведочанство припреме за промену Устава од 2006. године и струка*, нав. дело, стр. 208.

судија може бити против, а одлука може бити пуноважно донета, док је Високом савету тужилаца омогућено да доноси одлуке без иједног изабраног тужиоца.⁴³

Оваква решења наишла су на негодовања и оспоравања најеминентнијих стручњака и професора из области права, као и различитих струковних удружења. Друштво судија Србије је истакло да су спорни предлози: да се потпуно измени концепт Високог савета судства у смислу његовог састава, а посебно искључење председника највишег суда из чланства; предлагање да председник Високог савета судства не буде из реда судија; да чланови Високог савета судства, осим професора права, буду и „истакнути правници“ који поседују доказана знања и искуство у области организације, функционисања и реформе правосуђа, које би на предлог надлежног скупштинског одбора за правосуђе бирала Народна скупштина, по угледу на судије Уставног суда; да се смањи број чланова Високог савета судства; „златни“ глас председника Високог савета судства; да се сузи надлежност Високог савета судства; да о правним лековима против свих одлука Високог савета судства о статусу судија одлучује Уставни суд.⁴⁴

Врховни Касациони суд⁴⁵ је на Општој седници, одржаној 08. и 09.02.2018. године, извршио анализу Радног текста Амандмана I – XIII Министарства правде на Устав Републике Србије и заузео став да не постоје разлози који би оправдавали потребу да Високи савет судства има паран број чланова и да одлуке доноси тзв. златним гласом председника. Неприхватљив је предлог да број судија у Високом савету судства буде једнак броју чланова које бира Народна скупштина и да се при томе председник, који има тзв. златни глас, бира међу члановима који нису судије. Предложени састав Високог савета судства омогућио би Народној скупштини да преко својих изабраних представника у овом органу пресудно утиче на доношење свих његових одлука о избору, разрешењу, дисциплинској одговорности и материјалном положају судија, председника судова и судија поротника. На тај начин, Народна скупштина не само да не би била искључена из одлучивања о питањима значајним за остваривање независности судова и судија, што је један од захтева Националне стратегије реформе правосуђа коју је управо она усвојила, већ би утицај законодавне власти на судску био већи него што је сада. Адвокатска комора Србије истакла је да искључивање представника адвокатуре из састава Високог савета

⁴³ <http://www.ustp.rs/img/otvoreno-pismo.pdf> (06.06.2022).

⁴⁴ Друштво судија Србије, *Сведочанство припреме за промену Устава од 2006. године и струка*, нав. дело, стр. 56.

⁴⁵ Исто, стр. 113.

судства представља погрешан корак. По овом мишљењу, у саставу Високог савета судства требало би да буду представници адвокатури које неће бирати Народна скупштина, јер адвокатура као самостална и независна професија требало би да сама да одреди представнике адвокатури у свим државним телима.⁴⁶ Чланице Националног конвента за ЕУ из радне групе за Поглавље 23, као и бројна удружења, фондације и организације цивилног друштва позвале су Министарство правде да повуче објављени радни текст амандмана на Устав, истичући да промене морају ојачати независност судства и самосталност тужилаца, те допринети јачању владавине права и демократије у држави, а да се предложеним решењима то не постиже.⁴⁷

До промене Устава Републике Србије није дошло те 2018. године, али су настављени напори да се пронађе најбоље решење за положај правосуђа у оквиру уставног система Републике Србије. Наставили су се пратити недостаци, анализирати препоруке Венецијанске комисије и решења која би нас приближила остварењу циља.

5. НОВА ПОЗИТИВНОПРАВНА РЕШЕЊА

Влада Републике Србије поднела је предлог о промени Устава који је Скупштина усвојила на седници, 07.06.2021. године. Текст акта о промени Устава Републике Србији,⁴⁸ који је утврђен 06.09.2021. године, унео је значајне промене.

Примећујемо да је проблемима у правосуђу посвећена потпуна пажња, конкретније, минимизирању улоге Народне скупштине у овој области. Амандманом IV прокламована је независност судија, па је констатовано да је забрањен сваки утицај на судију у вршењу судијске функције. У Амандману VIII прописано је да је судијска функција стална, и да отпочиње даном избора за судију. Дакле, пробни мандат судија почетника је укинут, чиме смо се угледали на државе из региона од којих ниједна нема изузетак од принципа сталности судијске функције. Истим амандманом су у Устав унете и одредбе о престанку и разрешењу судија, чиме је направљен значајан напредак. Ово питање више не може регулисати законодавац. Избор судија је регулисан Амандманом XI у којем се предвиђа да ће се убудуће Председник Врховног суда бирати од стране Високог савета судства, по прибављеном мишљењу опште седнице Врховног суда, на период од

⁴⁶ Исто, стр. 208.

⁴⁷ Исто.

⁴⁸ http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/ostala_akta/2021/2166-21%203.pdf (06.06.2022).

пет година. Високи савет судства ће, такође, на исти мандатни период бирати и све председнике судова. Високи савет судства ће бирати судије и судије поротнике и одлучивати о престанку њихове функције; бирати председника Врховног суда и председнике осталих судова и одлучивати о престанку њихове функције; одлучивати о премештају и упућивању судија; одређивати потребан број судија и судија поротника; одлучивати о другим питањима положаја судија, председника судова и судија поротника и вршити друге надлежности одређене Уставом и законом.

Актом о промени Устава предложен је другачији састав Високог савета судства. Овај орган се састоји од 11 чланова, од којих ће 6 бити судије изабране од стране судија, 4 истакнута правника које ће бирати Народна скупштина и председник Врховног суда. Председници судова не могу бити чланови Високог савета судства. Народна скупштина бира чланове међу истакнутим правницима са најмање десет година искуства у правној струци, и то од десет кандидата које предложи надлежни одбор Народне скупштине, а до којих се долази путем јавног конкурса. Кандидати ће се изабрати на седници скупштине двотрећинском већином гласова свих народних посланика. Изабрани чланови не могу бити чланови политичких странака. У случају да Народна скупштина не изабере 4 члана у року који ће бити одређен законом, преостале чланове са листе пријављених кандидата бираће комисија састављена од председника Народне скупштине, председника Уставног суда, председника Врховног суда, Врховног јавног тужиоца и Заштитника грађана, и то већином гласова.

Кроз решење о чланству четири истакнута правника које ће бирати законодавни орган, очувана је теза да је политика важан сегмент државе и друштва, јер је она представник воље грађана. Уоквирана адекватним границама и контролисана, њен значај за грађане је очигледан. Такође, десетогодишње искуство и правни стандард „истакнут правник“ проширили су круг квалитетних стручњака који могу аплицирати на ово место. Период од 10 година сасвим се чини довољним да се квалитетан кадар обликује у стручњака и одвоји од просека. Примећујемо да поред адвоката и професора, на положај могу бити изабрани и други правни стручњаци. Круцијални, носећи термини деполитизације Високог савета судства су јавни конкурс, гласање квалификованом већином и неприпадање политичкој странци. Јавним конкурсом је дата свима једнака прилика да се пријаве и напредују, а тиме и мотивација да раде и постану најбоља верзија себе. Избор чланова се врши гласањем двотрећинском већином свих народних посланика, па већина оличена у владајућој странци и коалиционим

партнерима не може елиминисати „туђег“ или довести свог кандидата на положај. Политичка непристрасност и поштовање квалитета је појачано одредбом којом је одређено да члан Високог савета судства не може бити припадник политичке странке. Овде би било боље решење да је прописано да члан не може бити политички активан, јер би се на тај начин избегле могуће ситуације да се политички ангажовани људи ишчлане из политичких странака непосредно пред пријављивање на конкурс. Ипак, квалификовано гласање представља филтер и за овакве случајеве.

Високи савет судства има председника и потпредседника. Последњим решењем било је прописано да је председник Врховног касационог суда председник Високог савета судства. Оно више не важи. Председника Високог савета судства бираће Високи савет судства међу члановима који су судије, а потпредседника међу члановима који су изабрани од стране Народне скупштине. За председника Високог савета судства не може бити изабран председник Врховног суда.⁴⁹ Мандат председника и потпредседника је 5 година.

Високи савет судства ће доносити одлуке гласовима најмање осам чланова Високог савета судства. Одлуке морају бити образложене и јавно објављене, чиме се омогућава контрола рада овог органа од стране грађана и струке. Додатне гаранције квалитета рада се пружају могућношћу да се изјави жалба Уставном суду, у случајевима које би прописао Устав и закон. Независност чланова Високог савета судства, односно овог органа појачана је и Амандманом XVI којим је предвиђен имунитет чланова, исти какав уживају и народни посланици.

Промена Устава Републике Србије из 2006. године потврђена је на референдуму који је одржан 16.01.2022. године, па је Одлука о проглашењу Акта о промени Устава Републике Србије донета на седници Народне скупштине, одржаној 09.02.2022. године, и објављена у Службеном гласнику РС. Нова уставна решења представљају напредак у области правосуђа, али и остављају законодавцу радни простор на коме треба створити законске стубове правне сигурности и владавине права и надоградити квалитетан темељ.

На путу уставних реформи, није на одмет још једном назначити улогу и значај Венецијанске комисије, односно Европске комисије за демократију посредством права, што је њен званичан назив. Деловање Венецијанске комисије заснива се на три основна принципа, а то су: демократија, заштита људских права и владавина права.⁵⁰ Ови

⁴⁹ Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.

⁵⁰ Владан Петров, Маја Прелић Симовић, „Венецијанска комисија и уставна реформа правосуђа у Републици Србији“, у зборнику радова копаоничке школе природног права – Слободан

принципи даље се разрађују у активностима Комисије на три кључна поља: демократске институције и основна права; уставно судство и редовно правосуђе; избори, референдум и политичке странке.⁵¹ Њена примарна надлежност јесте помоћ државама у изради уставних и законских аката путем мишљења која Комисија даје о конкретним актима, а у циљу њиховог усклађивања са европским стандардима у одређеној области. При том, Комисија се увек труди да сагледа и узме у обзир и специчности правног система сваке појединачне државе о чијим актима је реч. Комисија доприноси развоју демократског поретка и демократских вредности држава чланица, али посредно и општем развоју демократије у свету. По својој природи, мишљења Комисије нису обавезујућа, али с обзиром на углед који Комисија има у међународноправном поретку, државе се нелако одлучују да се оглуше о њене препоруке и ставове.⁵² Сарадња Републике Србије и Венецијанске комисије започела је 2001. године када је тадашња Савезна Република Југославија постала придружени члан Комисије.⁵³ Може се приметити да од тада Комисија кроз своја мишљења прати сваку битнију промену и реформу, било политичке било искључиво правне природе, која се десила у Републици Србији. Она је похвалила труд и напоре наше државе да се развије као модерна демократија и правна држава, дајући јој смернице и упутства како да до циља дође сигурном стазом која води до успеха. Неке од смерница и препорука смо анализирали у раду.

6. ЗАКЉУЧАК

Правосуђе је механизам који је одувек изазивао потребу за константним унапређивањем. У нашој држави, оно је одувек сматрано најкритичнијом тачком уставног поретка. Независност, која је темељ правосудног система, често је бивала пољуљана, чак и нарушена.

У корак са променама и развојем друштва, неопходност измене устаљених решења бива све израженија, па је у том контексту Србија иступила из постојећег стања са жељом да учини прогрес који би донео добробит целом друштву и вратио поверење и сигурност грађана у државне институције. Овакав пут врло је комплексан, свеобухватан и подразумева покретање читавог државног апарата, као и укључивање друштва, као једног од најважнијих параметара за квалитет предузетих

Перовић: *Унификација права и правна сигурност*, Том III (приредили: Јелена Перовић Вујачић), Копаоничка школа природног права – Слободан Перовић, Београд, 2020, стр. 526.

⁵¹ Исто.

⁵² Исто.

⁵³ Исто, стр. 527.

корака. Оно што је важно јесте да постоји свест о недостацима који су карактеристични у области правосуђа, али исто тако и воља и одлучност да се исти отклоне.

Чини нам се да је уставним амандманима у области правосуђа учињен први корак у изградњи темеља независног правосуђа у Републици Србији, управо његовим одвајањем од законодавне власти. Међутим, у којој мери ће оно бити независно, зависиће од даље реформе правосуђа, а у којој би, кроз доношење адекватних закона, пресудну улогу требало да одигра управо Народна скупштина. Република Србија је добила нова уставна правила у области правосуђа, а време и стварност ће заувек остати најбољи параметар компетентности и квалитета.

ЛИТЕРАТУРА

Ademović, Nedim, Joseph, Marko, Marković, Goran, *Ustavno pravo Bosne i Hercegovine*, Konrad Adenauer Stiftung, Sarajevo, 2012.

Батавељић, Драган, *Уставно право*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац, 2013.

Благојевић, Љиљана, „Високи савет судства као гарант независности правосуђа у Републици Србији“, у зборнику: *Судије у правном систему : избор судија у Србији и земљама Региона* (приредили: Един Шарчевић, Владан Петров), Фондација Центар за јавно право, Сарајево, 2013, 11-37.

Вучковић, Јелена, „Устав Србије и судска власт“, у зборнику: *Устав Републике Србије - пет година после (2006-2011) : зборник радова Правног факултета у Нишу и Правног факултета у Крагујевцу : тематски број* (приредио: Милан Петровић), Правни факултет у Нишу, Правни факултет у Крагујевцу, Ниш, 2011, 245-266.

Вучић, Оливера, „Независно судство као нужни предуслов европских интеграција или колико је Република Србија данас далеко од европског стандарда независног судства“, у зборнику: *Актуелне тенденције у развоју и примени европског континенталног права : тематски зборник радова* (приредио: Милан Петровић), Правни факултет у Нишу, Ниш, 2010, 257-274.

Марковић, Ратко, *Устав Републике Србије из 2006 - критички поглед*, Анали Правног факултета у Београду, Правни факултет у Београду, Београд, 2/2006, 5-46.

Марковић, Ђорђе, *Независност судства у Републици Србији – предлози за промену уставног оквира за избор судија и престанак судијске функције*, Српска политичка мисао, Институт за политичке студије, Београд, специјал/2017, 201-227.

Орловић, Слободан, *Начело поделе власти у уставном развоју Србије*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2008.

Орловић, Слободан, *Сталност судијске функције VS. општи реизбор судија у Републици Србији*, *Анали Правног факултета у Београду*, Правни факултет у Београду, Београд, 2/2010, 163-186.

Петров, Владан, Симовић, Дарко, *Уставно право - приручник за полагање правосудног испита*, Службени гласник, Београд, 2020.

Петров, Владан, „Избор судија упоредно и у Републици Србији - предлози за промену Устава“, у зборнику: *Судије у правном систему : избор судија у Србији и земљама Региона* (приредили: Един Шарчевић, Владан Петров), Фондација Центар за јавно право, Сарајево, 2013, 39-69.

Петров, Владан, *О неким „антиидентитетским“ местима у српском уставу*, Српска политичка мисао, Институт за политичке студије, Београд, специјал/2017, 13-27.

Петров, Владан, Прелић Симовић, Маја, „Венецијанска комисија и уставна реформа правосуђа у Републици Србији“, у зборнику радова копаоничке школе природног права – Слободан Перовић: *Унификација права и правна сигурност*, Том III (приредили: Јелена Перовић Вујачић), Копаоничка школа природног права – Слободан Перовић, Београд, 2020, 523-540.

Пејић, Ирена, „Институционалне гаранције независног судства: Високи савет судства“, у зборнику: *Судије у правном систему : избор судија у Србији и земљама Региона* (приредили: Един Шарчевић, Владан Петров), Фондација Центар за јавно право, Сарајево, 2013, 113-126.

Станковић, Марко, „Уставне одредбе о судству- да ли је судство у Србији заиста власт?“, у зборнику: *Устав Републике Србије - пет година после (2006-2011) : зборник радова Правног факултета у Нишу и Правног факултета у Крагујевцу : тематски број* (приредио: Милан Петровић), Правни факултет у Нишу, Правни факултет у Крагујевцу, Ниш, 2011, 201-206.

Станковић, Марко, „Судска власт у Уставу Србије од 2006.- критички

поглед“, у зборнику: *Судије у правном систему : избор судија у Србији и земљама Региона* (приредили: Един Шарчевић, Владан Петров), Фондација Центар за јавно право, Сарајево, 2013, 71-83.

Симовић, Дарко, „Институционална јемства судијске (не)зависности у Републици Србији“, у зборнику: *Судије у правном систему : избор судија у Србији и земљама Региона* (приредили: Един Шарчевић, Владан Петров), Фондација Центар за јавно право, Сарајево, 2013, 85-111.

Smerdel, Branko, *Ustavno uređenje europske Hrvatske : II izdanje*, Narodne novine, Zagreb, 2020.

Šuković, Mijat, *Ustavno pravo – Univerzalna ustavna tematika i ustavno pravo Crne Gore*, CID, Podgorica, 2009.

Venice Commission, Seminar on International Experiences and Standards in the Field of the Independence of the Judiciary, CDL-JU, 2009.

ПРАВНИ ИЗВОРИ

Устав Републике Србије, *Сл. Гласник РС*, 98/2006.

Устав Црне Горе, *Сл. List CG*, br. 1/2007 i 38/2013 – Amandmani I-XVI, čl. 127.

Устав Републике Хрватске- проčišćen tekst, NN 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14, čl. 121.

Закон о Високом судском и тужилачком савјету Босне и Херцеговине, *Сл. гласник БиХ*, br. 25/2004, 93/2005 i 48/2007.

ИЗВОРИ СА ИНТЕРНЕТА

https://www.sudije.rs/Dokumenta/Publikacije/Dru%C5%A1tvo_sudija_Srbije_-_Svedo%C4%8Danstvo.pdf

http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/ostala_akta/2021/2166-21%203.pdf

<http://www.ustp.rs/img/otvoreno-pismo.pdf>

<http://www.ustp.rs/saopstenja-za-javnost.html>

Ružica Kijevčanin

ON ELECTION OF JUDGES IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Resume

The author starts from the thesis that an independent, professional and efficient judiciary is the basis of a stable, progressive society and ensuring the rule of law and legal security in one country. In order to achieve it, the Republic of Serbia is facing a challenging path and the guidelines of the European Commission contained in the annual reports, according to which the door to integration with the European Union is wider. The change of the Constitution from 2006 covered this issue, and in that complex process, the advice and opinion of the Venice Commission, ie the European Commission for Democracy through Law, which consists of experts in the field of constitutional law, are very important to us. With the amendments to the Constitution of the Republic of Serbia, the biggest step has been made in minimizing the role of the National Assembly in the election of judges to the judicial office for the first time (first election of judges). The National Assembly was not completely erased from the election process, but was retained to the extent that is significant and is reflected in its credibility, which is based on the fact that this is a representative body that enjoys the trust of citizens confirmed in the elections. It is true that the National Assembly no longer elects judges for a "probationary term" of three years and that the election is left to an expert body - the High Judicial Council, but the composition of this judicial body includes 4 prominent lawyers elected by the National Assembly, among other seven members. namely 6 judges who elect judges and the President of the Supreme Court. The presidents of all courts are also no longer elected by the National Assembly, but by the High Judicial Council. The new constitutional solutions prescribe the permanence of the judicial function, without any restrictions, which abolished the probationary mandate of judges. The latest constitutional changes from 2022 open up new issues of finding adequate legal mechanisms that would ensure the independence of the judiciary proclaimed by the Constitution. Analyzing new solutions and recommendations, the author will try to inspire the creation of guidelines for their further concretization through lower legal acts, which determine whether to move in the direction of progress and use the new "basis" to eliminate existing inconsistencies, gaps and bad solutions.

Keywords: judge, High Judicial Council, National Assembly, rule of law, principle of judicial independence.

* Рад је примљен 17.01.2022. године, а прихваћен на састанку Редакције 12.07.2022. године.

СУСПЕНЗИВНИ ВЕТО НА НЕЦЕЛИСХОДАН ЗАКОН (ЗАКОН О ИЗМЕНАМА И ДОПУНАМА ЗАКОНА О ЕКСПРОПРИЈАЦИЈИ)

Народна скупштина је 26. новембра 2021. године усвојила Закон о изменама и допунама Закона о експропријацији. Доношење овог закона је изазвало незадовољство једног дела грађана који су га довели у вези у са пројектом експлоатације руде јадарита у Западној Србији, те су уследили протести у више градова, а председнику Републике су се обратили и житељи неколико места у долини Јадра са захтевом да се овакав закон не прогласи. Наиме, пут настанка једног закона јесте такав да он у правни живот може ступити тек уколико га председник Републике прогласи указом (промулгација). Из одређених разлога, он то пак може одбити, те вратити оспорени (ветирани) изгласани предлог закона у Народну скупштину на поновно одлучивање. Уколико Скупштина, сада по тежој процедури, остане при својој одлуци, председник овај пут односни акт мора указом прогласити, а уколико то не учини, то ће урадити председник парламента (чл. 113 Устава Републике Србије). Ово овлашћење председника Републике се у доктрини најчешће назива правом суспензивног вета и управо је у случају спорног изгласаног предлога закона оно нашло примену – председник Александар Вучић је 8. децембра, у оквиру Уставом прописаног петнаестодневног рока искористио ово своје право, по други пут од свог ступања на функцију (први вето је уложен на Закон о водама 22. јула 2021. године). Оно што је привидно било спорно јесте да је председник у јавности једном приликом рекао како је спорни

* Аутор је научни сарадник Института за упоредно право и доцент Правног департмана Државног универзитета у Новом Пазару. Електронска адреса аутора: miroslav.djordjevic@yahoo.com.

изгласани предлог закона у складу са Уставом, те се поставило питање да ли он може вратити изгласани законски предлог који је по његовом мишљењу „само“ лош, тј. политички нецелисходан?

Кратак и несумњив одговор на ово питање јесте: да, такав поступак је апсолутно у сагласности са Уставом и законима у нашој земљи. Право председника Републике да уложи суспензивни вето јесте наличје његовог права на проглашење закона и по својој природи представља право провере – да ли је изгласани предлог закона у складу са Уставом и да ли, по његовом мишљењу, неку област регулише на адекватан начин (политичка целисходност). Устав Републике Србије (чл. 113) ово право председнику даје децидно. Предвиђају се рокови (општи рок од 15 дана, односно 7 дана уколико је реч о закону који се доноси о хитном поступку), као о обавеза писменог образложења уколико суспензивни вето буде уложен. Конкретизација разлога за коришћење овог овлашћења се налази у Закону о председнику (чл. 19), где се поред неколико разлога који спадају у неуставност предвиђа и да председник изгласани закон може вратити Скупштини ако сматра да он „не уређује неку област на одговарајући начин“. Ово законско прецизирање јесте теоријски посматрано на изванредан начин сувишно (јер је то јасно из уставне формулације), али је можда из практичних разлога корисно, јер се управо поводом Закона о изменама и допунама Закона о експропријацији у јавности (неоправдано) поставило питање да ли председник Републике може ветирати неки изгласани предлог закона ако сматра да он просто није добар, чак и ако је уставан.

У образложењу свог суспензивног вета председник Вучић већ на почетку каже да он сматра како се „изгласаним изменама област експропријације не уређује на одговарајући начин“, користећи тако законску формулацију свог овлашћења и то у оном делу где се говори о целисходности, а не потенцијалној неуставности предметног акта. У образложењу се потом позива на чл. 58 Устава којим се гарантује право на имовину. Закон је садржао низ слабости, али су се можда посебно издвајала питања прекратких рокова, те председник даље у свом образложењу указује на праксу Европског суда за људска права и Суда правде Европске уније, који у овом контексту врше конкретизацију онога што у начелним оквирима гарантује и наш Устав путем поменутог чл. 58. Међутим до краја образложења се нигде експлицитно не наводи да председник сумња у неуставност Закона. Сумња се заиста наговештава, али имплицитно, чиме је отклоњена потреба за сложеним тумачењима тога шта се све и у ком обиму подразумева под начелним одредбама чл. 58 Устава. Напротив, јасним указивањем на низ пропуста, истицањем

несагласности са праксом европских судова, наговештајем потенцијалне неуставности у том смислу, те коначно експлицитним навођењем да се „област експропријације не уређује на адекватан начин“, несумњиво су испуњени услови за примену института суспензивног вета у његовом политичком виду. Чак и ако је потенцијална неуставност можда упитна, политичка целисходност је из аргумената наведених у образложењу несумњива.

Формално посматрано, пут настанка једног закона се заиста завршава у парламенту (јер ће он и у случају улагања суспензивног вета имати последњу реч, како год да одлучи), али фактички се лако може догодити, уколико су присутне одређене политичке околности, да о коначној судбини неког изгласаног предлога закона последњу реч ипак има председник Републике. Како је у нашој земљи по важећем уставноправном оквиру дозвољено да председник задржи своје чланство и лидерску позицију у политичкој странци, јасно је да ће његов вето (лат: *зобрањујем*) имати велику политичку тежину, те да је реално очекивати да Народна скупштина такав потез схвати као јасан сигнал какву одлуку у поновљеном поступку мора донети. Треба ипак констатовати да у досадашњој пракси употребе овог института у нашем уставноправном поретку (укупно је до сада било 19 суспензивних вета) било и другачијих примера (за време председника Слободана Милошевића), када је неколико пута парламент остао при својој одлуци упркос јасно исказаном неслагању шефа државе, а да притом није било речи о кохабитацији.

У случају са суспензивним ветом на Закон о изменама и допунама Закона о експропријацији, процедура која је уследила била је такође у складу са Уставом и законом. Наш уставноправни поредак у домену регулативе суспензивног вета спада у један од свега два примера - куриозитета у свету (други је Литванија), где је парламенту после враћања ветираниог акта експлицитно уставним текстом остављено да одлучи да ли ће поново о том акту гласати или не. То значи да ће ветирани акт постати закон само ако Народна скупштина прво одлучи да поново гласа, а онда и оспорени закон изгласа, сада апсолутном већином. Уколико се тражена већина не постигне или се пак уопште не приступи поновном гласању, ветирани предлог закона пропада. Сама процедура, тј. начин како Скупштина одлучује о томе да ли ће гласати или не није прописан Уставом, као ни законима или Пословником Народне скупштине. У пракси је од доношења важећег Устава из 2006. године у овом смислу били извесних лутања на границама уставности, али је у случају два последња суспензивна вета процедура несумњиво

била у складу са Уставом. Парламент наине просто није ставио као тачку дневног реда поновно гласање о ветираном предлогу закона (а на предлог дневног реда није било примедби), чиме се има сматрати да је он одустао од поновног гласања. Политички импулс да се од спорног Закона ипак одустане стигао је, дан пре вета председника, и од председнице Владе Републике Србије, Ане Брнабић, у виду дописа Народној скупштини у коме се каже да спорни акт „Влада повлачи из скупштинске процедуре“. Иако је сасвим јасно да Влада, иако предлагач, у овој фази поступка не може више формално утицати на судбину законског предлога, овај поступак заправо представља политичку поруку, која је уз суспензивни вето председника Републике довела до тога да Народна скупштина од ветираног акта просто одустане. Закон о изменама и допунама Закона о експропријацији је тако као декларисано и од стране представника суверена потврђено нецелисходан акт остао само мртво слово на папиру и никада није постао закон, а наша парламентарна историја је постала богатија за још један пример праксе успешно искоришћеног политичког вета председника Републике.

* Рад је примљен 05.07.2022. године, а прихваћен на састанку Редакције 12.07.2022. године.

Војислав М. БАЧАНИН*

УДК 336:929 *Dukanac Lj. S*

DOI: <https://doi.org/10.22182/apdn.22022.7>

Правни факултет

Универзитет у Крагујевцу

КРАТКО ПОДСЕЋАЊЕ НА ДЕЛО ЉУБОМИРА С. ДУКАНЦА И ЊЕГОВЕ СТАВОВЕ О ПРЕДМЕТУ ЈАВНИХ ФИНАНСИЈА**

Здраве јавне финансије основа су „производње“ јавних добара и услуга. „Последице евентуалних промашаја у финансијској делатности могу, пре свега, бити политичке природе (пад владе), а могу их, у крајњој линији, колективно понети бирачи (у виду општег пада животног стандарда, превисоких дажбина, хиперинфлације), који су пропустили да благовремено „казне“ неуспешну владу.“*** Стога се познавање јавних финансија и финансијског права чини делићем политичке и медијске писмености која је неопходна за свакога ко претендује да самостално и самосвесно партиципира у једном демократски уређеном друштву. Један од оних који је својим прегалаштвом прилично допринео развоју ове научне дисциплине у нас био је професор Љубомир С. Дуканац.

Наводи се да је „од осамдесетих година прошлога века његово научно дело почело (...) интензивније да се проучава“.**** Чини се да, ипак, још увек постоји простора (могуће и потребе) за једном систематичном анализом његовог рада. Значајније осврте на његово

* Аутор је асистент на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу. Електронска адреса аутора: vbacanin@jura.kg.ac.rs.

** Текст је првобитно, незнатно измењеног садржаја, објављен у зборнику радова „Садашњост и будућност услужног права“ и презентован као реферат на XVIII Мајском саветовању на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу, 27.05.2022. године.

*** Dejan Popović, *Nauka o porezima i poresko pravo*, Institut Otvoreno društvo/Institut za ustavnu i zakonodavnu politiku/Savremena administracija, Budimpešta/Beograd, 1997, стр. 11-12.

**** Љубица Кандић, *Историја Правног факултета у Београду : 1941-1945. Књ. 3*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 2005, стр. 324.

дело можемо пронаћи у форми кратких поглавља неколико публикација на тему економске теорије прве половине двадесетог века¹ и историје београдског Правног факултета,² као и у два реферата с једног научног симпозијума.³ Овај текст представља скромни прилог наведеним радовима и покушај да се подстакну научни посленици који се претежно баве економском историјом да се више позабаве његовим делом и да се, и на овај начин, допринесе неговању културе сећања.

*

Рођен је 1910. године у породици угледног адвоката и истакнутог првака Демократске странке, Славка Дуканца. Школовао се у Бечу и Београду, а студије права окончао на београдском Правном факултету 1932. године. Три године касније, 1935. године, под менторством професора Милана Тодоровића⁴, на истом факултету успешно је одбранио докторску дисертацију на тему преваљивања пореза.⁵ За наредне две године, колико је био у звању асистента-волонтера, објавио је две монографске студије – „Основни проблеми порезивања“⁶ и „Порез на промет“⁷, значајан број научних чланака, стручних осврта

¹ Обрен Благојевић, *Економска мисао у Србији до Другог светског рата*, САНУ, Београд, 1980, стр. 639-662; Lazar Pejić, *Razvoj ekonomske misli u jugoslovenskim zemljama do prvog i u Jugoslaviji između dva svetska rata*, Savremena administracija, Београд, 1986, стр. 226-229.

² Љубица Кандић, *Историја Правног факултета у Београду : 1941-1945*. Књ. 3, нав.дело; Љубица Кандић, *Историја Правног факултета : 1905-1941*. Књ. 2, т. 1, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 2002.

³ Миролуб Лабус, „Допринос Љубомира Дуканца статистици привредних криза“, у: *Научно наслеђе Правног факултета у Београду : 1841-1941 : реферати са симпозијума одржаног 9. и 10. априла 1992* (уредници: Стеван Врачар и Јовица Тркуља), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1994, стр. 411-422; Гордана Илић-Попов, „Основни проблеми опорезивања код Љубомира Дуканца“, у: *Научно наслеђе Правног факултета у Београду : 1841-1941 : реферати са симпозијума одржаног 9. и 10. априла 1992* (уредници: Стеван Врачар и Јовица Тркуља), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1994, стр. 439-455.

⁴ Према је председник испитне комисије био професор Живан Спасојевић (вид: Љубомир Дуканац, *Преваљивање пореза : С нарочитим обзиром на прилике у Југославији : докторска расправа брањена 7 јуна 1935*, Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд, 1935), у многим изворима може се наћи на овај податак.

⁵ Исто.

⁶ Љубомир Дуканац, *Основни проблеми порезивања*, [б. и.]: штампарија Соко, Београд, 1938.

⁷ Љубомир Дуканац, *Порез на промет : теорије о подели пореза на непосредне и посредне – финансиска теорија пореза на промет – важнији финансиско-правни проблеми пореза на промет*, [б. и.]: штампарија Соко, Београд, 1938.

и предавања⁸ и задивљујући број приказа.⁹

Будући да су 1938. године расписани конкурси за место доцента или ванредног професора на два предмета на тадашњој Катедри науке о финансијама и народне економије Правног факултета у Београду, пријавио се на оба конкурса. Противкандидати су му били Јован Ловчевић и Гојко Грђић. Комисија је предложила Јована Ловчевића за Науку о финансијама, а Љубомира Дуканца за Народну економију (како се тада називала Политичка економија).¹⁰

Избором у звање постао је најмлађи доцент на тадашњем Београдском универзитету.¹¹ Писци реферата за његов избор оценили су да се ради о кандидату који поседује „дубоко познавање свих грана наше науке, велику верзираност у старој и новој литератури, познавање научних метода рада, марљивост при сакупљању статистичких података и вршењу анкете, одлучно заузимање ставова према разним теоријама и правцима и исто тако одлучно решавање спорних питања“¹².

У наредних неколико година није могао постати наставник оног предмета који је представљао његово изворно научно усмерење.¹³

⁸ Вид: Љубомир Дуканац, „Положај адвокатског staleжа у доба кризе“, *Правна мисао : Часопис нове генерације*, Београд, бр. 1-2/1937, стр. 40-53; Љубомир Дуканац, „Проблем сировина“, *Правна мисао : Часопис нове генерације*, Београд, бр. 9-10/1937, стр. 399-416; Љубомир Дуканац, „Наука о финансијама на прекретници“, *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, књ. XXXVI, бр. 1-2/1938, стр. 227-231; Љубомир Дуканац, „Однос социологије и науке о финансијама“, *Социолошки преглед*, Београд, бр. 1/1938, стр. 131-140; Љубомир Дуканац, „Реформа пореза на промет у Француској“, *Југословенски економист*, Београд, бр. 4/1938, стр. 288-293; Љубомир Дуканац, „Рационална економија : Нов метод изучавања економских појава“, *Југословенски економист*, Београд, бр. 2/1938, стр. 83-101; као и: Љубомир Дуканац, „Установа наслеђа“, *Правна мисао*, Београд, бр. 8/1935; Љубомир Дуканац, „Оправдање порезивања“, Београд, *Правна мисао*, бр. 8/1935; Љубомир Дуканац, „Фашизам и привреда“, Београд, *Правна мисао*, бр. 9-10/1936, и Љубомир Дуканац, „Однос политичког уређења и пореског система“, Београд, *Правна мисао*, 9-10/1937 (нав. према: Љубица Кандић, *Историја Правног факултета : 1905-1941. Књ. 2, т. 2*, нав. дело, стр. 277).

⁹ Само у *Архиву за правне и друштвене науке* у наведеном периоду објављено је више од 15 његових приказа тада актуелних књига и часописа. Професорка Љубица Кандић навела је да се из списка објављених радова које је приложио приликом пријаве на конкурс за избор у звање доцента може видети да је у ове три године укупно објавио око четрдесет приказа (вид: исто).

¹⁰ Први противкандидат, Јован Ловчевић, у претходном периоду био је хонорарни професор Науке о финансијама на Правном факултету у Београду и вице-гувернер Народне банке Краљевине Југославије, а други, Гојко Грђић, доцније ће постати део наставног кадра Економско-комерцијалне високе школе (данашњи Економски факултет Универзитета у Београду).

¹¹ Нав. према: Љубица Кандић, *Историја Правног факултета : 1905-1941. Књ. 2, т. 2*, нав. дело, стр. 276; Љубица Кандић, *Историја Правног факултета у Београду : 1941-1945. Књ. 3*, нав. дело, стр. 322.

¹² Љубица Кандић, *Историја Правног факултета : 1905-1941. Књ. 2, т. 2*, нав. дело, стр. 278.

¹³ Како је истакао проф. емеритус Дејан Поповић приликом свечаног отварања семинара Јована Ловчевића на Правном факултету Универзитета у Београду, то је било стога што су

Но, чини се да је прилично добро одговорио и изазовима Политичке економије. До окупације земље 1941. године, објавио је неколико радова из ове области¹⁴, једну монографију о привредном уређењу федералних држава¹⁵ и уџбеник у два тома за потребе студената Правног факултета – „Увод у народну економију“¹⁶. Запажен је и његов допринос на пољу приказа туђих књига (међу којима се, примера ради, налазе и дела Хајека, Мизеса, Лофанбиржеа, Ланга, итд.).¹⁷ Како је истакла професорка Љубица Кандић, „чини се да у том раздобљу није објављено ниједно значајније дело из области политичке економије и финансија у иностранству, а да га Дуканац није приказао у разним часописима, што указује на његову апсолутну обавештеност о најновијој литератури (...) као и на његову опседнутост књигом, која му је, по свему судећи,

„Науку о финансијама већ предавали професори Тодоровић и Ловчевић“ (https://www.sfd-ifa.rs/wp-content/uploads/2019/11/Profesori_Finansija_na_Pravnom_fakultetu_u_Beogradu.ppt, 05.07.2022)

- ¹⁴ Љубомир Дуканац, „О објективности економске науке : приступно предавање на катедри за Народну економију Правног факултета у Београду, одржано 7 новембра 1938“, *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, књ. XXXVII, бр. 6/1938, стр. 493-509; Љубомир Дуканац, „Проблем побуде људске привредне делатности“, *Југословенски економист*, Београд, бр. 10/1938, стр. 723-752; Љубомир Дуканац, „Економија и политика“, *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, књ. XXXVIII, бр. 4/1939, стр. 298-313; Љубомир Дуканац, „Противречности у теорији васпитне заштите“, *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, књ. XXXIX, бр. 5/1939, стр. 395-409; Љубомир Дуканац, *Однос економије према психологији и социологији: сепарат*, [б. и.], Београд, 1940; Љубомир Дуканац, *Новије синтетичке теорије о вредности: сепарат*, [б. и.] : Штампарија „Раденковић“, Београд, 1940;
- ¹⁵ Љубомир Дуканац, *Привредно уређење федералних држава*, Политика и друштво, Београд, [б. г.]; У овој студији, која је највероватније објављена 1940. године, аутор је посветио пажњу и нечему што ће се озбиљније доктринарно разматрати тек у другој половини 20. века кроз тзв. теорију фискалног федерализма.
- ¹⁶ Љубомир Дуканац, *Увод у народну економију : књига прва*, [б. и.] : Литографија „Остојић“, Београд, 1940; Љубомир Дуканац, *Увод у народну економију : књига друга*, [б. и.] : Штампарија „Соко“, Београд, 1940; Према је ово уџбеничко дело било касније прилично позитивно оцењивано као „концизно“ и „модерно тематски конципирано“ (вид: Мирољуб Лабус, „Допринос Љубомира Дуканца статистици привредних криза“, нав. дело, стр. 411), занимљиво је да су и ове две књиге објављене без издавача, и то у форми рукописа. Штавише, прва је била публикована као шапирографисан текст. Слободни смо прихватити тезу академика Обрена Благојевића да професор Дуканац ни тај „Увод“ „није сматрао перфектуираним, већ само једним провизорним нацртом, који је за потребе студената штампао као рукопис“ (Обрен Благојевић, *Економска мисао у Србији до Другог светског рата*, нав. дело, стр. 662).
- ¹⁷ Заинтересоване бих упутио на: Љубомир Дуканац, „F.A. von Hayek: L'Economie dirigée en régime collectiviste, Paris 1939, стр. 303: приказ“, *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, књ. XXXIX, 1-2/1939, стр. 176-178; Љубомир Дуканац, „Henry Laufenburger, L'intervention de l'État en matière économique (Vol. IV. De la collection „L'économie politique contemporaine“, dirigée par Bertrand Nogaro), Париз, 1939, страна 362: приказ“, *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, књ. XXXVIII, бр. 3/1939, стр. 273-276; Љубомир Дуканац, „Oskar Lange and Fred M. Taylor, On the Economic Theory of Socialism with a preface by Benjamin E. Lippincott, The University of Minnesota press, Minneapolis, Minnesota, 1938, стр. 142: приказ“, *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, књ. XXXVIII, бр. 4/1939, стр. 378-380.

била и најбољи друг у животу“¹⁸.

Током нацистичке окупације делио је судбину многих левичарски и либерално настројених наставника универзитета. Премда је био један од потписника познатог Апела српском народу¹⁹, у ноћи између 4. и 5. новембра 1941. године ухапшен је у тзв. антимасонској акцији Гестапоа и Специјалне полиције заједно са још неколико наставника и сарадника Правног факултета (међу којима су били Ђорђе Тасић, Михаило Илић, Ђура Поповић, Борисав Благојевић, Јован Ђорђевић и Драгаш Денковић).²⁰ Није негирао да је, подстакнут жељом свог оца, још као студент ступио у друштво слободних зидара, али је изјавио и да се не сећа имена старешина и чланова ложе „Истина“.²¹ Отпуштен је из логора на Бањици 27. новембра 1941. године,²² али је, доцније, отпуштен и из службе „са губитком свих права на пензију и на повратак у службу“²³. Након удаљавања са Правног факултета, неко је време био запослен као чиновник у једном осигуравајућем друштву и хонорарно радио у библиотеци Народне банке.²⁴

По окончању Другог светског рата, враћа се на Правни факултет, најпре у звању доцента, да би доцније био изабран у звање ванредног професора, и то предмету Наука о финансијама. Међу делима које је објавио у овом периоду нарочито се истичу монографске студије „Савезнички новчани планови у другом светском рату“²⁵ и „Индекси конјунктурног развоја Југославије: 1919-1941“²⁶, као и преводи књига

¹⁸ Љубица Кандић, *Историја Правног факултета : 1905-1941. Књ. 2, т. 2*, нав. дело, стр. 279.

¹⁹ Вид: Апел српском народу, *Ново време*, среда, 13.08.1941, стр. 1.

²⁰ Нав. према: Jovica Trkulja, „Represija na Pravnom fakultetu u Beogradu (1941-1946)“, *Hereticus*, Beograd, br. 1-2/2020, стр. 96.

²¹ Нав. према: Љубица Кандић, *Историја Правног факултета у Београду : 1941-1945. Књ. 3*, нав. дело, стр. 322-323; Курнозитетом се чини то да се међу члановима ложе „Истина“ наводе и његов отац Славко Дуканац (као један од њених оснивача) и његов колега, професор Јован Ловчевић (вид: Zoran Nenezić, *Masoni u Jugoslaviji : (1764-1980) : pregled istorije slobodnog zidarstva u Jugoslaviji : prilozi i grada : treće, dopunjeno izdanje*, Zodne, Beograd, 1988, стр. 589-590).

²² Делује занимљиво да се датум његовог отпуста поклапа са датумом слања изјашњења о припадности масонској ложи које је Министарство просвете преко Ректората захтевало од Дуканца, на шта указује и професорка Кандић (Љубица Кандић, *Историја Правног факултета у Београду : 1941-1945. Књ. 3*, нав. дело, стр. 323).

²³ Zoran Nenezić, *Masoni u Jugoslaviji : (1764-1980) : pregled istorije slobodnog zidarstva u Jugoslaviji : prilozi i grada : treće, dopunjeno izdanje*, нав. дело, стр. 481.

²⁴ Нав. према: Љубица Кандић, *Историја Правног факултета у Београду : 1941-1945. Књ. 3*, нав. дело, стр. 323.

²⁵ Ljubomir Dukanać, *Saveznički novčani planovi u Drugom svetskom ratu*, Athenaeum, Beograd, 1946.

²⁶ Љубомир Дуканац, *Индекси конјунктурног развоја Југославије : 1919-1941: Индексные числа конъюнктурного развития в Югославии : 1919-1941 : Yugoslav business cycles : (index numbers) : 1919-1941*, Рад, Београд, 1946.

о совјетском финансијском систему Михаила Ивановича Боголепова²⁷ и Владимира Михайловича Батирева²⁸. Може се пронаћи податак да је Дуканац иза себе оставио и нека недовршена дела – рукопис „О развоју југословенске привреде између два светска рата“²⁹ и рукопис једног дела учбеника „Јавне финансије“³⁰.

Упркос бројним обавезама на факултету, узео је учешће и у изградњи финансијског и монетарног система нове државе (обављао је различите функције у Министарству финансија, био члан Стручног савета министра финансија ФНРЈ, члан Управног одбора Народне банке, Поштанске штедионице, итд).³¹ Према речима Драгослава Аврамовића „после ослобођења, иако већ тешко болестан, Дуканац је са огромном енергијом учествовао у спровођењу (...) монетарне реформе и у изградњи (...) новог фискалног система. У комисијама које су по овим питањима радиле, његова гледишта су по правилу представљала основу за доношење принципијелних решења.“³²

Након тешког обољења на плућима, лечио се у Швајцарској, али је убрзо подлегао болести.³³ Умро је 1949. године у својој 39. години живота.

**

Дуго се финансијска активност државе изучавала искључиво у оквиру економске дисциплине која се назива(ла) Наука о финансијама (*Finanzwissenschaft* – нем, или *Scienza delle finanze* – ита.) или Јавним финансијама (*Public Finance* – енг, или *Общественные финансы* – рус.).³⁴ Све до краја Првог светског рата није се признавала правна дисциплина која ће изучавати финансијскоправне феномене са становишта правне

²⁷ Михаил Иванович Боголепов, *Совјетски финансијски систем : превео с руског Љубомир С. Дуканац*, Међународна књијарница, Београд, 1946.

²⁸ Владимир Михайлович Батирев, Владимир Ксенофонтович Ситњин, *Финансијски и кредитни систем СССР [превео с руског Љубомир С. Дуканац]*, Међународна књијарница, Београд, 1946.

²⁹ Љубица Кандић, *Историја Правног факултета : 1905-1941. Књ. 2, т. 2*, нав. дело, стр. 279; Драгослав Аврамовић, „Љубомир С. Дуканац : (1910-1949)“, *Анали Правног факултета у Београду*, Београд, 1/1953, стр. 121.

³⁰ Обрен Благојевић, *Економска мисао у Србији до Другог светског рата*, нав. дело, стр. 640.

³¹ Нав. према: исто, стр. 324.

³² Драгослав Аврамовић, „Љубомир С. Дуканац : (1910-1949)“, нав. дело, стр. 121.

³³ Нав. према: исто, стр. 639.

³⁴ Подсећања ради, наука о финансијама је „економска дисциплина, системична и аутономна, која се бави изучавањем појава и феномена који су у вези са финансијском активношћу субјеката јавног права“ (Јован Ловчевић, *Институције јавних финансија : нето издање; допунио Мирослав Петровић*, Службени лист СРЈ, Београд, 1993, стр. 11).

науке. Правни аспекти, било порески, било буџетски, представљали су неретко само осврте у уџбеницима или фигурирали као њихови нормативни прилози.

Током двадесетих и тридесетих година прошлог века, у европској доктрини јавних финансија водила се дебата о односу јавних финансија и финансијског права. Према једном приступу – „унитарном“, „органском“ или „интегралном“ – полазило се од јединства финансијског акта и сматрало да постоји органска веза јавних финансија и финансијског права. Према другом – „унилатералном“ – захтевало се издвајање финансијског права (односно дезинтеграција ове дисциплине) будући да се јавним финансијама прилази превасходно са економског, а финансијском праву са правног становишта.³⁵

У погледу границе јавних финансија професор Дуканац је (као и уосталом за сва друга питања која је разматрао) изнео прво ставове других теоретичара (покушавајући, притом, да бројна различита мишљења синтетизује), па тек потом изнео и свој суд.³⁶ Није оспорио право науци о финансијама „на назив науке“³⁷, али је оценио да би проучавање свих питања државних расхода представљало преширок задатак ове дисциплине (да би се на тај начин зашло у сферу политике и направила једна „површно-енциклопедијска наука“), док би анализа само легислативе приходне стране јавнофинансијског феномена довела до тога да се она сведе на ниво обичне технике или вештине.³⁸ Према његовом схватању, основна питања и проблеми „државног газдовања“ представљају: проблем прибирања државних прихода; проблем дејстава тог прибирања на народну привреду; проблем расподеле пореског терета; проблем уравнотежавања државних прихода и расхода; и проблеми који се јављају као подврсте ових проблема.³⁹ Другим речима,

³⁵ Чини се да је ова дебата данас превазиђена. Иако нам нису познати савремени аутори који оспоравају значај јавних финансија за продубљеније разумевање финансијских феномена, приличан број њих у својим системским делима посебно разматра проблеме пореског и буџетског права, а такав приступ често намећу и дидактички разлози, нарочито на правним факултетима. О различитим приступима односу јавних финансија и пореског права заинтересоване бих упутно на: Dejan Popović, *Poresko pravo : dvadeseto izdanje*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet: Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd, 2021, стр. 23-27.

³⁶ Разликовао је три приступа: према првом (Лероа-Болије, Конрад, Хајдрих и други) – наука о финансијама требало би да се бави само питањем прикупљања јавних прихода; према другом (Еберг, Фелдеш, Грацијани, Тодоровић и други) – наука о финансијама требало би да уз проблем прихода изучава и дејства која прибирање прихода оставља на народној привреди, а, према трећем (Штајн, Бестејбл и други) – наука о финансијама морала би да се бави како државним приходима тако и њеним расходима (вид: Љубомир Дуканац, *Основни проблеми порезивања*, нав. дело, стр. 5-10).

³⁷ Исто, стр. 4.

³⁸ Исто.

³⁹ Вид: исто, стр. 12.

анализи јавних расхода требало би да припада значајно место у оквиру јавних финансија, али би се таква анализа ваљала ограничити само на питање дејстава, не и оправданости јавних расхода.

У свом познатом делу „Основни проблеми порезивања“ Дуканац је изложио „критици у немачкој литератури распрострањено схватање по коме се наука о финансијама посматра само са чисте правне стране, схватање по коме је довољно упознати правни склоп једне државе да би се разумеле и њене финансијске појаве, јер се извор јавних финансија налази у позитивним законима“.⁴⁰ Он се у овој студији „није бавио питањем односа између науке о финансијама и финансијског права“⁴¹, но, о његовом ставу поводом овог питања могуће је донети посредан закључак будући да је подвргао анализи прво системско дело пореског права на овим просторима, књигу Алфреда Лајтнера,⁴² и приказао неколико страних уџбеника јавних финансија.

Књизи у којој је „први пут (...) у првој југословенској држави материја пореског права еманципована из науке о финансијама, као економске дисциплине, а да то није учињено тако што би се у уџбенику финансијалне знаности, односно науке о финансијама додао какав анекс са прегледом норми из важећих пореских закона“⁴³, Дуканац је пришао као и другим значајним делима које је приказивао – прилежно и одговорно, успут износећи и свој темељно образложен суд поводом одређених ауторских аргумената. За разлику од свог професора, Милана Тодоровића, који се није освртао на однос јавних финансија према финансијском праву⁴⁴, оценио је да је пореско право, та „млада наука“, „део јавног права а не економске науке, гледиште које код нас нажалост још није сасвим продрло“.⁴⁵ Није оспорио аутономност финансијског

⁴⁰ Дејан Поповић, „Однос науке о финансијама и финансијског права : Европске тенденције и београдски професори“, у: *Научно наслеђе Правног факултета у Београду : 1841-1941 : реферати са симпозијума одржаног 9. и 10. априла 1992* (уредници: Стеван Врачар и Јовица Трукуља), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1994, стр. 430.

⁴¹ Исто.

⁴² Вид: Alfred Leitner, *Uvod u studij poreznog prava*, Vlastita naklada, Zagreb, 1939.

⁴³ Дејан Поповић, *Унификација пореског права у првој југословенској држави*, Универзитет у Београду – Правни факултет : Центар за издаваштво, Београд, 2020, стр. 242.

⁴⁴ Професор Тодоровић пружио је само свој коментар на однос науке о финансијама и науке о порезима („тзв. теорије и праксе порезивања“) и закључио да дисциплина која изучава порески систем саставни део јавних финансија те да се, будући да се користе истим методом, ту „нема шта новог казати“ (Вид: Милан Тодоровић, *Наука о финансијама. 1. Наука о порезима / написао Милан Тодоровић*, Издавачка књижарница Геце Кона, Београд, 1930, стр. 18-19). Професор емеритус Дејан Поповић оценио је да се из излагања Тодоровића о овом питању „не показује да је пратио допринос немачких правника развоју пореског права током двадесетих и тридесетих година“ (Дејан Поповић, *Унификација пореског права у првој југословенској држави*, нав. дело, стр. 245).

⁴⁵ Љубомир Дуканац, „Alfred Leitner, Uvod u studij Poreznog prava, Zagreb, 1939, страна 399:

права као једне правне дисциплине која се разликује од економске – јавних финансија⁴⁶, и само је подсетио на то да је за „добро разумевање пореског права корисно извесно познавање финансиске [sic] науке, као и (...) да је у многим монографијама целисходније упоредно обрађивање финансиске [sic] теорије и финансиског [sic] права“⁴⁷. Прихватио је ауторово образлагање порескоправног односа,⁴⁸ а изразио неслагање поводом његовог става да би пореско право у ширем смислу требало да обухвата још и пореску историју и пореску политику, са аргументом да „ниједна од ових дисциплина не употребљава методе правних наука“⁴⁹. На крају, подвргао је критици Лајтнеров терминолошки избор за законски опис чињеничног стања. Уместо речи „порески учин“ предложио је, као прихватљивији, термин „пореска чињеница“ (*Steuertatbestand* – нем.).⁵⁰

О Дуканчевом ставу о питању односа јавних финансија и финансијског права могли бисмо закључити и на основу приказа једног краћег дела из нацистичке Немачке.⁵¹ Негативно оценивши методолошке основе ове књиге, нарочито је нагласио: „Мада је предвиђена као краћи уџбеник, она истовремено обрађује и финансиску [sic] теорију

приказ“, *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, књ. XXXIX, бр. 4/1939, стр. 377.

⁴⁶ Слично професору Јовану Ловчевићу који је сматрао да се финансијски феномени могу тројако испитивати – путем теоријске Науке о финансијама, помоћу финансијске политике и финансијског права. Будући да је Ловчевић свој познати уџбеник „Институције јавних финансија“ објавио тек пред крај своје академске каријере (шездесетих година прошлог века), о његовим ставовима у периоду између два рата можемо закључити посредно, преко његових скрипти (односно литографисаног текста његових предавања) под називом „Наука о финансијама са финансијским законодавством“, које највероватније датирају из 1933. године (нав. према: Дејан Поповић, *Унификација пореског права у првој југословенској држави*, нав. дело, стр. 246).

⁴⁷ Љубомир Дуканац, „Alfred Leitner, Uvod u studij Poreznog prava, Zagreb, 1939, страна 399: приказ“, нав. дело, стр. 377; Као сликовит аргумент за овакав (неспоран и неоспорив) став, Дуканац је искористио дефиницију пореза: „Пореско-правна дефиниција полази (као и у свим правним наукама) од законског текста систематизујући на тај начин једно озваничено гледиште, док је за науку о финансијама потпуно без значаја законодавчево гледиште те истражује само економску природу разних јавних дажбина и према њој одређује дефиницију пореза. Зато је и могуће да по финансиском [sic] праву многе таксе и непосредни порези буду сматрани за посредне порезе јер их је законодавац случајно овамо уврстио док у науци о финансијама тога не може да буде“ (исто, стр. 378).

⁴⁸ „Поставивши дефиницију пореза Ј. (Лајтнер – В.Б.) врло лепо истиче да тиме још никако нису одређени сви елементи пореског односа јер је то однос између јавневласти и пореских платца. Пореско право може да се схвати као субјективно и као објективно“ (исто, стр. 378).

⁴⁹ Исто, стр. 379.

⁵⁰ Исто, стр. 378.

⁵¹ Љубомир Дуканац, „Wilhelm Andrae, Leitfaden der Finanzwissenschaft, Grundsätze und Tatsachen aus der jüngsten deutschen Staatswirtschaft, Jena, 1938, страна 158: приказ“, *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, књ. XXXVII, бр. 4/1938, стр. 371-372.

и финансиско [sic] право не подвлачећи разлику између ових двеју тако различитих дисциплина.⁵²

*

* *

Изрицање суда о било чијем животу и делу чини се прилично неугодним задатком. Каткад, то уме бити и неумесно. Но, може се констатовати да је Љубомир С. Дуканац био врсни представник „београдске школе Јавних финансија“. Камен који је он уградио у темеље ове научне дисциплине уопште није мали, а, нажалост, само можемо нагађати у којој мери је могао бити и већи.

Чини се јасним да би се према негдашњој дихотомији „класичари“ vs представници „савремене финансијске доктрине“ он морао сврстати у ове друге, не само због времена у којем је живео и делао и схватања која су одударала од *laissez-faire* учења. Он није оспоравао значај интердисциплинарности јавних финансија за продубљеније разумевање јавнофинансијских феномена, али је још и тада признавао посебност финансијском (пореском) праву.

Иако се у литератури може пронаћи перципирање Дуканца као „ученог марксисте“⁵³, пре би се могао стећи утисак да је он само био „под очигледним утицајем марксизма“⁵⁴, „под снажним утицајем марксистичког схватања друштва“⁵⁵, неко „коме је социјалистичка идеја била блиска, мада не у стаљинистичком облику“⁵⁶. Дакако, неретко је у радовима наводио ставове бројних марксистичких и про-марксистичких аутора, неке од таквих ставова и сâм прихватао, али тек након што би упознао читаоце и са другим схватањима и тумачењима одређеног јавнофинансијског (или економског) проблема и пружио своје аргументе. Делује да се прилично клонио догматског приступа било чему. Можда би примереније било оценити да је одмеравао различите левичарске и антифашистичке идеје, али би и такав један изричит суд захтевао дубљу интердисциплинарну анализу његовог дела.

⁵² Исто.

⁵³ Миролуб Лабус, „Допринос Љубомира Дуканца статистици привредних криза“, нав. дело, стр. 411.

⁵⁴ Гордана Илић-Попов, „Основни проблеми опорезивања код Љубомира Дуканца“, нав. дело, стр. 439.

⁵⁵ Дејан Поповић, „Однос науке о финансијама и финансијског права : Европске тенденције и београдски професори“, нав. дело, стр. 429.

⁵⁶ Boško Mijatović, „Prilog proučavanju srpske ekonomske misli posle II svetskog rata“, *Ekonomika misao*, 1-2/1998, стр. 3.

* Рад је примљен 30.06.2022. године, а прихваћен на састанку Редакције 12.07.2022. године.

НАУКА О ФИНАНСИЈАМА НА ПРЕКРЕТНИЦИ? **

Ономе ко изучава савремене финансиске проблеме не може да измакне из вида да је финансиска теорија данас у дубоком превирању, да се старе вредности подвргавају оштрој критици, а нове желе да наметну. Данашњем добу најбоље пристоји она прастара и толико пута злоупотребљена подела теоретичара на „класичне“ и „савремене“, јер је она данас израз не само спољних или вербалних разлика међу научницима, већ дубоких материалних разлика. Правих представника класичне школе данас скоро и нема, и оно неколико стубова (великих несумњиво!) који се још држе, само још више истичу контраст између старе и нове школе. Де Вити, Фано, Ееберг, Бастејбл и други, који представљају ризницу идеја и пример ерудиције, изгледају многима данас далеки и данашње време неће више да их разуме. Де Вити, стари научник и изданак настарије класичне школе, то чак и осећа: он зна да пише за минула времена која се више неће вратити, али он у њих верује, он сам је њихова творевина. И поред свега знања и он више није у стању да реши питања која данашњица ставља на дневни ред и она му изгледају далека, неразумљива и она га збуњују. Да, класичари су збуњени наглим и неочекиваним развојем друштва XX века и ток овога века бржи је од степена њиховог прилагођавања. Зато они и остају класичари.

Насупрот њима стоје савремени писци, којима изгледа да класична наука о финансијама није више у стању да пружи задовољавајућа решења савремених финансиских проблема и то зато што, по њима, она почива на погрешним основама. Оно што њих одликује, то је одбацивање класичних финансиских начела и проглашавање нових. Та тежња за новим, та искрена вера у неспособност класичне науке

* Проф. др Љубомир Дуканац, професор Правног факултета Универзитета у Београду (Београд, 1910 – Београд, 1949).

** Рад је изворно објављен у Архиву за правне и друштвене науке, књ. XXXVI, бр. 1-2/1938, стр. 227-231.

и у потребу једне нове финансиске науке, то је жиг који носе дела већине савремених писаца. Али она нам откривају и једну другу, не мање занимљиву страну: несређеност савремених теорија и извесну несигурност коју тешко да прикривају речи самопоуздања. Само та је несигурност ипак друге врсте него она коју налазимо код последњих класичара. Код ових је она израз сазнања да се њихове теорије и пракса савремених држава не поклапају и да оне не могу да објасне многе нове појаве. Класичари зато или избегавају те проблеме из свога изучавања, или их решавају по старим формулама; али у оба случаја ми осећамо код њих извесну несигурност: у првоме случају сумњу да ли је заиста било оправдано избацивање извесних проблема које је савремени живот ставио на дневни ред; у другом сумњу да ли су старе теорије заиста у стању да дају решење тих проблема?

Код нових писаца је та несигурност друге врсте. Они тачно осећају да се ови нови проблеми морају решити и они за њих стварају нове и често пута врло духовите теорије. Али да ли су оне дефинитивне? Да ли се оне уопште могу координисати и образовати нов систем? Да ли оне уопште још дозвољавају постојање самосталне науке о финансијама или су то теорије једне нове науке? Ето то су питања која муче данашње финансиске писце и она проузрокују несигурност или бар осећање несигурности модерних теорија. Сада је тек разумљиво једно питање од врло великог значаја, које је ту скоро поставио један познати економиста: „Зашто се већ тако дуго није појавио никакав значајнији систем науке о финансијама?“ Да, онај ко прати савремену финансиску књижевност морао је себи да постави то питање, јер данашњи развој наше науке стоји у томе погледу у великој супротности са класичном. Сетимо се само великих и незаборавних имена Рауа, Штајна, Вагнера, Шефлеа, Панталеонија, Тангоре, Де Витија и других, од којих свако претставља један од главних стубова некадашње науке. А где су данас таква имена? Ми још увек имамо одличне финансиске писце (Мола, Мана, Терхалеа, Грициотија, Жеза, итд.) али ми немамо систематичаре. Ми већ деценијама нисмо добили ниједан нов систем науке о финансијама!

То је тачно али и разумљиво у доба таквог дубоког научног превирања, које није ништа друго до изражај великих савремених друштвених преображаја. У доба сукоба идеја и теорија, у доба нестанка једне већ традиционалне школе и стварања једне нове, али чије контуре нису потпуно још ни оцртане, не могу се образовати нови системи. Претставници класичне школе их не могу дати јер су они своје системе већ давно изградили. Претставници нових струја то још мање могу,

јер је њихов непосредни циљ да подвргну ревизији поједине постојеће теорије: а то још није довољно за стварање нових система. Ето зашто ми данас немамо и још дуже времена нећемо имати значајније системе науке о финансијама, системе који би стварно претстављали нешто ново, нешто велико и трајно у даљем развоју наше науке.

Само не треба мислити да је овај проблем специфичан науци о финансијама. Он се са мање или више јачине јавља скоро у свим друштвеним наукама, а нарочито у економској теорији. Од појаве „бихејвиориста“ („*behaviourists*“) у Америци¹), који претстављају један велики преокрет у развоју политичке економије, па преко последњег тако значајног Кинсовог дела („*General theory of employment, interest and money*“, Лондон, 1936) до најновијих радова у Енглеској, Италији и Немачкој, политичка економија је доспела пред такве проблеме, од чијег решења зависи чак и њен опстанак! Данас се не поставља ни више ни мање него питање да ли је политичка економија уопште у стању да испитује и поставља законе кретања диригованих привреда (колективистичких, корпоративних, итд.); или је политичка економија једна завршена наука која је била у стању да објасни само проблеме либералне привреде која је почивала на темељима слободног тржишта рада и капитала, тако да се она родила и пала са рађањем и падом либералног капитализма (Уго ла Малфа)? Можда савремена економска теорија заиста мора да се изграђује у оквиру једне нове науке (економске социологије, опште привредне науке, итд.; Јени Грициоти Кречман, Флајгелс, К. В. Рат, итд.)? Све су то питања која овде не можемо да обрадимо али која у многоне осветљавају проблематику савремене финансиске науке.

Па у чему су ти нови финансиски проблеми који су толико узбуркали данашњи научни свет? Има их свега неколико, али тако значајних, да се за њих заиста може рећи да су то основи наше науке. На овоме месту поменућемо само неколико: проблем циља и начела порезивања; проблем порезивања потрошње и проблем „помоћних фискауса“.

Што се тиче првога, он је као проблем постојао већ и у класичној науци, али је он тамо скоро истоветно решен код свих писаца. Све до Вагнера се уопште није ни постављало питање да ли порезивање може да има и других циљева сем чисто фискалних, тј. сем циља да држави донесе приходе. Тек је Вагнер, постављањем свог чувеног „социално-политичког“ начела, изнео мишљење да уз онај први циљ, порезивање

¹ Главни дело у коме су они изложили своје идеје јесте „*The trend of economics*“, New York, 1935, на чијем је челу стајао Мичел, а један од главних сарадника био познати социолог и економиста Веблен.

треба да тежи још и нивелацији пореског терета, што би у крајњој линији могло евентуално да доведе чак и до нивелације индивидуалних богатстава. Али ни Вагнер није отишао тако далеко да стави у питање први и основни циљ порезивања; и за њега је добијање прихода основни и главни циљ порезивања.

Међутим савремени теоретичари не само да главном циљу порезивања додају друге, споредне², већ сматрају да главни циљ порезивања уопште није добијање прихода! Порези одсада треба да служе само као средство опште државне политике, исто онако као што јој у томе смислу служе трговинска и остала политика (Кох, Пуљезе). Ман чак тврди да „финансиска политика данас постаје техником за постизање државно-политичких циљева“! („*Die Staatswirtschaft unserer Zeit*“, Јена, 1930, стр. 38).

Други савремени проблем јесте проблем порезивања потрошње. И поред постојања разних теорија о потрошњи као мерилу индивидуалне пореске снаге (нпр. позната Штајнова дефиниција саобраћајних пореза), класична теорија је све више одбацивала порезивање потрошње сматрајући да она није нимало поуздано мерило индивидуалне пореске снаге и тежила је порезивању приватних доходака. По њеном мишљењу, тип савршеног пореског система био би такав склоп пореских облика у коме би главну улогу играо порез на доходак (ово је била срж чувене Микелове пореске реформе у Немачкој 1891). Савремени писци и у овоме погледу уносе битне промене. Не само да су у пракси порески системи данашњих држава скоро стављени на главу (јер сада потрошни порези сачињавају најглавније изворе пореских прихода, нарочито порез на пословни промет), већ и теорија све више нагиње гледишту да се потрошња узме за основу изградње пореских система (Попиц, Шустер, Вајерман, Балаш, итд.),³ чиме се истовремено обарају и начела равномерности у порезивању и на место њих у први ред истичу начела довољности прихода.

И најзад треће: класична теорија сматрала је да правилно финансиско газдовање захтева да углавном држава врши разрез и наплату пореза и да самоуправна тела у томе учествују само

² Вид. Е. Pfau: *Industriepolitische Gesichtspunkte in der Besteuerung*, Stuttgart, 1921. - - - Dora Schmidt: *Nichtfiskalische Zwecke der Besteuerung*, Tübingen, 1926.

³ Johannes Popitz: *Allgemeine Verbrauchssteuer*. (Handb. D. Finanzwissenschaft, II, Tübingen, 1927, и *Umsatzsteuer*. (Handwört. D. Staatswissenschaften, VIII, Jena, 1928) - - - Ernst Schuster: *Theorie des Staatseinkommens und der indirekten Steuern*. (Festg. f. G. v. Schanz, II, Tübingen, 1928) - - - M. R. Weyermann: *Direkte und indirekte Steuern. Zur Begründung ihrer begrifflichen Unterscheidung*. (Finanz-Archiv, 1937) - - - Karl. V. Balás: *Preissteuern und Residualsteuern*. (Finanz-Archiv, 1931), и *Die Verbrauchssteuern vom Standpunkte der Einkommensverteilung*. (Finanz-Archiv, 1937).

субсидијарно. Данас се и у томе погледу изменила мишљења. Откако је Фриц Карл Ман изложио своју теорију „помоћних фискаса“, (у „*Die Staatswirtschaft unserer Zeit*“), почела је и теорија да оправдава преношење државних фискалних права на поједине самоуправне јединице (нпр. на организације за осигурање радника, на цркве као фискусе, на сталешке корпорације, итд) и ретки су писци, као Валтер Херман („*Intermediäre Finanzgewalten*“, Јена, 1936), који отворено изражавају сумњу о целисходности ове нове установе.

Као што смо на ово мало примера видели, између старе класичне науке о финансијама и нових теоретичара постоје велике и дубоке разлике и све се чешће чују гласови да наша наука (као ни економска наука уопште) не може постојати за себе, као наука која само објашњава финансиске појаве и установљава законе њиховог кретања, већ мора да се претвори у средство опште државне политике, у једно средство за постизање државних циљева. Ово је данас истовремено и најбитнији проблем и од његовог решавања зависи будућност наше и економске науке уопште.

Д-р Љубомир С. Дуканац, 1938.

Слободан ПАНОВ*

УДК 34:929 Antić O. B.

Правни факултет

DOI: <https://doi.org/10.22182/apdn.22022.9>

Универзитета у Београду

ЗБогом

IN MEMORIAM ОЛИВЕР Б. АНТИЋ (1950-2022)

РЕЧ ЗА РЕЧИ. Реч је логос, дах живота који се даје тварима да би добиле пуноћу Божије благодети. Реч је пена бивства. Почетак и есхатон. Реч је семе и плод. Семено и Породично (право).

Латинични *инмеморијски* термин је одраз колективне духовне неадекватности: професор Антић је сав саздан од српских драгуља, корена и тежњи. Српског језика, ћирилице: од завештања, благодарности до дике. И реч *сећање*, као обзнана наших мисли и осећања, је погрешна због својих нетачних претпоставки. Јер Све (оста)је исто. Нема заорава, па нема ни сећања. Закон који важи за све највредније: православље је отпорно на прашину несећања. Надвремено. Ванвремено. За дичног професора. Вечност је већ засјала, постигнута. Привидно мање амбициозна а у основној прикладности је реч *довиђења*. Та реч казује, вољом Творца, кандидатуру за духовно радосно дружење, за сталан мерак и безвремен/надвремен наставак приче и прича веселих и мудрих. Дакле, без кончине ЗБогом.

Портрет професора је безмерне суптилности, а у векторској димензији голем, грандиозан. Професор је ноншалантно сведочио да је форма, спољашње, видљиво одраз суштине. Попут професора Универзитета из доба Краљевине, краљевских професора, професор Антић је увек, безпаузно био у парадном, свечаном оделу/форми. Као што је врлини пауза грдна грба (Петен – јунак Првог и издајник Другог светског рата или деривативни субјекти). Стамен. Сигуран. Са ноншалантном извесношћу као Петар Борисович Шереметјев који је доживео судбину осам руских царева. Ла(х)гано господствен. Осим

* Аутор је редовни професор на Правном факултету Универзитета у Београду. Електронска адреса аутора: panov@ius.bg.ac.rs.

гардеробе, професор је светлејши пример (и) нелимитиране, како сам рекао у предговорима једанаест издања уџбеника, елегантне (јурис) пруденције.

ПРА(ВНИК). МУДРАЦ. У поменутом уџбенику говорио сам о зјапу правника занатлије и правника интелектуалца, о разликовању колеге Јована Стерије Поповића правословца и правозналца. Оном ко зна почетно, слово, а не зна врхунско-истину закона. Професор Антић зна да је право важан, не и највиши степен духовности. Уживао сам када ми је професор пре који месец мобилним говорио стихове Гетеа, о томе да је Пупин, син Олимпијаде, на пријемном испиту на Колумбија колеџу рецитовао старогрчку поезију, амбасадор ми је послао и своје текстове да је Португал био једини члан НАТО који се противио бомбардовању Београда и како су Дирер и Дали инспирисани португалским риноцерусом... Професор аристократа. Аристос – грчка реч за најбољег. Богомдана ноншалантна доминација. Истинитост, као непорецивост, што би писао Никола Милошевић. Амплитуда троједног духа: Стеријине педагошке ползе веселости, Црњанског разумевања метафизичности историје и херeditарности узорног господства Андрића, дипломатских колега професора. Најбоља мера мистичне синтагме персонализоване социјалности, дисциплиноване ноншаланције, верности стилу, делатника паноптикума, знања да је рад основ/извор речи радост, да је рад основ елите и извор сваког задовољства, Песма над песмама, професор над...

Академик Владета Јеротић каже да духовна мелодија разликује мудраца од генија: иманентно супстанци, владању полисемичности, архитектури истине о мудрости је да мудрац говори нехитро. Као што *fast food* интелектуалци (проф. Слободан Перовић) својом површношћу гарантују онтолошку непознају, тако и мудрост захтева мерачење, уживање у богатству мозаика и хармонизовање полисемичности. Од сјајног Жељка Симића сазнајемо да је врхунски рефлексивни песник Момчило Настасијевић певао да истина није реч, већ мелодија речи. И право је аксиолошка филхармонија, радосни склад начела, једно метафизичко просветљење животних и правних вредности, археологија тона, мелодије и смисла. И смисао за једноставне врхунске спознаје: народ има и воли реч правдољубивост, а нема реч правољубивост. Тај болесни, искуствени, повесни рез, тужно варничење правдољубља и правољубља могу да лече само врхунски лечници. Ум главе и ум срца (Нетањаху). И савез солипсизма и вековног проверавања народних мудрости: колега Хегел је мислио да је пут до истине – истина (народни *препев* да без алата нема заната), Кјеркегор је писао да трагично

ишчезава у сазнању (народ каже *испричај, биће ти лакше*), иста мисао А. Малроа и српског сељака са југа да ће подржати опозицију када дође на власт...

По Х. Хесеу, хумор је врхунац интелигенције. Једном сам на седници Већа говорио о дневном листу Јуче – независном од тиража и истине. Тартифи. На питање једног колеге о ком листу је реч, проф. Антић је објаснио: „Ма дика зафркава“. И Оливерова анегдота о тугованци ата веселка. На промоцији бројних књига и списа професора Антића, рекао сам да ћу говорити тише да не бих ометао једног модерног *угледника*. Полезни мој цинизам. И убитачна шала, као у *Мрешћењу* Александра Поповића: кад након научне титуле стечене у Швајцарској, проф. Жика Алексић иде Кнез Михајловом и *допушта народу да му се диви*. Безброј елемената мозаика.

Чинио је у својој аутономији укрепљеној у спасоносној теномији. Балкански Валцер на Титанику (С. Владушић), ту метафоричну константу, професор је плесао Богољубиво и Богоугодно.

Он господин човек (што народ вели), монархиста, ми неброзисти, ја партизановац, професор *partisan* (фр.) Звезде. Професора Антића и мене спајају радосне духовне вибрације: и Породичног и Наследног права, предмета о правним последицама љубави и смрти; и радосно откривање склада контрапунктова; једност теорије и праксе; знање о материјалности чињенице и духовности истине; и методолошко филозофско сазнање да је логика нужен и слабашан инструментаријум сазнавања истине која може да објасни само површину и праšину људског бића, а да је метафизика моћнија, погоднија да објасни суштину; да правда, као првоасоцијативна праву, је милосрђе мудраца, саопштава нам Лајбница Жељко Симић. Милосрђе је нужна племенита претпоставка мудрости, рекло би православље. Логика уметности, филозофија математике... То је скица потпуности портрета најбољег правника. То је Дикин иманентан шарм, уметност етике, аристократија мудраца, филхармонија противречја које није опозиција истине, већ топла живототворна искра, конституента смисла.

Још један извор радости, кап приватности и лирске објективности: гледам фотографију са Милошеве свадбе професора и моје кћерке Маше.

Бројне асоцијације и аксиоми о професору Оливеру. Симбол. Свеоригиналности: симпатичне у егзистенцијалној и поштоване у научној сфери. Супротан доминацији мноштва. Радан. Неприкладан за штељиве похвале. Маестро хармоније. Разумно одушевљење. Умно срце. Варнице математике и духовности. Стил: од господства облачења

до оцене у индексу, акта красоте патријархском зеленом бојом мастила. Краљевски министар финансија Пачу имао је два мастила за државна и приватна сочињенија, а професор је имао једно/своје мастило. Знао је преклузију модерног и надвременост конзервативног, очување врлине кроз време. Радољубље и родољубље. Уз сву строгоћу Божијег суда, без ревизије, без ревидирања. Све духовне инсигније. Сузе се виде и кад је киша у историји.

* Рад је примљен 08.06.2022. године, а прихваћен на састанку Редакције 12.07.2022. године.

ТРИ ЖИВОТНЕ ИСКРЕ ЈЕДНОГ БЛИСТАВОГ УМА

IN MEMORIAM ОЛИВЕР Б. АНТИЋ (1950-2022)

Оливера Антића је било тешко волети. Међутим, било га је још теже не волети. Уколико се, кажу, до једноставности ваља уздићи, посебно у научном смислу, проф. Антић је владао са научног Олимпа, којег је први пут поменуо нашој генерацији бруцоша, говоривши да је право божанска наука.

“Шта раде богови на Олимпу?“, упитао нас је на првом часу Увода у грађанско право, а, потом, и сâм дао одговор: “Пију вино и... суде!” Тако смо ми, тек бруцоши Правног факултета Универзитета у Београду, лапидарношћу која плени, били поносни јер смо већ тада схватили да је *ius ars boni et aequi*.

Када неко тако влада и познаје материју обимног грађанског права, онда је умео да студента друге године одушеви објашњењем шта је то непокретност по намени. Овај појам, који се односи на покретне ствари чија је правна судбина везана за непокретност (најчешће за земљу) и њој и служи, Оливер Антић нам је објашњавао луцидношћу једног блиставог ума: “Дике паприке”, говорио је, “моја жена госпа Ада (колоквијално Госпада) је непокретност по намени. Она је, иначе, покретна, сјајна жена, међутим, када треба да идемо у град, она неће, када ваља отићи у госте, она би пре да буде домаћин, једноставно – покретност везана за дом и њему као мајка служи!”

Последњи пут сам Оливера Антића видео јула 2018. године. Као селектор Универзитетске футсал репрезентације Србије, на Европским универзитетским играма у португалској Коимбри, предложио сам

* Аутор је ванредни професор на Правном факултету Универзитета у Београду. Електронска адреса аутора: pfc@ius.bg.ac.rs.

проф. Антићу, а он је одушевљено, као амбасадор Републике Србије у Португалу, прихватио предлог и за целу српску делегацију (у броју од преко 30 учесника) уприличио свечани пријем у резиденцији наше амбасаде у Лисабону.

Сви тада присутни неће заборавити са којим је пијететом, љубављу и поштовањем Оливер Антић говорио о нашем факултету, студентима, настави, универзитетском дигнитету и посебно истицао понос што су му у гостима “правничке дике”.

У оближњој цркви Светог Саве, коју је помагао као амбасадор, том приликом је пред уваженим гостима и окупљеним свештеницима одржао говор пун емоција, сете и части нашим див јунацима коју су век раније, пре пробоја Солунског фронта смрт пронашли у водама крај острва Крфа и Вида.

Моје најдраже извођење Бојићеве “Плаве гробнице” било је тада у посвети и нашем Оливеру:

“Стојте, галије царске,
У име свесне поште,
Клизите тихим ходом.
Опело држим, какво не виде небо јоште,
Над овом светом водом.”

* Рад је примљен 08.06.2022. године, а прихваћен на састанку Редакције 12.07.2022. године.

ХВАЛА ВАМ, ПРОФЕСОРЕ IN MEMORIAM ОЛИВЕР Б. АНТИЋ (1950-2022)

Недостајете нам, професоре. Траје то заправо, већ неко време, још од 2015. године. Тада је са Правног факултета, раније но што је морао, отишао наставник и научник који је праву, правди, својим студентима и сарадницима и својој породици посветио цео свој живот. Једини послератни цивилиста, који је попут професора Живојина Перића, предавао и у својим монографским делима и чланцима обухватио све гране Грађанског права. Законописац чији се Закон о наслеђивању већ више од четврт века примењује практично без измена и са лакоћом једнакој лакоћи израза онога ко га је писао. Авангардни професор који је међу првима писао и говорио о неправдама Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију, али и о примени првих рачунара у праву. Педантни преводилац дела о исламизму и дихадизму либанско-америчког политиколога Валида Фареса, чијом нам је презентацијом омогућио да лакше схватимо време у којем живимо. Ренесансни дух чија се размишљања о односу времена и права могу сматрати драгуљима правне филозофије. Истраживач који је у маниру најсавеснијих историчара пронашао у архиву Министарства иностраних послова Португалије писмо које је краљ Србије Милан Обреновић 1882. године упутио тадашњем краљу Португалије и Алгарвеа, Луишу I, а што се сматра почетком билатералних односа наше две државе.

Немогуће је овом приликом набрајати све оно што је до последњег тренутка заокупљало интелектуалну пажњу мог ментора и учитеља, професора Оливера Антића. Било га је задовољство слушати. Била је милина и част са њим, до последњег тренутка, размењивати текстове и радове, читати их и чекати његове утиске о ономе што сам ја писао. Био је мајстор речи и израза, којима је посвећивао толико пажње. Елегантни

* Аутор је ванредни професор на Правном факултету Универзитета у Београду. Електронска адреса аутора: milos.stankovic@ius.bg.ac.rs.

јуриспрудент београдске школе. Волео је реч. Живео је за дату реч и од дате речи. Зато је ваљда често цитирао Конфуцијев одговор о томе шта би прво требало урадити када би се дошло у прилику да се нешто мења: „Вратити речима право значење“.

„Дико, српска војска у Првом светском рату није била горда, али је била поносна“, још увек се сећам његовог суптилног коментара на моју језичку несавршеност, када је на генералној проби за такмичење у беседништву 2007. године одслушао мој, као и многе друге студентске говоре. Од тада је протекло више од трећине мог живота, а ја сам за то време имао ретку привилегију, част и радост да уз професорове речи и разговоре са њим научно сазревавам. Да се нападам јединственом бритком и прецизном правном логиком из његових дела. Да из врела једног блиставог ума учим и овладавам грађанским правом. Да вођен његовом вештом менторском руком завршим мастер и докторске студије. Да ми професор учини доступном ретку грађу и литературу о крсташким ратовима из Португалије. Да објавимо и једну коауторску књигу, о чијем смо се другом издању договарали свега три дана пред његов одлазак у вечност и незаборав. Да се заједно радујемо, као 18. јунског дана 2017. године, када је мојој супрузи Наташи и мени приредио изненађење, дошавши чак из Лисабона на нашу свадбу. Као уосталом и пред крај тог лепог лета, када нам је, заједно са својом супругом, био домаћин у Португалији. И то је био професор Оливер Антић. Професор и Човек. Интелектуалац и Личност. Племић по пореклу и по врлини. Учитељ и Пријатељ.

Али, професор Оливер Антић је речима давао и једно ново значење. Потврђивао их је својим делом, својом храброшћу и својим примером. Он је право и правду живео и примењивао свуда где је требало штитити слабе и немоћне и где је било неопходно ширити истину као дуг прецима и на част Отаџбине. Чинио је то са љубављу и уверењем, али хришћански кротко и без самоистичања. Ипак, ако је професор био тих у свом добротворству, бар на овом месту о томе треба бити гласан, због примера који је оставио у аманет будућим генерацијама. Наш колега, Димитрије Ћеранић, професор на Правном факултету у Источном Сарајеву, такође ученик професора Антића, указује нам да је професор Антић био добротвор приликом изградње манастира Пјеновац код Хан Пијеска, ктитор Светосавског храма и један од пренумераната Фототипије Сарајевског преписа Законоправила Светога Саве. Као амбасадор Републике Србије у Републици Португалији неуморно је у португалским медијима ширио истину о Србији и о српском народу. Нашој дијаспори оставио је као легат српску школу у Лисабону и цркву

Светог Саве, која је недалеко од манастира Светог Жеронима уступљена Српској православној цркви.

Професор Антић је уједно био кадар стићи и на страшном месту постојати. Да утекне и узмакне никада није ни знао, ни могао. И још једно подсећање професора Ђеранића на културну мисију професора Антића са друге стране Дрине. Током ратних година, заједно са другим професорима Правног факултета Универзитета у Београду, он је одлазио на Правни факултет у Српском Сарајеву, где је и током пута и за време наставе и испита, често био праћен погледима иза нишана ватреног оружја. Али, професор Антић је и у мирнодопским условима исправио две велике ратне историјске неправде. Као члан државног Одбора за пренос и сахрану посмртних остатака чланова породице Карађорђевић и правни саветник председника Републике, као добри *spiritus movens*, одлучујуће је допринео да 2013. године у крипти цркве Светог Ђорђа на Опленцу, у Тополи, буду сахрањена четири прогнана припадника краљевске породице Карађорђевић: ЊКВ краљица Марија од Југославије, ЊКВ краљ Петар II од Југославије, ЊКВ краљица Александра од Југославије и ЊКВ принц Андреј од Југославије. Већ 2015. године, као један од опуномоћеника предлагача рехабилитације генерала Драгољуба Михаиловића, својом ерудицијом, знањем и професорском и правничком убедљивошћу, елоквенцијом и аргументацијом, професор Оливер Антић је одлучујуће допринео да Виши суд у Београду рехабилитује Дражу Михаиловића и врати му грађанска права која су му била одузета у монтираном политичко-идеолошком судском процесу у коме је осуђен на смрт. И на овом месту још једна цртица о посвећености професора Антића. Поред хиљада других страница које је анализирао учествујући у овом судском поступку, професор је са једнаком пажњом читао Стендалов „Пармски картузијански манастир“. Желео је да се у што је могуће већој мери идентификује са Михаиловићевим осећањима у последњим данима живота, будући да је то био последњи роман који је генерал прочитао пред смрт.

Рекао бих и написао још много тога. Али, да ли би те речи, макар и са најисправнијим значењем, заиста биле довољне? Нека онда, уместо привременог поздрава, до поновног сусрета, буде само овако: Дика, понос, љубав, правдољубивост, ерудиција, манири и патриотизам не умиру! Дика живи вечно. Хвала Вам, професоре.

* Рад је примљен 08.06.2022. године, а прихваћен на састанку Редакције 12.07.2022. године.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Редакција часописа „Архив за правне и друштвене науке“ прихвата радове који су уређени на следећи начин.

Радови који нису усклађени са датим упутствима неће бити разматрани за објављивање у часопису.

За писање рада користити **ћирилично писмо**.

Текст писати у фонту *Times New Roman*, величина фонта **12**, са увученим пасусима и проредом **1,5** и маргинама **Normal 2,5 cm**.

Обим рада не сме бити већи од 36.000 карактера са размаком (приликом провере броја карактера користити: *Review/Word Count/Character (with spaces)* – активирати опцију *Include textboxes, footnotes and endnotes*).

Име и презиме аутора се пише на средини, малим словима – *Bold* и *Italic* (фонт 12).

Афилијација се пише испод имена аутора на средини, малим словима – *Italic* (фонт 12). Уколико је аутор запослен на факултету, након навођења факултета, наводи се и универзитет (нпр. *Правни факултет, Универзитет у Београду*). Уколико је аутор запослен на институту, наводи се и град у коме се институт налази (нпр. *Институт за политичке студије, Београд*).

Наслов се пише на средини, великим словима – *Bold* (фонт 14). Фуснота поред наслова служи за навођење назива и броја пројекта у оквиру кога је чланак написан.

Сажетак се пише испод наслова на средини малим словима величина фонта 12. Испод тога пише се текст сажетка у обиму од 100 до 250 речи – фонт 12, *Justify*. Сажетак садржи предмет анализе, циљ рада, коришћене теоријско-методолошке приступе, резултате и закључке рада.

Кључне речи се пишу испод текста сажетка малим словима (фонт 12), и одвајају зарезом. Наводи се од 5 до 10 кључних речи.

Поднаслови се пишу на средини, великим словима – *Bold* (фонт 12) и нумеришу се арапским бројевима. Уколико поднаслов садржи више целина, оне се такође означавају арапским бројевима, и то: 1.1. – малим обичним словима *Bold* (фонт 12).

Начин цитирања:

Фусноте у форми напомена се дају на дну стране у којој се налази коментарисани део текста или навођене литературе. Фусноте уноси командом *Insert – Reference – Footnote*. Фусноте се пишу у фонту **Times New Roman**, величина слова **10**. Фусноте треба поравнати по левој и десној маргини, односно изабрати опцију *Justify*.

Приликом навођења фуснота руководити се следећим упутствима:

• **приликом навођења монографије/књиге фуснота мора садржати:**

– Име и презиме аутора, наслов рада курсивом (*Italic*), назив издавача, место, годину издања и број стране.

– **Пример:** Драган Стојановић, *Уставно судство*, Свен, Ниш, 2017, стр. 104.

– Уколико издање има **више** од два аутора/уредника наводи се име и презиме првог аутора/уредника уз додавање скраћенице (*et al.*) *Italic*.

• **приликом навођења чланака из часописа:**

– Име и презиме аутора, назив чланка под наводницима, назив часописа курсивом (*Italic*), назив издавача, место издавања, број, година излажења и број стране.

– **Пример:** Владан Петров, „У потрази за уставном стабилношћу у Републици Србији“, *Правни живот*, Удружење правника Србије, Београд, бр. 12/2017, том IV, стр. 592.

• **приликом навођења зборника радова/поглавља из књиге:**

– Име и презиме аутора, назив рада под наводницима, назив зборника/поглавља курсивом (*Italic*), имена и презимена приређивача зборника у загради, назив издавача, место издања, година издања, број стране.

– **Пример:** Коста Чавошки, „Устав као средство агитације и пропаганде“, у зборнику: *Два века српске уставности* (приредили: Александар Фира, Ратко Марковић), Српска академија наука и уметности и Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010, стр. 330.

• **приликом навођења извора са Интернета** (не смеју прећи више од **10%** коришћене литературе):

– Име и презиме аутора, наслов чланка курсивом (*Italic*), пуну интернет адресу и датум приступа.

– **Пример:** Karen Devine, *Stretching the IR theoretical spectrum of debate on Irish neutrality: arguments and evidence in favor of a critical*

social constructivist framework of understanding, Internet, http://doras.dcu.ie/609/1/int_pol_sci_29_4_2008.pdf, 05/03/2018.

• **приликом навођења архивске грађе:**

– мора да садржи назив институције у којој се грађа чува, фонд, фасциклу (уколико има), назив документа (ако нема назива документа одређује се тако да одговори на питања: ко? коме? шта?), место, датум.

– **Пример:** Архив Србије, МИД, К-Т, ф 2, р93/1894, Извештај Министарства иностраних дела о постављењу конзула, Београд, 19. април 1888.

• **приликом навођења прописа/закона:**

– Пуним називом прописа/закона, курзивом гласило у коме је пропис објављен, број и година објављивања.

– **Пример:** Закон о судијама – ЗоС, *Службени гласник РС*, бр. 116/2008, 58/2009 - одлука УС, 104/2009, 101/2010, 8/2012 - одлука УС, 121/2012, 124/2012 - одлука УС, 101/2013, 111/2014 - одлука УС, 117/2014, 40/2015, 63/2015 - одлука УС, 106/2015, 63/2016 - одлука УС и 47/2017).

• **приликом навођења публикација у новинама:**

– Име и презиме аутора, назив чланка под наводницима, назив новине курзивом, датум објављивања

– **Пример:** Слободан Кљакић, „Черчилов рат звезда против Хитлера“, *Политика*, 21. 12. 2004.

Код поновљеног цитирања истог извора узастопно на истој страни користити:

– Исто, број стране

– **Пример:** Драган Стојановић, *Уставно судство*, Свен, Ниш, 2017, стр. 104. Исто, стр. 105.

Код поновљеног цитирања истог извора уколико није узастопно и на истој страни користити:

– Име, презиме аутора, назив извора, нав.дело, број стране.

– **Пример:** Драган Стојановић, *Уставно судство*, Свен, Ниш, 2017, стр. 104.

Драган Стојановић, *Уставно судство*, нав. дело, стр. 104.

Код уноса табела и графикона користити:

Изнад табеле/графикона центрирано пише се Табела/Графикон, редни број, назив табеле, величина фонта 10.

Испод табеле/графикона пише се Извор: навести извор по

правилима цитирања за фусноте, величина фонта 10.

За „види више“ користи се скраћеница „Вид.“, а за „Упореди“ скраћеница „Упор.“.

Литература се наводи на исти начин као и у фуснотама, с тим што се прво наводи презиме, па име аутора. **У случају када постоји више аутора који су у фуснотама означени скраћеницом *et al.*, у литератури се наводи пуно име и презиме свих аутора.**

Литература је поређана по азбучном реду за изворе на ћириличном писму, који се први наводе, а затим по абецедном реду за изворе на латиници. **Одвојено се наводи попис коришћених правних извора (Под насловом Правни извори, у оквиру којих се може издвојити посебно судска пракса) и попис извора коришћених са интернета (Извори са интернета).**

За чланке из часописа, зборника као и за поглавља у књигама потребно је навести од које до које стране је чланак или поглавље у зборнику/књизи.

Литература садржи само изворе који су наведени у фуснотама.

Након литературе, латиничним писмом навести **име и презиме аутора** на средини – *Bold* (фонт 12), испод тога наслов рада на енглеском великим словима – *Bold* (фонт 14).

Резиме (*Resume*) се пише на средини, малим словима – *Bold* (фонт 12). Испод тога пише се текст резимеа на енглеском језику у обиму до **1/10** дужине чланка. Резиме садржи резултате и закључке истраживања до којих је аутор дошао у свом раду и то знатно шире него у сажетку.

Кључне речи (*Keywords*) се пишу малим словима (фонт 12) и одвајају зарезом.

Радови који се предају за објављивање морају да се заснивају на новијој литератури, посебно на изворима, тј. радовима који су објављени у научним часописима правне и политиколошке тематике.

Аутори су у обавези да приликом слања радова доставе и изјаву о ауторству, тј. да тај рад није раније објављиван, те да он није аутоплагијат или плагијат.

Радови са ауторском изјавом шаљу се на адресу:
arhiv@ips.ac.rs.

УПУТСТВА ЗА РЕЦЕНЗЕНТЕ

Улога рецензента је да допринесе очувању високог квалитета нашег часописа. Рецензије су анонимне у оба смера. Рок за рецензирање је седам дана од пријема рада. Садржај рецензије је поверљив, те се не сме откривати особама које нису у уредништву часописа. Уколико рецензент у било ком тренутку схвати да постоји било који вид конфликта интереса у вези са радом који треба да рецензира потребно је да о томе што пре обавести редакцију. Приликом рецензије рукописа, рецензент треба да попуни рецензентски лист у прилогу.

Име, презиме и звање аутора текста:

Назив рада:

Актуелност, друштвени и научни значај разматране теме:

У којој мери је аутор јасно назначио теоријски, методолошки приступ у раду:

Да ли је рад заснован на савременој и релевантној литератури, посебно у којој мери је аутор користио најновије резултате објављене у научним часописима и зборницима (посебно часописи и зборници из области права и политикологије):

Научни и друштвени допринос рада:

Општи коментар о квалитету рада:

Ваша сугестија аутору за побољшање квалитета рада, ако је потребно:

Молимо Вас да одаберете једну од препорука за категоризацију рада:

Оригинални научни рад

Прегледни рад

Научна критика, полемика и осврти.

Молимо Вас да одаберете једну од препорука о публиковању овог рада:

Објавити без измена

Објавити уз мале измене

Након корекције, рад послати на нови круг рецензије

Одбити

Додатни коментари за уредника који се тичу етичких (плагијаризам, превара, итд) или неких других аспеката рада, а који ће уреднику помоћи у доношењу коначне одлуке о даљем статусу рада.

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34(497.11)

АРХИВ за правне и друштвене науке = Archive for
Legal and Social Sciences / главни и одговорни уредник
Владан Петров. - Год. 1, књ. 1, св. 1 (1906)-год. 9, књ. 17,
св. 4 (1914) ; год. 10, књ. 1(18), св. 1 (1920/1921)-год. 31,
књ. 42(52), св. 3 (1941) ; год. 32, књ. 1(60), св. 1/2 (1945)-
. - Београд : Савез Удружења правника Србије и
Републике Српске : Институт за политичке студије, 1906
- (Житиште : Ситопринт). - 23 cm

Тромесечно. - Текст на срп. и енгл. језику. – Прекид у
излажењу од 2014-2018. год.

ISSN 0004-1270 = Архив за правне и друштвене науке
COBISS.SR-ID 578831

